

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

GRADU AMAIERAKO LANA:

SEXU-ASKATASUNAREN AURKAKO
KRIMENAK NAZIOARTEKO AUZITEGI
PENALAREN JURISPRUDENTZIAN

Egilea:

Ane Maroño Juárez

Zuzendaria:

Miren Odriozola Gurrutxaga

ZUZENBIDE GRADUA

2019/2020 kurtsoa



Zuzenbide Fakultatea
Facultad de Derecho

AURKIBIDEA:

I.	<u>Sarrera</u>	3. orr.
II.	<u>Sexu askatasunaren aurkako krimenak gizateriaren aurkako krimen bezala</u>	4. orr.
1.	Gizateriaren aurkako krimenen kontzeptua eta testuinguru historikoa...	4. orr.
2.	Gizateriaren aurkako krimenen elementuak.....	6. orr.
2.1	Testuinguru-elementua.....	6. orr.
a)	Eraso sistematiko edo orokortua	6. orr.
b)	Biztanleria zibilari zuzendutako eraso.....	8. orr.
c)	Elementu politikoa.....	10. orr.
2.2	<i>Mens rea</i>	12. orr.
a)	Erasoaren ezagutza.....	12. orr.
b)	Arrazoi diskriminatzaileen betekizunik ez egotea.....	13. orr.
2.3	<i>Actus Reus</i>	13. orr.
3.	Sexu-askatasunaren aurkako krimenak.....	14. orr.
3.1	Bortxaketa.....	16. orr.
3.2	Esklabutza sexuala.....	18. orr.
3.3	Prostituzio behartua.....	19. orr.
3.4	Behartutako haurdunaldia.....	20. orr.
3.5	Behartutako esterilizazioa.....	21. orr.
3.6	Indarkeria sexualaren beste edozein forma.....	21. orr.
III.	<u>Sexu-askatasunaren aurkako krimenak gerra krimen bezala</u>	23. orr.
1.	Kontzeptua.....	23. orr.
2.	Elementuak.....	24. orr.
2.1	Testuinguru-elementua	24. orr.
a)	Gatazka armatuaren existentzia.....	24. orr.
b)	Nazioarteko gatazka armatua edo nazioartekoa ez dena.....	26. orr.
c)	Gatazka armatuen eta krimen indibidualen arteko harremana edo lotura.....	27. orr.
2.2	<i>Mens rea</i>	28. orr.
2.3	Egileak eta babestutako pertsonak.....	29. orr.

a) Egileak.....	29. orr.
b) Babesten diren pertsonak.....	29. orr.
c) Borrokalariak, kide izatearen ikuspegia eta liskarretan zuzenean parte hartzea.....	30. orr.
2.4 <i>Actus Reus</i>	31. orr.
3. Gerra krimen sexualak.....	31. orr.
IV. <u>Nazioarteko Auzitegi Penalaren jurisprudentziaren azterketa</u>.....	33. orr.
1. NAP eta Krimen sexualen jazarpena.....	33. orr.
2. <i>Bemba Kasua</i>	35. orr.
2.1 Bortxaketa gizateriaren aurkako krimen eta gerra krimen bezala....	36. orr.
2.1.1 <i>Actus Reus</i>	36. orr.
2.1.2 Testuinguru-elementuak	37. orr.
2.2 <i>Mens rea</i>	40. orr.
2.3 Erantzukizun penal indibiduala: “Nagusiaren Erantzukizuna”.....	41. orr.
3. <i>Ntaganda Kasua</i>	45. orr.
3.1 Bortxaketa gizateriaren aurkako krimen eta gerra krimen bezala....	46. orr.
3.1.1 <i>Actus reus</i>	46. orr.
3.1.2 Testuinguru-elementuak.....	47. orr.
3.2 Esklabutza sexuala gizateriaren aurkako krimen eta gerra krimen bezala.....	48. orr.
3.2.1 <i>Actus reus</i>	48. orr.
3.2.2 Testuinguru-elementuak	50. orr.
3.3 Bortxaketa eta esklabutza sexuala gerra krimen bezala (15 urtetik beherako biktimetan).....	50. orr.
3.3.1 <i>Actus reus</i>	51. orr.
3.3.2 Testuinguru-elementuak	51. orr.
3.4 <i>Mens rea</i>	52. orr.
3.5 Erantzukizun penal indibiduala: zeharkako egilekidea.....	54. orr.
V. <u>Ondorioa</u>	56. orr.
<u>Bibliografia</u>.....	58. orr.

I. Sarrera:

Gatazka politiko eta armatuek gizarte bateko desoreka eta ezegonkortasunak muturrera eramaten dituzte. Deshumanizazioa eta krudeltasuna nagusitzen dira eta gizarte osoaren haustura eta sufrimendua dakarte. Horrelako egoeretan ematen den indarkeria bortitzenetako bat, indarkeria sexuala da, zeina emakumeek jasaten duten bereziki.

Krimen sexualak, zoritxarrez, gizateriaren historiako gertakari tragikoenen eta gatazka armatu bortitzenen parte dira. Paradoxikoki, egoera horietan jazotako beste gertakari guztiekiko bigarren maila batean geratu eta ikusezin bihurtutako gertaerak izan dira denbora luzez.

Ikusezintasun horren adierazgarri da krimen lazgarri hauek XX. mende bukaerara arte ez zirela espresuki jasoak izan Nazioarteko Zuzenbide Penalean. Aitorpena lehen pauso handi bat izan da, baina honek Nazioarteko Zuzenbide Penalaren helburu nagusi bihurtu behar den beste erronka handi bat ekarri du: krimen sexualen ikerketa eta jazarpena ohiko praktika bat bihurtzea.

Krimen sexualen mamira heltzeko, beharrezkoa da Nazioarteko Zuzenbide Penalaren oinarritik hasia. Nazioarteko krimenak, horiek zentzu hertsian ulertuta, lau taldetan banatzen dira: genozidioa, gizateriaren aurkako krimenak, gerra krimenak eta agresio-krimena. Lan honetan, gizateriaren aurkako krimenak eta gerra krimenak dira aztergai, kategoria horietan sartzen baitira nazioarteko krimen sexualak. Lanean zehar, “krimen” hitza erabiltzen da “delitu” hitzaren ordean, hau baita Nazioarteko Zuzenbide Penalean erabiltzen den terminologia.

Nazioarteko Auzitegi Penala (aurrerantzean, NAP) azken urteotan sexu-askatasunaren aurkako krimenei ikusgarritasun handiena eman dien nazioarteko auzitegia da, etorkizuneko Nazioarteko Zuzenbide Penalean ibilbide handiena duen auzitegia izateaz gain. Horregatik, NAPen Estatutua eta jurisprudentzia dira lan honen ardatz, Nazioarteko Zuzenbide Penaleko beste auzitegi oso garrantzitsu batzuei egin beharreko aipamenak alde batera utzi gabe.

Lana hiru zati nagusitan egituratzen da. Lehenengo biak izaera teorikokoak eta hirugarrena jurisprudentziaren analisiari zuzendutakoa. Lehen zatian, gizateriaren aurkako krimenak osatzen dituzten elementuak banan-bana aztertuko dira; ondoren,

gizateriaren aurkako krimen diren krimen sexualetan sakonduz; eta atal osoan zehar NAPen Estatutua izango da oinarri nagusia. Eskema bera jarraituz, bigarren zatian, gerra krimenen analisia egingo da, hemen ere NAPen Estatutua jarraituz. Hirugarren zatiari dagokionez, NAPen berritasuna dela eta, gutxi dira sexu-askatasunaren aurkako nazioarteko krimenak aztertu dituzten sententziak. Lan honetan, NAPk krimen sexualengatik kondena-epaia eman zuen bi kasuak aztertu dira.

II. Sexu askatasunaren aurkako krimenak gizateriaren aurkako krimen bezala

1. Gizateriaren aurkako krimenen kontzeptua eta testuinguru historikoa

Gizateriaren aurkako krimenen definizioa ezegonkorra izan da Nazioarteko Zuzenbide Penalean. Hasiera batean, Estatu batek hirugarren Estatu bateko herritarren aurka gauzatutakoak kontsideratzen ziren.¹ Turkiako biztanleria armeniarren aurkako sarraskiek edo II. Mundu Gerra garaian Alemanian gertatutako krimenek, berriz, argi utzi zuten Estatu bateko herritarrek beren herrikideen aurka egindako krimenak bazirela ere gizateriaren aurkako krimen.² Honetatik ondorioztatu beharra dago, krimen hauek erreprimitzeko interes unibertsala dagoela eta, beraz, ezin dela egilearen eta biktimaren arteko lurralde- edo nazionalitate-lotura bat egotean edo ez egotean oinarritu.³

Argi dagoena da gizateriaren aurkako krimenetan babesten diren ondasun juridikoak bitan sailka daitezkeela. Alde batetik, ondasun juridiko kolektiboak babesten dira: nazioarteko bakea eta segurtasuna, interes horien urraketek nazioarteko komunitate osoari eragiten diotelako, eta gizateria beraren aurka zuzenduta daudelako.⁴ Bestetik, ondasun juridiko indibidualak babesten dira, oinarritzko giza eskubideekin daukaten harreman

¹ AMBOS, K., “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, *Cuadernos de Derecho Penal*, 9, 2013, 96. orr.

² AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The crimes and sentencing*. Oxford University Press, 2015, Oxford, 47. orr.

³ CASSESE, A., *International Criminal Law*. Oxford University Press, 2013, New York, 23. orr. eta DÍAZ SOTO, J. M., “Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, 95, 2012, 119-151 orr.

⁴ AMBOS, K.; “Bien jurídico y Harm Principle: Bases teóricas para determinar la “función global” del Derecho Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10, 2013, 343-378 orr.

zuzenagatik, besteak beste, bizitza, osotasun fisikoa, askatasuna, askatasun sexuala eta duintasuna.⁵

Krimen hauen definizioa lehen aldiz Nurenbergeko Gutunean eman zen⁶ eta geroztik definizio desberdinak eman izan dira. Elementu garrantzitsuenetariko eta gatazkatsuenetariko bat gerrarekiko lotura izan da, zeina Nurenbergeko Estatutuan jaso baitzen lehen aldiz. Lotura honekin zenbait legezkotasun arazo konpontzea bilatzen zen, zenbait egitate Nazioarteko Zuzenbideko krimen kontsideratu zitezten (gizateriaren aurkako krimenak) eta ez soilik barne Zuzenbide Penaleko egitateak.⁷ Horregatik doktrinak emandako zenbait definiziotan agertu izan zen elementu hori.

Jugoslavia-ohirako Nazioarteko Auzitegi Penalaren (aurrerantzean, JNAP) Estatutuan ere lotura hau eskatzen zen;⁸ Ruandarako Nazioarteko Auzitegi Penalaren (aurrerantzean, RNAP) Estatutuan, berriz, gatazka armatu batekiko lotura hau ezabatua izan zen eta horren ordean, testuinguru elementu bezala, edozein biztanleria zibilaren aurkako eraso sistematiko edo orokortu baten existentzia barneratu zen.⁹ 1995ean, *Tadic* kasuan emandako jurisdikzio-erabaki ospetsuan,¹⁰ JNAPko Apelazio Salak gerrarekiko lotura "zaharkitu" gisa deskribatu zuen. Ondorengo jurisprudentziak bide hori jarraitu izan du eta gaur egun argi dago Nazioarteko Zigor Zuzenbideak gerrarekiko lotura eskatzen zuen elementua baztertu duela eta hori izan dela Nazioarteko Auzitegi Penalak bere Estatutuan jarraitu duen bidea.¹¹

NAPen Estatutuaren 7. artikulua gizateriaren aurkako krimenen kodifikazio eta garapen progresibo bat suposatzen du, bat egiten baitu gizateriaren aurkako krimenen "*common law*" bezala har daitezkeen lege-ezaugarriekin.¹² Artikulu honek bere lehen paragrafoan ondoren sakonki aztertuko ditugun gizateriaren aurkako krimenen

⁵ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and general part*. Oxford University Press, 2013, Oxford, 66. orr.

⁶ Nurenbergeko Estatutuko 6.c) art. Nurenbergeko Nazioarteko Auzitegi Militarreko Estatutua, 1945eko abuztuaren 8koa.

⁷ LIROLA DELGADO, I., "Los crímenes de lesa humanidad: Elementos definitorios", H. OLASOLO ALONSO eta S. CUENCA CURBELO (zuz.), *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional, Volumen I*, Tirant lo Blanch, 2012, Valencia, 111. orr.

⁸ JNAP en Estatutuko 5. art. Jugoslavia-ohirako Nazioarteko Auzitegi Penaleko Estatutua, 1993ko maiatzaren 25ekoa.

⁹ RNAPen Estatutuko 3. art. Ruandarako Nazioarteko Auzitegi Penaleko Estatutua, 1994ko azaroaren 8koa.

¹⁰ *Tadic* kasua, Erabakia, No.IT-94-I-AR72, 140. para.

¹¹ SCHABAS, W. A., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2004, New York, 42-43 orr.

¹² AMBOS, K., "Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional", *cit.*, 95-140 orr.

testuinguru-elementuak aurkezten dizkigu.¹³ biztanleria zibilaren aurka zuzendutako eraso sistematiko edo orokortua hain zuzen ere. Bigarren paragrafoan, gizateriaren aurkako krimenen *actus reusa* aurkezten digu, hau da, gizateriaren aurkako krimen diren egintza kriminalak. Lan honetan, krimen sexualek osatzen duten *actus reusean* sakonduko da.

Testuinguru-elementuaren funtzioa krimen “arruntak” (barne Zuzenbide Penalekoak) “ezohiko” (nazioarteko) krimenetatik desberdintzea da. Beraz, esan daiteke, testuinguru-elementuak “nazioarteko elementua” direla.¹⁴ Nazioarteko krimenak bi zentzutan uler daitezke; zentzu zabalean eta zentzu hertsian. Zentzu zabalean krimen batek nazioarteko maila hartu dezake barne-maila batean ezin denean modu eraginkorrean prozesatu eta estatuek interes orokor bat dutenean hori prozesatzeko (adibidez pirateria).¹⁵ Zentzu hertsian, berriz, lan honetan interesatzen zaigun zentzua, krimenen hauek krimen guztien artean, larrienak izatea.¹⁶ Larritasun hau bi ezaugarrik osatzen dute: giza eskubideen urraketa larrienak izatea, eta gainera modu sistematiko batean edo eskala zabalean gauzaturikoak izatea.¹⁷

2. Elementuak

2.1 Testuinguru-elementua

a) Eraso

NAPko Estatutuaren 7(2)(a) artikulua honela definitzen du eraso *“a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 ..., pursuant to or in furtherance of a State or organisational policy”*, hau da, artikulua bereko lehenengo paragrafoan aipatutako egintza anitz gauzatzea dakarren jokabide bat izango litzateke eraso, estatu edo erakunde politika baten arabera edo hari laguntzeko ematen dena.

NAPko Epaiketa Aurreko Salak (*Pre-Trial Chamber*) Kenyari buruzko egoeran ere definizio bat eman zuen eta “biztanleria zibilaren aurka egindako kanpaina edo operazio

¹³ NAPeko Estatutuko 7. art.: “committed as a part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack”.

¹⁴ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 55.orr.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Ibid.*, 56.orr.

¹⁷ *Idem.*; DÍAZ SOTO, J. M., “Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad”, *cit.*, 122. orr.

bat”¹⁸ bezala definitu zuen eraso. Hurrengo kasuetan, definizio berbera hartu zuten kontuan. Beraz, erasoak *egintza kriminalen ugaritasuna* eskatzen du. Hala ere, eraso osatzen duten egintzek ez dute zertan mota berekoak izan behar, eraso bat krimen desberdinen metaketa izan daiteke.¹⁹

Egintza kriminalen aniztasuna beharrezkoa dela finkatu ostean, argitzekoa da ez dela beharrezkoa egileen aniztasuna, ezta egile bakarrak hainbatetan jardutea ere. Jokabide jakin batek krimen bat edo gehiago gauzatu ditzake. Ambos irakasleak jartzen duen adibideari jarraituz, pertsona batek biztanleria handi baten ura pozoitzen badu, hilketa ugari eragingo ditu, hau da, egintza bakar batekin eta egile bakar batek krimen ugari eragingo ditu.²⁰

Nazioarteko jurisprudentziari jarraituz, erasoak hurrengo bi ezaugarrietako bat bete behar du: eraso sistematikoa edo orokortua izatea.²¹ 1998an ospatutako Erromako Konferentzian, non 160 Estatuk baino gehiagok parte hartu zuten eta NAPen Estatutua onartua izan zen, eztabaida handia egon zen gai honen inguruan.²² Proposamenetako batzuek eraso “orokorra eta sistematikoa” izatea eskatzen zuten.²³ Bi baldintza horiek alternatiba gisa aurkezteko bultzada JNAPk urtebete lehenago soilik *Tadic* auzian emandako epai garrantzitsuak babestu zuen,²⁴ baita RNAPko *Akayesu* kasuak ere.²⁵ Baina atalasea itxuraz zabaltzea nahiko engainagarria da errealitatean; izan ere, 7. artikulua jasotzen duen "eraso" terminoak alderdi orokortuak zein sistematikoak dituela esan daiteke.²⁶

- Erasoa sistematikoa

Delitugileak zuzentzen edo gidatzen duen politika edo plan batean oinarritzen da eraso sistematikoa. JNAPko *Tadic* kasuari jarraituz, plan metodiko baten existentzia

¹⁸ Erabakia, Egoera Keniako Errepublikan, Epaiketa Aurreko Sala II, *No. ICC-01/09-19 Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, 80. para.

¹⁹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, cit., 58. orr.

²⁰ *Ibid.*, 59. orr.

²¹ SERVÍN RODRIGUEZ, C. A., “Evolución del crimen de lesa humanidad en el Derecho Penal Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 139, 2014, 209-249 orr.

²² DÍAZ SOTO, J. M., “Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad”, cit., 136. orr.

²³ *Idem*

²⁴ *Tadic* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, JNAP, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, No. IT-94-I-T, 1997ko maiatzaren 7koa

²⁵ DÍAZ SOTO, J. M., “Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad”, cit., 136. orr. *Akayesu* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, JNAP, *The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, 1998ko irailaren 2koa, 580. para.

²⁶ SCHABAS, W. A., *An introduction to the International Criminal Court*, cit., 44. orr.; GIL GIL, A., “Crímenes contra la humanidad”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, 10, 2016, 202-215 orr.

beharrezkoa da.²⁷ *Akayesu* kasuak eraso sistematikoaren definizio hau ematen digu: “zehatz-mehatz antolatuta eta eredu erregularrari jarraituz, baliabide publiko edo pribatu garrantzitsuak barne hartzen dituen politika komun batean oinarrituta dagoen eraso”.²⁸ Antzeko definizioak topatzen ditugu auzitegi hauen beste sententzietan.

Esan daiteke sententzia horietan guztietan 1996ko Nazioarteko Zuzenbide Batzordearen (aurrerantzean, NZB) kode proiektuan oinarritu zirela, honek eraso sistematikoa “aurrez pentsatutako plan edo politika baten arabera” dena kontsideratzen baitu.²⁹ Beraz, eraso sistematikoa izateko, derrigorrezko osagaia dugu delitugileak gidatzen duen plan edo politika bat existitzea.

