

# ARTÍCULOS DOCTRINALES



La presente sección conforma el apartado distintivo de esta revista. Contiene los artículos doctrinales académicamente consistentes que constituyen los temas prioritarios y específicos de la publicación, y cuyo enfoque es el relevante para la misma en términos generales: las perspectivas y tendencias actuales de los estudios sobre derechos civiles y políticos.

Para ser susceptibles a su publicación en la presente sección, los textos enviados son evaluados previamente con la finalidad de verificar que se encuentran en el área de interés del volumen respectivo, acorde a la convocatoria publicada con anterioridad. Posteriormente, dichos textos son sometidos a su revisión anónima por pares conforme a estrictos estándares académicos definidos por las y los editores de la publicación, quienes determinan su publicación definitiva.

---

## Definición de género en el Estatuto de Roma: persecución ante la Corte Penal Internacional.

*Gender definition in the Rome Statute: persecution  
submitted to the International Criminal Court.*

---

**CÉSAR FRANCISCO GALLEGOS PAZMIÑO**

*Estudio Jurídico Integral (I+D)*

ORCID: 0000-0001-9349-7658

*Fecha de recepción: 31 julio 2020*

*Fecha de aceptación: 24 agosto 2020*

**RESUMEN:** El primer caso llevado ante la Corte Penal Internacional en materia de género, el *Fiscal vs. Al Hassan*, marca un hito en el derecho penal internacional. Esto ha abierto un crisol de temas a debatirse, como la definición que ofrece el Estatuto de Roma sobre *género*, ampliamente tratada en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, mientras se desarrollan proyectos para nuevos artículos sobre crímenes contra la humanidad. Este trabajo examina la definición y la identifica como motivo de persecución. Como resultado de la delimitación conceptual acordada en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, se concluye que la definición reconocida en el Estatuto de Roma recogió los aspectos sociales de género tanto al momento de la adopción de este cuerpo normativo y dos décadas posteriores.

**ABSTRACT:** The first case submitted to the International Criminal Court on gender, *Prosecutor v. Al Hassan* marks a milestone in international criminal law. This has opened up a melting pot of topics to be discussed, such as the definition of the Rome Statute on “gender”, widely discussed in the International Law Commission, while projects for new articles on crimes against humanity are being developed. This paper examines the definition and identifies it as a reason for persecution. As a result of the conceptual delimitation agreed at the 1998 Rome Diplomatic Conference, it is concluded that the definition recognized in the Rome Statute

collected the social aspects of gender both at the time of the adoption of this law and two decades later.

**PALABRAS CLAVE:** *Corte Penal Internacional, Al Hassan, Estatuto de Roma, género, crímenes contra la humanidad.*

**KEYWORDS:** *International Criminal Court, Al Hassan, Rome Statute, gender, crimes against humanity.*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Interpretación de la definición de género en el artículo 7.3. 1. Significado ordinario de los términos. 2. La historia de la redacción. 3. *Género* en el derecho internacional de los derechos humanos. III. Persecución “por motivos de género”. 1. Persecución basada en ideas de género socialmente. 2. Fundamentos de género vs. grupos de género. 3. Persecución por intersección de género y otros motivos. IV. Privaciones severas de derechos fundamentales contrarios al derecho internacional. 1. Derechos fundamentales. 2. Violaciones severas a los derechos fundamentales. V. La práctica emergente de la CPI sobre persecución por motivos de género. VI. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

En 1998, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) se convirtió en el primer instrumento internacional en enumerar la persecución por *género* como crimen de lesa humanidad, así como en el primero en definir el término *género*. Según esta definición, *género* se refiere a “los dos sexos, masculino y femenino, dentro del contexto de la sociedad” (artículo 7.3). La incorporación del término *género* en el Estatuto de Roma fue una victoria difícil de conseguir para sus defensores. Tuvieron que lidiar con la oposición sostenida de algunos Estados, la Santa Sede y una serie de organizaciones no gubernamentales (ONG) que asociaron el término *género* con ideas que consideraban transgresivas, como el empoderamiento de las mujeres, la igualdad entre los sexos y el fin de la discriminación contra las personas que son lesbianas, gay, bisexuales, transgénero, intersexuales o queer (LGBTIQ) (Steains 1999; Oosterveld 2005; Chappell 2008). Estos fueron algunos

de los mismos opositores, con los mismos argumentos, que han estado luchando durante décadas contra lo que perciben como la promoción de ideas transgresivas sobre género en todo el sistema de las Naciones Unidas (ONU) (Otto 2018). A pesar de sus esfuerzos, el término *género* se usa en el Estatuto de Roma, incluso como motivo del crimen de persecución contra la humanidad. De hecho, actualmente, la CPI es el único tribunal internacional con jurisdicción para enjuiciar el delito de persecución por motivos de *género*. (Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental, *Reglamento núm. 2000/15*, 6 junio 2000).

En el momento del vigésimo aniversario del Estatuto de Roma, el 17 de julio de 2018, la Oficina del Fiscal de la Corte (OFC) aún no había presentado denuncias de persecución por motivos de género más allá del proceso previo al juicio en cualquier caso. Sin embargo, desde que adoptó en 2014 el *Documento de Política sobre Delitos Sexuales y de Género (Política de Género)*, la Fiscalía ha comenzado a considerar la persecución basada en el género en algunos de sus exámenes preliminares, alegando que ocurrió en Afganistán (CPI, *Prosecutor's Afghanistan Request*, 20 noviembre 2017) y analizando posibles actos de persecución por motivos de género en Nigeria (CPI, *Preliminary Examination Report 2018*, 5 diciembre 2018). Más recientemente, obtuvo la confirmación de un cargo de persecución por motivos de género en el caso *Al Hassan*, el segundo caso en Malí (CPI, *Al Hassan DCC*, 2 julio 2019). Este es el primer caso en el que la Fiscalía ha tratado de acusar a un sospechoso de este delito.

Mientras tanto, en un desarrollo paralelo, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI, o La Comisión) ha estado preparando proyectos de artículos sobre crímenes contra la humanidad, que aprobó en su 71ª sesión (abril-agosto de 2019), con la recomendación que se adopten mediante convención en el seno de la Asamblea General a tiempo. En 2015, el Relator Especial de la Coalición que lidera este proceso, Sean Murphy, propuso que la definición de crímenes contra la humanidad en estos proyec-

tos de artículos refleje el artículo 7.3 del Estatuto de Roma (Murphy 2015), incorporando el crimen de persecución por motivos de *género*, así como la definición de *género* en el Estatuto de Roma.

Teniendo en cuenta que el desarrollo de una posible convención sobre crímenes contra la humanidad podría ser una oportunidad para revisar la definición de *género*, 583 ONG de más de 103 países hicieron una presentación ante la CDI en 2018. Propusieron que se dejara el término *género* indefinido en una futura convención sobre crímenes de lesa humanidad, haciendo hincapié en que ningún otro motivo de persecución se define en el Estatuto de Roma o en los proyectos de artículos (Davis *et al.* 2019). Como alternativa, propusieron que la definición de *género* en una futura convención sobre crímenes de lesa humanidad se revise para reflejar la *Política de Género* de la OFC que no promueve una *alternativa* a la definición de *género* del Estatuto de Roma, pero más bien desempaqueta esa definición, explicando que: “[...] reconoce la construcción social del género y los roles, comportamientos, actividades y atributos que los acompañan asignados a mujeres y hombres, y a niñas y niños” (CPI OFC, Política sobre crímenes sexuales y por motivos de género, junio 2014). La comunicación alegaba además que una nueva convención sobre crímenes de lesa humanidad debería reconocer expresamente otros motivos de persecución, incluida la “orientación sexual, la identidad de género y las características sexuales” (Davis *et al.* 2019). En ningún momento la comunicación aceptó que la persecución por los motivos antes mencionados esté *excluida* según la definición de *género* del Estatuto de Roma. Tampoco argumentó que la definición del Estatuto es incapaz de ser interpretada en el sentido de que el género se construye socialmente como se afirma en la *Política de Género*. Más bien, la preocupación expresada en la presentación fue que la definición del Estatuto de Roma usaba “lenguaje opaco y anticuado” que, si se replicaba, podría malinterpretarse como una combinación de género con sexo biológico (Davis *et al.* 2019).

