

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Selección y coordinación a cargo de
Romualdo BERMEJO GARCÍA
Catedrático de Derecho internacional público
Universidad de León

SUMARIO: 1. ACUERDO, DE 19 DE ABRIL DE 2013, SOBRE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA NORMALIZACIÓN DE RELACIONES ENTRE SERBIA Y KOSOVO, CON LA MEDIACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.—2. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA (MGF) Y EL PRINCIPIO DE EXTRATERRITORIALIDAD. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL 9/2013 DE 4 DE ABRIL DE 2013.—3. LA ELABORACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO DE VÍCTIMAS DE CRÍMENES INTERNACIONALES POR NACIONES UNIDAS Y SU APLICACIÓN POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.—4. LA COMISIÓN PARA LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN DEL NEPAL: TENTATIVAS PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES PENALES POR GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.—5. LA FECUNDACIÓN IN VITRO: UNA VISIÓN DESDE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

1. ACUERDO, DE 19 DE ABRIL DE 2013, SOBRE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA NORMALIZACIÓN DE RELACIONES ENTRE SERBIA Y KOSOVO, CON LA MEDIACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA*

1. El 19 de abril de 2013, en la sede del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) de la Unión Europea (UE), los Primeros Ministros de Serbia (Ivica Dacic) y Kosovo (Hashim Thaçi) firman el *Primer Acuerdo sobre los Principios que regulan la Normalización de Relaciones*. Se cierran así seis meses de negociaciones presididas por la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Catherine Ashton. El texto del acuerdo no se hace oficialmente público, pero puede

* Este trabajo en coautoría es resultado del Proyecto de Investigación *La creciente participación de la Unión Europea en la sociedad internacional contemporánea: regionalismo en la teoría y en la práctica* (DER2012-38401-C02-01), del que Cesáreo Gutiérrez Espada es su Investigador Principal.

consultarse en Philippe Weckel: «Observations» al artículo de DUMOUCHEL, A. C., «Accord Kosovo-Serbie sur la normalisation de leurs relations: quell portée?», *Sentinelles* [Strasbourg], núm. 346, 28 de abril de 2013.

Su contenido esencial es claro y concreto. Ambas partes, Serbia y Kosovo, acuerdan un estatuto de autonomía para la población serbia del Norte de Kosovo y que desde la Declaración Unilateral de Independencia (DUI) de esta entidad (febrero 2008), ha vivido al margen de las autoridades de la misma, en régimen de autogestión y dependientes en todo, claro es, del Ministerio de Kosovo creado *en y por* la Madre Patria. La población de origen serbio, según la Oficina de Estadística de Kosovo es de alrededor del 5,3 por 100 de una población de algo más de 2 millones de habitantes, 130.000 serbokosovares de los que, aproximadamente, la mitad viven al norte del río Ibar. No es la única minoría pero sí la más importante, tanto que las ONG que operan en el país han expresado su preocupación porque «EULEX no se ocupa [...] de los derechos de las minorías más allá de la dinámica alban-serbokosovar» [VIDELA, A., «EU Rule of Law Misión in Kosovo», pp. 323-349 y NAVARRO SUSINO, C., «Success or failures in the integration of a human rights componente in the EU Rule of Law Mission in Kosovo: Report of a field mission», pp. 351-375, ambos en COSTAS, M. (ed.): *Mainstreaming human rights in EU CSDP missions: a transversal análisis*, Valencia, LCB, 2012].

Pues bien, los municipios de mayoría serbia del Norte pueden formar una Asociación (que se unirá a la ya existente, la Asociación de Municipios de Kosovo) con plenas competencias en los ámbitos del desarrollo económico, educación, salud y planificación urbana y rural (puntos 1 y 4 del Acuerdo) y aquellas otras adicionales que, en su caso, deleguen las autoridades centrales (punto 5). En el caso de la policía, las partes aceptan que «habrá una única fuerza de policía en Kosovo» (punto 7), dándose a las estructuras de seguridad creadas por Serbia en las zonas de mayoría serbia la oportunidad de que ingresen en las estructuras equivalentes de Kosovo (punto 8); a cambio, Kosovo acepta que el comandante de la policía para las poblaciones de mayoría serbia (Mitrovica Norte, Zvecan, Zubin Potok y Leposaviv) sea un serbokosovar nombrado por el Ministro de Interior de la República de Kosovo de una lista de candidatos presentada por los alcaldes de dichos municipios, y debiendo (esta Policía regional) reflejar la composición étnica de la población de los municipios señalados (punto 9), esto es, mayoría serbia. En cuanto al sistema judicial, las partes aceptan que toda autoridad judicial operará y estará integrada en el seno de la «estructura jurídica de Kosovo», aunque el Tribunal de Apelación en Pristina, capital de la República, contará con una sala («panel») integrada por mayoría de jueces serbokosovares que se ocupará de los asuntos surgidos en el seno de los cuatro municipios referidos, teniendo el Tribunal de Apelación «una división» permanente en Mitrovica Norte, con mayoría de jueces serbokosovares (puntos 10 y 11).

Pueden efectuarse ya ciertas consideraciones iniciales que nos permitirán ir elaborando las ideas de los párrafos sucesivos:

A) Repárese en que, sea cual sea su naturaleza, el Acuerdo se negocia y firma por los Primeros Ministros de las partes, esto es (y dejando, ahora, de lado el tema de la «estatalidad» de Kosovo), por uno de los «Tres Grandes», capaces en Derecho internacional de asumir compromisos en nombre del Estado. También resulta de interés que las negociaciones se desarrollen con la mediación de la Alta Representante de la UE y en la sede oficial de su SEAE (http://eeas.europa.eu/top_stories/2013/190413_eu-facilitated_dialogue_fr.htm consultado 3 de junio de 2013).

B) El título del Acuerdo nos parece significativo. Llamarlo «Primer Acuerdo sobre los Principios que Regulan la Normalización de Relaciones» es transmitir el

mensaje de que las partes, que habían pasado y pasan una crisis, van a superarla y a establecer entre ellas relaciones normales. Se transmite la sensación de que Serbia y Kosovo son entidades con el mismo peso, que han decidido zanjar su conflicto.

C) Este texto, negociado por los respectivos Gobiernos, se somete a la aprobación del Parlamento de Kosovo, mediante una *Decisión* en la que se procede a su firma (www.kryeministri-ks.net) y que obtiene el voto a favor de dos tercios de los diputados; en el Parlamento de Serbia, no se aprueba el Acuerdo como tal sino un informe del Gobierno sobre las negociaciones que incluye su resultado (www.noticias.lainformacion.com y www.elmundo.es consultadas el 30 de mayo de 2013).

D) Obsérvese que ambas partes asumen compromisos concretos y en cuestiones específicas, conclusión que no se desvanece por el hecho de que el compromiso asumido no sea *self-executing*: el mismo Acuerdo prevé que las partes «establecerán un comité de aplicación con la ayuda de la UE» (punto 15) (*infra* letra F del párr. 3).

E) Estas consideraciones iniciales nos sirven para una reflexión final. El Prof. Weckel («Observaciones» al artículo de DUMOUCHEL, A. C., *cit.*, *loc. cit.*) afirma que «*l'accord en quinze points [...] n'est pas un accord international relevant du droit des traités*». Esto es, viene a decir el profesor de Niza, no genera obligaciones exigibles a las partes de conformidad con el Derecho internacional. Sobre esta opinión y sus aspectos colaterales parece conveniente hacer dos apuntes:

a) El Derecho de los Tratados nos enseña que cuando un texto escrito se concluye por dos Estados sin precisar su naturaleza, se debe [para determinar si es jurídicamente vinculante (tratado) o no (acuerdo no normativo o texto político)] acudir a una serie de índices [véase REMIRO BROTONS, A., *DIP. 2. Derecho de los Tratados*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 31-34 y (bibliografía) 46-47]; en nuestro caso, varios indicios apuntarían a la naturaleza convencional del Acuerdo: su negociación y firma por los jefes de Gobierno, la intensa y amplia mediación de la UE, la concreción de los compromisos alcanzados, la sumisión del texto a los Legislativos de las partes (bien es verdad que en el caso de Serbia, de manera indirecta), incluso quizás la materia u objeto mismo del Acuerdo.

b) Y, sin embargo, estos indicios son sólo apariencia: el Acuerdo no es un tratado, ni su incumplimiento supondría la comisión de un hecho ilícito y la consiguiente responsabilidad internacional de su autor; el Acuerdo es un «texto político» que crea obligaciones políticas, lo cual no quiere decir que no vaya a cumplirse pues el acatamiento de los textos políticos por las partes comprometidas es la regla general (véase VIRALLY, M., «La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans le relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus», *Annuaire de l'IDI*, 60, 1983, I, pp. 166-374). Tres reflexiones apoyan, creemos, esta conclusión: i) *Una*, los tratados son acuerdos entre sujetos de Derecho internacional, en la mayoría de los casos entre Estados soberanos. Serbia lo es, Kosovo no. La CIJ, pese a entender que la DUI (2008) no violaba el Derecho internacional (pues, viene a decir el Tribunal, no existe hoy por hoy norma internacional alguna que prohíba a un pueblo proclamar públicamente su deseo de ser independiente), no se pronunció sobre si Kosovo era o no, jurídicamente, un Estado (dictamen consultivo de 22 de julio de 2010, *asunto de la conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, *CIJ Recueil*, 2010, pp. 403-453, párrs. 79, 81, 84). Y aunque puede admitirse que un Estado concierte un acuerdo con una entidad no estatal (o no claramente estatal), a la que reconoce capacidad para hacerlo y con la que quiere anudarlo, y considerarlo un tratado [véase *ad ex.* CORTEN, O. y KLEIN, P., «Are Agreements between States and non-State entities rooted in the International Legal Order?», en CANNIZZARO, E. (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*,

Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 3-24], el hecho de que Serbia no reconozca la secesión de Kosovo y la cautela con la que sometió a su Parlamento la aprobación del Acuerdo no parecen favorecer, para el presente caso, esta explicación; *item* más, las serias dudas sobre la ilegalidad de la DUI (2008) (tampoco quiso la CIJ pronunciarse sobre si esta suponía implícitamente la violación de la integridad territorial de Serbia o si podía ampararse o no en el derecho de libre determinación de los pueblos, ni quiso entrar igualmente en la legalidad de los reconocimientos como Estado de la República de Kosovo que se habían y se vienen realizando, párrs. 50-56, 83), ensombrecen del todo la posibilidad de ver en este Acuerdo un tratado internacional. ii) *Dos*, junto a la ausencia de datos que revelen la intención de las partes de sentirse *jurídicamente* obligadas por el Acuerdo, están los claros indicios de la atmósfera de conjunto: todos, partes y mediador, piden que el Acuerdo se aplique, por la importancia que ello tendría (pero no aparece enfoque alguno que recuerde o alerte de la comisión de una violación del Derecho si no se cumple). iii) Y *tres*, el Acuerdo genera con todo obligaciones morales o políticas preñadas de consecuencias; como M. Virally demostró, también los textos políticos generan efectos.

2. Y es que el Acuerdo de abril de 2013 es el intento que hasta ahora ha llegado más lejos en la pacificación de las relaciones serbokosovares. Como es sabido, fue la res. 1244 (1999) del Consejo de Seguridad la que definió cómo debía configurarse el futuro de Kosovo, instando a las partes en conflicto a ponerle fin y autorizando la instauración de una administración provisional en la zona que, entre otras cuestiones, contemplaba (y de aquellos polvos vienen estos lodos) una amplia autonomía para Kosovo en el seno, en todo caso, de Serbia. La MINUK (Misión de la Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo) habría de garantizarla. Sin embargo, la impronta que el Enviado Especial de la Organización, M. Ahtisaari, dejara en su Informe sobre Kosovo (2007), sugiriendo su independencia como la única salida posible, dio alas al nacionalismo kosovar, que se traduciría en la DUI (2008).

Desde esa fecha, la cuestión permanece en una suerte de limbo jurídico, funcionando Kosovo en muchos ámbitos como si de un Estado se tratase, pero sin que Serbia renuncie a este territorio (ni a gestionar los intereses de los serbios que en él viven), todo ello ante las opiniones divergentes de los miembros de la comunidad internacional.

Lo cierto es que, desde su autoproclamada independencia, Kosovo ha empezado a funcionar a nivel interno como un Estado y a nivel internacional está haciendo todo lo posible para hacerse un hueco (el número de Estados que reconocen a la República de Kosovo se sucede en un goteo lento pero incesante: 101 ya, en julio de 2013, www.kosovothanksyou.com); es además miembro del FMI y del Banco Mundial, y gestiona su entrada en el Consejo de Europa (noticia de 23 de junio de 2013, www.unmikonline.org). *Por otro lado, aunque la presencia internacional va reduciéndose* (el GIS, Grupo Internacional de Supervisión de Kosovo, que vigilaba el cumplimiento del Plan Ahtisaari, ponía fin un 10 de septiembre de 2012 a sus labores de tutela) *no ha desaparecido aún del todo*: la misión de la OTAN (KFOR) mantiene alrededor de cinco mil soldados para asegurar la estabilidad; la misión civil de la UE (EULEX) prestará su apoyo a las instituciones y la construcción de un Estado de Derecho previsiblemente hasta 2014; la de la ONU (MINUK) también continúa, por más que el Primer Ministro kosovar, Hashim Thaçi haya anunciado (en su discurso ante el Consejo de Seguridad de 14 de junio de 2013) que la firma del Acuerdo es una ocasión adecuada para plantearse seriamente su fin, algo a lo que Serbia se opone rotundamente (véase doc. SC/11033, 14 de junio de 2013).