- Eraso orokortua:

Kasu honetan ere *ad hoc* auzitegiei erreparatuz, ikus dezakegu erasoaren eskala zabalean edo biktimen kopuruan jarri izan zutela arreta.³⁰ Esan daiteke, eraso sistematikoak ezaugarri kualitatibo bat daukala, eraso orokortuak, berriz, ezaugarri kuantitatiboa.³¹

Ondoriozta daiteke eraso orokor batek biktima kopuru handia behar duela, ziurrenik eraso sistematiko baterako behar dena baino handiagoa, eta hori ere, aparteko tamainako jokabide bakar batek eragin dezake.³²

b) Biztanleria zibilaren aurka zuzendutako erasoak

- Biztanleria:

“Zenbait ezaugarri elkarbanatzen dituzten pertsona multzoa” da biztanleria.³³

Eraso sistematiko edo orokortua “edozein biztanleria zibilaren” aurka egon behar da zuzenduta. Horrek ez du esan nahi delitugileak eraso gertatzen ari den eremu geografikoko biztanleria osoari zuzendu behar dionik eraso.³⁴

Biztanleriaren ezaugarri honek indarkeriazko egintza isolatuak gizateriaren aurkako krimenen eremutik desberdintzeko balio du. Edonola ere, biktimak ez dira aukeratu behar

²⁷ *Tadic* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 648. para

²⁸ *Akayesu* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 580. para

²⁹ Bakearen eta Gizateriaren Segurtasunaren aurkako Krimenen Kode Proiektuaren 18(3) art.

³⁰ *Tadic* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 648. para.

³¹ GIL GIL, A., “Crímenes contra la humanidad”, *cit.*, 202-215 orr.

³² AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, *cit.*, 62. orr.

³³ *Ibid.*, 63. orr.

³⁴ *Tadic* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 644. para.

talde jakin bateko kide izateagatik, ez baita diskriminazio-asmoren elementurik eskatzen.³⁵ Biztanleria-eskakizunak ez dio ezer gehitzen erasoaren betekizunari, hau da, biztanleriak ez du zertan bereizgarri politiko, etniko, arrazazko edo erlijiosorik izan behar. 7. artikulua biztanleriari eskatzen dion ezaugarri bakarra “zibila” da.³⁶ Gainera, "edozein" terminoak argi uzten du biktimak ez duela zertan hirugarren estatu bateko naziokotasuna izan behar.³⁷

- Zibila:

Biztanleria zibilaren izaera ez da aldatzen zibilak ez diren zenbait pertsona haien ingurunean egoteagatik. Beraz, indar militar etsaiak gehiengo populazio zibil bat dagoen gunean egoteak ez du aldatzen “zibilen” egoera.³⁸

Hala ere, zaila izan da biztanleria “zibila” definitzea, bereziki gizateriaren aurkako krimenek gerrarekiko lotura galdu dutenetik. Nazio Batuen Erakundeko Adituen Batzordeak Jugoslavia-ohirako kontsideratu zuen zibila dela “borrokalaria ez den norbait”, eta adibidez, barne hartzen duela bere familia babesteko arma bat erabiltzen duen familia-burua.³⁹

Tadic kasuaren arabera, modu aktiboan erresistentzia mugimenduetan parte hartu zuten pertsonak ere gizateriaren aurkako krimenen biktimak zirela ulertu behar zen.⁴⁰ *Akayesu* kasuan, zibilak kontsideratu ziren indar-armatuetan eta erasoetan parte hartze aktiborik ez duten pertsonak eta “*hors de combat*” daudenak (gerra egiteko gaitasunik ez duten pertsonak gaixotasun, zauri edo atxilotze arrazoiengatik besteak beste).⁴¹

Jada adierazi den bezala, gizateriaren aurkako krimenak ez daudenetik gerrari lotuta beharrezkoa izan da “zibila”ren kontzeptu berri bat garatzea, Nazioarteko Zuzenbide Humanitarioak (aurrerantzean, NZH) babesten ez dituen pertsonentzako, eta beraz, gerra garaian baino interpretazio zabalagoa eman behar zaio kontzeptuari.⁴²

Doktrinan eztabaidagai dira Estatuko Segurtasun Indarren aurka ematen diren erasoak. Zenbait egile, haien artean Cassese irakaslea, polizia ere biztanleria zibilaren barne

³⁵ AMBOS, K., “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, *cit.*, 95-140 orr.

³⁶ *Idem.*

³⁷ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, *cit.*, 64. orr.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Nazio Batuen Erakundeko Adituen Batzordea, UN Doc. S/1994/674., 78. para.

⁴⁰ *Tadic* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 643. para.

⁴¹ *Akayesu* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 582. para.

⁴² AMBOS, K., “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, *cit.*, 95-140 orr.

hartzearen aldekoak dira.⁴³ Ambos irakaslea, haratago doa, eta elementu hau ezabatu beharko litzatekela argudiatzen du, bake-garaian ezinezkoa delako definizio hori erabiltzea, NZH ezin baita aplikatu horrelako uneetan. Izan ere, bake-garaian, pertsona guztiak zibilak dira (hau da, borrokalariak ez direnak), eta, hain zuzen ere, bitarte horretan bete behar dute gizateriaren aurkako krimenek gerra krimenek utzitako hutsunea. Beraz, babesa pertsona guztiei zabaldu behar zaie Ambosen iritziz, baita soldaduei ere.⁴⁴

c) Elementu politikoa:

- Elementu politikoaren beharra

Esplizituki jasota agertzen zaigu elementu hau NAPko 7.2 (a) artikuluan. Kontzeptu hau formalki *ad hoc* auzitegiek barneratu zuten lehen aldiz.⁴⁵

Eztabaidagai izan da ea elementu hau beti bete beharra den edo erasoaren izaera “orokortu” edo “sistematikoari” erreparatu behar zaion.⁴⁶ *Tadic* kasuan politikaren elementua eskatzen zen, nahiz eta eraso soilik orokortua izan.⁴⁷ *Akayesu* kasuan, berriz, elementu politikoa eraso sistematikoaren kasuan soilik aipatzen zen.⁴⁸

Hala ere, segidan azaltzen den moduan, hala eraso sistematikoan nola orokortuan, badago Estatuak edo *de facto* boterea daukan entitateak jardundako politika batekiko lotura, nahiz eta politika hori ez-egite batean oinarritua izan.⁴⁹

- Forma eta edukia

Formari dagokionez, NAPk baietsi du ez dela beharrezkoa formalki politika horrek estatuko politikaren izaera izatea. Ez da beharrezkoa ere politika edo plan hori espresuki edo argi eta garbi deklaratu izatea, nahikoa da politika inplizitu bat edo *de facto* politika bat egotea.⁵⁰

⁴³ CASSESE, A., *International Criminal Law*, cit., 122. orr.

⁴⁴ AMBOS, K., “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, cit., 95-140 orr.; LIROLA DELGADO, I., “Los crímenes de lesa humanidad: Elementos definitorios”, cit., 114. orr.

⁴⁵ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, cit., 66-67. orr.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Tadic* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, cit., 653. para.

⁴⁸ *Akayesu* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, cit., 580. para.

⁴⁹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, cit., 66-69. orr.

⁵⁰ *Katanga eta Chui kasua*, Lehen Auzialdiko Sententzia, NAP, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/0, 396 para.; *Bemba kasua*, Lehen Auzialdiko Sententzia, NAP, *Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo No.: ICC-01/05-01/08*, 2016ko martxoaren 21ekoa, 81. para.

Edukiari dagokionez, eraso sistematikoak politika aktibo bat eskatzen du. Ez da hain argia nola existitu daitekeen politika bat antolatu gabeko egintza kriminalen aniztasun baten atzean, hau da, eraso orokortu batean. Kasu honetan, ez-egite batean oinarritutako politika bakarrik izango litzateke posible, adibidez, delitu orokortuen baina ez-sistematikoen biktimei babesa nahita ukatzea, delitu horiek onartuz.⁵¹

Ondorioz, eraso sistematiko batek derrigorrez politika aktibo bat eskatzen du. Eraso orokortuaren kasuan, berriz, elementu politikoa bete dadin, gizateriaren aurkako krimenekiko nahita egindako ekintzarik eza, tolerantzia edo adostasuna nahikotzat jo behar dira.⁵²

- Politikaren atzean dagoen erakundea

Politikaren atzean dagoen erakundea ez da zertan Estatua izan behar nazioarteko zuzenbide publikoaren zentzu klasikoan. Estatuko edozein mailako botere edo erakunde bat, *de facto* botere bat egikaritzen duena lurralde baten gainean, politika zuzen edo zeharkako horren eragilea izan daiteke.⁵³ Politikak ez du "Estatuko makineriaren mailarik gorenean pentsatuta egon behar", eta, printzipioz, nahikoa da eskualde edo toki mailan hartutako erabaki politikoekin.⁵⁴

Nahiz eta Erromako Estatutuan terminoari buruzko argitasunik ez egon eta doktrina zientifikoa banatua egon gai honen inguruan, NAPk ukatu egiten du erakundearen politikak nahitaez Estatuarenaren "baliokidea" (*State-like*) izan behar duenik: ez da garrantzitsua, taldearen izaera formala edo antolamendu-maila, baizik eta "oinarrizko giza balioak urratzen dituzten ekintzak gauzatzeko gaitasuna".⁵⁵ Horrek talde kriminaletan eratutako talde pribatu hutsak aintzat hartzea ahalbidetuko luke.⁵⁶

Auzitegiak irizpide sorta ireki bat ezarri du, kasuz kasu, identifikatu ahal izateko zein erakundek (Estatukoak ez direnek) jar lezaketen abian politika tipikoa. Zehazki: taldeak agindupean edo hierarkia jakin baten arabera jardutea; biztanleria zibilaren aurkako eraso orokor edo sistematiko bat egiteko beharrezko baliabideak dituen; taldeak Estatuko

⁵¹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 66-70. orr.

⁵² *Ibid.*, 770-72 orr.; AMBOS, K., "Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional", *cit.*, 95-140 orr.

⁵³ LIROLA DELGADO, I., "Los crímenes de lesa humanidad: Elementos definitorios", *cit.*, 116-117 orr.

⁵⁴ LANDA GOROSTIZA, J.M. "La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-10, 2010, 9-19 orr.

⁵⁵ *Idem.*; Erabakia, Egoera Keniako Errepublikan, NAPko Epaiketa Aurreko Sala II, *cit.*, 90. para.

⁵⁶ LANDA GOROSTIZA, J.M. "La sombra de los crímenes contra la humanidad", *cit.*, 9-19 orr.

lurrealde jakin baten gaineko kontrola duen; taldearen helburu nagusia biztanleria zibilaren aurkako ekintza kriminalak gauzatzea den; taldeak berariaz edo isilbidez biztanleria zibila erasotzeko asmoa duen; eta, azkenik, taldea, era berean, irizpideak betetzen dituen talde handiago batean kokatzen den.⁵⁷ Hala ere, esan bezala, irizpide orientagarrien zerrenda irekia da (*numerus apertus*), eta ez zerrenda itxi eta zurruna.⁵⁸

2.2 *Mens rea*

a) Borondatea eta erasoaren ezagutza

NAPko Estatutuaren 30. artikulua adierazten du delitugileak bete beharreko elementu subjektiboak ezagutza eta borondatea direla.⁵⁹

Elementuetako bat, beraz, borondatea da, hau da, emaitza lortzeko asmoa. Baina gizateriaren aurkako krimenetan *mens rea* ez da krimen konkretua burutzeko borondate kriminalera mugatzen, haratago doa. Elementu gehigarri bat dauka, hain zuzen ere gizateriaren aurkako krimenak eta gerra krimenak desberdintzen laguntzen duena: delitu zehatzaren testuingururik zabalenez jabetzea da.⁶⁰ 7. artikulua zuzenean eskatzen du delitugileak erasoaren ezagutza izatea. Honek esan nahi du, lehenbizi, erasotzaile indibidualak “eraso zabalagoa”⁶¹ dagoela jakin behar duela, eta bigarrenik, bere egintza indibiduala eraso horren parte dela ezagutu behar duela. Ezagutza elementu hau elementu mental gehigarria da, NAPko Estatutuko 30. artikulua eskatzen duen *mens rea* orokorretik desberdintzen dena.⁶² Ondorioa da beharrezkoa dela egileak egintza indibidual hori eraso kolektibo baten parte dela ezagutzea.⁶³ Hala ere, delitugileak ez du erasoaren eta politika inplizituaren xehetasunak ezagutu beharrik.⁶⁴

⁵⁷ Erabakia, Egoera Keniako Errepublikan, NAPko Epaiketa Aurreko Sala II, *cit.*, 93. para.

⁵⁸ LANDA GOROSTIZA, J.M. “La sombra de los crímenes contra la humanidad”, *cit.*, 9-19 orr.

⁵⁹ NAPko Estatutuko 30. art.: “*Mental element*”

1. *Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.*

2. *For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.*

3. *For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly”.*

⁶⁰ CASSESE, A., *International Criminal Law*, *cit.*, 98-100 orr.

⁶¹ NAPko Estatutuko 7. art.: “*existence of the larger attack*”.

⁶² AMBOS, K., “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, *cit.*, 109 orr.

⁶³ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, *cit.*, 66-77. orr.

⁶⁴ SERVÍN RODRIGUEZ, C. A., “Evolución del crimen de lesa humanidad”, *cit.*, 243. orr.

b) Arrazoi diskriminatzaileen betekizunik eza

Gai hau gatazkatsua da; izan ere, Nurenbergeko, Ruandako eta Jugoslavia ohiko auzitegien Esatutuetan aurreikusten zen betekizun bat zen, baina NAPk ez du hau barne hartu bere Estatutuan. Delitugileak ez du zertan etnia, arraza, erlijio edo bestelako arrazoietan oinarritutako motibaziorik izan behar gizateriaren aurkako krimena betetzeko.⁶⁵

Esan daiteke ez dela irismen orokorreko betekizuna gizateriaren aurkako krimenen multzo osorako, hain zuzen ere, Estatutuko 7.1.h) artikulua ezaugarri hori biltzen duen tipo penala aurreikusten duelako espresuki: “nortasun propioa duen talde edo kolektibitate baten jazarpena; politika, arraza, nazio, etnia, kultura, erlijio edo genero arrazoietan oinarrituta”.⁶⁶ Beraz, orokorrean gizateriaren aurkako krimenaren egilearen motibazio pertsonalak ez dira garrantzitsuak. Soilik, orain aipatu den 7.1.h) artikuluko krimen zehatzerako eskatzen den ezaugarria da.⁶⁷

2.3 *Actus Reus*

Estatutuko 7. artikulua, gizateriaren aurkako krimenen *actus reusa*, hau da, hamaika portaera tipiko jasotzen ditu: Hilketa (7.1.a. art.); sarraskia (7.1.b. art.); esklabotza (7.1.c. art.); biztanleak nahitaez deportatzea edo lekualdatzea (7.1.d. art.); espetxeratzea edo askatasuna larriki kentzea (7.1.e. art.); tortura (7.1.f. art.); bortxaketa, sexu-esklabotza, behartutako prostituzioa, behartutako haurdunaldia, bortxazko esterilizazioa edo antzeko larritasuna duen beste edozein sexu-indarkeria mota (7.1.g. art., hurrengo puntuan sakonduko dena); politika, arraza, nazio, etnia, kultura edo erlijio-arrazoietan oinarritutako talde baten jazarpena (7.1.h. art.); pertsonak nahitaez desagertzea (7.1.i. art.); apartheid krimena (7.1.j. art.); eta antzeko beste egintza anker batzuk, nahita sufrimendu handiak eragiten dituztenak edo osotasun fisikoaren edo osasun mental edo fisikoaren aurkako eraso larriak eragiten dituztenak (7.1.k. art.).

⁶⁵ AMBOS, K., “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, *cit.*, 114 orr.

⁶⁶ NAPko Estatutuko 7.1.h) art.

⁶⁷ LIROLA DELGADO, I., “Los crímenes de lesa humanidad: Elementos definitorios”, *cit.*, 107-109 orr.

3. Sexu-askatasunaren aurkako krimenak

Aurreko atalean esan bezala, sexu askatasunaren aurkako krimenak Erromako Estatutuaren 7. artikuluan tipifikatuta agertzen zaizkigu, gizateriaren aurkako beste krimenekin batera. Hauek, 7.1.g artikuluan daude aurreikusita eta sei krimen sexual desberdin tipifikatzen dira: Bortxaketa, esklabutza sexuala, derrigortutako prostituzioa, haurdunaldi behartua, esterilizazio behartua eta indarkeria sexualaren beste edozein forma.⁶⁸

Nazioarteko zuzenbidean "ahaztutako" krimenak izan direla kontsideratu izan da, Bigarren Mundu Gerraren osteko krimenengatik egindako epaiketak apenas izan baitziren sexu-indarkeriari buruzkoak.⁶⁹ Esan beharrekoa da JNAP eta RNAP izan zirela lehenak Nazioarteko Zuzenbidean hutsune handi hau estaltzen hasten, gutxienez bortxaketa krimenari dagokionez, krimen honen nazioarteko definizio bat formulatuz eta hau gizateriaren aurkako krimen bezala kalifikatuz.⁷⁰ Indarkeria sexualaren berariazko tipifikazio bat Erromako Estatutuarekin barneratu zen lehen aldiz, hala gizateriaren aurkako krimen bezala, nola gerra krimen bezala.⁷¹

Krimen hauek ulertzeko modua tokian tokiko kulturaren menpe egon izan da. Emakumea gizonaren jabetzako objektu soil gisa ikusteak ohorearen aurkako erasotzat hartzea eragin du horrelako krimenak gertatu diren lekuetan. Ez emakumearen ohoreari eraso bat, baizik eta "emakumearen zaindaria eta babesle" izan behar zuela uste den gizonaren ohoreari.⁷²

Gizonak nagusi diren gizarte batean emakumeei ematen zaien azpiko maila nabarmena dela eta, sexu-indarkeriaren larritasuna minimizatu egiten da eta emakumeentzat bigarren mailako biktimizazio-arriskua dago.⁷³ Kasuak egon dira non emakumeak bortxatuak

⁶⁸ NAPko Estatutuko 7.g) art.:

"1. For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;"

⁶⁹ AMBOS, K., "Violencia sexual en conflictos armados y derecho penal internacional", *Cuadernos de política criminal*, 107, II, 2012, 5-50 orr.

⁷⁰ BOU FRANCH, V., "Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 24, 2012, 9.orr.

⁷¹ *Idem*.

⁷² AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 66-92. orr.

⁷³ APONTE CARDONA, A., *Persecución Penal de Crímenes Internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, Bogotá, 132-145 orr.

izatea “onartu” ondoren haien senideak hil ez zituzten, abandonatuak izan diren haien senar edo familiengatik.⁷⁴

Aipatzekoa da krimen sexuak tortura krimenarekin daukaten harremana. Bortxaketak torturatzat eta duintasun pertsonalari egindako lesioz hartzen ditu jurisprudentziak. *Celebici* kasuan, bortxaketa eta beste sexu-indarkeria mota batzuk tortura oinarrituko zuten jokabidetzat hartu ziren.⁷⁵ *Furundzija* auzian, Lehen Auzialdiko Salak zehaztu zuen bortxaketa torturaren parekoa dela, eta biktima femeninoaren giza duintasunari eta osotasun fisikoari kalte egitea ekar dezakeela.⁷⁶ *Foca* kasuan, biluztasun behartuaren gertaerak, besteak beste, duintasunaren aurkako lesio gisa kalifikatu ziren.⁷⁷

Bemba kasuan, NAPko Epaiketa Aurreko II. Salak, Karguak berresteko Erabakian (*Decision on the confirmation of charges*), ondorioztatu zuen torturak (gizateriaren aurkako krimen gisa) eta duintasun pertsonalaren aurkako laidoak (gerra-krimen gisa) erabat subsumituta daudela bortxaketan, azken gertaera hori ezaugarri gehigarri batengatik bakarrik bereizten delako torturatik, zehazki, haragitzeagatik.⁷⁸

NAPko Estatutuak biltzen dituen krimen sexual guztiak, derrigortutako haurdunaldia izan ezik, neutralak dira generoarekiko, hau da, aplikazio berdina daukate emakume edo gizonengan.⁷⁹ Honek, noski, ez du baztertzten indarkeria sexualaren biktimen gehiengo handia emakumeak direla.⁸⁰ Egileak berriz, gizonak dira ia beti, baita beste gizonen aurkako sexu eraso kasuetan ere.⁸¹

Krimen indibidual bakoitza aztertzen hasi aurretik esatekoa da NAPko Estatutuak barneratzen duen benetako definizio bakarra behartutako haurdunaldiarena dela.⁸²

⁷⁴ AMBOS, K., “Violencia sexual en conflictos armados y derecho penal internacional”, *cit.*, 5-50 orr.