Las posiciones avanzadas en esta presentación parecen haber tenido un impacto. Se reflejaron en comentarios posteriores de algunos Estados sobre el proyecto de artículos sobre crímenes contra la humanidad, que reconocieron que la definición del Estatuto de Roma podría ser más clara (Comisión de Derecho Internacional, *Comments by UN Experts*, 30 noviembre 2018), una posición que previamente han tomado algunos académicos (Cossman 2002; Philips 2002). Del mismo modo, los 24 expertos de la ONU que hicieron comentarios sobre el borrador de los artículos hicieron eco del lenguaje de la presentación para expresar su *preocupación* de que los borradores de los artículos “adopten la definición de género obsoleta y opaca del Estatuto de Roma” (*Comments by UN Experts*). Estos 24 expertos de la ONU observaron que “las leyes internacionales de derechos humanos reconocen el género como los atributos sociales asociados con ser hombre y mujer”, y que 25 años de práctica han demostrado “un amplio reconocimiento del género como una construcción social que impregna el contexto en qué abusos contra los derechos humanos tienen lugar” (*Comments by UN Experts*). Reconocieron que “género se entiende como una construcción social” según la definición del Estatuto de Roma<sup>1</sup>, pero señalaron que esta definición “nunca ha sido adoptada en ningún instrumento posterior de derechos humanos ni citada en la jurisprudencia del tribunal” (*Comments by UN Experts*). Concluyeron, de manera algo inconsistente: “por lo tanto, instamos a la Comisión de Derecho Internacional a que elimine la definición de género en el artículo 3 del proyecto de convención de crímenes contra la humanidad (ya que ninguna otra categoría de persecución entra en una definición o insista en construcción social de género como es ampliamente reconocido)” (*Comments by UN Experts*).

Lamentablemente, algunos Estados parecen malinterpretar la definición de género en el Estatuto de Roma relacionándola únicamente con el sexo biológico (masculino o femenino), sin reconocer la naturaleza socialmente construida del género (*Comments by UN Experts*). Como resultado de estas consultas, en mayo

<sup>1</sup> Énfasis agregado.

de 2019, la Comisión adoptó un proyecto de artículo que define los crímenes contra la humanidad, que enumera la persecución por motivos de *género* como un acto prohibido, sin definir el término *género* (ONU, *Crimes against humanity*, 15 mayo 2019).

En el contexto de estos desarrollos recientes en la CPI y la Comisión, este artículo examina de cerca la definición de *género* del Estatuto de Roma. También explora lo que significa *género* como motivo de persecución, una pregunta que se ha abordado hasta cierto punto en estudios previos (Oosterveld 2005 y 2006; Davis 2018; Gray 2019), pero no con tanta profundidad, ni necesariamente con las mismas conclusiones. Se reconoce que puede haber beneficios al elaborar la definición de *género* en una nueva convención sobre crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con la interpretación de la Fiscalía y las definiciones más detalladas de *género* en las leyes y prácticas internacionales de derechos humanos. La CPI también puede desarrollar la definición del Estatuto de Roma en el artículo 7.3 en su jurisprudencia.

Sin embargo, es fundamental abordar y evitar cualquier interpretación errónea de la definición, como parece haber surgido en algunos comentarios sobre el proyecto de artículos sobre crímenes contra la humanidad. El hecho de que la definición del Estatuto de Roma sea *esquelética* (Oosterveld 2013) no es una base para interpretarlo como equiparar el género con el sexo biológico (masculino o femenino), ignorando el difícil reconocimiento del género como una construcción social lograda por la mayoría de los Estados y caucus de mujeres para la justicia de género en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998. Por el contrario, debido al acuerdo alcanzado en esa conferencia, la definición del Estatuto de Roma no solo permite sino que *requiere* reconocimiento de la naturaleza socialmente construida del género. Por lo tanto, podría aplicarse para enjuiciar cualquier acto de persecución que se base en creencias sobre lo que significa ser *hombre* y *mujer*, incluidos los actos destinados a hacer cumplir las creencias de un perseguidor sobre el comportamiento ideal para hombres y mujeres, respectivamente.

Consciente de la medida en que las personas disfrutan de la igualdad de género difiere en todo el mundo, y que la discriminación contra las mujeres y las personas LGBTIQ es la norma en muchos, si no en todos los países, el artículo también considera brevemente lo que esto significa para considerársele crimen contra la humanidad. Se argumenta que la respuesta en el Estatuto de Roma es clara: la discriminación por motivos de género puede constituir persecución si implica la privación severa de los derechos fundamentales contrarios al derecho *internacional*, incluso si esos derechos no son reconocidos o respetados en el estado pertinente.

Este artículo está dividido en cuatro partes. Después de esta introducción, la Sección 2 se enfoca en la definición de *género* del Estatuto de Roma. Demuestra que, según esta definición, *género* es una construcción social. En la Sección 3, se enfoca el crimen de persecución contra la humanidad y la aplicación de la definición de *género* del Estatuto de Roma a ese crimen. Demostramos que el delito de persecución basada en el género implica la persecución *por motivos de género* (en oposición a *contra un grupo de género*). La sección 4 considera la interacción entre las concepciones locales de las relaciones de género y el delito de persecución por motivos de género. Sostiene que la persecución basada en el género no tiene por qué ser rara o atípica para calificar como un delito bajo el Estatuto de Roma. Como tal, incluso si la conducta relevante está permitida de acuerdo con las leyes o costumbres locales, esto no tiene relación con la jurisdicción de la CPI para procesar esa conducta como persecución por motivos de *género*. La Sección 5 considera el enfoque emergente de la CPI a las denuncias de persecución por motivos de género, teniendo en cuenta el caso *Al Hassan*. Concluye con algunas reflexiones sobre cómo la jurisprudencia de la CPI sobre la persecución por motivos de género podría desarrollarse en las próximas décadas.

## II. INTERPRETACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE GÉNERO EN EL ARTÍCULO 7 (3)

Según el artículo 2.1.a del Estatuto de Roma, la primera fuente de ley aplicable en la CPI es el propio Estatuto. Por lo tanto, el Estatuto, es el punto de partida para interpretar el término *género*. El artículo 7.3 del Estatuto define *género* de la siguiente manera: “el término *género* se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término *género* no tendrá más acepción que la que antecede”. Según la OFC, esta definición “reconoce la construcción social de género, y los roles, comportamientos, actividades y atributos que los acompañan asignados a mujeres y hombres, y niñas y niños” (ICC OTP 2014). La comprensión de la OFC de la definición del artículo 7.3 de *género* como una construcción social también es ampliamente apoyada por académicos (Bedont y Hall-Martinez 1999; Copelon 2000; Oosterveld 2005; Grey 2019) y otros expertos, incluidos los 24 expertos de las Naciones Unidas (ONU) que recientemente proporcionaron comentarios sobre esta definición en el contexto del proyecto de artículos sobre crímenes de lesa humanidad (McDougall 2000; *Comments by Un Experts* 2019). Como se detalla a continuación, esta interpretación está confirmada por el texto del artículo 7.3, así como por su historial de redacción.

### 1. Significado ordinario de los términos

Al interpretar el Estatuto de Roma, es práctica de la Corte aplicar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena). En el artículo 31.1 se dispone que “un tratado se interpretará de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se le dará a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito”. El significado corriente de los términos utilizados en el artículo 7.3 demuestra que *género* es un terreno socialmente construido. Esto es evidente al considerar que, en el contexto de cada sociedad con base en sus percepciones y experiencias, tanto a los hombres y a las mujeres se les reconocen expectativas razonadas de lo que significa ser *masculino* y *femenino*; por lo tanto,

sus roles dependen de factores sociales. Como la interpretación de la OFC reconoce correctamente, tales factores incluyen creencias sobre los “roles, comportamientos, actividades y atributos” apropiados para las personas dependiendo de su condición de *hombre* o *mujer*. Estas creencias varían según el tiempo y el lugar, y afectan las oportunidades disponibles para cada persona.