3. La concertación de este Acuerdo, que admitámoslo podría ser políticamente el primer paso para sacar del *impasse* a una entidad que corre el riesgo de prorrogar *ad calendas graecas* su controvertida condición jurídica, genera, por otro lado, efectos para diversos «interesados». Vayamos caso por caso:

A) Para Serbia, este texto (por sí mismo, pero muy en particular si consiguiera aplicarse) provoca consecuencias importantes:

a) Los Estados no pueden ir por la vida obrando «contra sus propios actos». Si Serbia reconoce, el 19 de abril de 2013, que el Gobierno de la República de Kosovo (a la que formalmente no reconoce como Estado) ejerce su autoridad en todo el territorio de la República, incluidos los municipios de mayoría serbia (que hasta entonces vivían al margen de las mismas) y el ordenamiento jurídico de Kosovo es el que se aplica en todo el territorio, ¿cómo podrá luego ignorar la existencia de un Kosovo que se rige por sus propias leyes, independiente, en el mundo de las relaciones internacionales? La tesis de que, con su decisión, Serbia ha reconocido implícitamente o *de facto* a Kosovo, es asumida por no pocos observadores, encabezados por su Primer Ministro, Hashim Thaçi («con él [se refiere al Acuerdo] Serbia reconoce la soberanía y la integridad territorial de Kosovo»); más aún, Vojislav Kostunika, líder del principal partido de la oposición en Serbia ha defendido, en los debates que de su proceso negociador hubo en el Parlamento serbio, que el Acuerdo en cuestión supone el reconocimiento, por Serbia, de Kosovo como Estado, anunciando movilizaciones en su contra (*www.dw.de*, 21 de abril de 2013, consulta de 16 de mayo de 2013). Se ha comentado por algún autor que «*une reconnaissance factuelle n'est pas une reconnaissance*» (DUMOUCHEL, A. C., *cit.*, *loc. cit.*), pero esta afirmación resulta discutible por su excesiva rotundidad. No estamos, nosotros, afirmando que Serbia haya reconocido expresa y formalmente la legalidad de la DUI (2008) de Kosovo o haya aceptado la situación de la misma resultante, obviamente no lo ha hecho; Serbia sólo ha aceptado de manera expresa que la población de origen serbio está bajo la autoridad del Derecho de Kosovo y de las autoridades de Pristina y lo ha hecho a cambio de un estatuto de autonomía para los serbios bajo la Ley de Kosovo. Antes del Acuerdo, en el Consejo de Seguridad y con motivo del Informe del Secretario General sobre la UNMIK (docs. S/2013/72 y S/PV.6939, 22 de marzo de 2013, p. 3) lo dejaba claro: «[...] el hecho de que Serbia esté dispuesta a participar en el diálogo no significa que cambiará su posición de principios [...]. Ningún acuerdo alcanzado en Bruselas conducirá al reconocimiento por parte de la República de Serbia de la independencia de Kosovo».

No obstante, la aceptación por Serbia de la autoridad del Derecho y el Gobierno de Kosovo sobre todo el territorio de la República no puede dejar de tener consecuencias para la solidez de su posición inicial sobre el tema y de su eventual defensa ante un órgano internacional, máxime cuando el Acuerdo de 19 de abril, que Serbia firma bajo la mediación de la UE, se presenta sólo como el «primer paso» («*First Agreement [...]*») de un proceso cuyo final es, para la Unión, contar con Serbia y con Kosovo como Estados miembros. Si desde diciembre de 2012, la UE había exigido de manera directa, como condición para iniciar las negociaciones de su adhesión a la UE, la cesión de las estructuras judiciales y de seguridad del norte de Kosovo, Serbia, ahogada por la crisis económica, ha terminado, parece, por claudicar. Las declaraciones, tras la firma del Acuerdo, de la Alta Representante, de los Presidentes del Consejo Europeo y de la Comisión o del comisario encargado de la ampliación no dejan lugar a dudas sobre este propósito. De hecho, tras conocerse la firma del Acuerdo el viernes 19 de abril, la Comisión recomendaba formalmente, tres días más tarde, el inicio de las negociaciones con Serbia y, en el caso de Kosovo, un Acuerdo de Estabilización y Asociación; y el

Consejo Europeo de 28 de junio de 2013 ha anunciado ya el comienzo de las mismas (doc. EUCO 104/1/13).

b) El Acuerdo compromete a ambas partes a no obstaculizarse respectivamente en el proceso de ingreso en la UE (punto 14). Serbia probablemente ingresará primero; una vez dentro, tendría en sus manos los medios, internos y externos, que el procedimiento de adhesión previsto en los Tratados Constitutivos presenta: votar «no» en la decisión del Consejo (que debe ser por unanimidad) sobre la celebración del pertinente Acuerdo de Adhesión y no ratificar, en aplicación de su Derecho nacional, el acuerdo en cuestión (TUE art. 49). Al firmar el Acuerdo de 19 de abril de 2013, Serbia se compromete a no intentar impedir el ingreso de Kosovo en la Unión. Se recordará que para ello el candidato debe reunir determinados requisitos, entre otros que se trate de un Estado; desde este planteamiento, no se acaba de entender del todo, el empeño serbio (que tuvo éxito) de centrar esta disposición únicamente en la cuestión del ingreso en la UE y no en otras organizaciones internacionales, en particular la ONU («...*en effet, si cet accord a pu être signé, c'est grâce notamment au retrait demandé par Belgrado de la mention de l'adhésion éventuelle du Kosovo 'a l'ONU*», DUMOUCHEL, A. C., *cit.*, *loc. cit.*). Y sin embargo cuando Serbia, en su caso, intente evitar el ingreso de Kosovo en Naciones Unidas, alegando el vicio de su ilegalidad de origen y que no es en rigor un Estado, alguien podrá decirle: ¿y por qué no lo tuviste en cuenta para la UE?

c) Serbia ha conseguido, al aceptar el plan para aplicar en la práctica el Acuerdo, que éste recoja que el Plan de aplicación aceptado «es sin perjuicio de las posiciones de las dos partes sobre el estatuto de Kosovo» («Statement by High Representative Catherine Ashton on the implementation plan for the April agreement», Bruselas, 27 de mayo de 2013, A 267/13). Y sin embargo, ¿cómo puede conciliarse esta afirmación, por parte de Serbia, con su reconocimiento explícito en el Acuerdo de abril de que hay un Gobierno de Kosovo que aplica Derecho de Kosovo?; las palabras solas no bastan a veces, en particular cuando lo que se dice no es lo que se hace o se va haciendo.

B) *Kosovo* da, pues, pese a las apariencias, un paso adelante. Ciertamente, debe ceder un estatuto de autonomía para la minoría serbia, pero a cambio consigue la aceptación por Serbia de dos extremos que valen su peso en oro: uno, el reconocimiento político ante el mundo y el mediador (UE) de la autoridad, en todo el territorio de la República, de su Gobierno y su ordenamiento jurídico, lo que a priori le permitirá firmar más tratados y acceder a organizaciones regionales; y dos, que Serbia no va a impedir su ingreso en la UE (para lo que estará aceptando que Kosovo es un Estado según los cánones del Derecho internacional). De modo que, todo bien pesado, no creemos que en rigor de verdad la afirmación de que el Acuerdo con Serbia «no parece particularmente favorable para Kosovo» sea del todo correcta (DUMOUCHEL, A. C., *op. cit.*).

C) El Acuerdo es un *éxito para la UE*, que consigue lo que quiere: que se dé un paso significativo en la normalización de relaciones entre Serbia y su antigua provincia y que Serbia acepte, política y públicamente, que Kosovo será probablemente, como la propia Serbia, uno más de los Estados miembros de la UE. El seguimiento directo que de las conversaciones entre las partes la Unión ha llevado a cabo desde marzo de 2011 (en pleno recrudescimiento, además, de las tensiones entre ambas, que se tradujeron en un férreo control por Kosovo de las fronteras con Serbia para impedir el intercambio de bienes con el norte de la región) ha facilitado, de hecho, la resolución de cuestiones eminentemente prácticas (reconocimiento de títulos, acuerdos comerciales...; véase «Serbia and Kosovo: the path to normalisation?», *Europe Report*

223, febrero 2013, <http://www.crisisgroup.org/en/regions/europe/balkans/kosovo/223-serbia-and-kosovo-the-path-to-normalisation.aspx>).

El paso dado en abril de 2013 es importante tanto para la paz regional como para que la Unión ponga de manifiesto sus excelentes relaciones con la ONU, dado que la Asamblea General, al aceptar el dictamen de la CIJ de 22 de julio de 2010, propició la intervención de aquélla en el proceso de diálogo que reclamaba entre Serbia y Kosovo (A/RES/64/298, de 9 de septiembre de 2010, párr. 2). Una y otra conclusión sirven a la UE en su denodado esfuerzo, desde entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009), para transmitir al mundo el mensaje de que es un actor global de las relaciones internacionales; y así, probablemente, valorará la Unión las felicitaciones recibidas por su labor en el asunto, que afecta a una región tan sensible, los Balcanes [como las del Secretario de Estado de los Estados Unidos, el Presidente en funciones de las OSCE o los Secretarios Generales de la OTAN y de Naciones Unidas (http://eeas.europa.eu/top_stories/2013/190413_eu-facilitated_dialogue_fr.htm y www.elcentronews.ca/187_amertica/2016698_ban-celebra-el-acuerdo-entre-serbia-y-kosovo-para-normalizacion-sus-relaciones.html, consultadas el 3 de junio de 2013)].

El Acuerdo entre Kosovo y Serbia se ha vendido, en definitiva, como una gran victoria, y sin embargo dos detalles parecen olvidarse:

a) Algunos de los Estados miembros de la UE continúan sin reconocer a Kosovo y es poco probable que lo hagan pese al Acuerdo. De hecho, el Ministro de Asuntos Exteriores español declaraba que en nada había cambiado su política al respecto y que continuaba sin creer en declaraciones unilaterales (prensa, 26 de abril de 2013). Y eso pese al tirón de orejas que el PE daba a algunos Estados miembros cuando, el 18 de abril, instaba al reconocimiento de Kosovo [res. sobre el procedimiento de integración europea de Kosovo, 404 votos a favor, 131 en contra y 59 abstenciones, doc. P7_TA (2013+0187)].

b) El Acuerdo, según algunos, vuelve a caer en un error ya cometido en el proceso de mediación entre Pristina y Belgrado (véase PRELEC, M., «The Kosovo-Serbia Agreement: why less is more», *International Crisis Group*, 7 de mayo de 2013): la ambigüedad, que obliga a las partes a participar en un acuerdo en el que muchas cosas quedan en el aire. Por ejemplo, el texto recoge la creación de una Asociación de Municipios por un Estado, sin concretar plazos o detalle alguno más, lo que multiplica las posibilidades de que las negociaciones se enquisten en el proceso sucesivo.

D) Buena noticia, la firma del Acuerdo, *para los Estados «protectores» de Kosovo* [GUTIÉRREZ ESPADA, C., «De “protectorado internacional” a “Estado protegido” (¿Es Kosovo un Estado?)», en BARRANCO, M.^a C.; CELADOR, O. y VACAS, F. (coords.): *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 193-245]. Siendo quizás Estados Unidos el más importante, este Acuerdo refuerza su posición en el tema y con su decidido apoyo a este proceso Washington se gana un favor más que Kosovo le deberá. ¿Le negaría, usted, después de esto y de ser Kosovo su territorio, a los Estados Unidos que ubique en él su mayor base militar en el mundo? (<http://elpais.com>, consulta el 3 de junio de 2013); ¿le negaría usted un papel relevante en la creación de su propio ejército? (en 2012, Estados Unidos y Kosovo firman un acuerdo por el que militares y civiles estadounidenses que no formen parte de la OTAN podrán asesorar y entrenar a las Fuerzas de Seguridad de Kosovo, 2.500 efectivos y 800 reservistas que desde el presente 2013 se convertirán oficialmente en el Ejército de Kosovo [<http://sp.rian.ru/news/20100909/127710024.html>; <http://www.terra.es>, noticias de 18 de febrero de 2012, consulta el 3 de junio de 2013]).

E) El Acuerdo de abril entre Serbia y Kosovo puede dar pie a que los *Estados que se han negado hasta hoy a reconocer a Kosovo* se pregunten si deben seguir manteniendo su posición o hasta cuándo podrán mantenerla. Y es que sería poco congruente que quienes se vienen negando a hacerlo decidieran *sostenella e no enmendalla*, si Serbia cede. El Acuerdo no ha supuesto tanto, pero sí es desde luego un paso en este sentido. Quizás por eso los más firmes detractores de un Kosovo independiente han redoblado sus esfuerzos; así, Rusia no cesa de recordar desde entonces que la base jurídica debe seguir siendo la resolución 1244 (un Kosovo integrado en Serbia, por tanto) y ha anunciado, ante los intentos de Kosovo de que la MINUK abandone su territorio, que ejercerá su derecho de veto para impedirlo, postura similar a la mantenida por China (véase doc. SC/11033, 14 de junio de 2013).