⁷⁵ *Delalic et al.* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, JNAP, *TPIY Case No. IT-96-21-I Prosecutor v. Delalic et al.*, 1998ko azaroaren 16ko sententzia 96. orr.

⁷⁶ *Furundzija* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, JNAP, *TPIY Case n° IT-95-17/1-T Prosecutor v. Anto Furundzija*, 1998ko abenduaren 10ekoa, 595. para.

⁷⁷ *Kunarac et al.* Kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, JNAP, *TPIY Case No.: IT-96-23-T & IT-96-23/1- T Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radimir Kovac and Zoran Vukovic*, 2001eko otsailaren 22koa, 773-774 para.

⁷⁸ *Bemba* kasua, Epaiketa Aurreko Sala, NAP, Karguak berresteko Erabakia ICC-01/05-01/08 204 eta 310. para.

⁷⁹ NAPko Estatutuko 7.3 art.: “3. For the purpose of this Statute, it is understood that the term “gender” refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term “gender” does not indicate any meaning different from the above.”

⁸⁰ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, *cit.*, 94. orr.

⁸¹ *Idem.*

⁸² NAPko Estatutuko 7.2 f) art.: ““Forced pregnancy” means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy;”

Horregatik, Estatutuak bere 9. artikuluan “Krimenen Elementuak” deritzon dokumentua jasotzen du. Horrek ez dauka nazioarteko tratatu baten izaera, baina krimenen definizioen interpretazioarekin eta aplikazioarekin lagunduko du. NAPen sententziek, ondoren aztertuko ditugun *Bemba* eta *Ntaganda* sententziek adibidez, Auzitegiak dokumentu hau jarraitzeko joera argia duela erakusten dute.

Azkenik esan beharrekoa da ere, orain arte, nazioarteko zigor zuzenbidearen jurisprudentziak hiru krimen baino ez dituela jaso: Bortxaketa, esklabutza sexuala eta indarkeria sexuala. Beraz ez daukagu behartutako prostituzioaz, haurdunaldiaz edo esterilizazioaz inolako jurisprudentzia-erabakirik.⁸³

3.1 Bortxaketa

Akayesu kasuan definitu zen lehen aldiz Nazioarteko Zuzenbide Penalean krimen hau. RNAPko Lehen Auzialdiko Salak honela definitu zuen:⁸⁴ “Izaera sexualeko inbasio fisikoa, hertsagarriak diren inguruabarren menpe egina”.⁸⁵ Ondoren ikusiko dugun moduan, definizio honek eragin handia izan du NAPen sententzietan.

Horrela definitzen da bortxaketa NAPko Krimenen Elementuetan.⁸⁶

“1.The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body.

2.The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent”.

Krimen honek beraz, bi elementu eskatzen ditu. Lehena, biktimaren gorputzaren edozein zatiren “inbasioa”, hau da, penetrazioa, eta bigarrena, indarra edo hertsapena.

⁸³ BOU FRANCH, V., “Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional”, *cit.*, 5. orr.

⁸⁴ CASSESE, A., *International Criminal Law*, *cit.*, 96-97 orr.

⁸⁵ *Akayesu* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 448. para.

⁸⁶ Krimenen Elementuak NZGren Estatutuko 7 (1) (g)-1 artikulurako.

Definizio hau jarraituz, sexu-organoak biltzen dituen edozein gorputz-barneratze edo -penetrazio bortxaketa da. Baina barneratzeetik kanpo dauden sexu-jokabideak ez ditu definizioak estaltzen.⁸⁷

Bigarren elementuari dagokionez, bortxaketak biktimaren autonomia urratzen duenez, funtsezko kontu bat da zein paper joka dezakeen "benetako" adostasunak. Gizateriaren aurkako krimenetan (baita gerra krimenetan ere), jurisprudentziak kontsideratzen du "klima hertsagarri" bat existitzen dela eta indarkeria klima edo inguruabar horrek benetako adostasuna ezinezko egiten duela.⁸⁸ Beraz, kasu hauetan ezin da gure barne ordenamenduan dagoen adostasunaren kontzeptua zuzenean eraman nazioarteko testuingurura egokitu gabe.⁸⁹ Esan genezake nazioarteko zuzenbidean, barne ordenamenduetan ez bezala, "adostasun-ezaren presuntzio" batez hitz egin dezakegula.⁹⁰

Hertsapenari dagokionez, NAPk ondoren aztertuko diren *Bemba* eta *Ntaganda* kasuetan nahiko era zabalean definitu izan du.⁹¹ Definizio horien arabera, hertsapena egon dadin ez da indar fisikorik behar. Aitzitik, mehatxuak, larderia, estortsioa eta beldurraz edo etsipenaz baliatzea hertsapena izan daitezke, eta hertsapena inguruabar jakin batzuei lotuta egon behar da, hala nola gatazka armatu bati edo presentzia militarri.⁹²

NAPk interpretazio hau egitean, RNAPk *Akayesu* kasuan egindako interpretazioaren eragina jaso du. Ruandarako auzitegiak, JNAPk ez bezala, definizioari ikuspegi kontzeptual edo zabalago bat eman baitzion, "egoera hertsagarrian emandako izaera sexualeko edozein inbasio fisiko"⁹³ bezala definitzean eta JNAPren definizio deskribatzaile eta mekanikoa jarraitu beharrean⁹⁴, objektu eta gorputz-atalen deskribapen zehatza egiten zuena.⁹⁵

⁸⁷ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 66-95. orr.

⁸⁸ *Bemba* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo No.: ICC-01/05-01/08*, 2016ko martxoaren 21ekoa. eta *Ntaganda* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06*, 2019ko uztailaren 8koa

⁸⁹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 66-97. orr.

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ *Ntaganda* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 935 para. Eta, *Bemba* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 104. para.

⁹² *Idem.*

⁹³ *Akayesu* kasua, Apelazio Sententzia, *ICTR-96-4 The Prosecutors v. Jean-Paul Akayesu*, 2001eko ekainaren 1ekoa, 598. para.

⁹⁴ *Furundzija* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 595 para.

⁹⁵ BOU FRANCH, V., "Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional", *cit.*, 9. orr.

3.2 Esklabutza sexuala:

Esklabutza sexuala Esklabutzaren forma berezi bat izango litzateke Estatutuko 7 (1) (c) artikulua jarraituz eta horrela definitzen da “Krimenen Elementuetan”:⁹⁶

“1. The perpetrator exercised any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons, such as by purchasing, selling, lending or bartering such a person or persons, or by imposing on them a similar deprivation of liberty.

2. The perpetrator caused such person or persons to engage in one or more acts of a sexual nature”.

Bortxaketan bezala, bi elementu bete behar ditu krimen honek. Kasu honetan, lehena, pertsona baten gaineko jabetza edo askatasun-gabetzea egikaritzea izango litzateke (esklabutza delitu orokorrean bezala). Bigarrena, egoera horren barruan izaera sexualeko egintzak egitera derrigortua izatea.

Bigarren paragrafoan izaera sexualeko egintzez hitz egiten denean, egintza hauek ez dute zertan bortxaketa izan behar, nahiz eta honek larriagotu egiten duen biktimen autonomiaren aurkako eraso.⁹⁷ Ondorioztatzen denez, krimena burututzat jotzeko, beharrezkoa da delitugileak biktimaren askatasun-gabetzea eragiteaz gain, hau izaera sexualeko egintzak burutzeraz behartzea.⁹⁸

Esklabutza sexualaren formak askotarikoak izan daitezke, “bortxaketa kanpamenduetan” emakumeak atxilotzetik etxe pribatu batean ematen den sexu esplotazioraino joan daiteke.

Derrigortutako ezkontzei dagokienez, eztabaida jurisprudenzial handia egon da. Sierra Leonarako Gorte Bereziak hasiera batean kontsideratu zuten ezkontza hauek esklabotza-sexualean barneratu zitezkeela.⁹⁹ Apelazio ganberak, ordea, krimen desberdinak direla kontsideratu zuen:¹⁰⁰

“While forced marriage shares certain elements with sexual slavery such as non-consensual sex and deprivation of liberty, there are also distinguishing factors. First,

⁹⁶ Krimenen Elementuak NAPen Estatutuko 7 (1) (g)-2 artikulurako.

⁹⁷ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 66-99. orr.

⁹⁸ BOU FRANCH, V., “Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional”, *cit.*, 26. orr.

⁹⁹ *Brima et al.* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, SLGB, *Case n° SCSL-2004-16-A The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, 2007ko ekainaren 20koa, 711. para.

¹⁰⁰ *Sesay et al.* kasua, Apelazio Sententzia, SLGB, *Case n° SCSL-04-15-A Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, 2009ko urriaren 26koa, 734. para.

forced marriage involves a perpetrator compelling a person by force or threat of force, through the words or conduct of the perpetrator or those associated with him, into a forced conjugal association with another person resulting in great suffering, or serious physical or mental injury on the part of victim. Second, unlike sexual slavery, forced marriage implies a relationship of exclusivity between the husband and wife, which could lead to disciplinary consequences for breach of this exclusive arrangement. These distinctions imply that forced marriage is not predominantly a sexual crime”.

Berriz, NAPk *Katanga* kasuan bortxazko ezkontzak sexu-esklabutzatza jo zituen. Behartutako ezkontza egoerak, etxeko morrontza edo nahitaezko sexu-jarduera dakarten beste lan behartu batzuk ere hartzen dituela adierazi zuen.¹⁰¹

3.3 Behartutako prostituzioa:

Horrela definitzen da “Krimenen Elementuetan”:¹⁰²

“1. The perpetrator caused one or more persons to engage in one or more acts of a sexual nature by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment or such person’s or persons’ incapacity to give genuine consent.

2. The perpetrator or another person obtained or expected to obtain pecuniary or other advantage in exchange for or in connection with the acts of a sexual nature”.

Lehen elementua definizio zabal samarra da, hau da, pertsona batek edo gehiagok edozein hertsapen-moduren bidez sexu-ekintzetan parte har dezaten lortzea, baita ingurune hertsatzaile bat sortuz ere. Bigarren elementuan adierazten da egilearen nahia izaera ekonomikoko edo bestelako irabazia lortzea izan behar dela.¹⁰³ Beraz, delitugilea ez da egintza sexualetan parte hartzen duen pertsona, biktima egintza horiek egitera behartzen duena baizik, eta horietatik diruzko abantailak lortzen dituen.¹⁰⁴

¹⁰¹ *Katanga eta Chui kasua*, Lehen Auzialdiko Sententzia, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/0, 343 eta 429 para.

¹⁰² Krimenen Elementuak NZGren Estatutuko 7 (1) (g)-3 artikulurako.

¹⁰³ GIL GIL, A., “Crímenes contra la humanidad”, *cit.*, 209. orr.

¹⁰⁴ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, *cit.*, 101. orr.

Behartutako prostituzioa esklabutza sexualarengandik desberdintzen da, behartutako prostituzioak esklabotzaren baldintzak betetzen ez dituzten egoeren hutsuneak beteko lituzkeelako. Ambos irakaslearen arabera, hondar-funtzioa izango luke.¹⁰⁵

3.4 Behartutako haurdunaldia

Hau da Estatutuak definitzen duen Krimen sexual bakarra:¹⁰⁶

““Forced pregnancy” means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy”.

Delitu honek bi egoera hartzen ditu barne: haurdunaldi behartua (bortxaketa baten ondorioz edo legez kanpoko mediku-prozedura baten ondorioz), zein amatasun behartua.

Erabilitako indarrak ez du zertan indarkeriaren erabilera eskatzen, eta edozein hertsapen mota barnebiltzen du. Adibidez, delitu hau gauzatuko da haurdun dagoen emakume bat indarrez konfinatzean haurdunaldi hori aurrera eramatera behartzeko, hau da, haurdunaldia eragin zuen sexu harremana lehenago gertatu zitekeen.¹⁰⁷

Elementu garrantzitsuena izango da egilearen asmoa, hau da, elementu subjektiboa. Asmo hori edozein biztanleriaren osaera etnikoari eragiteko edo nazioarteko zuzenbidearen beste urraketa larri batzuk egitea izan beharko du (7(2)(f) art.).

Asmo hau “espezifikoa” izan behar dela adostu du doktrinak, hau da, jokabidea orientatuta joatea biztanleria baten osaera etnikoan eragitera. Ondorengo asmo bat dago, etorkizunera begiratzen duen asmo bat dago, biztanleria horri eragiteko.¹⁰⁸

Nazioarteko beste urraketa larriak aipatzean, genozidioari, torturari, gizateriaren aurkako krimenei, gerra krimenei edo behartutako desagertzei egiten zaie erreferentzia.¹⁰⁹

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ NAPko Estatutua 7(2) (f) art.

¹⁰⁷ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 66-102. orr.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ GIL GIL, A., “Crímenes contra la humanidad”, *cit.*, 210. orr.

3.5 Behartutako esterilizazioa

“Krimenen Elementuen” arabera:¹¹⁰

“1. The perpetrator deprived one or more persons of biological reproductive capacity.

2. The conduct was neither justified by the medical or hospital treatment of the person or persons concerned nor carried out with their genuine consent”.

Elementuetako oin-ohar baten arabera,¹¹¹ honen helburua ez da praktikan eragin ez-iraunkorra duten jaiotza-tasa kontrolatzeko neurriak sartzea. Zalantzagarria izan daiteke ohar hori Kai Ambos irakaslearen iritzia jarraituz; izan ere, neurri horiek autonomia pertsonalaren printzipioan oinarritutako pertsonaren nortasunaren garapen askearen eskubidea urratzen dute, eta genozidio baten parekoak ere izan daitezke, baldin eta populazio bat suntsitzeko asmo bereziarekin gauzatzen badira. Adibidetzat izan ditzakegu erregimen Naziak aplikatutako “arraza-garbiketa” politikak edo atxilotuengan egindako esperimentuak.¹¹²

Praktika hau helburu genozidak lortzeko modua izan daitekeela kontsideratzearen ideia Ruandan emandako gertaera ugari sendotzen dute, Ruandako “Tutsi” etniako emakume biktima ugari jasandako tratuen helburua, bere kultura eta nortasuna ondorengoei transmititzeko aukera galtzea baitzen.¹¹³

3.6 Larritasun bereko beste edozein sexu indarkeria

Atal honek argi uzten du NAPko Estatutuak egiten duen sexu delituen zerrenda ez dela itxia. Sexu-delituen inguruko hondar klausula izango genuke hau, horrela definitzen dutena “Krimenen Elementuek”:

“1. The perpetrator committed an act of a sexual nature against one or more persons or caused such person or persons to engage in an act of a sexual nature by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment or such person’s or persons’ incapacity to give genuine consent.

¹¹⁰ Krimenen Elementuak NAPko Estatutuko 7 (1) (g)-5 artikulurako.

¹¹¹ Krimenen Elementuak NZGren Estatutuko 7 (1) (g)-5 artikulurako. (19. Oin oharra): “*The deprivation is not intended to include birth-control measures which have a non-permanent effect in practice*”.

¹¹² AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 103. orr.

¹¹³ APONTE CARDONA, A., *Persecución Penal de Crímenes Internacionales, cit.*, 140. orr.

2. *Such conduct was of a gravity comparable to the other offences in article 7 paragraph 1 (g), of the Statute.*

3. *The perpetrator was aware of the factual circumstances that established the gravity of the conduct.*

4. *The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.*

5. *The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.*

Argi dagoena da “indarkeria sexualaren” krimen honek espresuki aurreikusita ez dauden krimenak barnebiltzeko balio duela. Hala ere, zenbait egile interpretazio murriztaile bat egitearen aldekoak dira “larritasun bereko” beste egintza sexualak determinatzerako orduan.¹¹⁴

Adibidez, zalantza sortzen da kontaktu fisikorik ere behar ez duten egintzen kasuan (adibidez, *Akayesu* kasuan, biluzik eta jendetza baten aurrean behartuta egindako ariketa fisikoak)¹¹⁵ sexu-indarkeria konparagarria ote den. RNAPk indarkeria sexualeko egintza bezala kalifikatu zituen egintza horiek.¹¹⁶ Ambos irakaslearen ustez, ez dago argi egintza horien “larritasun maila bera”, beste krimen sexualekin alderatuta. Egintza horiek, edonola ere, Estatutuko 8.2.c.ii. artikuluan aurreikusten den gerra krimenean barnebilduko lirateke "duintasun pertsonalaren aurkako laidoak, tratu umiliagarri eta apalesgarriak", jasotzen dituen artikuluan, alegia.¹¹⁷

Sierra Leonako Gorte Bereziak ezarritako doktrina jurisprudenzialaren arabera, krimen hau aplikagarria izateko, tipifikatu gabeko eta “larritasun bereko” egintza horiek izaera sexual nagusi edo eskusiboa izan behar dute, bestela, gizateriaren aurkako krimenen “beste egintza anker batzuetan” sartuko lirateke, egintza kriminalak osagai sexual batzuk izan arren.¹¹⁸

¹¹⁴ AMBOS, K., “Violencia sexual en conflictos armados y derecho penal internacional”, *cit.*, 5-50 orr.

¹¹⁵ *Akayesu* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 688 para.

¹¹⁶ GIL GIL, A., “Crímenes contra la humanidad”, *cit.*, 210. orr.

¹¹⁷ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, *cit.*, 104.orr.

¹¹⁸ *Sesay et al.* kasua, Apelazio Sententzia, *cit.*, 201 para.

III. Sexu-askatasunaren aurkako krimenak gerra krimen bezala

1. Gerra Krimenak: Kontzeptua

Gerra krimenak zentzu zabalean ulertu daitezke, gerra edo liskar armatuko egoera baten barnean eman daitezkeen delituak bezala. Baina kasu honetan interesatzen zaiguna kontzeptu hertsia izango litzateke, hau da, gerra krimenak *stricto sensu*, NAPk bere Estatutuko 8. artikuluan tipifikatzen dituenak.

Zigorgarritasuna ezin da oinarritu soilik gerra testuinguru batean, beharrezkoa da *ius in bello* delakoaren urraketa autonomo bat, hau da, Nazioarteko Zuzenbide Humanitarioaren urraketa zigorgarri bat.¹¹⁹ Beraz, gerra krimenak ohiturazko arauen edo Nazioarteko Zuzenbide Humanitarioari dagozkion tratatuen urraketa larriak izango lirateke.¹²⁰

NAPko Estatutuaren 8. artikulua Estatutuko xedapen luzeenetako bat da. Neurri batean, aurrekariekiko (Nurenbergeko Gutuna, Genevako Hitzarmenak etab.) garapen progresiboa adierazten du, nazioartekoak ez diren gatazka armatuak espresuki biltzen dituelako, hau da, barne gatazkak.¹²¹ Nazioarteko gatazka armatuak Estatu artean sortutakoak dira, hala Estatu baten okupazio osoa edo partziala beste baten aurrean, nola askapen nazionalako gerrak ere, non herriek kolonialismoaren edo atzerriko okupazio-indarren aurka borrokatzen duten.¹²² Barne gatazka armatuak Estatu bateko indar armatuen eta indar armatu disidenteen edo talde armatu antolatuen artean gertatzen direnak dira, baldin eta, aginte arduratsu baten zuzendaritzapean, lurralde horren zati batean operazio militar iraunkor eta hitzartuak egin ahal izateko moduko kontrola badute.¹²³

Bi agertoki horien barruan (barne-gatazka armatua eta nazioarteko gatazka armatua), batetik, Nazioarteko Zuzenbide Humanitarioaren (Genevako Zuzenbidea) urraketak

¹¹⁹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 117-118 orr.