La segunda oración de la definición dice: “El término *género* no indica ningún significado diferente al anterior”. Esta oración no restringe ni amplía la definición legal de *género*. Simplemente afirma que la definición en la primera oración del artículo 7.3 se aplica en la CPI, una interpretación que es confirmada por el historial de redacción.

Interpretar la definición de *género* del Estatuto de Roma únicamente como una categoría biológica que comprende hombres y mujeres, como algunos comentaristas han sugerido que es posible, sería absurdo o no “de buena fe” como lo requiere el artículo 31.1 de la Convención de Viena, porque efectivamente ignoraría la frase “dentro del contexto de la sociedad”.

## 2. La historia de la redacción

La historia de la redacción del Estatuto de Roma confirma que el género, tal como se define en el artículo 7.3, es un terreno socialmente construido más que una categoría biológica. El historial de redacción es relevante en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena, que prescribe que “se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31”.

Antes de la Conferencia de Roma de 1998, el término *género* apareció en varios de los proyectos de estatutos preparados por el Comité Preparatorio para el Establecimiento de una CPI. El primer ejemplo documentado fue en 1996 cuando varios Estados propusieron que la composición del poder judicial de la Corte “debería

garantizar el equilibrio de género” (CPI, *Report of the Preparatory Committee*, 1996: párr. 36). El siguiente fue en febrero de 1997, cuando el *género* se incluyó por primera vez como motivo de persecución en el proyecto de Estatuto (este motivo de persecución se puso entre corchetes, lo que indica que no fue aceptado por consenso en ese momento de las negociaciones). El borrador del Estatuto de diciembre de 1997 incluía una propuesta que requería que la CPI interpretara y aplicara la ley sin “discriminación adversa de ningún tipo, incluida la discriminación basada en el género” (*Preparatory Committee*, 1997). El borrador del Estatuto de abril de 1998 incorporó la última propuesta *Preparatory Committee 1998* donde incluyó disposiciones que reconocen la necesidad de *equilibrio de género* y “experiencia en temas relacionados con la violencia sexual y de género” en el poder judicial, y que requiere que el Fiscal designe asesores con experiencia en “violencia sexual y de género” (CPI, *Report of the Preparatory Committee*, 1998). Este fue el borrador que formó la base de las negociaciones en la Conferencia Diplomática de Roma.

En la Conferencia Diplomática de Roma, la disposición relativa a los asesores del Fiscal se acordó en las primeras dos semanas (Oosterveld 2005). Un pequeño bloque de Estados presionó en contra de las referencias restantes al *género* porque les preocupaba que incluir el término en esas disposiciones pudiera penalizar la discriminación por orientación sexual o identidad de género (Oosterveld 2005; Steins 1999).<sup>2</sup> Sin embargo, la mayoría de los otros Estados insistieron en que se mantuviera el término *género*. Según Valerie Oosterveld, quien fue miembro de la delegación canadiense durante las negociaciones: “Los países que apoyan el uso del término se comprometieron a garantizar que cualquier definición adoptada refleje que *género* se refiere a interpretaciones

---

<sup>2</sup> Véase también, por ejemplo, la declaración del delegado para Azerbaiyán, documentada en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional Roma, 15 de junio-17 de julio de 1998 Documentos Oficiales, Vol. II, en 272, § 61.

socialmente construidas de lo que significa ser hombre o mujer” (Oosterveld 2005).

La cuenta de Oosterveld es corroborada por Cate Steains, miembro de la delegación australiana que coordinó las consultas sobre cuestiones de género en las negociaciones. Como recuerda Steains, varios Estados insistieron en que:

*“[T]he inclusion of the term ‘gender’ in the Statute must represent an accurate reflection of the current state of international law, and therefore needed to capture sociological aspects rather than mere biological differences. They pointed out that for the preceding decade the United Nations system had consistently used the term ‘gender’ rather than ‘sex’, in recognition of the fact that ‘gender’ encompassed biological and sociological aspects whereas ‘sex’ referred only to the biological distinction between men and women. This group of countries, accordingly, argued in favor of a broad definition of gender capable of being interpreted to include the socially constructed roles of men and women” (Steins 1999).*

Es decir:

*“La inclusión del término género en el Estatuto debe representar un reflejo preciso del estado actual del derecho internacional y, por lo tanto, debe capturar aspectos sociológicos en lugar de meras diferencias biológicas. Señalaron que durante la década anterior el sistema de las Naciones Unidas había usado consistentemente el término género en lugar de sexo, en reconocimiento del hecho de que género abarcaba aspectos biológicos y sociológicos, mientras que sexo se refería solo a la distinción biológica entre hombres y mujeres. Este grupo de países, en consecuencia, argumentó a favor de una definición amplia de género capaz de ser interpretada para incluir los roles socialmente construidos de hombres y mujeres”<sup>3</sup>*

Aquellos Estados que abogan por una definición que refleje que el género es una construcción social se refirieron particular-

<sup>3</sup> Traducción libre.

mente al informe del Secretario General de la ONU de 1996 sobre la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Conferencia de Beijing), que dispone que: “en el uso de las Naciones Unidas, el género se refiere a los roles construidos socialmente por mujeres y hombres que se les atribuyen en función de su sexo” (Bedont y Hall-Martinez 1999).

Ante este apoyo para incluir el término *género* en el Estatuto, el bloque más pequeño marcó de nuevo sus demandas. Indicaron que el término *género* podría permanecer en las disposiciones pertinentes, siempre que se definiera a “los dos sexos, hombre y mujer”, en otras palabras, equiparando el término *género* con sexo biológico (Oosterveld 2005). Una vez más, ese esfuerzo fue rechazado y, en la ronda final de negociaciones, las partes establecieron una definición que se refiere expresamente a “los dos sexos, hombre y mujer, dentro del contexto de la sociedad” artículo 7.3. Mientras está abierto a la elaboración de los jueces (Oosterveld 2005), la primera oración de la definición del artículo 7.3 acordada en Roma define claramente el género como una construcción social, y va más allá de equiparar *género* con *sexo biológico*.

La segunda oración de la definición dice: “el término *género* no indica ningún significado diferente al anterior”. Steains (1999) señaló que esta frase “se incluyó ante la insistencia de las delegaciones *anti-género*, a pesar de los argumentos de las delegaciones *pro-género* que era superflua”. De hecho, esta oración es evidentemente superflua: simplemente confirma que la oración anterior define *género* a los efectos de la CPI.

Por lo tanto, el historial de redacción del artículo 7.3 muestra que las definiciones que buscaban combinar los términos *sexo* y *género* se propusieron en Roma, pero finalmente fueron rechazadas para capturar el aspecto social del género, en línea con la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 (*The Fourth World Conference on Women*) y con definiciones anteriores de *género* de la ONU (Oosterveld 2005).

### 3. Género en el derecho internacional de los derechos humanos

El artículo 21.3 del *Estatuto de Roma* exige que la CPI interprete y aplique todas las fuentes aplicables, incluidas el Estatuto y los Elementos de los Crímenes (artículo 9), “compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Por lo tanto, es relevante observar que en el derecho y la práctica internacional de derechos humanos, el término *género* ha sido interpretado consistentemente como un terreno socialmente construido más que como una categoría biológica.

Por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para Prevenir y Combatir la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, además del Estatuto de Roma, define expresamente *género* como “los roles, comportamientos socialmente construidos, actividades y atributos que una sociedad dada considera apropiada para mujeres y hombres” (artículo 3.c Convenio de Estambul). El término *género* no se utiliza ni se define en otros tratados internacionales o regionales de derechos humanos. Sin embargo, los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las agencias de la ONU que participan en la promoción y protección de los derechos humanos reconocen el término *género* y lo definen como una construcción social.

Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer declaró que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su *Recomendación general núm. 28* (16 diciembre 2010), abarca la “discriminación de género contra la mujer” además de “discriminación basada en el sexo”. El Comité explicó que mientras *sexo* significa “diferencias biológicas entre hombres y mujeres”, el término *género* se refiere a “identidades, atributos y roles construidos socialmente para mujeres y hombres y el significado social y cultural de la sociedad para estas diferencias biológicas que resultan en jerarquía relaciones entre mujeres y hombres y en la distribución del poder y los derechos que favorecen a los hombres y desfavo-

recen a las mujeres” (CEDAW, *Recomendación General* núm. 33, 23 julio 2015: § 7; *Recomendación General* núm. 25, 2004: pie de página 2; *Recomendación General* núm. 28, 2010).