Algunos analistas ya han utilizado el Acuerdo para pedir al Gobierno español que modifique su política y proceda a reconocer a la República de Kosovo (TORREBLANCA, J. I., «El precedente kosovar», ed. impresa de *El País*, 26 de abril de 2013). El Gobierno, hoy por hoy, no parece dispuesto y hace bien a nuestro juicio [sólo cuando Serbia reconozca sin equívocos la independencia y soberanía de Kosovo, lo que aún no ha ocurrido, España podría empezar a pensar en su reconocimiento (y en la declaración que debería acompañar a éste)].

F) En todo caso, las consecuencias que este Acuerdo puede tener en la realidad dependen de que se aplique realmente. Y fácil no es, incluso después de que Serbia y Kosovo (convocados al efecto en Bruselas por la Alta Representante el 21 de mayo) hayan acordado un plan para su aplicación. *El Acuerdo cuenta con la enemistad de sectores de la propia Serbia*, en donde la oposición ha acusado al Gobierno de traición y de venderse a Europa (*supra* letra A).

Tiene también enemigos en Kosovo y además por partida doble, pues, *de un lado*, un sector de su clase política cree que con este Acuerdo se ha aceptado por Kosovo un enclave serbio en su territorio («una nueva República serbia en los Balcanes, semejante a la República Srpska en Bosnia-Herzegovina» (www.dw.de, 21 de abril de 2013, consulta el 16 de mayo de 2013), habiéndose dicho incluso: «es mejor vivir cien años más fuera de la UE a tener comandantes policiales serbios en Kosovo» (www.voiceofserbia.org, consulta el 16 de mayo de 2013); y, *de otro*, el Acuerdo no es aceptado por población de origen serbio del norte de Kosovo que ha pedido el apoyo de Rusia: según la agencia serbia Tanguj, los representantes de los municipios de mayoría serbia han dirigido una carta al Presidente y al Primer Ministro rusos en la que piden «ayuda para la protección del orden constitucional de la República de Serbia en Kosovo y de la resolución 1244 del Consejo de Seguridad [...]» (www.eldia.es, consulta el 10 de mayo de 2013). Es más, la indignación que el cambio ha suscitado entre la población serbokosovar ha llegado incluso a traducirse en la defensa de la declaración de un nuevo Estado (sí, uno más...), un Kosovo del Norte integrado por población de origen serbio (véase PRELEC, M., *op. cit.*). No sabemos aún si el anuncio es sólo una medida de presión de cara a una mejor defensa de sus intereses en la zona ante el temor (probablemente fundado) de que, entre otras cosas, las inversiones en ella de Pristina sean mucho menores que las de Belgrado, pero el caso es que un nuevo elemento de tensión se agita en Kosovo. No es de extrañar por todo ello la importancia que en la UE se da a la rápida y plena aplicación del Acuerdo de Abril: así, la Alta Representante llamó a Bruselas a los Primeros Ministros de ambas partes para que se reuniesen bajo su presidencia, el martes 21 de mayo de 2013, y «discutir los pasos conjuntos que necesitan dar a fin de aplicar el acuerdo de abril, subrayando que su “rápida” aplicación es “de importancia crucial”» (www.expansion.com/agencia/europa_press/2013/05/2120130521095602.html, consultada el 24 de mayo de 2013); el

sábado 27 de mayo, Catherine Ashton anunciaba el éxito del intento («Statement by High Representative...», A/267/13, *op. cit.*). Ahora sólo resta esperar que el plan de aplicación se lleve a la práctica (cautela que la propia Declaración recoge, al afirmar la Alta Representante que «*the personal engagement*» de los dos Primeros Ministros de las partes «*will continue to be essential in view of a swift implementation of the plan*»). Es más, si el Acuerdo se bloquea, pelagra la fecha estimada de entrada de Serbia en la UE (alrededor de 2020, según los más optimistas; véase LEHNE, S.: «Kosovo and Serbia: toward a normal relationship», *Policy Outlook March 2012*, Carnegie Endowment for International Peace, disponible en http://carnegieendowment.org/files/Kosovo_and_Serbia.pdf).

A la vista de la inestabilidad que aún se respira en la zona (véase el último Informe sobre la MINUK, doc. S/2013/254, 30 de abril de 2013), en la que son patentes las tensiones étnicas (ataques contra la población, destrucción de símbolos religiosos ortodoxos o la imposibilidad de la EULEX de acceder a áreas determinadas), parece poco recomendable (como Serbia defiende con contundencia) que la presencia de misiones y, en particular, de la MINUK, acabe.

4. Este Acuerdo es un «primer paso» nada más en la «normalización de relaciones» entre Serbia y Kosovo, un paso, además, como hemos ya señalado, que no se aplicará fácilmente, pese a los ingentes esfuerzos y máximo interés que la UE viene demostrando en ello, y si esto no se produce, el retroceso a posiciones iniciales (pensamos sobre todo en Serbia) parece más que posible; recuérdese que el líder del principal partido de la oposición en Serbia, ex-Presidente de la antigua Yugoslavia (2000-2003), anterior Primer Ministro del país (2004-2008) y experto en Derecho Constitucional, V. Kostunika, ha considerado (coincidiendo así con el Primer Ministro de Kosovo) que el Acuerdo de 19 de abril de 2013 supone el reconocimiento como Estado de Kosovo por parte de Serbia (*supra* párr. 4, A, a). Sea cual sea el desenlace final de este asunto, lo que nos parece cierto es que el objetivo y contenido del Acuerdo camina claramente hacia lo que podemos llamar «efectivización» de la ilegalidad, esto es, conseguir que lo que empezó en violación del Derecho internacional (secesión de Kosovo en el 2008) acabe aceptándose por todos y se haga así efectivo.

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA
María José CERVELL HORTAL
Universidad de Murcia

2. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA (MGF) Y EL PRINCIPIO DE EXTRATERRITORIALIDAD. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL 9/2013 DE 4 DE ABRIL DE 2013

Conforme a la OMS, la MGF es reconocida internacionalmente como una violación de los derechos humanos de las mujeres y niñas. Refleja una desigualdad entre los sexos muy arraigada y constituye una forma extrema de discriminación de la mujer. Es practicada casi siempre en menores y constituye una violación de los derechos del niño. Asimismo, viola los derechos a la salud, la seguridad y la integridad física, el derecho a no ser sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el derecho a la vida en los casos en que el procedimiento acaba produciendo la muerte. La mutilación genital femenina comprende todos los procedimientos que, de forma intencional y por motivos no médicos, alteran o lesionan los órganos genitales femeninos. De acuerdo con esta Organización del sistema de las Naciones Unidas, la

MGF se clasifica en cuatro tipos principales: i) Clitoridectomía: resección parcial o total del clítoris (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos) y, en casos muy infrecuentes, solo del prepucio (pliegue de piel que rodea el clítoris); ii) Exciisión: resección parcial o total del clítoris y los labios menores, con o sin excisión de los labios mayores; iii) Infibulación: estrechamiento de la abertura vaginal para crear un sello mediante el corte y la recolocación de los labios menores o mayores, con o sin resección del clítoris; iv) Otros: todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, tales como la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital. La MGF suele estar motivada, entre otras razones, por creencias acerca de lo que se considera como un comportamiento sexual adecuado, relacionándose los procedimientos con la virginidad prematrimonial y la fidelidad matrimonial. En múltiples comunidades se considera que la MGF reduce la libido femenina, ayudando a la mujer a resistirse a los actos sexuales «ilícitos». Las estructuras locales de poder y autoridad, como los líderes comunitarios y religiosos, los circuncidados e incluso parte del personal médico, contribuyen en algunos casos al mantenimiento de este rito estigmatizador (<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/index.html>).

La praxis de la MGF es una expresión de las desigualdades de género profundamente arraigadas, basada en una mezcla de factores culturales, religiosos y sociales inherentes en las comunidades y familias patriarcales. Esta nociva práctica no sólo se mantiene por estas desigualdades, sino que asimismo ayuda a sostener y perpetuar tales desigualdades de género. Mantiene las estructuras de poder en una sociedad basada en el género, donde las mujeres y su «honor» son valoradas como objetos y propiedades de los hombres (Informe del Instituto Europeo de Igualdad de Género de 2013 titulado «*Female genital mutilation in the European Union and Croatia*», en <http://eige.europa.eu/sites/default/files/EIGE-Report-FGM-in-the-EU-and-Croatia.pdf>). Desde distintos organismos internacionales, como la Asamblea General de las Naciones Unidas o la Comisión Europea, se ha insistido acerca de que la MGF es un abuso irreparable e irreversible que repercute negativamente para la salud de las mujeres y las niñas, incluida su salud mental, sexual y reproductiva, que puede incrementar su vulnerabilidad al VIH y tener resultados adversos desde el punto de vista obstétrico y prenatal, así como consecuencias fatales para la madre y el recién nacido. También son importantes las consecuencias sociales y otras ramificaciones vitales de la MGF. Mujeres y niñas que no se ajustan a las normas de su comunidad y se mantengan sin circuncidar pueden ser rechazadas, excluidas de sus comunidades y consideradas no aptas para el matrimonio. Las repercusiones de salud asociadas con la MGF tales como los gastos médicos, el absentismo escolar o laboral, también conllevan una carga significativa para las mujeres y las comunidades. Por esta razón se ha destacado la necesidad de potenciar los servicios sociales y de salud especializados, de carácter integral (incluyendo la atención psicológica, psicosexual por parte de profesionales cualificados en tratamientos postraumático y de estrés) y de género para mujeres y niñas que han sufrido la mutilación genital femenina de tal forma que se convierta en la norma, en lugar de una excepción.

Según la nota informativa emitida por la Comisión Europea en marzo de 2013 (http://ec.europa.eu/news/external_relations/130308_es.htm), se calcula que cientos de miles de mujeres que viven en Europa han sufrido este tipo de mutilación, que forman parte de los 100 a 140 millones de mujeres sometidas a esta práctica en todo el mundo, particularmente en África (90 millones en África), Oriente Medio y el Sureste asiático. Muchas más mujeres y niñas seguirán siendo víctimas de esta agresión a no ser que todos los gobiernos intensifiquen sus medidas para impedirlo, tanto en Euro-

pa como en el resto del mundo. La Comisión advierte que aun cuando sea cierto que la mutilación genital femenina es ilegal en la mayoría de los países, su práctica no ha desaparecido y la justicia rara vez interviene, a menudo porque es complicado detectar los casos, las pruebas son difíciles de obtener y las personas se muestran reacias a denunciar los hechos por motivos muy diversos.

Desde la perspectiva jurídico-internacional, sin embargo, no existe una normativa convencional de alcance universal sobre la prevención, la sanción y la erradicación de esta actividad lesiva. La MGF se ha reconducido a otras categorías generales o específicas de violación de los derechos humanos previstas en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, en la Convención de los derechos del niño de 1989 o, en su caso, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984. Además de las Declaraciones y Plataformas de Acción de Beijing sobre la mujer, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (AG RES/84/104 de 20 de diciembre de 1993 cuyo art. 2 ya condenaba la MGF y su art. 4 negaba a los Estados la posibilidad de invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla) y los distintos programas de acción de las Naciones Unidas (en particular, el Programa Conjunto del Fondo de Población de las Naciones Unidas y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia sobre la Mutilación/Ablación Genital Femenina), por el momento no se ha adoptado ningún tratado o convención con vocación universal condenando específicamente la violencia contra la mujer.

La Resolución 67/146 de la Asamblea General de 20 de diciembre de 2012 sobre la «Intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina» se asienta sobre los principios rectores esenciales que han de regir las políticas nacionales e internacionales de eliminación de la MGF. Esto es, el *empoderamiento de las mujeres y las niñas* como medida esencial para romper el ciclo de discriminación y violencia y para promover y proteger los derechos humanos, entre ellos el derecho al más alto nivel posible de salud mental y física, incluida la salud sexual y reproductiva. En este ámbito se exhorta a los Estados a promover procesos educativos que tengan en cuenta el género y propicien el empoderamiento, examinando y revisando, según proceda, los planes de estudios, el material didáctico y los programas de formación de docentes, así como elaborando políticas y programas de tolerancia cero de la violencia contra las niñas. El segundo aspecto se refiere a la intensificación de las *actividades y programas de información, concienciación, educación y capacitación* (académica, no académica e informal), para que lleguen sistemáticamente al público en general, los profesionales pertinentes, las familias y las comunidades, y a velar por que todos los agentes principales, públicos y privados, colaboren para erradicar estas actitudes y prácticas nocivas: los funcionarios, incluidos el personal judicial y los agentes encargados de hacer cumplir la ley, los agentes de inmigración, los proveedores de servicios de salud, los líderes comunitarios y religiosos, los docentes, los empleadores, los profesionales de los medios de comunicación y quienes trabajan directamente con las niñas, así como los padres, las familias y las comunidades.