¹²⁰ CASSESE, A., *International Criminal Law, cit.*, 65. orr.

¹²¹ SCHABAS, W. A., *An introduction to the International Criminal Court, cit.*, 54. orr.

¹²² LIÑÁN LAFUENTE, A., "Crímenes de guerra", *Revista en Cultura de la Legalidad*, 11, 2016, 264-172 orr.

¹²³ *Idem.* eta GHen Protokolo Gehigarriko 1. art.

zigortzen dira, eta, bestetik, liskarrak gidatzeko arauzko erabilerak urratzea (Hagako Zuzenbidea).¹²⁴

NAPen Estatutuak muga bat ezartzen dio bere jurisdikzioari, 8. artikulua dioenez, NAPk eskuduntza izan dezan gerra krimen zehatzen gainean, horiek plan, politika edo eskala zabaleko gauzatze baten parte izan behar dira.¹²⁵

Babesten diren ondasun juridikoei dagokienez, alde batetik, segurtasun eta bake globala eta bestetik, norbanakoen bizitza, askatasuna eta jabetza dira. Gizateriaren aurkako krimenen atalean azaldu bezala, nazioarteko krimenek ondasun juridiko kolektiboak eta indibidualak urratzen dituztelako.¹²⁶

2. Elementuak

2.1 Testuinguru-elementuak

a) Gatazka armatuaren existentzia

Gatazka armatu baten existentzia da gerra krimenen elementu nagusia. Nazioarteko zuzenbidean ez dago gatazka armatuaren definizio positiborik, soilik erreferentziak. Adibidez, GHko 2. Artikuluak “*cases of declared war*”, hau da gerra deklaratu izan den kasuak aipatzen ditu. Bestetik, badago definizio negatibo bat GHren II. Protokolo Gehigarriaren (aurrerantzean, PG II.) 1.2 artikuluan, NAPko Estatutuaren 8. artikuluan jasotakoa,¹²⁷ non adierazten den barne tentsio edo gatazkak ez direla gatazka armatu izatera iristen. Hori, noski, soilik barne gatazkei aplikatu daiteke.

Doktrinari jarraituz, esan daiteke gatazka armatu bat dagoela, estatuen arteko indar armatu batera jotzen denean, edo gobernuko agintarien eta talde armatu antolatuen arteko edo talde horien arteko indarkeria armatu luze batera jotzen denean estatu baten barruan.¹²⁸

Gatazkaren intentsitatea eta iraupena eta aldean antolaketa maila ez dira beharrezkoak nazioarteko gatazka baten kasuan.¹²⁹ Beraz, gutxiago behar da nazioarteko gatazka

¹²⁴ LIÑÁN LAFUENTE, A., “Crímenes de guerra”, *cit.*, 264-172 orr.

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law. Volume I*, *cit.*, 66. orr.

¹²⁷ NAPko Estatutuko 8 (2) (d) art.: “*Paragraph 2 (c) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature.*”

¹²⁸ CASSESE, A., *International Criminal Law*, *cit.*, 68 orr.

¹²⁹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, *cit.*, 127-128. orr.

armatu bat dagoela frogatzeko, nazioartekoa ez den gatazka bat baino.¹³⁰ Gainera, nazioarteko gatazketan debekatzen diren egintzen zerrenda barnekoetan baino askoz luzeagoa da.¹³¹

Gatazka armatuak indar armatua edo eragile desberdinen arteko indarkeria eta liskarrak egotea dakar. Beraz, garrantzitsua da indar armatua erabiltzea eta gatazkako aldeetako bati esleitzea, argi eta garbi gatazka armatu baten existentzia finkatzeko.¹³² Kontzeptu zabal honek erasoak dronekin eta ziber-erasoak ere barneratuko lituzke.¹³³

- Erasoaren intentsitatea

Aurretik esan bezala, erasoaren intentsitateak desberdin jokatzen du nazioarteko edo barne gatazketan. Nazioarteko gatazken kasuan, Nazioarteko Zuzenbide Humanitarioa aplikagarria izango litzateke indar armatu edo indarkeriaren existentziarik gabe, gerra deklarazio bat edo okupazio militar bat existituz gero.¹³⁴

Barne gatazketan, berriz, gakoa intentsitatean legoke, eta alderdien antolaketan, kriminalitate arruntetik desberdindu ahal izateko.¹³⁵ Barne-gatazketan debekatutako jokabideen zerrenda ez da 3. artikuluko komunak eskatzen duen gutxienekora mugatzen, baina ez da nazioarteko gatazketan debekatutako jokabideen zerrenda bezain zabala.¹³⁶ Honek esan nahi du, barne gatazkei ematen zaien babesa ez dela nazioartekoei ematen zaiena bezain zabala.¹³⁷

Lurralde-kontrolari dagokionez, zeina GHko II. PGan aipatzen den,¹³⁸ ez da gaur egun kontuan hartzeko irizpide bat; izan ere, gerrilla gerren hazkuntza dela eta, lurralde finko batean eutsi beharrean, nahiago dira kolpearen eta ihesaren taktikak.¹³⁹

¹³⁰ LIROLA DELGADO, I. eta MARTÍN, M., *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel, 2001, Barcelona, 128. orr.

¹³¹ FDZ. DE GURMENDI, S.A., “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional y otros desarrollos relativos al derecho internacional humanitario”, *Derecho Internacional Humanitario y áreas vinculadas*, 78, 2003, 391-413 orr.

¹³² *Tadic* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 70. para.

¹³³ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 117-127 orr.

¹³⁴ *Idem.*

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ FDZ. DE GURMENDI, S.A., “El Estatuto de Roma...”, *cit.*, 391-413 orr.

¹³⁷ LIROLA DELGADO, I. eta MARTÍN, M., *La Corte Penal Internacional, cit.*, 128. orr.

¹³⁸ II. Protokolo Gehigarria, 1.2 art.

¹³⁹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 128. orr.

Barne-antolaketari dagokionez, goitik behera zentralizatutako aginte militar bat behar da argi eta garbi, hau da, barne-egitura hierarkiko militar bat, operazio militar iraunkorrek eta hitzartuak egiteko gaitasunarekin batera.¹⁴⁰

- Denbora-irizpidea

Gatazka armatu bat hasi egiten da indar armatuaren lehen erabilerarekin edo, nazioarteko gatazken kasuan, gerra deklarazio batekin edo beste estatu baten lurraldea okupatzearekin.¹⁴¹

Amaierari dagokionez, liskarren amaierarekin edo okupazioaren amaierarekin eman daiteke. Orokorrean gatazka bat ez da bukatzen aurretik zegoen bake egoera berrezartzen den arte.¹⁴² Oso zaila da momentu hori zehaztea. Adostasun formal baten bidez eman daiteke, hau da, bake tratatu baten bidez, edo alde baten amore ematearekin. Honen abantaila da, gatazkaren amaiera legalaren ezagutza zehatza izan dezakegula, baina alde txarra izango litzateke, ahaztu egiten dela zein den tokian dagoen benetako egoera, hau da, gatazka armatu bat benetan amaitu ote den.¹⁴³

b) Nazioarteko gatazka armatua eta barnekoa

Erromako Estatutua aurrerapauso handia izan da bi gatazka armatu mota horiek, barnekoak eta nazioartekoak, asimilatze bidean, nahiz eta ez dituen erabat parekatzen.¹⁴⁴ Erromako Estatutuaren 8. artikuluko 2. paragrafoak gerra-krimenen zerrenda lau azpikategoriatan egituratzen du. Lehenengo biak nazioarteko gatazka armatuei buruzkoak dira. Azken biak nazioarteko izaera ez duten gatazka armatuei buruzkoak.¹⁴⁵

Nazioarteko gatazka armatua bi estaturen edo gehiagoren artekoa da. Barne gatazka, berriz, estatu baten eta nazionalitate bereko beste talde armatu baten artekoa.¹⁴⁶ NAPko Estatutuak estatu-ez diren aldean arteko gatazka ere barneratzen du, huts-egindako Estaturen kasuan. Batzuetan gatazka bat eman daiteke Estatu eta talde armatu baten artean

¹⁴⁰ II. Protokolo Gehigarria, 1.1 art.

¹⁴¹ I. Protokolo Gehigarria, 3(b) art.

¹⁴² I. Protokolo Gehigarria, 3(b) art.

¹⁴³ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 117-129. orr.

¹⁴⁴ FDZ. DE GURMENDI, S.A., “El Estatuto de Roma...”, *cit.*, 391-413 orr.

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ LIÑÁN LAFUENTE, A., “Crímenes de guerra”, *cit.*, 268 orr.

beste estatu baten lurraldean, hala ere, gatazkaren izaera zehazteko nahitaezko irizpidea alderdien izaeran datza, ez gatazkaren eremu geografikoan.¹⁴⁷

Barne-istilu edo tentsioko egoerak, hala nola matxinadak, ekintza isolatu eta noizbehinkakoak edo antzeko ekintza batzuk, ez dira NAPen eskumeneko barne gatazkaren definizioan sartzen.¹⁴⁸

- Barne gatazka motak

NAPko Estatutuko 8. artikulua gatazka “arruntak” eta “luzatuak” (*protracted*) desberdintzen ditu.¹⁴⁹ Azken kasu horretan, nola GHko 3. artikulua urraketa larriak hala gerrako lege eta ohituren urraketa larriak gerrako krimenez jotzen dira. Aldiz, nazioartekoak ez diren gatazka "arruntetan" gerrako lege eta ohituren urraketa larriak ez dira gerra krimenez hartzen.¹⁵⁰

“Luzatuetan” inplizituki doan iraupenaren irizpidea gatazkatsua da. Egile batzuek *tertium genus* batez hitz egin dute.¹⁵¹ Edonola ere, beste batzuek barne gatazka armatuaren nozioan sartzen den azpi mota bat balitz bezala ulertzen dute, Estatuaren esku-hartzerik gabeko talde armatu antolatuen artean soilik garatzen diren gatazka armatuak.¹⁵²

c) Lotura elementua: Gatazka armatuen eta krimen indibidualen arteko harremana

Derrigorrezkoa da lotura nabarmen bat (*evident nexus*) egotea krimen zehatzaren eta gatazka armatuaren artean. Krimenak estuki lotua egon behar du liskarretara gerra krimen kontsideratu dadin eta krimen “arruntetatik” desberdindu dadin.¹⁵³ Jurisprudentziak erakusten du lotura horren interpretazio nahiko zabala egiten dela.¹⁵⁴ Lotura existitzen da krimenak harreman handia baldin badauka gatazkako alderdiek kontrolatzen dituzten lurralde eremuetan ematen ari diren liskarrekin. Harreman funtzionala izan behar du; hau da, gatazkak lagundu edo, gutxienez, eragin behar diena. Ezin da izan soilik gatazka horren existentzia aprobetxatuz egindako krimena.¹⁵⁵ Askoz zailagoa da lotura hori

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ FDZ. DE GURMENDI, S.A., “El Estatuto de Roma...”, *cit.*, 391-413 orr.

¹⁴⁹ NAPko Estatutuko 8(2)(d) eta 8(2)(f) artikulua.

¹⁵⁰ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, *cit.*, 132-133. orr.

¹⁵¹ CASSESE, A., *International Criminal Law*, *cit.*, 61. orr.

¹⁵² OLÁSULO ALONSO, H., *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, Bogotá, 364. orr.

¹⁵³ CASSESE, A., *International Criminal Law*, *cit.*, 77. orr.

¹⁵⁴ Akayesu, *Musema* edo *Kayishema* eta *Ruzindana* kasuak adibidez.

¹⁵⁵ HUERTAS DÍAZ, O., “Para una comprensión del crimen de guerra en el marco del Derecho Penal Internacional”, *Criterio jurídico garantista*, 4, 2011, 76-88 orr.

frogatzea ez-nazioarteko liskarretan, bereziki krimenak liskarretan parte-hartze aktiborik ez daukaten zibilek gauzatzen badituzte.¹⁵⁶

Horregatik, JNAPk eta RNAPk honako laguntza-irizpide hauek hartu zituzten kontuan, delitu bat gerra-krimen gisa kalifikatzen zuten ebaluatzean: egilea borrokalari bat izatea; biktima, berriz, ez-borrokalaria eta, gainera, kontrako partekoa; ekintzak kanpaina militar baten azken helburuari balio izatea edo krimena egilearen egiteko ofizialen artean gertatu izana.¹⁵⁷

Kai Ambos irakasleak adierazten du kontuz ibili behar dela interpretazio zabalegia egitearekin, adibidez, borrokalari batek zor zaharrak kitatzeko helburuarekin soilik babestutako pertsona bat hiltzea (gatazka armatuarekin harremanik gabeko arrazoi batengatik) gerra-krimenaren definizioan sartuko litzatekeelako.¹⁵⁸

2.2 *Mens Rea*

Gizateriaren aurkako krimenen atalean esan bezala, NAPko Estatutuak krimen guztientzako eskatzen dituen elementu subjektiboak ezagutza eta borondatea dira.¹⁵⁹

Ezagutza, oro har, delituaren definizioaren parte diren inguruabarren ezagutzari egiten dio erreferentzia. "Ezagutza" da "ekintzaren ondorio probableen aurreikusgarritasuna".¹⁶⁰ Beraz, ekintza bat gerra-krimenez jotzeko, frogak aurkeztu behar dira, ez soilik eraso bat egiteko asmoari buruz, adibidez, zibilek erabili ohi duten helburu militar baten aurkako eraso bat, baita ere frogatzea subjektuak aurreikusten zuela erasoak ziurrenik bizitza edo lesio gehiegi galtzea eragingo diela zibilei edo objektu zibilei.¹⁶¹ Pertsona edo ondasun babestuei dagokienez, egileak pertsonen edo ondasunen babesa ezartzen duten egitatezko inguruabarrak ezagutzea eskatzen da; hala ere, ez da eskatzen eragindako pertsonen nazionalitatea ezagutzea.¹⁶²

Krimenen Elementuek jasotzen dutenaren arabera, gatazka armatuaren existentziaren inguruan, gatazka armatu baten existentzia ezartzen duten egitatezko inguruabarrak

¹⁵⁶ CASSESE, A., *International Criminal Law*, cit., 77. orr.

¹⁵⁷ *Kunarac et al.* Kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, cit.

¹⁵⁸ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, cit., 141-142. orr.

¹⁵⁹ NAPko Estatutuko 30. art.

¹⁶⁰ CASSESE, A., *International Criminal Law*, cit., 76. orr.

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² OLÁSULO ALONSO, H., *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, cit., 393-394 orr.

ezagutzea exijitzen da.¹⁶³ Ez dago inolako eskakizun kognitiborik gatazkaren kalifikazio juridikoari dagokionez, ezta gatazka armatua nazioartekoa den ala ez ezagutzearen inguruko eskakizunik ere.¹⁶⁴ Ondorioz, nahikoa da gatazka armatu baten existentzia ezagutzea (ez da beharrezkoa ezagutza zehatza), egileak krimena egiteko duen borondatearekin uztartu beharko dena.¹⁶⁵

2.3 Egileak eta babestutako pertsonak

a) Egileak

Edozein izan daiteke gerra krimen baten egilea, ez soilik soldaduak edo bere betebeharr ofizialetan dauden pertsonak, baita zibilak ere.¹⁶⁶

Estatuak behartuta daude zehapen penalak ezartzera urraketa larriak bete dituzten pertsonari. Beste gauza bat da liskarretan parte hartzeko eskubidea nazioarteko gatazka armatuetan borrokalarietara mugatzen dela, hau da, indar armatuetako kideetara.¹⁶⁷ Horrek ez du baztertzen zibil batek gerra-krimen bat egiteko edo hartan parte hartzeko aukera, eta ondorioz, erantzukizun penala izateko aukera.

Borrokalariek liskarretan parte hartzeko duten eskubideak immunitatea ematen die zigor-arloko prozesamenduan Nazioarteko Zuzenbide Humanitarioarekin bat dauden egintzetan, baina aldi berean helburu militar zilegi bihurtzen dira aurkako alderdiarentzat.¹⁶⁸

b) Babestutako pertsonak

Zehatza da 8. Artikulua, GHra igorpena eginez, babes-eremua zehaztean: “*persons taking no active part in hostilities, including members of the armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat*”. Hau da, liskarretan aktiboki parte hartzen ez duten pertsonak, armak utzi dituzten indar armatuetako kideak eta borrokatik kanpo daudenak barne hartzen ditu.

Genevako lehen araei (arau primarioak) jarraituz, nazioarteko eta ez-nazioarteko gatazka armatuen artean desberdintasunak ezartzen dira. Nazioarteko liskarretan

¹⁶³ SCHABAS, W. A., *An introduction to the International Criminal Court*, cit., 56. orr.

¹⁶⁴ OLÁSULO ALONSO, H., *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, cit., 393-394 orr.

¹⁶⁵ LIÑÁN LAFUENTE, A., “Crímenes de guerra”, cit., 270. orr.

¹⁶⁶ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, cit., 145. orr.

¹⁶⁷ I. Protokolo Gehigarria, 43(1) eta (2) art.

¹⁶⁸ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, cit., 148. orr.

babestutako pertsonak dira lurrian zauritutakoak eta gaixoak,¹⁶⁹ itsasoan zauritutakoak eta gaixoak eta itsasoan galdutakoak,¹⁷⁰ gerrako presoak¹⁷¹ eta zibilak¹⁷². I. PGaren 85 2) artikulutik 4) artikulura babes handiagoa ematen zaie liskarretan parte hartu eta etsaiaren esku erori diren pertsoneri, zaurituei, gaixoei eta aurkariaren itsasoan galdutakoei, mediku eta erlijiosoei, errefuxiatuei eta aberrigabeei, baita borrokatik kanpo dauden pertsoneri ere.

Nazioartekoak ez diren liskarretan, ez da desberdintasunik egiten zibil eta borrokalariaren artean. Estatuko eragileak ez direnek (insurgenteak) ez dute borrokalariaren estatus hori, hau da, ez dute immunitaterik.¹⁷³

Liskarraren izaera edozein izanda ere, biztanleria zibila beti dago pertsona babestuen artean, baita Nazio Batuetako misio humanitarioetako kideak ere.¹⁷⁴ Zibilekiko mugapen bakarra “albo kalteak” dira, hau da, bizitza zibilen galera intzidentala, zibilei egindako lesioak eta objektu zibilei egindako kalteak helburu militarren aurkako eraso baten ondorioz, betiere “gehiegizkoa” ez bada.¹⁷⁵ Honek esan nahi du zibilen hilketa “justifikatua” egongo dela behar militar baten aurrean, helburu militarren garrantzia eta gertatutako galera “proportzionalak” badira.¹⁷⁶

c) Borrokalariak, kide izatearen ikuspegia eta liskarretan zuzenean parte hartzea

De facto borrokalariak normalean ez dira argi eta garbi borrokalari gisa identifikatzen, adibidez, armak eramanez edo uniformeak erabiliz.¹⁷⁷ Borrokalari hauek, Nazioarteko Zuzenbide Humanitarioaren arabera zibilak diren arren, erasoan aurrean duten immunitatea galtzen dute, eta, beraz, helburu militar legitimo bihurtzen dira liskarretan zuzenean parte hartzen badute.¹⁷⁸ Kontuan izatekoa da, zibil hauek bere “zibil” egoera eta, beraz, immunitatea galtzeko, guztiz beharrezkoa dela gatazkan parte hartze zuzena edukitzea, ez zeharkakoa.¹⁷⁹ Izan ere, kontsideratzen da gatazka armatu baten eremuan

¹⁶⁹ GH I, 13. art.

¹⁷⁰ GH II, 12. art.

¹⁷¹ GH III, 4. art.

¹⁷² GH IV, 4. Art. Eta Protokolo Gehigarria I, 48. art.

¹⁷³ AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 147. orr.