Los Comités de la ONU contra la Tortura (*Noveno informe anual del Subcomité’ para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 22 marzo 2016: §53; *Comentario General 2*, 24 enero 2008: §22), Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Observación general* núm. 16, 11 agosto 2005: §14), numerosos Relatores Especiales de la ONU, Grupos de Trabajo y expertos independientes (*Informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la adopción de un enfoque de género respecto de las ejecuciones arbitrarias*, 6 junio 2017: §16-17; *Comments by UN Experts*) y la Oficina del Asesor Especial del Secretario General de la ONU sobre cuestiones de género y promoción de la mujer también han adoptado definiciones de género como una construcción social (*Gender mainstreaming: strategy for promoting gender equality*, agosto 2001).

El género también se define como una construcción social por parte de las agencias de la ONU, incluida la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (*Investigation by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Libya: detailed findings*, 23 febrero 2016: §174), el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (*Directrices sobre protección internacional no. 1: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, 7 mayo 2002:§3), ONU Mujeres (2019), UNICEF (2017), UNESCO (2003), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO 2004), y la Organización Mundial de la Salud (World Health Organization 2014).

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostuvo que el género “se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer

y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas” (*Opinión Consultiva núm. 24*, 24 noviembre 2017: párr. 16). Un estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en 2012 afirma que “la diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social” (OEA, *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*, 23 abril 2012).

Por su parte, la Comisión Europea ha definido de manera similar el género como “un concepto que se refiere a las diferencias sociales, en oposición a las biológicas, entre mujeres y hombres que se han aprendido, que pueden cambiar con el tiempo y tienen grandes variaciones tanto dentro como entre culturas” (Comisión Europea 1998). Aunque el término *género* aún no ha sido definido por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ha utilizado este término en una resolución de 2014 que condena la violencia dirigida a las personas debido a su orientación sexual o identidad de género real o imputada (Resolución núm. 275: párr. 2014.). La resolución implica implícitamente que el género no significa sexo biológico, dado que la *identidad de género* se refiere a la expresión de género elegida en lugar del sexo al nacer.

Interpretar que el artículo 7.3 del Estatuto de Roma significa que el género es una categoría *social* más que *biológica*, asegura la coherencia con el derecho y la práctica internacional de derechos humanos.

### III. PERSECUCIÓN “POR MOTIVOS DE GÉNERO”

Después de examinar el significado de *género*, la siguiente pregunta es cómo funciona el género como base para la persecución. La pregunta es importante porque el crimen contra la humanidad de persecución es el único delito en el Estatuto de Roma que usa la palabra *género*. Para efectos del presente trabajo primero se expli-

ca cómo la interpretación anterior se relaciona con el delito de persecución por motivos de género, luego se explica la diferencia entre la persecución *por motivos de género* y no la persecución *a un grupo de género*. Finalmente, se discute la persecución por género y otros motivos de intersección.

### 1. Persecución basada en ideas de género socialmente

Al aplicar la interpretación anterior del artículo 7.3, se deduce que la persecución por *género* no significa atacar a un grupo porque sus miembros son biológicamente *hombres* o *mujeres*; más bien, significa persecución por razones de ideas socialmente construidas sobre lo que significa ser *masculino* y *femenino*.

Por ejemplo, en relación con los ataques a docentes y estudiantes<sup>4</sup> (*Prosecutor's Afghanistan Request*), sería inexacto concluir que esas víctimas son atacadas simplemente debido a su sexo biológico si la evidencia muestra que los ataques fueron de hecho motivados por una creencia socialmente construida de que solo los hombres y los niños deben ser educados. Otro ejemplo es el asesinato de hombres sobre la base de que su apariencia es demasiado *femenina*, o porque fueron percibidos como homosexuales (HRGJ *et al.* 2017: §48). Nuevamente, sería inexacto decir que estos hombres fueron atacados en función de su sexo biológico si la evidencia muestra que fueron atacados porque desafiaron las creencias de los perpetradores sobre cómo deberían verse y comportarse los hombres y con quién deberían tener relaciones sexuales.

La identificación de estos constructos sociales como la base de la persecución de género expone las actitudes discriminatorias que subyacen en el crimen. Además, requiere que la Corte reconozca formas de persecución que podrían pasar desapercibidas si los *motivos de género* se equipararan con los *motivos de sexo*.

---

<sup>4</sup> El Tribunal ha conocido denuncias de esta naturaleza en relación con Afganistán.

## 2. Fundamentos de género vs. grupos de género

Según el marco legal de la CPI, la persecución puede dirigirse “contra cualquier grupo o colectividad identificable” por diversos motivos, incluidos los de género. Esto queda claro en el artículo 7.1.h. del Estatuto de Roma y es confirmado por los Elementos de Crímenes de la CPI que abordan cada uno de estos elementos por separado:

- 1) El perpetrador atacó a dicha persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o atacó al grupo o colectividad como tal.
- 2) Dicha focalización se basó en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, *de género*, tal como se definen en el artículo 7, párrafo 3 del Estatuto, u otros motivos que están universalmente reconocidos como inadmisibles según el derecho internacional.<sup>5</sup>

Los comentarios sobre el Estatuto de Roma confirman que estos elementos son distintos. Por ejemplo, Powderly J. Hall *et al.* afirman que los *motivos* enumerados en el artículo 7.1.h “tienen la intención de enumerar las razones prohibidas para atacar a un grupo o colectividad específica, no para proporcionar un medio para caracterizar grupos protegidos” (Hall *et al.* 2016: 221). Un ejemplo de esta distinción se puede ver en la decisión de *Ongwen* (CPI, *II Sala de Cuestiones Preliminares*, 2016), en el que la Sala de Cuestiones Preliminares distinguió entre el motivo de persecución y la identidad del grupo objetivo. Específicamente, descubrió que había razones sustanciales para creer que el *Ejército de Resistencia del Se-*

<sup>5</sup> El artículo 7.2.g del Estatuto de Roma define a la persecución como la “la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”. No hace referencia a los motivos enumerados en el artículo 7.1.h; sin embargo, cuando el artículo 7.2.g se lee junto con el artículo 7.1.h y con los Elementos de los crímenes, está claro que la identidad del *grupo o colectividad* es un elemento separado de los motivos para la focalización.

ñor atacó a ciertos grupos identificables (es decir, residentes civiles de ciertos campamentos de desplazados internos) y que dicha focalización se basó en motivos *políticos* (es decir, estos civiles fueron percibidos estar afiliado al gobierno de Uganda) (CPI, *II Sala de Cuestiones Preliminares*, 2016: §25, 39, 52 y 65). Desafortunadamente, esta interpretación puede no haberse aplicado en todos los casos de la CPI, incluida la reciente sentencia *Ntaganda*.<sup>6</sup>

Aplicando esta interpretación, es evidente que el delito de persecución basada *en el género* significa persecución *por motivos de género*, a diferencia de los *grupos de género*. Por lo tanto, no es necesario establecer que el grupo objetivo era un *grupo de género* en el sentido de que sus miembros eran todos de un mismo género, o que el género los distinguía de los perseguidores. Más bien, el Fiscal debe establecer que el autor persiguió a “cualquier grupo o colectividad identificable” basado en construcciones sociales relacionadas con el género.