La efectividad de estos programas y actividades depende de *políticas de integración* con las comunidades afectadas adoptadas con un enfoque amplio y sistemático que tenga en cuenta las diferencias culturales y la perspectiva social. En particular, políticas dirigidas específicamente a las refugiadas y las migrantes y sus comunidades sobre la ilegalidad de la mutilación genital femenina, incluso cuando esta práctica tenga lugar fuera del país de residencia. Asimismo en la resolución reseñada se insta a los Estados a *adoptar medidas punitivas* contra la MGF independientemente de que se

realicen dentro o fuera de las instituciones médicas, y a tomar todas las medidas necesarias, incluso promulgando y aplicando leyes que pongan fin a la impunidad de tales actividades, aun cuando se reitere que tales medidas punitivas se han de complementar con actividades que tengan por objeto promover un proceso de consenso en pro de la eliminación de la MGF que incorpore medidas de protección y apoyo a las mujeres y las niñas que hayan sido objeto de mutilación genital femenina y a las que corran el riesgo de serlo. Por otro lado y aun cuando la mencionada resolución onusiana no haga referencia al mismo, en el Informe presentado por el Instituto Europeo de Igualdad de Género se presta especial atención al tema del derecho de asilo de las mujeres y las niñas que se ven amenazadas por la práctica de la mutilación física. Las mujeres y niñas que podrían ser víctimas de la mutilación genital femenina, o los padres que temen ser objeto de persecución porque se niegan a que sus hijas sean sometidas a esta práctica deben recibir en Europa una protección adecuada en materia de asilo.

Es cierto, pues, que existe una conciencia resolutoria internacional (una *opinio iuris* previa e impulsora de una subsiguiente práctica jurídicamente relevante) sobre la consideración de esta conducta social como atentatoria de los derechos humanos. De hecho, se están produciendo importantes novedades en este ámbito. Además de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará de 1994, primer tratado internacional que regula el tema de la violencia de género, aun cuando no prevea expresamente la mutilación genital femenina, y que adquirió un protagonismo esencial en el asunto *Campo Algodonero c. México* resuelto en 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes “feminicidas” de Ciudad Juárez», *REDI*, 2011-2, pp. 11-50), en la actualidad destaca el Protocolo de la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos sobre los derechos de las mujeres en África, adoptado en Maputo el 11 de julio de 2003 y en vigor desde el 25 de noviembre de 2005 con 36 Estados partes (a fecha de 20 de mayo de 2013). Conforme a su art. 5, se establece la obligación de los Estados partes de adoptar legislación y todas las medidas que sean necesarias para erradicar la MGF. Entre otras, la creación de conciencia pública en todos los sectores de la sociedad en relación con estas prácticas nocivas mediante la información, la educación formal e informal y programas de divulgación; la prohibición, mediante medidas legislativas respaldadas por sanciones, de todas las formas de MGF, escarificación, medicalización y paramedicalización de la MGF; la prestación del apoyo necesario a las víctimas a través de servicios básicos de salud, jurídico y judicial, asesoramiento emocional y psicológico así como formación profesional para que sean autosuficientes; y la protección de las mujeres que corran el riesgo de ser sometidas a prácticas nocivas o toda otra forma de violencia, abusos o intolerancia (<http://au.int/en/content/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-rights-women-africa>).

En el marco de la UE donde no existe una normativa comunitaria específica, una amplia mayoría de Estados o bien han tipificado específicamente la MGF como delito (Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Irlanda, Italia, España, Suecia y Reino Unido, siendo este último país y Suecia los pioneros en promulgar legislación específica sobre la materia en 1985 y 1982 respectivamente) o la reconducen a la normativa penal general, asimilándola como un delito de lesiones o contra la integridad física (Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal), reconociendo asimismo en su legislación el principio jurisdiccional de extraterritorialidad aun cuando con distintos presupuestos de activación (sólo Bulgaria, Grecia y Malta no prevén tal principio, cfr. el citado Informe del Instituto Europeo de Igualdad de Género y PÉREZ

VAQUERO, C., «La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea», *Noticias Jurídicas*, diciembre 2011, <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/20111223513842442538.html>). Por su parte, en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos se hace referencia en la Exposición de Motivos a la mutilación genital femenina como uno de los supuestos delictivos cubiertos por la misma.

Finalmente, en el marco del Consejo de Europa se adoptó en Estambul el 11 de mayo de 2011 el Convenio sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/about_FR.asp?), que a fecha de 20 de mayo de 2013 sólo cuenta con cuatro ratificaciones de las ocho necesarias para su entrada en vigor (han ratificado Albania, Montenegro, Portugal y Turquía; España lo firmó *ad referéndum* el 11 de mayo de 2011; el Convenio también está abierto a Canadá, Estados Unidos, México, la Santa Sede y la UE). El art. 38 de este Convenio prevé que «las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado: a) la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) el hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) el hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin».

Respecto del tema de la competencia de los tribunales, el Convenio europeo apuestado decididamente por el principio de extraterritorialidad. Su art. 44.2 prevé que los Estados se esforzarán por adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos cuando la víctima del delito sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio. Por su parte, el párr. 3 del mismo artículo elimina el presupuesto de la doble incriminación respecto de determinados delitos, entre los que se encuentra el de la MGF. A tal efecto, se establece que las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que su competencia no esté subordinada a la condición de que los hechos también estén tipificados en el territorio en el que se hayan cometido. En cuanto al principio *aut dedere aut judicare*, se prevé que los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el Convenio en los casos en los que el presunto autor se encuentre presente en su territorio y no pueda ser extraditado a otro Estado Parte únicamente por razón de su nacionalidad (art. 44.5), cerrándose esta disposición con la cláusula estándar que establece que, sin perjuicio de las normas generales de Derecho internacional, el presente Convenio no excluye ninguna competencia penal ejercida por una Parte de conformidad con su legislación interna (44.7), previsión convencional que, por lo general, se refiere implícitamente al principio de justicia universal.

La intervención penal, en particular, en relación con el principio de extraterritorialidad o el principio de justicia universal ha planteado un importante debate en cuanto a su eficacia en relación con las medidas de concienciación e integración de las comunidades afectas por esta práctica. Principalmente, cuando la aplicación de la mutilación se ha llevado a cabo en países donde no está prohibida o, siendo ilegal, socialmente es mayoritariamente aceptada, y los progenitores o responsables de la víctima no participaron directamente en su comisión. Por un lado, resulta incuestionable que para una efectiva persecución de esta nociva práctica en países, como los de la

UE, en que se prohíbe y sanciona penalmente, el principio competencial de extraterritorialidad resulta determinante para erradicarla y reducir los espacios de impunidad que abren los viajes al extranjero, aun cuando presente importantes obstáculos como los relativos a la reunión de las pruebas suficientes para el enjuiciamiento. Pero por otra parte, se insiste en que esta política criminal y penal puede menoscabar considerablemente las políticas de prevención que implican una dimensión de colaboración, interacción y participación con las familias y las comunidades migrantes afectadas. Cuando una niña ha sido circuncidada en su país de origen, incluso antes de residir en el país del foro, y los miembros de la familia no han realizado la mutilación genital femenina, la responsabilidad recae en las niñas sometidas a la MGF para testificar en contra de sus padres y/o familias ante el tribunal correspondiente. Asimismo se pueden generar, en principio, una mayor desprotección y marginación de estos colectivos e incluso una mayor consolidación de estas tradiciones al entenderlas como una reafirmación de la identidad cultural frente a «intrusiones extrañas». Se produce, pues, una indeseada doble victimización.

Al mismo tiempo, hay que exigir una mayor implicación y compromiso de los hombres (padres, familiares, autoridades y dirigentes sociales y religiosos) en la erradicación de esta práctica, pues por lo general al no participar directamente en la comisión de tales prácticas delictivas finalmente resultan condenadas las mujeres que han asimilado tal costumbre como seña (o estigma) de su propia identidad. Comúnmente, los padres alegan su desconocimiento por tratarse de un «asunto de mujeres». Así pues, si no se consigue demostrar la implicación activa del padre, «resulta cuánto menos paradójico que las mujeres aparezcan primero como víctimas de la mutilación y luego se conviertan en las únicas responsables penalmente [...] de una práctica discriminatoria que impone una sociedad dominada por los hombres cuando en todo momento el padre tiene la misma obligación de salvaguardar los bienes jurídicos concernientes a sus hijos menores» (ROPERO CARRASCO, J., «La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas basada en razones de discriminación sexual», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, Bilbao, 2003, pp. 355-385).

Se trata de conseguir el difícil equilibrio entre la prevención, la protección y la persecución. La legislación penal no puede reemplazar nunca la prevención, protección y provisión de servicios relacionados con la mutilación genital femenina, sin embargo, debe ser parte de una serie de medidas que apoyen y mejoren los derechos de las mujeres afectadas. Por este motivo y sin desestimar en ningún momento el principio de extraterritorialidad vinculado al carácter de delito transnacional de la MGF más que al de crimen internacional (pues no se darían los requisitos para tal calificación —violación de una obligación reconocida por una norma de Derecho internacional general, reconocimiento de la responsabilidad penal individual e interés universal en la persecución— ni para su cobertura por el principio de justicia universal en sentido estricto, CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 11-12; BASSIOUNI, M. Ch., «Universal jurisdiction for international crimes: historical perspective and contemporary practice», *VIJL*, 2001-1, pp. 1-82), sería conveniente cohesionar tal principio de competencia con la concurrencia de algunos principios generales de Derecho penal como el conocimiento expreso o, en su caso, la connivencia de los familiares residentes en el territorio del tribunal del foro en la comisión de la MGF en el extranjero o la apreciación de forma rigurosa del error de prohibición.

Este debate se ha planteado ante los tribunales españoles, en particular con la Sentencia 9/2013 dictada por la Audiencia Nacional el 4 de abril de 2013 que condenaba

a la madre de una niña que fue mutilada antes de emigrar a España en aplicación del art. 149 del CP, asumiendo la modalidad de comisión por omisión del art. 11 del mismo Código. Sentencia que ha obtenido una importante repercusión ante la opinión pública (reportaje en *El País* de 16 de abril de 2013 titulado «Los tribunales no bastan para erradicar la ablación») en la medida en que es la primera decisión judicial que sobre la MGF aplica, *ex art.* 23.4 LOPJ, el principio de justicia universal condicionado a que los responsables se encuentren en España (las sentencias anteriores, como la sentencia 4815/2010 de 11 de mayo de la Audiencia Provincial de Barcelona y, en particular, la sentencia condenatoria 197/2011 de 15 de noviembre de la Audiencia Provincial de Teruel, se refirieron a mutilaciones practicadas en España). En virtud de tal condena, la madre, que había sufrido también la mutilación genital en su niñez, fue condenada a dos años de prisión y al pago de una multa de 10.000 euros en concepto de responsabilidad civil. Conforme a los hechos relatados en la sentencia, cuando Aminta Touré, nacida en una aldea de Senegal el 20 de septiembre de 2006, acudió con sus padres al centro de salud de atención primaria de Premiá de Mar (Barcelona) con motivo de la exploración realizada dentro del protocolo de actuación de niños inmigrantes, le fue apreciada la extirpación del clítoris y, como secuela, sinequia o adherencia de labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal, con una abertura mínima de entre 3 y 5 milímetros de diámetro, que precisa de tratamiento quirúrgico. Aminta había llegado a Cataluña en 2010 con su madre y sus hermanos una vez que el padre consiguiera el permiso de reagrupación familiar. Según la declaración de la madre, mientras vivió en Senegal trabajaba en el campo, haciéndose cargo de la niña su abuela materna, ignorando si ésta o alguien con su previo consentimiento, pudo haberle practicado la extirpación genital. En este sentido, reiteró haber tenido conocimiento de la lesión sufrida por su hija en el propio centro asistencial catalán.

La principal prueba de cargo contra la madre es el testimonio de facultativos que manifestaron que cuando se les informó de la lesión de la niña, no percibieron por parte de los padres ninguna reacción de especial sorpresa, apreciación que resultó corroborada cuando el padre manifestó que la ablación sufrida era un hecho cultural en África y que su esposa también había sufrido la misma lesión. Pues bien, en virtud de tal elemento probatorio la Audiencia Nacional declaró:

«Partiendo de tal premisa, a la hora de declarar la autoría de la acusada acerca de la lesión causada a la menor Aminta, no hace falta que las pruebas practicadas conduzcan, de forma inequívoca, a la imputación directa y material de la acusada, pues dado el tipo penal cometido, la edad de la víctima y la existencia del vínculo materno-filial existente, a efectos penales, es indiferente que las lesiones las causara materialmente la acusada, la madre de esta última —tal como la acusada insinuó—, o fueran perpetradas por un tercero, bastando que la acusada, en su condición de madre de la menor y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad que le correspondía, hubiera consentido, en aras de la tradición y costumbres del lugar, que su hija sufriera la lesión en el entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla, derivada de la anacronía de costumbres ancestrales. Pues esa falta de reacción o de sorpresa cuando la acusada es informada por el enfermero, no puede obedecer sino [*sic*] es como consecuencia de saber la existencia de la lesión y, en su caso, de su anuencia para que ésta se produjera» (FJ 2).