¹⁷⁴ Protokolo Gehigarria I, 50. Art.

¹⁷⁵ Protokolo Gehigarria I, 51(5)(b) art. eta 57(2)(a)(iii) art.

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “La pérdida de inmunidad de las personas civiles por su participación directa en hostilidades”, *Cuadernos de Estrategia*, 160, 2013, 165-208 orr.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ Protokolo Gehigarria I, 51(1) et (2) art. eta Protokolo Gehigarria II, 13(1) eta (2) art.

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “La pérdida de inmunidad...”, *cit.*, 165-208 orr.

bizi den biztanleria zibil osoa nolabait behartuta dagoela zeharkako modu batean gatazkan parte hartzea eta beraz ez dutela horregatik bere immunitatea galtzen.¹⁸⁰

Doktrina ez dago erabat ados “parte hartze zuzena” definitzerakoan, baina orokorrean esan daiteke pertsona zibilaren jarrerak etsaiarekiko mehatxu zuzen eta berehalakoa izan behar duela.¹⁸¹ Immunitatea galtzeari dagokionez, aipatzekoa da, pertsona hauek haien immunitatea galtzen dutela, soilik gatazketan parte hartze aktibo horrek irauten duen bitartean. Parte hartzea bukatutakoan automatikoki zibilak eta immunitatedunak izaten jarraitzen dute.¹⁸²

2.4 *Actus Reus*

Estatutuko 8. artikulua, gerra krimenen *actus reus*, hau da, portaera tipikoak jasotzen ditu zerrenda luze batean, hala nazioarteko gatazketan nola barne gatazketan. Portaera horien artean, honako hauek nabarmentzen dira: erailketa (8.2.a).i. art.), tortura (8.2.a).ii. art.) tratu txarrak edo deportazioa (8.2.a).vii. art.); defendatuta ez dauden eta helburu militarrek ez diren hiri, herrixka, etxebizitza edo eraikinei edozein bide erabiliz eraso edo bonbardatzea (8.2.b).v. art.); gerrako preso bat edo babestutako beste pertsona bat potentzia etsai baten indarretan zerbitzatzera behartzea (8.2.a).v. art.); ondasun zibilen aurkako erasoak nahita zuzentzea, hau da, helburu militarrek ez diren ondasunak (8.2.b).ii. art.); eta 15 urtetik beherako haurrak indar armatu nazionaletan biltzea edo zerrendatzea, edo liskarretan aktiboki parte hartzeko erabiltzea (8.2.b.xxvi. art.).¹⁸³

3. Gerra krimen indibidualak: Krimen sexualak

Emakumearen aurkako indarkeria, denbora luzez, gatazka armatuetan nolabait onartzen zela zirudien, tropen ordainketa egokiaren ordeztu ahalbidetzen zen, eta, batzuetan, baita liskarrak aurrera eramateko estrategia bezala ere.¹⁸⁴ Emakumeak izaten dira gatazka armatuen biktima nagusiak, eta liskar egoera horietan areagotu egiten dira neurri handiagoan edo txikiagoan gizarte guztietan dauden gizon eta emakumeen arteko desberdintasunak.¹⁸⁵

¹⁸⁰ *Ibid.*, 174-179 orr.

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Ibid.*, 193 orr.

¹⁸³ NAPko Estatutuko 8. Artikulua.

¹⁸⁴ *Bemba* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*; *Ntaganda* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*,

¹⁸⁵ FDZ. DE GURUMENDI, S.A., “El Estatuto de Roma...”, *cit.*, 391-413 orr.

Gizateriaren aurkako krimenen kasuan bezala, NAPen Estatutuaren aspektu positibo nagusienetarikoa da nabarmen garatzen duela sexu askatasunaren aurkako delituen arloa.¹⁸⁶ Erromako Estatutuak, lehen aldiz Nazioarteko Zuzenbidean, nazioarteko gatazketan eta barne-gatazketan egindako gerra-krimenen artean, izaera sexualeko krimenen kategoria independente bat barneratzen du.¹⁸⁷ Beste xedapen berri batek, delitu gisa tipifikatzen du hamabost urtetik beherako haurrak indar armatu nazionaletan errekrutatzea edo sartzea, edo horiek erabiltzea liskarretan aktiboki parte hartzeko,¹⁸⁸ eta hain zuzen ere, errekrutatutako haur hauek jasandako indarkeria sexuala protagonista dugu NAPren jurisprudentzian.¹⁸⁹

Gerra krimenetan (8. artikulua) eta gizateriaren aurkako krimenetan (7. artikulua) biltzen diren krimen sexualak berdinak dira: bortxaketa, esklabutza sexuala, derrigortutako prostituzioa, behartutako haurdunaldia eta behartutako esterilizazioa.

Portaera tipiko horien definizioa gizateriaren aurkako krimenetan ematen den berdina izango litzateke, hau da, gerra krimen sexual bakoitzean tipifikatzen den portaera tipikoa aurreko atalean *actus reus* delako atalean azaldutako elementu berdinek osatzen dute.¹⁹⁰ Gizateriaren aurkako krimen sexual eta gerra krimen sexualen arteko desberdintasuna testuinguru elementuetan dago soilik.¹⁹¹

Hala ere, desberdintasun txiki bat dago hondar klausulari dagokionez, “beste edozein indarkeria sexualari buruzkoa”. 8. Artikuluak erreferentzia egiten die GHei. Genevako Hitzarmenen urraketa larria eta Genevako lau hitzarmenen 3. artikuluko komunaren urraketa larria aipatzen dira.¹⁹² Esan daiteke hori 7. artikuluko “larritasun bereko beste edozein sexu-indarkeria mota” esaldia baino zehatzagoa dela, GHei portaera jakin batzuk debekatzeko dituztelako (adibidez mutilazioak, tratu umiliagarriak etab.), eta beraz, askoz argiago ulertu daitekeelako zein jarrera mota barnebildu daitezkeen “beste sexu

¹⁸⁶ OLÁSULO ALONSO, H., *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, cit., 365. orr.

¹⁸⁷ NAPko Estatutuko 8(b)(xxii) eta 8(e)(vi) art.; FDZ. DE GURMENDI, S.A., “El Estatuto de Roma...”, cit., 10- 12 orr.

¹⁸⁸ NAPko Estatutuko 8 (b)(xxvi) eta 8(e)(vii) art.

¹⁸⁹ *Ntaganda* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, cit.

¹⁹⁰ *Vid. Actus Reus* atala, 13. orr.

¹⁹¹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II*, cit., 168. orr.

¹⁹² NAPko Estatutuko 8(2)(b)(xxii) art. nazioarteko gatazketan : “**Committing rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, as defined in article 7, paragraph 2 (f), enforced sterilization, or any other form of sexual violence also constituting a grave breach of the Geneva Conventions;**”

NAPko Estatutuko 8(2)(e)(vi) art. barne gatazketan: “**Committing rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, as defined in article 7, paragraph 2 (f), enforced sterilization, and any other form of sexual violence also constituting a serious violation of article 3 common to the four Geneva Conventions;**”

indarkeria formetan”. Hala ere, Ambos irakasleak dioenez, hitzez hitzeko interpretazio batek zalantzan jarriko luke indarkeria sexualaren izaera autonomoa gerra-krimen gisa. Beraz, egokiagoa litzateke, Krimenen Elementuetan adierazitako kodegileen borondatearekin bat etorriz, "gutxieneko larritasun-atalase" klausula hori urraketa larri baten parera ulertzea.¹⁹³

IV. Nazioarteko Auzitegi Penalaren jurisprudentziaren azterketa

1. NAP eta krimen sexualen jazarpena

NAPk krimen sexualen inguruan orain arte aztertutako kasuei dagokienez, *Lubanga* kasua,¹⁹⁴ NAPen lehen kasua, inflexio puntu bat izan zen. Sententzia honetan NAPk *Lubanga* 14 urteko espetxe zigorrera kondenatu zuen Kongoko Errepublika Demokratikoan gauzatutako gerra-krimenengatik, zehazki 15 urtetik beherako haurrak errekrutatzeagatik, gatazketan parte hartu zezaten. Kasu honetan, krimen sexualen froga argiak topatu ziren baina NAPko fiskaltzak ez zuenez bere akusazioan krimen sexualik aipatu, ezin izan zen *Lubanga* krimen hauengatik epaitu.¹⁹⁵ Honek noski izugarritzko kritikak ekarri zituen, eta ondorioz, fiskaltzaren jarrera desberdin bat hurrengo kasuekiko.

Katanga eta *Ngudjolo Chui* Kongoko gerrako jaunen aurka jarraitutako auzia NAPen bigarren epaiketa izan zen.¹⁹⁶ *Katanga* eta *Ngudjolo Chui* gerra-krimenak eta gizateriaren aurkako krimenak leporatzen zitzaizkien. Traiziozko hilketa, ekintza ankerrak, sexu-esklabotza, bortxaketa, tratu ankerra edo krudela, adingabeak liskarretan aktiboki parte hartzeko erabiltzea, duintasun pertsonala iraintzea, biztanleria zibilaren aurka nahita egindako erasoak, arpilatzeak eta jabetza suntsitzea egotzita auziperatu zituzten. 2009ko azaroaren 24an hasi zen epaiketa. 2012ko azaroaren 21ean, Lehen Auzialdiko Salak (*Trial Chamber*) bi susmagarrien aurkako auzia bereiztea erabaki zuen, Katangaren erantzukizun penalean ustezko krimenengatik aldaketa bat gerta zitekeela iritzita. 2012ko abenduaren 18an, Lehen Auzialdiko Salak absolbitu egin zuen *Ngudjolo*

¹⁹³ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, 168. orr.

¹⁹⁴ *Lubanga* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, NAP, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, 2012ko martxoaren 14ko sententzia.

¹⁹⁵ PAZ MORALES, N., “Ausencia de una perspectiva de género en la Corte Penal Internacional: una mirada al caso Fiscalía vs. Lubanga Dylo”, *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 4, 2016, 65-85 or.

¹⁹⁶ *Katanga* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, NAP, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, 2014ko martxoaren 7ko sententzia.

Chui ustezko krimenetatik. 2014ko martxoaren 7an, Katanga errudun jo zuten gizateriaren aurkako krimenengatik, hilketengatik, gerra-krimenengatik, biztanleria zibilaren aurka nahita egindako erasoengatik, harrapaketengatik eta jabetza suntsitzeagatik. Hala ere, absolbitu egin zuten sexu esklabotza, bortxaketa eta haur soldaduak erabiltzeagatik.¹⁹⁷

Ondorioz, bi kasu geratzen zaizkigu non NAPk krimen sexualengatik kondenatu dituen egileak: *Bemba* eta *Ntaganda* kasuak. Atal honetan bi kasu hauek aztertuko dira, bortxaketa eta esklabotza sexualaren elementuak gizateriaren aurkako krimen eta gerra krimen bezala nola zehazten diren argituz. *Bemba* kasua itxita dago eta Lehen Auzialdiko Salak kondenatu zuen arren, Apelazio Salak (*Appeal Chamber*) absolbitu egin zuen, ondoren aztertuko diren arrazoiengatik. *Ntagandari* dagokionez, berriz, kasua ez dago itxita eta beraz ikusteke dago ea apelazioan Lehen Auzialdiko Salak emandako kondena mantenduko den edo ez.

Delitu sexuak daukaten “berezitasun” edo arazo prozesal bat da, ez soilik Nazioarteko Zigor Zuzenbidean, auzitegiaren konbentzimendua lortzeko beharrezkoa den sexu-egitatearen froga.¹⁹⁸ Egitatea egiaztatzeko aukerak, bereziki, lekukotza-adierazpenen mende daude.¹⁹⁹ Lehenik eta behin, lekuko potentzialen kopurua mugatua da, sexu-indarkeria, oro har, publikoak ez diren lekuetan egiten delako eta/edo biktimek eta lekukoek ez dutelako gertakarietatik bizirik irauten.²⁰⁰ Bizirik atera diren lekukoen artean, oro har, deklaratzeko joera txikia dago, beldurragatik, mesfidantzagatik edo traumengatik. Horregatik, askotan, fiskala eta auzitegia entzuketan deklarazioetan edota zantzuetan oinarritu behar dira. Gainera, batzuetan kritikatzin da delitu sexualetan oro har eskakizun frogagarriak beste delitu mota batzuetan baino altuagoak direla. Era berean, bereziki arazotsua da lekukoekin tratu egokia izatea; horiek, oro har, gertakariaren lehen edo bigarren mailako biktimak izaten dira. Lekuko/biktima horien kasuan, lekukoak

¹⁹⁷ Coalición por la Corte Penal Internacional: Casos y situaciones: la República Democrática del Congo, Caso Katanga-Ngudjolo Chui (iccnw.org/?mod=drctimelinekatanga&idudctp=109&order=titleasc&lang=es)

¹⁹⁸ AMBOS, K., “Violencia sexual en conflictos armados y derecho penal internacional”, *cit.*, 39. orr.

¹⁹⁹ *Idem.*

²⁰⁰ *Ibid.*, 40 eta 41 orr.

babesteko alderditzat hartu behar dira.²⁰¹ Trauma gainditu beharrean, deklarazioaren eta galdeketa bidez bigarren mailako biktimizazioa ere gerta daiteke.²⁰²

Hau moduren batean hobetzeko bide bezala ikusten da “ikerketa fokalizatuak” egitea.²⁰³ Horrela ulertutako ikerketa tematikoak baliabide baliagarriak izan daitezke arazoari buruzko kontzientzia zabalagoa sortzeko eta, era berean, sexu-indarkeriaren debeku penala sendotzen laguntzeko. Gainera, horrelako ikerketak lagungarri izan daitezke kasuan kasuko krimenen testuinguru global makrokriminala hobeto ulertzeko.²⁰⁴

2. *Bemba* Kasua

Egitateen unean (2002ko urritik 2003ko martxora), Bemba *Mouvement de libération du Congo* (aurrerantzean, MLC) alderdiko presidentea zen, berak sortutako alderdi politikoa, eta bere adar militarreko komandantea, *Armée de libération du Congo* (aurrerantzen, ALC).²⁰⁵

2016ko martxoaren 21ean argiratutako sententzian, NAPko Lehen Auzialdiko III. Salak, Bemba 18 urteko espetxe zigorrera kondenatu zuen bortxaketa delituagatik gizateriaren aurkako krimen bezala eta bortxaketagatik gerra krimen bezala, nazioarteko beste krimen batzuek gain.²⁰⁶ Honen aurretik, 2009ko ekainaren 15ean, Epaiketa Aurreko Salak²⁰⁷ baieztatu zuen bazeudela froga nahikoa kontsideratzeko Bemba erantzule zela komandante militar gisa (Estatutuko 28 a) 5. art.) bortxaketaz, gizateriaren aurkako krimen bezala,²⁰⁸ eta bortxaketaz, gerra-krimen bezala.²⁰⁹

²⁰¹ *Idem.*

²⁰² *Idem.*

²⁰³ *Ibid.*, 42-50 orr.

²⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁵ Bemba kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, NAP, *Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Trial Chamber III, No.: ICC-01/05-01/08*, 2016ko martxoaren 21eko sententzia, 10-11 orr.

²⁰⁶ Bemba kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 364 orr.: “*The Chamber finds Mr Jean-Pierre Bemba Gamba GUILTY, under Article 28(a) of the Statute, as a person effectively acting as a military commander, of the crimes of:*
(a) *Murder as a crime against humanity under Article 7(1)(a) of the Statute*
(b) *Murder as a war crime under Article 8(2)(c)(i) of the Statute*
(c) *Rape as a crime against humanity under Article 7(1)(g) of the Statute*
(d) *Rape as a war crime under Article 8(2)(e) (vi) of the Statute; and*
(e) *Pillaging as a war crime under Article 8(2)(e)(v) of the Statute*”.

²⁰⁷ Bemba kasua, Karguak Berresteko Erabakia, NAP, *Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II Confirmation decision, No.: ICC-01/05-01/08*, 2009ko ekainaren 15ekoa.

²⁰⁸ NAPko Estatutuaren 7(1)(g) art.

²⁰⁹ NAPko Estatutuaren 8(2)(e)(vi) art.

Ondoren, Apelazio Salak kargugabetu egin zuen, aurrerago aztertuko den moduan, “Nagusiaren Erantzukizuna” (*“superior responsibility”*) ez zela frogatu kontsideratu zuelako.²¹⁰ Hala ere, bereziki Bemba kondenatu zuen 2016ko sententzian oinarrituko da lan hau, horrek bortxaketa delituaren elementuak aztertu baitzituen.

2.1 Bortxaketa gizateriaren aurkako krimen eta gerra krimen bezala

2.1.1 *Actus reus*

- Lehen elementua: Gorputzaren inbasioa

Bortxaketaren azterketa egitean, argi geratzen da Krimenen Elementuetan bortxaketaren definizioak aipatzen duen “inbasioak” penetrazioari egiten diola erreferentzia,²¹¹ eta auzitegiak testu honek emandako definizioari jarraitu zion bortxaketa kasuen elementuak zehazteko. Auzitegiak kontsideratu zuen ahoaren “inbasioa” ere bortxaketaren definizioan sartzen zela. Gainera auzitegiak aluaren edo uzkiaren penetrazioa bezainbesteko gertaera traumatikoa eta umiliagarria kontsideratu zuen.²¹²

Auzitegiak MLCko soldaduek bortxatutako biktimak zerrendatu zituen²¹³ eta adierazi zuen egileek jakinda eta borondatez, indarrez hartu zituztela biktima horien gorputzak, haien bagina, uzki edo beste gorputz irekiguneak penetratuz.²¹⁴

- Bigarren Elementua: Indarra erabiltzea, indarraren mehatxua, hertsapena, edo hertsapen-ingurune bat aprobetxatzea.

Salak adierazi zuen, Estatutua jarraituz, Fiskaltzak "indarraren erabilera edo hertsapena" edo "hertsatzeko ingurunearen aprobetxamendua" frogatzean, ez zuela biktimaren adostasun-falta frogatu behar. Indarkeria edo ingurune hertsagarri bat egoteak jada adostasun-eza suposatzen du.²¹⁵

Esan bezala, Auzitegiak Krimenen Elementuak dokumentua jarraitu zuen bortxaketaren elementu materialei dagokienean eta hemen aipatzen den “ingurugiro hertsagarria” interpretatzerakoan, RNAPk *Akeyesu* sententzian egindako interpretazioa

²¹⁰ Bemba kasua, Apelazio Sententzia, NAP, *Prosecutor v Bemba*, ICC-01/05-01/08, 2018ko ekainaren 8koa.

²¹¹ NAPko Krimenen Elementuen 8. art.: “Article 7 (1) (g)-1 Crime against humanity of rape:

1. *The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body”.*

²¹² Bemba kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 101. para.

²¹³ *Ibid.*, 633. para.

²¹⁴ *Ibid.*, 637. para.

²¹⁵ *Ibid.*, 105. para.

jarraitu zuen.²¹⁶ Hain zuzen ere, kontsideratzen hainbat faktorek, besteak beste, presentzia militarra eta bortxaketak justu borroka egoeren ondoren gertatu izanak, ingurugiro hertsagarriaren existentzia egiaztatzen zutela.²¹⁷

2.1.2 Testuinguru-elementuak

a) Gizateriaren aurkako krimenen testuinguru-elementuak

- Biztanleria zibilari zuzendutako eraso

Lehen Auzialdiko Salaren ustez, “7. artikuluko 1. paragrafoan aipatutako egintza anitz gauzatzea ekarri zuen jokabide bat” egon zen.