Por ejemplo, el grupo identificable podría ser partidario de la educación de las niñas, incluidos los hombres y las mujeres. Si este grupo fue atacado debido a la creencia de que solo los niños deben ser educados, tal ataque podría constituir persecución por motivos de género. Para dar otro ejemplo, el grupo identificable podría ser personas transgénero (es decir, personas cuya identidad de género elegida no se correlaciona con su sexo asignado al nacer). Si este grupo fue blanco de perpetradores que creen que las personas que son designadas *masculinas* al nacer deben adop-

---

<sup>6</sup> En relación con el cargo de persecución por motivos étnicos, la sentencia del juicio de *Ntaganda* se refiere a la persecución de un *grupo étnico*, a saber, el Lendu, en lugar de la persecución por *motivos étnicos*. La Cámara también se refirió al “requisito de que las personas, el grupo o la colectividad objetivo compartan una identidad política, racial, nacional, étnica, cultural, religiosa o de género”. Sin embargo, el Estatuto de Roma ni los Elementos de los crímenes imponen tal *requisito*. Bastará con demostrar que los actos relevantes estaban dirigidos a “cualquier grupo o colectividad identificable”, y que dicha focalización se basó en uno de los motivos enumerados. Véase sentencia, *Ntaganda* (ICC-01/04-02 / 06-2359, Sala VI, 8 julio 2019: § 1009). Véanse también §§1012 y 1022.

tar una identidad de género masculina particular, y las personas que son designadas *femeninas* al nacer deben adoptar una identidad de género femenina particular, el delito de género la persecución basada podría aplicarse. Como ilustran estos ejemplos, el grupo víctima no necesita compartir una identidad de género común para que se aplique el delito de persecución por motivos de género. Esto se debe a que el término *género* describe los motivos por los cuales el grupo es víctima, en lugar de la característica de identificación del grupo.

### 3. Persecución por intersección de género y otros motivos

El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido durante mucho tiempo el fenómeno generalizado de discriminación por motivos intersecantes (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 6.1; *Recomendación General núm. 28: § 18; Recomendación General núm. 25: § 12; CES, Observación General núm. 20: §17*). Este fenómeno puede y también debe ser reconocido en el enjuiciamiento del delito de persecución contra la humanidad; de hecho, el Estatuto de Roma no impone ningún obstáculo. Tal enfoque permitiría a la CPI capturar la realidad de que las víctimas son casi invariablemente atacadas por múltiples motivos (Oosterveld 2006: 86; Oosterveld 2013: 70-71; Grey 2018: 314). Por ejemplo, en el ataque de Srebrenica en 1995, las fuerzas serbias de Bosnia mataron a cerca de 7000 varones musulmanes bosnios en *edad de lucha* (excluyendo a hombres mayores y niños pequeños) (Jarvis 2016: 1-11).

Tal focalización podría considerarse persecución por motivos religiosos, étnicos, de género y de edad que se cruzan y que el Estatuto de Roma permite su reconocimiento y que se afirmó en la reciente sentencia del juicio de *Ntaganda*<sup>7</sup>. También cuencuerda con el compromiso de la Fiscalía en su *Documento de Política sobre*

<sup>7</sup> En relación con los motivos de persecución enumerados en el Estatuto de Roma, el Tribunal observó que “uno de esos motivos será suficiente, aunque una combinación de más de uno puede formar la base para la discriminación.” (*Ntaganda*: § 1009).

*Delitos Sexuales y de Género* para: “Comprender la intersección de factores como el género, la edad, raza, discapacidad, religión o creencias, opinión política u otra, origen nacional, étnico o social, nacimiento, sexo, orientación sexual y otros estados o identidades que pueden dar lugar a múltiples formas de discriminación y desigualdades sociales” (*Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*: §27).

#### **IV. PRIVACIONES SEVERAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES CONTRARIOS AL DERECHO INTERNACIONAL**

La desigualdad de género y la discriminación contra las mujeres y las personas LGBTIQ se practica y acepta ampliamente en la mayoría de los países en diversos grados. En algunos incluso está legalmente instituida. Por lo tanto, algunos comentaristas han cuestionado si la CPI podría enjuiciar la persecución por motivos de género en sociedades donde la idea de igualdad de género es controvertida o donde la discriminación basada en el género es la norma (Oosterveld 2006: 75; Davis 2018: 554). Como se muestra a continuación, el marco legal de la CPI requiere una respuesta negativa a esta pregunta. Las violaciones graves de los derechos fundamentales contrarios al derecho internacional pueden equivaler a persecución por motivos de género, independientemente de si dichas violaciones están permitidas de acuerdo con la ley nacional, la doctrina religiosa o las costumbres locales.

Según el artículo 7.2.g del Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes, por cargos de persecución por todos los motivos, el Fiscal debe establecer que existe una privación severa a los derechos fundamentales de una o más personas, en contravención del derecho internacional. Este elemento es inequívoco. Sin embargo, en ausencia de jurisprudencia sobre persecución por motivos de *género*, vale la pena examinar lo que este elemento requiere del Fiscal. Dados los contextos en los que la CPI está examinando actualmente las denuncias de persecución por motivos

de género, también es oportuno llamar la atención sobre varios asuntos relevantes para garantizar que este elemento se aplique de manera efectiva.

### 1. *Derechos fundamentales*

La primera pregunta es ¿qué es un derecho fundamental? Este término es amplio, abarca una amplia gama de derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y elaborado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y otros tratados como la CEDAW, así como en tratados regionales de derechos humanos (Werle y Jessberger 2014: 373-374).

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), en el caso *Kupreškić* reconoció que crear una lista exhaustiva de derechos fundamentales no serviría a los intereses de la justicia (14 enero 2000: §623), y de hecho, los redactores del Estatuto de Roma no proporcionaron un lista exhaustiva. Por lo tanto, en el contexto de la persecución por motivos de *género*, una amplia gama de violaciones de derechos contra cualquier persona o personas está abierta a la consideración de la CPI. Por ejemplo, el Tribunal no se limita a abordar las violaciones *percibidas* como dirigidas desproporcionadamente contra las mujeres, incluida la violencia sexual o las violaciones de la CEDAW. Tales violaciones serán relevantes en muchos casos; sin embargo, *todas* las violaciones de los derechos humanos pueden, teóricamente, basarse en motivos de género siempre que la focalización se base en el *género* como se define en el Estatuto de Roma. Se requiere un análisis de género sofisticado para garantizar que se reconozcan todas las violaciones de los derechos fundamentales que contribuyen o equivalen a la persecución de género.

En particular, el artículo 7.2.g del Estatuto de Roma establece expresamente que “persecución significa la privación intencional y severa de derechos fundamentales *contrarios al derecho inter-*

*nacional*<sup>8</sup>. Por lo tanto, el derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, es el marco aplicable para determinar si se han violado los derechos fundamentales. Es irrelevante si las presuntas violaciones están permitidas o incluso requeridas por la ley nacional, o si son ampliamente aceptadas en la sociedad. Este punto merece énfasis en relación con la persecución de género debido a la aceptación generalizada de la discriminación de género en la práctica y en las leyes nacionales.

## 2. *Violaciones severas a los derechos fundamentales*

A continuación, es relevante preguntar *qué* violaciones a los derechos fundamentales en virtud del derecho internacional pueden constituir persecución. Nuevamente, el Estatuto es claro en este punto. El grado en que los derechos fundamentales deben ser privados para constituir persecución es estándar en todos los aspectos: la privación debe ser *severa*. Esta prueba debe aplicarse caso por caso, teniendo en cuenta que la persecución no requiere un elemento físico (como un ataque físico violento) (TPIY, *Tadić*, 7 mayo 1997: §707) y que puede incluir una amplia gama de actos u omisiones, incluso por ejemplo, restricciones a los tipos de profesiones abiertas al grupo objetivo y restricciones en la vida familiar (*Tadić*: § 704).

Para satisfacer esta prueba de *gravedad*, las violaciones pueden evaluarse colectivamente, porque “es el *efecto acumulativo* de todos los actos subyacentes del delito de persecución” lo que determina la gravedad del delito (Tribunal Penal para Ruanda, *Nahimana et al.*, 28 noviembre 2007: §987). Cuando se considera la gravedad de las privaciones de los derechos fundamentales por motivos de género, es necesario realizar un análisis detallado del impacto de género de todas las violaciones de derechos humanos y los daños causados a las víctimas. En *Ntaganda*, la Sala de Primera Instancia aclaró que la comisión de cualquier acto considerado como crimen de lesa humanidad, en principio, resultará en una

---

<sup>8</sup> Énfasis añadido.

privación suficientemente severa de los derechos fundamentales para alcanzar el umbral de persecución. Por ejemplo, los actos de asesinato, violación y esclavitud sexual pueden constituir actos subyacentes de persecución (*Kupreškić*: §994). Dicho esto, está claro que otros actos que no están enumerados en el artículo 7 del Estatuto de Roma *también* pueden equivaler a persecución, siempre que impliquen privaciones severas de los derechos fundamentales en virtud del derecho internacional.

El hecho de que una violación sea común o incluso omnipresente no la hace menos *severa*. El significado ordinario del término *severo* se refiere a la *gravedad* más que a la *rareza*. De hecho, este es el caso independientemente de los motivos de persecución. Muchos países, por ejemplo, persiguen a las minorías étnicas o religiosas en virtud de las leyes y costumbres nacionales, pero rara vez (si es que lo hacen) los comentaristas argumentan que tales leyes o costumbres constituyen persecución en virtud del derecho penal internacional.

Este es el mismo enfoque adoptado en el derecho internacional de refugiados, que desde hace tiempo reconoce que “la discriminación omnipresente dentro de un país (o globalmente) no debe considerarse como una discriminación ‘de nivel inferior’ o ‘mera’, aunque su naturaleza generalizada la haga ‘ordinaria’” (Oostervald 2006: 74). Este punto es importante en relación con la persecución por motivos de “género” precisamente porque dicha discriminación, que puede equivaler a persecución, está muy extendida. Por lo tanto, las pautas de 2018 del Gobierno del Reino Unido para las solicitudes de refugio sobre la base de la persecución basada en el género establecen que:

*“The fact that violence against women is common, widespread and culturally accepted in a particular society does not mean that international protection on an individual basis is inappropriate. FGM [female genital mutilation], for example, is widely practiced in some societies but it is a form of gender-based violence that inflicts severe harm, both mental and physical, and amounts to persecution.*

*Each case must be considered on its own merits in the light of country policy information*” (United Kingdom Home Office 2018: 2).

Es decir:

“El hecho de que la violencia contra la mujer sea común, generalizada y culturalmente aceptada en una sociedad en particular no significa que la protección internacional de forma individual sea inadecuada. La MGF [mutilación genital femenina], por ejemplo, es ampliamente practicada en algunas sociedades, pero es una forma de violencia de género que causa graves daños, tanto mentales como físicos, y equivale a persecución. Cada caso debe ser considerado por sus propios méritos a la luz de la información de política de los países”<sup>9</sup>.

Advertencias similares sobre la prevalencia de la persecución por motivos de género se encuentran en las directrices emitidas por el gobierno canadiense<sup>10</sup>, australiano<sup>11</sup> y sueco<sup>12</sup>. Si bien no es vinculante para la CPI, estas ideas subrayan el punto de que la persecución por género puede ser *severa* incluso si las violaciones

---

<sup>9</sup> Traducción libre.

<sup>10</sup> El hecho de que la violencia, incluida la violencia sexual y doméstica, contra las mujeres es universal es irrelevante al determinar si la violación y otros delitos específicos de género constituyen formas de persecución (Immigration and Refugee Board of Canada 1996: 16).

<sup>11</sup> “La condición de la mujer en algunas sociedades puede estar restringida y dictada por costumbres legales, sociales o religiosas. Las restricciones variarán desde simples inconvenientes hasta la opresión. Además, se puede imponer una amplia gama de sanciones por desobedecer las restricciones impuestas a las mujeres... En algunas sociedades, ciertos tipos particulares de violencia contra las mujeres pueden ser condenados oficialmente o incluso ilegales, pero de hecho son tan endémicos que las autoridades locales hacen la vista gorda ante su ocurrencia” (Department of Immigration and Multicultural Affairs 1996: §4.9 y 4.12).

<sup>12</sup> “La persecución relacionada con el género a menudo tiene una fuerte conexión con lo legal, social, cultural y tradicional. Las disparidades entre el poder relativo de los hombres y las mujeres, siendo las mujeres el partido claramente más débil. En muchas culturas, a los hombres y niños se les otorga automáticamente un estatus social y económico más alto” (Migrationsverket 2001: 3).

son generalizadas, ampliamente aceptadas o generalizadas en el estado pertinente.

Finalmente, se puede observar que la persecución basada en el género a menudo es más visible cuando las personas que transgreden las construcciones sociales de género están sujetas a consecuencias adversas como violencia, encarcelamiento, pérdida de empleo o estigma como castigo por esa transgresión percibida (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 mayo 2015: §21). Sin embargo, en la mayoría de los casos, tales represalias o castigos van precedidos o acompañados de otras medidas opresivas que buscan imponer roles, comportamientos, actividades y atributos basados en el estatus de una persona como hombre o mujer. Dichas medidas (por ejemplo, restricciones a la libertad de expresión, asociación o movimiento) pueden tener un impacto devastador en los objetivos, incluidos los que *cumplen* con las restricciones para evitar castigos o represalias. La CPI puede considerar caso por caso si tales medidas equivalen a privaciones severas de los derechos fundamentales en virtud del derecho internacional, para garantizar que se aborden todas las formas de persecución y que todas las víctimas puedan acceder a la justicia y la reparación ante la Corte. Esto incluye tomar en cuenta los castigos o represalias por el incumplimiento de las creencias sobre el género, y considerar cómo se relacionan tales restricciones con otras privaciones severas de los derechos fundamentales.

## V. LA PRÁCTICA EMERGENTE DE LA CPI SOBRE PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO

La OFC adelantó ejemplos detallados documentados de presuntas persecuciones por motivos de género en su examen preliminar sobre Afganistán. Según la solicitud de la Fiscalía para abrir una investigación sobre esta situación en noviembre de 2017, los talibanes

y los grupos armados afiliados cometieron persecución por motivos de género contra mujeres políticas, servidoras públicas y estudiantes en Afganistán (*Prosecutor's Afghanistan Request* 2017: §115). Específicamente, la Fiscalía alegó que:

*“Pursuant to the ideology and rules of the Taliban, women and girls have been deliberately attacked by the Taliban and affiliated armed groups to prevent them from studying, teaching, working or participating in public affairs, through intimidation, death threats, abductions and killings. As a result of such attacks, countless other women and girls have reportedly stopped going to school or working due to the attendant climate of fear (Prosecutor's Afghanistan Request 2017: §116).*

Es decir:

“De conformidad con la ideología y las normas de los talibanes, las mujeres y las niñas han sido atacadas deliberadamente por los talibanes y los grupos armados afiliados para evitar que estudien, enseñen, trabajen o participen en asuntos públicos, mediante intimidación, amenazas de muerte, secuestros y asesinatos. Como resultado de tales ataques, innumerables mujeres y niñas han dejado de ir a la escuela o trabajar debido al clima de miedo”<sup>13</sup>

Sin embargo, la negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar una investigación en esa situación significa que la posibilidad de justicia por estos crímenes es incierta, a la espera del resultado de la apelación por parte de la Fiscalía. La Fiscalía también ha declarado que está analizando posibles actos de persecución por motivos de género en el examen preliminar de Nigeria. Este análisis cubre crímenes presuntamente cometidos contra víctimas masculinas y femeninas por el grupo islamista *Boko Haram* (*Preliminary Examination Report* 2018: §225). Sin embargo, la Oficina no ha solicitado autorización para abrir una investigación sobre esa situación, ni ha dado ninguna indicación firme de que dicha solicitud sea inminente. Por lo tanto, mucho depende del pri-

---

<sup>13</sup> Traducción libre.

mer intento de la Fiscalía de acusar a un sospechoso del delito de persecución.

El caso *Al Hassan* se refiere a las actividades de dos presuntos grupos islamistas, a saber, Ansar Dine y *Al-Qaeda* en el Magreb Islámico (AQMI) en Tombuctú en 2012-2013. Según el documento que contiene los cargos (DCC), estos grupos cometieron persecución por motivos religiosos y de género. El cargo de persecución basada en el género se relaciona con las medidas tomadas contra la población femenina de Tombuctú, a quienes supuestamente se les prohibió estar a solas con hombres con los que no estaban casadas e interactuar con hombres que no fueran sus esposos ni hermanos. Se les prohibió también reunirse libremente con otras mujeres, o interactuar con estudiantes varones en la escuela y fueron obligadas a cumplir con un estricto código de vestimenta. El incumplimiento de estas normas supuestamente condujo a palizas, azotes o encarcelamiento en una prisión atestada y sobrecalentada en la que presuntamente violaron a varias mujeres (Al Hassan DCC 2019: § 960-968). Además, las mujeres y las niñas en otros espacios fueron presuntamente objeto de violación, esclavitud sexual y actos inhumanos, como el matrimonio forzado (Al Hassan DCC 2019: §969-970).

Como se detalla en el DCC, estos presuntos actos violaron una serie de derechos protegidos por el derecho internacional, incluidos los derechos a la privacidad, integridad física, dignidad personal, libertad de expresión, libertad, salud y un juicio justo; la protección contra toda forma de discriminación y contra la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradante (Al Hassan DCC 2019: §971-972).

De acuerdo con el marco legal de la CPI, el DCC se refiere a la persecución por motivos religiosos y de género (en oposición a los grupos religiosos y de género). Es decir, los términos *religioso* y *género* describen las razones de la focalización, en lugar de la identi-

dad del grupo objetivo.<sup>14</sup> Por ejemplo, por el cargo de persecución religiosa, el DCC describe al grupo objetivo como la población de Tombuctú y su región, a quienes Ansar Dine y AQMI percibieron que no compartían su ideología ni su visión religiosa (Al Hassan DCC 2019: §888 y 899-908), y argumentaron que dicha focalización se basaba en motivos religiosos, creencias defendidas por el líder, Ansar Dine, y propagadas por sus miembros (Al Hassan DCC 2019: §889-892). En cuanto a la acusación de persecución basada en el género, el DCC describe al grupo objetivo como las mujeres y niñas de Tombuctú y su región (Al Hassan DCC 2019: §945-946); y argumenta que dicha focalización se basó en motivos de género en el sentido del artículo 7.3 porque era motivado por opiniones discriminatorias sobre los roles y comportamientos apropiados de esta población femenina (Al Hassan DCC 2019: §948). Dichas opiniones fueron supuestamente evidentes, por ejemplo, en el sermón pronunciado en Tombuctú por un predicador de AQMI, que declaró que las mujeres deben cubrir todo su cuerpo, usar pañuelos en la cabeza y quedarse en casa (Al Hassan DCC 2019: §952).

El 30 de septiembre de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares confirmó el cargo de persecución por motivos de género, entre otros. Si bien no hay espacio para un examen detallado de la decisión, deben tenerse en cuenta dos puntos. Primero, la Cámara reconoció que las mujeres de Tombuctú se enfrentaron a la persecución *pour mots sexistes*, es decir, sobre la base del género como se define en el Estatuto de Roma,<sup>15</sup> en el sentido de que estas mujeres fueron tratadas como “objetos” (Al Hassan DCC 2019: §700). Esta redacción reconoce que las mujeres de Tombuctú no fueron atacadas simplemente por su sexo biológico, sino por el significado social

---

<sup>14</sup> Ver Parte 2(B) de este artículo.

<sup>15</sup> Leída sin referencia a las disposiciones circundantes, la frase “*pour motifs sexistes*” podría significar “por razones relacionadas con el sexo”. Sin embargo, la versión francesa del Estatuto de Roma confirma en el artículo 7.3 que la palabra *sexo* (*sexe*) significa “*de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société*”. Esa definición apoya una concepción socialmente construida del género, como explica la Parte 2 de este artículo de la revista.

presuntamente dado a ese sexo por los perpetradores (específicamente, la visión de las mujeres como objetos).<sup>16</sup> En segundo lugar, la Cámara aludió al concepto de interseccionalidad, al reconocer que las mujeres eran perseguidas por motivos religiosos, de género y, además, que aquellas con piel más oscura fueron tratadas peor que aquellas con piel más clara (Al Hassan DCC 2019: §702). Si bien este análisis de la persecución basada en el género fue breve, es coherente con la interpretación avanzada en este artículo, y sienta las bases para un examen más completo de la acusación en el juicio.

Además de ilustrar los elementos de la persecución basada en el género, este caso podría tocar varios temas planteados en este artículo. En particular, podría abordar la relación entre el derecho y las normas internacionales de derechos humanos y las creencias, costumbres y leyes locales. Por ejemplo, según la Defensa, una cuestión *en vivo* en este caso es “si ciertas prácticas islámicas son compatibles con el derecho penal internacional o equivaldrían a delitos bajo el Estatuto de la CPI” (Versión pública redactada de la Solicitud de descalificación del Juez Marc Perrin de Brichambaut, Al Hassan 2019). Si la Sala de Primera Instancia está de acuerdo en que esta pregunta es pertinente al caso, puede aprovechar la oportunidad para aclarar que la persecución basada en el género es lo mismo que la persecución por cualquier otro motivo: implica una o más violaciones de los derechos fundamentales en virtud del derecho *internacional*. En ese sentido, es legalmente irrelevante si tales derechos fueron respetados bajo marcos alternativos, incluidas las interpretaciones de las leyes y costumbres del Islam, o cualquier otro sistema de creencias para el caso.

---

<sup>16</sup> Este hallazgo se basó en evidencia de violencia dirigida especialmente a las mujeres. Por ejemplo, la Cámara se refirió a la evidencia de que las mujeres que violaron el código de vestimenta de los perpetradores de manera menor enfrentaron castigos severos, como ser golpeadas o detenidas por usar una bufanda decorativa. Por el contrario, cuando los hombres violaron el código de vestimenta al usar pantalones largos, la sanción fue simplemente cortar su ropa (Al Hassan DCC 2019: §698).

## VI. CONCLUSIÓN

El reconocimiento de la persecución por motivos de género en el Estatuto de Roma se ha descrito como un “desarrollo emocionante y potencialmente revolucionario” (Oosterveld 2013: 77). La descripción es adecuada, considerando que el derecho penal internacional nunca antes había reconocido el género como base de victimización (Gray 2019: 95-98). Esto contrasta con la victimización por motivos de raza, religión, nacionalidad y etnia, que se ha reconocido, a través de diversos delitos, desde la década de 1940.<sup>17</sup> La jurisprudencia sobre este nuevo delito puede comenzar a desarrollarse pronto, dado que el caso *Al Hassan*, el primero en incluir un cargo de persecución por motivos de género, ha sido sometido a juicio.

A medida que la jurisprudencia continúa desarrollándose, también se le puede pedir a la Corte que considere la violencia dirigida a las personas que son o son percibidas como LGBTIQ. Dicha violencia es potencialmente procesable mediante una variedad de delitos, incluida la persecución por “otros motivos que son universalmente reconocidos como inadmisibles según el derecho internacional” (Oosterveld 2005: 79; Gray 2019: 313). Además,

---

<sup>17</sup> La Carta del Tribunal Militar Internacional (adoptada en 1945) se refirió al crimen de lesa humanidad de “persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos”, y la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (adoptada en 1946) se refirió a “persecuciones por motivos políticos y raciales”. La Convención sobre la prevención y el castigo del delito de genocidio de 1948 penaliza ciertos actos cuando se comete con la intención de destruir, total o parcialmente, un “grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”. En 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Convención sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid, que reconoció el apartheid (definido exclusivamente como la opresión de un grupo racial) como crimen de lesa humanidad. El Estatuto del TPIY y el TPIR se referían al crimen de genocidio (como se define en la Convención de 1948) y al crimen de lesa humanidad de persecución por “motivos políticos, raciales y religiosos”. Además, para todos los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto del TPIR exige pruebas de que los actos pertinentes se cometieron como parte de un ataque “por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos”.

el análisis presentado en este artículo sugiere que la persecución basada en la orientación sexual o la identidad de género puede ser acusada de persecución por motivos de *género*, cuando está dirigida contra un grupo o colectivo identificable (por ejemplo, hombres percibidos como homosexuales) debido a una creencia socialmente construida sobre lo que significa ser *hombre* (es decir, que los hombres solo deben tener relaciones sexuales con mujeres). Dicha interpretación ha tenido mucho apoyo en la literatura académica (Oosterveld 2005: 76-79; Gray 2019: 312), y también fue apoyada en la reciente presentación sobre la definición de *género*, mencionada en la introducción de este artículo que fue enviada por 583 organizaciones a la Comisión de Derecho Internacional. Como se observó en la presentación:

*“While behaviors that transgress gender roles derive from normative conceptions of sexual orientation and gender identity and therefore fall under the umbrella protection of gender, the international community’s priority is to also elevate and recognize sexual orientation and gender identity (SOGI), and more recently sex characteristics, as distinct protective classes under international law”* (Davis 2018: p. 5)

Es decir:

*“Si bien los comportamientos que transgreden los roles de género derivan de concepciones normativas de orientación sexual e identidad de género y, por lo tanto, caen bajo la protección general de género, la prioridad de la comunidad internacional es también elevar y reconocer la orientación sexual y la identidad de género, y más recientemente las características sexuales, como clases protectoras distintas según el derecho internacional”*.<sup>18</sup>

El camino hacia el reconocimiento del *género* en el Estatuto de Roma fue notoriamente difícil. En las décadas intermedias, ha habido mucha discusión sobre esa vía y la definición resultante de *género*. Sin embargo, la CPI recién ahora está comenzando

<sup>18</sup> Traducción libre.

a interpretar este término, luego de la decisión del Fiscal de incluir un cargo de persecución por motivos de género en el caso *Al Hassan*. Los comentarios recientes hechos por organizaciones no gubernamentales y algunos Estados a la Comisión de Derecho Internacional pueden indicar que a pesar de la clara, aunque esquelética, terminología en contrario del artículo 7(3), existe el riesgo de que la definición de género del Estatuto de Roma sea malinterpretada como equiparar *género* con sexo biológico. En este contexto es fundamental afirmar que, como resultado de la definición acordada en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, la definición de *género* captura los aspectos sociales de acuerdo con la práctica ampliamente aceptada en ese momento (y en las dos décadas intermedias). Estos son hechos importantes a los que aferrarse a medida que se intensifica el enfoque en la definición de *género*, evoluciona la jurisprudencia de la CPI sobre la persecución basada en el género, y los esfuerzos avanzan para desarrollar una nueva convención sobre crímenes contra la humanidad.

## BIBLIOGRAFÍA

Bedont, Barbara y Hall-Martinez, Katherine (1999): “Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court”, en *The Brown Journal of World Affairs*, vol. 6, núm. 1, 65–85.

Borger, Julian (2018): “Trump administration wants to remove “gender” from UN human rights documents”, en *The Guardian*. Disponible en: «<https://www.theguardian.com/world/2018/oct/24/trump-administration-gender-transgender-united-nations>» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

Chappell, Louise (2008): “Women’s Rights and Religious Opposition: The Politics of Gender at the International Criminal Court”, en *Gendering the Nation State: Canadian Compar-*

*ative Perspectives*, Abu-Laban, Y. (ed.), University of British Columbia Press, 139–164.

Comisión Europea (1998): 100 palabras para la igualdad. Glosario de términos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres. Disponible en «<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7342d801-86cc-4f59-a71a-2ff-7c0e04123>» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

Cossman, Brenda (2002): “Gender Performance, Sexual Subjects and International Law”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 15, núm. 2, 281-296.

Copelon, Rhonda (2000): “Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law”, en *McGill Law Journal*, vol. 46, 217–240.

David, Lisa (2018): “Reimagining Justice for Gender-Based Crimes at the Margins: New Legal Strategies for Prosecuting ISIS Crimes Against Women and LGBTIQ Persons”, en *William & Mary Journal of Race Gender, and Social Justice*, vol. 24, núm. ¾, 513-558.

Davis, Lisa *et al.* (2018): “Re: The Definition of Gender in the Draft Crimes Against Humanity Convention”, 1 diciembre. Disponible en «<https://www.law.cuny.edu/wp-content/uploads/page-assets/academics/clinics/hrgj/New-Final-Submission-Letter-CUNY-MADRE-OutRight-Los-Andes.pdf>», [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

Department of Immigration and Multicultural Affairs (1996): *Refugee and Humanitarian Visa Applicants Guidelines on Gender Issues for Decision Makers*.

FAO (2004): *What is gender?*, Building on Gender, Agrobiodiversity and Local Knowledge. Disponible en «<http://www.fao.org/3/y5608e/y5608e01.htm>» [Consultado el 14 septiembre de 2020].

Grey, Rosemary (2019): *Prosecuting Sexual and Gender-Based Crimes in the International Criminal Court*, Cambridge University Press.

Hall, J. Powderly *et al.* (2016): “Persecution”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Triffterer, Otto y Ambos, Kai (eds.), 3° ed., Beck-Hart-Nomos.

HRGJ *et al.* (2017): *Communication to the Icc Prosecutor Pursuant to article 15 of the Rome Statute Requesting a Preliminary Examination into the Situation of: Gender-Based Persecution and Torture as Crimes Against Humanity and War Crimes Committed by the Islamic State of Iraq and the Levant (ISIL) en Iraq*. Disponible en: «<https://www.madre.org/sites/default/files/PDFs/CUNY%20MADRE%20OWFI%20Article%2015%20Communication%20Submission%20Gender%20Crimes%20in%20Iraq%20PDF.pdf>» [Consultado el 16 de septiembre de 2020].

Immigration and Refugee Board of Canada (1996): *Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(4) of the Immigration Act: Guideline 4 - Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution*.

Jarvis, Michelle (2016): “Overview: The Challenge of Accountability for Conflict-related Sexual Violence Crimes”, en *Prosecuting Conflict-related Sexual Violence at the ICTY*, Brammertz, S. y Jarvis, M. (eds.), Oxford University Press.

McDougall, Gay J. (2000): *Special Rapporteur. Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery-Like Practices During Armed Conflict*, Naciones Unidas, 6 junio.

Murphy, Sean D. (2015): *Special Rapporteur*, Naciones Unidas, febrero.

ONU Mujeres (s.f.) *Concepts and Definitions*. Disponible en «<https://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

- Oosterveld, Valerie (2006): “Gender, Persecution, and the International Criminal Court: Refugee Law’s Relevance to the Crime Against Humanity of Gender-Based Persecution”, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 17, 49–89.
- Oosterveld, Valerie (2013): “Prosecuting Gender-Based Persecution as an International Crime”, en *Sexual Violence as an International Crime: Interdisciplinary Approaches*, De Brouwer, A. et al. (eds.), Intersentia.
- Oosterveld, Valerie (2005): “The Definition of ‘Gender’ in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, 55-84.
- Otto, D. (1996): “Holding up Half the Sky, but for Whose Benefit? A Critical Analysis of the Fourth World Conference on Women”, en *Australian Feminist Law Journal*, vol. 6, 7-28.
- Philips, Ruth (2019): “Too Close to Home? International Criminal Law, War Crimes and Family Violence”, en *Thomas Jefferson Law Review*, vol. 24, 229–238.
- Steains, Cate (1999): “Gender Issues”, en *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute—Issues, Negotiations*, Lee, Roy S. (ed.), 377–80, 357–390.
- Swedish Migration Board (2001): *Gender-based persecution: Guidelines for investigation and evaluation of the needs of women for protection*, Swedish Migration Agency, Suecia.
- UNESCO (2003): *Gender Mainstreaming Implementation Framework Baseline definitions of key concepts and terms*. Disponible en «<http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/BSP/GENDER/PDF/1.%20Baseline%20Definitions%20of%20key%20gender-related%20concepts.pdf>» [Consultado el 14 de septiembre de 2019].

Akademía. Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos

---

UNICEF (2017): *Glossary of Terms and Concepts*. Disponible en «<https://www.unicef.org/rosa/media/1761/file/Gender%20glossary%20of%20terms%20and%20concepts%20.pdf>» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].

United Kingdom Home Office (2018): *Gender Issues in the Asylum Claim: Version 3.0*, 10 de abril.

Werle, Gerhard y Jeßberger, Florian (2014): *Principles of International Criminal Law*, 3° ed., Oxford University Press.

World Health Organization (2014): *Gender, Women and Health. What do we mean by 'sex' and 'gender'?* Disponible en «<https://www.legal-tools.org/doc/a33dc3/pdf/>» [Consultado el 14 de septiembre de 2020].