Respecto a la posibilidad de la aplicación de la eximente del error de prohibición invencible como reverso de la conciencia de la antijuridicidad, la Audiencia argumenta que, realmente, la acusada ignoraba que la mutilación genital de su hija constituía un delito no sólo dentro de España, sino incluso fuera de ella. Por tal motivo, y apreciando así la cuestión, se entiende por qué en ese primer reconocimiento médico de su hija, en septiembre del 2010, reaccionara con total normalidad, con indiferencia y sin sorpresa al ser informada de la lesión descubierta, reconociendo, incluso, ha-

berla sufrido. Esto es, la naturalidad de su reacción no podía derivar de otra cosa distinta que no fuera su convencimiento de que la lesión sufrida por su hija carecía de trascendencia penal. No obstante y de forma sorprendente, la ausencia plena de conciencia de antijuridicidad de la madre es desbaratada y vencida en virtud de los conocimientos del padre durante su estancia en España lo que lleva finalmente a la condena de la madre con la absolucióndel progenitor que había vivido tal situación desde la lejanía migratoria sin adoptar medidas de protección. Según el Tribunal, resulta probado que

«[...] así como la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2010, su esposo llevaba residiendo en Cataluña, al menos desde hacía 10 años, por lo tanto, es inevitable pensar que así como la acusada no tenía acceso a información alguna sobre el particular, su marido, promotor de la idea de la reagrupación familiar en Cataluña y, por ello, conecador suficiente de las normas mínimas de convivencia, debería haberla asesorado en este extremo, evitando así los problemas surgidos desde la llegada a España de la acusada y la hija de ambos. En consecuencia, el tribunal, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el Tribunal Supremo y las circunstancias del caso, entiende que el error sufrido por la acusada es el vencible, por lo que procede minorar la pena de acuerdo a los cánones establecidos en el citado artículo 14 del Código Penal en uno o dos grados».

Así pues se trata de una sentencia que evidencia los problemas del tratamiento de la persecución de la MGF (en este caso, en su modalidad de comisión por omisión) en función de los procesos migratorios y la aplicación del principio de extraterritorialidad previsto en el art. 23.4 de la LOPJ en virtud de la modificación introducida por la Ley Orgánica 3/2005 de 8 de julio. Asimismo reproduce patrones discriminatorios en función de presunciones de información dejando en, este caso, al «*informador necesario*» exonerado de toda culpa que recae sobre la madre que en todo momento, según el relato de la sentencia, ignoraba la antijuridicidad de su comportamiento y demostró, una vez informada de la previsión legal en España, su arrepentimiento. Si se mantiene de forma tan rigurosa esta doctrina, la reagrupación familiar puede dar lugar a la apertura de múltiples causas y condenas judiciales o compeler a que los padres dejen a sus hijas mutiladas en los lugares de origen donde tal práctica es socialmente aceptada, perpetuando las desigualdades de género.

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

3. LA ELABORACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO DE VÍCTIMAS DE CRÍMENES INTERNACIONALES POR NACIONES UNIDAS Y SU APLICACIÓN POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Uno de los cambios más relevantes en el ámbito de los derechos humanos, por el giro casi copernicano que supone respecto a la situación de la que se partía y por la rapidez de su expansión, maduración y aceptación, al menos en el plano teórico y jurídico general —desde luego, otra cosa es su aplicación práctica en las situaciones específicas—, deriva de la diferente percepción que, desde el final de la Guerra Fría, comienza a tenerse de *las relaciones entre Paz y Justicia*. Así, frente a la negativa que tiende a enfrentar ambos principios como irreconciliables y que podemos resumir, desde la perspectiva *realista* o de *realpolitik*, con la expresión latina *fiat iustitia pereat mundi*; se ha asentado, al menos desde una posición doctrinal mayoritaria, la visión

más incluyente, y compleja también, de que *Justicia y Paz* no sólo *no se sitúan en una posición dialéctica, enfrentada y excluyente por naturaleza, sino que, antes al contrario, se complementan, alimentándose y necesitando mutuamente*. Se ha pasado, así, de la visión «paz versus justicia» a la visión «paz y justicia».

Este punto de partida, mucho más constructivo, no sólo no niega la relación entre ambos principios, sino que la reconoce, la asume y a partir de ahí abre la puerta a un análisis de los procesos transicionales que, no hay que engañarse, resulta sin duda problemático y difícil, pero que debe conducir, constructivamente, a alcanzar conclusiones que refuercen la profunda conexión de complementariedad que existe entre Justicia y Paz. Como afirma el Secretario General de Naciones Unidas: «Justicia y paz no son fuerzas contrapuestas; cuando se trata de establecerlas bien, se promueven y sostienen una a la otra. Así pues, la cuestión no podrá ser nunca si hay que fomentar la justicia y la rendición de cuentas, sino más bien cuándo y cómo hacerlo» (*El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, de 3 de agosto, párr. 21).

2. Quizás la respuesta a tales cuestiones, a la evidentemente compleja relación entre Justicia y Paz y cómo llenarla de contenido en el caso concreto, pueda venir de la mano de *las víctimas*: de su visión, que no es unívoca ni inmutable, de ambos principios y de sus relaciones; de sus intereses en juego y, en fin, del reconocimiento, garantía y protección de sus derechos. Y es que también aquí se ha iniciado en las últimas décadas un proceso que está llevando a un cambio de paradigma, a un giro copernicano por el que se amplía el foco de atención, tradicionalmente centrado en los victimarios, para incluir también a las víctimas. Como se defiende en la *Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia*: «Las víctimas son un elemento central de la consolidación de la paz, la justicia y la reconciliación y deben participar activamente en estos procesos. Debe asignarse a sus intereses una alta prioridad» (*Declaración de Nuremberg sobre Paz y Justicia*, de 27 de junio de 2007, en doc. A/62/885, de 19 de junio de 2008, III.3).

Este *enfoque centrado en las víctimas*, como principio básico que debe servir como punto de partida e informar todo proceso transicional hacia una paz con justicia, sin embargo, y a pesar de los avances, no ha cristalizado todavía. Debe ser aceptado, interiorizado y debe informar todo el desarrollo del sistema, tanto en su vertiente de *reconocimiento y conceptualización de las víctimas de crímenes internacionales*, como de conformación de un completo y efectivo *estatuto jurídico internacional* de las mismas. Y es que *las víctimas son centrales para que los principios de justicia y reconciliación sean real y efectivamente alcanzados y, con ello, para que la construcción de la paz, en sentido positivo, tenga éxito y sea sostenible*. Son, en fin, *la clave de bóveda de los procesos transicionales, donde Justicia y Paz deben encontrar su equilibrio en el caso concreto*.

3. Pues bien, tanto desde la perspectiva de su *reconocimiento y conceptualización* como de conformación de un *estatuto jurídico internacional*, Naciones Unidas ha venido realizando una importante labor, iniciada en 1985 con la adopción de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* por la resolución 40/34, de 29 de noviembre, de la Asamblea General; pero que ha alcanzado su mayor desarrollo con la adopción de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados por la Asamblea General en su resolución 60/147, de 2005.

Junto a ello, sin duda, los Estatutos y Reglas de Procedimiento y Prueba de los diferentes tribunales penales internacionales creados hasta la fecha —en especial, los de la Corte Penal Internacional—, así como su incipiente práctica todavía, de un lado, y, de otro, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos en la materia, muy especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han contribuido grandemente a determinar el alcance y contenido de dicho estatuto jurídico. Por ello, en lo que sigue nos centraremos en la exposición y análisis tanto de la resolución 60/147 de la Asamblea General como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

4. Los *Principios y directrices básicos sobre los derechos de las víctimas* son el instrumento internacional más actual, completo y desarrollado en la materia a nivel universal. Si bien es cierto que, como indica la propia resolución en su Preámbulo, «al hacer valer el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones, [...] reafirma el derecho internacional en la materia» y que «no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales»; lo que sí hace es indicar «mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario». Se trata, en efecto, como hemos indicado, no tanto de una innovación absoluta sino de un cambio de enfoque por el que, al situar en el centro de atención a las víctimas, se generan mecanismos para el ejercicio real y efectivo de sus derechos.

Pues bien, la primera de las obligaciones referida en los *Principios* es «la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario», que, en realidad, funciona como obligación genérica del Estado, conformada por las obligaciones específicas que configuran correlativamente derechos de las víctimas y, en este sentido, constituyen el contenido del estatuto jurídico internacional de las mismas. El párr. 3 de los *Principios* recoge explícitamente los más importantes:

«3. La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de:

a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones;

b) Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional;

c) Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y

d) Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación, como se describe más adelante».

En lo que sigue, se va haciendo específica referencia a cada una de dichas obligaciones de los Estados, que no son sino derechos de las víctimas. En efecto, a partir del apartado V y hasta el final de los *Principios y directrices básicos*, éstos se centran en las víctimas, abordando en primer lugar su definición y estableciendo seguidamente una serie de principios generales, previos y transversales, que deben presidir el «Tratamiento de las víctimas», título del apartado VI:

«Las víctimas deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos, y han de adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias. El Estado

debe velar por que, en la medida de lo posible, su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de una consideración y atención especiales para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma».

De este modo, el trato humano, el respeto a la dignidad y los derechos, el deber de asistencia y la eliminación de la llamada *doble victimización* se erigen como principios básicos que deben informar tanto las obligaciones del Estado como los correlativos derechos de las víctimas. Junto a ello, el apartado VII proclama tales derechos, dotando así de contenido el que hemos denominado estatuto jurídico de las víctimas:

- «a) Acceso igual y efectivo a la justicia;
- b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido;
- c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación».

Así, si ponemos en conexión esta perspectiva, centrada en las víctimas y sus derechos, con la de la *justicia transicional*, nos daremos cuenta que en realidad estamos hablando exactamente de lo mismo: *justicia, reparación y verdad*, siguiendo el orden de la disposición citada. Y es que, como ya hemos advertido, el elemento central de los procesos de transición, de las relaciones mismas —desde la complementariedad y no exclusión— entre Justicia y Paz, *son las víctimas y sus derechos*; que no son otros, que no pueden ser otros, que *el contenido mismo de la justicia transicional. Porque afirmar que no hay paz sin justicia es igual que señalar que ni una ni otra existe verdaderamente sin el reconocimiento, respecto y real y efectiva garantía de los derechos de las víctimas.*

5. Empezando por el final, se debe destacar que *el derecho de las víctimas a la información* posee una doble, y realmente esencial, función: de un lado, como *derecho autónomo* y en sí mismo considerado *implica el derecho a conocer lo ocurrido*; esto es, *el derecho a la verdad*. De otro, como *derecho instrumental o auxiliar* de los otros resulta, además, básico para que los mencionados derechos autónomos sean reales y efectivos. Desde esta última perspectiva, el primer inciso del párr. 24 de los *Principios y directrices básicos* indica:

«Los Estados han de arbitrar medios de informar al público en general, y en particular a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de los derechos y recursos que se tratan en los presentes Principios y directrices básicos y de todos los servicios jurídicos, médicos, psicológicos, sociales, administrativos y de otra índole a los que pueden tener derecho las víctimas».

Desde la primera, el último inciso del citado apartado señala:

«Además, las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización y sobre las causas y condiciones de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de las violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como a conocer la verdad acerca de esas violaciones».

6. Junto a la verdad, el primero de los derechos autónomos citados que conforman el contenido del estatuto jurídico de las víctimas es el del *acceso a la justicia*, que se subraya debe ser *igual y efectivo*. Ello deriva, en efecto, de los derechos proclamados en diferentes instrumentos de Derecho internacional que implican la obligación de los Estados de asegurar que en sus Derechos internos se prevean mecanismos de acceso, efectivo e igual, a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial. Obligación que se concreta, en el párr. 12, en las siguientes:

- «a) Dar a conocer, por conducto de mecanismos públicos y privados, información sobre todos los recursos disponibles contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario;
- b) Adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas;
- c) Facilitar asistencia apropiada a las víctimas que tratan de acceder a la justicia;
- d) Utilizar todos los medios jurídicos, diplomáticos y consulares apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos por violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o por violaciones graves del derecho internacional humanitario».

Derecho de acceso a la justicia de las víctimas que, en fin, no sólo es individual, sino también colectivo; por lo que, como indica el párr. 13, «los Estados han de procurar establecer procedimientos para que grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtener reparación, según proceda».

7. Junto a la verdad y el acceso a la justicia, el tercer derecho autónomo de las víctimas es la *reparación*: «Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario» —párr. 15—. Por supuesto, el Estado debe conceder «reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario»; pero también, de acuerdo con lo establecido en el párr. 16, deben «procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones». Finalmente, dicha reparación podrá adoptar alguna, varias o todas las formas siguientes: restitución —párr. 19—, indemnización —párr. 20—, rehabilitación —párr. 21—, satisfacción —párr. 22— y garantías de no repetición —párr. 23—.

8. Como se ha indicado, los derechos de las víctimas de crímenes internacionales se contienen en tratados internacionales, ya de carácter universal, ya regional. En este último ámbito, como se sabe, se han desarrollado tanto en Europa como en América Latina mecanismos de control y garantía de tales derechos que incluyen los de naturaleza judicial. Pues bien, en gran medida debido a su contexto histórico reciente, plagado de procesos transicionales, el ámbito latinoamericano destaca especialmente en esta materia a través de la labor sostenida, valiente y muy relevante, desarrollada por la Comisión y por la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

En efecto, desde el caso *Velásquez-Rodríguez* de 1988, han sido muy numerosas las sentencias de la Corte de San José que vienen a construir una jurisprudencia absolutamente imposible de desconocer por los Estados latinoamericanos, pues, como se sabe, forman parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, de la que éste trae causa. Jurisprudencia, que, de manera muy progresiva, ha ido reconociendo y fijando el marco jurídico, los derechos y, en definitiva, el estatuto jurídico de las víctimas de estos crímenes, así como las correlativas obligaciones de los Estados.

9. Así, la primera de las obligaciones de los Estados, y correlativo derecho de las aquí todavía *potenciales* víctimas, es la *obligación de garantía* como explica la Corte en el asunto de la «*Masacre de Mapiripán*» c. *Colombia*:

«Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales» (Sentencia C.I.D.H., *Asunto «Masacre de Mapiripán» c. Colombia*, de 15 de septiembre de 2005, párr. 111).

