

EL LENGUAJE JURÍDICO O LA VIOLENCIA SUTIL CONTRA LAS MUJERES (A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN DEL EMBARAZO FORZADO EN EL ESTATUTO DE ROMA Y EN LA RECIENTE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL)

Juana María González Moreno
Universidad Internacional de Andalucía

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

Sin embargo, y esto es sobre lo que queremos llamar la atención, la adaptación del Nuevo Código Penal al Estatuto de Roma parece asentarse sobre un presupuesto que creemos discutible que es el considerar que dicho Estatuto, y en general, todo el orden internacional, constituye un estándar incuestionable y además, un estándar que reconoce y protege los derechos humanos de las mujeres en todo su alcance. En este sentido, un ámbito de la vida de las mujeres insuficientemente abordado en el orden internacional y que, por tanto, puede servir para ilustrar la debilidad del presupuesto de partida de las adaptaciones mencionadas es el ámbito de la autonomía reproductiva, en buena medida debido a las ambigüedades que contiene el lenguaje jurídico internacional y que tienen incidencia en el nivel de la protección. Como la doctrina ha puesto de manifiesto, sobre todo a partir de la filosofías estructuralista y postestructuralista (vid. Bourdieu 1988; Foucault 1979; Derrida 1989), el Derecho es un lenguaje prescriptivo, “constituyente” – “crea enfermos, locos, criminales” (Schwanitz, 2003, 356) – y ostenta esta naturaleza tanto cuando elige actuar, regulando, nombrando determinados hechos, temas, individuos... como cuando elige no hacer nada, es decir, no nombrar ciertos hechos, temas o individuos... Así, se ha señalado lo siguiente: “(...) el Derecho nos constituye, nos instala frente al otro y ante la ley. Sin ser aprehendidos por el orden de lo jurídico, no existimos, y luego, sólo existimos según sus mandatos” (Ruíz 2000).

Y este poder del Derecho es aún mayor si cabe en relación al cuerpo de las mujeres, ámbito en el que el Derecho no sólo ejerce un control explícito, evidente, mediante la sanción de los comportamientos que afectan a la procreación – que es el control que ha ejercido históricamente sobre las mujeres encarcelando con ello la identidad de las mujeres en la función de maternidad (Castán 2000; Arnaud – Duc 2000; Nash 2000a, 2000b; Smart 1994, 2000), sino también un control más sutil que realiza en tanto lenguaje que vehicula el poder.

El examen de la configuración jurídica del embarazo forzado o maternidad impuesta ilustra algunos de los déficits que, en relación con el reconocimiento y la protección de la autonomía reproductiva de las mujeres, se presentan en el propio lenguaje jurídico, primeramente en el lenguaje jurídico internacional, y por mimesis en los lenguajes jurídicos nacionales (de carácter penal, para ser más precisos). Revisamos en primer lugar la regulación dada al embarazo forzado en el Estatuto de Roma y nos centramos después en el análisis del Código Penal español, tras la reforma realizada en el mismo en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

EL EMBARAZO FORZADO EN EL ESTATUTO DE ROMA

En el Derecho Internacional, la imposición de la maternidad a las mujeres, también denominada “embarazo con violencia” o “embarazo forzado”, a pesar de tratarse de una conducta bastante extendida en distintos conflictos armados, no ha sido sancionada de manera expresa hasta el año 1998, fecha de la adopción del *Estatuto de Roma por el que se instituye la Corte Penal Internacional*¹. La sanción de dicha conducta, que además es por partida doble, como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra en el contexto de conflictos armados, internacionales o no internacionales, revestirá enorme importancia porque el Estatuto de Roma es un texto vinculante.

En su artículo 7, dedicado a los crímenes contra la humanidad, se refiere al embarazo forzado en los siguientes términos:

Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad

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

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

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

“f) Por “**embarazo forzado**” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; (...). (La negrita es nuestra).

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

Artículo 8. Crímenes de guerra

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.
2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: (...)