Salak adierazten du MLCKo soldaduek hilketa, bortxaketa eta arpilatze egintzak egin zituztela gunek jakin batean zegoen indar armatu bakarra zirenean, eta Bozizé jeneralaren matxinoak jada joan zirela baieztatu ondoren. Ez zegoen eremu horietan zibilak ez zirela adierazten zuen frogarik.²¹⁸

- Eraso orokortua (“*widespread*”)

MLCKo soldaduek zibilen aurkako bortxaketa, hilketa eta lapurreta ugari egin zituzten eremu geografiko handi batean (Bangui, Bozoum, Damara, Sibut, Bossangoa, Bossembélé, Dékoa, Kaga Bandoro, Bossemptele, Boali, Yaloke, eta Mongoumba inguruak). Ondorioz, biktimen kopurua eta erasoaren zabalera geografikoa ikusita, Salak ondorioztatu zuen, Afrika Erdiko Errepublikako 2002-2003 operazioaren testuinguruan, biztanleria zibilaren aurkako eraso orokortua izan zela.²¹⁹

- Lotura elementua: Erasoaren eta krimenen arteko lotura (“*nexus*”)

Kontuan hartuz bortxaketak *modus operandi* bat jarraitzen zuen antolaturiko talde militar batek gauzatu zituela, Auzitegiak zalantza gabe ikusi zuen bortxaketak eta bestelako delituak eraso orokortu baten parte izanda gauzatu zirela.²²⁰

- Politika elementua

MLCK, 1998an sortutako talde militarrek, barne-hierarkia bat zuen, aginte-egitura bat, arauak eta baliabideak. Kongoko Errepublika Demokratikoaren lurraldearen zati

²¹⁶ *Ibid.*, 103. para.

²¹⁷ *Ibid.*, 104. para.

²¹⁸ *Ibid.*, 332-334 orr.

²¹⁹ *Ibid.*, 338. orr.

²²⁰ *Ibid.*, 339. orr.

handi bat gobernatzen zuen eta Afrika Erdiko Errepublikako MLC taldea guztira 1.500 soldaduk osatzen zuten.²²¹ Beraz, Auzitegiarentzat argi geratu zen MLC taldea Estatutuko 7.2.a artikuluko esanahian sartzen den erakundea zela.²²²

Lehen Auzialdiko Salak ez zuen uste biztanleria zibilari erasotzeko politika formalizatu zenik. Hala ere, Sala ziur dago biztanleria zibilari erasotzeko politika bat egotea dela arrazoizko ondorio bakarra honako faktore hauek kontuan hartuta. Bortxaketa- eta hilketa-ekintzak 2002-2003ko operazioan erabilitako *modus operandi* baten arabera egin ziren: Bozizé jeneralaren matxinoek eremua utzi ondoren, MLCko soldaduak gainerako matxinoen etxeen bila ibili ziren, zibilak bortxatuz, haien gauzak arpilatuz eta, batzuetan, aurre egiten zietenak hilez.²²³

MLCko tropek ez zuten nahikoa finantza-konpentsazioa jasotzen, eta ondorioz, auto-konpentsazioa bilatzen zuten harrapaketa- eta bortxaketa-ekintzen bidez. Horrez gain, matxinatuak edo matxinatuen jarraitzaileak izateagatik susmagarriak ziren zibilak zigortzeko ere egiten zituzten MLCko soldaduek hilketa eta bortxaketa ekintzak.²²⁴

Bembaren erantzukizunari dagokionez, Salak honako hau ondorioztatu zuen: MLCko goi-agintariak, Bemba barne, bazekiten zer delitu egiten ari ziren MLCko tropak, eta Bembak ez zituen beharrezko eta arrazoizko neurri guztiak hartu delituak prebenitzeko edo zigortzeko, ezta arazoa agintari eskudunen esku jartzeko ere. Era berean, ez dago frogarik MLCko beste ezein agintarik delituak prebenitzeko edo zigoetzeko neurririk hartu zuenik.²²⁵ Hala ere, Bembaren erantzukizuna aztertzean, sakontzen du Salak puntu honetan.

b) Gerra krimenen testuinguru-elementuak

- Barne gatazka armatua eta gatazkaren intentsitatea

2002ko urriaren 25etik, Afrika Erdiko Errepublikan indar armatuaren erabilera hasi zen Patassé presidentea babesten zuten “*Forces armées centrafricaines*”

²²¹ *Ibid.*, 675. para.

²²² NAPko Estatutuko 7.2.a) art.: ““Attack directed against any civilian population” means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, **pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy** to commit such attack;”

²²³ Bemba kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 676. para.

²²⁴ *Ibid.*, 678. para.

²²⁵ *Ibid.*, 334-337 orr.

(aurrerantzean, FACA) eta beste indar batzuen eta Bozizé jeneralaren errebeldeen artean.²²⁶

Salak azpimarratu zuen gatazka Patassé presidentea eta Bozizé jeneralaren matxinoak babesten zituzten indarren artekoa izan zela. Ondorioz, Salaren ustez argi geratu zen barne gatazka armatu baten testuinguruan gertatu zirela egitateak.²²⁷

Auzitegiaren ustez, gatazka armatuak intentsitate-maila nahikoa lortu zuen 8. artikuluko 2. paragrafoko d) eta f) azpi-atalen ondorioetarako, hau da, "barne istilu eta tentsioen egoerak, hala nola, istiluak, indarkeria-ekintza isolatuak eta noizbehinkakoak edo antzeko beste egintza batzuk" gainditzten zituen egoera bat. Gatazka armatuaren existentzia eta intentsitate nahikoa berretsi zituen beste zenbait faktoretan oinarrituta, esaterako iraupena (lau hilabete eta erdi baino gehiago) eta liskar erregularrak. Horregatik ere, gatazka armatu "luzea" kontsideratu zuen Auzitegiak, Estatutuko 8.2.f) artikulua esanahiaren barruan.²²⁸

- Lotura elementua: egintzen harremana gatazka armatuarekin

MLCko soldaduek hilketa, bortxaketa eta arpilatze ekintzak egin zituzten Afrika Erdiko Errepublikako zibilen aurka, Bozizé jeneralaren matxinoen aurkako kanpaina militarrean zeuden bitartean.

MLCko erasotzaileek biktimak baliatu zituzten, MLC erakundearen partetik ordainketa egokirik-eza konpentsatzeko, eta/edo errebelde, jarraitzaile errebelde edo erresistentzia gauzatu zuten susmagarriak ezegonkortzeko, umiliatzeko edo zigortzeko.

Honengatik, Auzitegiak argi ikusi zuen gatazka armatuak paper garrantzitsua izan zuela egileek delituak egiteko erabakian eta haiek egiteko moduan, eta beraz lotura argia zeukaten delituek Afrika Erdiko Errepublikan emandako barne gatazka armatuarekin²²⁹.

²²⁶ *Ibid.*, 650. para.

²²⁷ *Ibid.*, 652. para.

²²⁸ *Ibid.*, 663. para.

²²⁹ *Ibid.*, 330-331 orr.

2.2 *Mens rea*

Estatutuak eta Krimenen Elementuek ez dutenez bortxaketa krimenaren elementu subjektibo berezirik eskatzen, Auzitegiak Estatutuaren 30. artikulua jarraitu zuen,²³⁰ Estatutuko krimenek oro har ezagutza eta borondatea galdatuz (“*intent and knowledge*”). Horiek horrela, gizateriaren aurkako krimenek eta gerra krimenek eskatzen dituzten elementu subjektiboak aztertu zituen.

a) Erasoaren ezagutza (Gizateriaren aurkako krimenetan)

Delitugileen egintzak koherenteak ziren *modus operandi* batekin, eta biztanleria zibilari eraso egiteko plan antolatu bati lotuta zeuden. Beraz, esan daiteke soldaduek erasoaren ezagutza bazeukatela.²³¹

b) Gatazka armatuaren ezagutza (Gerra krimenetan)

Aurretik esan bezala, argi geratu zen Afrika Erdiko Errepublikan barne gatazka armatu bat existitzen zela, eta kontuan hartuz MLCK modu aktiboan parte hartzen zuela gatazka honetan eta hain zuzen ere krimenen egileak talde armatu honen parte zirela, zalantzarik gabe esan daiteke gatazka armatuaren existentzia ezagutzen zutela.

c) Ezagutza eta borondatea bortxaketa krimenean

Borondateari dagokionez, frogatu beharra dago egileak bortxaketa egiteko asmoa zuela. Borondatea baieztatuko da frogatzen denean egileak jokabidea gauzatu nahi izan zuela, penetrazio hori gerta zedin.

Ezagutzari dagokionez, berriz, frogatu behar da, egilea jakitun zela egintza indarrez egin zela, indarraren edo derrigortzearen mehatxuagatik, inguru hertsagarri batez baliatuz, edo benetako baimena emateko gai ez zen pertsona baten aurka.

Azkenik, aurretik identifikatutako egintza bakoitzari dagokionez, gertaeren inguruabarrak kontuan hartuta, Salak ondorioztatu zuen, egileek nahita eta jakinaren

²³⁰ NAPko Estatutuko 30. art.: “*Mental element*

1. *Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.*

2. *For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.*

3. *For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.*”

²³¹ *Bemba* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 339. orr.

gainean inbaditu zituztela biktimen gorputzak -haien baginak eta/edo uzkiak eta/edo gorputzeko beste irekidura batzuk beren zakilekin indarrez sartzean- eta hori egiteko asmoa zutela.

Elementuak aztertu eta ekintzak zerrendatu ondoren, Auzitegiaren ustez, MLCko soldaduek bortxaketa krimena burutu zuten gizateriaren aurkako krimen bezala eta gerra krimen bezala.²³²

2.3 Bembaren erantzukizun penal indibiduala: “Nagusiaren Erantzukizuna”

Hau puntu gatazkatsuen izan zen. Behin MLCko soldaduek Estatutuan tipifikatutako gerra krimenak eta gizateriaren aurkako krimenak gauzatu zituztela frogatu ondoren, aztertu beharra zegoelako soldadu horien agintaria zen Bembak ea erantzukizun penal indibidualik bazeukan bere agintepean zeudenek gauzatutako delituengatik. Kasu honetan, Bembaren erantzukizun penala bere menpekoak behar bezala ez kontrolatzean oinarritu zen, “Nagusiaren Erantzukizuna” (“*Superior Responsibility*”) delako figuran (NAPko Estatutuko 28. art.), hain zuzen ere.²³³

Bemba ez zegoen fisikoki presente krimen horiek gauzatu ziren tokietan; are gehiago, bera Kongoko Errepublika Demokratikoan zegoen eta gatazka Afrika Erdiko Errepublikan jazo zen. Bemba kasuan, funtsezko kontua izan zen beharrezko eta arrazoizko neurriak hartu ote zituen delituak saihesteko edo erreprimitzeko edo horiek agintaritza eskudunen esku jartzeko, haiek ikertu eta epaitzeko.²³⁴ NAPko Lehen Auzialdiko III. Salak kontsideratu zuen gatazkan parte zen MLC taldeko arduradun gorena zela Bemba, eta beraz, talde horren egintzen erantzulea. Apelazio Salak berriz, krimenak bere botere eta erantzukizunetik kanpo gertatu zirela kontsideratu zuen.

Hau argitzeko, “Nagusiaren Erantzukizuna” osatzen duten elementuak aztertu behar dira:

- Ezagutza:

“Nagusiaren Erantzukizunean” oinarrituta pertsona bat kondenatzeko, lehenbizi garrantzitsua da finkatzea ea komandanteak/nagusiak bere mendekoez planifikatutako

²³² *Ibid.*, 631. para.

²³³ NAPko Esatutuaren 28. Art: “*Responsibility of commanders and other superiors*”

²³⁴ CHADIMOVÁ, M. “Superior Responsibility in the Bemba Case – Analysis of the Court’s Findings on Necessary and Reasonable Measures”, *International and Comparative Law Review*, 19, no. 2, 2019, 300-312 orr.

edo egindako delituaren berri ba ote zuen (benetako ezagutza) edo jakin behar ote zuen (zuhurtziagabekeria).²³⁵

Bemba MLCko presidentea eta ALCko komandante burua izan zen egitateen momentuan, eta Dibisioko jeneralaren maila zuen. Bemba botere formal zabalak zituen, azken batean erabakiak hartzeko autoritatea, eta izendatzeko, mailaz igotzeko eta kaleratzeko ahalak. Gainera, MLCren finantzaketa kontrolatzen zuen, bertako komandanteekin zuzeneko komunikazio-lerroak zituen, ondo ezarritako informazio-sistemak zituen, KLMren Estatu Nagusiaren aholkularitza operazionala eta teknikoa jasotzen zuen, eta biek eman zitzaizketen operazio-aginduak.²³⁶

GHko I. Protokolo Gehigarriko 43. artikulua arabera, honako hauek dira gatazkan dauden alderdien indar armatuak: “alderdi bakoitzeko arduradun goren baten pean dauden talde eta unitate antolatu guztiak”.²³⁷ Horren arabera, Bemba komandante militar gisa jardun zuen, eta aginte eta kontrol eraginkorra zuen MLCren gainean, ALCren tropak barne, karguen aldia.²³⁸

Lehen Auzialko Salak kontsideratu zuen Bemba komandante militar gisa jarduten zuen pertsona bat zela eta, aldi berean, aginte eta kontrol eraginkorrak zituela Afrika Erdiko Errepublikako MLCko tropen gainean 2002-2003 operazioan. Salaren ondorioa izan zen operazio militarren inguruko azken autoritatea zeukala, eta gainera, inteligentzia-zerbitzu militarrek eta zibilek informazioa ematen ziotela borroka-egoerari, tropen jarrerei, politikari eta krimenen alegazioei buruzkoa, baita gauzatzen ari ziren krimenen ingurukoa. Beraz krimenen ezagutza zeukala ondorioztatu zuen Lehen Auzialdiko Salak.

- Nagusiaren betebeharrak:

Ezagutza izanda, nagusia penalki erantzule izateko, beharrezkoa da frogatzea nagusiak ez zuela bete NAPen Estatutuaren 28. artikuluan zerrendatutako hiru betebeharrak bat gutxienez. Frogatu behar da nagusiak ez zuela delitu bat saihestu (gertatu baino lehen),

²³⁵ PETROSIAN, G., “Elements of Superior Responsibility for Sexual Violence by Subordinates”, *Manitoba Law Journal*, 42, 2018, 124-152. orr.

²³⁶ Bemba kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 384 eta 385. para.

²³⁷ I. Protokolo Gehigarria, 43. art.

²³⁸ Bemba kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 342. orr.

ez zituela delituak erreprimitu (gertatu bitartean) eta ez ziela gaia agintari eskudunei igorri, haiek ikertu eta auzipetzeko (gertatu ostean).²³⁹

GHko I. Protokolo Gehigarriak ere ezartzen du nagusiaren betebeharrak nagusiak bere agindupean egindako delitua prebenitzea, ezabatzea eta autoritate eskudunei igortzea direla.²⁴⁰

Prebentziorako: nagusiaren eginbeharra menpekoak eta euren ekintzak kontrolatzea da, bere menpekoek planeatu, antolatu eta bultzatzen diren krimena saihesteko beharrezko neurri guztiak hartuz.

Erreprimitzeko: krimenak jarraitzen badu, nagusia bere menpekoen krimena erreprimitzera behartuta dago eta nagusiak neurriak hartu behar ditu egilea diziplinaz zigortzeko.

Igortzeko: nagusiaren hirugarren betebeharra da gaia agintari eskudunei igortzea edo neurriak hartzea egileak justiziaren aurrera eramango direla ziurtatzeko.²⁴¹

Harreman hierarkikoa frogatzeko, zailtasunak sortzen dira *de facto* sistema hierarkikoen kasuan; sistema horietan, legezko neurriak ez egoteak ez du ezabatzen nagusiak mendekoekiko duen betebeharra. Bortxaketa masiboen kasuetan, nagusiek edo komandanteek ezin dute informazioa eskuratzeko betebeharra saihestu. Delituak egitea eragotzi edo geldiarazi ezin dutenean ere, egileak zigortzeko beharrezko eta arrazoizko neurri guztiak hartzea behartuta jarraitzen dute.²⁴²

Krimenen ezagutza zuenez, Bemba "beharrezkoak eta arrazoizkoak diren neurri guztiak"²⁴³ hartu behar izan zituen, baina Lehen Auzialdiko Salak kontsideratu zuen horietan motz geratu zela.²⁴⁴ Eta gainera, krimenak MLCko indarren gainean akusatutak kontrol egokirik ez gauzatzearen ondorioz egin zirela.²⁴⁵ Ondorioz, NAPk 18 urteko kartzela zigorra ezarri zion Bembari.

²³⁹ NAPko Estatutuko 28. art.: "Although the Statute uses alternative language ("or") it is clear that failure to discharge any of these duties may attract criminal liability. The actus reus for superior responsibility is based on omission – the failure to prevent or punish the crimes of subordinates".

²⁴⁰ I. Protokolo Gehigarria, 87. art.

²⁴¹ *Idem.*

²⁴² *Idem.*

²⁴³ NAPko Estatutuko 28.a) ii art.

²⁴⁴ Bemba kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 355 eta 356. orr.

²⁴⁵ *Ibid.*, 359. orr.

Kontrako aldetik, Apelazio Salak adierazi zuen, komandanteak bere esku zeuden neurri zehatzak ez zituela hartu frogatu behar zela, eta antzeko inguruabarretan, arduratsua zen komandante batek hartuko lituzkeen neurriak ez zituela hartu. Apelazio Salaren ustez, Lehen Auzialdiko Salak identifikatu behar zuen komandante batek zehazki zer egin behar zuen. Bestalde, adierazi zuen ez zela akusatuaren ardura frogatzea hartu zituen neurriak nahikoa izan zirela.

Apelazio Salak honako hau adierazi zuen: Komandante baten menpekoek zenbait krimen egiteak eta komandanteak krimenak hipotetikoki saihestuko lituzkeen neurri zerrenda bat ez jarraitzeak ez du frogatzen, berez, komandanteak une horretan zentzugabeki jokatu zuenik".²⁴⁶ Apelazio Salak ondorioztatu zuenez, MLCK gauzatutako krimenen ikerketa-ahaleginak Afrika Erdiko Errepublikan zeuden agintarien esku zeuden eta, beraz, Bembak, beste Estatu batetik, delituak ikertzeko ahalmen mugatuak zituen. Ondorioz, soldaduek egindako krimenen agindua, exekuzioa eta emaitza ezin zitzaizkion Bembari egotzi.²⁴⁷

- Lotura elementua:

NAPen jurisprudentziak "Nagusiaeren Erantzukizunaren" doktrinarako kausaltasun-printzipioa eskatzen du. NAPk adierazi zuen Erromako Estatutuaren 28. artikulua kausalitate-elementu bat galdatzen duela eginbeharra ez betetzearen eta azpian dauden krimenen artean. Erantzukizun handiagoko kasu batean lotura izateko, betekizuna argi eta garbi beteko litzateke, baldin eta ezartzen bada krimenak ez zirela egingo komandanteak behar bezala kontrolatu izan balu krimena.²⁴⁸

Lehen Auzialdiko Salak lotura argia ikusi zuen, eta adierazi den bezala, Salaren ondorioa izan zen Bembak bere kargutik, bazeukala boterea bere agintepekoen egintzetan eragiteko.²⁴⁹

Apelazio Salak, berriz, honako hau adierazi zuen: "Lehen Auzialdiko Salak ez zuen ikusi Bemba jauna, urrutiko komandante zen aldetik, ez zela ikerketen parte, eta ez zela

²⁴⁶ Bemba kasua, Apelazio Sententzia, *cit.*, 170. para.

²⁴⁷ SÁCOUTO, S. eta VISEUR SELLERS, P. "The Bemba Appeals Chamber Judgment: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes?", *Wm. & Mary Bill of Rights Journal*, 27, 2019, 599-622 orr.; Bemba kasua, Apelazio Sententzia, *cit.*, 589, 720 eta 722. para.

²⁴⁸ Bemba kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 50. oin-oharra 213. paragraforako eta Bemba kasua, Auzialdi Aureko Salaren Erabakia, 69. oin-oharra 423 paragraforako: "despite its significance, the Chamber did not engage in a detailed analysis of the causation issue".

²⁴⁹ Bemba kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 734. para.

sortutako emaitzen erantzule [...]" eta "[...] Lehen Auzialdiko Salak ez zuen behar adinako arretarik jarri MLCko tropak atzerriko herrialde batean jarduten ari zirela adierazten duen datuari, eta ondorioz, Bemba bere kalitatean, zailtasunak zituela neurriak hartzeko”.²⁵⁰

Lehen adierazi bezala, Bemba izan zen lehen pertsona, eta orain arte bakarra, NAPk epaitu zuena “Nagusiaren Erantzukizunean” oinarrituta. 2018an, berriz, Apelazio Salak erabaki hori baliogabetu eta Bemba kargu guztietatik absolbitu zuen.²⁵¹

Oso garrantzitsua izan zen erabaki hau, Fiskaltzak kondena “Nagusiaren Erantzukizunean” batean oinarrituta bilatzen duen beste kasu batzuen norabidea zehaztu dezakeelako kasu honek.²⁵²

3 *Ntaganda* Kasua:

Ntaganda kasuan emandako sententzia izan da NAPko Lehen Auzialdiko Salak emandako azkena (2019ko uztailean), eta aldi berean, NAPk ezarritako kondenarik altuena, hogeita hamar urteko espetxe-zigorra. *Ntaganda*, beste krimen batzuez gain, bi krimen sexualengatik kondenatua izan zen: bortxaketa eta esklabutza sexuala, gizateriaren aurkako krimen bezala eta gerra krimen bezala biak, Estatutuaren 7.g) eta 8. e)vi) artikulua jarraituz.²⁵³

Salak sententzian egiten duen azterketa jarraituz gauzatutako krimenak hiru taldetan sailka daitezke: alde batetik, bortxaketa gizateriaren aurkako krimen eta gerra krimen bezala (biztanleria zibilaren aurka egindakoak); bestetik, esklabutza sexuala gizateriaren aurkako krimen eta gerra krimen bezala (biztanleria zibilaren aurka egindakoak); eta azkenik, hala bortxaketa nola esklabutza sexuala gerra krimen bezala soilik (talde armatu bereko kideen aurka, zehazki 15 urtetik beherako ume soldaduen aurka). Azkenik aztertu beharrekoa da Bosco *Ntaganda* komandantearen erantzukizun penal indibiduala ondoren azaltzen diren krimen sexualekiko.

²⁵⁰ *Bemba* kasua, Apelazio Sententzia, *cit.*, 171. para.

²⁵¹ *Bemba* kasua, Apelazio Sententzia, *cit.*

²⁵² CHADIMOVÁ, M. “Superior Responsibility in the Bemba Case”, *cit.*, 300-312 orr.

²⁵³ *Ntaganda* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, NAP, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber VI, ICC-01/04-02/06*, 2019ko uztailearen 8ko sententzia.

3.1 Bortxaketa gizateriaren aurkako krimen eta gerra krimen bezala

Kasu honetan, *Bemba* kasuan ikusi dugun bezala, NAPk Krimenen Elementuetan jasotzen den bortxaketaren definizioa jarraitu zuen. Gainera erreferentzia ugari egiten zizkion auzitegiaren aurreko sententziei, haien artean, *Katanga* eta *Bemba* kasuei.

3.1.1 *Actus reus*

- Lehenengo elementua: Penetrazioa

Sententzian zenbait gertakari deskribatu eta frogatu ziren,²⁵⁴ zeintzuek biktimaren gorputza inbaditzea eragin zuten, krimenen elementuek eskatzen duten bezala. Esan bezala, Auzitegiak Krimenen Elementuetan emandako definizioa jarraitu zuen. Beraz, ondorioztatu zuen bortxaketan datzan gizateriaren aurkako krimenaren eta bortxaketan datzan gerra krimenaren lehen elementu materialak bete zirela, biktimen gorputzen penetrazioa frogatzerakoan.²⁵⁵

- Bigarren Elementua: Indarra erabiltzea, indarraren mehatxua, hertsapena, edo hertsapen-ingurune bat aprobetxatzea.

Bemba kasuan bezala, Salak adierazi zuen, Fiskaltzak "indarraren erabilera edo hertsapena" edo "hertsatzeko ingurunearen aprobetxamendua" frogatzean, biktimaren adostasun-falta frogatuta geratzen zela, indarkeria edo ingurune hertsagarri bat egoteak jada adostasun-eza suposatzen zuelako.²⁵⁶

Inguruabar hertsatzailea ez da indar fisikoaren ekintza baten bidez agerian utzi behar. Beldurraz edo etsipenez baliatzen diren mehatxuak, larderia, estortsioa eta bestelako hertsapen-moduak hertsapen bat izan daitezke, eta hertsapena inguruabar jakin batzuei inplizituki lotuta egon daiteke, hala nola "gatazka armatu" bati edo biztanleria zibilaren artean etsai-indarren presentzia militarri. Hainbat faktorek inguru hertsagarria sortzen lagun dezakete, esaterako, delitua gauzatzeko parte hartzen duten pertsonen kopurua, edo bortxaketa borroka-egoera baten garaian edo ondoren egitea, edo beste krimen batzuekin

²⁵⁴ *Ibid.*, 942. para.: "The Chamber notes that, in most instances, the acts constituted of the penetration of the victim's vagina by a male perpetrator's sexual organ. In other instances, the penetration of the victims' genitals was made using another body part of the perpetrator, or of a third person, such as when a UPC/FPLC commander inserted his fingers in the vagina of a 13-year-old girl in the aftermath of the assault on Mongbwalu, and when a male civilian detained in Kilo was made to penetrate with his hand the vagina of a co-detainee. The Chamber also found that UPC/FPLC soldiers used sticks and 'bits of wood' to penetrate the genital openings of some women and anal openings of some men captured after the 'pacification meeting'."

²⁵⁵ *Ibid.*, 941. para.

²⁵⁶ *Ibid.*, 934. para. eta *Bemba* kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 105-106 para.

batera egitea. Gainera, "ingurune hertsagarria" izatearen betekizunari dagokionez, egilea hertsapen-ingurune horretaz "baliatzen" dela frogatu behar da.²⁵⁷

Sententzian deskribatzen diren egoerei dagokienez²⁵⁸, Salaren ustez, “*Union des Patriotes Congolais/Forces Patriotiques pour la libération du Congo*”ko (aurrerantzean, UPC/FPLC) soldaduek beren botereaz abusatu zuten, eta inguru hertsagarriaz baliatu ziren neskatoekin edo emakumeekin sexu harremanak izateko.²⁵⁹ Salak ondorioztatu zuen, gizateriaren aurkako bortxaketa krimenaren eta bortxaketan datzan gerra-krimenaren bigarren elementu juridikoan galdatutako inguruabar edo baldintza hertsatzaileetatik gutxienez bat (eta gehienetan, bat baino gehiago) frogatuta geratu zirela.²⁶⁰

3.1.2 Testuinguru-elementuak

- Biztanleria zibilaren aurkako eraso sistematiko eta/edo orokortua (gizateriaren aurkako krimenetan)

Egitateak Mongbwalu eta Kilo lurraldeak hartu bitartean edo ondoren gertatu ziren, eta UPC/FPLCk egindako erasoak Ituriko Lendu biztanleria zibilaren aurka zuzendu zituzten. Bortxaketak UPC/FPLCko soldaduek egin zituzten, operazio militarrek eman bitartean edo justu ondoren.

Entrenamendu-zelaietan, errekrutek Lenduak erasotu eta hiltzera bultzatzen zituzten abestiak abesten zituzten. Operazio militarretan zehar, komandanteek Lendu guztiak erasotzeko aginduak ematen zituzten, zibilak barne, eta soldaduek agindu horiek jarraitzen zituzten erasoetan gauzatu ziren lapurreta, hilketa eta bortxaketetan.²⁶¹

²⁵⁷ *Ibid.*, 935. para.

²⁵⁸ *Ibid.*, 943-944 para.: “one girl was violently undressed and, because she was screaming, the UPC/FPLC soldier who was on top of her and penetrating her put a cloth over her mouth and continued to penetrate her. She suffered serious injuries as a result of the conduct of the two UPC/FPLC soldiers who successively raped her, and required subsequent medical intervention. P-0022 was hit and thrown in an underground makeshift prison before she was raped.”

“The Chamber finds that UPC/FPLC soldiers used implicit threats of force when carrying their arms in front of their victims, thereby intimidating these persons, or, in some instances, took out their weapons to show them to the victims, apparently to scare them. Other UPC/FPLC soldiers also plainly told their victims that they would be killed if they cried out or refused to cooperate.”

²⁵⁹ *Ibid.*, 945. para.

²⁶⁰ *Ibid.*, 946. para.

²⁶¹ *Ibid.*, 671. para.

Honengatik, Auzitegiaren ondorioa izan zen eraso biztanleria zibil baten kontrakoa izan zela, erasotzaileek Lendu taldeko pertsona oro erasotu baitzuten, eta eraso sistematikoa eta orokortua zela, UPC/FPLCren bi operazio militarren helburu baitzen.²⁶²

- Lotura barne gatazka armatu batekin (gerra krimenetan)

Aurretik azaldutako egoerari erreparatuz, Auzitegiarentzat argi gertu zen bortxaketak Iturin emandako barne gatazka armatuaren testuinguruan gertatu zirela, eta hari lotuta egon zirela.²⁶³

3.2 Esklabutza sexuala gizateriaren aurkako krimen eta gerra krimen bezala

Kasu honetan ere Auzitegiak erreferentzia egin zion Krimenen Elementuak ematen duen definizioari. Aztertu bezala, krimen honek eskatzen dituen elementuak honako hauek dira: egileak jabetza-eskubideari lotutako botereren bat edo guztiak erabili behar ditu pertsona baten edo gehiagoren gain; eta esklabutza tratu horretan izaera sexualeko egintzek izaera nagusia izatea. Horietaz gain, noski, gizateriaren aurkako krimenek eta gerra krimenek eskatzen dituzten elementuak bete behar dira, baita tipo subjektiboak eskatzen dituen elementuak ere.

3.2.1 Actus reus

- Lehen elementua: Jabetza eskubidearen erabilera pertsona baten gainean

Auzitegiak hainbat faktore izan behar ditu kontuan jabetza eskubidearen erabilera hori frogatzeko, hala nola biktimaren mugimenduen kontrola, ingurune fisikoaren izaera, kontrol psikologikoa, ihesa eragozteko hartutako neurriak, indarraren erabilera edo indarra erabiltzeko mehatxuak edo hertsapen fisiko edo mentaleko beste modu batzuk, iraupena, tratu krudelak eta abusuak, sexualitatearen kontrola, nahitaezko lana eta biktimaren zaurgarritasuna. Norbaiten gaineko jabetza eskubidea erabiltzeak ez du zertan transakzio komertzialik ekarri. "Antzeko askatasun-gabetzea" ezartzeak hainbat forma har ditzake: biktima literalki edo fisikoki lotuta edo konfinatuta ez dagoen egoerak izan daitezke, baina non biktimak ezin duen inolaz ere ihes egin, bere bizitza arriskuan jarriko lukeelako.²⁶⁴

²⁶² *Ibid.*, 671 eta 947. para.

²⁶³ *Ibid.*, 948. para.

²⁶⁴ *Ibid.*, 952. para.

Zenbait kasutan Salak ez zuen kontsideratzen esklabutza sexuala eman zenik, pertsona baten gainean jabetza eskubidea egikaritu zutenen artean eta pertsona hori bortxatu zutenen artean inolako harremanik ez egoteagatik. Horregatik izaera sexualeko egintza bat gertatu zen arren, ezin da esan honi lotuta lehen elementua betetzen zenik, hau da, jabetza eskubidearen egikaritzea, ez baitago probarik bortxaketa hori gertatu zenean askatasun-gabetze egoera horretan zegoenik.²⁶⁵ Horren ondorioz, Auzitegiak kontsideratu zuen, emakume horien gainean bortxaketa krimena eman zela, baina ez esklabutza sexuala. Bortxaketaren aurreko egunean gertatutako egoera (bere atxiloketa eta gauzak garraiatzera derrigortua izatea) legez kanpokoa izan arren, ez da modu bereiztuan epaitzen.²⁶⁶

Edonola ere, Auzitegiak lehen elementua ematen zela kontsideratu zuen, adibidez, denbora luze batez bere askatasunaz mugatua izan eta UPC/FPLCko soldaduentzako gauzak garraiatzea eta janaria prestatzea derrigortuak izan ziren emakumeen kasuan, zeintzuk denbora horretan, aldi berean, UPC/FPLCko soldadu eta komandanteek bortxatu zituzten.²⁶⁷

²⁶⁵ *Ibid.*, 957-958 para.: “P-0018 was captured in Jitchu and made to carry items to Buli.²⁷⁴⁵ The next morning, she was raped, together with other women, and UPC/FPLC soldiers shot her. While she was captured against her will and forced to carry items the day before she was raped, the Chamber has not received any evidence to indicate that any or all of the powers attaching to the right of ownership were exercised by the soldiers who raped her the next day, or anyone involved in allowing the rape to occur, nor has it received evidence to assess whether a similar deprivation of liberty was imposed on her. The Chamber therefore cannot conclude that the first element of sexual slavery is fulfilled”.

“P-0019 was captured in Sangi by UPC/FPLC soldiers and forced to carry items to Wadza.²⁷⁴⁸ She was brought to Kobu together with others, where she was raped by a named UPC/FPLC commander.²⁷⁴⁹ After the same commander told her to flee, she attempted to do so but was shot in her ankle by a UPC/FPLC soldier.²⁷⁵⁰ Similar to the situation of P-0018, while P-0019’s capture and her having been made to carry items were not lawful, this conduct is not separately charged as such. On the basis of evidence before the Chamber, it cannot conclude that the first element of sexual slavery is fulfilled. The Chamber recalls that it already found above that the crimes of rape and attempted murder were committed against P-0019”

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ *Ibid.*, 960-961 para.: “The Chamber considers that the aforementioned circumstances show that the deprivation of liberty of P-0113 was such that the some of the powers of the right of ownership were exercised over her by members of the UPC/FPLC, including after she was brought to the location where he was staying in Kobu, by the named UPC/FPLC commander. During this period she was raped various times, only to afterwards be made to carry on with what she was forced to do by the UPC/FPLC, such as cooking or carrying goods. The Chamber therefore considers that the first element of the crime of sexual slavery is established with regard to P-0113. Although the Chamber also made a finding above on the crime of rape having been committed against P-0113, it considers that the circumstances of P-0113’s prolonged deprivation of liberty are such that the period during which she was deprived of her liberty is in addition appropriately qualified as the crime of sexual slavery”.

“According to P-0017, she was forced to have ‘sexual relationships’ with Simba to save her life.²⁷⁶³ Her deprivation of liberty lasted until the Bunia operation, which means that it lasted for several days or even weeks”.

- Bigarren elementua: Izaera sexualeko egintzak

Auzitegiak zenbait gertaera deskribatu zituen non bere borondatearen aurka atxilotutako neskek bortxatu zituzten,²⁶⁸ horregatik, Sala ziur agertu zen sexu-esklabotzako delituaren bigarren elementu materiala betetzen zela, hau da, delitugileak pertsona horiek sexu-izaerako ekintza batean edo gehiagotan parte hartzera bultzatzea.²⁶⁹

3.2.2 Testuinguru-elementuak

- Biztanleria zibilaren aurkako eraso sistematiko edo orokortua (gizateriaren aurkako krimenetan)

Bortxaketaren atalean esan bezala, Auzitegiak frogatutzat jo zuen eraso UPC/FPLCko soldaduek Ituriko Lendu biztanleria zibilaren aurka bideratu zutela, beraz, ez dago dudarik biztanleria zibil honen aurkako eraso sistematikoa edo orokortua zenik.²⁷⁰

- Lotura barne gatazka armatuarekin (gerra krimenetan)

Aldi berean, argi geratu zen Kongoko Errepublika Demokratikoan gertatutako barne gatazka armatuaren testuinguruan eta honi lotuta eman zirela deskribatutako esklabutza sexualaren gertaerak.²⁷¹

3.3 Bortxaketa eta esklabutza sexuala (talde bereko 15 urtetik beherako haur-soldaduen aurkako krimenak)

Salak gogorarazi zuen indar armatu bereko taldekideak ez daudela baztertuta *per se* bortxaketa edo esklabutza sexualaren biktima izatetik Estatutuko 8 2) e) vi) artikulua jarraituz²⁷².

Krimen hauek eman zirela frogatzeko, noski, frogatu beharra dago lotura zeukatela existitzen zen gatazka armatuarekin, eta ez zirela krimen “arruntak”.

²⁶⁸ *Ibid.*, 954. para.: “soldiers detained P-0018, P-0019, P-0113, and an 11-year-old girl, for certain periods, in some instances for several days, during which they raped them on one or more occasions, and forced them to carry items and/or prepare food”.

²⁶⁹ *Ibid.*, 955. para.

²⁷⁰ *Ibid.*, 963. para.

²⁷¹ *Idem.*

²⁷² *Ibid.*, 965. para.

Atal honetan epaitzen ziren krimenak 15 urte baino gutxiagoko “ume soldaduek” 2002ko abuztuaren 6tik 2003ko abenduaren 31ra bitartean, Iturin, Kongoko Errepublikan Demokratikoan, jasandakoak dira.

3.3.1 *Actus reus*

- Penetrazioa (bortxaketan)/izaera sexualeko egintzak (esklabutza sexualean)

Auzitegiak frogatu egin zituen milizien entrenamendu zelaietan 15 urte baino gutxiagoko zenbait neskek jasandako bortxaketak,²⁷³ non “penetrazioa” eman zen bortxaketaren definizioaren arabera, eta beraz, baita esklabutza sexualaren bigarren elementua ere.

- Indarra erabiltzea, indarraren mehatxua, hertsapena, edo hertsapen-ingurune bat aprobetxatzea (bortxaketa) /Jabetza eskubidearen erabilera (esklabutza sexualean)

Frogatuta geratu zen biktimek beren bizitza galtzeko mehatxuak jasan zituztela eta aldi berean ez zeukatela kanpamendua edo entrenamendu zelaiak uzteko aukerarik, haien bizitza arriskuan ikusten baitzuten. Beraz, esan daiteke bortxaketak eskatzen duen bigarren elementua, hau da, indarraren erabilera, mehatxua edo ingurune hertsagarria ematen zela, baita esklabutza lehena ere, haur horien gainean jabetza eskubidea egikaritu zelako.²⁷⁴

3.3.2 Testuinguru-elementuak

- Parte-hartze aktiboa gatazketan

2002ko abuztua eta 2003ko abendua bitartean, UPC/FPLCk 15 urtetik beherako pertsonak errekrutatu zituen, hala emakumeak nola gizonak. Pertsona hauek entrenamendu zelai desberdineetan entrenatuak izan ziren, ondoren komandanteen eskolta moduan aritzeko, operazio militarretan parte-hartzeko eta bestelako ekintzetan parte hartzeko.²⁷⁵ Ekintza hauek guztiak gatazkan parte-hartze aktiboak dira.²⁷⁶

²⁷³ *Ibid.*, 974. para.: “- the repeated rapes of P-0883, a girl under 15 years of age, by UPC/FPLC soldiers at Camp Bule.

- the rapes of Mave, a girl under the age of 15 who was assigned to Floribert Kisebo, who was raped by UPC/FPLC soldiers on a regular basis;

- the rape of Nadège, a girl of approximately nine years old, who was raped at the Lingo training camp”.

²⁷⁴ *Ibid.*, 977-982 para.

²⁷⁵ *Ibid.*, 983. para.

²⁷⁶ *Ibid.*, 3089. oin oharra. 493. orr.: “As held by the Appeals Chamber in Lubanga, ‘the crime of using children to participate actively in hostilities requires the existence of a link between the activity and the hostilities’. It therefore found that ‘in order to determine whether the crime of using children to participate actively in hostilities under article 8 (2) (e) (vii) of the Statute is established, it is necessary to analyse the link between the activity for which the child is

- Lotura barne gatazka armatuarekin.

Indar armatu baten barnean gertatzen diren krimen sexualak gatazka armatua ematen den bitartean gerta daitezke edo ez, aldi berean talde hori gatazkan parte hartzen dagoenean edo ez. Baina kasu honetan frogatutako bortxaketak eta esklabutza sexual kasuak honako une hauetan gertatu ziren: bata, biktima entrenamendu zelaietan egon bitartean; eta bestea, komandante baten eskolta izateko esleitua izatean, UPC/FPLC aktibo zegoen garai batean. Une horretan UPC/FPLCren errekrutatze kanpainak bere indar militarra eraikitzea zuen helburu, Ituriren gainean nahi zen kontrola lortzeko.²⁷⁷

Beraz, Auzitegiaren ustez, argi geratu zen lotura UPC/FPLCko soldadu errekrutamendu-kanpainaren eta 15 urtetik beherako ume hauen errekrutamenduaren artean. Eta noski, honen lotura Ituriko barne gatazka armatuarekin.²⁷⁸

3.4 *Mens rea*

Estatutuko 25.3.a) artikulua jarraituz,²⁷⁹ Ntaganda azaldutako delituen zeharkako egilekidea kontsideratu zuen Auzitegiak. Horregatik, aztertu beharra dago nola iritsi zen Auzitegia ondorioztatzera Bosco Ntagandak 30. artikuluko elementuak (ezagutza eta borondatea) betetzen zituela. *Bemba* kasuan bezala, testuinguru-elementuen ezagutza eta krimen sexual zehatzen ezagutza eta borondatea aztertu behar dira.

- a) Erasoaren ezagutza (gizateriaren aurkako krimenetan)

Gizateriaren aurkako krimenetan, beharrezkoa da “erasoaren gaineko ezagutza”.²⁸⁰

used and the combat in which the armed force or group of the perpetrator is engaged.’ (Lubanga Appeal Judgment, paras 333 and 335, and similarly para. 340), Trial Chamber I and the Confirmation Decision consider conscription and enlistment to be clearly distinct from use to actively participate in hostilities: ‘The prohibition against using children under the age of 15 to participate actively in hostilities is not dependent on the individuals concerned having been earlier conscripted or enlisted into the relevant armed force or group.’ (Lubanga Trial Judgment, para. 620); and ‘the mere membership of children under the age of 15 years in an armed group cannot be considered as determinative proof of direct/active participation in hostilities, considering that their presence in the armed group is specifically proscribed under international law’ (Confirmation Decision, para. 78). The Chamber notes, however, that the Confirmation Decision also refers to the ‘crimes under article 8(2)(e)(vii) of the Statute’ as being ‘continuous [in] nature’ (Confirmation Decision, para. 83)”.

²⁷⁷ *Ibid.*, 984. para.

²⁷⁸ *Ibid.*, 985-986 para.

²⁷⁹ NAPko 25(3)(a) art.: “3. In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;”

²⁸⁰ NAPko Estatutuko 7(1) art.

Ezagutza hori frogatzeko, ez da beharrezkoa frogatzea egileak bazuela erasoaren ezaugarri guztien berri, edo bazekizkiela Estatuaren edo erakundearen planaren edo politikaren xehetasun zehatzak. Baldintza hori beteko da frogatzen bada egilea kontziente zela biztanleria zibil baten aurkako eraso orokortua edo sistematikoa eragin zuten inguruabarrez, eta, adibidez, kontziente zela bat-batekoa edo borondatezkoa izan zen biztanleria zibil jakin baten aurkako indarkeria errepikatua edo koordinatua izan zela.²⁸¹

Ntagandak UPC/FPLCren barruan zeukan posizioa, operazioetan zuen presentzia, eta bere jokabide pertsonalak, bereziki UPC/FPLCko soldaduei helarazi zizkien agindu zehatzak kontuan izanda, Salak ondorioztatu zuen, soldaduek era sistematikoan biztanleria zibilaren aurka egindako hilketak, bortxaketak, sexu-esklabotza, nahitaezko lekualdatze- eta jazarpen-ekintzen ezagutza osoa zeukala.²⁸²

b) Gatazka armatuaren ezagutza (gera krimenetan)

Ez da beharrezkoa egileak nazioarteko gatazka armatu bat izatearen edo ez izatearen ebaluazio juridikoa egin izana, baina gatazka armatuaren existentzia ezarri zuten egitatezko inguruabarren jakitun izan behar du.²⁸³

Une hartan zuen informazio guztia oinarri hartuta, eta kontuan hartuta UPC/FPLCren barruan zuen funtzioa eta kargua, Salak ondorioztatu zuen, 2002ko abuztuaren 6tik 2003ko abenduaren 31ra arte, gutxienez, Ntaganda jakitun zela egitatezko inguruabar horiek gatazka armatu bat suposatzen zutela.²⁸⁴

c) Ezagutza eta borondatea (krimen sexualetan)

- Biztanleria zibilaren aurka egindako krimenetan:

Krimenak hainbat aldiz egin zituzten UPC/FPLCko soldaduek, eraso militarren garaian eta ondoren. Nolabaiteko *modus operandi* bat jarraitu zuten. Ntaganda, Floribert Kisemborekin eta Lubangarekin batera, FPLCko maila goreneko buruzagia zen, eta Mongbwaluko erasoaren komandante nagusi gisa jardun zuen. Ntaganda erabat informatu zuten hedatu beharreko tropen entrenamenduaz eta osaketaz.²⁸⁵

²⁸¹ NAPko Krimenen Elementuen 7. artikuluarri sarrera, 2. para.

²⁸² Ntaganda Kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 1171. para.

²⁸³ NAPko Krimenen Elementuen 8. artikuluarri sarrera: *‘There is only a requirement for the awareness of the factual circumstances that established the existence of an armed conflict that is implicit in the terms “took place in the context of and was associated with”* eta NAPko Estatutuko 8(2)(c)(i)-(iv) eta (e)(i)-(xv) art.

²⁸⁴ Ntaganda Kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 1173. para.

²⁸⁵ *Ibid.*, 1177-1179 para.

Ntagandak, Lendu zibilen eta miliziaren artean ezberdintasunik egin gabe Lendu zibilei erasotzeko agindu zien UPC/FPLCko soldaduei.²⁸⁶ Bortxaketak eta hilketak asko UPC/FPLCren “*Appartements*” izeneko base militarrean gertatu ziren. Horietako batzuetan zuzenean parte hartu zuen Ntagandak.²⁸⁷

Salak ondorioztatu zuen Ntagandak bere tropek operazio militarretan izandako jokabideak borondatez bilatzen zituela, hau da, krimenak egiteko asmoa zuela.²⁸⁸

- 15 urtetik beherako UPC/FPLCko kideen aurkako krimenetan:

Aurretik esan bezala, frogatutzat jo zuten milizietan borrokatzeko edo eskola moduan aritzeko 15 urtetik beherako haurrak errekrutatu zituztela. 2002ko ekainean, UPC/FPLCk eskala handian egindako erreklutamendu-kanpainetan Ntagandak zuzenean parte hartu zuen.²⁸⁹

Auzitegiak ondorioztatu zuen UPC/FPLCko kide ziren emakumeak erregularitasunez bortxatzen zituztela eta sexu-indarkeria jasaten zutela beren zerbitzuan zehar, eta hori praktika arrunta zela. Salak bereziki entzun zituen Claude Uzauakilihok Ntaganda jaunaren bizkartzainen aurka egunero egindako sexu-indarkeriako jokabide bati buruzko frogak, eta zehaztu zuen Ntaganda bere bizkartzain emakumezkoak bortxatzen zituzten komandanteen artean zegoela.²⁹⁰

Ntagandak bazekien bortxaketak eta sexu-indarkeria UPC/FPLCren lerroen barruan gertatzen zirela, eta 15 urtetik beherako emakume errekrutak eta soldaduak ez zirela praktika horretatik kanpo geratzen.²⁹¹

3.5 Ntagandaren erantzukizun penal indibiduala

Auzitegiak Ntaganda indibidualki krimenen erantzule penala zela kontsideratu zuen, zeharkako egilekide moduan.²⁹² Ntagandak krimenak beste pertsona batzuekin batera, eta beste pertsona batzuen bitartez egin zituela esan nahi du zeharkako egilekidetzak.²⁹³

²⁸⁶ *Ibid.*, 1181. para.

²⁸⁷ *Ibid.*, 1186. para.

²⁸⁸ *Ibid.*, 1189. para.

²⁸⁹ *Ibid.*, 1193. para.

²⁹⁰ *Ibid.*, 1196. para.

²⁹¹ *Ibid.*, 1997. para.

²⁹² *Ibid.*, 826. para.

²⁹³ *Ibid.*, 771. para.

Salaren ustez, zuzeneko egiletza ez zen egokia testuinguru jakin horretan Ntagandaren eginkizun zehatza eta haren erantzukizun penal indibiduala aztertzeke.²⁹⁴

Egilekidetzari dagokionez, Salaren ustez, Ntagandak eta UPC/FPLCko beste buruzagi militar batzuek (Thomas Lubangak eta Floribert Kisembok), elkarrekin lan egin zuten, eta euren kanpaina militarrean Lendu guztiak erasotu eta kanporatzeko plan komuna adostu zuten.²⁹⁵ Lendu guztiak erasotzeko eta herrietatik kanporatzeko akordio horrek, besteak beste, zibilak bortxatu eta esklabotza sexualaren mende jarriko zituztela esan nahi zuen. Honek, egilekide bihurtzen zituen hiru buruzagiak.²⁹⁶

Hala ere, soilik egilekidetzagatiko erantzukizuna aitortzea ez litzateke guztiz zuzena izango hainbat arrazoiengatik: lehena, egilekidetzak botere-harreman bertikalak (zeharkako egiletzaren ezaugarri direnak) eta harreman horizontalak (egilekidetzaren ezaugarri direnak) nahasiko lituzkelako. Bigarrena, krimenen gauzatze-fasean, egitatea batera egitea faltako litzake. Azkenik, era okerrean parekatuko lirateke krimenean parte hartzen duten guztien erantzukizuna.²⁹⁷

Zeharkako egiletzari dagokionez, hiru egilekideek, Thomas Lubangak, Floribert Kisembok eta Bosco Ntagandak, aginte goreneko karguak betetzen zituzten UPC/FPLCn.²⁹⁸ Portaera tipikoak UPC/FPLCko soldaduek exekutatu zituzten, zuzeneko egile gisa,²⁹⁹ baina soldaduek erabateko obedienciaz jokatu zuten UPC/FPLCko komandanteen aginduak betez.³⁰⁰

Horren harira, Salak ondorioztatu zuen Ntagandak liskarretan parte hartzen zuten UPC/FPLCko 15 urtetik beherako haurrak kontrolatzen zituela. Hauen errekrutamendua, bortxaketak eta sexu-esklabotza onartu zituen. Horretaz gain, bere plana eta borondatea zen Lenduak sarraskitzea, eta bere agindupeko soldaduak bortizkeria osoz jokatzera eta krimenak egitera bultzatu zituen.³⁰¹

Zeharkako egiletza egokia litzateke erdi- edo goi-mailako agintea duten kriminalentzat, hau da, haien mende dagoen erakundea edo erakunde zatia zuzentzen

²⁹⁴ *Ibid.*, 759. para.

²⁹⁵ *Ibid.*, 808. para.

²⁹⁶ *Ibid.*, 810. para.

²⁹⁷ ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M. “Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría mediata”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-13, 2015, 11-16 orr.

²⁹⁸ *Ntaganda* Kasua, Lehen Auzialdiko Sententzia, *cit.*, 814. para.

²⁹⁹ *Ibid.*, 812. para.

³⁰⁰ *Ibid.*, 819. para.

³⁰¹ *Ibid.*, 857. para.

dutenentzat, delitua beste batzuen esku utzi gabe. Hala ere, pertsona bakar batek nekez zuzendu eta kontrola dezakeenez botere-egitura antolatu bat honen bidez gizateriaren aurkako krimenak eta gerra-krimenak egiteko, zeharkako egilekidetzak irtenbide egokiagoa eskaintzen du horrelako kasuetan.³⁰²

Ondorioz, krimen sexualei dagokienez, Auzitegiak egilekidetza eta zeharkako egiletza elkartu zituen, hainbat pertsonen zuzendutako botere-egitura antolatu bat egoteagatik, eta beraz, Ntaganda zeharkako egilekidea kontsideratu zuen, Estatutuko 25.3.a) art. jarraituz.

V. Ondorioa:

Bemba eta *Ntaganda* kasuak aztertuta, ondoriozta daiteke NAPk aurrerapauso handia ekarri duela Nazioarteko Zuzenbide Penalaren arloan, krimen sexualen jazarpenari dagokionez behintzat.

Lubanga kasuan izandako kritika gogorak, froga sendoak izan arren krimen sexualak epaitu ez izanagatik, inflexio puntu bat izan ziren NAPentzat krimen hauek epaituak izateko duten beharrari buruz. Geroztik, krimen hauen larritasunaren inguruko kontzientzia hartu zen, eta ordutik, pauso handiak eman dira krimen hauen zigorgabetasuna ekiditeko.

Hala ere, bide luzea dago aurretik, krimen sexualen jazarpena ohiko praktika bat, eta bereziki, praktika eraginkor bat bihurtu dadin. *Bemba* kasuan ikusi dugu Apelazio Sententzian absolbitua izan zela, eta *Ntaganda* kasuan, oraindik ez da Apelazio Sententziarik eman, beraz, denborak argituko du lehen auzialdiko epaiak eman zuen kondena mantentzen den ala ez.

Sententzia hauek NAPen jurisprudenzia kontsolidatua ezartzen dute, gutxienez bortxaketa eta esklabutza sexuala krimenen gainean, hala gizateriaren aurkako krimen, nola gerra krimen bezala. Ikusteko dago ea NAPen etorkizuneko kasuetan gainerako sexu-krimenak ikertzen diren, hau da, behartutako prostituzioa, behartutako haurdunaldia, behartutako esterilizazioa eta beste sexu-indarkeria mota batzuk.

Nazioarteko krimenen ikuspegi juridikoari dagokionez, gizateriaren aurkako krimenen kontzeptua Nurenbergen figura independente gisa sortu eta nazioartekotu zenetik, hobetu

³⁰² ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M. "Responsabilidad penal", *cit.*, 11-16. orr.

eta sendotu egin da Nazioarteko Auzitegi Penalean. Aplikazio-marjina zabalagoa eskaintzen du gerra krimenek baino, eta horrek aldi berean, babes handiagoa ematen die biktimei, gatazka armatu egoeretan babesten den pertsona taldea baino babes-eremu zabalagoa eskaintzeaz gain.

Gerra krimenen arloan, hauen kontzeptua barne gatazketara hedatzea, zalantzarik gabe, garapen nabarmenetako bat da. Aitzitik, bien arteko banaketa tradizionalari eusten dio NAPen Estatutuak. Gainera, debekatutako egintzen zerrenda desberdin bat ematen du bakoitzarentzat, agerian utziz Estatuak oraindik ez daudela prest beren burua mugatzeko beren lurraldean gertatzen diren gatazketan, nazioarteko gatazketan onar ditzaketen baldintza berberetan.

NAPen Estatutuak gerra krimenen kontzeptua bera zabaltzeaz gain, edukia ere zabaldu du, bi gatazka mota horietan debekatutako egintzen kategorien zerrenda luze baten bidez; horien artean, sexu-izaerako krimenak nabarmenduz, JNAPk eta RNAPk irekitako aurrekariaren ondoren. Horrek, zalantzarik gabe, Nazioarteko Zuzenbide Humanitarioaren zigor-sistemaren hedapen nabarmena ekarri du.

Bukatzeko, sexu-askatasunaren aurkako krimenei dagokienez, indarkeria sexuala errotze kultural, sozial eta politiko sakoneko gaia da. Bortxaketaz gain, gatazka armatu eta politikoetan sexu-indarkeria agertzeko modu desberdinak desglosatu eta zigortu beharra dira. NAPk urrats handiak eman ditu izaera sexualeko krimen mota desberdinak tipifikatzean eta horietako bakoitza osatzen duten elementuak zehazterakoan, bere jurisprudentzian ikusi den moduan. Aipatu bezala, ondorengo urratsa krimen horien jazarpena praktika ohikoa eta eraginkorra bihurtzea izan beharko luke.

Gizarte bezala aurrera egin ahal izateko, guztiz beharrezkoa da krimen hauek ikusaraztea eta nazioarteko komunitate osoaren gaitzespena gertakari hauekiko, hainbeste pertsonari eragindako sufrimendua zigorrik gabe eta ahanzturan gera ez dadin.

Bibliografía:

- AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and general part*. Oxford University Press, 2013, Oxford.
- AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The crimes and sentencing*. Oxford University Press, 2015, Oxford.
- AMBOS, K., “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, *Cuadernos de Derecho Penal*, 9, 2013.
- AMBOS, K; “Bien jurídico y Harm Principle: Bases teóricas para determinar la “función global” del Derecho Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10, 2013.
- AMBOS, K., “Violencia sexual en conflictos armados y derecho penal internacional”, *Cuadernos de política criminal*, 107, II, 2012.
- APONTE CARDONA, A., *Persecución Penal de Crímenes Internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, Bogotá.
- BOU FRANCH, V., “Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 24, 2012.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*. Oxford University Press, 2013, New York.
- CHADIMOVÁ, M. “Superior Responsibility in the Bemba Case – Analysis of the Court’s Findings on Necessary and Reasonable Measures”, *International and Comparative Law Review*, 19, no. 2, 2019.
- DÍAZ SOTO, J. M., “Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, 95, 2012.
- FDZ. DE GURUMENDI, S.A., “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional y otros desarrollos relativos al derecho internacional humanitario”, *Derecho Internacional Humanitario y áreas vinculadas*, 78, 2003.
- GIL GIL, A., “Crímenes contra la humanidad”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, 10, 2016.
- HUERTAS DÍAZ, O., “Para una comprensión del crimen de guerra en el marco del Derecho Penal Internacional”, *Criterio jurídico garantista*, 4, 2011.

- LANDA GOROSTIZA, J.M. “La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: reflexiones críticas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-10, 2010.
- LIÑÁN LAFUENTE, A., “Crímenes de guerra”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, 11, 2016.
- LIROLA DELGADO, I., “Los crímenes de lesa humanidad: Elementos definitorios”, H. OLASOLO ALONSO eta S. CUENCA CURBELO (zuz.), *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional, Volumen I*, Tirant lo Blanch, 2012, Valencia.
- LIROLA DELGADO, I. eta MARTÍN, M., *La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad*, Ariel, 2001, Barcelona.
- ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M. “Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría mediata”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-13, 2015.
- OLÁSULO ALONSO, H., *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, Bogotá.
- PAZ MORALES, N., “Ausencia de una perspectiva de género en la Corte Penal Internacional: una mirada al caso Fiscalía vs. Lubanga Dylo”, *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 4, 2016.
- PETROSIAN, G., “Elements of Superior Responsibility for Sexual Violence by Subordinates”, *Mantioba Law Journal*, 42, 2018.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “La pérdida de inmunidad de las personas civiles por su participación directa en hostilidades”, *Cuadernos de Estrategia*, 160, 2013.
- SÁCOUTO, S. eta VISEUR SELLERS, P. “The Bemba Appeals Chamber Judgment: Impunity for Sexual and Gender-Based Crimes?”, *Wm. & Mary Bill of Rights Journal*, 27, 2019
- SCHABAS, W. A., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2004, New York.
- SERVÍN RODRIGUEZ, C. A., “Evolución del crimen de lesa humanidad en el Derecho Penal Internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 139, 2014.