Ahora bien, dicha obligación así formulada no implica que un Estado sea «responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción». Por ello, la Corte precisa en el asunto *Campo Algodonero* lo siguiente:

«(L)as obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía» (Sentencia CIDH, *Asunto González y otras —«Campo Algodonero»— c. México*, de 16 de noviembre de 2009, párr. 280).

Ya en el asunto *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, de 29 de julio de 1988, la Corte concretó dicha obligación en los siguientes términos:

«Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación *los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*» (Sentencia CIDH, *Asunto Velásques Rodríguez c. Honduras*, de 29 de julio de 1988, párr. 166. Cursivas añadidas).

En efecto, junto a, o mejor, como consecuencia de la obligación de garantía, además de la obligación de prevención, nos encontramos con la de *investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos*; lo que, desde la perspectiva de las víctimas, se erigen en el *derecho de acceso a la justicia*. Así, por lo que a la obligación de *investigación* se refiere, en el mismo asunto, la Corte afirmó:

«El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención» (Sentencia CIDH, *Asunto Velásques Rodríguez c. Honduras*, de 29 de julio de 1988, párr. 176).

Dicha obligación de investigación no está sólo conectada al derecho de acceso a la justicia sino también al *derecho a la verdad* que poseen las víctimas. En este sentido, la Corte ha afirmado con rotundidad:

«[E]l Estado está obligado a combatir dicha situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos

humanos. *La ausencia de una investigación completa y efectiva sobre los hechos constituye una fuente de sufrimiento y angustia adicional para las víctimas, quienes tienen el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido. Dicho derecho a la verdad exige la determinación de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones*» (Sentencia CIDH, *Asunto González y otras —«Campo algodón»— c. México*, de 16 de noviembre de 2009, párr. 454).

10. Finalmente, constatar que la violación de tales obligaciones conllevan la condena del Estado infractor, cuyo contenido, en una jurisprudencia que ya comienza a ser abundante y, por consiguiente, bien asentada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, trata de que se cumplan por parte del Estado los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Así, citando, por todos, el asunto *Campo Algodonero* por su cercanía temporal, amplitud y sistematicidad de la condena, la Corte, una vez que sentenciase que el Estado había violado, entre otros y en lo que aquí interesa, su obligación general de garantía y su deber de investigar, lo que suponía una violación de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal y los derechos de acceso a la justicia y protección judicial (véase Sentencia CIDH, *Asunto González y otras —«Campo algodón»— c. México*, de 16 de noviembre de 2009, pp. 151 y 152), disponía lo siguiente en relación con los derechos de las víctimas (pp. 153-155):

— Respecto al derecho de acceso a la justicia:

«12. El Estado deberá [...] conducir eficazmente el proceso penal en curso y, de ser el caso, los que se llegasen a abrir, para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables [...].

13. El Estado deberá, dentro de un plazo razonable, investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades y, luego de un debido proceso, aplicará las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes [...].

18. El Estado deberá, en un plazo razonable, continuar con la estandarización de todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme a [...] los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas».

— Respecto al derecho a reparación y a la verdad:

«11. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

[...].

15. El Estado deberá, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, publicar en el Diario Oficial de la Federación, en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el estado de Chihuahua, por una sola vez, los párrs. 113 a 136, 146 a 168, 171 a 181, 185 a 195, 198 a 209 y 212 a 221 de esta Sentencia y los puntos resolutive de la misma [...].

16. El Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional [...].

17. El Estado deberá, en el plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez, [...]. El monumento se develará en la misma ceremonia en la que el Estado reconozca públicamente su responsabilidad internacional.

[...].

25. El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, pagar las cantidades fijadas en [...] la presente Sentencia por concepto de indemnizaciones y compensaciones por daños materiales e inmateriales [...].».

— Por último, en relación con el acceso a la justicia y al derecho a la verdad:

«19. El Estado deberá, en un plazo razonable [...], adecuar el Protocolo Alba, o en su defecto implementar un nuevo dispositivo análogo, conforme a las siguientes directrices, debiendo rendir un informe anual durante tres años.

[...].

20. El Estado deberá crear, en un plazo de seis meses a partir de la notificación de esta Sentencia, una página electrónica que deberá actualizarse permanentemente y contendrá la información personal necesaria de todas las mujeres, jóvenes y niñas que desaparecieron en Chihuahua desde 1993 y que continúan desaparecidas [...].

21. El Estado deberá, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia [...], crear o actualizar una base de datos que contenga:

- i) la información personal disponible de mujeres y niñas desaparecidas a nivel nacional;
- ii) la información personal que sea necesaria, principalmente genética y muestras celulares, de los familiares de las personas desaparecidas que consientan —o que así lo ordene un juez— [...], y
- iii) la información genética y muestras celulares provenientes de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada [...].».

11. En definitiva, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo se considera inaceptable, por contraria a la legalidad internacional, la ausencia de respuesta por parte del Estado a violaciones graves de Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario; sino que, además, a lo largo de dicha jurisprudencia, la Corte ha ido estableciendo una serie de principios, reconociendo una serie de derechos de las víctimas y, correlativamente, un conjunto de obligaciones de los Estados en materia de verdad, de justicia y de reparación que dotan de contenido al estatuto jurídico de las víctimas y que vienen a limitar la discrecionalidad de los Estados a la hora de afrontar procesos transicionales, que ya no podrán desconocer tales estándares, tal estatuto jurídico. Y ello es especialmente así en el caso latinoamericano porque, además, como acabamos de ver, existe un sistema internacional regional de control judicial que vela por el cumplimiento de tales obligaciones de los Estados en el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos de las víctimas.

Y es que, el nuevo paradigma político-jurídico que deriva del establecimiento de una relación constructiva a partir de la complementariedad de los objetivos de Justicia y de Paz, así como de situar a las víctimas en el centro de la escena dotándolas de un verdadero estatuto jurídico, supone, sin duda, limitar la discrecionalidad del Poder por medio del Derecho y ya no sólo a través de la lógica de la confrontación de diferentes poderes hasta llegar a un equilibrio político, propio de la lógica de *realpolitik* en la que indefectiblemente la Justicia y, como parte primordial de la misma, las víctimas simplemente eran ignoradas cuando no sacrificadas. Pero también implica reconocer que *en la justicia de transición nos encontramos siempre ante un problema complejo, en el que frente al todo o nada y la exclusión debe primar el equilibrio y la complementariedad, para llegar a una respuesta también compleja que, además, nunca es teórico-general, sino particular de cada caso concreto*. Como reconoce el Secretario General: «Los problemas que se plantean después de los conflictos hacen necesario optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho» (*El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, párr. 21).

Alcanzar la complementariedad en el caso concreto a través de la construcción de equilibrios entre intereses, objetivos y principios implica negociar y contrastar posiciones y grados de poder de las partes en el conflicto. Todo ello se sitúa en el terreno de lo político, del juego político y, claro está, implica margen de maniobra y un grado no pequeño de discrecionalidad. Eso sí, *dentro del marco jurídico que impone el principio de legalidad, tanto interno como internacional;* esto es, a partir de la aceptación y el respeto de los límites generales que imponen los derechos de las víctimas que se concretan en el contenido mínimo esencial a la verdad, la justicia y la reparación.

Félix VACAS FERNÁNDEZ
Universidad Carlos III de Madrid

4. LA COMISIÓN PARA LA VERDAD Y LA RECONCILIACIÓN DEL NEPAL: TENTATIVAS PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES PENALES POR GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

1. El 5 de enero de 2013 comparecía ante un tribunal británico el militar nepalí de alto rango Kumar Lama. Días antes, este Coronel había sido arrestado por la Policía Metropolitana, acusado de cometer crímenes internacionales de tortura durante la última y más cruenta etapa de la guerra civil en Nepal. La investigación y el arresto del presunto torturador se amparan en la Sección 134 de la *Criminal Justice Act*, la cual tipifica la tortura como un crimen internacional que debe ser perseguido sobre la base del principio de jurisdicción universal. Así pues, efectuada la correspondiente denuncia por las víctimas, el militar del ejército nepalí no pudo evitar su detención mientras se encontraba en Sussex, disfrutando de su permiso navideño en su actual destino como casco azul de las Naciones Unidas en el Sudán. Las protestas no se hicieron esperar y el Ministro de Asuntos Exteriores del Gobierno Maoísta, Narayan Kaji Shrestha, declaraba a la prensa internacional que dicha actuación judicial resultaba contraria al Derecho internacional y violentaba la soberanía de su país. Además las quejas se trasladaron de forma oficial al plano diplomático ante el embajador británico en Katmandú, el cual no se doblegó y reaccionó invocando las obligaciones inherentes a la Convención contra la Tortura.

Dos meses más tarde, el Coronel Kumar Lama, tras entregar su pasaporte al juez Fulford, fue puesto en libertad bajo fianza de treinta y seis mil libras hasta la próxima comparecencia ante los juzgados de Chelmsford.

2. Al mismo tiempo que se liberaba de su detención al militar gurka, el 14 de marzo de 2013 el Presidente de la República del Nepal, Ram Baran Yadav, aprobaba un decreto por el cual creaba una Comisión para la Verdad y la Reconciliación. Más de siete años han tenido que transcurrir para llegar a esta decisión que se ha precipitado como consecuencia de las acciones emprendidas por la justicia británica.

A su vez, las reacciones a esta iniciativa legal no se han hecho esperar. Por un lado, los máximos mandatarios del ejército nepalí han aplaudido esta decisión, declarando que todos los representantes de los partidos políticos y de las fuerzas de seguridad, incluidos los del ejército, deben someterse a cualquier tipo de exigencia de responsabilidades derivadas por la comisión de crímenes cometidos durante el conflicto armado. Ahora bien, dos semanas después el Tribunal Supremo del Nepal dictó un auto mediante el cual suspendía provisionalmente el proceso de creación de esta Comisión para la Verdad y la Reconciliación, tras haber detectado distintas cláusulas que apuntan abiertamente a la concesión de amnistías. En este sentido la

máxima instancia judicial de Katmandú apunta a que esa Comisión adolece de las más elementales garantías de imparcialidad e independencia. Además denuncia que su decreto de constitución, a través de la denominada *Ordinance on Investigation of Disappeared People, Truth and Reconciliation Commission 2069* (<http://www.simon-robins.com/missing/wp-content/uploads/2013/02/Nepal-TRC-Ordinance.pdf>), contiene una grave limitación temporal. Efectivamente se regula que la Comisión tendrá la capacidad para investigar las más de nueve mil graves violaciones a los derechos humanos durante el plazo improrrogable de tan sólo dos años. Además el decreto estipula que este organismo, compuesto de cinco comisarios nombrados por el gobierno, se ocupará de investigar «serias violaciones a los derechos humanos», que se hayan cometido «de manera sistemática». Se teme que con esta provisión, la Comisión para la Verdad y la Reconciliación se ocupe únicamente de hechos que pudieran calificarse de crímenes contra la humanidad, dejando fuera del ámbito de investigación todos aquellos crímenes cometidos en el seno del conflicto armado no internacional que no presenten este carácter. Finalmente se contempla la posibilidad por la cual las víctimas pueden presentar denuncias ante la Comisión, la cual en un informe final presentará sus conclusiones sobre los hechos investigados. Ahora bien, los resultados de este organismo tendrán un carácter no vinculante de recomendaciones, las cuales serán remitidas al Fiscal General nepalí, quien tendrá a su vez la libre discrecionalidad, de bien procesar a los presuntos responsables, bien de conceder las amnistías que considere oportunas.

3. Sin ningún género de duda, esta supuesta iniciativa que debiera iniciar el camino de la lucha contra la impunidad en la república himalaya, no cristaliza el anhelo de la mayoría del pueblo nepalí ante el panorama desolador dejado por la guerra civil y los abusos cometidos tanto por parte de las guerrillas maoístas, como del gobierno y las fuerzas gubernamentales. Esta iniciativa de justicia no contempla las ansias de reparación de la población civil que arriesgó su vida en unas protestas masivas y pacíficas, las cuales acabaron por provocar, en las postrimerías del conflicto, la restauración del endeble régimen parlamentario, que fue suprimido tras el golpe de estado llevado a cabo por el Rey Gyanendra el 1 de febrero de 2005. Precisamente en abril de 2006, millones de nepalíes en una muestra de rechazo sin precedentes se manifestaron en todo el país. Durante semanas, desatendiendo los toques de queda y obviando que las tropas del ejército nepalí abrían fuego indiscriminadamente contra los manifestantes, éstos se atrincheraron en las calles, hasta que finalmente el 24 de abril, el Rey Gyanendra restauró la democracia. Desde entonces y con el Parlamento nepalí restablecido, la monarquía absoluta de forma progresiva se fue irremediamente desmantelando, el Estado nepalí pasó a ser secular (desapareciendo así el único Estado hindú del planeta) y se estableció un diálogo abierto con las guerrillas maoístas, vinculado a un proceso de desarme y a un control de las fuerzas de seguridad, bajo la supervisión de las Naciones Unidas.