1) Ni en el Derecho Internacional Humanitario ni en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se hace referencia alguna al embarazo forzado. Lo que puede apreciarse es una mayor atención hacia las prácticas que afectan a la procreación. Vid. en este sentido el artículo II, letra d) la *Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio*, de 1948; en que se sancionan las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, de 1995, en la que se describen como actos de violencia contra la mujer determinadas prácticas que obstaculizan la procreación, entre ellas el “aborto forzado” (punto 115 de la Plataforma de Acción). Los Estatutos de los Tribunales penales internacionales creados *ad hoc* para juzgar los crímenes cometidos en la ex – Yugoslavia y Ruanda, de 1993 y 1994 respectivamente, sólo aluden a la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo como conducta constitutiva de genocidio, en los mismos términos que la Convención de Genocidio (vid. el artículo 5, g) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia y el artículo 3, g) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda). Por otro lado, a pesar de que estos tribunales han llegado a interpretar que la violación constituye un acto de genocidio cuando es cometida con la intención de destruir en forma total o parcial un grupo nacional, étnico, racial o religioso (vid. la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Akayesu*, de 1998), interpretación que la doctrina ha estimado como positiva para las mujeres (vid. Barrow 2010:7), el embarazo forzado, que es el medio utilizado para alcanzar el resultado perseguido, no es ni siquiera mencionado y mucho menos sancionado y, por tanto, tampoco la violencia reproductiva que encierra.

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

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

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

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

Y en los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional (aprobados por la Asamblea de Estados Partes en 2002), a los que se remitía el propio Estatuto en su artículo 9 como instrumento para interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto, se precisaban los elementos típicos del delito de embarazo forzado, fundamentalmente como crimen de guerra en el marco de conflictos armados de carácter internacional y no internacional. Estos elementos eran tres:

1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.

2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional o bien de un conflicto armado que no era de índole internacional, y haya estado relacionada con él.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La sanción del embarazo forzado viene a ser una prueba más de la mayor sensibilidad de los Estados hacia los derechos humanos de las mujeres, plasmada en el Estatuto de Roma, y de la que también constituyen evidencias la inclusión expresa en su texto del término “género” para aludir a uno de los motivos de persecución de las personas que puede constituir crimen contra la humanidad - vid. su artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. 1. h) -, aunque la definición del término “género” en el propio Estatuto tenga sus límites² -, y la sanción de la violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados, una violencia olvidada y deficientemente tratada en instrumentos internacionales anteriores, en los que fue considerada como un atentado contra el honor de la mujer³.

No obstante, la configuración dada al embarazo forzado sería criticable. Aparte de que la denominación finalmente adoptada⁴, “embarazo forzado”, no sería lo suficientemente expresiva de la conducta incriminada, lo más objetable, a nuestro juicio, es que el embarazo forzado como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra haya sido considerado como una forma de violencia sexual junto con la violación y otras formas de violencia sexual (vid. los artículos 7 y 8 transcritos más arriba),

2) Fundamentalmente, porque la definición en el párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto de Roma de qué se entiende por “género” como lo que se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad no aportaría nada al criterio del sexo, habitualmente utilizado. Dicha definición fue resultado de la presión de los Estados árabes y la Santa Sede, quienes, a cambio, tuvieron que aceptar la inserción de la expresión “en el contexto de la sociedad” con la que los Estados más progresistas pretendían reflejar de alguna forma los aspectos sociológicos de la noción de género (vid. con más detalle: Alija 2008: 227, 228, 229).

3) Así, por ejemplo, en la *IV Convención de Ginebra relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 1949, se manifestaba en su art. 27, contenido dentro de su *Título III, Estatuto y trato de las personas protegidas*, que: “Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”.

4) En las reuniones preparatorias de la Conferencia de Roma para la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente, el Vaticano y los países árabes se resistieron a la introducción de los términos “embarazo con violencia”, porque según ellos, definir el embarazo con violencia como delito podría invalidar las leyes contra el aborto o poner en riesgo a los hospitales católicos que se negaban a hacer un aborto a una mujer violada.

pues con ello se equipara la violencia reproductiva con la violencia sexual, a la que daría preeminencia el Estatuto, y, en consecuencia, se confunde la autonomía reproductiva (que es la vulnerada con el embarazo forzado) con la autonomía sexual (vulnerada con la violación y otras formas de violencia sexual). Algo que no es admisible porque, desde la perspectiva de las mujeres, las implicaciones del embarazo forzado van realmente más allá de las que conciernen al sexo, y porque supone resucitar la vieja ecuación “sexualidad = reproducción” que ha servido para encadenar a las mujeres a la función de reproducción, una ecuación que las mujeres quisieron romper en las luchas por los derechos de las mujeres que tuvieron lugar en los años 70 del siglo XX, y particularmente en el marco de las Conferencias Mundiales de El Cairo (1994) y Beijing (1995) en que se trató de desvincular la sexualidad de la reproducción⁵.

Otro aspecto que puede percibirse también es la contradicción que hay entre la catalogación del embarazo forzado como una forma de violencia sexual, y la definición de su contenido como un atentado contra la libertad, en general, exigiéndose, además, un determinado fin, pues el embarazo forzado es definido como “el internamiento ilícito de una mujer a la cual se ha dejado embarazada a la fuerza, con la finalidad de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones del derecho internacional” (vid. el artículo 7, párrafo 2, letra f) del Estatuto de Roma, y también los Elementos del Crimen). En realidad, esta finalidad de modificar la composición étnica de una población mediante el embarazo forzado sería la que habría determinado en mayor medida que el embarazo forzado sea tipificado como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad. El Estatuto habría querido poner coto a una práctica bastante extendida en el marco de conflictos bélicos que persigue “limpiar” al enemigo como pueblo, utilizando como instrumento para ello el cuerpo de las mujeres y su capacidad de reproducción⁶. Como reconoce Françoise Héritier,

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

La libertad sexual de la mujer no sería entonces el bien jurídico a proteger con la sanción del embarazo forzado, aunque se haya conceptualizado a éste como forma de violencia sexual, y mucho menos la autonomía reproductiva de las mujeres, que ni siquiera es percibida como un bien afectado por las conductas constitutivas de embarazo forzado, sino un bien que trasciende a las mujeres, un bien de carácter colectivo que sería la preservación de las identidades (genéticas) de los pueblos. En este sentido, el orden de género, el sistema de dominación de sexo, el cual se manifiesta en la guerra aún de forma más grave, en las más atroces formas de violencia contra las mujeres como es la violencia sexual (vid. Stanley 2007:11), vendría a reforzar otro orden, otra jerarquía, que es, en este caso, la étnica. Así, Kappeler señala lo siguiente: “(...) las representaciones de género en la guerra no sólo refuerzan el orden dado de género, sino que sirven asimismo para reforzar el orden en un sentido más general – el orden y las jerarquías dentro de culturas, naciones y estados (...)” (Kappeler, cit. por Stanley 2007:17).

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

6) Suele citarse, como ejemplos más “emblemáticos”, a los soldados alemanes, quienes durante los años 1914 – 15, en la Primera Guerra Mundial, quisieron “limpiar” la raza francesa (vid. Stanley, 2007:14) y a serbios y croatas que quisieron hacerse recíprocamente lo mismo en la ex – Yugoslavia, en los años 90 del s. XX.

Por último, el hecho de que el Estatuto de Roma configure el embarazo forzado como una forma de violencia sexual ratifica su olvido de la autonomía reproductiva de las mujeres, que también puede verse afectada por embarazos forzados producidos sin agresión sexual, como podría ser mediante técnicas de reproducción asistida practicadas sin el consentimiento de las mujeres. Aunque para evitar la impunidad de estas conductas cabría esgrimir todos aquellos preceptos dirigidos a la protección de derechos como la vida, la integridad física, no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes, la dignidad, y la libertad, contenidos en los Convenios de Ginebra sobre protección de las víctimas de la guerra en los conflictos armados⁷ y en sus Protocolos Adicionales, en convenios de derechos humanos de carácter general, y en el Estatuto de Roma⁸, con esta pauta de actuación que, por otra parte, es la que utilizan los organismos internacionales en tiempos de paz para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres (vid. González 2010:66), no se estaría sancionando en todo su alcance el contenido de injusto de la conducta constitutiva de embarazo forzado sin agresión sexual, como atentado contra la autonomía reproductiva de las mujeres.

EL EMBARAZO FORZADO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

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

1.1. El silencio del Nuevo Código Penal de 1995

El Nuevo Código Penal de 1995, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que vino a modificar al anterior Código Penal de 1973, reguló los delitos de genocidio, insertándolos en el Título XXIV, denominado *Delitos contra la comunidad internacional*, en un Capítulo independiente, el Capítulo II dedicado especialmente a los *Delitos de genocidio*, y que tenía un único artículo, el 607. Pero el embarazo forzado no estaría incluido entre dichos delitos.

Textualmente el artículo 607 expresaba lo siguiente:

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

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

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

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

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

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

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

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

Entre las conductas constitutivas de genocidio que recoge el artículo 607 del Nuevo Código Penal, que son prácticamente un calco de las señaladas en el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 1948, se incluyen las agresiones sexuales y la adopción de medidas destinadas a impedir la reproducción de un grupo o de sus miembros, también denominado genocidio *biológico*. Pero ni las agresiones sexuales ni el genocidio biológico son conductas equivalentes al embarazo forzado.

En el caso de las agresiones sexuales, vendrían a ser un medio para el embarazo forzado, en específico una de ellas, la violación, si la entendemos como lo ha hecho tradicionalmente la doctrina penal, como conducta coital. El tipo penal del artículo 607, 1, 2º del Nuevo Código Penal no habría abarcado el contenido de injusto que significa el embarazo forzado, como un atentado contra un bien jurídico diferente de la libertad sexual que es la autonomía reproductiva. Más bien lo que queda claro de su lectura es que se ha conferido más importancia a las agresiones sexuales al tipificarlas expresamente – y no así al embarazo forzado - como delito de genocidio, agresiones sexuales que, eso sí, ya no son sólo punibles cuando se realizan con ocasión de un conflicto armado⁹.

Como ha expresado la doctrina, la introducción en el Código Penal español de 1995 de la agresión sexual, junto con las lesiones en el artículo 607, 1, 2º, tuvo como justificación “las situaciones que se han dado en la guerra de la antigua Yugoslavia y que revelan que se ha utilizado el sistema de la violencia contra la libertad sexual como uno de los medios de limpieza étnica o de intimidación y humillación de un grupo étnico determinado” (Tamarit 1995:1640; Feijoo 1998:2270)¹⁰. Sin embargo, las agresiones sexuales, por sí mismas, no constituirían un medio idóneo para realizar una limpieza étnica si no se produce un embarazo como resultado de las mismas. De hecho, históricamente, éste ha sido el sentido del embarazo forzado en el contexto de conflictos armados: “limpiar” al enemigo como pueblo, utilizando como instrumento para ello el cuerpo de las mujeres y su capacidad de reproducción. Ahora bien: esta utilización del cuerpo de las mujeres, y de su capacidad de reproducción no es abarcada por el contenido de injusto señalado a las agresiones sexuales sino más bien invisibilizada y con ello, el atentado contra su autonomía reproductiva de las mujeres que significa el embarazo forzado.

En cuanto al genocidio biológico, que como hemos dicho más arriba, también era sancionado en el Nuevo Código Penal, en los mismos términos en que lo hacían la Convención sobre genocidio de 1948 y los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales que precedieron al Estatuto de Roma, textos internacionales a los que quiso adaptarse nuestro Código Penal, lo que cabe apreciar es que, al igual que en estos textos internacionales, lo sancionado como genocidio biológico es la conducta consistente en la adopción de cualquier medida que tienda a impedir la reproducción de un grupo o de sus miembros, una conducta que viene a ser la contraria de la representada por el embarazo forzado, con el que se tiende a imponer la reproducción como método para la limpieza étnica.

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

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal vino a romper el silencio de éste sobre el embarazo forzado, al plasmar en el Nuevo Código Penal, de manera expresa, el embarazo forzado como conducta que constituye un delito de lesa humanidad. Recogiendo el tenor de la Proposición de Ley Orgánica 122/000240, de Adecuación del Código Penal y del Código Penal Militar al Estatuto de la Corte Penal Internacional (Proposición de 6 de septiembre de 2002, Serie B, núm. 272- 1, presentada por el Grupo Socialista), añadía un Capítulo II bis al Título XXIV, *Delitos contra la comunidad internacional*, denominado *De los delitos de lesa humanidad*, con un único artículo, el artículo 607 bis, con el que el legislador penal español daba respuesta a la

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

10) Esta justificación la aduce también la doctrina penal no partidaria de la tipificación de las agresiones sexuales como genocidio en nuestro Código Penal (vid por todos: Pérez y Abad 1999: 453-454).

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

En este artículo 607 bis, único artículo de este Capítulo II bis, en línea con el Estatuto de Roma, se incluía el motivo de *género* como distintivo de los grupos contra los que un ataque generalizado o sistemático puede constituir un delito de lesa humanidad - aunque la forma de referirse al género no fuera demasiado afortunada¹¹-, y, lo que es más importante, una serie de crímenes de lesa humanidad entre los que figuraba el embarazo forzado como un tipo penal agravado respecto del tipo básico contenido en el artículo 607 bis.

Literalmente, el tenor del artículo 607 bis dice así:

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

Como se desprende de la redacción de este precepto, el tipo penal agravado de embarazo forzado previsto en el nuevo artículo 607 bis, 2. 5º del Código Penal, era totalmente autónomo del tipo penal agravado de violación y demás agresiones sexuales, contemplado en el número 2º del apartado 2 del artículo 607 bis del Nuevo Código Penal. Lo que significaba entender que el forzar el embarazo de una mujer con la intención de modificar la composición étnica de la población venía a ser una conducta diferente a la violación y cualquier otra agresión sexual y, en consecuencia, que el atentado contra la autonomía reproductiva que representa el embarazo forzado es diferente del atentado contra la autonomía sexual, representado por las agresiones sexuales.

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

Lo criticable, no obstante, es que, a nivel de pena, en el nuevo artículo 607 bis se atribuyera una menor pena al embarazo forzado que a la violación y demás agresiones sexuales (prisión de seis a ocho años, para el primero, y prisión de doce a quince años, para las segundas) porque esta diferencia de pena lo que implica es una desvalorización de la autonomía reproductiva con respecto a la autonomía sexual.

11) Si se lee cuidadosamente este artículo, que hemos transcrito en el cuerpo del texto, puede notarse que, tal como está redactado, da a entender que un motivo de género es similar a un motivo religioso.

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

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

Esta Ley Orgánica ha mejorado algunos aspectos de la regulación dada a los delitos contra la comunidad internacional. Así, especifica en su Preámbulo su intención de dar una protección penal especial a mujeres y niños en los conflictos armados¹², y mejora la redacción dada a los motivos prohibidos de persecución de grupos contra los que un ataque generalizado o sistemático puede constituir un delito de lesa humanidad, y en concreto, al motivo de género¹³.

Sin embargo, en lo que al embarazo forzado se refiere, el alcance de esta última reforma del Código Penal español es discutible. Por una parte, el legislador penal de 2010 ha mantenido la configuración que le diera al mismo la Ley Orgánica 15/2003, en tanto tipo penal agravado autónomo (artículo 607 bis.2, 5º del Código Penal, transcrito más arriba), sin cuestionar el que, a nivel de pena, en el artículo 607 bis se atribuyera menos pena al embarazo forzado que a la violación y demás agresiones sexuales, cuando esta diferencia de pena implica una desvalorización de la autonomía reproductiva (protegida en el tipo autónomo de embarazo forzado) con respecto a la autonomía sexual (protegida en el tipo de violación y otras agresiones sexuales).

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

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

(...)

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

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

Por último, esta concepción del embarazo forzado como una forma de violencia sexual en el marco de los conflictos armados dificulta la sanción del embarazo forzado producido por medios diferentes a la agresión sexual, pues aunque en principio esta conducta podría incardinarse en el artículo 609 del Código Penal, en el que se sancionan una serie de actos que atentan contra los derechos a la vida, a la integridad

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

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

física, a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes, a la dignidad y a la libertad de las personas protegidas en los conflictos armados, tal como se exigía en los Convenios de Ginebra de protección de las víctimas en los conflictos armados, de 1949, el contenido de injusto que en esencia conlleva el embarazo forzado, que no es equivalente al de los atentados contra la vida, la salud, la dignidad o la libertad, no es abarcado por las conductas típicas descritas en dicho precepto.

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

CONCLUSIÓN

En definitiva, no es irrelevante el que se utilicen unos términos y conceptos y no otros en las leyes, en particular si se trata de leyes penales, que son las que tradicionalmente han servido para instrumentar el control jurídico sobre las mujeres. En el caso de la regulación dada al embarazo forzado, que ha constituido nuestro objeto de análisis, aun siendo loable su sanción como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad, la configuración concreta dada al mismo como una forma más de violencia sexual, tanto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, como, por mimesis, en el Código Penal español, supone, por un lado, confundir la violencia reproductiva con la violencia sexual y, con ello, la autonomía reproductiva con la autonomía sexual (repitiéndose así la vinculación histórica de la sexualidad a la reproducción, la cual ha significado para las mujeres el ser confinadas en la función de reproducción de la vida humana), y por otro, no tener en cuenta lo que la maternidad impuesta significa realmente para las mujeres, no sancionar el contenido de desvalor que contienen los atentados contra su autonomía reproductiva, la cual es, además de minusvalorada en relación a la autonomía sexual, es invisibilizada. Todos estos aspectos servirían para ilustrar cómo también desde el lenguaje jurídico (internacional y penal) puede producirse, aun de modo sutil, violencia contra las mujeres.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alija Fernández, Rosa Ana: “Crímenes de Derecho Internacional y derechos de la mujer: de la protección del honor a la salvaguarda de la libertad”, en Cruz Parceró, Juan A.; Vásquez, Rodolfo (Coords.): *Derechos de las mujeres en el Derecho Internacional*, Género, Derecho y Justicia, 2008, pp. 211-233.
- Arnaud-Duc, Nicole: “Las contradicciones del derecho”, en Georges Duby; Michelle Perrot, (dirs.): *Historia de las mujeres*, t.4. *El siglo XIX*, Ed. Taurus, 1ªed. 1990, Grupo Santillana de Ediciones, S.A., 2000, pp. 107 – 148.
- Barrow, Amy: “Las resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad: promover las cuestiones de género en los conflictos armados y en el derecho internacional humanitario”, *International Review of Red Cross*, Marzo 2010, n° 877, pp.1-17.
- Bourdieu, Pierre: “Social Space and Symbolic Power”, *Sociological Theory*, Junio 1; 7: 1988, pp. 14 – 25.
- Castán, Nicole: “La criminal”, en Georges Duby; Michelle Perrot, (dirs.): *Historia de las mujeres. 3. Del renacimiento a la Edad Moderna*, Ed. Taurus, 1ª ed. 1990, 2000, pp. 510 – 524.
- Derrida, Jacques: *La escritura y la diferencia*. Barcelona: Anthropos, 1989.
- Feijoo Sánchez, Bernardo José: “Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 del Código Penal)”, *Revista La Ley*, n° 6, 1998, pp. 2267- 2284.
- Foucault, Michel: *La arqueología del saber*. México: Siglo XXI Editores, 1979.
- García Sánchez, María Beatriz: “Los crímenes contra la humanidad: regulación española ante la adopción del Estatuto de Roma de 1998”, *Revista de los Investigadores de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana (México)*, vol. 6, 2005, núm. 12.
- González Moreno, Juana María: “Las ambigüedades del lenguaje jurídico como una forma de control de la autonomía reproductiva de las mujeres. Una mirada al orden internacional”, *Revista de Llingua i Dret*, núm. 53, 2010, pp. 55 – 80.
- , : “L’autonomie reproductive des femmes dans le droit international”, *Fempower 2/2005*, n° 11, p. 15.
- Héritier, Françoise: *Masculino/femenino. El pensamiento de la diferencia*, Ed. Ariel, 1996.
- Pérez González, Manuel; Abad Castelos, Monserrat: “Los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal español”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 3, 1999, pp. 433-467.
- Nash, Mary: “Maternidad, maternología y reforma eugénica en España, 1900 – 1939”, en Georges Duby; Michelle Perrot (dirs.): *Historia de las Mujeres*, t. 5. *El siglo XX*, Ed. Taurus, 2000 a, pp. 687 – 708.
- , “Identidad cultural de género, discurso de la domesticidad y la definición del trabajo de las mujeres en la España del S. XIX”, en Georges Duby; Michelle Perrot (dirs.): *Historia de las Mujeres*, t. 4. *El siglo XIX*, Ed. Taurus, 2000 b, pp. 612 – 623.
- Ruíz, Alicia: “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en Birgin, Haydée: *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Ceadel, Ed. Biblos, Argentina, 2000, pp. 19- 29.
- Smart, Carol: “La mujer del discurso jurídico”, en Larrauri, Elena (comp.): *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI de España Editores, S.A., 1994, pp. 168 – 189.
- , “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Birgin, Haydée (comp.): *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Argentina, Ceadel, Ed. Biblos, 2000, pp. 31- 71.
- Schwanitz, Dietrich: *La cultura. Todo lo que hay que saber*. 1ª edición 2002. Buenos Aires: Taurus, Pensamiento, 2003.
- Stanley, Ruth: “Violencia sexualizada en tiempos de guerra: discursos hegemónicos y orden de género”, *Cuadernos de Antropología Social*, n° 25, 2007, pp. 7 – 27.
- Tamarit Sumalla, José María: “Delitos contra la comunidad internacional”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Ed. Aranzadi, 1995.