Todos estos avances formalmente quedaron consignados el 21 de noviembre de 2006 en un Acuerdo de Paz, en el que todas las partes del conflicto se comprometieron principalmente a salvaguardar los derechos humanos de todo el pueblo nepalí; obligaciones que se encomendó fueran supervisadas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Katmandú y por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Nepal (<http://www.reliefweb.int/rw/rwb.nsf/db900SID/VBOL-6VSHK8?OpenDocument>). La ruta abierta a la paz por este acuerdo se concretó el 15 de enero de 2007 con la promulgación de una Constitución Interina, que, por un lado, consolidó el marco legal para hacer efectivos los derechos fundamentales, y por otro, sentó las bases para la celebración de unas elecciones con el fin de compo-

ner una Asamblea Constituyente, que finalmente «institucionalizara los logros de la revolución» pacífica, tal y como indicaba su preámbulo (http://www.worldstatesmen.org/Nepal_Interim_Constitution2007.pdf). El nuevo gobierno liderado por los antiguos guerrilleros maoístas tenía que hacer frente a unos desafíos, que han condicionado de manera decisiva esta etapa transicional y que por el momento no se vislumbran señales positivas al respecto. Nos estamos refiriendo al peligroso lastre de la impunidad que caracteriza el clima político y social del país, y que finalmente de no resolverse puede poner en riesgo el frágil Estado de Derecho. En este sentido, a las ya más de 13.000 víctimas que se cobró la guerra civil entre 1996 y 2006, desde entonces se han continuado produciendo numerosos casos de violaciones de derechos humanos y jamás ha habido un procesamiento penal y posterior condena de ninguno de los presuntos responsables, ya sea un dirigente maoísta o un miembro del ejército nepalí. Que alguno de los nuevos gobernantes y altos cargos maoístas, junto con otros mandos militares y altos cargos policiales, y responsables de crímenes internacionales, estén por ambos lados instalados en el poder, sin lugar a dudas dificulta la reparación a las víctimas.

4. Siendo así se comienza a constatar un alto riesgo, por el cual disposiciones como la del art. 33 de la Constitución Interina Nepalí de 2007 que ordenaba la creación de una Comisión para la Verdad y la Reconciliación con la finalidad de enjuiciar dichos crímenes, queden en papel mojado. De hecho, a pesar de las ya enunciadas recomendaciones y advertencias por parte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Nepal a propósito de esta Comisión (Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights, *Comments and recommendations on draft Truth and Reconciliation Commission Bill*, OHCHR, Nepal, Katmandú, 2007), se han continuado produciendo negativas por parte de las autoridades policiales de investigar nuevos crímenes y se sigue sin conocer el paradero de cientos de desaparecidos.

Es más, el mismo Acuerdo de Paz de finales de 2006, que puso fin a la guerra civil, escondía entre sus cláusulas una explícita referencia a una ley de amnistía por la cual se permitía que ambas partes pudieran retirar acusaciones, archivar procesos penales e incluso liberar por razones políticas a presos ya condenados por graves violaciones de derechos humanos. Temores que algunos han visto confirmados recientemente en la aprobada *Ordinance on Investigation of Disappeared People, Truth and Reconciliation Commission 2009*.

5. Por todo ello jamás han acabado por disiparse las serias preocupaciones por las cuales los efectos devastadores entre la población civil de la llamada «guerra del pueblo» lanzada por las guerrillas maoístas queden en la más absoluta impunidad. En este contexto, al margen de la normativa de los Derechos Humanos que ambas partes en el conflicto han violentado, asimismo debe tenerse en cuenta que Nepal ha ratificado las Convenciones de Ginebra (PHUYAL, H. y SURYA, S., «The Status of International Humanitarian Law in Nepal», *Handbook of International Humanitarian Law in South Asia*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 2007, pp. 86-91). De esta manera, tanto las fuerzas armadas gubernamentales agrupadas en el ejército nepalí, como la otra parte combatiente, el Ejército de Liberación Popular Maoísta del Nepal, quedan vinculadas por todas estas disposiciones relativas al Derecho Internacional Humanitario.

Además junto a esta clara identificación de las partes combatientes, los hechos de este conflicto muestran un grado de violencia intenso; requisitos ambos que se desprenden del art. 3 común a los Convenios de Ginebra, aplicable a los conflictos armados, como el nepalí, de carácter no internacional. En este sentido, las matanzas

indiscriminadas de civiles, los secuestros, la toma de rehenes y las violaciones a las mujeres en el ámbito rural por las guerrillas maoístas, sometieron a todos los ciudadanos nepalíes a un estado de terror. Debe destacarse que los objetivos de los maoístas no fueron únicamente los cuerpos de seguridad nepalíes (militares y policías), sino que los asesinatos se extendieron a militantes de otros partidos políticos, profesores, estudiantes y población civil sospechosa de ser espías, e incluso campesinos no colaboracionistas o no dispuestos a someterse a la extorsión de la guerrilla (PANDEY, N. N., *Nepal's Maoist movement and implications for China and India*, Manohar, Colombo, Sri Lanka, Regional Centre for Strategic Studies Policy Studies 27, 2005).

A estas graves violaciones que todavía permanecen en la impunidad, debe añadirse el secuestro sistemático de menores por parte de los maoístas. Este reclutamiento forzoso que solía producirse, en las mismas escuelas o en las aldeas, obedece a la política «una familia, un miembro». Aunque no se ha podido verificar de forma detallada el número de miles de niños soldados nepalíes reclutados y utilizados durante el transcurso de la guerra, se calcula que al menos llegaron a constituir el 30 por 100 de las guerrillas maoístas (Asian Human Rights, *Nepal: The Maoists' conflict and impact on the rights of the child*, An alternative report to the United Nations Committee on the Rights of the Child on Nepal's 2nd periodic report, CRC/CRC/C/65/Add.30, Ginebra, 2005).

6. Finalmente otra de las cuestiones más preocupantes y sin resolver, consecuencia del conflicto nepalí, continúa siendo la situación de los desplazados internos. Al margen de lo preceptuado en la normativa de Ginebra, en concreto en el art. 17 del Protocolo Adicional II, que prohíbe efectuar desplazamientos forzados de la población civil por razones del conflicto, no debe perderse de vista que el art. 8.2.e.viii del Estatuto de Roma, que dio origen a la Corte Penal Internacional, contempla como crimen de guerra de competencia del tribunal, el desplazamiento de civiles como parte de la comisión en gran escala de dichos crímenes de guerra. En este sentido, habida cuenta que desde el inicio de la contienda hasta doscientos mil nepalíes fueron desplazados por distintas regiones del interior del país y más de dos millones huyeron a India, podría considerarse la violencia ejercida por las guerrillas maoístas contra la población civil como crimen de guerra. Esta gravísima situación vino agravada por una política gubernamental que desatendió a los desplazados internos. Además de la inseguridad y desprotección sufrida frente a las guerrillas, los desplazados en algunas regiones fallecieron como consecuencia de crisis alimentarias y sanitarias. A todo ello debe sumarse el reto que el nuevo Gobierno maoísta debe afrontar en lo referente a los derechos de propiedad de las tierras de los desplazados, que han sido ocupadas; situación que puede generar de nuevo una espiral de violencia y de la cual ya alertó el Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos tras su visita al país (Informe del Representante del Secretario General sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Sr. Walter Kälin, Comisión de Derechos Humanos, 62.º periodo de sesiones, E/CN.4/2006/71/Add.2, 7 de enero de 2006).

7. Además por otro lado debe destacarse el relevante papel que jugaron las fuerzas de seguridad del Estado, tal y como denunció en pleno conflicto la extinta. Comisión de Derechos Humanos (resolución 2005/78, 59.ª sesión, 20 de abril de 2005 en http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-78.doc); situación que se agravó aún más si cabe tras la declaración del estado de excepción el 1 de febrero de 2005. Precisamente en ese año se incrementaron considerablemente las ya graves estadísticas de ejecuciones extrajudiciales y torturas. En concreto debe de nuevo traerse a colación el caso abierto ante los juzgados británicos, ya que los crímenes de tortura que se le imputan al Coronel Kumar Lama se cometieron en los barracones militares de Goringhela durante esta última fase bélica, entre abril y octubre de 2005.

Además, en distintas ocasiones durante el transcurso del conflicto las tropas gubernamentales, con ocasión de la persecución de guerrilleros maoístas, no dudaron en acudir a métodos que contravienen el Derecho Internacional Humanitario. En concreto, con el fin de evitar la huida de los insurgentes, que con facilidad escapaban ocultándose en los típicos terrenos accidentados y montañosos del Nepal, el ejército no titubeó a la hora de bombardear de forma indiscriminada desde helicópteros amplias zonas, causando numerosas bajas entre civiles. En este sentido el mismo Tribunal Supremo nepalí en el *caso Raja Dam Dhakal c. Gobierno de Nepal*, ya ordenó al ejecutivo en el 2004 trasponer a la ley nacional los postulados de Ginebra.

Finalmente, entre todos estos crímenes internacionales que debieran ser abordados por la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, destaca el generalizado y sistemático fenómeno de las desapariciones forzadas. En concreto, las tropas del ejército nepalí en su lucha contra los maoístas no dudaron en proceder a detenciones arbitrarias y secretas, que posteriormente finalizaron en desapariciones. Pero esa represión no se dirigió únicamente contra insurgentes armados, sino que fueron víctimas de esta práctica todo sector crítico al gobierno: desde líderes de asociaciones estudiantiles y sindicales hasta activistas de derechos humanos. En este sentido, la total impunidad de la que en la actualidad todavía gozan todos los responsables de estos crímenes, ha contribuido de forma decisiva a que Nepal se haya convertido en el país con más desapariciones forzadas de todo el planeta (Asia Centre for Human Rights, *Nepal*, SAARC Report 2006, en http://www.achrweb.org/reports/saarc2006/nepal.htm#_ftnref16). Dicha situación además viene agravada por la falta de ratificación de Nepal de distintos convenios internacionales, que dificulta la persecución de dichos crímenes. Siendo así no es de extrañar que el mismo Tribunal Supremo del Nepal en una sentencia de 1 de junio de 2007 relativa a casos de desapariciones forzadas, ordenara al gobierno a proceder a una reforma legislativa que se ajustara al Derecho internacional y en concreto a la nueva Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

8. En definitiva, el reto al que se enfrenta el gobierno nepalí debe abordarse con una sincera y decidida motivación de combatir la impunidad, y que debiera concretarse no sólo en una eficaz e independiente labor de la recién aprobada y cuestionada Comisión para la Verdad y Reconciliación, sino que dicha ingente tarea debe ir acompañada de otras medidas legislativas (como las ya apuntadas ratificaciones y trasposiciones de distintas convenciones internacionales a su ley interna) y de una valiente acción en el orden judicial. Mientras tanto, ante este agujero en la justicia en la república himalaya y habida cuenta de la imposibilidad de acudir a un Tribunal Penal Internacional que no reconoce dicho Estado o a un sistema regional asiático protector de los derechos humanos todavía inexistente, la jurisdicción universal ha sido la última y desesperada vía que han escogido las asociaciones de víctimas; mecanismo que esta vez se ha activado en los tribunales británicos.

José Elías ESTEVE MOLTÓ
Universitat de València

5. LA FECUNDACIÓN IN VITRO: UNA VISIÓN DESDE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó su andadura recién en 1978, pese haber sido creada en 1969 por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y en estos años de funcionamiento ha emitido más de un centenar

de sentencias y veinte opiniones consultivas. Sus decisiones se caracterizan por ser progresistas y acordes a los tiempos que corren. En ocasiones ha ordenado al Estado adoptar medidas sin precedentes, entre otras, poner en libertad a una persona dentro de un plazo razonable (caso *Loayza Tamayo c. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997), modificar su texto constitucional por violar el derecho a la libertad de expresión (caso *Olmedo Bustos y otros c. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001), anular la ley de caducidad respaldada por el pueblo uruguayo hasta en dos ocasiones mediante referéndum y plebiscito, respectivamente, debido a su manifiesta incompatibilidad con la CADH (caso *Gelman c. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011), y, en esa línea, el 28 de noviembre de 2012 emitió la sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*, pronunciándose sobre la fecundación in vitro (FIV), que en Derecho interno su aplicación había sido declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de dicho país, sentencia ésta que será materia de análisis en el presente trabajo.

El 3 de febrero de 1995 mediante Decreto Ejecutivo núm. 24029-S emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica, se reguló la fecundación in vitro. El art. 1 de este Decreto autoriza la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges y establece reglas para su utilización. Tal es así que entre 1995 y 2000 nacieron varios niños a través del uso de esta técnica. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (Sala Constitucional) a petición de un ciudadano que presentó un recurso de amparo contra la práctica de fecundación in vitro, por considerar que viola la vida humana, fue declarada inconstitucional mediante sentencia núm. 2000-02306. La Sala anula el Decreto por inconstitucional bajo el argumento de la «infracción del principio de reserva legal», según el cual «solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales». De acuerdo a ella la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el «derecho a la vida y a la dignidad del ser humano», razón por la cual «la regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el Derecho de la Constitución». Asimismo determinó que las prácticas de fecundación in vitro «atentan claramente contra la vida humana», deja dicho que «el ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre; en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico y como el derecho a la vida se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer» (Sentencia núm. 2000-02306-Expediente núm. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 88, 90, 94). La Sala también se refiere a la protección del derecho a la vida y la dignidad del ser humano en los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica y en su Constitución Política, y en este contexto acude a los instrumentos de protección de los derechos humanos tanto en el ámbito universal como regional americano, de lo que concluye que estas normas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que pueden ser sometidos en un laboratorio, y especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia. Considera que debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos: «el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido,

sometido a experimentación e, incluso desechado». Así, para la Sala Constitucional el embrión es persona desde el momento de la concepción, y no debe ser tratado como objeto para fines de investigación, ni ser sometido a procesos de selección, conservación o congelación, considera que no es constitucionalmente legítimo que sea sometido a un riesgo desproporcionado de muerte.

Esta prohibición, de la Sala Constitucional, de practicar la FIV, hizo que un ciudadano activara la jurisdicción internacional presentando la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (La Comisión) el 19 de enero de 2001 por la violación de ciertos derechos humanos.

Luego del trámite ante la Comisión, ésta decidió someter el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (La Corte) el 29 de julio de 2011, solicitando que declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los arts. 11.2, 17.2 y 24 de la CADH, derecho a la protección de la honra y al reconocimiento de su dignidad, específicamente basado en el 11.2: «Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación»; derecho a la protección familiar a que se refiere específicamente el 17.2: «se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención»; y derecho a la igualdad ante la ley, respectivamente. Es de señalar que ante la Corte los intervinientes comunes alegaron además la violación de los arts. 4.1, 5.1, y 7 de la CADH referidos a los derechos a la vida: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente»; a la integridad personal: «Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral»; y a la libertad personal, respectivamente.

El Estado ante la Corte planteó excepciones preliminares de la falta de agotamiento de recursos internos, la extemporaneidad de la petición, y la incompetencia de la Corte para conocer «hechos nuevos no incluidos» en los «hechos de la demanda» las mismas que han sido desestimadas. En todo momento el Estado alegó la inexistencia de violaciones de derechos humanos en el caso, y consideró que los derechos que se mencionan en el caso podían ejercerse de diversas maneras por cuanto no existía una prohibición absoluta de la FIV. Para el Estado la decisión de la Sala Constitucional no resultó en una prohibición de la FIV como tal, por cuanto la sentencia no anuló de modo definitivo la posibilidad de practicar este método en Costa Rica, sino que sólo anuló una técnica específica existente desde 1995 y regulada por el Decreto Ejecutivo. Si bien no pueden practicarse métodos de fecundación *in vitro* que atenten contra el derecho a la vida desde la concepción, pero si lo considera el Estado puede permitir una técnica compatible con esos parámetros y regularla.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de 28 de noviembre de 2012 se pronuncia en primer término sobre el alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar; luego analiza los efectos de la prohibición de la FIV, posteriormente interpreta el art. 4.1 de la Convención Americana y finalmente resuelve la presunta violación de los derechos convencionales de las presuntas víctimas a la luz de un juicio de proporcionalidad.

Para la Corte el art. 11 (derecho a la protección de la honra y al reconocimiento de su dignidad de la CADH) requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de instituciones estatales que puedan afectar la vida privada

y familiar. Por otro lado hace una amplia interpretación del derecho a la libertad personal de modo que incluye la capacidad de hacer y no hacer todo aquello que esté lícitamente permitido. Constituye, dice la Corte, «el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones» (párr. 142).

Respecto al ámbito de protección del derecho a la vida privada deja dicho que va más allá del derecho a la privacidad. Proteger la vida privada en palabras de la Corte abarca una serie de factores vinculados con la dignidad del individuo, en el que cabe entre otros la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. Señala que la vida privada es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad e incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás. Así, la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, y en este contexto la Corte concluye señalando que «la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico» (párr. 143).

Para la Corte este caso aborda una combinación de diferentes aspectos de la vida privada que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental y especialmente los derechos reproductivos de las personas. En primer lugar, nos recuerda el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general conforme lo reconoce la Convención, razón por la cual este derecho forma parte del núcleo duro de los derechos humanos que no admite suspensión, conforme al art. 27 de la CADH, ni siquiera en los estados de excepción. En segundo lugar, relaciona el derecho a la vida privada con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo que implica el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer dicho derecho. En este contexto la Corte hace referencia a otro instrumento internacional de protección del ser humano: la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo art. 16.e reconoce el derecho a la autonomía reproductiva al señalar que la mujeres gozan del derecho «a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos», y a la opinión del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer que sostuvo que la vulneración del derecho a la autonomía reproductiva se produce cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad (Recomendación General núm. 24, de 2 de febrero de 1999). Concluye la Corte dejando dicho que «la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o en madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos» (párr. 146). En tercer lugar, la Corte, haciendo referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Glass c. Reino Unido*, sentencia de 9 de marzo de 2004) señala que los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud. Así, «la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica» (párr. 147). En este contexto, la Corte, como ya señaló en el caso *Ximenes Lopes c. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad física y psicológica, los responsables de regular y vigilar la prestación

de los servicios de salud son los Estados. La Corte hace referencia al reconocimiento por parte de los distintos instrumentos internacionales, así como a las decisiones de sus órganos sobre el reconocimiento del derecho al goce de los beneficios del progreso científico para concluir que el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer tal derecho.

Una vez analizado el alcance de los derechos a la vida privada y familiar, la Corte se pronuncia sobre los efectos de la prohibición absoluta de la FIV. Tanto las representantes como la Comisión Interamericana han manifestado que la decisión de la Sala Constitucional que anula el Decreto Ejecutivo que autorizaba la práctica de la FIV en Costa Rica constituye una *prohibición absoluta* impidiendo la realización de dicha técnica bajo ningún concepto, sin embargo el Estado señaló que era una *prohibición relativa* condicionada al cumplimiento de determinados requisitos establecidos en la sentencia. La Corte no entra a pronunciarse sobre si la prohibición es absoluta o relativa, pero sí deja dicho que la sentencia de la Sala Constitucional ocasionó como hecho no controvertido que la FIV no se practique en Costa Rica, y el hecho de que la Sala condicionara la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma, lo cual en la práctica constituye una prohibición de la misma, ya que la prueba en el expediente indica que, hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria, por lo que esta condición impuesta por la Sala, para la Corte Interamericana, en la práctica, sería imposible de cumplir. Para la Corte, la restricción o la injerencia que se generó a las presuntas víctimas con la decisión de la Sala Constitucional adolece de problemas de previsibilidad por cuanto no ha sido formulada con la suficiente precisión. Se trata de una sentencia que no resulta suficientemente clara como para dejar establecido si la práctica de la FIV se encontraba o no permitida en el país. La sentencia implicó, dice la Corte, que la técnica de la FIV no se practicara en Costa Rica, la interrupción del tratamiento médico que algunas presuntas víctimas habían iniciado y obligarles a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. «Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos» (párr. 161). La Corte deja claro que la injerencia no está relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, ya que acceder a la aplicación de esta técnica no asegura de modo alguno el alcance del objetivo, sino que se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamiento que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

Respecto a la interpretación del art. 4.1 de la CADH señala que la jurisprudencia si bien se ha pronunciado respecto al derecho a la vida, como un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos, respecto a las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muerte imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita este caso. Justamente por la importancia que le asigna la CADH, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de determinadas condiciones para que no se produzcan violaciones a este derecho. La Corte establece dos tipos de obligaciones, una negativa al señalar que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, y una positiva que los Estados adopten las medidas necesarias para proteger y preservar el derecho a la vida de todos aquellos que se encuentren bajo su jurisdic-

ción. Como mencionamos *supra* la Sala Constitucional se apoyó en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, incluido la CADH para señalar que el derecho a la vida obliga a efectuar una protección absoluta del embrión en el marco de la vida desde la concepción. Por ello, la Corte para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos analiza, como intérprete última de la CADH, el alcance de los arts. 1.2 y 4.1 de la CADH respecto a la palabra «persona», «ser humano», «concepción» y «en general». Para ello reitera su jurisprudencia respecto a que una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, de acuerdo al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, la protección de la persona humana, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Luego de analizar las diversas posturas sobre cuándo empieza la vida humana y si el embrión es un ser humano, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales nacionales e internacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Por ello, no se puede otorgar prevalencia a cierto tipo de literatura científica en el momento de interpretar el alcance del derecho a la vida recogido en la CADH, ya que esto en palabras de la Corte «implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten». No obstante considera procedente definir la interpretación del término «concepción» de acuerdo a la CADH. La Corte señala que la prueba científica diferencia en el desarrollo embrionario dos momentos complementarios y esenciales: la fecundación y la implantación. Para la Corte solo al cumplirse el segundo momento, es decir, la implantación, se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. La Corte constata que si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un «ser humano», lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. En este sentido entiende que el término «concepción» no puede ser comprendido fuera del cuerpo de la mujer ya que sin la implantación no es posible la supervivencia del embrión. Así, el término «concepción» se entiende desde el momento en que ocurre la implantación, motivo por el cual considera que antes de dicho evento no se puede hablar del derecho a la vida y por ende no procede la aplicación del art. 4 de la CADH.

Debido a que el art. 4.1 es materia de discusión en el presente caso y también lo fue en la Sala Constitucional, la Corte consideró pertinente interpretar este artículo utilizando diversos métodos de interpretación, la interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica. Más aún teniendo en cuenta que tanto la Sala Constitucional como el Estado basaron sus argumentos, sobre la protección absoluta de la vida prenatal, en la interpretación de los diversos instrumentos internacionales, distintos a la CADH, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Declaración Universal), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Por ello, la Corte analiza los instrumentos de derechos humanos de los distintos sistemas, universal y regional. En el ámbito americano realiza un estudio minucioso de los trabajos preparatorios al nacimiento de los instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como de la Convención Americana de Derechos Humanos. De este modo, «la Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión» (párr. 223).

Luego pasa a realizar un análisis de los diversos instrumentos de protección de los derechos humanos a nivel universal como regional europeo y africano, así como jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y concluye que la Sala Constitucional se basó en el art. 4 de la CADH, el art. 3 de la Declaración Universal, el art. 6 del PIDCP, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. «No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del art. 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana» (párr. 244). Por otro lado, la Corte advierte que en gran parte de los países de la región se realizan las FIV sin que necesariamente esto signifique que estén reguladas por medio de normas jurídicas. Ello significa, dice la Corte, que gran parte de estos países han interpretado que la Convención Americana permite la práctica de la FIV y ninguno de ellos ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. Costa Rica es el único país de la región que prohíbe y por ende no practica la FIV. De este modo la Corte concluye respecto a la interpretación del art. 4.1, tras utilizar los diversos métodos de interpretación, los mismos que en palabras de la Corte han llevado a resultados coincidentes, en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona a efectos del art. 4.1 de la CADH, ya que la «concepción», como se ha dicho anteriormente, en el sentido del art. 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, y el evento anterior a esto no calza bajo la protección de este artículo.

Finalmente, la Corte al referirse a la proporcionalidad de la medida de prohibición recuerda que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar, y la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona en su dimensión personal como de pareja. Si bien en términos generales podemos decir que los derechos humanos constituyen un límite a la voluntad del Estado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana señala que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello deben estar previstas en la ley en sentido formal y no material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte señala que el sacrificio de los derechos involucrados fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión, y efectúa una ponderación en la que analiza la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados en el caso; a su vez analiza la severidad desde el impacto desproporcionado relacionado con la discapacidad, el género y la situación socioeconómica. Llega a la conclusión de que las parejas sufrieron una interferencia severa relacionada con la toma de decisión respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. «Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso» (párr. 284). Así, teniendo en cuenta la definición desarrollada por la Organización Mundial de la Salud según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, «la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas

por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho a acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva» (párr. 293). De la valoración que realiza la Corte sobre la limitación de los derechos involucrados y la importancia del embrión se advierte una afectación severa del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia, que supone la violación de éstos, ya que en la práctica son anulados para aquellas personas cuyo tratamiento único posible de la infertilidad era la FIV. A su vez, dice la Corte, tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y respecto a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica. En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve por cuanto la pérdida embrionaria se presenta no solo en la FIV sino también en el embarazo natural. Así, concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Interferencia que a su vez tuvo efectos discriminatorios. Así, finalmente, la Corte declara que el Estado de Costa Rica es responsable por la violación de los arts. 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio de 18 personas, y ordena las reparaciones respectivas a favor de las víctimas que se traducen en medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, además de la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial y las costas y gastos. Deja dicho, entre otros, que las autoridades pertinentes del Estado deberán adoptar las medidas necesarias para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV, y que las personas que lo deseen puedan hacer uso de dicha práctica sin impedimento al ejercicio de sus derechos. Asimismo señala que la Caja Costarricense de Seguro Social debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, conforme con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. También ordena que el Estado implemente programas y cursos en educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial. El Estado en el plazo de un año desde la notificación de la sentencia debe emitir un informe general a la Corte sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de la misma.

Desde luego, ha sido y es una sentencia que no ha dejado indiferente a nadie, generando polémica en diversos sectores de la sociedad: Iglesia católica, comunidad científica, asociaciones provida e incluso parte de los legisladores costarricenses han manifestado su oposición. Probablemente esta disconformidad es la causa del retraso en la aprobación de la ley que permita la FIV. Transcurrido los primeros siete meses desde la sentencia solo se han cumplido algunos puntos, y la «parte esencial» de ésta es aún una tarea pendiente. Se espera que pronto se dé cumplimiento total a la misma, ya que Costa Rica es un Estado que desde los inicios del Sistema Interamericano ha apostado por la protección internacional de los derechos humanos en esta parte del mundo, y no en vano ha sido el primer Estado en ratificar la Convención Americana.

Florabel QUISPE REMÓN
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid