

JUSTICIA Y REPARACIÓN PARA MUJERES
VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EN CONTEXTOS
DE CONFLICTO ARMADO INTERNO
SEMINARIO INTERNACIONAL

Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno

SEMINARIO INTERNACIONAL

Carlos Beristain
Javier Chinchón Álvarez
María Jennie Dador Tozzini
Jean Díaz-Guijarro Hayes
Andrea Diez
Mariano Fernández Valle
Carolina Loayza Tamayo
Otto Navarro
Gaby Oré Aguilar
Giulia Tamayo León
Rocío Villanueva Flores

PCS

Consejería en Proyectos
Project Counselling Service

*Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia
sexual en contextos de conflicto armado interno*

Esta publicación ha sido posible gracias a Inter Pares de Canadá.

© CONSEJERÍA EN PROYECTOS (PCS)

Jr. Arica 831, Miraflores

Lima 18, Perú

Teléfonos: (511) 445 7163 / 444 8280

Fax: (511) 241 5139

www.pcslatin.org

Edición: Lima, abril de 2007

Corrección de estilo: Carmen Ollé

Diagramación: Carmen Inga

Impreso por Ediciones Nova Print SAC

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2007-04586
ISBN 978-9972-9896-4-3

CONSEJERÍA EN PROYECTOS (PCS) es una organización de cooperación internacional apoyada por un consorcio de agencias europeas y canadienses.

Contenido

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	13
1. Mujeres sobrevivientes víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado interno en busca de la justicia <i>María Jennie Dador Tozzini</i>	17
2. Mujeres mayas abren camino: La búsqueda por la justicia ante el sistema de impunidad en Guatemala <i>Andrea Diez</i>	35
3. Justicia en falta. Evolución del marco jurídico internacional ante la violencia sexual bajo conflicto armado y desafíos para una justicia inclusiva de género <i>Giulia Tamayo León y Jean Díaz-Guijarro Hayes</i>	49
4. Los tratados de derechos humanos en el marco del derecho internacional y su interacción con el derecho interno peruano <i>Carolina Loayza Tamayo</i>	107
5. La supremacía internacional y la construcción justa de soberanía política: ¿hacia dónde vamos? <i>Mariano Fernández Valle</i>	155

6. Principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales ante los tribunales penales internacionales: su aplicación en las instancias judiciales internas
Javier Chinchón Álvarez 171
 7. Respuesta del sistema de administración de justicia peruano frente a los casos de violencia sexual contra mujeres ocurridos durante el conflicto armado interno
Rocío Villanueva Flores 211
 8. Documentación de casos de violencia sexual ocurridos en contextos de conflicto armado interno
Otto Navarro M. 259
 9. Tendiendo puentes: la dimensión de la justicia en la cosmovisión de las víctimas ¿Cómo evitar que la judicialización se convierta en una nueva forma de violación de derechos humanos?
Carlos Martín Beristain 275
 10. El derecho a la reparación por violaciones manifiestas y sistemáticas a los derechos humanos de las mujeres
Gaby Oré Aguilar 307
- Notas sobre los autores 327

Presentación

Consejería en Proyectos (PCS por sus siglas en inglés) es una organización de cooperación internacional apoyada por el Consejo Danés para Refugiados, el Consejo Sueco para Refugiados (SWERA) e Inter Pares de Canadá.

PCS, con 25 años de experiencia de trabajo con poblaciones afectadas por conflictos armados internos, apuesta por el establecimiento de procesos de verdad, justicia y reparación integral desde una perspectiva de género e intercultural a favor de las víctimas sobrevivientes que han sufrido violencia sexual. En este marco, PCS desarrolla el programa Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Contextos de Conflicto Armado Interno.

PCS tiene especial interés en promover la discusión y análisis de las distintas estrategias legales desarrolladas a lo largo de los últimos años, para revertir la situación de impunidad frente a la violencia sexual ejercida contra las mujeres durante los conflictos armados internos, en concordancia con los procesos de transición y consolidación democrática; es decir, más allá del restablecimiento de las estructuras formales de la democracia liberal.

En ese marco, los días 9 y 10 de agosto de 2006 se realizó en Lima el Seminario Internacional *Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en contextos de Conflicto Armado Interno*.

El Seminario fue organizado por Consejería en Proyectos (PCS), el Colegio de Abogados de Lima (CAL) y la Maestría en Género, Sexualidad y Políticas Públicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), con el apoyo financiero de la Unidad de Paz y Seguridad, Asistencia Humanitaria – División de Paz y Seguridad de la Oficina Multilateral de Programas de la cooperación canadiense.

Participaron expositores internacionales con amplia experiencia de trabajo en este tipo de violaciones a los derechos humanos de las mujeres, y otros especialistas, activistas y académicos de Perú, Guatemala y Colombia, países prioritarios en el Programa; representantes del Ministerio Público, el Poder Judicial, el Ministerio de Salud, la Defensoría del Pueblo; el Congreso de la República del Perú; así como miembros del movimiento de derechos humanos, el movimiento de mujeres, las universidades y la cooperación internacional.

Los ponentes fueron: María Jennie Dador Tozzini; feminista, abogada; con Maestría en Ciencias Políticas; diplomada en Género, Procesos de Democratización y Derechos Humanos; docente universitaria; investigadora y autora de diversas publicaciones, ensayos y artículos de opinión. Presentó el tema sobre la violencia sexual contra las mujeres en contextos de conflicto armado interno en Perú; describió las diferentes estrategias legales usadas en el país –o que se podrían usar– para dar una solución penal a los casos de violación sexual; así como sus limitaciones.

Samantha Sams, Coordinadora Regional de PCS para Centroamérica y México (CAMEX). Sobre la base de un documento elaborado por Andrea Diez del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala ICCPG, contextualizó la violencia sexual contra las mujeres durante el Conflicto Armado Interno de Guatemala y su tratamiento desde las Comisiones de la Verdad; presentó las estrategias desarrolladas en la búsqueda por justicia, las limitaciones en las respuestas desde los órganos de administración de justicia y la situación continuada de impunidad ante los crímenes cometidos contra mujeres en el contexto del conflicto. Planteó algunos elementos para superar o abordar las limitaciones que pesan sobre los medios probatorios.

Carlos Martín Beristain, doctor en psicología, investigador del proceso de duelo en las comunidades mayas afectadas por la violencia política en Guatemala, con trabajo en El Salvador, México y Perú; quien analizó el proceso de acompañamiento a las víctimas para evitar que la judicialización se convierta en una nueva forma de violación a sus derechos humanos.

El abogado español, Javier Chinchón, profesor de la Universidad Complutense de Madrid, expuso sobre los principios de procedimiento y prueba para casos de violencia sexual en los tribunales penales internacionales. Mariano Fernández, abogado argentino, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y Palermo, quien disertó sobre la jerarquía e incorporación en el derecho interno de las convenciones internacionales.

También expuso el abogado guatemalteco Otto Navarro sobre la documentación de casos de violencia sexual ocurridos en contextos de conflicto armado interno; es asesor legal del Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH) y profesor de la Maestría de Derechos Humanos de la Universidad Rafael Landívar.

La abogada Gaby Oré, Coordinadora del proyecto Género, Justicia y Reparaciones en los Conflictos Armados, financiado por la cooperación española; presentó el derecho a la reparación desde la perspectiva de género. Carolina Loayza, profesora de Derecho Internacional de la Universidad de Lima, desarrolló el tema de la jerarquía e incorporación en el derecho interno de las convenciones internacionales desde la perspectiva interna. Rocío Villanueva, profesora de Teoría Jurídica de los Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, disertó sobre las respuestas del sistema de administración de justicia peruano frente a los casos de violencia sexual contra mujeres ocurridos durante el conflicto armado interno.

Los resultados del Seminario *Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en contextos de Conflicto Armado Interno* nos enfrentan a nuevos retos para impulsar los procesos de justicia, como lograr la flexibilización de los estándares probatorios para los casos de violencia sexual cometidos contra las mujeres durante los conflictos armados internos; la resolución de los conflictos entre las normas nacionales y/o entre éstas y las normas internacionales, optando por aplicar aquella de mayor estándar; es decir, la que garantice una mayor protección de los derechos de las víctimas; el fortalecimiento continuo de estrategias efectivas de trabajo interdisciplinario desde una perspectiva intercultural y de género; así como de información y sensibilización a las/los profesionales del derecho en materia de derechos humanos y particularmente en derechos de las mujeres.

Consejería en Proyectos considera de vital importancia contribuir al debate de estrategias jurídicas para poner fin a la impunidad en este tipo de violaciones a los derechos humanos, recogiendo otras experiencias internacionales y nacionales que mejoren las condiciones de acceso a la justicia para las mujeres víctimas sobrevivientes.

Introducción

Cuando en el 2001 se creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR), no se sabía a ciencia cierta las dimensiones de la violencia política en el país y, menos aún de la violencia sexual contra las mujeres durante el conflicto armado interno. Tampoco se había planteado la posibilidad de analizar los hechos desde una perspectiva de género. Tal como había sucedido en comisiones anteriores, el mandato de la CVR no contemplaba estas aproximaciones ni en sus objetivos ni en sus estrategias de trabajo. En efecto, salvo excepciones como las de Sudáfrica y Guatemala, la experiencia comparada evidenciaba que la perspectiva de género no era una prioridad en los procesos de recuperación de la verdad, la memoria y la justicia ni en las causas judiciales que se habían iniciado al término del trabajo de estas comisiones.

Sin embargo, en la presentación de su Informe Final en el 2003 –y luego de un intenso proceso– la CVR concluyó que la violencia sexual durante el conflicto armado había sido una práctica generalizada en el contexto de masacres y de ejecuciones arbitrarias, de operativos militares o policiales, de detenciones arbitrarias fuera del control formal o de hecho del Ministerio Público y de la desaparición forzada de personas. En el caso específico de la violación sexual, la CVR la consideró una práctica reiterada y persistente. Adicionalmente al capítulo de violencia sexual que daba cuenta de estos hechos, la CVR incluyó un apartado destinado al análisis diferenciado por género del conflicto armado peruano, donde se analizaban los nuevos roles que hombres y mujeres habían asumido en este contexto y se daba cuenta de la invisibilización de la experiencia femenina durante la guerra.

El proceso desarrollado por la CVR y su Informe Final permitió conocer una realidad hasta ese momento ignorada, planteándose posibilidades de reparación para las mujeres, reconociéndose su rol en la resistencia a la violencia e iniciándose la judicialización de los hechos ante las instancias correspondientes. Sin embargo, no fue un proceso fácil sino que requirió un esfuerzo importante de los y las integrantes de la CVR, para entender la validez de la perspectiva de género en el análisis de las violaciones de derechos humanos y en la recuperación de la memoria. Asimismo, debe decirse que la CVR tuvo entre sus insumos fundamentales el trabajo realizado en la Comisión de Esclarecimiento Histórico y el Proyecto Recuperación de la Memoria Histórica de Guatemala, los cuales habían investigado los numerosos casos de violencia sexual contra las mujeres y cuyas conclusiones fueron estudiadas por la CVR como puntos de partida para su propia investigación

Estos avances han tenido impacto a nivel internacional. Por un lado, las comisiones de la verdad que se constituyeron posteriormente, han incorporado una perspectiva de género o una aproximación que privilegia el análisis de la violencia que afecta mayoritaria y específicamente a las mujeres. De hecho, la recientemente creada Comisión de la Verdad y Reconciliación de Liberia estableció específicamente en su norma de creación que la perspectiva de género debería estar presente en su trabajo y funciones, asegurándose que las mujeres estuvieran plenamente representadas en todos los niveles de trabajo de esta entidad. Asimismo, la norma reconoció claramente la necesidad de incluir como hechos de investigación las violaciones a los derechos humanos por razón de género.

De otro lado, en materia de jurisprudencia internacional, los aportes de la CVR han sido recogidos en la reciente sentencia *Castro Castro* contra el Perú, publicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en noviembre de 2006 y que trata sobre casos de ejecuciones extrajudiciales. Esta sentencia hace referencia permanente al Informe de la CVR, especialmente en lo que se relaciona al análisis de género y a las conclusiones del capítulo de violencia sexual, sentando un precedente importante para la protección de los derechos de las mujeres en la región. Marcando un hito importante, la Corte Interamericana reconoció que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres y que algunos de estos actos se dirigieron específicamente a ellas, mientras que otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres.

Nos encontramos, entonces, frente a un proceso a nivel internacional que paulatinamente ha ido reconociendo la perspectiva de género como una

aproximación válida para el estudio de las violaciones de derechos humanos, los procesos de recuperación de la verdad y de justicia, las políticas de reparación y la búsqueda de la reconciliación. No solo se trata del reconocimiento de los derechos de las mujeres en resoluciones y tratados internacionales, sino que se incorpora el género como una perspectiva enriquecedora y válida para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como para los procesos de justicia transicional.

Sin embargo, a pesar de que se vienen produciendo avances fundamentales, existen aún importantes limitaciones y retos pendientes que deben asumirse para la protección adecuada de los derechos de las mujeres, especialmente en situaciones de conflicto armado donde son víctimas permanentes de violencia sexual, tal como viene siendo documentado en el caso colombiano. Lo propio sucede al momento de iniciar la etapa de judicialización y reparaciones que sobrevienen como consecuencia del término de un conflicto armado, situación que actualmente se presenta en el Perú y Guatemala. En el caso peruano, por ejemplo, la CVR presentó 47 casos ante el Ministerio Público para su investigación, dos de los cuales versaban sobre violencia sexual contra las mujeres. Casi cuatro años después, la gran mayoría de los casos sigue en etapa de investigación, los procesos judiciales no se han iniciado y los responsables siguen impunes.

La carencia de una dimensión de género en las políticas de reparaciones, la amplia ratificación de las normas internacionales que reconocen los derechos de las mujeres, la adecuada tipificación interna de la violencia sexual y la actualización de las normas procesales que rigen los procesos de violencia sexual son algunos de los temas pendientes de la agenda. A ellos debe sumarse las dificultades de una documentación adecuada de los hechos y la falta de una sensibilidad de género de los operadores jurídicos, aspectos que contribuyen a la impunidad y que erosionan cualquier avance hacia los procesos de recuperación de la verdad y de reconciliación en condiciones de equidad.

De allí la importancia del Seminario *Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en contextos de Conflicto Armado Interno* que este libro condensa, no solo por las experiencias comparadas que presenta y la información que brinda, sino además porque abre un espacio para la elaboración de nuevas estrategias orientadas a la condena de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres y a la lucha contra la impunidad desde las visiones de los procesos guatemalteco, peruano y colombiano. Partiendo de diversas perspectivas, los y las participantes brindan aproximaciones

interesantes y novedosas tanto al tratamiento de la violencia sexual contra las mujeres, como a su regulación adecuada en un marco de respeto por los derechos humanos y la equidad de género.

En un contexto como el que nos toca vivir diariamente a las mujeres, este esfuerzo marca una diferencia importante entre el olvido y la memoria, entre el reconocimiento y la indiferencia, entre las posibilidades difusas y las acciones concretas. Se trata no solo de recuperar las voces e historias de las mujeres, sino de que sus testimonios tengan un impacto real en las políticas de reparación, en el diseño de la normativa interna, en la elaboración de nuevas políticas públicas y en todos aquellos espacios en que sea necesario reforzar la cultura de la equidad y la no discriminación.

JULISSA MANTILLA FALCÓN
Abogada. Encargada de Género de la CVR del Perú
y consultora internacional en materia
de derechos humanos, género y justicia transicional.

Mujeres sobrevivientes víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado interno en busca de la justicia

María Jennie Dador Tozzini

La Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) se creó el 4 de junio de 2001 mediante el Decreto Supremo 065-2001-PCM con el mandato de investigar las violaciones de derechos humanos ocurridas entre mayo de 1980 y noviembre de 2000. El artículo 3 de este decreto señala que la CVR deberá investigar los asesinatos y secuestros, las desapariciones forzadas, las torturas y otras lesiones graves y las violaciones de los derechos colectivos de las comunidades andinas y nativas del país. Finalmente, la norma incluye “otros crímenes y graves violaciones contra los derechos de las personas”. Si bien la violencia sexual no ha sido expresamente mencionada, esta cláusula abierta permitió su investigación.

El Informe Final estima en 69.280 el número aproximado de víctimas de la violencia, y calcula en medio millón el número de desplazados internos. Mientras que en la mayoría de violaciones de derechos humanos el número de víctimas varones es mucho mayor que el de mujeres, en el caso de la violación sexual el 98% de los casos registrados en la base de datos de la CVR corresponden a mujeres.¹ El total de casos reportados es de 538, de los cuales 527 son mujeres y 11 varones.

Respecto de los perpetradores, alrededor del 83% de los casos de violación sexual son imputables al Estado y aproximadamente un 11% a los grupos subversivos. Además de la violación, fueron formas comunes de violencia contra las mujeres los abortos y los embarazos forzados, los actos

1 *Informe Final CVR*, Tomo VI, p. 199.

de desnudamiento, los golpes y la aplicación de electricidad en los genitales, la servidumbre sexual y las mutilaciones de contenido sexual.

A partir de los testimonios recogidos, la CVR considera que podrían identificarse patrones de comportamiento diferenciado entre los grupos subservivos y los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales.

La violación sexual se produjo en forma masiva en incursiones, masacres y en aquellos territorios donde se instalaban bases militares, aprovechando la detención ilegal y los episodios de tortura, en situaciones en que las mujeres debían negociar por sus vidas o la de sus familiares.

El PCP-SL utilizaba las masacres, la mutilación o el castigo ejemplar (cortes de diversas partes del cuerpo, mutilaciones de contenido sexual y rapados de las mujeres); asimismo, propiciaba las uniones forzadas y el reclutamiento, mecanismo que les permitía acceder a mano de obra gratuita, servicios sexuales y labores domésticas. Uno de los casos más dramáticos es el de las mujeres asháninkas.²

La mayoría de las violaciones se produjeron en los departamentos de Ayacucho, Huancavelica, Apurímac y Huánuco,³ departamentos principalmente rurales y pobres. Así, la iniquidad socioeconómica, étnica y racial, trenzada con el género, hacen que las mujeres indígenas ocupen el último escalón de la pirámide social, situación que se reproduce en el ámbito de la administración de justicia y en el marco del derecho consuetudinario, donde las víctimas de violación sexual tampoco encuentran respuesta.

1. LAS VIOLACIONES SUFRIDAS

La violencia sexual contra las mujeres ha sido naturalizada. Esta expresión de desigualdad y violencia cierta para el no conflicto se hizo más grave en el periodo comprendido entre 1980-2000, sobreviviendo en el post-conflicto.

Pese a las múltiples formas de violencia sexual descritas en el informe de la CVR y los consiguientes daños en la salud sexual y salud reproductiva, así como en los proyectos de vida de la mujeres, la propuesta de reparaciones

2 La CVR señala que de esta población –calculada en 55.000 personas antes del conflicto–, 15.000 se desplazaron hacia las ciudades, 10.000 se refugiaron en otras comunidades, 6.000 murieron y 5.000 fueron secuestradas.

3 *Informe Final CVR*, Tomo VI, p. 267.

contenida en el Informe Final solo contempla entre sus víctimas a quienes sufrieron violación sexual.⁴

1.1 Violación sexual

La violación fue utilizada como una forma de intimidación, castigo, represalia o como instrumento de presión para obtener información. En muchos casos lo que se buscaba era castigar a aquellos varones con los que las mujeres están unidas, o alguna vez lo estuvieron, y que no se plegaban al grupo o que ostentaban cargos públicos:

Delante de mí golpearon a mi madre, a mis hermanas; simularon inclusive que las iban a violar incluso delante de mí. Yo me sentía tan culpable con esta situación... lo que yo empecé a hacer en un comienzo fue autoinculparme... “sí, yo soy todo, pero dejen ustedes a mi familia”.⁵

El mensaje para los varones es: “violo a tu mujer, tu propiedad, te afrento a ti y el honor de tu familia”, además de recordarles que han fallado en su rol de protección. De este modo, la violencia sexual contra las mujeres implica el ejercicio de poder sobre ellas, pero también sobre los hombres. En tanto que a las mujeres de las organizaciones subversivas se las castiga por haber transgredido el milenarismo encierro doméstico. Así, aunque hayan transcurrido más de 200 años desde que Olimpia de Gouges fue decapitada, una vez concluida la gesta de la Revolución Francesa, por “...inmiscuirse en asuntos de la república, ajenos a los de su sexo”, el mandato femenino de la domesticidad exclusiva mantiene todavía vigencia.

Cuando las mujeres quedan embarazadas como consecuencia de la violación y se ven obligadas a llevar a término la gestación, no solo las comunidades las rechazan –lo que constituye otra forma adicional de violencia– sino que “ellas mismas se rechazan y rechazan el ‘producto’ de tales violaciones”, culpabilizándose por no haber resistido la violación y además por haber sobrevivido a otros/as que corrieron peor suerte al haber sido asesinados/as.

4 Informe Final CVR, Tomo IX, pp. 108.

5 CVR. BDI-I P887. En Informe Final CVR, Tomo VIII, p.66.

...los Senchis entraron durante toda la noche golpearme...después comenzó abusarme, violarme, a mi me violaron toda, durante la noche; yo gritaba, pedía auxilio, me metieron pañuelo a mi boca...esa noche me violaron siete (...) bueno examen médico, me dijo que estás abusada, estás embarazada...Yo desde esa fecha me he puesto traumada totalmente...quería matarme, quería tomarme algo,...yo pensaba que entre mí, ese producto, es cuántos, como un mostro será, cuántas tantas personas me han abusado...Yo no quería vivir...⁶

Pese al elevado número de testimonios que dan cuenta de este tipo de vulneraciones múltiples –la violación sexual, la obligación de llevar a término un embarazo, la imposición de la maternidad–, la CVR no consideró la maternidad impuesta en su análisis diferenciado del impacto de la violencia; tampoco formuló recomendación alguna respecto de esta violación a la autonomía reproductiva de las mujeres, más aún si se tiene en cuenta que, en el Perú, el aborto de un embarazo producto de una violación sexual sigue siendo un delito (artículo 120 del Código Penal).⁷

1.2 Descargas de electricidad en genitales

Se aplican descargas eléctricas en partes sensibles del cuerpo, en el caso de las mujeres generalmente en los pezones y en los genitales. Para aumentar la intensidad de la tortura se arrojaba agua a las víctimas.

1.3 Servidumbre sexual

...las chicas tenían la tarea revolucionaria de acudir a las cárceles para atender a los compañeros. No se pueden negar. Lo único que pueden hacer es elegir con quién van a tener relaciones sexuales. Un compañero designa las parejas.⁸

6 Testimonio de la señora Georgina Gamboa García, sesión 8 de abril de 2002, Audiencia de la Comisión de la Verdad.

7 En el distrito de Manta se han registrado por lo menos 32 casos de niños/as cuyos padres son efectivos militares que no los han reconocido. Citado por Katya Salazar, “Género, violencia sexual y derecho penal en el período posterior al conflicto en el Perú”. En *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*. ICTJ, primera edición abril de 2006.

8 *Informe CVR*, Tomo VI, p. 205.

Las mujeres reclusas en las cárceles, ¿recibirían también “atención” sexual de parte de los varones? Al parecer en este punto, el de las necesidades sexuales de los varones, los grupos alzados en armas y las fuerzas policiales y armadas coincidían plenamente.

1.4 Desnudamientos forzados, tocamientos

Consiste en exponer públicamente el cuerpo de la víctima para avergonzarla y violar su intimidad, práctica particularmente ofensiva para las mujeres. Una persona que participó y presenció torturas confirma que se trató de una práctica enseñada:

Cerca de la base había una canchita y ahí teníamos el calabozo. La llevamos ahí y le comencé a preguntar...Estaba amarrada, sentada en la silla, y los pies amarrados a la silla. Desnuda, totalmente desnuda, porque yo leí que en la tortura lo peor que se puede hacer a la persona es desnuda...⁹

...le acariciaban el pelo, le tocaban los senos, la manoseaban metiendo la mano en su pantalón...¹⁰

1.5 Unión forzada

Se fuerza a una persona a unirse en matrimonio o convivencia con otra persona. Se consideraba que con la unión de hecho la violación no era tal, sino que se legitimaba dicho accionar. “Por ello debía unirse con él, para sufrir menos”.¹¹

...so pretexto de que bueno, es la revolución, obligaban a señoritas, niñas que sé yo, a convivir con un compañero a nombre del presidente Gonzalo, a casarse...¹²

9 Testimonio 100168, en que el declarante señala que los hechos sucedieron entre 1991 en el Huallaga cuando servía para el ejército. Informe Final CVR, Tomo VI, p. 181.

10 Testimonio 100081, Lima, Lima, febrero de 1984, *Informe Final CVR*, Tomo VI, p.180.

11 *Informe Final CVR*, Tomo VI, p. 213.

12 CVR. Entrevista en Huancasancos realizada por el área de Estudios en profundidad.

1.6 Mutilaciones de contenido sexual:

Ahí veía como los senderistas les cortaban los senos y les metían cuchillo por la vagina a las mujeres que supuestamente habían sido infieles a sus maridos. A los homosexuales les cortaban el pene antes de matarlos...¹³

Incluso cuando se trata de mujeres de las fuerzas alzadas en armas –llamadas a sí mismas revolucionarias– que transgreden determinadas normas morales –el caso de la infidelidad por ejemplo–, quedan excluidas de la protección. Es decir, había que derrumbar el Estado “burgués”, pero conservar intacto el patriarcado.

A toda esta violencia se agrega la desesperanza y la impunidad, circunstancia que perdura aún terminado el conflicto, por la ineficiencia del sistema de administración de justicia y por la indiferencia de los operadores de justicia, por las amnistías decretadas y por la falta de voluntad política para hacer visible la violencia ejercida en contra de las mujeres.

2. RESPUESTAS JURÍDICAS FRENTE A LOS CRÍMENES SEXUALES

Si bien la CVR no tuvo facultades jurisdiccionales, en algunos casos en los que se señalan presuntas responsabilidades, sus investigaciones muestran que, por lo general, el sistema judicial no utilizó adecuadamente las leyes para defender los derechos de la población víctima de los crímenes y violaciones cometidos por los grupos subversivos o por los agentes del Estado, ni para cautelar el respeto del debido proceso de los derechos de las personas detenidas. Ello, sumado a lo masivo de los crímenes, permite afirmar que la administración de justicia enfrenta un fenómeno que debería ser abordado con instrumentos distintos a los tradicionales.

De los 47 casos entregados por la CVR al Ministerio Público,¹⁴ 2 fueron de violencia sexual contra mujeres: Manta y Vilca (Huancavelica) y Mag-

13 CVR. Testimonio 456739. Distrito Puerto Pisana, provincia Tocache, departamento de San Martín, 1991.

14 En las *Recomendaciones Adicionales del Informe de la CVR*, expresamente se señala: “alentar a que en el más breve plazo (30 días) el Ministerio Público abra las investigaciones correspondientes contra los presuntos responsables de los crímenes investigados...” Tomo IX, p. 84.

dalena Monteza (Lima). Seguramente existen muchos casos más en que la condición de víctima está inmersa en otras figuras delictivas como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, las detenciones arbitrarias. O han quedado al margen por las percepciones que de sí mismas tienen las víctimas en tanto depositarias de la “moral del cuidado” de sus familias y comunidades, antes que de ellas mismas. Por ejemplo, en un caso, en Aucayacu, una mujer acudía cotidianamente al servicio legal en busca de noticias sobre el juicio seguido por la desaparición de su esposo; sin embargo, indagando, resultó que era ella misma una víctima de violación sexual.

Con el objeto de procesar judicialmente estos casos de violaciones, el Estado ha creado un subsistema para investigar y procesar las violaciones de derechos humanos,¹⁵ lo cual constituye un paso importante. Sin embargo, debe superar la falta de presupuesto, los cambios en las competencias territoriales y materiales, la sobrecarga laboral, la desarticulación entre el Ministerio Público y el Poder judicial, así como la falta de jueces y fiscales especializados que sean capaces de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos.

El problema se agrava frente a la persecución penal de crímenes sexuales, cometidos o permitidos por los agentes del Estado hace muchos años, en especiales circunstancias de conflicto, donde la gran mayoría de casos no fueron denunciados en su oportunidad o, si lo fueron, no se registró la evidencia; o donde la obtención de esta última, por lo menos desde las tradicionales exigencias de la teoría de la prueba que privilegia el examen ectoscópico (externo), resulta casi imposible.

En cuanto al registro de la evidencia, cabe mencionar que existen numerosos testimonios que dan cuenta de la complicidad de los médicos legistas que atendieron a mujeres y hombres, al negarse a reconocer las huellas de la violencia sexual y de la tortura:

...como parte de las torturas fue violada. Después de muchos días pidió que la llevaran al médico legista: Yo hablaba y era como si nadie me escuchara. Era como si yo hablara a una pared.¹⁶

15 Resolución Administrativa 170-2004-CE-PJ y Resolución Administrativa 1645-2004-MP-FN.

16 Testimonio 700362, Lima, Lima, febrero de 2004. *Informe Final CVR*, Tomo VI, p.166.

Yo llegué a la puerta...Entonces el médico legista simplemente dijo ¿quién es esa persona?...fulano de tal...¡ah!, entonces el fulano no tiene nada. Además los terrucos no tienen ningún derecho, los terroristas son terroristas, y así estén por mitad de cuerpo, nosotros no justificamos, porque ellos se lo merecen.¹⁷

La inconducta (sic) profesional de los médicos legistas tiene consecuencias particularmente graves en los casos de violación sexual pues condenan el crimen a la impunidad. En un flagrante caso de violación sexual, incluso con consecuencias reproductivas, el informe solo señalaba: “la persona de Ma. Magdalena Monteza, presenta signos de reciente contusión en la región de la rodilla izquierda”.¹⁸

En cuanto a la actuación de los/las fiscales, en los casos en que estuvieron presentes, no hicieron la diferencia. Muchos declarantes sostuvieron ante la CVR que el fiscal en vez de hacer las veces de cautelador de sus derechos fue una autoridad que pasó inadvertida, y en muchos casos convalidó prácticas ilegales.

2.1 La violación como delito contra la libertad sexual

El tratamiento jurídico de estos actos debe ser el mismo que el de los delitos de violación sexual tipificados en el Código Penal vigente al momento de la comisión de los hechos, ya que en el derecho peruano la tipificación del delito de tortura es posterior a los hechos que se pretenden juzgar.

Este fue el tipo penal utilizado por la CVR, cuando presentó ante el Ministerio Público los casos de Manta y Vilca (documenta violaciones ocurridas en 1984) y Ma. Magdalena Monteza (violaciones ocurridas en 1992).

Para el primero de los nombrados, pese al tiempo transcurrido, casi tres años, el Ministerio Público no ha formalizado aún la denuncia; la estrategia de la defensa (IDL) viene trabajando para que los hechos sean juzgados como tortura. En el caso Monteza, la Fiscalía, habiéndose establecido la comisión del delito –ya que la denunciante resultó embarazada y procreó– se encuentra aún en trámite la investigación. Según los últimos actuados se habría oficiado al Ministerio de Defensa, solicitando las fotografías de los

17 Testimonio 100380, Bagua, Amazonas 1992. *Informe CVR*, Tomo VI, p. 166.

18 *Informe Final CVR*, Tomo VI, pg. 166.

efectivos adscritos; siendo revelador el parecido entre la hija de la víctima y uno de los supuestos autores.¹⁹

Esta estrategia obliga a tener en consideración que:

- Los años de mayor incidencia de este tipo de violencia, según datos registrados por la CVR, fueron los años 1984 y 1990.
- Por el principio de legalidad, los actos cometidos en el periodo comprendido entre 1980 y 8 abril de 1991 serían juzgados bajo la aplicación del Código Penal de 1924. Los actos cometidos a partir de abril de 1991 hasta el 2000, serían juzgados bajo la aplicación del Código Penal de 1991 y sus distintas modificaciones.
- En el Código Penal de 1924 el bien jurídico protegido o el interés socialmente relevante y por tanto susceptible de una especial protección legal era la libertad y el honor sexual. Solo a partir de la vigencia del Código Penal de 1991, se considera la libertad sexual como bien jurídico materia de protección.
- Bajo la vigencia del Código Penal de 1924, solo las mujeres podían ser sujetos pasivos del delito de violación, lo que excluye de la protección penal a los varones violados. Si bien la CVR ha identificado 11 casos de varones violados, bajo la modalidad de tortura se han identificado muchos casos más:

El declarante es detenido en julio de 1992, en Huaura (...) en varias oportunidades durante toda la noche, e inclusive me decían tú te crees muy hombre te vamos a volver maricón, y le tiraron al suelo, puso resistencia pero me han sujetado de brazos, piernas y un par de manos separando las nalgas, me echaron algo húmedo y luego sentí como si me introdujeran un palo y lo sacaban y lo metían y yo gritaba. (...) por lo que le echaron agua al cuerpo y le aplicaron electricidad..., luego en los testículos y decían que me iban a castrar.²⁰

La violación sexual a los varones busca quebrarlos emocionalmente, a través del miedo a no ser “verdaderos” hombres: miedo a la feminización, a la homosexualidad y a perder la supuesta potencia procreadora,

19 44 Fiscalía Provincial Penal de Lima, resolución de fecha 2 de mayo de 2005.

20 CVR. Testimonio 700112. Huaura, Lima. 1992. Tomado de Ma. Jennie Dador, *El otro lado de la historia*. Universidad de Chile. Octubre 2005. s/p.

CUADRO 1

Código Penal de 1924	Código Penal de 1991
<p>Artículo 196.- Será reprimido con pena de penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio.</p> <p>Serán reprimidos con penitenciaría o prisión no menor de diez años, que se cumplirá obligatoriamente en una Colonia Penal Agrícola, los que asalten <i>a mano armada, con concierto o banda</i>, con el objeto de hacer sufrir el acto sexual o contra natura.</p>	<p>Artículo 170.- El que con violencia o grave amenaza <i>obliga a una persona</i> a practicar el <i>acto sexual u otro análogo</i>, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.</p> <p>Si la violación se realiza <i>a mano armada y por dos o más sujetos</i>, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años.</p> <p><i>Ley 2825, 08 de junio de 2004:</i> El que con violencia o grave amenaza obliga a una persona a tener <i>acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías</i>, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.</p> <p>La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima. 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.

Fuente: Códigos Penales. Elaboración Ma. Jennie Dador Tozzini. El énfasis es nuestro.

lo que pondría en cuestión el modelo tradicional de masculinidad en la región.²¹ De esta manera, reconocer a un hombre como víctima de violación implicaría feminizarlo, es decir desvalorizarlo socialmente.

21 La masculinidad es el conjunto de atributos, valores, funciones y conductas que socialmente se atribuyen a los hombres como propias en una cultura determinada. Para el caso de América Latina, el modelo hegemónico de masculinidad se presenta como un esquema en donde el hombre se constituye como esencialmente dominante, y que sirve para discriminar y subordinar a la mujer y a otros hombres que no lo adopten. (Benno de Keijzer, 1997)

- Hasta el 2004, la violación sexual se configura exclusivamente por la realización del acto sexual u otro análogo. Es decir, las violaciones sexuales ocurridas antes de la vigencia de esta modificatoria –como sería el caso de aquellas realizadas a través de la introducción de objetos como palos y armas en los orificios anal o vaginal o el sexo oral– serán tipificadas como atentados contra el pudor.²²

Al respecto, el informe de la CVR señala que la acepción contemporánea de violación sexual se ha ampliado. Así, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda consideró que, si bien la violación sexual ha sido definida en las jurisdicciones nacionales como el acto sexual no consentido, el concepto puede incluir actos que involucren la inserción de objetos y/o el uso de ciertos orificios corporales que no se consideran sexuales *per se*. El Tribunal definió la violación como una invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona bajo circunstancias de coerción.²³

Con la promulgación de la Ley 28251, 8 de junio de 2004, el delito de violación sexual se define como: “...el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos vías...”.

CUADRO 2

La violación sexual se configura por:				
Argentina	Brasil	Chile	Colombia	Perú
Acceso carnal por cualquier vía.	Solo penetración vaginal.	A partir de 1999, cualquier tipo de penetración.	A partir de 2000, cualquier tipo de penetración con el miembro viril o un objeto.	Desde 2004, Ley 28251, acceso carnal vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna vía de las anteriores.

Fuente: Base de Datos Atenea. Elaboración Ma. Jennie Dador

22 Tal como ocurrió en el caso de un cirujano plástico que violó a una vedette con una prótesis en el pene, por lo que el hecho fue tipificado y sentenciado como acto contra el pudor.

23 Decisión del 2 de setiembre de 1998. “The prosecutor versus Jean-Paul Akayesu”, caso ICTR-96-4-T, párrafo 596-597. En *Abusaruwanku Violación de Mujeres: silencio e impunidad*. Pp. 56-57.

- Igualmente, con la promulgación de esta misma norma, la 28251, se introduce como circunstancia agravante de la pena, la comisión del hecho por personal de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función.
- El ejercicio de la acción penal fue de naturaleza privada hasta la promulgación de la Ley 27115, 17 de mayo de 1997, en que se modificó y convirtió en acción pública. Esto quiere decir que ya no son las víctimas quienes exclusivamente pueden denunciar los hechos, que no están obligadas a ratificarse en su denuncia ni a pasar por una audiencia de conciliación en la que el juez intentaba avenir a las partes.
- La pena a imponerse podía ser de penitenciaría o prisión no menor de dos años. Y solo a partir de 1991, no menor de cuatro ni mayor de ocho.
- Hasta la promulgación del Código Penal de 1991, el delito de violación se agrava si su comisión se realiza en banda o a mano armada. A partir de la vigencia del Código Penal de 1991, la agravación de la figura solo será posible si el delito se realiza en banda y a mano armada, es decir, que deben concurrir ambas circunstancias. Este último supuesto se mantuvo así hasta la modificatoria del 5 de abril de 2006, en que la Ley 28704 estableció que el delito se agrava aunque solo se dé una de las circunstancias.
- De acuerdo a las normas de la prescripción, artículo 80 del Código Penal, La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

Si bien se observan cambios importantes y positivos en la legislación penal, lamentablemente no son de aplicación para los hechos cometidos en el periodo de violencia política comprendido entre 1980-2000.

2.2 La violación como delito de tortura

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe N° 5/96 de 1 de marzo de 1996 (Caso 10.970-Perú: Raquel Martín de Mejía), reconoció que los actos de violencia sexual constituyen una infracción de la prohibición de la tortura en la medida que aquella práctica se aplique con un fin predeterminado -investigación criminal, intimidación, castigo u otro

propósito basado en razones discriminatorias- y por un funcionario público o un particular a instigación del primero.²⁴

Sin embargo, es importante señalar que no todos los actos de violencia sexual registrados constituyen actos de tortura, sino que algunas formas de agresión pueden ser consideradas tratos degradantes.

La CVR entiende por tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a las prácticas que buscan despertar en las víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, además de humillación y degradación, ya sea que se utilicen como medio intimidatorio, como castigo personal, para intimidar o coaccionar, como pena o como cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación u otro fin. Estas acciones no necesariamente causan sufrimientos físicos o mentales graves como los que resultan de la propia tortura e incluyen tanto agresiones físicas como el hecho de obligar a una persona a cometer actos que transgreden importantes normas sociales o morales.²⁵

Utilizando esta distinción, se puede afirmar que las violaciones sexuales y las descargas eléctricas, así como los golpes en genitales, constituirían actos de tortura, mientras que los actos de desnudamiento, tocamientos, constituirían supuestos de tratos degradantes.

La Ley N° 26926 de 21 de febrero de 1998, introdujo al Código Penal el Título XIV-A, Delitos contra la Humanidad, tipificando el genocidio, desaparición forzada y tortura, dejando fuera los actos de violencia sexual.

Artículo 321°.- El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otros dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

24 Artículo 5 incisos 19 y 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

25 *Informe Final CVR*, tomo VI, p. 143.

Quienes apuestan por esta estrategia de defensa, consideran que, al margen de la fecha de la incorporación del delito de tortura en el ordenamiento penal nacional (21 de febrero de 1998), estos actos deberían ser calificados como tortura, ya que así se encuentran tipificados en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”; y en el artículo 5 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”. Ambos suscritos y ratificados por el Estado peruano en 1978, por lo que constituyen violaciones al derecho internacional de los derechos humanos.

Además, es posible la flexibilización del principio *nulla poena sine lege*, artículo V del Título Preliminar del Código Penal peruano de 1991, según el cual solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley; en base a la aplicación de lo señalado en el artículo 15 inciso 1 del PIDCP: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”. Es decir, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden juzgar, condenar y establecer sanción por figuras delictivas contempladas como tales en el ordenamiento internacional, como es el caso de la tortura.

Esta estrategia obliga a tener en consideración que por el principio de legalidad “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidos en ella” (artículo 2, inciso 24, parágrafo d de la Constitución Política de 1993; artículo II del Título Preliminar del Código Penal de 1991, artículo 2 y 3 del Código Penal de 1924).

2.3 La violación como crimen de lesa humanidad

Existe una tercera estrategia, que es la que se refiere a la posibilidad de juzgar estos actos como crímenes de lesa humanidad.

El informe de la CVR señala que la violencia sexual contra las mujeres constituye un crimen de lesa humanidad al alcanzar, en determinados casos, carácter de generalizado en unos y de sistemático en otros. De esta manera, las responsabilidades alcanzan no solo a los perpetradores directos

(que pueden ser agentes estatales, civiles o miembros de organizaciones subversivas), sino también a sus jefes o superiores.²⁶

Sin embargo, ello supone un mayor estándar probatorio, ya que se tiene que demostrar que la violación sexual contra las mujeres durante la época del conflicto armado interno fue un patrón de violación a los derechos humanos de las mujeres.²⁷ Requiere que las mujeres sean capaces de romper su silencio atreviéndose a denunciar y sostenerse a lo largo del proceso.

Judicializar como crimen de lesa humanidad presenta como límites la necesidad de un mayor esfuerzo probatorio al tener que corroborar la violación sexual como un patrón de violación a los derechos humanos de las mujeres en un período concreto del tiempo y a los actores inmediatos y mediatos (la cadena de mando), y donde las mujeres puedan romper su silencio atreviéndose a denunciar y sostenerse a lo largo del proceso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los informes de Uruguay en 1978 y Chile en 1974, ha establecido que son tres las características que deben verificarse para que determinados actos de violación a los derechos humanos puedan calificarse como sistemáticos: *extensión geográfica*, es posible sostener que los casos de tortura y trato degradante a través de la violencia sexual constituyeron una práctica extendida en determinados departamentos (Ayacucho, Huancavelica, Huanuco, Apurímac, Junín, Cusco, San Martín Ucayali); *reiterancia de la práctica violatoria*: además de los 449 casos de violencia sexual (sic) registrados por la CVR, el informe da cuenta de las 40 Bases Militares y centros de detención donde se perpetraron agresiones sexuales; y *omisión de investigación y sanción*: a pesar de las denuncias, no se conoce de sanciones a estos infractores.²⁸

Otro obstáculo es que la jurisprudencia nacional²⁹ ha puesto trabas a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, haciendo primar el principio de legalidad: se aplica la norma nacional vigente en el momento de la comisión de la violación.

26 *Informe CVR*, Tomo VI, p. 194.

27 La sentencia en el caso Dusko Tadic señala que “la violación y el abuso pueden considerarse parte de una campaña generalizada de terror contra la población civil. Cabe señalar que de acuerdo con esta sentencia no es necesario probar que la violencia en sí misma tenga estas características”. En *Informe Final CVR*, Tomo VI, p. 198.

28 Informe Defensorial Nro 80. *Violencia política en el Perú: 1980-1996. Un acercamiento desde la perspectiva de género*. Defensoría del Pueblo de Perú. Pp.s 123 ss.

29 La sala penal de la Corte Suprema en el caso Accomarca.

3. LIMITACIONES QUE PESAN SOBRE LOS MEDIOS PROBATORIOS

La CVR señala que frente a los pocos casos denunciados fue muy difícil establecer algún grado de prueba, ya que fueron pocos los exámenes legales tomados en el tiempo adecuado de la denuncia y menos aun que acreditasen lesiones³⁰ de naturaleza sexual.

Nuevos insumos que en el marco del derecho internacional y el derecho internacional humanitario (Tribunales Penales Internacionales, Corte Penal Internacional) provean un equilibrio entre el trato respetuoso y digno a las víctimas durante el proceso judicial, y las garantías del acusado a un juicio justo:

- Examen psicológico adecuado, de tal forma que se pueda dar cuenta del daño producido en la salud mental (presencia de síndrome postraumático de violación).
- Una vez identificadas las víctimas, otro tema complicado es la obtención de sus testimonios. Por el tipo de delito, hay mucho miedo y vergüenza a hablar de lo que pasó, en particular para las mujeres de las zonas rurales. Para ello se requiere:
 - Crear un vínculo de confianza con las víctimas.
 - Explicarles de qué se trata el proceso judicial.
 - Cómo les favorecería a ellas y a otras mujeres.

En la práctica no es nada sencillo, pues las mujeres se niegan a recordar lo que les pasó; además, la mayoría ya está casada y los esposos e hijos/as no saben lo que les pasó.

- No es necesario probar el uso de la fuerza física abrumadora; lo cual es muy importante, pues la práctica judicial nacional suele exigir que la víctima demuestre que resistió y se defendió con todas sus fuerzas, obviando que el delito se configura por violencia o grave amenaza.
- Sobre la prueba del consentimiento: no se debe inferir el consentimiento del silencio o falta de resistencia de la víctima; de las palabras o conducta de la víctima cuando hubo fuerza, amenaza de fuerza o circunstancia coactiva.

- No se debe admitir la prueba del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima.³¹
- El testimonio de la víctima no requiere corroboración en relación con los crímenes de violencia sexual.
- Se debe permitir el acompañamiento a las víctimas cuando estas prestan testimonio en el juicio.
- Representación equilibrada de ambos sexos y conocimientos especializados en materia de género y violencia sexual.

31 “Si bien la agraviada consintió en establecer las circunstancias perjudiciales que luego desencadenaron en su perjuicio, lo cual es conocido en el ámbito de la criminología con el concepto de la víctima precipitadora o víctima propiciatoria, respeto de la cual se admite y configura una actitud bizarra y de descuido y falta de autocuidado en cuanto a su propia integridad generando situaciones de peligro a su persona...” (Exp. N° 6952-06, 2do. JPPR, Lima)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE PERÚ

2004 Informe Defensorial N°80. *Violencia política en el Perú: 1980-1996. Un acercamiento desde la perspectiva de género*. Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional. Lima, Defensoría del Pueblo del Perú.

MANTILLA, Julissa

2003 *Abusaruwanku Violación de Mujeres: silencio e impunidad*. Movimiento Manuela Ramos.

SALAZAR, Katya.

2006 “Género, violencia sexual y derecho penal en el período posterior al conflicto en el Perú”. En *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*. Lima: ICTJ, primera edición abril de 2006.

Mujeres mayas abren camino: la búsqueda por la justicia ante el sistema de impunidad en Guatemala

Andrea Diez

1. EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

El conflicto armado interno se inició en Guatemala en la década del sesenta hasta la firma de la paz, en el año 1996, con un saldo de entre 132 mil a 200 mil personas asesinadas,³² concluyéndose en la existencia de genocidio.³³ Las causas del conflicto se ubican fundamentalmente en la constitución (desde la conformación como república) de un Estado autoritario representante de las minorías económicas, excluyente de la mayoría de población indígena empobrecida por las restricciones impuestas, fundamentalmente, al acceso a la tierra. Guatemala contó en el último siglo con una serie de gobiernos militares o seudodemocráticos, que dirigieron sus políticas al mantenimiento de los privilegios de una minoría económica.

Es entre los años 1979 y 1983, durante los gobiernos de los generales Romeo Lucas García y Efraín Ríos Montt, en que se intensifica una política

32 Según el REMHI, el saldo del conflicto armado interno en Guatemala iniciado en la década del sesenta – que tuvo su recrudecimiento en la década del ochenta con una política gubernamental de ejecución de masacres– dejó un saldo de “150 mil muertos, 50 mil desaparecidos, 1 millón de desplazados internos, 100 mil refugiados y 200 mil niños huérfanos. Tres de cada cuatro víctimas de la guerra eran indígenas”. Por su parte, la CEH identificó la existencia de 132 mil víctimas entre los años 1978 y 1996.

33 La comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) concluyó la existencia de genocidio en Guatemala en base a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la ONU el 9 de diciembre de 1948 y ratificada por el Estado de Guatemala en virtud del Decreto 704, el 30 de noviembre de 1949.

contrainsurgente del Estado que viola los derechos humanos fundamentales de la población. Entre ellas se destaca una escalada de represión selectiva en las áreas urbanas con detenciones ilegales, desapariciones y torturas de líderes (hombres y mujeres) estudiantiles, sindicales, etc., y la identificación por parte del Ejército de grupos del pueblo maya como enemigo interno, porque consideraba que podían constituir la base de sustento de la guerrilla. En este período se produjeron cientos de masacres indiscriminadas contra las comunidades indígenas.

2. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES DURANTE EL CONFLICTO

Dos informes fueron elaborados sobre las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno en Guatemala. El primero, publicado en 1998, correspondió al Arzobispado de Guatemala y se denominó *Recuperación de la Memoria Histórica, Guatemala Nunca Más* (en adelante REMHI). El segundo, denominado *Guatemala, Memoria del Silencio*, fue publicado en el año 1999, y correspondió a la Comisión de Esclarecimiento Histórico (en adelante CEH), organismo derivado de los Acuerdos de Paz y creado con la participación de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Ambos informes incluyeron dos capítulos específicos sobre el uso de la violencia sexual contra las mujeres por parte de las fuerzas contrainsurgentes del Estado. En el REMHI, a instancias de Yolanda Aguilar – feminista y activista guatemalteca– se incluyó el capítulo “De la violencia a la afirmación de las mujeres”, donde se documenta con testimonios el uso de la violencia sexual como tortura contra las mujeres detenidas y las violaciones sexuales masivas en el área rural. También se registra cómo las mujeres iniciaron un valiente proceso de reconstrucción y liderazgo a partir de la violencia.

En la CEH, el capítulo se denominó “Violencia sexual contra la mujer”, y distingue dos formas de utilización de la violencia sexual por parte del Ejército de Guatemala, especialmente entre los años 1981 y 1983: 1) Las violaciones sexuales masivas contra mujeres mayas y 2) las violaciones sexuales en contexto de represión selectiva. También se documenta el castigo y aislamiento que sufrieron las mujeres indígenas por parte de sus comunidades por ser sobrevivientes de abusos sexuales.

El uso de la violencia sexual fue reconocido en ambos informes como una práctica sistemática, generalizada, planificada y ejecutada como acto de

exterminio. Para su ejecución existió un entrenamiento castrense específico. Ninguno de los dos informes incluyó, dentro de sus recomendaciones, acciones específicas en relación con la violencia sexual.

Ambos informes reconocen, por último, la existencia de un subregistro de los hechos de violencia sexual cometidos contra las mujeres porque a) no existió una intención inicial de documentar los casos por parte de REMHI y CEH, por lo cual muchas veces no se preguntó o se preguntó mal, b) porque estos hechos eran considerados como menores –se naturalizaron– tanto por parte de quienes recogían los testimonios como por las mismas víctimas y c) porque las mujeres tenían hablar por la posible estigmatización social.

A pesar de estos inconvenientes de origen las mujeres igualmente hablaron, por lo que se pueden conocer los siguientes hechos violatorios a sus derechos humanos:

- Ejecuciones extrajudiciales: El Estado ejecutó a 30.500 mujeres aproximadamente (23% del total de ejecutados) con disparos de arma de fuego; golpes con palos, armas o machetes; por degollamiento, y mediante fuego (quemadas vivas en una escuela o casa luego de ser capturadas).
- Detención ilegal y desapariciones: el 12% de las personas desaparecidas y el 23% de las personas detenidas ilegalmente eran mujeres.
- Torturas: Además de la violación sexual las prácticas de tortura habituales contra las mujeres fueron golpizas, asfixia bajo el agua o en baldes de excrementos, descargas eléctricas, simulación de ejecuciones, entre otras.
- Desplazamiento interno y muerte como consecuencia de aquel: Del millón y medio de personas (aproximadamente) obligadas a desplazarse, el 51% eran mujeres, las que en una cantidad indeterminada murieron en ese contexto de hambre, enfermedades, o por el acoso del Ejército.
- Violaciones sexuales: En contexto de represión masiva (masacres) se produjeron hechos de violencia sexual,³⁴ reiterados, masivos, múltiples

34 Para una mejor comprensión, se estableció la siguiente clasificación:

- a) Hecho de violación sexual: cualquier acto de índole sexual cometido bajo coacción por una persona contra otra persona perpetrado una sola vez.
- b) Hecho de violación sexual reiterado: cualquier acto de índole sexual cometido bajo coacción por una persona contra otra persona en más de una oportunidad por el mismo victimario contra la misma persona.
- c) Hecho de violación sexual masiva: cualquier acto de índole sexual cometido bajo coacción contra más de una víctima, generalmente en forma simultánea. En este caso, “el hecho” implica la existencia de varias violaciones sexuales y se define por la cantidad de víctimas.

y/o públicos en las casas de las víctimas; en escuelas, iglesias o centros comunitarios donde eran reunidas las mujeres separadas de los hombres; en descampados cercanos a la aldea. Durante las masacres los hechos se producían generalmente en el momento de arribo a la comunidad y en las horas previas al inicio de las ejecuciones masivas. Los mismos hechos se produjeron en contexto de represión selectiva. El REMHI recibió el reporte de “92 denuncias de violación sexual, incluyéndose la violación como causa de muerte, como tortura y esclavitud sexual con la violación reiterada de la víctima”.³⁵ La CEH obtuvo un registro de “1.465 hechos de violación sexual”.³⁶ Por la estigmatización que sufrieron las víctimas y el contexto anteriormente mencionado, ninguna de estas cifras refleja la verdadera magnitud de las violaciones sexuales.

- Esclavitud sexual y trabajos forzados: Se produjeron hechos de esclavitud sexual³⁷ en oportunidad de cometerse masacres en periodos de tiempo que van desde un día hasta cuatro días (la mayoría de las víctimas fueron posteriormente ejecutadas); y en contexto de detención, tanto en áreas rurales como urbanas, en periodos que van desde los dos días hasta meses -muchas mujeres eran liberadas y posteriormente recapturadas- en cárceles, destacamentos militares y áreas de refugio. Asimismo, las mujeres sobrevivientes fueron obligadas a cocinar, limpiar, lavar y bailar para los soldados.
 - Uniones forzadas con captores o torturadores.
 - Amputación y mutilación de sus órganos sexuales.
- d) Hecho de violación sexual múltiple: cualquier acto de índole sexual cometido bajo coacción por más de un perpetrador. En este caso, “el hecho” implica la existencia de varias violaciones sexuales y se define por la cantidad de perpetradores.
- e) Hecho de violación sexual pública: cualquier acto de índole sexual cometido bajo coacción en contexto público (calle, parque, etc.) y/o en presencia de otras personas. En este caso se define por el contexto.
- 35 Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. Informe Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, *Guatemala Nunca Más*, Tomo I, Impactos de la violencia (Guatemala: ODHAG, 1998), 210.
- 36 Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala Memoria del Silencio*, Tomo III, Las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia (Guatemala: UNOPS, 1999). 23.
- 37 Cualquier acto de índole sexual cometido bajo coacción contra una persona por uno o varios perpetradores reiterados en un periodo largo de tiempo en condiciones de detención o de retención mediante el uso de armas de fuego o similares, la amenaza de muerte a ella o a cualquiera de sus familiares. En este caso se define por la reiteración de hechos de violación sexual y por la extensión en el tiempo de los hechos.

3. EL USO DE LA VIOLENCIA SEXUAL POR PARTE DEL EJÉRCITO DE GUATEMALA

Los hechos de violencia sexual antes mencionados fueron empleados por las fuerzas de seguridad de Guatemala como parte de su política contrainsurgente para:

- Eliminar física y moralmente a las mujeres que consideraban como enemigo interno.
- Castigar física y moralmente a las mujeres que consideraban como enemigo interno o como de mucha peligrosidad porque se organizaban en reclamo de justicia, o por cualquier otro rol que no era el tradicionalmente considerado para ellas.
- Castigar física y moralmente a las mujeres que eran consideradas esposas, madres, hijas o hermanas del enemigo interno (los guerrilleros).
- Castigar a través de ellas a los hombres que eran considerados el enemigo interno.

Los responsables sindicados por testigos y sobrevivientes de los hechos de violencia sexual son soldados del Ejército, kaibiles, mandos medios del Ejército pero a cargo de una operación específica, en especial tenientes y oficiales, patrulleros de autodefensa civil y comisionados militares.

Integraban el Ejército egresados de las escuelas militares, mayormente varones indígenas reclutados forzosamente. Asimismo, el Ejército organizó bajo la denominación de patrulleros de autodefensa civil a varones indígenas que vivían en las comunidades y que bajo amenaza de muerte tenían la obligación de controlar el ingreso de la guerrilla. Sin embargo, muchos de ellos adquirieron posteriormente una convicción propia en la ejecución de violaciones a los derechos humanos. Por último, los kaibiles eran un cuerpo altamente profesionalizados en la lucha contrainsurgente. Todos fueron entrenados para la ejecución de violaciones sexuales.

4. SECUELAS EN LA VIDA DE LAS MUJERES

Como consecuencia de estas violaciones a sus derechos humanos, las mujeres sufrieron, además, las siguientes consecuencias: 1) embarazo no deseados, 2) enfermedades de transmisión sexual y pérdida de la capacidad reproductiva, 3) orfandad, traslado forzoso y reducción a la servidumbre

(niñas), 4) pérdida del vínculo con la comunidad y sus familiares y pérdida de sus bienes materiales, 5) viudez³⁸ y 6) estigmatización y aislamiento por haber sido víctima de abusos sexuales.³⁹

5. FIRMA DE LA PAZ

En el año 1996 se firmó el Acuerdo de Paz Firme y Duradera, suscrito entre el gobierno de Álvaro Arzú y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), tras cuatro años de diálogo y cinco de negociaciones, con la participación de la sociedad civil y de la ONU como moderador. Los acuerdos son un conjunto de compromisos que contienen reformas de carácter político, socioeconómico y cultural.⁴⁰ Incluyen compromisos específicos dirigidos

- 38 La extrema vulnerabilidad en que quedaron las mujeres mayas luego de que fueron asesinados sus esposos, debe enmarcarse en las relaciones intergeneracionales existentes en forma previa al conflicto y que se agudizaron con este. Existe una marcada dependencia económica y de acceso a los recursos simbólicos de parte de las mujeres con respecto a los hombres. El varón es quien controla el intercambio comercial, la tenencia y/o propiedad de la tierra, la herencia (patrilineal) y el dominio del idioma español. Al quedar viudas, las mujeres quedaron empobrecidas y aisladas. Al mismo tiempo, la condición de viudez hizo que las mujeres adquirieran una fortaleza y un liderazgo que se mantiene hasta la actualidad, sobre todo en la búsqueda de justicia por sus familiares asesinados.
- 39 Entre los efectos personales se destacan la permanencia en el tiempo del miedo, la vergüenza, el sentimiento de fatalidad ligado al de inevitabilidad, la culpa, el estrés postraumático, culpabilidad, miedo, silencio y enfermedades psicosomáticas. Entre los efectos sociales se destacan el silenciamiento, la culpabilización y penalización, la estigmatización y el aislamiento. Los discursos culpabilizadores provinieron de esposos y familiares, en su mayoría varones, y se centraron en que las sobrevivientes no pudieron evitar los hechos, o bien que los provocaron saliendo de sus casas o porque asumieron actitudes impropias de su condición de género (confirmando así la intencionalidad de castigo originaria de los perpetradores). Entre las acciones penalizadoras se destaca el abandono de la familia, del esposo (divorcios forzados) o la comunidad – o el autodesierto, ya que muchas mujeres debieron abandonar la comunidad ante el miedo de ser señaladas como mujer violada – y los castigos verbales (por ser mujer usada) o corporales (golpes) por parte de sus esposos.
- 40 Los puntos relevantes versan sobre derechos humanos, reasentamiento de las poblaciones desarraigadas, identidad y derechos de los pueblos indígenas, aspectos socioeconómicos y situación agraria, fortalecimiento del poder civil y función del Ejército. Sobre la violencia sexual solo se incluyó **promover una legislación que tipifique el acoso sexual como delito y considere como un agravante en la definición de la sanción de los delitos sexuales el que haya sido cometido contra una mujer indígena.**

a promover la equidad de género,⁴¹ como resultado de la participación de mujeres, aun cuando estuvieron subrepresentadas en el proceso de paz. Con anterioridad a la firma de la paz, muchas mujeres que provenían de la guerrilla se integraron al movimiento feminista porque no encontraron espacio en el movimiento guerrillero para sus reivindicaciones de género. Entre ellas se destaca el Sector de Mujeres, que se conformó como parte de la Asamblea de la Sociedad Civil, y cuya misión era elaborar recomendaciones sobre el contenido de los acuerdos. La articulación de demandas específicas relacionadas con la violencia y la justicia de género se produjo cuando se llevó a cabo la redacción de los informes REMHI y CEH.

Un disparador fue la realización de un tribunal de conciencia de las mujeres, donde una docena de sobrevivientes dieron su testimonio, a fines de 1998. Asimismo, se gestó en ese momento un importante movimiento para hacer visible la violencia intrafamiliar, exigir cambios legislativos⁴² y proveer de atención adecuada a las víctimas.

6. LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA ACTUALIDAD

Luego de la firma de la paz no se modificaron, sustancialmente, las condiciones estructurales que originaron el conflicto armado interno en Guatemala. Así, la cultura de la violencia adquirió nuevas dimensiones y formas, y nunca abandonó el sello distintivo de violencia altamente sexualizada. Actualmente, las mujeres guatemaltecas continúan siendo sobrevivientes de una violencia de género que se expresa, fundamentalmente, en violencia intrafamiliar, violencia sexual y en un incremento notorio en los últimos años de muertes violentas de mujeres, lo que algunas organizaciones han denunciado como feminicidio. A ello se suma la persistencia de extremas desigualdades entre la población indígena y ladina (mestiza) y entre hombres y mujeres.⁴³

41 A casi diez años de la firma de la paz, el cumplimiento de los acuerdos ha sido irregular y muy limitado. No se han impulsado las transformaciones sociales profundas dirigidas a erradicar las causas que dieron origen al conflicto.

42 Como la Ley 97-96 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, y los cambios en el Código Penal que modificaron algunas consideraciones sexistas como la “honestidad” de las víctimas de violación.

43 Al año 2002, el 1,5 % de la población era dueña del 62,5 % de la tierra productiva. Del total de tierras en propiedad de indígenas (23,6 %) apenas 6,5 % tiene jefatura

En el año 2002 la violación (3.293 casos, el 1,38%) fue el octavo delito más denunciado,⁴⁴ seguido de robo, lesiones y amenazas –que pueden englobar los casos de violencia intrafamiliar– hurtos, homicidio simple, estafa y apropiaciones indebidas. No existen datos certeros sobre las denuncias de violencia intrafamiliar –ni voluntad política por registrarla–, pero en el año 2002 solo la Fiscalía de la Mujer de la capital recibió 9.324 denuncias por este motivo.⁴⁵

En el año 2002 se registraron, según informes de la prensa nacional, entre 250 y 350 muertes violentas de mujeres.⁴⁶ En el año 2005, sobre un total de 9.484 muertes violentas,⁴⁷ 1.142 correspondieron a mujeres, es decir, el 12,05%.⁴⁸ De ellas el 55,69% correspondían a mayores de 26 años. Es innegable la existencia de un crecimiento cuantitativo, paralelo al de las muertes violentas en general. También se destaca la extrema crueldad de los crímenes. Al igual que durante el conflicto armado, los cuerpos desnudos de las mujeres, con signos de violencia sexual o descuartizados, son hallados en diferentes partes de la ciudad.

7. LA ACTUACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA

El sistema de justicia guatemalteco ha sido señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en casi todos sus informes por la elevada

femenina. Del total de la población femenina el 59% habita en zonas rurales y el 48% es indígena. Paralelamente, el 20% de los hogares del país está a cargo de mujeres. El índice promedio de analfabetismo entre las mujeres indígenas es del 51,5%, y la deserción escolar de las niñas alcanza el 81,5% en el área rural y el 50% en el área urbana. La no atención en el parto es la primera causa de mortalidad materna (53 %) seguida por infección o mala atención del parto (17 %) y complicaciones por aborto (14 %), lo que revela el casi nulo interés del Estado en proteger la vida de las mujeres.

44 Ministerio Público República de Guatemala (2003). *Memoria de Labores 2002*. Guatemala: Ministerio Público.

45 Informe presentado por la Fiscalía de la Mujer, Niñez y Adolescencia Víctima a la reportadora especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, Yakin Ertürk. Guatemala, febrero de 2004. A pesar de que la ley establece un mecanismo específico de registro, el Ministerio Público no lo emplea.

46 Los datos no son oficiales, pero esa es la estimación dada por la prensa.

47 El Ministerio Público informó dos cifras, la primera de 10.241 (sin desagregar por sexo), pero al pedido de especificación el número asciende a 9.484. Una muestra más de la carencia de registros certeros por parte del sistema de Justicia.

48 Este es el número de casos recibido por el Ministerio Público en toda la República. La cifra puede ser menor dado que pueden estar incluidos casos de accidentes que son igualmente ingresados.

cantidad de denuncias de delitos graves que son archivadas, la inexistencia de garantías de imparcialidad por parte de los juzgadores, la escasa o casi nula investigación por parte del Ministerio Público, la denegación de justicia mediante procedimientos dilatorios y la impunidad estructural para los casos de violaciones a los derechos humanos.⁴⁹

Con relación al tratamiento dado a los delitos sexuales denunciados por las mujeres, se registran las siguientes características:

- Según el CPP, a la mayoría de los delitos sexuales cometidos contra mayores de edad puede aplicárseles medidas desjudicializadoras, por lo que desde una perspectiva de política criminal, esos delitos son valorados como delitos de bajo impacto social.⁵⁰
- Sin embargo, en la práctica, esas medidas son poco empleadas. La salida mayormente utilizada por los fiscales para estos delitos es el Archivo (por desistimiento⁵¹ de la actora), aunque en realidad se suscribieron acuerdos extrajudiciales generalmente mediante el pago de montos ínfimos.⁵² La mayoría de los desistimientos son forzados por el agresor, por su abogado, por su entorno, por la familia de la víctima, y por los fiscales, destacándose su uso en el caso de menores de edad, aunque es ilegal.
- La persecución penal se limita a la obtención de declaraciones testimoniales y al examen médico forense, cuyo acceso es dificultoso para las mujeres porque la cobertura es insuficiente. Los fiscales no acuden mayormente a la escena del crimen. El sistema de justicia no realiza aún examen de ADN. Las fallas y el desinterés del MP en investigar también se registra en otros delitos graves, aun de acción pública, como los homicidios y asesinatos.

49 Ver: Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Justicia e inclusión social. Los desafíos de la democracia en Guatemala*. Washington DC: Secretaría General, Organización de los Estados Americanos.

50 Los mecanismos que pueden aplicarse para los delitos de violación son: criterio de oportunidad, mediación, suspensión condicional de la persecución penal y conversión de la acción. También puede aplicarse el procedimiento abreviado.

51 La acción para la mayoría de los delitos sexuales cometidos contra mayores de edad es pública dependiente de instancia particular. En cambio, para los cometidos contra menores de edad, la acción es pública.

52 Se valora como positivo que en el año 2005 el Ministerio Público haya emitido una instrucción específica para el tratamiento de delitos sexuales que recomendaba a los fiscales abstenerse de emplear estas medidas.

- La prueba mayormente valorada por los tribunales sigue siendo el examen médico forense, que se limita a indicar la existencia o no de himen y de lesiones en el área vulvo-vaginal. Aunque también se han producido condenas en casos de abusos deshonestos mediante peritajes psicológicos de las víctimas, este criterio se aplica solo para los casos de menores de edad.⁵³
- Hasta el año 2005, cuando se presentó una inconstitucionalidad que aún no tiene resolución en firme, estaba en vigencia un artículo del Código penal que permitía la extinción de la acción penal en el caso de víctimas mayores de 12 años de edad si el agresor se casaba con la víctima.
- Si bien se ha constituido en un avance que el bien jurídico protegido se haya modificado a “delitos contra la libertad y la seguridad sexuales” (aún queda sin embargo el título “contra el pudor”), la totalidad de los delitos sexuales incluidos en el CP de Guatemala deben modificarse en forma integral, tanto en su definición como por la incongruencia existente en relación a las penas.⁵⁴

8. CAUSAS DE DERECHOS HUMANOS PRESENTADAS ANTE EL SISTEMA NACIONAL DE JUSTICIA

Entre los años 1992 y 2001 fueron presentados ocho casos⁵⁵ ante el sistema nacional de justicia por violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado interno. Dos casos corresponden a masacres (Río Negro y Dos Erres), dos a genocidio –que incluyen diversas masacres–: una por diversas violaciones a los derechos humanos cometidas por un ex Patrullero Civil o

- 53 De 19 sentencias ejecutoriadas estudiadas en el año 2003 sobre delitos sexuales, 17 correspondían a víctimas menores de edad y solo dos a mayores de edad. De la totalidad de víctimas (21), 19 no eran sexualmente activas, lo que indica que la selectividad del sistema para este tipo de delitos apunta a menores de edad que no han tenido previamente relaciones sexuales.
- 54 Por ejemplo, las víctimas de violación sexual solo pueden ser mujeres, el rapto todavía está tipificado y hay incongruencia en las penas (el proxenetismo tiene pena de multa, por lo cual la resolución de estos casos es el pago de montos ínfimos en el juzgado de paz). Ver anexo 1 de tipificación penal.
- 55 El presente número excluye la significativa cantidad de casos iniciados por aparición de cementerios clandestinos o exhumaciones, la mayoría de los cuales se encuentra en análisis a cargo de CONAVIGUA.

comisionado militar (Cándido Noriega), una por existencia de un cementerio clandestino, de la que se derivan diversas violaciones a los derechos humanos (San Andrés Sajcabaja), y dos que fueron presentadas por mujeres por violaciones a sus derechos humanos o a sus familiares por parte de miembros del Ejército y PAC's (Diana Ortiz y Fabián Alvarado Corazón).

De ellas, solo tres han llegado a sentencia: masacre de Río Negro, Cándido Noriega y Fabián Alvarado Corazón. Todas fueron condenatorias contra 3 patrulleros de auto defensa civil y 2 comisionados militares por los delitos de asesinato y homicidio. Solo en una se acusó por violación (Cándido Noriega), pero fue absuelto por este delito. En consecuencia, no existe hasta la fecha en Guatemala ninguna condena por violaciones sexuales cometidas durante el conflicto armado interno, y las existentes (por delitos contra la vida) fueron dadas contra perpetradores directos (paramilitares), no así contra algún responsable jerárquico del Ejército.

La intención original de la totalidad de las causas es la búsqueda de justicia por ejecuciones extrajudiciales, asesinatos y desapariciones. Así, solo en tres denuncias se incluyeron originalmente los hechos de violencia sexual, aunque las violaciones sexuales se produjeron efectivamente en todos los casos presentados. Si bien en un solo caso se acusa, en la totalidad de los casos existen entre uno y diez testimoniales que dan a conocer dichas violaciones.

Causas sin acusación:

En la causa por las masacres de Dos Erres (originalmente presentada por existencia de un cementerio clandestino) –que actualmente está detenida por amparos de la defensa–, existen testigos directos (ex kaibiles) de hechos de violencia sexual masivos y múltiples y de las órdenes de reparto de mujeres por parte de los oficiales a cargo. Se identifican a 9 kaibiles como perpetradores, aunque su captura fue solicitada por asesinato. La querella aún se encuentra evaluando si se acusará por violación. En las dos causas de genocidio, en cambio, las violaciones sexuales son incluidas en la denuncia como actos constitutivos de genocidio⁵⁶ y como delitos contra los deberes

56 “Comete delito de genocidio quien, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso, efectuare cualquiera de los siguientes hechos:

1. Muerte de miembros del grupo.
2. Lesión que afecte gravemente la integridad física o mental de miembros del grupo.
3. Sometimiento del grupo o de miembros del mismo a condiciones de existencia que puedan producir su destrucción física, total o parcial.

de la humanidad.⁵⁷ No se constituyó en un impedimento para la querrela incluirlos a pesar de que ninguna de las dos tipificaciones incluye expresamente la violación sexual. En la causa por genocidio contra Ríos Montt se destaca la existencia de 11 testigos directos y una víctima directa. De ellos, solo dos son mujeres. Se deduce una mayor disponibilidad de hablar de testigos presenciales varones, presumiblemente porque continúan siendo la voz autorizada del grupo, incluso para referirse a las violaciones sexuales.

Causas con acusación:

En el caso contra Fabián Alvarado Corazón, pese a que la víctima incluyó dos hechos de violencia sexual en la denuncia (contra su madre y ella misma) y quería acusar, el criterio de la querrela fue retirar este delito. Según se informó, ante la inexistencia de un examen médico forense —que había sido solicitado por el tribunal— el fiscal quería pedir la clausura definitiva por este delito y la querrela optó por la clausura provisional. En síntesis, de parte del órgano acusador se privilegió de forma absoluta el conocido *criterio de los jueces* de la dependencia del examen médico forense, sin llegar a plantearse la posibilidad de, justamente, sentar jurisprudencia presentando un caso de violencia sexual en que se valore la palabra de la persona sobreviviente como prueba mayor.

En el caso de la masacre de Río Negro (con sentencia contra dos patrulleros y un comisionado) no se acusó por este delito, pese a que la misma sentencia da valor probatorio a un testigo que vio en forma directa cómo violaban a una mujer. En este caso, según informó la querrela, no se acusó por la imprecisión de los testigos al narrar las violaciones, lo que no sucedía con los asesinatos. La existencia de una fosa, donde los cuerpos de las mujeres fueron hallados sin ropa, no era suficiente para presentar acusación, siempre según la querrela, debido a un criterio jurídico de los juzgadores

4. Desplazamiento compulsivo de niños o adultos del grupo a otro grupo.
5. Medidas destinadas a esterilizar a miembros del grupo o de cualquiera otra manera impedir su reproducción.

El responsable de genocidio será sancionado con prisión de 30 a 50 años.” Artículo 376 del Código Penal de Guatemala.

- 57 Delitos contra los deberes de humanidad: Quien violare o infringiere deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante acciones bélicas, o que cometiere cualquier acto inhumano contra población civil, o contra hospitales o lugares destinados a heridos, será sancionado con prisión de veinte a treinta años.” Artículo 378 del Código Penal.

de considerar los crímenes ocurridos en el conflicto armado como delitos comunes y por fuera de ese contexto. Se destaca en esta causa el hecho de que, aunque la fosa contenía 143 cuerpos (58 mujeres y 85 niños), la sentencia es condenatoria solo por el asesinato de dos mujeres, que fueron los cuerpos que se podían identificar fehacientemente. En todo momento el tribunal pidió certificados de nacimiento y de defunción de las víctimas.

En la causa contra Cándido Noriega, la única en que se acusó, se absolvió por el delito de violación porque no existían otros medios de prueba para corroborar el relato de la víctima directa. El tribunal consideró que efectivamente la testimonante fue violada, pero que no podían asegurar, con su sola declaración, que el perpetrador fuera el imputado.

Se pueden considerar los siguientes patrones de actuación:

1. En la totalidad de las causas existieron amenazas, intentos de secuestro, y acoso a testigos, organizaciones querellantes, abogados/as, fiscales o jueces; es decir, un notorio contexto de intimidación y miedo.
2. Los tribunales guatemaltecos realizan mayormente una valoración de la prueba de los crímenes cometidos durante el conflicto armado como si se tratara de crímenes comunes. Exigen, asimismo, la identificación de la víctima mediante certificaciones imposibles de obtener por el contexto de guerra, pese a que el CP no lo exige. Mediante este criterio político-judicial se intenta excluir a los niveles jerárquicos del Ejército de la responsabilidad en el dictado de órdenes para la ejecución de violación a los derechos humanos, por lo que los asesinatos han sido considerados, hasta la fecha, en términos de *responsabilidades individuales*. El mismo criterio se emplea para los casos de violación, donde se requiere identificación de las víctimas y, fundamentalmente, el examen médico forense.
3. Existe una reticencia de parte de las querellas a acusar por el delito de violación, ya que se pliegan al criterio judicial (ausencia de las pruebas tradicionalmente exigidas), porque se concentran en obtener condenas de los responsables independientemente del delito que se trate (temen que si se acusa por varios delitos, las acusaciones más difíciles de probar *entorpezcan* los delitos de ejecuciones o asesinatos⁵⁸) y porque, en su opinión, las víctimas no quieren declarar. Este último hecho no es real

58 Según informaron varios abogados, el temor es que la declaración de un testigo/a de un hecho de violencia sexual caiga en contradicciones y que eso afecte el resto de las acusaciones, porque así lo ha realizado la defensa en otras causas. Se destaca que, en su opinión, los jueces no discriminan por delito sino que toman las declaraciones globalmente.

debido a que existen numerosos testimoniantes espontáneos, a pesar de que no se les preguntó.

4. En términos de estrategias futuras el desafío es enorme. Por un lado, es posible incidir en las causas en curso sin acusación, en especial Dos Erres y masacre de Río Negro (aún están abiertas dos causas conexas más), y genocidio para incluir los hechos de violencia sexual ya sea como actos constitutivos de genocidio o bien como delitos de violación produciendo prueba nueva (no tradicional) a efectos de dar relevancia a estos hechos dentro del movimiento mismo de derechos humanos desde el punto de vista político. Ello implicaría un trabajo específico con las organizaciones asesoras, pero también con las organizaciones de víctimas y testigos que actúan como querellantes, dado que la voz autorizada para hablar sigue siendo eminentemente masculina. Por último, ante la existencia de una importante cantidad de testigos, el gran desafío es incorporarlos/as para la presentación de una causa colectiva que denuncie la violación sexual como delitos contra los deberes de la humanidad e imputando a los responsables jerárquicos del Ejército. Desde el punto de vista jurídico-político se puede sentar así un precedente de producción de prueba nueva (peritajes psicológicos, análisis de los informes de exhumaciones, peritajes socio culturales), lo que implica un trabajo específico con el Ministerio Público, la institución más reacia a presentar acusación por fuera de la prueba tradicional. Por último, dado la existencia de una fuerte discursividad hegemónica sexista y racista en Guatemala, resulta de importancia producir nuevos discursos que no solo revelen la existencia del carácter sexual de la violencia en el país (en el pasado y en el presente), sino que también profundice en las formas diversas que adquiere la violencia sexual independientemente de la tipificación penal (militarización de la sexualidad, configuración de relaciones intergenéricas en extremo (autoritarias y rígidas) y las consecuencias sociales de su extendida utilización.

Justicia en falta. Evolución del marco jurídico internacional ante la violencia sexual bajo conflicto armado y desafíos para una justicia inclusiva de género

Giulia Tamayo León y Jean Díaz-Guijarro Hayes

Cuando un doctor asignado a las víctimas propuso proveerles apoyo psicológico durante su testimonio ante el ICTY (Corte Penal Internacional para la Ex Yugoslavia), la respuesta inicial fue que el Tribunal “no estaba dedicado a ‘trabajo social’, sino a procesos legales importantes.”⁵⁹

PRESENTACIÓN

Hace poco más de una década, los movimientos a favor de los derechos de las mujeres denunciaban que los abusos cometidos contra estas en contextos de conflicto armado como en tiempos de paz, raras veces parecían encajar en las ramas del derecho internacional⁶⁰ creadas para proteger los dere-

59 Women’s Caucus for Gender Justice, “Summary of Statement by Hon. Elizabeth Odio-Benito, Former Judge at ICTY”, citado en “Women, War and Peace: The Independent Experts Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women’s Role in Peace Building”, UNIFEM, 2002. Nota: Traducción del inglés al español a cargo de las autoras de este documento.

60 El derecho internacional, aunque inicialmente surge para regular las relaciones entre los Estados, pronto comprendería, además de estas relaciones, aquellas entre los Estados y quienes están bajo su control efectivo e, incluso, en algunos casos, entre individuos. Aun así, casi siempre el marco de referencia para todos estos asuntos son las obligaciones de los Estados. La protección internacional de los derechos humanos comprende dos corpus jurídicos principales: el derecho internacional de los derechos humanos (normas tanto de ámbito universal como regional) y el derecho internacional

chos humanos. La violación, la esclavitud sexual, la maternidad forzada, las mutilaciones sexuales, las esterilizaciones forzadas –atrocidades, por cierto, presentes en las dos guerras mundiales en el período de entreguerras, y en numerosos conflictos de diversa intensidad abiertos durante el siglo XX– no habían motivado hasta entonces que se imprimiera en el marco jurídico internacional una respuesta clara al respecto. En términos interpretativos y prácticos, a medida que tales patrones guardaban correspondencia con experiencias de mujeres parecían perder entidad para ser representadas dentro la gama de crímenes contra el derecho internacional.⁶¹

“Los principios de los derechos humanos están basados en la experiencia pero no en la de las mujeres”, lamentaba Catherine A. Mackinnon ante las graves limitaciones conceptuales, normativas y prácticas observadas en la protección internacional de los derechos humanos, iniciada la década de los noventa.⁶² Hizo falta que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)⁶³ reconociera explícitamente los derechos humanos de las mujeres mediante sendas menciones al respecto,⁶⁴ incluida la exigencia de una respuesta especialmente

humanitario, este último aplicable a situaciones de conflicto armado, incluidas guerras internacionales entre Estados y conflictos armados internos. También son ramas del derecho internacional: el derecho penal internacional, que se ocupa de los delitos tipificados por el derecho internacional, y el derecho internacional sobre refugiados, que tiene por objeto brindar protección a las personas que se ven obligadas a huir de su país de origen porque corren el riesgo de sufrir abusos contra los derechos humanos. Tomado de Amnistía Internacional, “La Violencia contra las Mujeres en los conflictos armados”, 2005. Texto completo disponible en <<http://web.amnesty.org/library/Index/ESLACT770502005?open&of=ESL-373>>

- 61 Delitos tipificados por el derecho internacional basándose en tratados (como por ejemplo, la definición de tortura prevista en la Convención contra la Tortura de la ONU), en costumbres (como la definición de crímenes de lesa humanidad hasta que fueron codificados en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional), o en el derecho internacional humanitario (los crímenes de guerra, las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra y las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra). Tomado de Amnistía Internacional. Disponible en <<http://web.amnesty.org/library/Index/ESLACT770502005?open&of=ESL-373>>
- 62 C. Mackinnon, “Crímenes de Guerra, crímenes de Paz”, en *De los Derechos Humanos*, Stephen Shute y Susan Hurley (Edit), Conferencias de Oxford Amnistía Internacional de 1993, versión en español por Editorial Trotta, 1998.
- 63 Texto completo de la Declaración y Programa de Acción de Viena (CMDH), junio 1993, disponible en <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)>
- 64 Declaración y Programa de Acción de Viena (CMDH), Documento de Naciones Uni-

eficaz frente a los delitos cometidos en situaciones de conflicto armado, entre ellos, los de violencia sexual.⁶⁵ Con ello cobraron fuerza los procesos iniciados para abordar una realidad hasta entonces sumergida, que afectaba específica o

das, A/CONF.157/23 del 12 de julio de 1993, párrafo 18: Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. (...) la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional. (...) La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. (...) La cuestión de los derechos humanos de la mujer debe formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relacionados con la mujer. (...) La igualdad de condición de la mujer y sus derechos humanos deben integrarse en las principales actividades de todo el sistema de las Naciones Unidas. Todos los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas deben tratar estas cuestiones en forma periódica y sistemática (...) La Conferencia Mundial de Derechos Humanos insta a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales a que intensifiquen sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y de la niña. Párrafo 29: La Conferencia Mundial de Derechos Humanos está hondamente preocupada por las violaciones de los derechos humanos durante los conflictos armados, que afectan a la población civil, en particular a las mujeres, los niños, los ancianos y los discapacitados. Por consiguiente, la Conferencia exhorta a los Estados y a todas las partes en los conflictos armados a que observen estrictamente el derecho humanitario internacional, establecido en los Convenios de Ginebra de 1949 y en otras reglas y principios del derecho internacional, así como las normas mínimas de protección de los derechos humanos enunciadas en convenciones internacionales. Párrafo 38: La Conferencia Mundial de Derechos Humanos subraya en especial la importancia de la labor destinada a eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, a eliminar todas las formas de acoso sexual, la explotación y la trata de mujeres, a eliminar los prejuicios sexistas en la administración de la justicia y a erradicar cualesquiera conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mujer y las consecuencias perjudiciales de ciertas prácticas tradicionales o costumbres, de prejuicios culturales y del extremismo religioso. La Conferencia pide a la Asamblea General que apruebe el proyecto de declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer e insta a los Estados a que combatan la violencia contra la mujer de conformidad con las disposiciones de la declaración.

65 Declaración y Programa de Acción de Viena (CMDH), Documento de Naciones Unidas, A/CONF.157/23 del 12 de julio de 1993, párrafo 38: (...) Las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y el derecho humanitario internacionales. Todos los delitos de ese tipo, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados, requieren una respuesta especialmente eficaz.

desproporcionadamente a las mujeres.⁶⁶ Con el propósito de subsanar la desprotección de derechos humanos, incluida la privación de justicia, producidas por motivos de género,⁶⁷ los sistemas internacionales de derechos humanos emprendieron ajustes de orden conceptual, normativo e institucional. Así, se forjó una nueva generación de instrumentos y estándares internacionales para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, comprendida la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación.⁶⁸ A la vez cobró impulso la aplicación de un detenido examen de las cuestiones de género por parte del conjunto de instancias internacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Entre los nuevos instrumentos y tratados que abordaron la cuestión de la violencia contra las mujeres o dispusieron mecanismos para fortalecer la protección de los derechos humanos frente a tales abusos, destacan, en el sistema universal, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁶⁹ y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y en los sistemas regionales, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”,⁷⁰ y el Protocolo a la Carta Africana

66 Como antecedente previo a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer había formulado la Recomendación General 19, La Violencia contra la Mujer (11º Período de Sesiones, 1992), HRI/GEN/1/1/Rev.1. Texto completo disponible en <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom19>>

En dicha recomendación general se expresaba que “la violencia basada en el sexo [...] es [...] la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o porque la afecta en forma desproporcionada”.

67 Con la categoría “género” se hace referencia a las diferencias socialmente construidas entre hombres y mujeres y a las relaciones desiguales de poder que resultan. El género indica que las diferencias entre hombres y mujeres no son esenciales o productos inevitables de las diferencias biológicas por sexo. Por más de dos décadas el término “género” ha sido usado en los documentos de Naciones Unidas en este sentido. Nota: Definición incluida en <<http://www.iccwomen.org/publications/papers/index.php>> (La traducción del español al inglés corresponde a las autoras de este documento)

68 Párrafo 1 de la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”. Ver nota 8 para acceder al texto completo a través del vínculo incluido.

69 Doc. Naciones Unidas A/RES/48/104 del 23 de febrero de 1994. Texto completo disponible en <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.48.104.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.48.104.Sp?Opendocument)>

70 Texto completo disponible en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>>

de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer.⁷¹ En 1998, el Estatuto de Roma⁷² que instituye el Tribunal Penal Internacional facultado para ejercer jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, comprendió entre los tipos penales varios de índole sexual, incluida la persecución de género, entre los crímenes de lesa humanidad. En términos prácticos, los Tribunales Internacionales Penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda desarrollaron, hacia finales de la década de los noventa, jurisprudencia especialmente relevante para el tratamiento de crímenes de índole sexual.

Desde 1992 la violación había sido mencionada explícitamente en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU como una forma de tortura. El Relator Especial contra la Tortura ha señalado que la violación sexual es uno de los varios métodos de tortura. En 1995 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dedicó, por primera vez, una sección de su “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití” al tema de la violencia sexual infligida contra las mujeres en Haití y declaró que la violación constituía una forma de tortura según la Convención Americana de Derechos Humanos. También la Comisión Interamericana ante una petición procedente de Perú se pronunció considerando la violencia sexual como tortura.⁷³

En 1994, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó una resolución para integrar las cuestiones de género en todos los niveles de derechos humanos. En ese mismo año, la Comisión nombró a Radhika Coomaraswamy, la primera Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, con un mandato que le permitió recibir comunicaciones e iniciar investigaciones sobre violencia contra las mujeres en todos los países miembros de Naciones Unidas.

Progresivamente, la producción de datos e información sobre patrones de violencia sexual bajo conflictos armados en curso o recientes fue revelando, además de su causalidad y direccionalidad por género, una creciente incidencia cuya explicación habría que buscarla en los cambios en la natu-

71 Entró en vigor el 25 de noviembre de 2005, 30 días después de haberse depositado el decimoquinto instrumento de ratificación.

72 Texto completo disponible en <[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)>

73 Ver INFORME N° 5/96, CASO 10.970 (PERÚ) de 1996.

raleza de los conflictos y de los modos bélicos actuales, con incremento de riesgos y vulnerabilidad de mujeres y niñas a estos abusos.⁷⁴

El dato acerca de los daños infligidos sobre la población civil es especialmente elocuente para captar la nueva realidad de los conflictos armados. En menos de un siglo, la lesividad de los conflictos sobre la población civil ha crecido hasta alcanzar, en los conflictos contemporáneos, una dramática inversión.⁷⁵ No solo la cifra de vidas civiles cobradas por los conflictos armados del último siglo supera a la de combatientes, sino que se eleva sobre el centenar de millones de personas,⁷⁶ a la vez que se ha incrementado de modo exponencial la incidencia de actos abusivos con resultado de lesiones graves, discapacidades y desplazamientos que en gran medida afectan a la población femenina y menores de edad. El haz de abusos contra civiles ha comprendido diversas modalidades, entre ellas, prácticas de violencia sexual, incluidos patrones con impactos sobre la capacidad reproductiva de las personas. Con frecuencia tales abusos han tenido por propósito controlar a la población o castigarla, sembrar el terror para expulsar población y facilitar el control territorial y sus recursos, o incluso han tenido la intencionalidad de eliminar parcial o totalmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado. En ocasiones la violencia contra civiles ha adquirido formas de limpieza social contra grupos marginados entre los que se incluyen persecución, ataques y asesinatos de mujeres que ejercen la prostitución y contra minorías sexuales.

Los campos de batalla resultan hoy un anacronismo. A medida que los enfrentamientos directos entre combatientes se reducen, las estrategias y

74 “A more likely explanation, however, is that the nature of warfare is changing, in ways that increasingly endanger women and girls”. UNFPA, “Sexual Violence Against Women and Girls in War and Its Aftermath: Realities, Responses, and Required Resources”. A Briefing Paper Prepared by Jeanne Ward and Mendy Marsh, for Symposium on Sexual Violence in Conflict and Beyond 21-23 June 2006 Brussels (Belgium).

75 El 95% de las víctimas mortales de la Primera Guerra Mundial fueron combatientes. Ya en la Segunda Guerra Mundial la cifra de civiles muertos reflejó un abrumador saldo: alcanzó el 50% de todas las víctimas. Para la década de los noventa, el proceso de inversión se había completado: la cifra de combatientes muertos durante los conflictos se redujo al 5% de todas las muertes, casi la totalidad de los muertos los aporta la población civil. (Ver Materiales de Trabajo 20. Mayo 2002, disponible en <www.justiciapau.org/centredelas/delas20.pdf>)

76 En relación con muertes en conexión a conflictos, la OMS, en su Informe Mundial sobre Violencia y Salud (2002), calculó que en el siglo XX perdieron la vida 191 millones de personas como consecuencia directa o indirecta de un conflicto, y bastante más de la mitad eran civiles.

acciones sobre población civil se incrementan con el fin de alcanzar objetivos políticos, militares o económicos. “En las nuevas guerras, no hay campo de batalla, la población civil, el sistema productivo económico...se han convertido en escenario de ataque y destrucción”.⁷⁷

Sea contra civiles como contra combatientes presuntos o reales, en los conflictos actuales lejos de haberse abandonado prácticas de tortura y tratos crueles degradantes o inhumanos, se han intensificado e incorporado técnicas en los que la violencia sexual forma parte del repertorio disponible.

Bajo tales tendencias, la violencia sexual se ha desplegado, unas veces como prácticas de carácter organizado o sistemático, otras como actos frecuentes o habituales de carácter oportunista, en ambos casos favorecidos por la exacerbación de estereotipos de género y por una impunidad que dista de ser accidental.

No obstante los importantes avances desplegados en el marco jurídico internacional, incluidos aquellos estándares aportados por los mecanismos temáticos y las decisiones producidas por instancias internacionales con capacidad jurisdiccional para juzgar crímenes bajo conflictos armados, hay todavía un largo camino por recorrer especialmente en los planos nacionales en donde persisten obstáculos que impiden a las víctimas de estos crímenes acceder a recursos y obtener justicia. Muchos Estados continúan beneficiando a los autores de estos crímenes incumpliendo de modo manifiesto con sus obligaciones de investigar y perseguir tales delitos, condenar a quienes resulten responsables y hacer justicia a las víctimas de acuerdo al marco jurídico internacional dispuesto. Al darles la espalda a las víctimas y favorecer la impunidad se lanza un mensaje de permisividad cuyo precio continúa siendo pagado en vidas de mujeres y niñas devastadas por la violencia sexual, sea durante los conflictos como en las fases posteriores.

Este documento ha sido elaborado a modo de mapa de navegación sobre el marco jurídico internacional aplicable ante abusos de índole sexual perpetrados bajo contextos de conflicto armado. Advirtiendo los obstáculos alegados que en las realidades nacionales impiden la judicialización de tales crímenes, las entradas que hemos seleccionado, buscan proporcionar información relevante para abordar y solventar los problemas detectados. A lo largo de este documento haremos referencia a instrumentos, normas y estándares

77 Ver Materiales de Trabajo 20. Mayo 2002. Disponible en <www.justiciapau.org/centredelas/delas20.pdf>

desarrollados procedentes principalmente de dos sistemas de promoción y protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal⁷⁸ y el sistema interamericano⁷⁹. Igualmente, acudiremos a otras fuentes de derecho internacional.⁸⁰ En cuanto a jurisprudencia tendremos particularmente en cuenta las decisiones de cortes y tribunales con jurisdicción para juzgar crímenes contra el derecho internacional. Complementariamente, haremos mención a documentos de instancias que forman parte del sistema de Naciones Unidas tales como el Consejo de Seguridad e instrumentos de consensos internacionales, entre ellos la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993)⁸¹ y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer.⁸²

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MARCO JURÍDICO

La búsqueda de justicia ante actos atroces cometidos bajo conflictos armados, ha motivado a lo largo del siglo XX procesos normativos e institucionales, así como experiencias prácticas con base en un régimen de derecho, condición que la comunidad internacional ha considerado esencial para la protección de los derechos humanos.⁸³ Es en tales cauces que se han ido insertando

78 Organización de Naciones Unidas (ONU).

79 Sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA).

80 El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumera como fuentes a: los *tratados* que pueden ser bilaterales o multilaterales, y rigen las relaciones entre los Estados, la *costumbre internacional*, los *principios generales del Derecho*, las *opiniones de la doctrina*. En muchos casos la doctrina habla también del *ius cogens*. Son aquellas normas que la comunidad internacional en su conjunto entiende de obligado acatamiento y que solo pueden ser revocadas por otra norma del mismo carácter. Estas disposiciones tienen reflejo en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

81 Ver nota 5.

82 Documento completo de la Declaración y Plataforma para la Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), disponible en <<http://www.onu.org/documentos/confmujer.htm>>

83 El desarrollo de ramas del derecho internacional orientadas a proteger los derechos humanos de las personas sea en tiempos de paz como de conflicto, poner límites a la lesividad de las guerras y a asegurar un marco para enjuiciar y sancionar a los responsables de abusos graves reconocidos como crímenes contra el derecho internacional, tiene sus primeros antecedentes en el siglo XIX, lográndose consolidar hacia la segunda mitad del siglo XX. La comunidad internacional a la luz de la experiencia mundial acumulada consideró imprescindible garantizar la protección de los derechos humanos de las per-

las cuestiones relativas a la violencia de género⁸⁴ y a la violencia sexual,⁸⁵ produciéndose desde hace década y media cambios importantes. De la invisibilidad absoluta de tales crímenes y de sus víctimas, a una efectiva respuesta por parte de los mecanismos dispuestos, hay una distancia que requiere de una cuidadosa observación con vistas a identificar la calidad de los avances, así como respecto a la naturaleza y dimensión de los obstáculos.

Hasta antes de los cambios introducidos, la supuesta neutralidad del sujeto titular de los derechos reconocidos internacionalmente se desplomaba al simple examen de interpretaciones restrictivas y por la manifiesta carencia de normas y medios adecuados para proteger los derechos y libertades fundamentales de las mujeres ante prácticas y situaciones que de manera específica o desproporcionadamente las afectaban.

Podemos apreciar los cambios en dos procesos de reciente data: a) en el desarrollo de la responsabilidad de los Estados derivada especialmente de

sonas a través de un régimen de Derecho. Así, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) incluyó una mención expresa: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho (...)”.

84 Violencia de género es aquella dirigida contra mujeres u hombres en razón de su sexo y/o roles de género socialmente construidos. La violencia de género afecta desproporcionadamente a un sexo más que al otro. Los conflictos recientes en la ex Yugoslavia y Ruanda ofrecen muchos ejemplos de violencia de género. Los ejemplos incluyen: reclutamiento forzado de muchachos en el ejército a los que se les sumerge en un violento adoctrinamiento que les fuerza a desempeñar misiones suicidas a fin de probar su masculinidad; y el asesinato de mujeres embarazadas mediante golpes en el vientre y extracción de los fetos. La violencia de género usualmente se manifiesta en forma de violencia sexual, pero puede incluir ataques no sexuales contra mujeres, hombres o menores. Nota: Definición incluida en <<http://www.iccwomen.org/publications/papers/index.php>> (la traducción del inglés al español corresponde a las autoras de este documento). La Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer del 23 de Febrero de 1994, estableció en su artículo 1 que: “[P]or “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”. Por su parte, la Plataforma para la Acción adoptada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer del 15 de septiembre de 1995, señaló que la expresión “violencia contra la mujer” se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.

85 Violencia sexual es aquella violencia que incluye un elemento sexual, como la violación sexual, prostitución forzada, esclavitud sexual o mutilación sexual. Nota: Definición incluida en: <<http://www.iccwomen.org/publications/papers/index.php>> (La traducción del inglés al español corresponde a las autoras de este documento)

su deber de *proteger* los derechos humanos, sea respecto de actos cometidos por agentes estatales como por particulares, cuestión que se ha plasmado en términos de la obligación estatal de *ejercer la debida diligencia*; y b) en el abandono de distinciones que afectaban el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos por razones de género con resultado de desprotección para los derechos humanos de las mujeres, cuestión que tradicionalmente se plasmaba en la distinción entre ámbito público y ámbito privado. Recogeremos en los cuatro acápites siguientes los avances resultantes de ambos procesos.

1.1 Responsabilidad internacional de los Estados

Los Estados como primeros garantes de los derechos humanos tienen la responsabilidad de *respetarlos, protegerlos y hacerlos realidad*. Tienen como responsabilidad jurídica aplicar el derecho internacional dentro de su territorio y en los territorios donde tengan control efectivo y jurisdicción.⁸⁶ Los Estados deben pues ajustar sus normas, procedimientos y actuaciones al marco jurídico internacional que lo vincula bien por tratarse de normas de derecho internacional consuetudinario⁸⁷ o bien por la adhesión expresa a tratados internacionales.⁸⁸

86 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados expone la responsabilidad general de los Estados de aplicar estos. La responsabilidad principal es la “buena fe” (recolectada en la expresión latina *pacta sunt servanda*, “los pactos deben cumplirse”). Los Estados asumen libremente las obligaciones contenidas en los tratados y acceden a que su cumplimiento sea jurídicamente vinculante. El preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados confirma que “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”. Los tratados son acuerdos que deben dirigir la conducta de los Estados: deben cumplirse en la práctica; no son solo papel. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26. Los tratados deben cumplirse incluso si contradicen el derecho nacional: los Estados que ratifican un nuevo tratado o se adhieren a él están obligados a modificar su legislación para poder respetarlo y cumplirlo en la práctica. *Ibíd.*, artículo 27. Nota: Tomado de Amnistía Internacional “El deber del Estado de abordar la violencia contra las mujeres”. Texto completo disponible en < <http://web.amnesty.org/library/index/eslact770492004>>

87 Son usos y costumbres con fuerza vinculante. El artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia define la costumbre internacional como “prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho”.

88 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es el instrumento que aporta un conjunto de definiciones en lo que concierne a los Tratados, reproducimos el

El derecho internacional de derechos humanos,⁸⁹ el derecho internacional

artículo que incluye los términos empleados: Artículo 2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

- a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;
- b) se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;
- c) se entiende por “plenos poderes” un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;
- d) se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;
- e) se entiende por un “Estado negociador” un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado;
- f) se entiende por “Estado contratante” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado;
- g) se entiende por “parte” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor;
- h) se entiende por “Tercer Estado” un Estado que no es parte en el tratado;
- i) se entiende por “organización internacional” una organización intergubernamental.

2. Las disposiciones del párrafo I sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado.

Texto completo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados disponible en: <http://www.oas.org/XXXVGA/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf>

89 El derecho internacional de derechos humanos es un subconjunto del derecho internacional que se ocupa de los derechos y la dignidad que tienen todos los seres humanos en todo momento y sin discriminación. Dispone que los Estados deben respetar y proteger los derechos humanos y garantizar que las personas bajo su jurisdicción disfruten de ellos en la práctica. Tradicionalmente se ha considerado que se aplicaba sólo a la relación del Estado con los individuos. Sin embargo, más recientemente se ha reconocido que el Estado tiene también la obligación de intervenir cuando los particulares actúan de manera que afecta a los derechos de otros. Tomado de Amnistía Internacional “El deber del Estado de abordar la violencia contra las mujeres”. Texto completo disponible en: <<http://web.amnesty.org/library/index/eslact770492004>>

humanitario⁹⁰ y el derecho internacional penal⁹¹ se expresan en términos de

- 90 El derecho internacional humanitario, conocido también como leyes de la guerra, se aplica en las situaciones de conflicto armado, sean guerras internacionales entre Estados, o conflictos armados internos entre gobiernos y grupos armados y entre grupos armados. Se establecen en él normas de conducta para los combatientes (quienes toman parte activa en las hostilidades) y sus dirigentes. En líneas generales tiene por objeto poner límites a los medios y métodos de guerra (así, hay reglas contra el uso de las armas de efecto indiscriminado, la perfidia, el uso indebido de las señales de tregua o el uso de métodos desproporcionados de consecución de objetivos militares) y proteger de daños a quienes no toman parte activa en las hostilidades (como los enfermos y los heridos, los náufragos, los prisioneros de guerra y los civiles). El derecho internacional humanitario prohíbe determinados actos, especificando que determinadas infracciones de las normas son crímenes de guerra. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I), artículo 50; Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II), artículo 51; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), artículo 130, y Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), artículo 147. Todos los Estados tienen la obligación de buscar a los autores de las infracciones y ponerlos a disposición judicial. Existe, por tanto, un fuerte vínculo con el derecho internacional penal. Tomado de Amnistía Internacional “El deber del Estado de abordar la violencia contra las mujeres”. Texto completo disponible en: <<http://web.amnesty.org/library/index/eslact770492004>>
- 91 El derecho internacional penal trata de los delitos comprendidos en el derecho internacional, que pueden derivarse de tratados (como en el caso de la definición de la tortura según la Convención contra la Tortura), de la costumbre (como en el caso de la definición de los crímenes de lesa humanidad hasta que quedaron recogidos en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional) o del derecho internacional humanitario (como en el caso de los crímenes de guerra, en particular de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y las violaciones de las leyes y usos de la guerra). El derecho internacional penal ha adquirido especial importancia en la cuestión de la violencia contra las mujeres a lo largo de los últimos 10 años gracias al establecimiento y a la labor de los tribunales penales internacionales especiales para Ruanda y la ex Yugoslavia y a la adopción del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional. Por medio de la elaboración de definiciones de los delitos, de la jurisprudencia de los dos tribunales penales internacionales especiales y de la redacción y adopción del Estatuto de Roma, la violencia contra las mujeres se ha definido más meticulosamente que nunca, teniendo más en cuenta la cuestión del género y reflejando en mayor medida la experiencia de violencia de la víctima. Los métodos de investigación y los procedimientos judiciales de estos tribunales internacionales tienen cada vez más en cuenta las necesidades y la seguridad de los testigos y las víctimas, en especial en relación con las sobrevivientes de la violencia sexual. Ofrecen un importante modelo de buena práctica a los sistemas nacionales de derecho penal. Las definiciones de los delitos y las reglas de procedimiento del Tribunal Penal Internacional pueden servir de modelo para la reforma del derecho penal en relación con la violencia contra las mujeres en todas las jurisdicciones penales nacionales.

responsabilidades y obligaciones, y comprenden medios y mecanismos para fortalecer su cumplimiento. Los contenidos de los Ds y las obligaciones, así como las definiciones de aquellas conductas consideradas como crímenes para el derecho internacional,⁹² no pueden ser ignorados por los Estados. La protección internacional de los derechos humanos comienza a realizarse con la aplicación en los planos nacionales de los estándares reconocidos internacionalmente.

1.2 La obligación estatal de ejercer la debida diligencia

Además de la obligación de respetar los derechos humanos de las mujeres y las niñas, el Estado tiene, en virtud del derecho internacional, el deber de proteger los derechos de estas frente a los actos de violencia de género donde quiera que ocurran, sean sus autores agentes estatales o no. La obligación de proteger exige que los Estados adopten una amplia gama de medidas para prevenir los abusos, investigarlos cuando se producen, perseguir a los presuntos autores y hacer que comparezcan ante la justicia en procedimientos imparciales, así como garantizar a las víctimas recursos eficaces para la obtención de justicia y reparación adecuada.

Para combatir la impunidad y garantizar el derecho de las víctimas a recursos eficaces y justicia, es de especial relevancia disponer, dentro de la legislación interna, de una correcta tipificación penal de dichas conductas cumpliendo con integrar conceptos y contenidos procedentes de tratados y normas vinculantes.

Además de velar por el acceso a la justicia de las mujeres que han experimentado cualquier forma de violencia, el Estado también debe garantizar que la ley responda de la mejor manera posible para satisfacer sus necesidades.

El concepto de *debida diligencia* está incluido explícitamente en diversos instrumentos y documentos de protección de derechos humanos. El antecedente jurisprudencial más sólido provino del sistema interamericano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez, manifestó: “[...] Es obligación de los Estados Partes ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción [...]. Como consecuen-

92 Ver nota 3.

cia de esta obligación los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar toda violación* de los derechos reconocidos por la Convención”. Párr. 166 (*énfasis agregado*). De modo general, dicho concepto se refiere al grado de esfuerzo que debe realizar un Estado para cumplir con su deber de proteger a las personas frente a los abusos. En conexión con la prohibición de discriminación contra las mujeres, la obligación de ejercer la debida diligencia exige que el Estado, de manera inmediata y sin dilaciones, lleve adelante una política para combatir dicha violencia que se afirma sobre la desigualdad entre hombres y mujeres.

La actual Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias presentó al 62 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos (2006), el informe “La norma de la debida diligencia como instrumento para eliminar la violencia contra las mujeres”.⁹³

1.3 Protección internacional contra la violencia sexual

Tratados recientes como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o el Estatuto de Roma, han sido receptores directos de los cambios en la comprensión de la violencia sexual como violación de derechos humanos y crimen contra el derecho internacional. En los propios textos de tales instrumentos puede advertirse el impacto de los cambios. Otros tratados formulados en décadas anteriores, aunque no abordan explícitamente la violencia sexual, constituyen base legal a la cual acudir en la medida que se han ido abandonando interpretaciones restrictivas o ciegas al género. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura han devenido en instrumentos de primer orden en materia de protección internacional contra la violencia sexual.

93 Doc. ONU E/CN.4/2006 del 20 de enero de 2006. Texto completo disponible en <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/103/53/PDF/G0610353.pdf?OpenElement>>

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁹⁴ afirma que “[t]oda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” (artículo 3). Esta Convención incluyó en el Capítulo III De los Deberes de los Estados, un conjunto de disposiciones sobre los contenidos de las obligaciones de los Estados, entre ellas, una disposición sobre la especial vulnerabilidad a la violencia que los Estados Partes deben tener en cuenta: Artículo 9,

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, *refugiada o desplazada*. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o *afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad*. [El subrayado es nuestro]

Los órganos internacionales de protección de los derechos humanos han ido estableciendo paulatinamente medidas y medios concretos a través de los cuales los Estados cumplen con sus obligaciones al respecto. En conexión a violencia sexual de modo reciente pero de manera sostenida han venido expresando observaciones generales y recomendaciones a los Estados en las que se incluyen preocupaciones con relación a legislación, acceso a la justicia, salud sexual y reproductiva, recursos dispuestos para asistir a las víctimas y garantizar su rehabilitación. En esta línea se han pronunciado sobre aquellas leyes que pueden ser consideradas motivo de preocupación por afectar derechos de las mujeres, especialmente de aquellas que han sido víctimas de violencia sexual. Así, el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ambos de las Naciones Unidas, han expresado su preocupación por la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo, incluso en casos de violación, y han recomendado la revisión de dicha legislación.

En el derecho internacional humanitario, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y que se aplica tanto en conflictos internacionales como

94 Texto completo disponible en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>>

internos incorpora la prohibición de la violación y otros abusos sexuales a través del siguiente enunciado:

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, [...] a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; [...] c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes [...].

Diversos patrones de violencia de género y violencia sexual constituyen crímenes contra el derecho internacional. De modo creciente y sostenido, el Comité que vigila la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, se ha pronunciado con relación a abusos de esta índole y las obligaciones de los Estados de prevenirlos, investigar y perseguir los delitos, sancionar a los responsables y sobre los derechos de las víctimas a acceder a recursos y obtener reparación. Por su parte, el Estatuto de Roma que establece una jurisdicción penal internacional de carácter permanente (Tribunal Penal Internacional) para juzgar los crímenes más atroces (genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra) ha incluido diversos patrones de violencia sexual dentro de los tipos penales en base a los cuales formular los cargos, juzgar y sancionar a los responsables.

1.4 El principio de igualdad y la prohibición de discriminación

El derecho a no sufrir discriminación es un derecho fundamental que no puede ser suspendido en tiempo de conflicto. Es especialmente relevante dado que la violencia de género contra la mujer se ha reconocido como una forma de discriminación que conduce hacia otras y las refuerza. El principio de no discriminación se encuentra integrado al conjunto de normas que conforman el derecho internacional de derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁵, adoptado en 1966, dispone en su artículo 2.1:

95 Texto completo disponible en <http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm>

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El artículo 3 establece: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

El artículo 26 prevé una igualdad estricta ante la ley. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁶, adoptado igualmente en 1966, dispone en su artículo 2.2 que los Estados Partes se comprometen a:

garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El artículo 3 establece: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

En estos dos tratados, el artículo 2 contiene una disposición que señala que los derechos deben aplicarse a todos sin discriminación. Sobre no discriminación e igualdad entre hombres y mujeres, los comités que vigilan el cumplimiento de ambos tratados han desarrollado observaciones generales tales como las números 18⁹⁷ de 1989 y 28⁹⁸ de 2000 en el caso del Comité de Derechos Humanos y la reciente recomendación número 16⁹⁹ en el caso del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Tales observaciones generales han seguido el concepto sobre discriminación

96 Texto completo disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ces-cr_sp.htm>

97 Texto completo en inglés disponible en <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?OpenDocument)>

98 Texto completo en inglés disponible en <<http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>>

99 Comentarios a esta recomendación 16 por Cecilia Medina en <<http://www.anuarioodh.uchile.cl/anuario2/int3.pdf>>

previsto en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres,¹⁰⁰ y las recomendaciones del Comité sobre la Discriminación contra la mujer, órgano de vigilancia de dicho tratado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA) que entró en vigor el 18 de julio de 1978, obliga a los Estados a aplicar los derechos respetando la igualdad entre hombres y mujeres. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio de igualdad, incluida la igualdad entre hombres y mujeres, es un principio fundacional básico del derecho internacional general, conocido como *jus cogens*. Las disposiciones de los tratados no pueden ser incompatibles con las prohibiciones del *jus cogens*. Por este motivo, el principio es absolutamente vinculante para todos los Estados, cualesquiera que sean las obligaciones que hayan contraído en virtud de tratados. Esta nueva decisión les es de utilidad a las personas que defienden los derechos de las mujeres al hacer hincapié en la prohibición absoluta de toda forma de discriminación, incluida la violencia contra las mujeres y convertir sus demandas a los Estados en la forma más imperiosa de obligación jurídica. [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, citada por Amnistía Internacional en “Hacer los derechos realidad El deber de los Estados de abordar la violencia contra las mujeres”, incluido como documento sugerido en el Anexo II de esta ponencia].

Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1977 establecen un principio de igualdad a los efectos de que «no puede establecerse distinción alguna que sea desfavorable entre los individuos en función, entre otras cosas, del sexo». Este principio se recoge, por ejemplo, en el artículo 12 del Segundo Convenio de Ginebra, que exige a las partes en conflicto que traten humanamente a las personas en su poder. Este artículo prohíbe toda «distinción desfavorable basada en el sexo [...] o en cualquier otro criterio análogo» en el trato. El artículo 2.1 del Protocolo II reproduce las

100 *Artículo 1* A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

mismas palabras en relación con los conflictos armados internos a los que se aplica.

Cabe señalar que la distinción solo está prohibida si es «desfavorable», y, como concluyen las expertas Judith Gardam y Michelle Jarvis, «diferenciar en función del sexo es, por tanto, permisible si sus consecuencias son favorables».¹⁰¹ El Comentario del CICR sobre el Cuarto Convenio de Ginebra apunta a la necesidad de un planteamiento cuidadoso: La igualdad se convierte fácilmente en injusticia cuando se aplica a situaciones desiguales por naturaleza, sin tomar en consideración circunstancias como el [...] sexo de las personas protegidas concernidas.¹⁰²

Las mujeres en América Latina suelen sufrir discriminación por diversos aspectos simultáneamente: como mujeres, pero también como miembros de grupos marginados, como es el caso de las indígenas y las afrodescendientes, y por su orientación sexual. Con relación a la discriminación racial es de aplicación la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y las recomendaciones del Comité que vigila este tratado. Con relación a la persecución y violencia por orientación sexual o identidad de género, varios organismos internacionales de protección de los derechos humanos han condenado dichos abusos. Como afirmó el relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: «Entre los derechos sexuales figura el derecho de toda persona a expresar su orientación sexual, teniendo debidamente en cuenta el bienestar y los derechos de los otros, sin temor a persecuciones, privación de libertad o injerencia social».¹⁰³

101 Judith Gardam y Michelle Jarvis, *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, 2001, p. 61. Esto se confirma en Krill, Françoise, «La protección a la mujer en el derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, noviembre-diciembre de 1985, No. 249. Disponible en <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TDLEA>>

102 Comentario del CICR sobre el Convenio IV (artículo 27, párrafo 3). Las «personas protegidas» se definen en el artículo 4 como aquellas «que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas».

103 Paul Hunt, relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe en el 60 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. Doc. ONU E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 54.

2. RUPTURAS Y AVANCES EN EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA SEXUAL. APLICACIONES PRÁCTICAS SOBRE LAS DEFINICIONES CONCEPTUALES Y TIPOS PENALES

Históricamente, el concepto de propiedad de los hombres sobre las mujeres convirtió a estas en parte del botín a tomar por los combatientes en tiempos de guerra. La violación durante los conflictos armados ha sido generalmente considerada como algo inherente a los mismos e ignorada de tal modo que ha permitido que los responsables gocen de una impunidad casi absoluta. Pese a que en diversos corpus jurídicos la violación se encuentre sancionada explícita o implícitamente y se le reconozca como una transgresión a las reglas de la guerra y un ilícito internacional, han persistido muchas resistencias.

Antes de su codificación como delito, la violación en tiempos de guerra ya había sido condenada desde la Edad Media por diversos autores y era parte del derecho consuetudinario. En 1863, en el Código Lieber la violación aparece incluida por vez primera como crimen de guerra, castigado con la pena de muerte. Este cuerpo jurídico integrará las normas internacionales consuetudinarias sobre la guerra en las regulaciones del ejército de los Estados Unidos para la guerra terrestre.

Sin embargo, a pesar de la prohibición más o menos explícita de la violación sexual que se realiza a partir de este momento en diversos tratados internacionales, hasta la década de 1990, esta no se concebirá como una violación al derecho a la integridad personal de la mujer, sino como un ataque a su honor. En 1907, las Convenciones de la Haya prohibirán implícitamente la violencia sexual al afirmar que el “honor familiar” debe ser respetado y, tras la II Guerra Mundial, en 1949, el artículo 27 de la IV Convención de Ginebra prohíbe la violación y la prostitución forzada haciendo hincapié en que “Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”. Los dos protocolos de 1977 a las Convenciones reincidirán en el mismo tratamiento como delito contra el honor y la dignidad en lugar de como crimen violento. Esta forma de abordaje desvirtuará durante décadas el contenido esencial de este abuso al perpetuar los estereotipos que las despojan de su identidad como sujeto de derechos y ocultan la naturaleza violenta de la agresión.

En los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, establecidos tras la II Guerra Mundial, la violencia sexual fue ampliamente ignorada a pesar de la existencia de abundantes evidencias de la misma. La

Carta estatutaria del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, aplicada en los procesos contra 22 líderes nazis no incluye ninguna forma de violencia sexual. Solo en los juicios celebrados a los considerados criminales de guerra “menores” se incluyó la violación como crimen contra la humanidad, aunque los crímenes de naturaleza sexual tan solo se mencionarían descriptivamente para sustentar otro tipo de acusaciones. Sin embargo, el Tribunal de Nuremberg reconocería implícitamente la violencia sexual como tortura al expresar que:

“muchas mujeres y niñas adolescentes fueron separadas del resto de los internados (...) y encerradas en celdas separadas, donde las desafortunadas criaturas fueron objeto de formas particularmente infames de tortura. Fueron violadas, sus pechos mutilados...”¹⁰⁴

Como en el caso de Nuremberg, el Tribunal Internacional de Tokio tampoco incluyó en su Carta los crímenes sexuales. Sin embargo, la acusación, al incluirlos entre los Crímenes de Guerra Convencionales, los persiguió caracterizando la violación de mujeres civiles y personal sanitario como “tratamiento inhumano” y “falta al respeto del honor y los derechos de familia”. Sin embargo, el caso de más de 200.000 mujeres sometidas a esclavitud sexual por Japón durante la guerra, conocidas como “mujeres de confort”, ni siquiera fue tratado a pesar de la existencia de múltiples evidencias.

2.1 División privado - público: Viena 1993

Hasta la década de 1990, incluso los instrumentos internacionales creados expresamente para defender los derechos de las mujeres, se encontrarían orientados hacia la vida en la esfera pública, ámbito tradicional de los hombres, mientras que ignorarían por completo aquello que tiene relación con la esfera de lo privado. Y, sin embargo, es en esta área donde las mujeres han sufrido históricamente los mayores atropellos a sus derechos y donde

104 Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nov.14, 1945 to Oct.1 1946 (1947), vol. 7, 494, citado en Kelly D. Askin, Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacles, Berkeley Journal of International Law, 2003.

se producen mayoritariamente las distintas formas de violencia hacia ellas. Como expresa Hilary Charlesworth:

La primacía que tradicionalmente le han otorgado los abogados y filósofos occidentales internacionales a los derechos civiles y políticos está dirigida a la protección de los hombres en la vida pública, a su relación con el gobierno. Pero estos no son los daños respecto a los cuales las mujeres necesitan la mayor protección.¹⁰⁵

En 1993, en la Conferencia de Derechos Humanos de Viena se reconocería por primera vez que la violencia contra las mujeres es un asunto de derechos humanos, extrayéndola así del ámbito de lo privado y requiriendo la actuación de los poderes públicos para evitarla y combatirla. La Declaración y Programa de Acción de Viena, al referirse a la violencia contra las mujeres en conflictos armados se expresa de este modo:

Las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de derechos humanos y el derecho humanitario internacionales. Todos los delitos de este tipo, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados requieren una respuesta especialmente eficaz.¹⁰⁶

Resulta notoria la ausencia de alusión alguna a la violencia sexual hacia las mujeres en los tratados internacionales específicos anteriores a 1992, año en que el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, publica su Recomendación General n° 19 sobre la violencia contra la mujer, ya que la propia Convención tampoco hace referencia en su articulado a la misma. La Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Mujeres y Niños en Emergencias y Conflictos Armados de 1974 no se refiere en ningún momento a la violencia sexual.

105 Hilary Charlesworth, ¿Qué son los “derechos humanos de la mujer”? en Cook, Rebecca J. ed. *Derechos humanos de la mujer*; Profamilia; Bogotá, 1997, p.67

106 Declaración y Plataforma de Acción de Viena, parr. 38

2.2 Violencia sexual como tortura: Comisión Interamericana: Informe Haití y caso Mejía - Perú

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia han emitido fallos en los que la violencia sexual en determinadas formas y contextos puede constituir tortura. En su informe de 1995, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en relación con los abusos sexuales sufridos por un gran número de mujeres en Haití, tras el golpe de Estado contra el Presidente Aristide en 1993:

La Comisión considera que las violaciones sexuales constituyen no sólo un tratamiento inhumano que atenta contra la integridad física, psíquica y moral, bajo el artículo 5 de la Convención, sino además una forma de tortura según el artículo 5(2) del citado instrumento.

De acuerdo con las definiciones elaboradas en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de la cual Haití es signataria, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes, la Comisión considera que la violación sexual y otros abusos sexuales infligidos a las mujeres haitianas causan sufrimiento y dolor físico y mental. Estos crímenes sexuales se cometieron con la finalidad de castigar a las mujeres por su militancia y/o su asociación con familiares militantes y para intimidar o destruir su capacidad de oponerse al régimen y de apoyo a las comunidades pobres. La violación sexual y el intento de violación contra mujeres también califica como tortura puesto que representa una brutal expresión de discriminación contra ellas como mujeres. De los testimonios y las opiniones de los expertos que constan en la documentación presentada a la Comisión, se desprende claramente que en la experiencia de las víctimas de tortura, la violación y los abusos sexuales son formas de tortura que producen algunos de los efectos traumáticos más severos y de mayor duración.¹⁰⁷

En el caso de la violación de Raquel Mejía por un miembro del ejército peruano, la Comisión Interamericana también consideró que se conjugaban los tres elementos que se deducen de la definición de tortura establecida por la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura:

107 OEA/Ser.L/V/88, Doc. 10 rev., 9 de febrero de 2005, párr. 133-134

1. que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales;
2. cometido con un fin;
3. por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero.¹⁰⁸

Estableció la responsabilidad del Estado peruano en la violación del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁹.

La tortura, dependiendo de las circunstancias en que se dé, puede constituir un delito autónomo conforme a los tratados pertinentes de derechos humanos o un subtipo de crimen de guerra y crimen de lesa humanidad de acuerdo a las categorías incluidas en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, las cuales en gran medida responden a las comprendidas por el derecho internacional consuetudinario. El tratamiento del delito de tortura por parte del derecho internacional de derechos humanos, al que pertenecen tanto la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, difiere del derecho internacional humanitario en que este último no presenta la exigencia de que el autor sea un agente estatal. Teniendo en cuenta esto, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia encargada de juzgar el caso Kunarac concluyó que:

...la presencia en el proceso de tortura de un funcionario público o de cualquier otra persona que ejerza autoridad no es necesaria para que el crimen se considere tortura con arreglo al derecho internacional humanitario.

Sobre la base de lo dicho, la Sala de Primera Instancia opina que, en la esfera del derecho internacional humanitario, los elementos del delito de tortura, en virtud del derecho consuetudinario internacional, son los siguientes:

- i. El hecho de infligir, por acción u omisión, un dolor o sufrimiento grave, ya sea físico o mental;
- ii. El acto u omisión debe ser intencional;
- iii. El acto u omisión debe tener como fin obtener información o una confesión,

108 CIDH, Informe n° 5/96, Caso 10.970, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* 1995, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7, 3 de abril de 1996

109 La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 5.2: "Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes..."

o castigar, intimidar o coaccionar a la víctima o a un tercero, o discriminar, por el motivo que sea, a la víctima o a un tercero.¹¹⁰

Asimismo, en otro de los casos juzgados por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la Sala observa que

los abusos que constituyen torturas no necesariamente conllevan la presencia de daños físicos, ya que el daño mental es una forma frecuente de infligir torturas.”¹¹¹ En el caso de Kunarac, se establecerá que “si la humillación o degradación es real y seria, la Sala no encuentra ningún motivo por el que deba ser también “duradera”.

En opinión de la Sala, el hecho de que una víctima se haya recuperado o esté recuperándose de los efectos que han podido producir en ella los hechos, no es indicativo de que dichos actos no constituyan un ultraje a la dignidad personal.¹¹²

En el caso *Akayesu* en Ruanda y el caso *Celebici* en la ex Yugoslavia, la violación se identificó específicamente como acto de tortura cuando era cometida por un cargo público o por incitación del mismo, y, en el caso *Furundzija*, también en la ex Yugoslavia, cuando tenía lugar durante un interrogatorio. En el caso *Kunarac*, los acusados fueron declarados culpables de violación como crimen contra la humanidad y como infracción de las leyes y costumbres de la guerra (en aplicación del artículo 3, común a los Convenios de Ginebra).

2.3 Concepto de violación: Tribunal ex Yugoslavia y Tribunal Ruanda

A pesar de que a través de los tratados el derecho internacional no incluye ninguna definición de lo que es violación sexual, esta se encuentra prohibida tanto en las Convenciones de Ginebra de 1949 como en sus Protocolos de 1977.

110 Kunarac et al. (IT-96-22 e IT-96-23/1), sentencia de la Sala II, 22 de febrero de 2001, párr. 496-497

111 Kvočka et al. (IT-98-30/1), sentencia de 2 de noviembre de 2001, párr. 149

112 Kunarac parr.501

En los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, constituidos en 1993 y 1995, la violación no fue incluida expresamente entre los crímenes de mayor gravedad o como forma de violación de las costumbres de la guerra, de forma similar a lo ocurrido en las Convenciones de Ginebra. Sin embargo, aparece citada específicamente como crimen contra la humanidad.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda se verá forzado en el caso Akayesu a elaborar, por primera vez, una definición ante una acusación de violación como delito de crimen contra la humanidad. Dicho Tribunal, considerará que “la violación es una forma de agresión y que una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo no puede reflejar los elementos fundamentales del delito de violación” y entenderá por tal “una invasión física de carácter sexual cometido contra una persona en circunstancias coercitivas”.¹¹³

En 1998, Jean Akayesu fue condenado por violaciones calificadas como crímenes contra la humanidad y en 2000 lo fue, asimismo, Alfred Musema.

Poco después, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, se verá obligado a precisar más el concepto, estableciendo como elementos esenciales para la existencia de violación:

- i. “la inserción, por ligera que sea:
 - a. en la vagina o el ano de la víctima, ya sea del pene o de cualquier otro objeto; o
 - b. del pene en la boca de la víctima;
- ii. Con coacción o fuerza o amenaza de su uso contra la víctima o un tercero¹¹⁴

En la sentencia sobre el caso Foca, el Tribunal incidiría en el segundo punto, señalando que el elemento principal para el delito de violación, no se trataría del uso de la fuerza sino de la ausencia de consentimiento, e incluso considerando que determinadas circunstancias pueden hacer a las personas especialmente vulnerables a la coacción, por lo que su “hipotético” consentimiento no debería ser considerado como válido.

Las violaciones cometidas en Foca fueron calificadas como crimen contra la humanidad, ya que los jueces concluyeron que habían formado parte

113 *Prosecutor vs Jean-Paul Akayesu*, case n° ICTR-96-4-T, Sala I, 2 de septiembre de 1998, párrafo. 597-598.

114 *Furundzija (IT-95-17/1)*, “Lasva River Valley”, Sala II, 10 de diciembre de 1998, párrafo. 185

de una campaña de ataques sistemáticos sobre la población civil musulmana y porque los delitos tenían características propias de la esclavitud.

El Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, en vigor desde julio de 2002, incluye la violación entre los crímenes de lesa humanidad cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra población civil y entre los crímenes de guerra tanto si se trata de un conflicto internacional o de uno interno. Aunque no consta una definición, la contenida en los Elementos de los Crímenes del Tribunal Penal Internacional muestra de forma clara la influencia de las definiciones establecidas por los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia.

2.4. Concepto de esclavitud sexual: caso Foca ex Yugoslavia

La prohibición de la esclavitud, como norma de *jus cogens*¹¹⁵ en el derecho Internacional consuetudinario, es aplicable a todo tiempo y lugar e implica la obligación de los Estados de perseguirla y llevar a sus responsables ante la justicia. En la actualización presentada en 2000 de su informe de 1998, la Relatora Especial de Naciones Unidas a propósito de la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, recuerda que:

Como forma de esclavitud, la esclavitud sexual constituye un delito internacional y una violación de las normas de *jus cogens* del mismo modo que la esclavitud. Resulta claro que no puede haber distinción alguna que implique que la esclavitud a efectos del trabajo físico es un delito de *jus cogens*, mientras que la esclavitud a efectos de violación y abusos sexuales no lo es.¹¹⁶

El hecho determinante del delito de esclavitud es el tratamiento de la persona como una mercancía sobre la que se ejercita, de diversas formas, el derecho de propiedad pero ello no implica la necesidad de que dicha per-

115 En su artículo 53, la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados define como norma de *jus cogens* “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

116 E/CN.4/Sub.2/2000/21, párrafo. 51.

sona haya sido objeto de una transacción mercantil. Dicho trato implicará limitaciones a la libertad de movimiento y a las decisiones sobre la propia actividad sexual, pero como explica la Relatora Especial:

No debería interpretarse que la mera posibilidad de escapar, poniendo en peligro la propia integridad física, de una situación de esclavitud basta para invalidar una acusación de esclavitud. En todos los casos, es preciso efectuar un análisis subjetivo que tenga en cuenta las cuestiones de género al interpretar el temor razonable de una persona esclavizada a sufrir daños o su percepción de la coacción que se ejerce contra ella. Eso es especialmente cierto cuando la víctima se encuentra en zona de combate durante un conflicto armado, ya sea interno o internacional, y ha sido identificada como miembro del grupo o facción antagónico.¹¹⁷

Dicha situación aparece reflejada con claridad en el caso Foca, en el que las mujeres en situación de esclavitud sexual disponían en ocasiones de las llaves de aquellos lugares en los que eran retenidas con el fin de impedir la entrada de otros soldados, lo que muestra su condición de propiedad exclusiva de sus captores que en ocasiones las cedían o vendían a otros. En febrero de 2001, la sentencia dictada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia sobre el caso Foca, castigó la esclavitud sexual como crimen contra la humanidad. El proceso se centró exclusivamente en la acusación de crímenes de naturaleza sexual y tres acusados fueron declarados culpables de la violación de niñas y mujeres musulmanas en esta zona de Bosnia-Herzegovina durante 1992.

2.5 Violencia sexual como subtipos de crímenes comprendidos por el Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional codifica por primera vez como crímenes de lesa humanidad siempre que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, los delitos de:

- violación
- esclavitud sexual

117 E/CN.4/Sub.2/1998/13, párrafo. 29.

- prostitución forzada
- embarazo forzado
- esterilización forzada
- cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable

En la clasificación de crímenes de guerra en conflictos tanto internos como internacionales, se incluye asimismo la comisión de actos de:

- violación
- esclavitud sexual
- prostitución forzada
- embarazo forzado
- esterilización forzada
- cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra

En cuanto al delito de genocidio, tanto el Estatuto de Roma como los de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, reproducen la definición de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de Naciones Unidas y, aunque no se ha codificado explícitamente, tras la sentencia condenatoria por genocidio a Akayesu por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el papel de la violencia sexual en este tipo de delito ha quedado firmemente aceptada. La conexión más frecuente entre violencia sexual y genocidio tomaría la forma de los apartados b) “Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”, c) “Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”, y d) “Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”.¹¹⁸

118 La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio define en su artículo 2 como genocidio “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

3. AVANCES EN MATERIA DE RECURSOS E INSTANCIAS A LAS QUE LAS VÍCTIMAS PUEDEN ACUDIR PARA OBTENER PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS. CUESTIONES JURISDICCIONALES

El modo en que los actos de violencia sexual son conceptuados jurídicamente tiene consecuencias importantes en términos de las responsabilidades en juego y sobre los recursos disponibles para las víctimas a fin de obtener la protección de sus derechos. En la medida que tales actos y conductas se consideren abusos contra los derechos humanos o incluso crímenes contra el derecho internacional, se podrán desarrollar recursos: a) ante instancias internacionales que actúan pronunciándose sobre la responsabilidad internacional estatal por los abusos contra los derechos humanos, b) ante tribunales internacionales penales (sean *ad hoc* o el Tribunal Penal Internacional permanente creado por el Estatuto de Roma) para juzgar a los responsables individuales de los crímenes más atroces contra el derecho internacional, o c) en base a la jurisdicción universal,¹¹⁹ ante tribunales nacionales que no pertenecen a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio fueron cometidos los abusos.

Un avance derivado del reconocimiento de los actos de violencia sexual, como abusos contra derechos humanos reconocidos internacionalmente, ha sido que los mecanismos de protección internacional dispuestos tanto por el sistema universal como los regionales de derechos humanos, pueden conocer estos asuntos y pronunciarse sobre la responsabilidad estatal por incumplir sus obligaciones derivadas de los tratados y otras normas internacionales

119 El principio de jurisdicción universal para investigar y reprimir los crímenes contra la humanidad forma parte de las obligaciones de todos los Estados. La comunidad internacional debe cooperar para asegurar que los responsables de estos actos sean llevados ante la justicia. “La jurisdicción universal establece que los tribunales nacionales pueden investigar y procesar a una persona sospechosa de cometer un delito en cualquier lugar del mundo con independencia de la nacionalidad del acusado o de la víctima o en ausencia de todo vínculo con el Estado en el que ejerce dicho tribunal. Ciertos delitos —entre los que se mencionan expresamente el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y la «desaparición»— son tan graves que constituyen un delito contra el conjunto de la humanidad y, por lo tanto, todos los Estados tienen la obligación de llevar a los responsables ante los tribunales. Esta opinión se recoge en el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. Nota: Tomado de Amnistía Internacional, “La Jurisdicción Universal: preguntas y respuestas” AI Índice AI: IOR 53/020/2001/s, texto completo disponible en <<http://web.amnesty.org/library/index/esIOR530202001?open&of=esl-385>>

vinculantes. Incluso ciertos mecanismos dispuestos están dotados de facultades cuasi jurisdiccionales para conocer casos individuales y pronunciarse al respecto.¹²⁰ A nivel de tribunales internacionales penales, los establecidos con carácter *ad hoc* como el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia y el de Ruanda afirmaron, en el curso de sus actuaciones, competencia para juzgar estos crímenes dentro de su jurisdicción. Así, formularon acusaciones contra presuntos responsables de crímenes de esta índole, consideraron garantías y servicios de apoyo a las víctimas durante los procesos y produjeron sentencias en las que desarrollaron criterios y definiciones de aplicación a tales crímenes. Por expresa inclusión en el Estatuto de Roma que establece el Tribunal Penal Internacional, esta jurisdicción tiene competencia respecto de crímenes de índole sexual que se encuentren comprendidos bajo las definiciones de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

El reconocimiento de tales actos como abusos contra los derechos humanos e ilícitos reconocidos internacionalmente ha tenido como consecuencia la exigencia a los Estados de que persigan por acción pública estos delitos conforme a su gravedad, y que los fueros cumplan con reunir los estándares y garantías en materia de debido proceso. Así, fueros tales como la jurisdicción militar¹²¹ o mecanismos de orden extrajudicial, no podrían ser aceptables.

Conforme al *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*¹²² en

120 Así, entre otros órganos que vigilan el cumplimiento de tratados, el Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el Comité contra la Tortura (Convención contra la Tortura), y recientemente el Comité contra la Discriminación hacia la Mujer (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) pueden conocer casos individuales. Por su parte, a nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puede admitir peticiones en base a los derechos humanos recogidos en la Convención Americana.

121 Esta cuestión ha sido abordada de modo consistente por los sistemas de protección internacional de derechos humanos. También ver nota siguiente relativa al *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, en donde se encuentra el Principio 29 que trata expresamente sobre restricciones a la competencia de los tribunales militares: “La competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado”.

122 Instrumento aprobado en el 2005 por la Comisión de Derechos Humanos en su 61º periodo de sesiones (Naciones Unidas), aplicable a delitos graves conforme al derecho

el apartado B sobre Delimitación de competencias entre las jurisdicciones nacionales, extranjeras, internacionales e internacionalizadas, se incluye el Principio 20 sobre competencia de los tribunales penales internacionales e internacionalizados. Lo transcribimos por su extrema pertinencia:

La competencia territorial de los tribunales nacionales en principio sigue siendo la norma en lo tocante a los delitos graves con arreglo al derecho internacional. De conformidad con las disposiciones de sus estatutos, podrá admitirse la competencia concurrente de un tribunal penal internacional o de un tribunal penal internacionalizado cuando los tribunales nacionales no ofrezcan garantías satisfactorias de independencia e imparcialidad o cuando les resulte materialmente imposible desempeñar debidamente sus investigaciones o su seguimiento de una causa criminal o no estén dispuestos a ello. Los Estados deberán asegurarse de que satisfacen plenamente sus obligaciones jurídicas con respecto a los tribunales penales internacionales e internacionalizados, incluso, cuando sea necesario, mediante la promulgación de leyes internas que permitan a los Estados cumplir obligaciones dimanantes de su adhesión al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o con arreglo a otros instrumentos vinculantes, y mediante la puesta en práctica de las obligaciones aplicables de aprehender y entregar a las personas sospechosas y de cooperar con respecto a las pruebas.

En términos generales, con relación al carácter de ciertas medidas restrictivas que buscan impedir la persecución de estos delitos o la sanción de sus responsables, es relevante tener en cuenta el Principio 22 Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad,

Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de

internacional que comprenden graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud. Este instrumento se limita a reunir y actualizar estándares internacionalmente aceptados.

la extradición, non bis in idem, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre “arrepentidos”, la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella.

Es importante advertir que crímenes contra el derecho internacional tales como la tortura, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, son imprescriptibles y son nulas las disposiciones que pretenden garantizar impunidad a quienes resulten responsables de tales crímenes. Así el citado instrumento adiciona dos principios al respecto:

Principio 23. Restricciones a la prescripción

La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación.

Principio 24. Restricciones y otras medidas relativas a la amnistía

Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites:

- a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata.
- b) La amnistía y otras medidas de clemencia no afectan al derecho de las víctimas a reparación previsto en los principios 31 a 34, y no menoscabarán en el derecho a saber.
- c) Como la amnistía puede interpretarse como un reconocimiento de culpa, no podrá imponerse a las personas enjuiciadas o condenadas por hechos acaecidos durante el ejercicio pacífico del derecho a la libertad

de opinión y de expresión. Cuando esas personas no hayan hecho más que ejercer ese derecho legítimo, garantizado por los artículos 18 a 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una ley deberá considerar nula y sin valor respecto de ellas toda decisión judicial o de otro tipo que les concierna; se pondrá fin a su reclusión sin condiciones ni plazos.

- d) Toda persona condenada por infracciones que no sean las previstas en el apartado e) del presente principio y que entren en el ámbito de aplicación de la amnistía podrá rechazar la amnistía y solicitar que se revise su proceso si no ha tenido un juicio imparcial y con las debidas garantías, previstas en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los artículos 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o si ha sido condenada sobre la base de una declaración que, según se haya establecido, ha sido hecha como resultado de interrogatorios inhumanos o degradantes, especialmente bajo la tortura.

4. RUPTURAS Y AVANCES EN EL TRATAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS, TESTIGOS, ASÍ COMO DE ORGANIZACIONES Y QUIENES EJERCEN LA DEFENSA DE LAS VÍCTIMAS DURANTE LOS PROCESOS

Las supervivientes de violencia sexual siguen teniéndose que enfrentar a diferentes amenazas y deben superar los temores de posibles represalias, estigmatización y rechazo por parte de su comunidad como consecuencia de su decisión de denunciar las violaciones de sus derechos humanos. Los motivos por los que las mujeres pueden negarse a testificar son variados y la protección y la seguridad de víctimas y testigos es decisiva para que estas se decidan a testificar contra los perpetradores de agresiones sexuales.

Por otra parte, los daños físicos y mentales sufridos por las supervivientes hace necesaria habitualmente la intervención de personal especializado que evite su revictimización en su intervención en el proceso y ayude a su recuperación.

Igualmente, no obstante que la acción recae sobre el Estado y debe impulsar el proceso de modo activo y sustancial a fin de cumplir la obligación de ejercer la debida diligencia, es pertinente tener presente la participación de

las víctimas y de quienes las representan o apoyan durante los procesos. De acuerdo al Principio 19 sobre deberes de los Estados en materia de administración de justicia, incluido en el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*,

(...) Aunque la iniciativa del enjuiciamiento es en primer lugar una de las misiones del Estado, deberán adoptarse normas procesales complementarias para que las propias víctimas, sus familiares o herederos puedan tomar esa iniciativa, individual o colectivamente, en particular como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados cuyo derecho procesal penal contemple esos procedimientos. Los Estados deberán garantizar la amplia participación jurídica en el proceso judicial a todas las partes perjudicadas y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo en el proceso.

Las víctimas y los testigos que presten su ayuda en investigaciones y procesamientos por actos de violencia contra las mujeres tienen derecho a recibir protección.

El artículo 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder establece: Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, doc. de la ONU A/RES/40/34, indica que:

Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

- a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;
- b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;
- c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;
- d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

- e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

El Tribunal Penal Internacional ofrece un modelo de buena práctica en esta área. En virtud del artículo 54.1.b, el fiscal del Tribunal “respetará los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos, entre otros la edad, el género [...] y la salud, y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños”.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba adoptadas por la Asamblea de los Estados Partes, 3-10 de septiembre de 2002, especifican las responsabilidades del secretario para con las víctimas y testigos, entre las cuales figura adoptar “medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género a fin de facilitar la participación de las víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento”. *Ibíd.*, regla 16, párr. 1.d.

También se detallan en las Reglas de Procedimiento y Prueba las funciones de la Dependencia de Víctimas y Testigos, *Ibíd.*, reglas 17 y 18 entre las que figura la de garantizar la protección y seguridad de todos los testigos y víctimas que comparezcan con las medidas apropiadas y establecer planes a corto y largo plazo para ello.

Asimismo, la Dependencia debe ayudar a las víctimas que comparezcan ante el Tribunal, así como a los testigos, a recibir la atención médica y psicológica adecuada y, en consulta con la Fiscalía, recomendar la elaboración de un código de conducta en que se destaque el carácter fundamental de la seguridad y la confidencialidad para los investigadores del Tribunal y de la defensa y para todas las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales que actúen por solicitud del Tribunal. También se encargará de negociar acuerdos con los Estados acerca del reasentamiento de las víctimas y testigos traumatizados o amenazados.

En el Tribunal Penal Internacional, la protección de las víctimas y testigos va más allá de su seguridad física antes y después de prestar declaración. Abarca también la protección de su dignidad y su bienestar psicológico durante el procedimiento, particularmente durante las preguntas, pues en muchas jurisdicciones, las mujeres no están dispuestas a presentar denuncias porque temen ser humilladas o acusadas de mentir cuando suban al estrado. Retomamos este punto en el apartado 5.

4.1 Protección de supervivientes y testigos

La experiencia recogida en los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia, ha demostrado la necesidad básica de proteger a los testigos y víctimas que declaran en los procesos. En ambos tribunales se registraron informes de acoso e intimidación de las personas declarantes y esto ha tenido a menudo como resultado una significativa reducción de los testimonios y evidencias de inculpación. Asimismo, como expresa Amnistía Internacional acerca de los juicios sobre los crímenes de guerra ocurridos en Bosnia-Herzegovina:

es necesario puntualizar que la protección de testigos vulnerables debe tener en cuenta otras necesidades además de la seguridad física. Estos juicios tan llenos de carga política producen un profundo impacto social (tanto a nivel de la comunidad general como al de aquellos que participan en los procesos). No tienen lugar en un espacio académico o jurídico aislado sino que forman parte de la dinámica de los acontecimientos políticos y sociales ya que, hasta ahora, muchos de los procesos han tenido lugar con el telón de fondo de una publicidad masiva. Todos los testigos vulnerables deberían tener apoyo, práctico, psicosocial y médico, teniendo en cuenta en particular el alto riesgo de retraumatización consecuencia de dar testimonio y ser sometido a interrogatorio. La necesidad de este apoyo se encuentra reconocido expresamente en la legislación internacional. El artículo 68 (1) del Estatuto de Roma exige la toma de estas medidas al Tribunal y la Fiscalía.

Las difíciles condiciones económicas y sociales de muchos testigos (en particular antiguos internos de campos de detención, víctimas de violación, personas desplazadas, madres y padres solos y ancianos, categorías que obviamente se solapan en gran medida) necesitan asimismo una atención específica.¹²³

Como menciona el informe de Amnistía Internacional, el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional y sus reglas de procedimiento y prueba, se refieren de forma detallada a los mecanismos destinados a la protección de testigos que deben utilizarse en los procesos. El artículo 68 del Estatuto de Roma sobre Protección de las víctimas y los testigos y su participación en

123 Amnistía Internacional, *Bosnia-Herzegovina: Seeking Justice*, índice AI: EUR 63/018/2003.

las actuaciones¹²⁴ regula que “la Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos”, para lo que “tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género (en la acepción definida por el Estatuto), y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando este entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños”.

124 Artículo 68 del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional:

Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones

1. La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.
2. Como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de violencia sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo.
3. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.
4. La Dependencia de Víctimas y Testigos podrá asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y la asistencia a que se hace referencia en el párrafo 6 del artículo 43.
5. Cuando la divulgación de pruebas o información de conformidad con el presente Estatuto entrañare un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia, el Fiscal podrá, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, no presentar dichas pruebas o información y presentar en cambio un resumen de éstas. Las medidas de esta índole no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos.
6. Todo Estado podrá solicitar que se adopten las medidas necesarias respecto de la protección de sus funcionarios o agentes, así como de la protección de información de carácter confidencial o restringido.

Por otra parte, la regla 86 establece que:

Una Sala, al dar una instrucción o emitir una orden y todos los demás órganos de la Corte al ejercer sus funciones con arreglo al Estatuto o a las Reglas, tendrán en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos de conformidad con el artículo 68, en particular los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género.

En concreto, se reconocen las siguientes medidas de protección:

- Declaraciones a puerta cerrada
- Presentación de evidencias por medios electrónicos y audiovisuales y que permitan la alteración de la imagen y voz
- Potestad de la Fiscalía para negarse a presentar evidencias o información en caso de peligro para un testigo o su familia
- Garantías del anonimato en documentos públicos de la víctima o testigo

Asimismo, se protege también la privacidad de la víctima de modo que

La Sala, teniendo en cuenta que la violación de la privacidad de un testigo o una víctima puede entrañar un riesgo para su seguridad, controlará diligentemente la forma de interrogarlo a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación y prestando especial atención al caso de las víctimas de crímenes de violencia sexual.¹²⁵

Tampoco se podrá:

- Requerir la corroboración del testimonio o prueba para demostrar ningún crimen y, en particular, los de violencia sexual
- Admitir pruebas del comportamiento sexual anterior o posterior de la víctima o testigo
- Deducir el consentimiento de la víctima

4.2 Personal a cargo de actuaciones

Dadas las connotaciones sociales de los delitos de carácter sexual, es más probable que las mujeres supervivientes se sientan capaces de relatar los

125 Reglas de procedimiento y prueba del Tribunal Penal Internacional, regla n° 88.5.

hechos a otra mujer. Por otro lado, deben tenerse en cuenta otras dificultades como la necesidad de una persona que traduzca de otra lengua, para lo que se ha recomendado también que se trate de una intérprete.

El personal a cargo de las actuaciones deberá, dependiendo de sus áreas, tener conocimiento y estar entrenado en cómo reconocer y responder a las necesidades de las supervivientes, identificar los papeles de otros actores potenciales y conocer sus necesidades psicosociales.¹²⁶

4.3 Servicios de apoyo a supervivientes

Como ya ha sido indicado, una de las aportaciones importantes del Estatuto de Roma para la protección de las supervivientes es el establecimiento de una Dependencia de Víctimas y Testigos, encargada de la adopción de las medidas de protección y del asesoramiento y asistencia de los testigos y víctimas que comparezcan ante el Tribunal, con personal especializado en la atención a víctimas y, en concreto, a las víctimas de violencia sexual.

5. RUPTURAS Y AVANCES EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS Y PROCESAMIENTO. PRUEBAS Y EVIDENCIAS

De acuerdo al Principio 19 sobre deberes de los Estados en materia de administración de justicia, incluido en el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*:

Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente. (...)

126 Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons. Guidelines for Prevention and Response. United Nations High Commissioner for Refugees, 2003.

Las pruebas y evidencias deben ser adecuadas a la naturaleza de los delitos. En los casos de delitos de violencia sexual, no se trata propiamente de *flexibilización* de las pruebas, sino que deben pasar la condición de idoneidad, en un balance entre las garantías a las víctimas y las garantías de los procesados.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional abordan las necesidades de las víctimas y los testigos de violencia sexual en particular. Disponen:

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
- d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. *Ibíd.*, regla 70.

En tales casos, se especifica que el Tribunal “no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo”. *Ibíd.*, regla 71. El hecho de que el historial sexual de la víctima no pueda admitirse como prueba es particularmente importante, como lo es también el requisito de que el testimonio de las víctimas de violencia sexual no esté sujeto a corroboración. Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, regla 96; véase también el asunto *Delalic, Mucic y otros*, IT-96-21, “*Celebici Camp*”.

6. RUPTURAS Y AVANCES EN MATERIA DE LAS PENAS

Las penas deben reflejar la gravedad del delito. En ciertos tratados como la Convención contra la Tortura se menciona expresamente la obligación de establecer penas proporcionales. La comprensión de la violencia sexual

dentro de categorías como la tortura u otros tipos penales considerados crímenes contra el derecho internacional conduce a la obligación de los Estados de aplicar sanciones que guarden relación con la naturaleza de los crímenes. Tradicionalmente, en las pocas ocasiones en que los abusos de índole sexual durante los conflictos armados motivaban condena en las jurisdicciones nacionales, las penas a los condenados no correspondían a las sanciones aplicadas a otros delitos violentos ni a las circunstancias y naturaleza del delito cometido conforme a las normas internacionales. A la hora de encajar los tipos penales sobre violencia sexual como delito ordinario, la limitación estaba anunciada en la propia legislación. En ocasiones el hecho de que la persona hubiera sobrevivido al acto abusivo de índole sexual motivaba sanciones mínimas incluso por debajo de las previstas para delitos no violentos.

Ahora bien, en contrapartida, debemos indicar en relación con las penas que estas a su vez no pueden ser crueles, inhumanas o degradantes. Es de tener en cuenta la prohibición de castigos corporales, así como considerar la no imposición de pena de muerte. De hecho, el Estatuto de Roma que establece el Tribunal Penal Internacional descartó la pena de muerte.

En el caso de menores que hubieran participado en la perpetración de actos abusivos de índole sexual, son de aplicación las disposiciones previstas por la Convención de los Derechos del Niño.

En las Estrategias y Medidas Prácticas Modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal, incluidas en el anexo de la resolución 52/86 de la Asamblea General de la ONU, se pide hacer una valoración crítica de si las condenas son serias y se sugiere considerar las cuestiones siguientes al determinar si son adecuadas:

9. Se exhorta a los Estados Miembros a que, según proceda:
 - a) Revisen, evalúen y enmienden sus políticas y prácticas en materia de condenas, a fin de que se cumplan los objetivos siguientes:
 - i) La necesidad de que todo infractor responda de sus actos de violencia contra una mujer;
 - ii) La necesidad de poner coto a estos comportamientos violentos;
 - iii) La ponderación de las repercusiones de la condena para las víctimas de esta violencia y sus familiares y para los familiares del condenado por este tipo de actos;

- iv) El fomento de la imposición de sanciones que sean comparables a las previstas para otros delitos violentos;
- b) Se cercioren de que se dé aviso a las mujeres que han sido víctimas de violencia de la eventual liberación del detenido o encarcelado, en todos aquellos casos en que el interés de la seguridad de la víctima pese más que el respeto de la intimidad de la persona declarada culpable;
- c) Procuren que, en el proceso de determinación de la pena, se tenga en cuenta la gravedad del daño físico y psicológico infligido a la víctima y las repercusiones de la victimización, incluso mediante declaraciones de repercusiones para la víctima cuando la ley permita tales prácticas;
- d) Pongan legalmente a disposición de los tribunales una gama completa de medidas y sanciones que permitan proteger a la víctima, a las demás personas afectadas y a la sociedad contra futuros actos de violencia;
- e) Estimulen a los tribunales a que, al dictar sentencia, recomienden medidas de tratamiento para el delincuente;
- f) Velen por que se pongan en práctica medidas adecuadas para eliminar la violencia contra toda mujer detenida por algún motivo;
- g) Creen y evalúen programas de tratamiento para culpables de diversa índole y diverso temperamento;
- h) Adopten medidas para proteger a las víctimas y a los testigos durante la celebración del proceso y a raíz del mismo.

7. DESAFÍOS PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL BAJO CONFLICTO ARMADO EN AMÉRICA LATINA

7.1 Impunidad

En el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, se define impunidad en los siguientes términos:

Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabili-

dad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.

Si el grado de impunidad de los crímenes bajo los conflictos de diversa intensidad en América Latina ha sido y continúa siendo elevado, sobre los crímenes que refieren violencia sexual se podría afirmar que prácticamente hay una impunidad absoluta al sumarse la discriminación por género. La nula o escasa judicialización de abusos de índole sexual hace especialmente impune estos crímenes. Tanto las condiciones generales de impunidad como la impunidad debida a las desigualdades de género deben ser abordadas a la hora de diseñar estrategias para la judicialización de estos crímenes.

En ocasiones, los procesos de negociación fomentan todavía más la impunidad imperante en los conflictos. La obtención de la paz se convierte a menudo en prioritaria aunque esto signifique la impunidad de muchas violaciones de derechos humanos. Numerosas organizaciones no gubernamentales han acusado a la ley de Justicia y Paz promulgada por el gobierno colombiano de instaurar oficialmente la impunidad. La mesa Mujer y conflicto armado ha señalado sobre el proceso de paz en Colombia que

es difícil determinar los efectos reales de la negociación. Bajo los estándares de derechos humanos, la posibilidad de reconocer a las víctimas las diferentes violencias y las condiciones permanentes de vulnerabilidad de las mujeres –exacerbadas en la guerra– no son en el actual proceso alternativas posibles, viables y mucho menos confiables. A esto se suma la impunidad, iniciada en el sistema de justicia que desconoce las subjetividades y borra las necesidades particulares de las mujeres.¹²⁷

Asimismo, la mesa hace hincapié en que la mayoría de los actos de violencia contra las mujeres no se investigan con lo que sus autores no son procesados y cometen los delitos con impunidad:

Para Amnistía Internacional, incluso cuando las víctimas persisten, es poco probable que el caso se investigue de forma completa e imparcial. Las probabi-

127 Mesa “mujer y conflicto armado” Quinto informe sobre violencia sociopolítica, contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, p.26, noviembre 2005.

lidades de que se condene a los culpables son prácticamente nulas, en especial si el presunto autor es miembro de las fuerzas de seguridad, los paramilitares o la guerrilla. Cada uno de los pasos del proceso parece concebido para bloquear los intentos de las supervivientes de que se sepa la verdad y se haga justicia.¹²⁸

Incluso aunque, aparentemente, se den pasos legales hacia el reconocimiento de los delitos según el marco internacional, no será posible acabar con la impunidad a menos que las reformas jurídicas se lleven a la práctica de forma efectiva. Un ejemplo es la inclusión por el Código Penal colombiano de 2000 de la tipificación de los delitos contra el derecho internacional humanitario, entre ellos los delitos sexuales contra civiles por parte de combatientes. La no aplicación práctica de estos tipos penales, al parecer ha ido de la mano de la posición por parte del gobierno colombiano de no reconocer la existencia de un conflicto armado en su territorio. Aunque se han dado avances con la inclusión de este tipo de delitos, siguen existiendo multitud de impedimentos para convertirlos en un instrumento de justicia efectiva.

7.2 Cargas y estigmatización contra las supervivientes

En 1994, la misión de investigación de Naciones Unidas en Ruanda no fue capaz de detectar en principio la magnitud adquirida por la violencia sexual ejercida contra las mujeres en el conflicto. Las mujeres sobrevivientes a la violencia sexual en conflictos armados se enfrentan con mucha frecuencia, además de a la propia situación de violencia y sus secuelas a la estigmatización y el rechazo por parte de sus comunidades si se dan a conocer los hechos, por lo que frecuentemente guardan silencio sobre lo sucedido.

La carga tradicional de los delitos sexuales sobre el deshonor o culpabilidad de la mujer víctima, cuya identidad establecen sus relaciones con la familia y comunidad, queda de manifiesto de forma evidente incluso en la legislación hasta tiempos muy recientes. En las Convenciones y los Protocolos de Ginebra existen 43 provisiones específicas acerca de los efectos de los conflictos armados sobre las mujeres. Como explican Judith Gardam y Hilary Charlesworth, todas ellas se refieren a las mujeres en sus “relaciones con otros, no como individuos por derecho propio” y las referidas a agresiones sexuales son tratadas en términos de derecho al honor.

128 *Ibidem*, p.114.

El honor de las mujeres, tal y como lo describe el Derecho Internacional Humanitario, se constituye solo sobre la base de determinados atributos, cuyas características definitorias son aquello que los hombres ven como importante, es decir, la castidad y la modestia de las mujeres. En contraste, el honor masculino en el Derecho Internacional Humanitario es un concepto mucho más complejo, abarcando atributos tanto físicos como mentales.¹²⁹

Por tanto, siguiendo el razonamiento social delatado por dichas regulaciones, las mujeres que han sido víctimas de delitos sexuales quedan marcadas y “deshonradas”, lo que provoca su rechazo por sus familias y comunidades. A pesar de la evolución en la superación de estos conceptos producida en los últimos años en el campo del derecho y la jurisprudencia, las mujeres sufren dificultades para contar muchas veces lo que les ha ocurrido por miedo a la estigmatización.

Como expresa la Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados de Naciones Unidas

la mayor parte de las sociedades tienden a culpar a la víctima/sobreviviente. Este rechazo social tiene como consecuencia daños emocionales que incluyen la vergüenza, el odio a uno mismo y la depresión. Como resultado del miedo a la estigmatización social la mayor parte de las víctimas/supervivientes jamás informan sobre lo sucedido, la mayoría de los sucesos de violencia sexual y de género no son denunciados.¹³⁰

La Mesa Mujer y conflicto armado ha señalado en sus informes cómo “el sistema de administración de justicia en Colombia ha estimulado la impunidad en casos de violencia sexual, forma característica de agresión que, contra toda lógica, avergüenza a la superviviente, no al perpetrador”. Las mujeres suelen ser aisladas y estigmatizadas por sus propias comunidades, y el Estado no muestra interés en poner a los responsables en manos de la justicia.

129 Judith Gardam y Hilary Charlesworth. “Protection of women in armed conflicts”, disponible en Gender and Peacekeeping Training Course <http://www.hommes-femmes-operationsdelapaix.org>

130 Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons. Guidelines for Prevention and Response. United Nations High Commissioner for Refugees, 2003.

Cuando se investiga judicialmente un caso de violencia sexual, “el trato que reciben las supervivientes suele ser degradante, algunas incluso se encuentran bajo investigación y los perpetradores son raras veces identificados y aún menos castigados por sus delitos”.¹³¹

7.3 Cuestiones jurídicas a considerar para la judicialización de crímenes de índole sexual bajo conflicto armado

Finalmente, es necesario abordar algunas cuestiones presentes en América Latina a la hora de impulsar la judicialización de estos crímenes.

Con frecuencia autoridades de la administración de justicia e incluso las organizaciones y personas que defienden los derechos de las víctimas de crímenes de índole sexual tropiezan al menos con dos preguntas;

- Sobre los alcances de la aplicación del derecho internacional en las jurisdicciones nacionales
- Sobre el tipo penal en torno al cual encuadrar los actos abusivos.

La primera pregunta, en principio, debe solventarse fácilmente a favor de la aplicación del derecho internacional, sin embargo en términos prácticos adquiere complejidad particular cuando se trata de definirse sobre el tipo penal, cuestión crítica cuando el ordenamiento jurídico nacional no contempla las figuras penales conforme al derecho internacional o las ha traspuesto de modo deficiente. Hay casos en que los jueces han tenido por crímenes contra la humanidad, por ejemplo, las desapariciones forzadas, pero han procesado a los responsables de acuerdo a las figuras ordinarias previstas por la legislación nacional al momento de que los crímenes fueron perpetrados. Conviene tener presente que el Estado es responsable por las condiciones que pueden afectar la aplicación de las normas internacionales.

Por último, debemos señalar que la escasa atención prestada a los abusos de índole sexual cometidos en el marco de los conflictos armados abiertos en la región en la última década, ha implicado numerosas desventajas para la judicialización. Ello sin embargo no debe desanimar la búsqueda de justicia.

131 Mesa “mujer y conflicto armado” Quinto informe sobre violencia sociopolítica, contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, p.109, noviembre 2005.

ANEXO 1: INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y OTRAS REFERENCIAS RELEVANTES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES BAJO CONFLICTO Y POSTCONFLICTO

1. Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos es el documento en el cual se basa la estructura de las normas internacionales de derechos humanos. Declara que «la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de [...] los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana» (Preámbulo). Tiene particular importancia con relación a los Estados que no han ratificado dichos tratados y como una declaración que, al menos en parte, se considera cada vez más un reflejo del derecho consuetudinario internacional. Ha incluido expresamente las siguientes prohibiciones: – la discriminación por motivos de sexo (artículos 2 y 7); – la esclavitud y la servidumbre (artículo 4); – la tortura o los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 5);– el arresto arbitrario, la detención o el exilio (artículo 9).

Entre los derechos cuya protección es especialmente relevante para las mujeres y las niñas en situaciones de conflicto y postconflicto, se comprenden:– el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (artículo 3); – el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales por violaciones de los derechos (artículo 8);– juicios justos (artículos 10, 11); – libertad de circulación, que incluye el derecho a salir de cualquier país y de volver al propio (artículo 13); – el derecho a buscar asilo (artículo 14);– el derecho a casarse disfrutando de iguales derechos y solo mediante el libre consentimiento de los cónyuges (artículo 16.1. y .2); – protección para la familia (artículo 16); – un nivel de vida adecuado, que, entre otras cosas, les asegure alimentos y asistencia médica (artículo 25.1); –protección especial en la maternidad y la infancia (artículo 25.2); –el derecho a la educación, especialmente la que promueva la paz (artículo 26).

2. Tratados de derecho internacional de derechos humanos

Del sistema universal (Naciones Unidas)

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³²
- Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹³³
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹³⁴
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹³⁵
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes¹³⁶
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial¹³⁷
- Convención sobre los Derechos del Niño¹³⁸
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados¹³⁹
- Convención sobre la Esclavitud¹⁴⁰
- Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud¹⁴¹
- Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud¹⁴²

132 Texto completo disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm>

133 Texto completo disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm

134 Texto completo disponible en < http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/e1cedaw_sp.htm >

135 Texto completo disponible en< http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/opt_cedaw_sp.htm >

136 Texto completo disponible en < www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm >

137 Texto completo disponible en <<http://www.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>>

138 Texto completo disponible en< http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm >

139 Texto completo disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/6/protocolchild_sp.htm >

140 Texto completo disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/f2sc_sp.htm >

141 Texto completo disponible en< http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/f2psc_sp.htm >

142 Texto completo disponible en< http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/f2psc_sp.htm >

- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena¹⁴³
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹⁴⁴
- Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad¹⁴⁵

Del sistema interamericano (Organización de Estados Americanos):

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)¹⁴⁶
- Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará)¹⁴⁷
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹⁴⁸
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de San Salvador).¹⁴⁹

3. Tratados en materia de derecho internacional humanitario

- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)¹⁵⁰
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)¹⁵¹

143 Texto completo disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/33_sp.htm >

144 Texto completo disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_genoci_sp.htm >

145 Texto completo disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/p_limit_sp.htm >

146 Texto completo disponible en <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>>

147 Texto completo disponible en <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8.htm>>

148 Texto completo disponible en <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos6.htm>>

149 Texto completo disponible en <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos4.htm>>

150 Texto completo disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/q_genev1_sp.htm >

151 Texto completo disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/q_genev2_sp.htm >

- Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)¹⁵²
- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)¹⁵³
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)¹⁵⁴
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)¹⁵⁵

NOTAS:

- (1) Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos de 1977 establecen un principio de igualdad a los efectos de que «no puede establecerse distinción alguna que sea desfavorable entre los individuos en función, entre otras cosas, del sexo». Este principio se recoge, por ejemplo, en el artículo 12 del Segundo Convenio de Ginebra, que exige a las partes en conflicto que traten humanamente a las personas en su poder. Este artículo prohíbe toda «distinción desfavorable basada en el sexo [...] o en cualquier otro criterio análogo» en el trato. El artículo 2.1 del Protocolo II reproduce las mismas palabras en relación con los conflictos armados internos a los que se aplica.
- (2) El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra se aplica a los casos de «conflicto armado internacional» y a los conflictos internos que tienen lugar en el territorio de un Estado Parte entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. Obliga a «cada una de las Partes en conflicto» y no solamente a los Estados. Entre otras cosas, protege a las «personas que no participen directamente en las hostilidades» mediante la prohibición de las siguientes prácticas (subpárrafo 1): a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas

152 Texto completo disponible en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/91_sp.htm >

153 Texto completo disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/92_sp.htm

154 Texto completo disponible en < http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/93_sp.htm >

155 Texto completo disponible en < http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/94_sp.htm >

dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido. Asimismo, el artículo 3 establece que las personas que no participan activamente en las hostilidades «serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad», sin sufrir discriminación basada, entre otras cosas, en el sexo (subpárrafo 1), y que «[l]os heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos» (subpárrafo 2).

4. Otros instrumentos relevantes procedentes de Naciones Unidas:

- Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado;¹⁵⁶
- Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones;¹⁵⁷
- Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad;¹⁵⁸
- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley
- El Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recoge un conjunto de principios de importancia para la protección general de los derechos humanos. Los de especial relevancia en la protección de la mujer contra la violencia en situaciones de conflicto y posconflicto son los siguientes:
 - los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y los derechos humanos (artículo 2);
 - los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus funciones (artículo 3);
 - ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni siquiera en un estado de guerra o de emergencia pública (artículo 5);

156 Texto completo disponible en < http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/24_sp.htm >

157 Texto completo disponible en < <http://www.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm> >

158 Texto completo disponible en < <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html> >

- los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley protegerán la salud de las personas bajo su custodia (artículo 6).
- Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder;
La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985. El artículo 1 de la Declaración define a la «víctima» como una persona que ha sufrido daños como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el «abuso del poder». Esto abarcaría muchos de los abusos cometidos en situaciones de conflicto armado. En la Declaración se explicita que las víctimas deben:
 - ser tratadas con respeto por su dignidad (párrafo 4);
 - tener acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación (párrafo 4);
 - recibir información acerca de sus derechos para obtener reparación (párrafo 5);
 - recibir la asistencia médica o de otro tipo que sea necesaria (párrafo 14);
 - tener acceso a los servicios de salud y sociales (párrafo 15);
 - ser resarcidas, cuando proceda, por los daños cometidos por agentes del Estado, en cuyo caso será el Estado quien provea el resarcimiento (párrafos 8 y 11);
 - ser asistidas de forma no discriminatoria por motivos de sexo, entre otros (párrafo 3). Cuando no se disponga de una indemnización procedente de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente a las víctimas, o a los familiares de las víctimas que hayan muerto o hayan «sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental» como consecuencia de delitos graves (párrafo 12). De manera implícita, en la Declaración se fomenta el establecimiento de fondos internacionales que ayuden en este proceso, y se observa que puedan darse casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima «no esté en condiciones de indemnizarla» (párrafo 13). El personal policial, judicial o de otro tipo que trabaje con las víctimas recibirá una capacitación especial. En todos los servicios y asistencia prestados deberán tenerse en cuenta las necesidades especiales de las víctimas en función de la naturaleza del daño que hayan sufrido o de una serie de factores, entre ellos el sexo (párrafos 3 y 17). Las «víctimas del abuso de poder» han sufrido daños como consecuencia de acciones que violan el derecho internacional, las cuales pueden no llegar a constituir violaciones del derecho penal nacional pertinente. También ellas deben recibir apoyo y asistencia, y

los Estados han de estudiar la posibilidad de ofrecerles indemnización y resarcimiento. Los Estados deberán aprobar leyes que prohíban actos que constituyan abusos graves de poder, y proporcionar remedios a sus víctimas (párrafos 18 a 21).

- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;
- Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias;
- Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley;
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas;
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones;
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos;
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión;
- Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte;
- Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad.

Los textos completos de los documentos indicados pueden obtenerse en el sitio web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (www.ohchr.org).

También deben consultarse las recomendaciones de los relatores especiales de Naciones Unidas, en particular la relatora especial sobre la violencia contra las mujeres,¹⁵⁹ así como las recomendaciones de los órga-

159 Para acceder a los informes en inglés de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer buscar en < <http://www.ohchr.org/english/issues/women/rapporteur/annual.htm>>

nos de vigilancia de los tratados de derechos humanos. El documento de Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.7 del 12 de mayo de 2004 contiene una recopilación¹⁶⁰ de las observaciones generales o recomendaciones generales adoptadas respectivamente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura y el Comité de los Derechos del Niño.

5. Otros marcos de referencia sobre mujeres, conflicto, postconflicto y operaciones de paz

Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, sobre *Mujer Paz y Seguridad*¹⁶¹ adoptada el 31 de octubre del 2000. De acuerdo con el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, todos los miembros de las Naciones Unidas han de «aceptar y cumplir» las decisiones del Consejo de Seguridad. A través de dicha resolución se exhorta a todas las partes en un conflicto armado “a que respeten plenamente el derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de las mujeres y niñas, especialmente en tanto que civiles, en particular las obligaciones correspondientes en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y su Protocolo Facultativo de 1999 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus dos Protocolos Facultativos de 25 de mayo de 2000, y a que tengan presentes las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional”. Párrafo 9 de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad. En lo que concierne a la violencia en razón de género, expresamente insta a todas las partes en un conflicto armado a que “adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, particularmente la violación y otras formas de abusos sexuales, y todas las

160 Texto completo en español disponible en <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/HRI.GEN.1.Rev.7.Sp?Opendocument)>

161 Texto completo en español disponible en: http://www.es.amnesty.org/nomasviolencia/docs/legislacion_internacional_y_otros/01naciones_unidas/1325spanish.pdf

demás formas de violencia en situaciones de conflicto armado”. Párrafo 10 de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad. Igualmente, “subraya la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas y, a este respecto, *destaca* la necesidad de excluir esos crímenes, siempre que sea viable, de las disposiciones de amnistía”. Párrafo 11 de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad. La Resolución 1325 (2000) también pide “a todos los que participen en la negociación y aplicación de acuerdos de paz que adopten una perspectiva de género, en que se tengan en cuenta y se incluyan, entre otras cosas: a) Las necesidades especiales de las mujeres y las niñas durante la repatriación y el reasentamiento, así como para la rehabilitación, la reintegración y la reconstrucción después de los conflictos; b) Medidas para apoyar las iniciativas de paz de las mujeres locales y los procesos autóctonos de solución de conflictos y para hacer participar a las mujeres en todos los mecanismos de aplicación de los acuerdos de paz; c) Medidas que garanticen la protección y el respeto de los derechos humanos de las mujeres y las niñas, particularmente en lo relativo a la constitución, el sistema electoral, la policía y el sistema judicial”. Párrafo 8 de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad.

Declaración de Windhoek (Plan de acción de Namibia sobre la incorporación de una perspectiva de género en las operaciones multidimensionales de apoyo a la paz) fue adoptada en un seminario organizado por el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz el 31 de mayo de 2000. Aborda cuestiones sobre la agresión y el acoso sexual en países que viven situaciones de posconflicto, la prevención de la trata de mujeres y la manera en que han evolucionado los derechos humanos de la mujer en una sociedad de posconflicto. También aborda la cuestión de si aquellos que han cometido actos de violencia contra las mujeres durante el conflicto son debidamente enjuiciados, e indemnizadas las víctimas-sobrevivientes.

ANEXO 2: ENLACES RECOMENDADOS

Amnistía Internacional, para acceder a informes y documentos publicados en español sobre derechos humanos de las mujeres, incluidos los producidos durante la Campaña Mundial en curso No Más Violencia contra las Mujeres: <<http://web.amnesty.org/library/esl-373/index> >

Listado de documentos sugeridos:

Hacer los derechos realidad. La violencia contra las mujeres en los conflictos armados. Índice AI: ACT 77/050/2005. Texto completo disponible en <<http://web.amnesty.org/library/Index/ESLACT770502005?open&of=ESL-373> >

Hacer los derechos realidad. El deber de los Estados de abordar la violencia contra las mujeres. Índice AI: ACT 77/049/2004. Texto completo disponible en <<http://web.amnesty.org/library/index/eslact770492004> >

Hacer los derechos realidad. Taller de educación en derechos humanos para organizaciones no gubernamentales. Índice AI: ACT 77/055/2005, texto completo disponible en <<http://web.amnesty.org/library/Index/ESLACT770552005?open&of=ESL-373>>

Hacer los derechos realidad. Taller de educación en derechos humanos para periodistas. Índice AI: ACT 77/054/2005 texto completo disponible en <<http://web.amnesty.org/library/Index/ESLACT770542005?open&of=ESL-373>>

Devastadas por la guerra: Cuerpos de mujeres, vidas de mujeres No más crímenes contra las mujeres durante los conflictos armados. Índice AI: ACT 77/072/2004. Texto completo disponible en <<http://web.amnesty.org/library/Index/ESLACT770722004?open&of=ESL-373>>

“Colombia: Cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado”. Índice AI: AMR 23/040/2004 Texto completo disponible en

< <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR230402004> >

Human Rights Watch para acceder a informes y documentos en varias lenguas: <<http://www.hrw.org/>>

Women’s Human Rights net para acceder a informes y documentos en español: <<http://www.whrnet.org/es/>>

Women’s initiatives for Gender Justice para acceder a informes y documentos publicados en inglés, disponible en < <http://www.iccwomen.org/> >

Los tratados de derechos humanos en el marco del derecho internacional y su interacción con el derecho interno peruano

Carolina Loayza Tamayo

INTRODUCCIÓN

Son diversas las definiciones de tratado que ofreció la vastísima doctrina internacional¹⁶² hasta que tuvo lugar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en adelante la Convención de 1969, o la Convención de Viena; sin embargo cabe resaltar los elementos comunes a tales definiciones que suponen una idea clara de los mismos. En este sentido, se puede definir al tratado como el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional, con capacidad para concertarlo, celebrado en forma verbal o escrita, regido por el derecho internacional y destinado a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones de este ordenamiento.

Dichos elementos fueron recogidos en buena parte por la Comisión de Derecho internacional (CDI), que presentó en 1965 su proyecto definitivo de artículo 1 a la Asamblea General de Naciones Unidas, que luego se convertiría en el artículo 2 (1 a) de la Convención de 1969 sobre Derecho de los Tratados – en adelante la Convención de Viena de 1969 o la Convención-, cuyo tenor es el siguiente:

Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento

162 Ver Fabián Novak, *Derecho Internacional Público*, T. I, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2000, notas 9 - 14.

único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Entre los elementos que destacan de la definición, nos interesa hacer énfasis fundamentalmente en dos de ellos: Primero, el acuerdo internacional entre Estados y segundo, que el tratado se encuentra regido por el derecho internacional. Estos dos elementos nos conducen precisamente a plantear el problema de la relación o también llamada interacción entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados, que es el punto central de nuestra preocupación para poder referirnos al nivel que ocupan en el derecho interno los tratados de derechos humanos, entendiéndose como tal a su grado de efectividad.

Que el tratado consista en un acuerdo internacional entre Estados significa que se está ante el concurso de dos voluntades de dos sujetos de derecho internacional que al lograr el consenso, es decir, la manifestación de voluntad común sobre un mismo objeto,¹⁶³ van a generar derechos y obligaciones para las partes involucradas. Pero, lo trascendente al involucrarse los Estados como partes de un tratado es que cada uno de ellos, como persona jurídica autónoma y además, a diferencia de otros sujetos de derecho internacional, con capacidad suficiente para celebrar tratados,¹⁶⁴ está regido por un ordenamiento jurídico interno sobre el cual se construye el Estado de Derecho, y al vincularse jurídicamente un Estado con otro está consiguientemente involucrando su propio derecho interno, es decir, el ordenamiento que rige a los ciudadanos en su territorio. De esta manera, el régimen jurídico internacional creado por los Estados Partes de un tratado afectará el derecho interno de cada uno, planteándose a este punto el problema sobre las relaciones entre derecho internacional y derecho interno aludido en líneas precedentes.

Que la Convención de Viena de 1969 se haya referido en su definición únicamente a los tratados entre Estados y no a los acuerdos entre otros sujetos de derecho internacional no ha implicado, sin embargo, un desconocimiento del valor de tales otros acuerdos, conforme lo precisa la propia CDI¹⁶⁵ apoyada a su vez en el art. 3° de la propia Convención, mas tarde

163 Paul Reuter, *Introduction au Droit des Traités*, 3ª ed., París: Presses Universitaires de France, 1995, p. 26 ss.

164 Art. 6 de la Convención: "Todo Estado Tiene capacidad para celebrar tratados".

165 *Annuaire CDI*, 1965, T. II, p. 172.

confirmada con la celebración de la Convención de Viena de 1986 sobre tratados entre Estados y Organismos Internacionales.

Que los tratados celebrados por los Estados se hallen regidos por el derecho internacional, revela el compromiso asumido al punto de comprender la responsabilidad internacional del Estado por las obligaciones contraídas. No será entonces de aplicación el derecho interno de cada Estado, sino como precisa la Convención, el régimen jurídico internacional, viniendo aquí a colación el tema de las relaciones o interacción entre el derecho internacional y el derecho interno de cada Estado involucrado.

1. TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Tal como señala el profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, los tratados -en general- persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas,¹⁶⁶ generando obligaciones recíprocas *inter sé*. Es decir, los Estados al celebrar un tratado “buscarán mantener una correlación entre los derechos y los deberes que asumirán, procurando que exista un cierto equilibrio entre las partes contratantes”.¹⁶⁷

Sin embargo, los tratados de derechos humanos, “...están orientados más que a establecer un equilibrio de intereses entre las partes, a garantizar el goce de los derechos humanos”;¹⁶⁸ en virtud que su objeto y fin es la protección de estos derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando los Estados celebran tratados de derechos humanos, “se someten a un orden legal dentro del cual ellos por el bien común, asumen varias obligaciones, no en

166 José Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público*. Ed. Tecnos, Madrid, p. 108. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC2/92 “El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 74 y 75)”, párr. 47.

167 Ariel Dulitzki, *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos*. En *Justicia y Derechos Humanos*. Materiales de Lectura. 2do. Taller Regional. CEAS, Lima, 1998, p. 58.

168 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/81 Otros Tratados, párr. 24.

relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.¹⁶⁹ Tal como señala Ariel Dulitzki,¹⁷⁰ este reconocimiento de la naturaleza jurídica particular de los tratados de derechos humanos, tiene sus antecedentes en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio de 1948, que, a propósito de ese tratado, señaló que “en una convención de este tipo [que busca proteger a los seres humanos de tan execrable crimen] no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes”, pues en esta Convención los Estados no tienen intereses propios sino que “tienen ... todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de la Convención”.¹⁷¹

En esta misma línea, la Corte Europea en el caso “Soering” señaló que dicho tratado instrumentalizaba “una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales”.¹⁷²

169 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/81 Otros Tratados, párr. 47.

170 Dulitzki, *ob.cit.*, p. 58.

171 Citado por Ariel Dulitzki, *ob.cit.*, p. 58. 1951 I.C.J. 15, p. 7-8. «The objects of such a convention must also be considered. The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions”.

172 CEDH. *Soering Case. SOERING v. THE UNITED KINGDOM - 14038/88 [1989]* ECHR 14 (7 de Julio de 1989), párrs. 87-88, citado por Ariel Dulitzki, *ob.cit.*, p. 58. Párrafo 87: “In interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 90, § 239). Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (see, *inter alia*, the *Artico* judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 16, § 33). In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with “the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society” (see the *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, p. 27, § 53)”.

Desde nuestro punto de vista, el reconocimiento de la naturaleza particular de los tratados de derechos humanos forma parte de lo que el profesor Antonio Cançado Trindade llama el despertar de la conciencia jurídica universal, que afirma los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno¹⁷³. De acuerdo al Profesor Cançado,¹⁷⁴ han sido las atrocidades y abusos, que han victimado en las últimas décadas a millones de seres humanos en todas partes, lo que en definitiva ha despertado la necesidad de intensificar la humanización del derecho internacional; que impone a los Estados asumir compromisos frente a la comunidad internacional, respecto de sus gobernados.

En esta perspectiva, el proceso de humanización del derecho internacional involucra a sus normas, v.g. los tratados, y ha continuado hasta el reconocimiento de “la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional por las violaciones de derechos humanos en todas partes y en cualquier momento”,¹⁷⁵ que ha llevado a los Estados, ha adoptar una Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y, a crear una corte penal internacional permanente para juzgar los crímenes que atentan contra los bienes jurídicos tutelados por la comunidad internacional en su conjunto.¹⁷⁶

El despertar de una conciencia jurídica universal, ha comprendido también la incorporación de algunas limitaciones a la actuación de los Estados en el ámbito de la celebración de tratados de derechos humanos; así como de su interpretación a efectos de su aplicación. Así, un Estado no puede terminar ni suspender un tratado de derechos humanos a causa del incumplimiento grave de sus obligaciones por otro Estado contratante.¹⁷⁷ Asimismo, ha supuesto la incorporación en los tratados

173 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18 sobre La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados, Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade, párr. 24. Véase también Corte IDH. OC 16, párr. 14.

174 *Ibíd.*, párr. 25.

175 Cançado Trindade, Antonio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 413, y cf. p. 88. Véase también los documentos finales de las recientes Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas (realizadas en el período de 1992 hasta 2001).

176 La Corte Penal Internacional se creó en la Conferencia de Roma, el 17 de julio de 1998, que adoptó el Estatuto de Roma.

177 Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, artículo 60.5.

60. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación. 1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará

de derechos humanos de garantías colectivas del cumplimiento de las obligaciones de los Estados. Estos mecanismos de supervisión colectiva de la conducta del Estado respecto de sus obligaciones emanadas de los tratados de derechos humanos tienen como titulares a los demás Estados contratantes y a los propios individuos. El hecho de que la actuación de dicho mecanismo dependa de una declaración de aceptación de los Estados, no enerva en modo alguno los efectos de esta tendencia. Los tratados de derechos humanos, v.g. la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporan normas expresas sobre interpretación; disponen que las disposiciones de dichos tratados no puede ser interpretados en el sentido de “desposeer a las personas físicas de los derechos fundamentales de carácter individual”¹⁷⁸

a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente. 2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

- a) a las otras partes procediendo por acuerdo unánime para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea:
 - i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación: o
 - ii) entre todas las partes;
 - b) a una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar esta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;
 - c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.
- (...)

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

178 Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 17. “Nada en este Convenio debe ser interpretado de forma que implique para un Estado, grupo o individuo derecho alguno de realizar una actividad o cometer un acto destinado a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el mismo, o a limitaciones más amplias de los derechos y libertades que las previstas en el propio Convenio”. CEDH. Caso *Lawless v. Irlanda*. Demanda núm. 332/1957. Sentencia de 1º de julio de 1961, Fundamentos de Derecho. “...nadie está facultado para favorecerse de las disposiciones del Convenio, en orden a realizar actos destinados destruir los antedichos derechos y libertades, considerando que esta disposición, que tiene una visión negativa, no puede ser interpretada a contrario en el sentido de desposeer a las personas físicas de los derechos fundamentales de carácter individual garantizados en los artículos 5 y 6

que dichos instrumentos consagran, ó restringir el goce de dichos derechos

2. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Dos enfoques o perspectivas se han plasmado en la doctrina internacional y constitucional de los Estados, a través de los cuales se ha abordado el problema de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos a propósito de la celebración de tratados, verificando en ellos, si bien dos visiones con elementos particulares a destacar en cada caso, también un punto de encuentro sustancial que adquiere relieves trascendentes en el caso más específico de los tratados de derechos humanos.

La importancia de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos delata la permanente interacción entre ambos en la medida que la eficacia de las normas internacionales está de hecho sujeta a que las normas internas reconozcan la validez de aquellas en sus territorios respectivos, sin perjuicio que fuera de dicho reconocimiento quede intangible la responsabilidad internacional de los Estados por los acuerdos asumidos. En este sentido, cabe citar el principio que rige en el ámbito internacional de la

del Convenio...”. En Díaz Revoredo, Francisco Javier (Compilador). *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Palestra. Lima, 2004, pág. 99. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29. “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “[u]na interpretación incompatible con los objeto y propósitos de la Convención constituiría un repudio a la autoridad de la Comisión y, afectaría en forma adversa la esencia misma del Sistema Interamericano”. Corte IDH. Resolución de 27 de Mayo de 1999. Ampliación de las medidas provisionales adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Trinidad y Tobago. Caso James otros, párr. 11.

supremacía del derecho internacional sobre los derechos internos, plasmado en el art. 27 de la Convención de Viena:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46” (Refiriéndose el citado art. 46 al supuesto en que el consentimiento de un Estado en obligarse haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados.

Sin embargo, son los Estados los que resultan obligados, como consecuencia de asumir compromisos internacionales, a viabilizar el cumplimiento del derecho internacional y a no obstaculizar la observancia de dichas normas.¹⁷⁹ En efecto, los Estados son los únicos sujetos que pueden valerse de los mecanismos necesarios para asegurar o garantizar la aplicación del derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la Construcción del Muro en territorio ocupado por Palestina recordó que el Derecho Internacional contemporáneo admite que los Estados tienen obligaciones respecto a otros Estados o a toda la comunidad internacional en su conjunto. Dada la importancia de los intereses en juego, se considera que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos¹⁸⁰.

2.1 Tratamiento de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno desde la perspectiva del derecho internacional

Tradicionalmente, la doctrina internacional ha abordado el problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno desde un punto de vista de la existencia o inexistencia de subordinación de un ordenamiento con respecto al otro¹⁸¹ y dependiendo de ello, si la norma de

179 En este sentido: José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 159 ss.

180 La Corte Internacional de Justicia citó el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 32.

181 Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, T. I, 1996, p. 211 ss.

derecho internacional se incorpora o no automáticamente al derecho interno de los Estados¹⁸². Como se aprecia, se trata de una visión que podemos llamar “desde afuera” de los derechos internos la que ha tratado de mostrar las diversas posiciones de la doctrina internacional que considera además la jurisprudencia internacional, y, por tanto, va a diferir de la perspectiva constitucional, que más bien parte de un examen que vamos a calificar “desde adentro” del ordenamiento jurídico interno para, a través de la interpretación doctrinaria o jurisprudencial de derecho interno, proyectarse hacia el derecho internacional.

Para la visión internacional, el derecho interno es considerado un “hecho”, vale decir, lo que pueda hacer la legislación interna o las propias resoluciones judiciales o administrativas de un Estado frente al cumplimiento de una obligación asumida a través de un tratado, que es el tema de nuestro interés, adquieren el significado de “hechos” que serán evaluados a la luz de las normas del derecho internacional, y que, en el caso específico, responderán al principio del *pacta sunt servanda*.¹⁸³ De modo que la contravención a la norma de un tratado por el Estado Parte constituirá un hecho ilícito del Estado que se sujetará a las normas de responsabilidad internacional.

El aludido principio del *pacta sunt servanda* impone a los Estados el respeto de las obligaciones internacionales. En ese sentido, los Estados deben buscar los medios necesarios para que ello sea posible, con la consecuencia de que si incumplen dichas normas incurrirán en responsabilidad internacional. Este principio es uno de carácter fundamental, universalmente reconocido y reiteradamente evocado por la jurisprudencia internacional en el sentido que todas las normas y obligaciones internacionales deben ser cumplidas de *buena fe* por los sujetos a las que resultan oponibles. Ambos

182 Eduardo Jiménez de Aréchaga, “Introducción al Problema de las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”, en *Separata de la Revista jurídica de Buenos Aires*, 1962. p. 1 ss.

183 En este sentido se ha pronunciado buena parte de la doctrina, así como la jurisprudencia internacional. Sobre este punto, la C.P.J.I., antecedente de la actual Corte Internacional de Justicia, en el *Asunto de los Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca*, en su sentencia de 25 de mayo de 1926, señaló: “Desde el punto de vista del Derecho Internacional y del Tribunal que es su órgano, las leyes internas son simples hechos, manifestaciones de voluntad y de la actividad del estado, de la misma manera que sus resoluciones judiciales o sus medidas administrativas. El Tribunal no está llamado a interpretar la ley polaca como tal; pero nada impide a que se pronuncie sobre la cuestión de si, al aplicar dicha ley, obra o no Polonia de conformidad con las obligaciones que la Convención de Ginebra le impone respecto a Alemania”, en *C.P.J.I. Serie A*, n°. 7, p. 19.

principios fundamentales: el principio *Pacta Sunt Servanda* (los acuerdos deben cumplirse conforme a lo enunciado en ellos) y el Principio de *Buena Fe* que es indispensable en toda relación jurídica.¹⁸⁴, configuran la piedra angular en donde descansa la vigencia y eficacia del ordenamiento jurídico internacional¹⁸⁵ y se encuentran enunciados en el artículo 26 de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Estados y Organizaciones Internacionales, respectivamente.

Si los tratados deben ser cumplidos de conformidad con lo expresado en ellos y de buena fe, un Estado no puede invocar los preceptos de su derecho interno como justificación de su incumplimiento tal como afirma el citado artículo 27 de la Convención de Viena de 1969; en todo caso no serviría para evitar la responsabilidad internacional.

Sin perjuicio de la responsabilidad internacional a que quedan sujetos los Estados, al asumir obligaciones internacionales deben determinar la forma en que procederán a dar cumplimiento a las que pactaron en sus ámbitos internos, lo que resulta ser un tema que compete al derecho interno. Así es como las constituciones estatales adquieren particular relevancia en la implementación del derecho internacional- tanto convencional como consuetudinario-, tanto como porque permiten, a través de los principios fundamentales que contienen, conocer la posición del Estado frente al ordenamiento internacional y desprender de ese marco la jerarquía del derecho internacional y específicamente de los tratados como su relación con las normas de su derecho interno.

Si bien, no es asunto del derecho internacional el cómo los Estados hacen viable el cumplimiento de la norma internacional, a este le interesa el tema de la eficacia de sus normas. Por tanto, no prescribe normas sobre una

184 Michael Virrally citado por Julio Barberis, ob. cit., p. 113 considera que la derogación del Principio de la Buena Fe es lógicamente imposible. Véase también H. Mosler "General Principles of Law" En Bernhart (ed.) *Encyclopedia of Public International Law. Instalment 7* (1984), p. 103. Además véase, Nicolás de Piérola Balta y Carolina Loayza, "Los Principios Generales del de Derecho de la Buena Fe y el Estoppel y la Regla del Agotamiento de la Jurisdicción interna en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *gaceta Jurídica*, julio 1994, sección Actualidad Jurídica, p. 80.

185 Julio Barberis, *Fuentes del Derecho Internacional*, Editorial Platense, La Plata, 1983, p. 109-110. Barberis señala que "la regla *pacta sunt servanda* es una de las más importantes normas consuetudinarias. Ella autoriza a los Estados miembros de la Comunidad Internacional a concertar tratados para regular sus conductas recíprocas. La validez del derecho convencional se funda sobre la norma *pacta sunt servanda*".

determinada incorporación del ordenamiento internacional en los derechos internos ni sobre la autoridad que tendrán sus normas en relación con la legislación interna.¹⁸⁶

Sin embargo, el derecho internacional postula el principio de primacía sobre el derecho interno, entendiéndose tal primacía siempre en el ámbito internacional. No se refiere a la esfera interna de los Estados, donde impera su soberanía y en virtud de la cual, cada Estado elige cómo incorporar las normas internacionales y el rango jerárquico que tengan en el derecho interno. Lo que pareciera una contradicción –dos ordenamientos que apuntan hacia lados contrarios– no lo es, desde que dicha primacía internacional va a significar que en caso el Estado incurra en una violación de la norma de derecho internacional entrañará su correspondiente responsabilidad a la luz del régimen internacional. Dicha violación podrá efectuarse mediante una norma de fuente legal, judicial o administrativa,¹⁸⁷ las que seguirán siendo válidas en el derecho interno.

De ello se desprende que el principio de supremacía del derecho internacional tiene dos aspectos:¹⁸⁸

- Un aspecto positivo, que implica la obligación de adecuar el ordenamiento interno a las obligaciones internacionales.¹⁸⁹
- Un aspecto negativo, que significa que un Estado no puede invocar disposiciones de su derecho interno para incumplir obligaciones internacionales, sean convencionales o consuetudinarias. Tal es precisamente lo que consagra el art. 27 de la Convención de Viena de 1969, el que a su vez es calificado como norma de carácter consuetudinario,¹⁹⁰ aplicándose no solo a las normas internacionales convencionales, sino también a las consuetudinarias.¹⁹¹

186 Fabián Novak y Elizabeth Salmón, *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2000, p. 101.

187 Ver *ut supra*, sentencia en n. 8.

188 Fabián Novak y Elizabeth Salmón, *op. cit.*, p. 102.

189 En este sentido lo resuelto por la C.P.J.I. en el Asunto del Intercambio de las Poblaciones Griegas y Turcas, en C.P.J.I., *Serie B*, N° 10, p. 20.

190 Ver *ut supra* p. 3. El artículo en realidad recogió la jurisprudencia internacional reiterada en dicho sentido.

191 Así, la C.P.J.I. que había afirmado que “El Derecho Interno no puede prevalecer ni sobre las obligaciones de un Estado, conforme al Derecho consuetudinario internacional, ni sobre sus obligaciones según el Derecho Internacional convencional”, C.P.J.I. Serie A, N° 9, p. 27.

Por lo antes expuesto, el estudio de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno resulta de importancia fundamental, en razón que la eficacia y efectividad de las normas de derecho internacional en el ámbito interno de los Estados dependerá, en gran medida, de la manera en que esos ordenamientos se conformen a las normas internacionales y les den efecto. En el plano doctrinario esta relación se ha tratado de explicar, principalmente, a través de las teorías monista y dualista., las que han sido superadas por propuestas mas conciliadoras.

2.1.1 Teorías Monista, Dualista y Mixta

Dada así la existencia de un régimen interno de los Estados y un ordenamiento internacional, los internacionalistas clásicos enfrentaron el problema básicamente desde una posición monista o dualista.

Según la doctrina dualista, el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos internos son dos sistemas jurídicos distintos que se distinguen por sus fuentes, por las relaciones que rigen y por los sujetos regulados. Como se trata de dos órdenes que no tienen puntos comunes, se dice que no es posible que exista conflicto entre ambos ni que uno prime sobre el otro.¹⁹² Desde esta teoría, una norma internacional solo podrá ser directamente obligatoria en el ordenamiento jurídico interno de un Estado si media un acto de transformación de esta mediante un acto de voluntad del legislador nacional. Por tanto, bajo este supuesto, no cabría que exista para el juez del derecho interno un conflicto real entre ambos sistemas, pues convertida la norma internacional en norma de derecho interno se ubicará jerárquicamente en el orden normativo, no dando lugar a conflicto alguno.

De otro lado, las concepciones monistas de inspiración kelseniana¹⁹³ y otros representantes de la Escuela de Viena residen en la unidad del sistema internacional y los derechos Internos. Sin embargo, esta unidad se genera, no en cuanto a sus contenidos sino en razón de la validez de estos ordenamientos jurídicos.

192 Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, Trad. De Antonio Truyol y Serra, Aguilar, Madrid, 1967, p. 64 ss.

193 Hans Kelsen, "*Les rapports de système entre le droit interne et le droit international*", en *RCADI*, 1926-IV, T. 14, p. 227 ss.

En razón de esa unidad, las normas de ambos sistemas interactúan y hasta entran en conflicto, dando lugar a la cuestión de su relación jerárquica. Según la doctrina mayoritaria, dicho conflicto se resuelve a favor del derecho internacional, para otros, a favor del derecho interno. Coherentemente con esta doctrina, se desprende que la norma internacional se integra automáticamente en el sistema jurídico interno sin requerir de acto alguno de incorporación o transformación. Sin embargo, dicha incorporación directa se puede producir igualmente aun cuando haya habido algún acto de complementación o implementación, lo que no equivale a transformar el derecho internacional en derecho interno; asimismo, no constituye una transformación el requisito para la validez de los tratados, según algunos derechos internos, de la ratificación o de una aprobación legislativa,¹⁹⁴ porque en este caso se estaría ante un requisito para la conclusión del tratado que establece la Constitución en algunos regímenes internos.

En la doctrina monista existen dos variantes: 1) La posición del Monismo Radical que propugna la nulidad de las normas internas que son contrarias al derecho internacional. Se trata precisamente de la postura de Kelsen.¹⁹⁵ Sin embargo, es una posición errada porque el derecho internacional no tiene capacidad para derogar o anular una norma o acto estatal. 2) La posición del Monismo Moderado propone que la norma interna opuesta al derecho internacional no es nula ni inexistente, pero sí genera responsabilidad internacional del Estado que la dictó. Ello es coherente con el principio de soberanía que rige a los Estados.

La mayoría de constituciones latinoamericanas y de Europa Occidental¹⁹⁶ establece que los tratados y el derecho internacional, una vez que han sido ratificados, pasan a formar parte del orden jurídico interno, por lo que sus disposiciones pueden ser invocadas como derecho vigente y defenderse ante los tribunales nacionales o ante las correspondientes autoridades admi-

194 Edmundo Vargas Carreño, *Introducción al Derecho Internacional*, Juricentro, San José de Costa Rica, 1992, p. 236.

195 Ver: Fabián Novak, *Derecho Internacional Público*, Cit., p. 545 ss.

196 A manera de ejemplo citamos los casos de Costa Rica y España. Constitución de Costa Rica, artículo 7.- *Los tratados públicos, los convenios internacionales y concordados, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.* Constitución Española de 1978, artículo 96.- *Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del DI.*

nistrativas nacionales, sin necesidad de trámite alguno de incorporación interna, constituyendo cláusulas declarativas.

De este modo, las constituciones de los Estados pueden ser monistas o dualistas en la medida que consagren una u otra teoría. Sin perjuicio de la teoría que acoja el Estado en su derecho interno, la práctica internacional demuestra que el derecho internacional no toma partido por ninguna de las teorías, dejando la cuestión a los derechos internos. Sin embargo, en caso de conflicto, el derecho internacional prevalece sobre los derechos internos.

La Jurisprudencia internacional confirma esta práctica,¹⁹⁷ es decir que, desde el punto de vista del derecho internacional sus normas, v.g. el tratado, prevalecen sobre el derecho interno; en consecuencia, cualquier norma que se le oponga debe considerársele sin efecto cuando el Estado está obligado por una norma de derecho internacional.¹⁹⁸ En el Caso Barrios Altos vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió, que el Estado peruano incumplió “los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492...”. En consecuencia, la Corte declaró “...que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos” (énfasis agregado)¹⁹⁹.

- 197 Los casos son citados por diversos autores: Julio Barberis, *Fuentes del Derecho Internacional*, Editora Platense, La Plata, 1973.; Pedro Pablo Camargo, *Tratado de Derecho Internacional*, Tomo I, Temis, Bogotá 1983, p. 149; Ernesto de la Guardia, y Marcelo Delpech, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, La ley de sociedad anónima editora e impresora, Buenos Aires, 1970, pp. 286-287; Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid 1976; Julio Gonzales Campos, , *Curso de Derecho Internacional Público*, Vol. I, Universidad de Oviedo, 1983; Hugo Llanos Mansilla, *Teoría y práctica de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 447-448; Adolfo Miaja de la Muela, “La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho Internacional y del Derecho Comunitario Europeo”, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 1 a 3, agosto - diciembre, 1974, p. 1001 y ss., M. G. Cabra Monroy., *Derecho de los Tratados*, Temis, Bogotá, 1978, p. 94-95; Fabián Novak, “Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993”, en *Agenda Internacional*, Año I No. 2, pp. 77-78.; José Antonio Pastor Ridruejo, *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de la Haya* (Sistematización y comentarios), Ediciones Rialp, Madrid, 1962, pp. 25-28; Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1978, p. 66.
- 198 Véase, Nicolás de Piérola Balta y Carolina Loayza. “Las Constituciones de 1989 y 1993 frente al Derecho Internacional”. En: *Casos y Textos de Derecho Internacional, Materiales de Enseñanza*, Universidad de Lima, 1994, p. 45.
- 199 Corte IDH. **Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)**. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (fondo), Parte Resolutiva 3, 4.

Actualmente las referidas posiciones antagónicas han sido superadas por propuestas moderadas o conciliadoras. La visión constitucional de las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno, llega a asumir también la posición mixta o llamada de “coordinación” que reconoce la perspectiva internacional, en el sentido de comprender elementos de las tesis monista y dualista antes referidas, y precisando que el derecho internacional sería un derecho de coordinación con el derecho interno, no implicando entonces la derogación automática de las normas internas en caso de conflicto con las normas internacionales.

Se reconoce entre el derecho internacional y el derecho interno no una relación de subordinación, mas sí de coordinación jerárquica bajo un orden jurídico común que sería el derecho natural. Se trata de doctrinas monistas, porque parten de un solo ordenamiento jurídico, pero se distinguen de las posiciones precedentes en que estas no se refieren a una subordinación del derecho interno al derecho internacional, sino a una coordinación entre ambos sobre la base de normas superiores como las del derecho natural.²⁰⁰ En fin, la doctrina contemporánea aborda el tema desde una consideración de la regulación positiva de los derechos internos para, de esta manera, lograr una visión más real de las relaciones que tienen los Estados con el orden internacional, las mismas que no se limitan a ser de conflicto sino también de cooperación y complementación.²⁰¹

Lo que importa es lograr una solución razonable, de acuerdo a las circunstancias en cada caso de conflicto entre la norma internacional y de derecho interno.

Respecto a los tratados de derechos humanos, para el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cançado Trindade,²⁰² esta posición mixta, y a la cual nos adherimos, conduce a considerar el conflicto entre los tratados internacionales y las leyes nacionales no desde una perspectiva exclusivamente positivista o normativa, sino desde una perspectiva que podría calificarse de funcional, de acuerdo a la cual se haga prevalecer la norma, que con mayor legitimidad resuelva el hecho a normar, es decir la protección y el desarrollo de la persona humana.

200 Fabián Novak, *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 549.

201 Fabián Novak y Elizabeth Salmón, op. cit., p. 104.

202 Antonio Cançado Trindade, “*La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos*”, en *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 267 ss.

2.2 Tratamiento de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno desde la perspectiva del derecho interno

El examen desde adentro de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos nos conducen a estudiar la perspectiva constitucional sobre el tema.

Para el Perú como para muchos países en América Latina, el fin de las dictaduras militares a mediados de los años setenta supuso la adopción de nuevas constituciones que se caracterizaron por “la penetración de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno”,²⁰³ y el otorgamiento de un trato especial a los tratados de derechos humanos.

La adopción de la Constitución Política del Perú de 1979 por el gobierno militar saliente significó, no sólo otorgar un tratamiento especial a los tratados sino en particular a los tratados de derechos humanos sino también de la regulación de su incorporación al derecho interno por el solo hecho de su regulación, que será recogido en la Constitución de 1993 con la precisión de la necesidad de estar vigente. Para evaluar el tratamiento del derecho constitucional peruano otorgado al derecho internacional, específicamente a los tratados, se analizará el procedimiento de celebración de los tratados tomando como base la Constitución de 1979.

2.2.1 *De la Celebración de Tratados en el derecho Peruano*

La Constitución de 1933 se refería a los tratados en el artículo 154 al tratar las atribuciones del Presidente de la República; el inciso 20 autorizaba al Presidente a celebrar tratados con aprobación del Consejo de Ministros y someterlos al Congreso para su aprobación por el Estado y guardaba silencio con relación a la incorporación y jerarquía de los tratados celebrados por

203 Ariel Dulitzki, op. cit., p. 62. Tal como señala Ariel Dulitzki, la penetración de los instrumentos internacionales de derechos humanos no es particular del constitucionalismo latinoamericano, sino que es un fenómeno que ha alcanzado otros continentes como África y Asia y después de los noventa, a los países de Europa del Este, evidenciando que las grandes transformaciones internas de los Estados repercuten en el plano internacional y provocan cambios en la evolución internacional y en el ordenamiento constitucional de los Estados.

el Presidente de la República en nombre del país, es decir, a las relaciones entre los tratados y el ordenamiento nacional.

...La Constitución de 1979 regula la celebración de tratados en el Capítulo V del Título III sobre el Estado y la Nación, e incorpora por primera vez de manera expresa una norma sobre los efectos de la celebración de un tratado por el Estado peruano, al declarar que formaban parte del derecho nacional²⁰⁴, asumiendo la teoría monista. Asimismo, estableció el procedimiento general a observarse: la aprobación legislativa de los tratados antes de su ratificación por el Presidente de la República²⁰⁵. la jerarquía a existir entre el tratado y la ley en caso de conflicto²⁰⁶, y va más allá al establecer la supremacía de los tratados de derechos humanos sobre las leyes al otorgarles jerarquía constitucional²⁰⁷, del que nos ocuparemos mas adelante. A efectos de su aplicación en el ámbito interno, la Constitución de 1979, distingue entre tratados de integración y los demás tratados para otorgar a los primeros primacía respecto de los segundos, que no afecta en modo alguno a los tratados de derechos humanos por tener jerarquía constitucional.

La Constitución vigente regula la celebración de los tratados en el Capítulo II de su Título II, sin perjuicio de reconocer como atribución del Presidente de la República la celebración de tratados, en su artículo 118. inciso 11.

El artículo 56 de la Constitución vigente regulan en parte el procedimiento interno de celebración de los tratados. Esta norma debe concordarse con el primer párrafo del artículo 57. De esta manera se logra distinguir entre los tratados simplificados (o llamados convenios ejecutivos) y los tratados complejos (o llamados solemnes)²⁰⁸ según sea el procedimiento de conclusión de los mismos. En el primer caso, se trata de una potestad conferida al Presidente de la República, lo que significa que basta su sola voluntad para celebrar un tratado a nombre del Estado (art. 57, 1er párrafo). En el segundo caso, la importancia de la materia del tratado determina que sea

204 Constitución Política del Perú, artículo 101: “Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

205 Constitución Política del Perú, artículo 102.

206 *Ibíd.*

207 Constitución Política del Perú, artículo 105.

208 Sobre los tratados simplificados y tratados de materia legislativa, consultar: César Landa, “*Jerarquía de los tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993*”, en *Revista Jurídica del Perú*, N°. 16, 1998, Lima, p. 10 y ss.

necesario el control parlamentario previo a la ratificación del Presidente de la República (art.56).²⁰⁹

La Constitución de 1993 trata de aclarar esta distinción entre los tratados contemplando una “lista positiva” de las materias que determinan que un tratado sea calificado como complejo y con ello a su vez, se delimita con claridad las competencias del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en materia de celebración de tratados.

Así el art. 56 establece:

Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

El objeto de la aprobación previa del Congreso, consiste precisamente en comprobar la compatibilidad y concordancia del tratado con los compromisos internacionales asumidos anteriormente por el Estado y, por supuesto, con la legislación interna. Dicha aprobación se realiza mediante resoluciones legislativas que se enumeran correlativamente a las leyes. La Constitución no precisa en qué consisten las resoluciones legislativas y no figuran entre las normas con rango de ley, contra las que cabe la acción de constitucionalidad (art. 204, inc. 4º Constitución)²¹⁰. Es el Reglamento del Congreso de la República el que, al precisar que la “...función legislativa

209 Ver: Fabián Novak Talavera, *La regulación de los tratados en la Constitución peruana de 1993*, en *Ius et Veritas*, N° 17, editada por alumnos de la PUCP, p. 258.

210 Constitución de 1993. Artículo 200.- Son garantías constitucionales: 4. La acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. Afirma Fabián Novak que dichas normas poseen rango de ley, debido a que su emisión implica el ejercicio por parte del Congreso de su función legislativa y el Congreso solo legisla con normas de rango de ley. Fabián Novak Talavera, op. cit., p. 259.

comprende el debate y la aprobación de reformas de la constitución, de leyes y resoluciones legislativas (...)” (artículo 4), permite llegar a la conclusión de que las resoluciones legislativas tienen rango de ley²¹¹.

En cambio, los llamados tratados simplificados son aquellos en los que la ratificación se realiza por el Presidente de la República mediante decreto supremo conforme al artículo 118, inc. 8 de la Constitución. Los tratados simplificados no comprenden otras materias que las de carácter administrativo (visas, tránsito de personas, etcétera), comercial, consular, aduanero, facilidades recíprocas para el turismo, de promoción, de cooperación, técnicas, donaciones, etcétera. En cambio, los tratados complejos se refieren a los casos previstos taxativamente por el artículo 56 de la Constitución. En este rubro ubicamos a los tratados de derechos humanos, tal como lo prevé el propio artículo 56 de la Constitución vigente.

2.2.2 *Tratados de derechos humanos*

La Constitución de 1979 además de regular la incorporación de los tratados celebrados por el Estado al derecho nacional”, así como el procedimiento de celebración de los tratados, marca también un hito en lo que se refiere al tratamiento de los tratados de derechos humanos. Según refiere Francisco José Eguiguren Praeli, “la experiencia peruana en cuanto al reconocimiento constitucional y aplicación de los tratados... sobre derechos humanos en el derecho interno y la jurisprudencia ha estado marcada por movimientos pendulares y contradicciones bastante acentuadas durante los últimos veinte años”.²¹²

La Constitución de 1979 no sólo regula la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, sino que su posición humanista se ve consagrada al declarar la primacía de la persona humana, recurriendo a diversas técnicas como la de incorporación de cláusulas declarativas, reconocedora de derechos implícitos, de actuación positiva para órganos estatales, de transferencia de competencia a organismos de supervisión internacional, y jerárquicas.

211 En este sentido: Enrique Bernales Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Konrad Adenauer, Lima, 1996, p. 298.

212 Francisco José Eguiguren Praeli, *Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana*. Justicia Viva, Lima – Perú, junio 2003.

Dicha Carta declaró en su Preámbulo la primacía de la persona humana y la naturaleza de sus derechos anteriores y superiores al Estado, reconoció a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y el Estado,²¹³ incorporó un listado de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales,²¹⁴ la aceptación de su naturaleza progresiva,²¹⁵ el deber del Estado de garantizar la vigencia de los derechos humanos,²¹⁶ la obligación del reconocimiento de su protección internacional, de la legitimidad de los individuos para acceder a las instancias internacionales;²¹⁷ y la jerarquía supra legal de los tratados -en general- y la constitucional de los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos.

Si bien, esta Constitución posibilitó que en los años ochenta múltiples denuncias por violación de los derechos humanos fueran presentadas ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos creadas en los tratados ratificados por el Perú, ello no significó en modo alguno que el Estado haya observado las recomendaciones de las mismas; en todo caso cualquier cumplimiento fue una excepción. El incremento de las acciones subversivas y terroristas, la orientación antidemocrática impuesta por el discurso político gubernamental y la acción represiva de las fuerzas de seguridad estatal, crearon un clima francamente adverso a la noción de los derechos humanos y a sus defensores.²¹⁸

213 La Constitución de 1979 se inicia reconociendo en su artículo 1° que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado, y la obligación de todos de respetarla y protegerla. Véase César Landa, “Protección de los derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana” en *Revista IIDH* No. 27 Enero – junio 1998, pág. 81 y ss.

214 Constitución de 1979. Su artículo 2° enuncia los derechos de toda persona humana.

215 Constitución de 1979. Artículo 4°, señala que la enunciación efectuada en el artículo segundo, no excluyen otros de naturaleza análoga o que derivan de su dignidad, de la soberanía del pueblo, del estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de Derecho.

216 Constitución de 1979, artículo 80: “Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado”.

217 Constitución de 1979, artículo 305: “Agotada la jurisdicción interna, quién se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú.

218 Francisco José Eguiguren Praeli, *Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana*. Justicia Viva, Lima – Perú, junio 2003, p. 7.

El avance normativo en materia de tratados y específicamente en materia de tratados de derechos humanos que significó la Constitución de 1979, fue severamente afectado durante el régimen de facto ulterior al autogolpe del presidente Fujimori²¹⁹ de 5 de abril de 1992.

La Constitución de 1993, en su Capítulo II De los Tratados, suprimió dos disposiciones claves de la Constitución de 1979, la que disponía la prevalencia del tratado sobre la ley en caso de conflicto con esta y la que confería un tratamiento especial a los tratados de derechos humanos que le otorgaba a sus preceptos rango constitucional, atribuyendo jerarquía legal –en principio– a todos los tratados sin distinción.²²⁰

El texto de modificación de la Constitución propuesto por el Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) repetía el texto del artículo 101 de la Constitución de 1979 sobre la primacía del tratado sobre la ley en caso de conflicto, aunque señaló que tal texto no expresaba que el tratado “tenga un rango superior a la ley”, fundándose en que la “doctrina nacional”, en forma unánime, entiende los tratados como “leyes”, y que un tratado no deroga los preceptos de una ley que le sea opuesto, únicamente los deja inaplicables mientras el tratado esté vigente para el Perú. Al final, el Congreso Constituyente Democrático decidió precisar que el tratado celebrado por el Estado debía estar vigente y suprimió la frase que otorgaba prevalencia al tratado frente a la ley en caso de conflicto.

La citada Constitución de 1993 mantuvo sus cláusulas de la primacía de la persona humana, reconocedora de derechos implícitos, de actuación para órganos estatales, de transferencia de competencia a organismos de supervisión internacional, y agregó una interpretativa. Ratificó que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado²²¹, el listado de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales,²²² la aceptación de la naturaleza progresiva de los derechos humanos y reconocedora de derechos implícitos,²²³ el deber

219 Francisco José Eguiguren Praeli, *Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana*. Justicia Viva, Lima – Perú, junio 2003.

220 Constitución de 1993, artículo 200 inciso 4, habilita la Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las normas que tienen rango legal, incluyendo en su enumeración expresamente a los tratados.

221 Constitución de 1993, artículo 1°.

222 Constitución de 1993. Su artículo 2° enuncia los derechos de toda persona humana.

223 Constitución de 1993. Artículo 3° señala que la enunciación efectuada en el artículo

del Estado de garantizar la vigencia de los derechos humanos,²²⁴ el reconocimiento de la legitimidad de la protección internacional y el *ius standi* de los individuos para acceder a las instancias internacionales.²²⁵

La cláusula de interpretación contenida en la Cuarta disposición Final y Transitoria de la Constitución dispone que:

Las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En la práctica esta interpretación se extendió a la efectuada por los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos, en particular el que haya realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo sostuvo el Tribunal Constitucional:

De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estados, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos sucritos por el Estado peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y en particular el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos de la región.²²⁶

segundo, no excluye otros de naturaleza análoga o que derivan de su dignidad, de la soberanía del pueblo, del estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de Derecho.

- 224 Constitución de 1993, artículo 44: “Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos...”.
- 225 Constitución de 1993, artículo 205: “Agotada la jurisdicción interna, quién se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.
- 226 Tribunal Constitucional. *Asunto Crespo Bragayrac*, Expediente N° 217-2002-HC/TC). En: *Diario Oficial El Peruano*, Separatas de Garantías Constitucionales de 20 de septiembre de 2002.

El Código Procesal Constitucional²²⁷ incorporó tal criterio en el artículo V de su Título Preliminar sobre Interpretación de los Derechos Constitucionales:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

2.2.3 *Jerarquía de los tratados de derechos humanos*

La jerarquía normativa que se asigna a las normas en la Constitución es “siempre fruto de opciones políticas... son decisiones políticas que traducen en valores, acuerdos entre distintos intereses”.²²⁸ Dentro de esa perspectiva, la jerarquía que se otorga a los tratados en general y a los tratados de derechos humanos en especial, responderá a la valoración que se les otorgue por quienes ejercen el poder al interior del Estado.

De acuerdo al derecho internacional, la ubicación que los Estados asignen a las normas internacionales, específicamente a los tratados, es un asunto del derecho interno de cada Estado, específicamente de su derecho constitucional.

Los estudios comparados en derecho público afianzan las nociones de incorporación de los tratados internacionales al derecho nacional, reconocen legitimidad a los organismos supranacionales con sus normas y jurisdicciones con fuerza autoaplicativa, emergiendo así una noción de Estado supranacional, que supedita el imperio de la ley al del tratado internacional, por haber participado el Estado en su celebración o conclusión del tratado internacional.

Los constitucionalistas han ensayado diversos mecanismos de incorporación de los tratados en el derecho interno otorgando a los tratados un nivel supra constitucional, constitucional o subconstitucional.

227 Publicado en el Diario Oficial El Peruano mediante Ley No. 28237 el 31 de mayo de 2004, entrando en vigencia el 30 de noviembre de 2004.

228 Ariel Dulitzki, ob.cit., p. 61.

La Constitución de 1979 estableció que los tratados celebrados por el Estado peruano²²⁹ formaban parte del derecho interno y que en caso de conflicto entre la ley y un tratado prevalecía este (artículo 101).²³⁰ Es decir, los tratados según la Constitución de 1979 tenían rango supra legal o subconstitucional.

En un afán, que Eguiguren señala como entusiasta avance, la Constitución de 1979 reconocía rango constitucional a las normas referidas a derechos humanos contenidas en pactos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú (artículo 105).²³¹

Es decir, el Perú en 1979 optó por otorgar a los tratados un rango subconstitucional aunque un rango supra legal. En el caso específico de los tratados de derechos humanos le reconoció un rango constitucional.

El régimen de facto, establecido en el Perú después del autogolpe del presidente Fujimori, adoptó una nueva Constitución, más conocida como la Constitución de 1993, que eliminó la frase final del artículo 101 de la Constitución de 1979 que establecía la prevalencia del tratado sobre la ley en caso de conflicto con el primero, y atribuyó en principio a todos los tratados rango de ley (artículo 200 inciso 4). Asimismo, suprimió la norma [artículo 105] que confería rango constitucional a los derechos consignados en los tratados de derechos humanos.

No obstante, la diversa formalidad prevista para la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico peruano en la Constitución de 1993, desde un punto de vista material, un sector importante de la doctrina, reconoce el “rango de ley” a los tratados en el Perú²³².

El régimen legal o subconstitucional de los tratados en la Constitución de 1993 es consecuencia de una interpretación; al ocuparse de las “Garantías Constitucionales”, habilita la Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las normas que tienen rango legal, incluyendo

229 Es decir aquellos respecto de los que había expresado su consentimiento en obligarse internacionalmente, ya sea a través de la ratificación, adhesión, canje de instrumentos, etcétera.

230 Constitución de 1979, artículo 101: “Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

231 Constitución de 1979, Artículo 105: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados si no por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

232 Novak Talavera, op. cit., p. 260.

en su enumeración expresamente a los tratados (artículo 200, inciso 4), sin distinguir si son los tratados complejos o simplificados, lo que ha permitido afirmar que el régimen de Fujimori optó por otorgar a los tratados sin distinción un rango subconstitucional o legal. Es decir, que los tratados de derechos humanos tendrían un rango legal o subconstitucional.

El tratamiento constitucional, otorgado a los tratados de derechos humanos en la Constitución de 1979, fue suprimido en la Constitución de 1993. Al respecto cabe señalar que el primer proyecto sobre tratados elaborado por el Congreso Constituyente Democrático (CCD) que elaboró la Constitución de 1993, establecía en su artículo 5 que, "... los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional y sólo pueden ser modificados por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución".

El texto del proyecto sustituía el término "preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos" contenido en el artículo 105 de la Constitución de 1979 por el de "tratados sobre derechos humanos", en razón de que el término "precepto" establecía una "fórmula mucho más amplia ya que reconoc[ía] rango constitucional a toda norma de derechos humanos" y, a la vez generaba un grave problema al momento de modificar el tratado en que se encuentre comprendido dicho precepto "que no habría forma de salvar".

Para sostener el uso del término tratados de derechos humanos, los asesores del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), pusieron como ejemplo el caso de un tratado militar o de medio ambiente que contuviese un precepto de derechos humanos; según su criterio, ello exigiría la modificación de ese tratado observando el procedimiento de reforma constitucional, lo que sería "incompatible con la naturaleza general del tratado". Al final, la decisión del CCD fue suprimir la norma.

¿Cuál es entonces la jerarquía de los tratados de derechos humanos en la Constitución de 1993? Eguiguren Praelli sostiene que, la Cuarta Disposición Final y Transitoria en la Constitución del Estado remite la interpretación de los derechos humanos que ella consagra a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, lo que permite sostener "una interpretación que conduce a que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional". En razón de que si los derechos plasmados en la Constitución deben interpretarse *de conformidad con los tratados sobre derechos humanos*, se atribuye a estos –los tratados de derechos humanos– el papel de parámetro o límite para el contenido de dichos derechos y su interpretación, lo que no

podría ser posible si fueran normas de rango inferior a la Constitución. Más aún, Eguiguren se aventura a argumentar que ese papel rector o delimitador de los tratados sobre derechos humanos, a efecto de la interpretación del contenido y alcance de los derechos humanos, la Constitución los colocaría en “una suerte de rango o posición supraconstitucional”.²³³

Los diferentes casos administrativos, judiciales y constitucionales, que se han venido produciendo a partir de la vigencia de la Constitución de 1993, algunos de ellos ocasionados por las sentencias de la Corte Interamericana de derechos Humanos, delatan la existencia de un problema no resuelto en el derecho peruano, referido a la ausencia de una posición constitucional frente a los tratados internacionales en nuestro sistema de fuentes del derecho. El problema ha sido objeto de un examen enjundioso de parte de César Landa²³⁴ al tratar de ubicar una posición jurídica de los tratados internacionales de naturaleza constitucional, los tratados legislativos y los simplificados o ejecutivos, y evidentemente ello tendrá que ser resuelto por la doctrina y jurisprudencia.

En el derecho peruano no existe consenso respecto a la jerarquía de los tratados con relación a la Constitución y a la ley. Así, para algunos prevalece la ley sobre el tratado,²³⁵ para otros el tratado sobre la ley²³⁶ y, para otro sector, cada caso de conflicto ha de resolverse por separado.²³⁷

Distinta era la situación en la Constitución de 1979 que había resuelto el problema al disponer que, en caso de conflicto entre un tratado y una ley nacional, prevalecía el primero, mientras que para los tratados de derechos humanos establecía que tenían rango constitucional y que los tratados de integración prevalecían sobre otros tratados entre las partes.²³⁸

233 Eguiguren Praelli, *op.cit.*, p. 9.

234 César Landa, “*Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993*”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 16, Lima, 1998, p. 3 ss.

235 Domingo García Belaunde, “*La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y Garantías Constitucionales*”, en *Desafíos Constitucionales Contemporáneos*, C. Landa y J. Faúndez editores, Universidad de Warwick y Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1996, p. 43.

236 Marcia Rubio, *El sistema legislativo en la Constitución de 1993*, en *Lecturas sobre temas constitucionales 10*, CAJ, Lima, 1994, p. 174; “*La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993*”, en *Pensamiento Constitucional*, año IV, N° 4, MDC-PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1998.

237 Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, ediciones Nermsa, Lima, 1994, p. 101.

238 Nicolás de Piérola Balta y Carolina Loayza Tamayo, “*Comentarios sobre la recepción del*

De ello se desprende un panorama de involución que genera la Constitución de 1993 frente al derecho internacional en una época en que se producen trascendentes cambios políticos que presentan la primacía de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y de la justicia penal internacional como las grandes conquistas a nivel mundial, baste citar a propósito la institucionalidad de la Corte Penal Internacional.²³⁹

Como se ha visto,²⁴⁰ ya el derecho internacional había abordado el problema de las relaciones con el derecho interno desde las teorías monistas y dualistas hasta aquellas que comparten elementos de ambas. Y en efecto, si tenemos que explicar jurídicamente la involución de la Constitución de 1993, tendríamos que señalar, en principio, que traduce en parte una posición dualista que busca anular la validez de los tratados en el ámbito interno del Estado por su origen internacional, y de acuerdo a la cual los tratados no sólo no prevalecen sobre las leyes, sino que serían para los jueces, solo una fuente de interpretación, sin capacidad vinculante.

Si bien, la Constitución de 1993 no contiene disposiciones expresas sobre la jerarquía de los tratados en las fuentes del derecho peruano,²⁴¹ salvo disposiciones dispersas que más bien reflejan una posición dualista²⁴², como lo anotábamos anteriormente, no puede dejar de señalarse que se pueden reconocer en el ordenamiento nacional tres rangos de tratados: constitucional, legal y simplificados²⁴³. Lo que se ve reforzado en la Ley 26647 que establece las normas y regula los actos relativos al perfeccionamiento

Derecho Internacional en las Constituciones de 1979 y 1993", en *Gaceta Jurídica*, 1994, T. XI, Lima, p. 63-A y ss.

239 César Landa, op.cit., p. 5.

240 Ver *ut supra*, punto 2.1.

241 Congreso Constituyente Democrático, *Actas de las Sesiones del Plenario, Constitución Política del Perú de 1993*, publicación oficial, Lima s/f., p. 249-251 y 255-256.

242 Los alcances de estas disposiciones no han merecido la atención de los constitucionalistas – nos referiremos al artículo 56 último párrafo y al artículo 57, segundo párrafo-, aunque desde nuestro punto de vista, permitirían sobre la base de la interpretación concluir que la Constitución de 1993, busca que los tratados que el Perú decida obligarse no colisionen con las normas internas, a través del control legislativo previo, previendo incluso la posibilidad de colisión con la norma constitucional, situación que en modo alguno sería impedimento para que el país se obligue con dicho tratado. **Respecto a los tratados que puede celebrar el Presidente de la República sin el previo control legislativo se prevé el control posterior por la naturaleza administrativa de estos tratados que importan actos que caen bajo las facultades presidenciales, reguladas por la Constitución.**

243 César Landa, op. cit., p. 7 ss.

nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano, promulgada el 26 de junio de 1996²⁴⁴.

De acuerdo a una lectura de las normas constitucionales, los tratados sobre derechos humanos siguen manteniendo rango constitucional,²⁴⁵ aun cuando la Constitución de 1993 no contemple una norma expresa en ese sentido. Ello se desprende de una interpretación que parte de la consideración de la materia constitucional que regula dichos tratados como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo que equivale a la regulación prevista en la Constitución de 1993 (Artículo 1° Capítulo I De la persona y de la sociedad, del Título I De la Persona y la Sociedad), y siendo ese contenido el que confiere a dichos tratados valor supralegal, es decir de rango constitucional, consiguientemente, los tratados de este tipo tienen que ser aprobados mediante el procedimiento reservado para las reformas constitucionales, establecido en el art. 206 de la Constitución. Por lo que formarían parte del bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, en caso de conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley, prevalece la primera por el principio de jerarquía normativa contemplado en el art. 1° de la Constitución.

Pero además, dado que en el artículo 200, inciso 4 de la Constitución se dispone que contra las normas con rango de ley –entre las que se enuncian entre otras a los tratados– cabe plantear la acción de inconstitucionalidad, significa que se realiza el control de constitucionalidad sobre el fondo o por la forma de una ley o tratado con respecto a la Constitución y coherentemente, con respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos y demás tratados con este contenido, precisamente por formar parte del bloque de

244 Dicha ley es poco referida por los constitucionalistas. La Ley 26647 incurre en graves errores que evidencian desconocimiento del derecho internacional, cuando por ejemplo afirma en su artículo 3° segundo párrafo que “La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular”.

245 En este sentido: Nicolás de Piérola Balta y Carolina Loayza Tamayo, “Comentarios sobre la recepción del Derecho Internacional en las Constituciones de 1979 y 1993”, en *Gaceta Jurídica*, 1994, T. XI, Lima, p. 63-A y ss.; Carolina Loayza, “Recepción de los tratados de derechos humanos en la Constitución de 1993 y su aplicación por el poder judicial”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Año II, N°. 3, Gaceta Jurídica editores, Lima, 1996, p. 46 ss. Criticando expresamente la eliminación de referencia expresa al rango constitucional de los tratados de derechos humanos en la Constitución de 1993: Fabián Novak, *Los tratados y la Constitución peruana de 1993*, en *Agenda Internacional*, Año I, N°. 2, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1994, p. 91.

constitucionalidad. Esta lectura es permitida por la cuarta disposición final y transitoria que señala:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú...

Por lo que existe en la Constitución de 1993 un mandato para que los jueces interpreten la Constitución en armonía con los tratados de derechos humanos.

Con respecto a los tratados simplificados, aquellos que el Presidente puede celebrar sin la aprobación del legislativo con la única obligación de dar cuenta al Congreso, podría interpretarse que ellos tendrían un rango inferior a la ley en la medida que provienen de la sola voluntad del Poder Ejecutivo, que solo está autorizado a dictar decretos y resoluciones supremas, cuya jerarquía es inferior a la ley. En este sentido la Ley 26647 sobre las Normas y Actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrado por el Estado peruano, promulgada el 26 de junio de 1996,²⁴⁶ confirmaría esta interpretación;²⁴⁷ la segunda parte de su artículo 2° dispone: “Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el Presidente de la república los ratifica directamente mediante Decreto Supremo, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 57° de la Constitución...”.

Sin embargo, más allá de la jerarquía que pudiese otorgar el ordenamiento nacional a los tratados y en particular a los tratados de derechos humanos, entiéndase Constitución y Ley 26647, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la obligatoriedad del cumplimiento de los tratados, los que deben ser cumplidos de buena fe, no pudiendo el Estado alegar una norma de derecho interno para justificar su incumplimiento, así en el caso que llamaremos Tiwinza expresó que,

no podía soslayar que, de conformidad con los artículos 26° y 27° de la Convención de Viena, ratificada por el Decreto Supremo N° 029-2000-RE, “Todo

246 Publicada el 28 de junio de 1996.

247 La autora no ha encontrado referencia a la Ley 26647 en los trabajos de los autores nacionales ni en la jurisprudencia nacional.

tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” y “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, norma que debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.º de la misma Convención, que condiciona, excepcionalmente, el caso de que el consentimiento a obligarse haya sido con violación manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental del derecho interno, que no es el caso.²⁴⁸

3. APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO PERUANO A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La aplicación de las normas y obligaciones internacionales corresponde, a los Estados a través de sus *órganos encargados de las relaciones exteriores* cuando afecten exclusivamente a las relaciones interestatales, o por sus *órganos internos* (tanto ejecutivos como legislativos y judiciales), por desplegar sus efectos jurídicos en el ámbito de los ordenamientos estatales; ese es el caso de los tratados de derechos humanos.²⁴⁹

Como señalábamos anteriormente, al derecho internacional le preocupa el tema de la eficacia de sus normas –tanto a nivel internacional como doméstico–, y precisamente, su aplicabilidad va a depender de la naturaleza autoejecutiva o no de las mismas. Así, las normas internacionales pueden tener obligaciones de alcance general o pueden regular directamente derechos y obligaciones concretos para los particulares, como es el caso de los tratados de derechos humanos, cuya aplicación es inmediata desde que no requiere una legislación específica para su desarrollo o implementación, por tanto, deben ser aplicadas por las autoridades. En el caso de las normas de alcance general, en el sentido que requieren la adopción de actos normati-

248 Tribunal Constitucional. Expediente 1297-1999-AA/TC. Sentencia de 21 de agosto de 2002. Acción de Amparo planteada por el Frente Obrero Campesino Estudiantil Popular cuyo objeto era se declarase la inconstitucionalidad del Decreto Supremo No 011-99-PCM que guarda concordancia con el Protocolo Peruano-Ecuatoriano de Paz, Amistad y Límites de 1942, la Resolución Legislativa N° 26982 y el Punto de Vista Vinculante de los Jefes de Estado de los Países Garantes del Protocolo de Río de Janeiro, que es parte integrante del Acta Presidencial de Brasilia, de 26 de octubre de 1998.

249 Antonio Remiro Brotons.

vos internos, se encuentran los tratados a que alude precisamente el último párrafo del art. 56 de la Constitución de 1993: “los tratados que requieren medidas legislativas para su ejecución”, que en modo alguno importan un excluyente de responsabilidad para el Estado en el ámbito internacional en caso de la implementación de su obligación internacional.

El trabajo desarrollado por el Tribunal Constitucional, a partir del retorno a la democracia, de la restitución de los magistrados ilegalmente destituidos y la incorporación de nuevos miembros ha sido muy fructífero en el sentido de precisar la aplicación de los tratados de derechos, la misma que debe ser directa al formar parte del derecho nacional e incluso de la jurisprudencia de las instancias internacionales de protección de los derechos humanos cuya competencia ha sido reconocida por el Perú. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento nacional, aunque en un primer momento optó por el camino de otorgarle rango de ley, para luego dejar de lado dicha posición, aunque no de manera categórica.

3.1 Aplicación directa de los tratados de derechos humanos

Los órganos del Estado deben aplicar de manera directa las normas consagradas en los tratados de derechos humanos, así lo señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia en el caso Gabriel Orlando Vera Navarrete²⁵⁰:

8. Así, las obligaciones, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. *El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos*, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito. (Énfasis agregado)

La aplicación directa de los tratados de derechos humanos para analizar y evaluar las acciones de competencia del Tribunal Constitucional, ha sido sustentada por este Tribunal Constitucional no sólo en la cláusula de

250 Tribunal Constitucional. Sentencia Caso Vera Navarrete, Expediente 2798-04-HC.

interpretación de los derechos que la Constitución consagra a la luz de los tratados de derechos humanos de los que es parte el Perú sino en la norma que declara que los tratados forman parte del derecho nacional; así lo señaló en su sentencia en el caso Rodríguez Medrano²⁵¹:

8. Similar criterio interpretativo se deduce, si ahora el parámetro para evaluar la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales se analiza de acuerdo y conforme con los tratados sobre derechos humanos especialmente, respecto al artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, en materia de derechos fundamentales, las normas que los reconoce, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos. *Aquel criterio de interpretación de los derechos no solo es una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional*²⁵² (Énfasis agregado).

De este modo queda expedita la aplicación directa de los tratados derechos humanos no sólo por el Tribunal Constitucional sino por cualquier órgano peruano jurisdiccional o no, pues las obligaciones en materias de derechos humanos son de naturaleza erga omnes, que no solo encuentran un asidero constitucional sino su explicación y desarrollo en el derecho internacional²⁵³.

Algunas sentencias del Tribunal Constitucional en los que se puede visualizar la aplicación directa de los tratados de derechos humanos son los referidos al derecho a la indemnización por error judicial en el caso de los indultados, Rodríguez Medrano, Vera Navarrete y Silva Checa.

En su sentencia sobre el caso de la indemnización a los indultados, el TC ordenó "... a los funcionarios emplazados se cumpla con el mandato indemnizatorio reconocido por el inciso 6) del Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una vez que se haya determinado

251 Alejandro Rodríguez Medrano, ex magistrado de la Corte Suprema, destituido y procesado por estar sindicado como principal coordinador del aparato de intervención política y corrupción montado en el Poder Judicial por el asesor presidencial de Fujimori, Vladimiro Montesinos.

252 Tribunal Constitucional. Sentencia de 13 de julio de 2000, Exp. N° 1277-99-AC/TC presentada por la Congresista Annel Townsend.

253 Tribunal Constitucional. Caso Vera Navarrete, ob.cit., párr. 8.

en sede judicial el monto de la reparación correspondiente a cada uno de los demandantes beneficiados con la Ley N° 26655”.

En el Caso Rodríguez Medrano antes citado, el Tribunal Constitucional, en su sentencia publicada el 29 de agosto del 2002,²⁵⁴ se remitió directamente a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes para darle contenido a una norma constitucional,

7. El derecho a no ser objeto de tratos inhumanos no debe confundirse con el derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles o degradantes. Por este último, cuya violación no se ha alegado en el caso, se entiende de conformidad con el artículo 1° de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospecha que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

En el Caso Silva Checa, el Tribunal Constitucional²⁵⁵ invocó la Convención Americana sobre Derechos Humanos para determinar la conducta a seguir por ese tribunal, aplicándola de modo directo:

Por ello, si bien en el presente caso se ha rechazado *in limine* la demanda, lo cual coloca al Tribunal Constitucional en el dilema de, o bien declarar la nulidad de todo lo actuado y, en consecuencia, ordenar se admita a trámite la acción de hábeas corpus; o bien, pronunciarse sobre el fondo del asunto, este Supremo Tribunal, opta por hacer esto último pues del derecho constitucional a la protección judicial de los derechos fundamentales reconocido por el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, exige al operador

254 Tribunal Constitucional. Expediente N° 0726-2002-HC/TC.

255 Tribunal Constitucional. Exp. N° 1091-2002-HC/TC, Hábeas corpus promovido por Vicente Silva Checa. El Tribunal Constitucional invocó normas de tratados de derechos humanos para justificar no solo conocer del asunto sino resolver sobre el fondo de él (a pesar de los rechazos *in limine* previos) sin devolver la causa a los órganos judiciales para que la tramitaran y resolvieran nuevamente.

constitucional una especial sensibilidad y dejar de lado cualquier comportamiento que pueda significar un exceso formal de ritualismo procedimental en particular si en autos se encuentran suficientes elementos probatorios para expedir una sentencia de mérito.

Tal proceder en materia de hábeas corpus se deriva del artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal”. Por ello, en el presente caso, el Tribunal Constitucional procederá a analizar las razones de fondo.

El Tribunal Constitucional no solo viene invocando tratados de derechos humanos sino también otros instrumentos internacionales de naturaleza consuetudinaria, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,²⁵⁶ como lo hizo en el Caso Grace Riggs Brousseau,²⁵⁷ en el que el citado tribunal se pronunció definiendo los alcances y fundamentos de una detención judicial preventiva dispuesta en el curso del proceso, así como los supuestos en que esta puede ser cuestionada por el procesado:

Alcances constitucionales de la libertad personal

2. En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, la libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprenden, frente a cualquier supuesto de privación de la libertad, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, *según señala el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos*. [Énfasis agregado]

En el Caso Gabriel Orlando Vera Navarrete, el Tribunal Constitucional respecto cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional de dichos

256 El hecho que la interpretación de los derechos humanos que la Constitución consagra de acuerdo a la misma debe hacerse conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo ratifica la aceptación del derecho internacional consuetudinario en materia de derechos humanos.

257 Tribunal Constitucional. Exp. N° 791-2002-HC/TC.

Convenios que el Perú ratificó²⁵⁸, ha declarado que la aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requieren validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad; precisando en una sentencia aclaratoria que este fundamento es de observancia obligatoria por los operadores jurídicos²⁵⁹:

15. Las normas señaladas en el punto anterior se aplican en tanto exista un conflicto armado interno entre fuerzas del Estado y grupos armados particulares. La jurisprudencia internacional ha indicado que las normas mínimas del Derecho Internacional Humanitario no sólo se establecen con fines de mero reconocimiento, sino que su violación constituye una grave infracción humanitaria y, eventualmente, un crimen de guerra (Corte Internacional de Justicia, sentencia de fondo en el caso del estrecho de Corfú - 1949; de igual manera en la sentencia sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua - 1986). Las normas imperativas que se derivan de este cuerpo jurídico obligan no sólo a los Estados sino que comprometen directamente la responsabilidad de los individuos. Debe tenerse presente, en este sentido, que las normas del Derecho Internacional Humanitario prohíben de manera absoluta los atentados contra la vida de personas civiles y desarmadas en cualquier tiempo y lugar.
(...)

17. Finalmente, cabe precisar que la aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requieren validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad. Así lo ha señalado, por ejemplo, el comentario autorizado del Comité Internacional de la Cruz Roja²⁶⁰.

Otro caso de aplicación directa de las normas de tratados de derechos humanos es el de Socorro Vallejo Cacho de Valdivia,²⁶¹ en el que el Tribunal Constitucional aplicó de manera conjunta la Convención Americana

258 Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II fueron aprobados legislativamente mediante las Resoluciones Legislativas N°s 12412 (1956) y 25029 (1989), respectivamente.

259 Tribunal Constitucional. Exp. N° 2798-2004-HC, Sentencia Aclaratoria de 11 de febrero de 2005. Caso Vera Navarrete,

260 Tribunal Constitucional. Exp. N° 2798-04-HC, Sentencia Caso Vera Navarrete de 9 de diciembre de 2004, párrafos 15 y 17.

261 Tribunal Constitucional. Exp. N° 1268-HC/TC.

sobre Derechos Humanos y la Constitución, señalando en su Fundamento 3 que:

De conformidad con el artículo 8, inciso 2), literal “c” de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica [...] durante un proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”. Este derecho constitucional por su naturaleza, compone el derecho al debido proceso garantizado en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución Peruana e implica el derecho a un tiempo “razonable” para que la persona inculpada pueda preparar u organizar una defensa o, eventualmente, recurrir a los servicios de un letrado para articularla y prepararla de manera plena y eficaz. El enunciado “Durante el proceso” mencionado en el citado artículo 8° debe entenderse que se proyecta, en el caso de procesos penales, también al ámbito de su etapa prejurisdiccional, es decir, aquél cuya dirección compete al Ministerio Público (artículo 159, inciso 4), Constitución.

Otros casos en los que se puede constatar una aplicación directa de los tratados de derechos humanos son:

- El Caso de Carlos Vega Ardila²⁶². En este caso el Tribunal Constitucional aplicó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conjuntamente con una ley, y concluyó que:

5. Por consiguiente, habiéndose acreditado que el actor sufre detención judicial desde el veintiséis de mayo de dos mil, resultan de aplicación los artículos 1.°, 2.°, 7.°, 9.° y 12.° de la Ley N.° 23506, en concordancia con los artículos 1.°, 2.°, inciso 24), 3.° y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, así como el párrafo tercero del artículo 9.° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- Los Casos de Roberto Carlos Poémape Chávez,²⁶³ Róger Poémape Chávez²⁶⁴ y Pedro Wurttele Verde²⁶⁵ en los que el Tribunal Consti-

262 Tribunal Constitucional. Exp. N° 798-2002-HC/TC, párr. 5.

263 Tribunal Constitucional. Exp. N° 309-2002-HC/TC, párr. 2.

264 Tribunal Constitucional.. Exp. N° 310-2002- HC/TC, párr.2.

265 Tribunal Constitucional. Exp. 318-2002-HC/TC, párr.2.

tucional al pronunciarse sobre la protección del derecho a ser juzgado en un plazo razonable aplicó varios tratados de derechos humanos de manera conjunta para determinar la violación de tal derecho,

2. En el presente caso, a la fecha de entrada en vigencia de la citada modificatoria -el catorce de noviembre de dos mil uno- el favorecido se encontraba más de quince meses detenido, sin que el correspondiente órgano jurisdiccional hubiera dictado auto de prórroga de su detención, razón por la cual resultaba amparable su pretensión. En efecto, este hecho, conforme reiterada jurisprudencia de este Tribunal, vulnera el derecho del favorecido de ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido por el artículo 9.º, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el artículo 7.º, numeral 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como del derecho a la libertad individual, por mantenerlo detenido sin existiera la prórroga correspondiente

- Los Casos de Betty Francisco Ramírez Camargo,²⁶⁶ William Infante Agurto²⁶⁷ y Jaime Aliaga Hinostroza,²⁶⁸ el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable aplica tratados de derechos humanos para determinar la existencia del derecho y en consecuencia la aplicación de una ley,

[e] artículo 9, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el artículo 7, numeral 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por esta razón, es de aplicación lo establecido por el artículo 11 de la Ley N° 23506, respecto a las autoridades que conocieron el citado proceso penal en el fuero militar

- El Caso Henry Orozco León, en el que el Tribunal Constitucional aplicó tratados de derechos humanos para determinar la violación de un derecho humano:

No obstante, este Tribunal constata que, en el fuero militar, se tuvo detenido al accionante por más de treinta meses sin haber sido sentenciado, situación

266 Tribunal Constitucional. Exp. N° 282-2002-HC/TC, párr.1.

267 Tribunal Constitucional. Exp. N° 178-2002-HC/TC, párr.4.

268 Tribunal Constitucional. Exp. 314-2002-HC/TC, párr.3.

que, en todo caso, debe ser investigada por la autoridad competente dado que ello significó, conforme reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la vulneración del derecho del accionante a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido por el artículo 9º, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, y por el artículo 7º, numeral 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁶⁹.

- Caso Rivera Lazo. El Tribunal Constitucional, al declarar infundada la Demanda de Hábeas Corpus señaló que entiende que la tutela jurisdiccional efectiva tiene dos sentidos, uno de ellos se refiere a la “obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo bajo las estrictas medidas de seguridad y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables”²⁷⁰.
- Caso Jorge Alberto Cartagena Vargas²⁷¹.

1. De acuerdo con el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, toda persona tiene derecho al juez natural, por lo cual “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos”. Asimismo, dicho derecho es garantizado por el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

- Caso Genaro Villegas Namuche²⁷²:

2. A estos efectos, cuando el artículo 5.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce como derecho de los procesados el estar separados de los condenados, no exige necesariamente que se habilite un estable-

269 Tribunal Constitucional. Exp. 177-2002-HC Piura, párr.4.

270 Tribunal Constitucional. Exp. 4677-2005- HC Juan Norberto Ramírez Lazo.

271 Tribunal Constitucional. Expediente 218-2002-HC. Ica.

272 Tribunal Constitucional. Exp. N° 2488-2002-HC, Piura.

cimiento penal exclusivamente para procesados y otro, también con carácter exclusivo, para los que vienen sufriendo condena penal. Ni siquiera que, dentro de un establecimiento penal para condenados y procesados, tengan que estar necesariamente ubicados en edificios distintos. Solo garantiza mínimamente que, dentro de un mismo local, tanto condenados como procesados, deban estar separados.

(...)

4. Aunque cuando se produjo la presunta detención del beneficiario no estaba vigente la Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas, ni tampoco el delito de desaparición forzada se encontraba tipificado en nuestro Código Penal, tal situación no justifica de ninguna manera la comisión del delito, ni nos impide considerarlo como un grave atentado contra los derechos humanos, puesto que los derechos contra los que atenta este ilícito se encuentran protegidos por las Constituciones de 1979 y 1993, así como por instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú, como son la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(...)

10. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...

Una interesante remisión a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como de la práctica de la Comisión y de aplicación directa de las normas contenidas en los tratados de derechos humanos, puede encontrarse en la sentencias del TC en los casos *Grace Riggs* citado *supra*, *Alfredo Crespo Bragayrac*,²⁷³ *Jorge Cartagena Vargas*²⁷⁴ y *Juan Carlos Quispe Gutiérrez*.²⁷⁵

273 Tribunal Constitucional. Exp. N° 0217- 2002-HC/TC.

274 Tribunal Constitucional. Exp. N° 218-02-HC/TC.

275 Tribunal Constitucional. Exp. N° 1261-2002-HC/TC.

3.2 Jerarquía de los tratados de derechos humanos

Un precedente importante sobre el reconocimiento del nivel constitucional de los tratados de derechos humanos en la resolución de 16 de junio de 1995 dictada por la jueza Antonia Saquicuray, en el proceso penal que tramitara contra militares por la detención y desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad de La Cantuta ocurrido a mediados de 1991.²⁷⁶ En su resolución, la jueza Saquicuray declaró inaplicable a los procesados el artículo 1 de la ley 26479 que otorgó amnistía general a los militares, policías o civiles que se encontrasen denunciados, procesados o condenados, en el fuero común y en el fuero privativo militar, por cualquier hecho que se vinculase con la lucha contra el terrorismo, ya sea que se hubiese cometido individualmente o en grupo, desde mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995. La Jueza argumentó que los jueces prefieren la Constitución sobre la ley en caso de incompatibilidad entre ambas, según dispone el artículo 138 de la Constitución de 1993, debiendo prevalecer los tratados internacionales sobre derechos humanos (en virtud de los artículos 55, 57 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución) que ordenan la investigación y sanción de las violaciones de los derechos humanos.²⁷⁷

La jueza Saquicuray sostuvo la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre la ley de Amnistía, en virtud que la Constitución del Estado dispone en su artículo 138 la preferencia de la Constitución respecto de la ley en caso de incompatibilidad, en concordancia con los artículos 55, 56 y 57 de dicha Carta. Aun cuando las instancias judiciales superiores anulaban

276 En el contexto de incremento y agudización de los actos terroristas en Lima, a mediados del año 1991 se produjo la detención y desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad de La Cantuta, a manos de un grupo integrado por militares del Servicio de Inteligencia del Ejército que actuaban en un comando irregular (denominado Colina) para realizar ejecuciones sumarias y actos de aniquilamiento de presuntos subversivos. En el mes de agosto de ese mismo año, estudiantes universitarios de Huancayo empezaron a ser detenidos-desaparecidos o simplemente se encontraron sus cadáveres en las afueras de la ciudad, acción atribuida a personal militar. Al Grupo Colina también se le atribuyó haber ejecutado un operativo en el que quince personas de la zona de Barrios Altos (ubicada en pleno centro de Lima) fueran acribilladas a balazos y otras cuatro quedaron heridas mientras compartían una reunión social al interior de un inmueble.

277 César Landa: “El control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la jueza Saquicuray”, en revista *Ius et Veritas*, año VI, n° 11. Lima, noviembre de 1995. Véase también Eguiguren Praelli. Ob.cit.

la resolución que comentamos, posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos,²⁷⁸ señaló que dichas leyes eran incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos y sus obligaciones, por lo que carecían de efecto jurídico, debiendo el Estado realizar las investigaciones sobre los hechos ocurridos, divulgar los resultados de ellas y sancionar a los culpables, permitiendo la reapertura de los procesos penales contra los responsables. La Corte no se pronunció sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Constitución peruana, ni sobre la prevalencia de esta última sobre las primeras, por carecer de competencia para ello.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido a los tratados de derechos humanos jerarquía legal aunque en algunos casos de manera implícita les ha atribuido jerarquía constitucional.

La sentencia del Tribunal en el caso del derecho a la indemnización de los indultados, si bien reafirmó la aplicación y exigibilidad judicial (por medio de la acción de cumplimiento) de las normas de un tratado del que es parte el Perú, *les atribuyó rango similar a las leyes*²⁷⁹ con base en el artículo 200 inciso 4) de la Constitución. Según Eguiguren, la posición del Tribunal Constitucional refleja una interpretación rígida y desatiende otras tesis que la doctrina e incluso la jurisprudencia (aunque singular) reconocían a los tratados, de ocupar una posición prevalente sobre la ley, y a los tratados sobre derechos humanos un rango constitucional, con base en la cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Carta de 1993.

En el Caso Rodríguez Medrano antes citado, el Tribunal Constitucional respecto de las condiciones de su reclusión penitenciaria, en su sentencia publicada el 29 de agosto del 2002,²⁸⁰ invocó normas de la Convención

278 Corte IDH. Sentencia de 14 de marzo del 2001, Caso Barrios Altos. El Estado peruano en dicho caso, con fecha 19 de febrero del 2001 se allanó a la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y reconoció su responsabilidad por los sucesos de Barrios Altos, lo que no fue óbice para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciara sobre la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la vida, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial, perpetrados por la aprobación y aplicación de las leyes de amnistía 26479 y 26492. Asimismo, señaló que dichas leyes eran incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos y sus obligaciones, por lo que carecían de efecto jurídico, debiendo el Estado realizar las investigaciones sobre los hechos ocurridos, divulgar los resultados de ellas y sancionar a los culpables.

279 Tribunal Constitucional. Caso Silva Checa, ob.cit., fundamento 8.

280 Tribunal Constitucional. Expediente N° 0726-2002-HC/TC.

Americana de Derechos Humanos para establecer importantes criterios para admitir la utilización del hábeas corpus de tipo correctivo, para discutir y modificar las condiciones de detención y reclusión, equiparando dicho tratado de derechos humanos a la Constitución:

Este tipo de hábeas corpus, denominado en la doctrina como “correctivo”, se deriva de la interpretación conjunta de los artículos 5.4 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. [...] El primero de ellos garantiza el derecho a que los procesados estén separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y que sean sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas; mientras que el segundo, porque garantiza el derecho de contar con un recurso sencillo, rápido y eficaz para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención: recurso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esencialmente está constituido por el hábeas corpus y el amparo.²⁸¹

En el Caso Silva Checa, el Tribunal Constitucional²⁸² invocó una norma de un tratado sobre derechos humanos para oponerlo a lo dispuesto por una ley y aplicar esta en función de la primera,

Si el inciso a) del artículo 16 de la Ley 25398 establece que no procede el hábeas corpus “cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halle sometido a juicio por los hechos que originan la acción de garantía”, pero por otro lado, el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona privada de su libertad “a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o su detención fueran ilegales”; entonces, dicho inciso a) del artículo 16 de la Ley 25398 debe entenderse en el sentido de que no procede el hábeas corpus si la detención ordenada por un juez no es arbitraria. O, lo que es lo mismo, que no procede este proceso constitucional cuando se trate de una detención ordenada en forma debida.

281 *Ibíd.*, párr. 6.

282 Tribunal Constitucional. Exp. N° 1091-2002-HC/TC, Hábeas corpus promovido por Vicente Silva Checa. El Tribunal Constitucional invocó normas de tratados de derechos humanos para justificar no solo conocer del asunto sino resolver sobre el fondo de él (a pesar de los rechazos *in limine* previos) sin devolver la causa a los órganos judiciales para que la tramitaran y resolvieran nuevamente.

En el Caso de José Pereyra Gram,²⁸³ el Tribunal Constitucional, al analizar un supuesto de restricción a la libertad de tránsito, aplicó el artículo 32.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos para complementar el contenido de la norma constitucional, de esta manera infringió la jerarquía constitucional de dicho tratado de derechos humanos,

Aunque la Constitución no haya establecido otros supuestos limitantes del ejercicio de la libertad de tránsito, ello no quiere decir que no exista, pues como dispone el artículo 32.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “los derechos de cada persona están limitados por los Derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Es evidente que el Tribunal Constitucional desea que sus sentencias no solo sean constitucionales sino que estén conformes a los tratados de derechos humanos. Dada la naturaleza de ese órgano jurisdiccional, esa posición confirma la jerarquía constitucional que le otorga el Tribunal Constitucional a los tratados de derechos humanos o al menos de las normas contenidas en ellos. En un proceso de amparo promovido por trabajadores afiliados al Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y a la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú²⁸⁴ que cuestionaban el despido realizado por su empleador, el Tribunal Constitucional además de realizar una amplia interpretación de normas constitucionales y legales involucradas en el caso, invoca diversos fundamentos para sustentar su decisión entre ellos a normas de tratados de derechos humanos,

La sentencia se ajusta a las disposiciones de los artículos 1 y 6, incisos 1) y 2), 7, inciso d; 8, inciso 1-a, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) aprobado por Resolución Legislativa N° 26448, por cuanto garantizan el derecho al trabajo, la “estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación.

283 Tribunal Constitucional. Exp. 0362-2002-HC/TC.

284 Tribunal Constitucional. Exp. 1124-2001-AA/TC. El Tribunal Constitucional dispuso la reincorporación al trabajo de los accionantes.

En esta línea, cabe mencionar la sentencia que, a inicios de enero del 2003, el Tribunal Constitucional expidió en una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los principales decretos leyes antiterroristas dictados durante el periodo de facto del gobierno de Fujimori. Esta sentencia declara inconstitucional el Decreto Ley 25659 que tipificó como delito de traición a la patria el delito de terrorismo agravado, y adecua a los estándares internacionales el Decreto Ley 25475 interpretando sus disposiciones a la luz de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los casos Castillo Petruzzi y Loayza Tamayo, así como lo expresado en informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre terrorismo. De este modo la constitucionalidad de las leyes en el Perú depende de su coherencia con los tratados de derechos humanos, lo que ratifica su jerarquía al menos constitucional.

4. RELEVANCIA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y LA LUCHA POR LA NO IMPUNIDAD

En la actualidad, el derecho internacional y el derecho estatal coinciden en objetivos: la protección de la persona humana; a nivel universal así como regional. Los Estados han adoptado tratados de derechos humanos como un reconocimiento que su protección trasciende el derecho estatal.

Los tratados de derechos humanos no solo constituyen un listado de los derechos que la comunidad internacional reconoce a los seres humanos, sino también un sistema de protección, prevención y sanción. El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece deberes que constituyen la piedra angular del sistema de protección interamericano de derechos humanos y son de naturaleza imperativa: la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos que la Convención consagra. Estos obligaciones constituyen un deber positivo para los Estados, y prima sobre las disposiciones de derecho interno.²⁸⁵

El deber de respetar implica que los Estados deben asegurar la vigencia de todos los derechos contenidos en la Convención mediante un sistema jurídico,

285 Fappiano y Carolina Loayza, Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1971 a 1995. Abaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 1998, pp. 170 y ss.

político e institucional adecuado para tales fines. El deber de garantía implica que los Estados deben asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, procurando medios jurídicos específicos de protección que sean adecuados, sea para prevenir las violaciones, sea para restablecer su vigencia y para indemnizar a las víctimas o a sus familiares. El deber de garantía comprende el deber de investigar, prevenir y de establecer la verdad.²⁸⁶

En consecuencia, el Estado tiene la obligación de investigar toda violación de los derechos humanos que permita el esclarecimiento de los hechos, identificar, y juzgar a los responsables.²⁸⁷

Delitos como el genocidio, la tortura, la ejecución extrajudicial y la desaparición forzada de personas constituyen graves violaciones a los derechos humanos y han sido tipificados por el derecho internacional a través de un proceso que se inicia normalmente con el reconocimiento por la comunidad internacional, que determinadas prácticas estatales violan los derechos humanos y la necesidad de su sanción, en algunos casos, a través de resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas como la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,²⁸⁸ la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas²⁸⁹ y en el caso de nuestros países a través de resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos como la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer,²⁹⁰ sin que ello implique que los derechos humanos que lesionan tales prácticas no estuvieren ya protegidos y garantizados por los tratados de derechos humanos de naturaleza general.²⁹¹ En otros casos, a través de la adopción de un tratado específico que tipifique la grave violación de los derechos humanos, como la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, Convención

286 *Ibíd.*

287 *Ibíd.*

288 Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

289 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de Diciembre de 1992.

290 Adoptada por la Vigésimoquinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres

291 Nos referimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención Europea de los Derechos Humanos, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos entre otros.

Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁹², Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,²⁹³ entre otros.

En este contexto los tratados de derechos humanos juegan un rol fundamental en la tipificación de los delitos contra los derechos humanos en el proceso de determinar la violación de sus disposiciones y han tenido un impacto en los ordenamientos nacionales, permitiendo determinar el contenido de los delitos, interpretar los tipos delictivos y precisar su aplicación temporal.

Como hemos señalado supra, los tratados de derechos humanos, atribuyen una función capital a los tribunales nacionales, al disponer que los Estados deben proveer a los individuos recursos internos eficaces en concordancia con la naturaleza subsidiaria de la protección de los derechos humanos, lo que genera la obligación de dichas instancias jurisdiccionales de conocer e interpretar disposiciones de los tratados de derechos humanos, como lo vienen haciendo, para garantizar los derechos humanos en el territorio nacional, para dar contenido a los delitos que se encuentran tipificados en nuestro código penal, como lo hizo el Tribunal Constitucional en el caso *el caso Villegas Namuchi*²⁹⁴ y la Sala Penal Nacional en el Caso Castillo Paéz; o, para levantar cualquier obstáculo que impida la investigación y sanción de tan graves violaciones a los derechos humanos, en el Caso de Augusto Luis Cano Polo.

En el Caso Villegas Namuche el Tribunal Constitucional determinó:

- la naturaleza del delito de desaparición forzada al calificarlo como un delito permanente mientras no se establezca el destino de la víctima, característica que no se encuentra de manera taxativa en el tipo penal del código penal peruano, invocando para ello el artículo 3° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.
- la posibilidad de investigar y procesar a presuntos responsables de la comisión del delito de desaparición forzada aun si hubiese sido cometido antes de la tipificación de este delito en la legislación peruana.²⁹⁵

292 Adoptada el 12 de septiembre de 1985.

293 Adoptada el 9 de junio de 1994.

294 Tribunal Constitucional. Expediente 2488-2002-HC/TC, considerando número 7, inciso 26 cuarto párrafo.

295 "... si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24.d de la Constitución incluyó entres sus garantías la de la lex previa, según las cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito".

En el Caso Luis Augusto Cano Polo, la Sala Nacional determinó la naturaleza imprescriptible del delito de ejecución extrajudicial, basándose en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad,²⁹⁶ que establece que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hubiesen sido cometidos, por ser un tratado que forma parte del derecho nacional. La Sala Penal Nacional agregó que,

Ninguna Reserva o Interpretación que contravenga su aplicación puede ser observada, en la medida que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados señala que 'no se podrá invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'. Conforme al principio *pacta sunt servanda* contenido en el artículo 26 del Convenio acotado todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Así como se debe tener presente que los tratados celebrados forman parte del derecho nacional a tenor de lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución.

Si los tratados forman parte del derecho nacional, y en consecuencia se aplican directamente en la resolución de conflictos del ámbito interno, sus normas procesales o sustantivas se aplican directamente, teniendo efectos a partir del momento en que haya sido determinado por los mismos, es decir por el derecho internacional.

Con respecto a la aplicación directa de los tratados incluso aquellos que tipifican delitos contra los derechos humanos, algunos podrían argumentar que tal tipificación es y debe ser efectuada a través de una ley. Sobre el Principio de Legalidad Penal, el Tribunal Constitucional²⁹⁷ ha precisado que:

El Principio de Legalidad supone una subordinación del Poder Ejecutivo al Legislativo, la Reserva [legal]... es que el Ejecutivo no puede entrar a través de sus disposiciones generales en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de Legalidad, en cuanto solo es límite, mientras que el de Reserva implica exigencia reguladora.

296 Aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa No 27998 de 12 de junio de 2003.

297 Tribunal Constitucional. Sentencia de 13 de abril de 2005, Expediente 2302-2002.

La Constitución ha otorgado rango de ley a diversas normas, entre ellas a los tratados,²⁹⁸ de forma tal que un tratado podría tipificar un delito, por tener un valor “legal”.²⁹⁹

Es evidente la utilización del Principio Pro Homine en los casos citados supra. Como ha señalado Mónica Pinto³⁰⁰

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trate de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

Mónica Pinto agrega que, en consecuencia, este principio impone que “por ejemplo, una norma específica sobre tortura –que anuncia detalladamente los derechos de las víctimas y las obligaciones asumidas por el Estado– supere y prevalezca sobre las disposiciones genéricas sobre el tema...”³⁰¹.

Estas son consideraciones que deben ser tomadas en cuenta cuando se trate de sancionar las violaciones a los derechos humanos, que aún encuentran escollos para su judicialización, como la tortura.

298 Véase artículo 200.4 de la Constitución Política de 1993.

299 Tribunal Constitucional. Sentencia de 3 de enero de 2003, Expediente 010-2002-AI, Marcelino Tineo y otros, párr. 67. El Tribunal Constitucional ha señalado que “en la noción de ley, a la cual se refiere el Principio de Legalidad, para reservar la hipótesis del delito, incluso debe considerarse las sentencias del Tribunal Constitucional que por su propia naturaleza tienen valor de ley ...”

300 Mónica Pinto, *El Principio Pro Homine. Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*.

301 *Ibíd.*

La supremacía internacional y la construcción justa de soberanía política: ¿hacia dónde vamos?

Mariano Fernández Valle

INTRODUCCIÓN

En la presente ponencia se me pide que aborde un tema de gran complejidad y actualidad. Los mecanismos de recepción de Tratados de Derechos Humanos difieren en cada uno de los ordenamientos internos de los países americanos. Sin embargo, no es objeto de este breve trabajo analizar todas y cada una de las variadas formas sino especificar las ventajas y los desafíos que algunas de ellas traen consigo. Básicamente, me propongo cuatro cosas: (1) ofrecer un esquema de análisis general que resalte las tensiones que pueden existir entre conceptos tales como “Democracia”, “Constitución”, “Derechos Humanos”; (2) describir sucintamente los dilemas que se encuentran inmersos en las soluciones normativas que dan a los Tratados de Derechos Humanos una jerarquía superior, igual, o inferior a los marcos Constitucionales de cada país; (3) centrar el análisis en las posibles consecuencias de exigir una mayor intervención internacional en la soberanía de los Estados; y (4) ofrecer algunas pautas de acción para resolver las tensiones reseñadas.

1. TENSIONES DONDE NO SIEMPRE LAS VEMOS

En algún punto, pareciera no haber mayores discrepancias entre los objetivos de Constituciones y Tratados de derechos humanos. Ambos comparten una característica común: limitan el ejercicio del poder. Y lo hacen con el objeto de proteger a las personas sujetas a ese ejercicio. Del respeto irrestricto a

la voluntad popular y a los deseos de la mayoría, estrechamente asociados al ideal revolucionario francés, transitamos hacia democracias restringidas por derechos que nadie puede avasallar. El alcance de toda democracia se resignifica a partir de la adopción de Constituciones. Asimismo, a las tensiones propias del constitucionalismo se suma un nuevo orden institucional internacional con sus leyes, organismos de control, y decisiones. Proliferan los límites, así como las agencias habilitadas para determinarlos y hacerlos valer. La soberanía democrática, entendida como la capacidad de cada comunidad política de autogobernarse, se transforma.

Esta ponencia pretende abrir una discusión sobre aquello que pensamos alrededor de conceptos tan vagos e indeterminados como “Constitución”, “Democracia”, “Derechos”, y “Tratados”. Solo una idea valorativa sobre sus significados nos permitirá articularlos de la forma más beneficiosa posible. Esa discusión posibilitará, a su vez, el estudio de las ventajas y desventajas de diferentes formas de diseñar las pirámides normativas en nuestros Estados.

1.1 Constitución – democracia

Como se dijo, la Constitución pone límites a lo que las mayorías pueden hacer. En toda Constitución rígida (de difícil modificación), una vez que consagramos tal o cual solución normativa debemos convivir con ella un buen tiempo, nuestros parlamentos no pueden contrariarlas o menoscabarlas. En este sentido, el carácter contramayoritario de las Constituciones es evidente, resguardan ciertos contenidos de los ánimos de mayorías circunstanciales. Esto abre muchos interrogantes: ¿Por qué una generación –la constituyente– puede atar las manos de las generaciones venideras? ¿Por qué desconfiamos en las mayorías? ¿Por qué confiamos en determinadas minorías? ¿Por qué debiéramos respetar esos contenidos constitucionales y no otros? Bajo esta visión del binomio Constitución – Democracia, la primera es el resultado de decisiones con importantes déficit democráticos (una mirada muy sucinta de los procesos constitucionales latinoamericanos permite acreditar esta afirmación), destinadas a perdurar en el tiempo y a poner obstáculos a las opciones de autogobierno.

Sin embargo, hay formas más agradables de mirar el proceso constitucional, pero no por ello menos problemáticas. Uno podría ver las Constituciones como elementos que, lejos de atar de manos, capacitan a la propia

generación y a las venideras. Como Ulises a su mástil,³⁰² nos atamos a una Constitución para liberarnos, para no tomar decisiones apresuradas, para que nuestras equivocaciones como generación no tengan costos importantes, para evitar que generaciones venideras tiranicen a sus sucedáneas. Esta forma amistosa de ver las Constituciones exige pensar cómo debemos armonizar el enorme valor que le damos a la discusión pública y a las decisiones mayoritarias con la necesidad de no violar derechos o respetar las demandas de minorías políticas. Si realmente la decisión mayoritaria, luego de un amplio debate con participación de todos los afectados, es valiosa en sí misma, si nos permite llegar a acuerdos con mayores probabilidades de ser moralmente correctos.³⁰³ ¿Qué razones deberían ofrecerse para dejarlos de lado? ¿Cuándo y cómo podemos oponer alguna cláusula constitucional a esos acuerdos deliberativos? Volveré sobre esto reiteradamente.

A lo señalado debemos sumar una cuestión más. El mayor problema quizá no sea la existencia de una Constitución con contenidos rígidos sino la decisión acerca de quienes interpretan esos contenidos. La mayoría de los Estados deja en manos del Poder Judicial el control sobre el texto constitucional. Ello acentúa aún más la objeción democrática: no solo existe un instrumento que pone límites a la voluntad de las mayorías sino que también dejamos su control último en manos de jueces que no son electos por el pueblo ni removidos por el. Asimismo, un estudio mínimo sobre el perfil de los jueces americanos revelaría que son hombres, blancos, de clase media alta, quienes definen el alcance de nuestros derechos. ¿Cuál es la legitimidad de estas personas para anular la decisión de la mayoría en el seno democrático? ¿Tienen algún don especial que los haga más proclives a descubrir el verdadero significado de los derechos o a resolver tensiones entre ellos? ¿Por qué clarificarían adecuadamente un lenguaje (constitucional) que es radicalmente indeterminado? En fin, el punto hasta aquí es que todos nuestros ordenamientos institucionales conviven con la compleja tarea de, por un lado, fortalecer el componente democrático y, por el otro, limitarlo a partir de instituciones con cierto tinte elitista.

302 Ver S. Holmes (1999), "El precompromiso y la paradoja de la democracia," en J. Elster y R. Slagstad, eds., *Constitucionalismo y Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica.

303 Ver C. Nino (1997), "La Constitución de la democracia deliberativa", España, Gedisa.

1.2 Constitución –tratado – constitución

Con todos sus problemas, nos atamos a las Constituciones limitando nuestras opciones inmediatas para aumentarlas en el mediano y largo plazo.³⁰⁴ Sin embargo, aun adoptando estos instrumentos, consagrando derechos, delimitando el ejercicio del poder, las comunidades políticas latinoamericanas siguen siendo endebles, inestables, y poco respetuosas de sus miembros. Las Constituciones, en la práctica, tienen problemas para lograr los objetivos que las originaron: no funcionan como límite ni como protección.

En este sentido, la ratificación de Tratados de derechos humanos se muestra como un nuevo intento para limitar nuestra libertad política. Un justo intento, dado lo que hicimos con esa libertad. Allí donde fallaron las Constituciones, los Tratados pretenden hacerse un lugar. Sin embargo, no parece haber muchas razones para este optimismo. ¿Si las Constituciones fracasaron por qué triunfarían los Tratados? ¿Si no honramos nuestros propios límites por qué honraríamos límites ajenos – comunidad internacional?

Por otro lado, curiosamente las dificultades para exigir el cumplimiento de estas obligaciones internacionales motivaron su incorporación a los ordenamientos jurídicos domésticos. Las disposiciones internacionales se incorporaron, de diferentes modos, a las normativas constitucionales de los Estados. ¿Cómo se explica? Si fue precisamente la desconfianza en las Constituciones lo que nos llevó a buscar límites externos.³⁰⁵

304 Holmes, op. cit.

305 “Se gira en círculos. De la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que tenía validez universal no local, estos derechos pasaron a las Constituciones. Después de ellas a esos grandes pactos internacionales. Y de ellos han vuelto a las Constituciones, incluso de los países que forman parte de esos pactos, de modo que, por ejemplo, en Argentina, el debido proceso es una garantía de la CN, art. 18, pero que rige también por aplicación directa del PIDCP, art. 14, o de la CADH, art.8, y que vuelve a aparecer en la CN, pero en la versión de estos pactos, por medio del art. 75, inc. 22. Parece que la exageración, la reiteración y la sobreprotección son, al contrario que en la vida normal, virtud y no vicio en esta materia”. Ver: Daniel R. Pastor (2005). “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, publicado en Separata de Nueva Doctrina Penal, 2005/A, Argentina, p. 82.

1.3. (Constitución / tratado) – democracia

Es claro que los desafíos que presentan las Constituciones en alguna medida pueden trasladarse a los Tratados de derechos humanos, máxime cuando estos tratados, de diferentes maneras, pasan a formar parte integrante de las Constituciones. Como dije, Tratados y Constituciones ponen límites a los arreglos institucionales a través de la consagración rígida de derechos inviolables. Las objeciones contramayoritarias tienen nuevamente relevancia en el análisis. Asimismo, estos instrumentos depositan su interpretación final en órganos que, por más prestigio que nos merezcan, están alejados del control democrático, no gozan de legitimidad popular, tienen un perfil determinado,³⁰⁶ niveles de rotación cuestionables,³⁰⁷ problemas de deliberación,³⁰⁸ conflictos de intereses, etcétera.

Todas las críticas que puede recibir una Constitución por su carácter contramayoritario crecen en intensidad cuando hablamos de Tratados –que nunca se modifican– y de sus órganos de contralor. Pero reconocemos en ellos, al igual que en las Constituciones, beneficios de los cuales queremos gozar y debemos determinar cómo hacerlo. Sabemos que estamos mejor con Tratados, con Corte y Comisión Interamericanas, con organismos internacionales de control, que sin ellos. Esta ponencia se propone abrir una discusión acerca de cómo maximizar los beneficios de los desordenados entrecruzamientos internos e internacionales que los Estados latinoamericanos convalidamos.

2. LÍMITES INTERNACIONALES Y REFUERZOS LOCALES

Nuestra desconfianza como comunidades políticas, entre otras causas, operó como motivación para contraer diferentes obligaciones en el ámbito internacional. Desconfianza más que justificada si consideramos los diferentes quiebres institucionales que se registran en América y la práctica reiterada de violación de derechos humanos por parte de los propios Estados. La

306 Por dar un ejemplo claro, aprovechando el marco del seminario que nos congrega, la Corte Interamericana solo registra 2 mujeres juezas en 27 años de existencia mientras que la Comisión registra 5 en 47 años. Actualmente hay 2 mujeres nombradas para la Corte Interamericana, que aún no asumen sus respectivos cargos.

307 La Corte Interamericana registra jueces que han cumplido funciones durante doce años.

308 Ni la Corte ni la Comisión Interamericanas sesionan en forma permanente.

incapacidad de las Constituciones para detener estos embates dirigió nuestras miradas hacia el refugio internacional. Sin embargo, consideramos –curiosamente, como ya dije– que para que este refugio fuera realmente efectivo debíamos traerlo nuevamente hacia el ámbito constitucional local.

Con diferente nivel de análisis mencionaré tres fórmulas que se han utilizado a esos efectos,³⁰⁹ que otorgan a los instrumentos internacionales de derechos humanos: (A) una jerarquía inferior a las Constituciones; (B) una jerarquía igual a las Constituciones; (C) una jerarquía superior a ellas. Esta forma de encarar la cuestión, por lo menos, da por superada la vieja discusión alrededor de la relación jerárquica de Tratados y leyes ordinarias. Ahora, el debate más bien se centra en cómo analizar la relación entre normas fundamentales – Constituciones– y obligaciones internacionales de derechos humanos. No hay definiciones claras en este sentido, y el debate está plenamente vigente. Máxime si se acepta la idea –estimo que poco controvertida– de todo ordenamiento jurídico es interpretable (más aún el Constitucional e Internacional), y nada es diáfano en esta materia. Por su parte, la misma idea de erigir una regla rígida de primacía –y atarnos a ella frente a cualquier caso– es materia opinable.

Lo cierto es que, en la mayoría de los casos, es la propia Constitución la que define la jerarquía que cada Estado dará a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Una evaluación seria del tema requiere el estudio específico de todas las Constituciones Políticas americanas y de las interpretaciones que motivaron. Sin embargo, en el marco de esta ponencia, pueden hacerse algunas apreciaciones generales sobre el tema:

- (A) La fórmula que otorga menor jerarquía a los Tratados de derechos humanos respecto de la propia Constitución implica la responsabilidad internacional del Estado en cuestión, en la medida que se permite oponer el marco constitucional (normas de carácter interno) para omitir el cumplimiento o justificar el incumplimiento de disposiciones internacionales.³¹⁰ Asimismo, solo permite la operatividad del contenido

309 Para un análisis más profundo de las fórmulas constitucionales para incorporar Tratados de Derechos Humanos, ver Ariel Dulitzky (1996), “Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano”, Estudios Profundizados de Derechos Humanos, IIDH.

310 Una interpretación rígida del art. 27. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados avalaría jurídicamente esta afirmación.

de los Tratados en la medida que no se oponga al texto constitucional. Finalmente, toda validez de decisiones de organismos supranacionales queda fuertemente limitada, en la medida que, como se dijo, un Estado de estas características se guarda bajo la manga el as constitucional para justificar cursos de acción opuestos.

Sin embargo, cabe señalar que el conflicto se produce ante situaciones en que Tratados y Constituciones contemplan cláusulas absoluta o parcialmente opuestas. En aquellos casos en que existe clara compatibilidad –la gran mayoría– entre las disposiciones de las diferentes fuentes, resulta perfectamente posible su coexistencia y complementariedad (aun reconociéndose jerarquías diferentes), ampliando y robusteciendo el marco de protección. De todas formas, aun en estos casos, la dificultad contramayoritaria tiene peso. Una inflación tan acentuada de derechos humanos puede limitar la posibilidad de discusión en el seno político, convirtiendo a las agencias contramayoritarias en el lugar preferente de discusión.

Por su parte, pueden rescatarse algunas virtudes en este tipo de fórmulas. El margen de apreciación constitucional que estos Estados se reservan ofrece un mayor valor a la idea de soberanía, entendida positivamente. Si bien la noción de soberanía está devaluada, máxime considerando que corrientemente se la utilizó para justificar los abusos más flagrantes a los derechos humanos, tiene una faz positiva vinculada con las posibilidades de cada comunidad política de decidir sus cursos de acción. Si tenemos algún compromiso con la democracia y la construcción de Estado de Derecho debemos reconocer a las comunidades esta facultad sin mayores interferencias o, por lo menos, con una interferencia regulada por diferentes principios. ¿Por qué un conjunto de personas en Costa Rica, Washington o Estrasburgo pueden decir que nuestros constituyentes están equivocados? ¿Cuál es su legitimidad? ¿Hay algo en ellos que les permita saber cuál es la mejor interpretación del alcance de un derecho? Se abre un abanico de preguntas, muy válidas y alejadas de nociones tradicionales de soberanía irrestricta. Preguntas necesarias para discutir cómo articular la tensión entre nuestro deseo de autogobernarnos y los límites impuestos para posibilitar ese autogobierno. En el fondo sabemos que parte de esta entrega de soberanía está motivada por un principio de desconfianza hacia nosotros mismos, por los daños que dejaron nuestros errores pasados. También sabemos que debemos revertir ese principio, porque no nos bastarían miles de tribunales internacionales para que existan derechos humanos en nuestros países si no construimos Estado

e Institucionalidad. ¿Y cómo lo construimos si no rompemos con la idea de que es nuestro enemigo? ¿Cómo construimos Estado si perdemos la última palabra sobre cuestiones trascendentales de nuestro quehacer político?

(B) La fórmula de incorporación con igual jerarquía tiene una complicación muy obvia, vinculada con problemas de interpretación. Este tipo de variantes obliga a armonizar diferentes posiciones, que muchas veces pueden verse enfrentadas. Si bien Constitución y Tratados consagran derechos, no siempre lo hacen con el mismo alcance. Asimismo, como estos derechos son materia opinable de jueces locales e internacionales, que pueden llegar a interpretaciones diversas, el panorama se hace más complejo. Como bien sabemos, no siempre las diferentes normas encajan como piezas de *puzzle*. En ocasiones hay que determinar el alcance de nuestras garantías y decidir conflictos entre ellas. Resulta claro que instrumentos como la Cedaw y la Convención de Belém do Pará modificaron las interpretaciones tradicionales de las cláusulas de igualdad y no discriminación. El significado de los derechos económicos sociales y culturales adquirió nuevos y progresivos alcances. Principios clásicos liberales en materia penal sufrieron drásticas restricciones a partir del análisis internacional de crímenes particularmente graves y aberrantes.

Asimismo, las normas internacionales también regulan límites a los derechos. ¿Por qué habríamos de aceptar límites a la libertad de expresión como los que la Convención Americana contempla? ¿O a la libertad de Conciencia? ¿O al derecho de reunión? ¿Por qué los tribunales locales deberían tenerlos en cuenta? ¿Por qué habría que leer las tradicionales disposiciones constitucionales con esa óptica? Resulta claro que las fórmulas que ponen en pie de igualdad a las Constituciones y a los Tratados de derechos humanos se ven obligadas a articular de una forma coherente distintas concepciones sobre los derechos, sus alcances, y sus restricciones legítimas. El fenómeno de los derechos humanos ha cambiado radicalmente la forma de entender y comprender el derecho constitucional. ¿Quién tendrá la última palabra sobre estas decisiones? ¿Los jueces locales? ¿Los organismos supranacionales? ¿Sobre la base de qué criterios se decidirá? En definitiva, esta solución normativa provoca conflictos interpretativos complejos y, a su vez, una competencia de jurisdicciones locales e internacionales para resolverlos. Por su parte, la búsqueda de la complementariedad y armonización requiere un saber exhaustivo sobre aquellos contenidos que deben ponderarse y ningún tribunal internacional conoce las finas prácticas constitucionales de cada Estado.

(C) Finalmente, la fórmula que otorga una jerarquía superior a los tratados internacionales merece un destacado especial. Es común escuchar que la mejor forma de proteger los derechos fundamentales de las personas es mediante una progresiva incorporación jerárquica de la normativa internacional de derechos humanos y de las decisiones de sus órganos de contralor. Guiados por el principio de desconfianza antes descrito, abogamos constantemente por la supremacía internacional, promovemos una mayor injerencia en nuestros injustos arreglos internos, solicitamos a nuestros tribunales una aplicación obediente de la jurisprudencia supranacional, etcétera. Por ello es particularmente relevante el análisis, porque es lo que la mayoría de nosotros desea y debiéramos tener una idea certera de hacia dónde nos lleva ese deseo. Vemos con buenos ojos la labor internacional, entre otras cosas, porque ha actuado con particular prudencia y porque ha legado buenas sentencias, decisiones razonadas y razonables. Creo yo que no existe ninguna condición estructural para que eso suceda, pero sucedió. Eso aumenta la tentación de entregarse a sus voluntades, al fin y al cabo siempre han hecho las cosas bien.

Sin embargo, existen algunos puntos que –a mi criterio– son más oscuros y merecedores de diferentes críticas. Si adoptamos una fórmula como la analizada en este acápite necesariamente estaremos obligados a seguir los criterios internacionales, con independencia de nuestros gustos, deseos, intereses, o conveniencias como comunidad política y como personas. Repito, ¿hay algo en dicha comunidad que permita descubrir o construir respuestas más adecuadas? Adoptar sin más crítica una idea de supremacía internacional no pareciera ser el camino que una organización política madura deba seguir. No existe noción de Estado bajo el principio de desconfianza. Y sin noción de Estado no existen derechos humanos.

3. PROBLEMAS DE LA SUPREMACÍA INTERNACIONAL A PARTIR DE UN EJEMPLO: EL ¿DERECHO? AL CASTIGO

El análisis de la doctrina internacional sobre el castigo penal de las violaciones de derechos humanos involucra a varios de los inconvenientes reseñados previamente. Este ejemplo lleva al extremo cuestiones tales como la injerencia internacional en asuntos que hacen a la médula de la conformación estatal, la apropiación a la comunidad nacional de decisiones fundamentales,

la construcción de derechos a partir de vagas cláusulas normativas y pobres argumentaciones, la dificultad de armonizar principios contrapuestos, y la verificación de decisiones contradictorias. Asimismo, muestra los problemas de atarse a una rígida idea de supremacía internacional.

La línea internacional sobre castigo de violaciones a los derechos humanos ha resentido severamente los pilares clásicos del derecho penal que orientaron buena parte de los tratados. Ello no solo demuestra que las contradicciones pueden existir entre ámbitos locales e internacionales, sino también al interior de cada uno de esos ámbitos. De esta forma, la progresiva construcción de un supuesto derecho al castigo penal ha minado los derechos de los acusados y las garantías clásicas de todo proceso de investigación. Aunque se nos mande a complementar y armonizar las cláusulas que consagran derechos, no podemos servir al amo y al esclavo a la vez. Si las víctimas tienen el derecho a obtener un castigo penal para sus agresores, es claro que todos aquellos obstáculos para que eso suceda –obstáculos que también tienen basamento en derechos humanos– deberán sortearse de alguna forma. Así, hemos sido testigos de los innumerables esfuerzos que se han hecho para justificar el incumplimiento de principios elementales como el de prescripción, el de no retroactividad, o el de legalidad.

Lo cierto es que, aunque la comunidad internacional nos diga lo contrario, no es para nada obvia la existencia de un derecho a castigar. Aún menos obvias son las formas en que puede perseguirse ese castigo. Ambos puntos son problemáticos y no deben ser librados a la voluntad de un conjunto de personas alejadas de la realidad que se analiza. Las políticas criminales constituyen una herramienta fundamental para el desarrollo de una sociedad. Es un arma en extremo peligrosa, que debe utilizarse justificadamente. Años de debates filosóficos enfrentaron a prevenciónistas, utilitaristas, consensualistas, disuasorios, retribucionistas. No hay acuerdos estables acerca de cómo puede o debe justificarse el castigo.

A pesar de ello, el sistema internacional ha dado muestras de que pretende ser útil tanto para víctimas como para victimarios, lo cual no siempre es posible. Proliferan las obligaciones internacionales que mandan a los Estados a tipificar delitos, impedir amnistías, encarcelar y condenar culpables. No solo frente a delitos particularmente aberrantes sino frente a “toda” violación de derechos humanos.³¹¹ Los debates filosóficos reseñados

311 Daniel Pastor, op. cit., a propósito del análisis crítico de los casos “Barrios Altos” y “Bulacio” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

son saltados por sentencias de escasas páginas y débiles argumentos. No solo es responsabilidad de la comunidad internacional sino de aquellos que la movemos a actuar en tal o cual sentido. Nosotros pedimos penas, castigos severos, tipificación de delitos, aplicación de normas retroactivas, penas preventivas, limitación de recursos. Contra la impunidad nosotros pedimos cualquier remedio, incluso aquellos que resienten nuestras nociones más básicas en materia de derechos humanos. Nos olvidamos que el Estado de Derecho no solo se mide a partir de las acciones que castiga, sino también a partir de la impunidad que está dispuesto a tolerar antes de perseguir ese castigo de cualquier manera.³¹²

¿Esta es una doctrina digna de elogios? ¿Razonablemente, podemos querer que nuestros Estados estén obligados, a todo efecto, a seguirla? Analicemos, solo para ilustrar el punto, algunas posibilidades de persecución penal de actos de tortura. En tal sentido, ha llamado particularmente la atención de los organizadores de este seminario la siguiente pregunta: ¿es posible con base en la tipificación internacional del delito de tortura, judicializar una causa por hechos ocurridos cuando no existía este delito en la legislación penal ordinaria? Obviamente, la pregunta guarda estrecha relación con los comentarios que he realizado previamente en materia de supremacía, castigo, y violaciones de derechos humanos.

Considero que su respuesta, en principio, debiera ser negativa por varias razones. Esta estrategia puede ocasionar pérdidas importantes frente a beneficios poco relevantes. El derecho penal ha demostrado ser más efectivo para violar los derechos humanos de las personas que para protegerlos (¡y los defensores de derechos humanos somos quienes mejor conocemos esto!). Por otro lado, como dije, considero erróneo hablar de un “derecho” al castigo penal. La pena es la imposición de un dolor y nadie puede tener derecho a eso. El castigo penal es solo un interés que podemos impulsar, reglamentado, como víctimas o sociedad. Solo podemos perseguir ese interés bajo un estricto cumplimiento de diferentes requisitos que hacen al respeto de los derechos de las personas sujetas al poder coercitivo.

Es en este último punto donde la pregunta involucra una mayor cantidad de complicaciones. Dado que el derecho penal es una respuesta estatal

312 Ver: Daniel Pastor, op. cit., Rodrigo Correa González (2000). “Tratados Internacionales bajo el embrujo de Brown”, publicado en *Estado de derecho y democracia*, Sela, Ed. Del Puerto.

radical, las garantías que operan como límites también deben ser radicales. Aquí el problema no creo que resida en la operatividad del tratado en el ámbito interno, sino en la misma naturaleza de las disposiciones del mismo. En materia penal se requieren descripciones legales bien delimitadas de las acciones tipificadas como delitos y de las penas establecidas para ellas.³¹³ Solo de esta forma puede honrarse el principio de legalidad, incorporado a Constituciones y Tratados internacionales de derechos humanos. Los tratados, como se dijo, poseen un lenguaje radicalmente indeterminado, vago, ambiguo, razón por la cual no pueden ser directamente operativos para cercenar derechos de las personas.³¹⁴ De la obligación internacional de un Estado de reconocer o tipificar delitos no se sigue un derecho para efectivamente castigar a alguien. No hay forma de armonizar estos conflictos, pese a los esfuerzos que se han hecho desde la comunidad internacional.

A su vez, debe llamarse la atención sobre una última cuestión. Si entendemos que el castigo es un interés –que puede o no existir– y no un derecho, no es viable discutir su alcance en el marco de tribunales, locales o internacionales, sino en el marco de espacios deliberativos. No es materia de instrumentos y agencias contramayoritarias. Es materia de deliberación y, como tal, no puede ser cristalizada en instrumentos que la impidan.

4. SUPREMACÍA INTERNACIONAL Y NIVELES DE OBEDIENCIA

Espero que algunas de las aristas mencionadas nos den la pauta de que debemos manejar con mayor cuidado nuestras esperanzas en el derecho internacional de los derechos humanos. Solo si abrazamos el erróneo supuesto de que el Estado de Derecho se construye mediante algunos jueces imparciales, alejado el clamor popular, que aplican ordenamientos jurídicos claros, no contradictorios, y omnicomprendivos, podríamos confiar ciegamente en que el derecho internacional nos liberará como comunidades. Si creemos que los derechos

313 Teorías que sostienen la necesidad de una ley doméstica para enjuiciar y castigar pueden verse en: Louis Henkin (1996), *Foreign Affaire and the United States Constitution*, p.203, Oxford University Press, New Cork.

314 No resulta operativo por el lenguaje en que se plasman sus disposiciones y no por su carácter de tratado. Si el tratado describiese claramente la conducta sancionada algunas aristas de mi análisis podrían variar. Pero esto último no suele suceder.

están allí, nítidos y claros, parece lógico pedir la intervención internacional y establecer su supremacía. Asimismo, solo si consideramos que es posible articular derechos e interpretaciones sin conflicto descansaremos en la esperanza de que fórmulas de armonización y complementariedad, sin más, puedan funcionar adecuadamente. Pero la cuestión no es tan sencilla. No hay iluminados que puedan construir por sí solos una visión única de la democracia, de los derechos humanos, y de las tensiones que involucran. Y aunque existieran, jamás lograrían la capacidad de imponer esas visiones, nadie las sentiría como propias. Por el contrario, parece más razonable creer que no hay construcciones únicas y que cada comunidad debe hacer la propia mediante prácticas sostenidas en el tiempo, asociadas a sus realidades, a su historia, y a finos acuerdos.

Los Estados americanos entregaron, por buenas razones, su soberanía a manos de agencias internacionales para la protección de derechos humanos, para la promoción de la inversión, para la resolución de diferendos contractuales.³¹⁵ Parece claro que perder todo poder de veto sobre estas materias relega las posibilidades de construir Estado. Si esto último es así, ¿qué debemos hacer?, ¿qué agendas debemos impulsar?, ¿sobre qué temas debemos entregar la última palabra?, ¿cuándo?, ¿cómo reducimos las consecuencias de estas tensiones? Desconozco las respuestas para estas preguntas, pero considero que no han sido lo suficientemente estudiadas por la comunidad académica, los activistas de derechos humanos, los jueces, los abogados, y los operarios del sistema. Fue un error creer que nuestros problemas se solucionarían una vez decidida la forma de incorporar la línea internacional a los ámbitos domésticos. No se trata únicamente de consagrar, por ejemplo, alguna de las tres fórmulas propuestas, sino de establecer una práctica coherente, sostenida en el tiempo, y articulada sobre una base de principios que permitan superar las tensiones reseñadas.

5. COROLARIO

(A) En el orden de lo propuesto, tengo mis dudas acerca de que debamos aspirar a una regla rígida de supremacía que nos ate de manos, con

315 Ver: R Saba (2004), "Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina", publicado en *Los límites de la democracia*, Sela, Ed. Del Puerto.

independencia de cuál sea el sistema normativo que jerarquicemos en mayor medida. Una regla rígida conlleva dificultades que atentan contra la construcción de una comunidad política fuerte: sea por el peso de la globalización, sea por el peso de la soberanía. No queremos quedar atrapados ni por una ni por la otra. Debemos coexistir con una articulación coherente y ninguna regla rígida nos puede dar esa seguridad.

- (B) Los desaciertos de la democracia se corrigen con más democracia. Si se considera que la democracia tiene mejores posibilidades que cualquier sistema alternativo para llegar a decisiones moralmente correctas, deberíamos apostar en mayor medida a la solución de déficits de deliberación, participación y distribución de poder político. ¿Cuánto de eso se logra mediante agendas que posicionen, en todo supuesto, a una élite internacional por encima de los propios Estados? Creo que poco. En gran parte de Latinoamérica los Estados democráticos nacieron viciados, pretendiendo construir una autoridad legítima mediante formas autoritarias, acumuladoras de poder. No es nueva la creencia de que algunas personas no pueden autogobernarse y requieren límites. Tampoco es original la idea de dejar en manos de élites la imposición de esos límites. Pero es dudoso que podamos llamar democracia a un sistema de este tipo. Hay cuestiones sobre las cuales discutir o no discutir. Si todo es regla de la mayoría pueden ocurrir terribles abusos. Pero si todo es derechos el margen de discusión se acorta sustancialmente.
- (C) Una buena medida para articular esta difícil tensión entre democracia y derechos humanos, tensión que se acrecienta groseramente frente a la jurisdicción internacional, es incorporar seriamente a las variables de análisis la cuestión procedimental acerca de cómo se toman las decisiones. Si aceptamos el verdadero valor de la democracia debemos ser sensibles a la idea de que las decisiones tomadas luego de una amplia e igualitaria deliberación entre los potenciales afectados, en principio, merecen cierta deferencia, estemos o no de acuerdo con ellas. Podemos tener disensos razonables sobre la interpretación de los derechos. Y no debemos perder de vista que la validez de una sentencia o disposición internacional es de un carácter precario con relación a la que puede tener una decisión democrática. No significa que haya que rendir pleitesía a cualquier cosa que se decida democráticamente. Solo significa que debemos seriamente asumir que esa discusión y participación, con

independencia del resultado final, permite presuponer que el sistema tiene mejores posibilidades de imparcialidad y justicia que cualquier otro alternativo.³¹⁶ Esta debería ser una variable atendible a la hora de decidir conflictos relacionados con la supremacía normativa. El procedimiento deliberativo debe vincularse con el análisis de validez de los resultados finales.

- (D) El derecho internacional amplió nuestras posibilidades de exigir el respeto a los derechos humanos y también promovió la proliferación de actores preocupados por esa agenda. Deben estudiarse las posibilidades que el sistema ofrece e impulsar peticiones que tengan por objetivo principal modificar las estructuras autoritarias de los ámbitos locales. El desafío es morigerar nuestros deseos de perseguir cualquier agenda de derechos e impulsar, principalmente, la satisfacción de aquellos estrictamente vinculados con lo que hace a la democracia particularmente valiosa. No solo la regla de la mayoría, sino también la necesidad de un amplio debate con participación igualitaria de aquellos que serán afectados por la decisión final. Debemos dirigir nuestra atención hacia grupos vulnerables, que sufren violaciones de derechos humanos principalmente por su imposibilidad de participar activamente en el debate democrático. Antes de impulsar un caso, adoptar una decisión, apostar a la jurisdicción judicial –local e internacional–, debemos preguntarnos si realmente estamos ante una demanda de derechos o si solo queremos obtener por la vía judicial una decisión que no hemos podido lograr en la arena democrática. Muchas veces mezclamos democracia y derechos humanos de una forma demasiado perversa. Asumimos que todo es derechos humanos y, paradójicamente, poco espacio queda para la democracia y el disenso.
- (E) No debe promoverse una utilización indiscriminada del aparato judicial local y menos aún del internacional. No debemos perder de vista la función que debe asignarse a la comunidad internacional en la formación de Estado de Derecho: una voz más dentro de un proceso de diálogo democrático. Una voz que no siempre es la más autorizada.

316 C. Nino (1992) *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, pp. 692-693.

No queremos –o no deberíamos querer– que nuestras políticas públicas se decidan en el seno de agencias contramayoritarias locales o internacionales, para ello contamos con órganos plurales y representativos de nuestros intereses que votamos de tanto en tanto. Sin embargo, ello no significa que estas agencias deban quedarse de brazos cruzados frente a la inacción de los diferentes Estados. Solo significa que su actuación debe necesariamente ser justificada.

Principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales ante los tribunales penales internacionales: Su aplicación en las instancias judiciales internas³¹⁷

Dr. Javier Chinchón Álvarez

1. PRESUPUESTOS ANALÍTICOS

Antes de adentrarse en la temática específica de esta contribución conviene atender a algunas cuestiones iniciales relativas a la propia esencia y funcionamiento de los distintos Tribunales Penales Internacionales que aquí interesan³¹⁸, así como mencionar algunas particularidades jurídicas de los crímenes

317 Quisiera agradecer a la profesora Cristina Fernández-Pacheco su ayuda en la labor de documentación para este trabajo; ayuda que, en realidad, no ha sido sino una prueba más de su apoyo incondicional durante todos estos años de amistad compartida.

318 Aunque la brevedad de este trabajo aconseja centrarse en los Tribunales *ad hoc* y, en cierta medida, en la Corte Penal Internacional, valga apuntar que, al margen de otros antecedentes, la definición de Tribunales Internacionales tanto del conocido como Tribunal Militar de Nuremberg como del denominado Tribunal Militar de Tokio, no deja de ser problemática. En este sentido, algunos autores han sostenido que sería más adecuada la caracterización de ambos como Tribunales multilaterales en tanto que responderían tan solo a la determinación de un reducido número de Estados. Precisamente, esta es la opinión sostenida en el “First Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991”, que, no obstante, es rebatida por otra parte de la doctrina. En otro orden de ideas, ha de tenerse presente que el calificativo de tribunales militares responde en realidad a su competencia *ratione materiae*, y no así a su composición que, por ejemplo en el caso del Tribunal de Nuremberg, fue plenamente civil con la excepción de los miembros designados por la antigua Unión Soviética. Sobre el carácter de estos dos Tribunales en el sentido aquí apuntado y las opiniones divergentes expuestas, véase J.M. Peláez Marón: “El desarrollo del derecho internacional penal en el Siglo XX”, en J.A. Carrillo Salcedo (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder

sexuales, pues todos estos aspectos presentarán una influencia fundamental, cuando no decisiva, tanto en lo propio de los principios y procedimientos de prueba de la comisión de crímenes sexuales en estas instancias, como en las posibilidades de aprovechamiento de estas experiencias en los distintos órganos judiciales internos.

Si nos restringimos a los dos Tribunales *ad hoc* de la década de los noventa del siglo pasado, esto es, por atender a su denominación oficial, el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991 (Tribunal para la ex Yugoslavia o TPI-YUG)³¹⁹, y el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los

Judicial, Madrid, 2000, en especial pp. 108 y 112-113, 128-136; B. V. A. Rölin: "The Law of War and the National Jurisdiction since 1945", en *R. des C.*, núm. 100, 1960-II, en especial pp. 355-356.

- 319 Sobre el TPIYUG puede encontrarse una primera aproximación en J.B. Delgado Cánovas: *Naturalaleza y estructura básica del tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000; J. Ferrer Lloret: "La aplicación de las normas internacionales sobre responsabilidad penal del individuo" en *Revista IIDH*, núm. 27, 1998. Algunos estudios de interés que analizan este Tribunal en mayor profundidad son M.C. Bassiouni y P. Manikas: *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Nueva York, 1996; R.S. Clark y M. Sann (eds.): *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transaction Publishers, Nueva Jersey, 1996; L. Condorelli: "Le Tribunal Penal International pour l'Ex-Yougolavie et sa jurisprudence", en J. Cardona Llorens (dir.): *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 1998; V. Morris y M.P. Scharf: *An Insider's Guide of The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1995; J.C. O'Brien: "The international Tribunal for Violations of Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 87, núm. 4, 1993; A. Pellet: "Le Tribunal Criminel International pour l'ex-Yugoslavie: Poudre aux yeux ou avancée décisive?", en *RGDIP*, vol. 98, n.º 1, 1994; A. Pigrau Solé: "Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional", en *AHLADI*, vol. 11, 1994; D. Shraga y R. Zacklin: "The International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia", en *EJIL*, vol. 5, n.º 3, 1994. Para un estudio de la jurisprudencia del Tribunal, véase J.B. Delgado Cánovas: *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y la jurisprudencia del tribunal penal para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000; J.R.W.D. Jones: *The practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Publishers, Nueva York, 1998; G. Mettraux: *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Nueva York, 2005; S.D. Murphy: "Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 93, núm. 1, 1999; J.-F. Quéguiner: "Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougolavie: évaluation de l'apport de sa jurisprudence

presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994 (Tribunal para Ruanda o TPIRW)³²⁰, un primer aspecto a subrayar es su absoluta excepcionalidad, no solo referida a su ámbito material, geográfico o temporal, ni tan siquiera con relación al modo en que fueron creados desde una perspectiva jurídica³²¹ o

au droit international humanitaire”, en *RICR*, N.º. 850, 2003; M.P. Scharf: *Balkan Justice: The Story Behind the First International War Crimes Trial Since Nuremberg*, Carolina Academic Press, Durham, 1997; N. Wagner: “The development of the grave breaches regime and of individual criminal responsibility by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, en *RICR*, N.º. 850, 2003; Desde una perspectiva comparada, véase A. Montoliu Beltrán: *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda: Organización, Proceso y Prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; P. Tavernier: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”, en *RICR*, N.º. 144, 1997.

- 320 Para una primera aproximación al TPIRW, véase P. Akhavan: “The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”, en *AJIL*, vol. 90, núm. 3, 1996; J. Ferrer Lloret: “La aplicación de las normas internacionales sobre...”, *op. cit.*, págs. 49-53; C. Maina Peter: “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, en *RICR*, N.º. 144, 1997. Para un estudio más detallado, consúltese F. Megret: *Le Tribunal Penal International pour le Rwanda*, Pedone, Paris, 2002; V. Morris y M.P. Scharf: *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1998; Pignatelli y F. Meca: “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, en *REDM*, núm. 65, enero-junio, 1995; D. Shraga y R. Zacklin: “The International Criminal Court For Rwanda”, en *EJIL*, vol. 7, n.º. 4, 1996. Resultan igualmente interesantes los más específicos y recientes trabajos de E. Mose: “Main Achievements of the ICTR”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; F-X, NSANZUWE-RA: “The ICTR Contribution to National Reconciliation”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; L. Reidams: “The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm?”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005. Sobre la jurisprudencia del TPIRW consúltese P. Akhavan: “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; G. Della Morte: “De-Mediatizing the *Media* Case: Elements of a Critical Approach”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; M. Torres Pérez y V. Bou Franch: *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Desde un enfoque comparado, consúltese J.R.W.D. Jones: *The practice of the International Criminal...*, *op. cit.*; G. Mettraux: *International Crimes and the ad hoc...*, *op. cit.*; A. Montoliu Beltrán: *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para...*, *op. cit.*; P. Tavernier: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales...”, *op. cit.*

- 321 Nótese la existencia de un notable número de autores dentro de la doctrina que ha criticado abiertamente la propia capacidad del Consejo de Seguridad para la creación de Tribunales penales *ad hoc*. Véase, a modo de ejemplo, G. Arangio Ruiz: “The Stablisth-

política³²², sino específicamente en cuanto a su más que posible ausencia de

ment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations”, en F. Lattanzi y E. Sciso (eds.): *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Scientifica, Nápoles, 1996; con un crítica más matizada, véase A. Pigrau Solé: “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la Antigua...”, op. cit., en especial pp. 214-221. El propio TPIYUG -aunque pueda resultar sorprendente que un órgano revise la legalidad de las medidas por las que él mismo ha sido creado- se ha manifestado sobre esta cuestión señalando que: “... for the aforementioned reasons, the Appeals Chamber considers that the International Tribunal has been lawfully established as a measure under Chapter VII of the Charter.” *Vid. Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º. IT-94-1-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>> párr. 40. (Véase el razonamiento completo de la Sala de Apelaciones en los párrafos 28-39). En sentido similar, el Tribunal Internacional para Ruanda, en el asunto Kanyabashi, ha sostenido que: “While it is true that establishment of judicial bodies is not directly mentioned in Article 41 of the UN Charter as a measure to be considered in the restoration and maintenance of peace, it clearly falls within the ambit of measures to satisfy this goal. The list of actions contained in Article 41 is clearly not exhaustive but indicates some examples of the measures which the Security Council might eventually decide to impose on States in order to remedy a conflict or an imminent threat to international peace and security...” *Vid. Caso Prosecutor v. Kanyabashi, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 18 de junio de 1997, n.º. ICTR-96-15-1, en <<http://www.ict.org/default.htm>>. **Sobre toda esta cuestión, véase el destacable trabajo** de C.R. Fernández Liesa: “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelaciones, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadic-competencia)”, en *REDI*, vol. XLVII, n.º. 2, 1996, en especial pp. 13-32, así como las abundantes citas que recoge. Desde una perspectiva más amplia, véase P. Tavernier: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales...”, op. cit.

322 A este respecto, son de reseñar las desoídas peticiones de creación de mecanismos jurisdiccionales internacionales para la sanción de los responsables de crímenes de derecho internacional en los conflictos acaecidos, por ejemplo, en Estados como Vietnam o Irak. (Cfr. P. Tavernier: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales...”, op. cit.). No obstante, el listado de Estados o conflictos es de hecho mucho más amplio, lo que ha llevado a una importante parte de la doctrina a criticar la propia decisión adoptada por el Consejo de Seguridad respecto a estos dos Tribunales; crítica general que, a mi parecer, puede resumirse en las palabras de Remiro Brotóns, para quien: “la creación de estos tribunales, pese a constituir una medida necesaria para intentar, al menos, el castigo de los culpables de crímenes particularmente odiosos, no deja de percibirse como una actuación política del C. de S. para paliar errores y omisiones en el desarrollo de estos conflictos. ¿Por qué el Consejo adopta esta decisión sin precedentes desde su creación? ¿Acaso no se habían cometido antes crímenes contra la paz y la seguridad internacionales no menos execrables? ¿Acaso, lamentablemente, no se volverán a cometer en el futuro? ¿Qué explicación cabe dar a que el C. de S. se reserve la capacidad, poco consecuente con el establecimiento de esta jurisdicción penal, de decidir sobre la vida de estos tribunales?” *Vid. A. Remiro Brotóns, R.M. Riquelme Cortado, J. Díez-Hochleiter, E. Orihuela Calatayud, y L. Pérez-Prat Durbán: Derecho Internacional*, McGrawHill, Madrid, 1997, p. 1004. En este orden de ideas, autores como Pellet realizan consideraciones de índole similar que pueden responder a estos interro-

reedición en un futuro probable; y es que al margen de las consideraciones fácticas o de las consecuencias que se pudieran derivar de determinadas interpretaciones del principio de garantía jurisdiccional³²³, argumentos jurídicos apuntan en esta dirección.

A tal efecto, es oportuno traer a colación las previsiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), y muy significativamente lo establecido por su artículo 13. A tenor de esta disposición, se otorga al Consejo de Seguridad (CS) la capacidad de enviar al Fiscal de la CPI un caso que, en atención a los ejemplos existentes, podría de igual modo abordarse a través de la creación de un Tribunal *ad hoc*. Sobre la base de esta posibilidad, así como de la competencia de la Corte para entender de estos casos, no parece descabellado esperar que la misma se convierta en una alternativa al establecimiento de nuevos Tribunales *ad hoc* por el CS; siendo la conclusión inmediata a extraer un casi seguro final de estos Tribunales en favor de la propia CPI. Con todo, conviene matizar esta afirmación atendiendo a la postura conocida de algunos miembros del Consejo, especialmente China y los Estados Unidos de América, muy reacios a aceptar la competencia de la CPI, lo cual puede reservar algunas sorpresas en esta materia.

En todo caso, la atención de la Comunidad Internacional sobre los crímenes cometidos en Sudán en los últimos años ha permitido, muy recientemente, corroborar la tesis expuesta; y así, tras una compleja negociación

gantes al afirmar que: “*On Pert d’ailleurs se demander si cet enthousiasme soudain de certains Etats pour la création du Tribunal par une décision du Conseil de sécurité ne dissimule pas des arrière-pensées du avouables que le louable souci d’efficacité ainsi affirmé. En proclamant, avec force, que seul le Conseil de sécurité peut prendre une telle initiative, les membres permanents créent un précédent et font « d’une pierre deux coups » ; d’une part, ils « court-circuitent » l’Assemblée générale pour le présent (...) –et pour l’avenir- ce qui l’est mois, du fait de la compétence générale appartenant à celle-ci dès lors qu’il ne s’agit pas d’une « action » en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales (...), d’autre part, un tel procédé garantit un contrôle étroit du Conseil –et donc des ses membres permanents- sur la création de juridictions criminelles internationales futures.*” *Vid.* A. Pellet: “Le Tribunal Criminel International pour l’ex-Yugoslavie...” *op. cit.*, pp. 27-28.

323 Es preciso recordar, sobre este particular, que el mismo TPIYUG ha sostenido que la mención a la garantía del “juez establecido por la ley” (por ejemplo del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no ha de interpretarse en el orden internacional como la exigencia de un tribunal preestablecido por la ley, sino creado por un órgano competente, de acuerdo con los procedimientos jurídicos fijados y, especialmente, que respete las exigencias derivadas del debido proceso. *Cfr. Caso Prosecutor v. Tadić*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º. IT-94-1-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>> párrs. 41-48, en especial, párr. 45.

en el seno del CS, la posición inicial de los Estados Unidos de América tendente a establecer un nuevo Tribunal *ad hoc* en África³²⁴ fue en último término “derrotada” por la propuesta francesa de remitir el caso a la CPI³²⁵. De este modo, la Resolución 1593 (2005) del CS finalmente decidió remitir la situación en Darfur desde el 1 de julio de 2002 al Fiscal de la CPI³²⁶; si bien, lo hizo con la abstención de Estados como China y los Estados Unidos de América³²⁷.

En todo caso, la carga política tanto de este tipo de situaciones como de las decisiones que sobre ellas adopte en el futuro el CS hace aventurado exponer una respuesta tajante sobre este particular; aunque, desde mi punto de vista, el mejor sentido común invita a escoger el camino marcado por el caso sudanés, y poner en consecuencia el acento en la CPI en detrimento de una proliferación futura de nuevos Tribunales *ad hoc* –o en el peor de los casos, esperar una inacción del CS en ambos sentidos–.

Ambos tribunales, por tanto, gozan –y muy posiblemente gozarán– de un papel único, y en consecuencia simbólico, en la escena internacional; estatus que bien podrá terminar elevándose a la naturaleza de ejemplar, como bien parece sugerir tanto la senda seguida en la creación y funcionamiento de los distintos tribunales híbridos³²⁸, mixtos³²⁹, internacionalizados³³⁰,

324 Cfr. “ONU decide enviar misión de paz a Sudán”, Agencia France Presse, 25 de marzo de 2005; “Security Council Refers Situation in Dafur, Sudan, to Prosecutor of International Criminal Court”, Prees ReleaseSC/8351, 31 de marzo de 2005.

325 Quizás la expresión “derrotada” es excesiva en tanto que, en realidad, los Estados Unidos de América cedieron en sus pretensiones a cambio de lograr la muy discutida inmundad para sus ciudadanos tal y como se consigna en el párrafo 7 de la Resolución.

326 Cfr. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “Resolución 1593 (2005)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1593 (2005), 31 de marzo de 2005.

327 Sobre las razones que motivaron tal abstención, consúltese, “Security Council Refers Situation in Dafur, Sudan, to Prosecutor of International Criminal Court”, Prees Release SC/8351, 31 de marzo de 2005, disponible en < <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/sc8351.doc.htm> >

328 Cfr. I. Bantekas y S. Nash: *International Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, Londres, 2003, pág. 397.

329 Cfr. D. Shraga: “The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions”, en C.P.R. Romano, A. Nollkaemper y J.K. Kleffner (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, en especial pp. 15-16.

330 Cfr. A. Cassese: “The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality”, en C.P.R. Romano, A. Nollkaemper y J.K. Kleffner (eds.): *Internationalized Criminal Courts...*, op. cit.; D. Turns: ““Internationalised” of Ad

o “tribunales internacionales nacionalizados”³³¹ –se atiende a una u otra denominación doctrinal–, como la extendida mención a la jurisprudencia de estos tribunales en las decisiones de los tribunales internos.

Desde este enfoque, en consecuencia, lo dispuesto en y por estos tribunales internacionales puede llegar a valorarse como una suerte de guía esencial a la que los tribunales internos puedan acudir cuando se enfrenten a casos similares a los abordados en esas jurisdicciones, pero esta aproximación debe tener muy en cuenta dos cuestiones importantes.

En primer lugar, hay que subrayar para evitar equívocos que pese a recoger buena parte del derecho internacional existente³³², la finalidad de los Estatutos de estos Tribunales Penales no es estrictamente codificadora, sino que se trata, a la postre, de instrumentos jurídicos creados para regular el funcionamiento de un Tribunal Internacional en concreto, que desplegará su competencia sobre unos crímenes determinados cometidos en un conflicto armado específico. Incluso en el caso de la CPI, aunque su Estatuto presenta, muy probablemente, mayor carga codificadora, su texto final fue realmente fruto de una intensa y difícil negociación política cuyo objeto, reitérrese, no fue otro que delimitar las normas por las que esta Corte se regiría³³³.

En segundo lugar, ha de destacarse algo que es igualmente común a los Tribunales *ad hoc* y la más cercana CPI: el conocido como “umbral de

Hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition: The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia”, en *Austrian Review of International and European Law*, vol. 7, 2002, pp. 123-184.

331 CFR. A. PELLET: “INTERNATIONALIZED COURTS: BETTER THAN NOTHING...”, EN C.P.R. ROMANO, A. NOLLKAEMPER Y J.K. KLEFFNER (EDS.): *INTERNATIONALIZED CRIMINAL COURTS...*, OP. CIT., EN ESPECIAL PP. 441-443.

332 A este respecto, valga reproducir las palabras del Secretario General de las Naciones Unidas: “*la aplicación del principio *numus in loco sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario, de tal modo que no se plantea el problema que algunos de los Estados pero no todos se hayan adherido a determinadas convenciones*”. Vid. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe del Secretario General sobre el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993)”, Documento de las Naciones Unidas: S/25704 de 3 de mayo de 1993, párrs. 34 y 35.

333 Para dos destacados miembros de las delegaciones negociantes: “*The statute is not a perfect instrument: no internationally negotiated instrument can be. It includes uneasy technical solutions, awkward formulations and difficult compromises that fully satisfied no one. But it is a balanced instrument, furnished with enough strength to ensure effective functioning of the court and sufficient safeguards to foster broad support among states.*” Vid. P. Kirsch y J.T. Holmes: “The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process”, en *AJIL*, vol. 93, núm. 1, 1999, p. 11.

gravedad”. A pesar de la genérica mención del artículo 1 de los Estatutos de ambos Tribunales *ad hoc*, o de los artículos 1 y 25 del Estatuto de la CPI, lo cierto es que este tipo de tribunales no pueden hacer frente a todos y cada uno de los casos en que se han cometido crímenes bajo su competencia³³⁴, lo que termina dirigiendo su accionar hacia algo similar a lo que se disponía en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, esto es, hacia los “major war criminals”, o al menos, hacia aquellos casos especialmente graves o paradigmáticos. En este sentido, no estará de más recordar que en la reciente Resolución 1534/2004, el CS volvía a demandar que:

... each Tribunal, in reviewing and confirming any new indictments, to ensure that any such indictments concentrate on the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes within the jurisdiction of the relevant Tribunal as set out in resolution 1503 (2003)³³⁵.

De igual suerte, es ampliamente conocido que el mismo fiscal de la CPI, en virtud a lo dispuesto en el artículo 53 (y especialmente en su ambiguo apartado 1.c), desarrolla casi diariamente un complejo ejercicio de análisis para discriminar qué casos presentan el “umbral” necesario para ser vistos ante la misma CPI,³³⁶ debiendo recordar en este sentido que según informaciones de la misma fiscalía, a febrero de 2006 se habían recibido mil setecientas treinta y dos comunicaciones referidas a posibles crímenes cometidos en ciento treinta y nueve países del mundo³³⁷.

Así, aunque autores como Meron sostienen que lo importante no es cuántos casos puedan tratar estos tribunales internacionales, sino el profun-

334 Esta realidad refuerza la clásica “aplicación dual” del derecho internacional penal, identificable ya desde los orígenes modernos de este sector del derecho internacional.

335 *Vid.* CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “Resolución 1534 (2004)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1534 (2004), 26 de marzo de 2004, párr. 5.

336 Valga como ejemplo reproducir lo expresado por la misma fiscalía en relación con las comunicaciones recibidas por los presuntos crímenes cometidos en Irak: “*While, in a general sense, any crime within the jurisdiction of the Court is “grave”, the Statute requires an additional threshold of gravity even where the subject-matter jurisdiction is satisfied. This assessment is necessary as the Court is faced with multiple situations involving hundreds or thousands of crimes and must select situations in accordance with the Article 53 criteria.*” *Vid.* <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf>

337 *Cfr.* “Update on Communications Received by the Prosecutor”, disponible en <http://www.icc-cpi.int/organs/otp/otp_com.html>

do mensaje que de su existencia misma se infiere, promocionando, de ese modo, el Derecho mediante sus estatutos, sus normas de procedimiento y de prueba, así como mediante su práctica³³⁸, no deberá olvidarse que esa misma práctica solo se refiere, y referirá, a los casos más graves de todo el desgraciadamente amplio catálogo existente; circunstancia que no puede desatenderse si se pretende extrapolar, o al menos aprovechar, la experiencia de estas instancias judiciales en los procesos que se pretendan ante los distintos tribunales internos.

A esta primera limitación general conviene añadir otra de la que también se derivan importantes consecuencias: aunque quizás pudiera sorprender, resulta necesario subrayar en estas premisas analíticas que, a mi entender, al menos hasta fecha muy reciente los actos de violencia sexual, los crímenes sexuales, no se encontraban expresamente reconocidos de forma autónoma en el derecho convencional entre aquellos comportamientos que comprometen la responsabilidad internacional del individuo; debiendo recordarse que esta surge solo, en líneas generales, en aquellos supuestos excepcionales en los que determinadas normas de derecho internacional prevén explícitamente la trascendencia internacional de concretas conductas del particular, en las que además es precisa la existencia de un comportamiento culpable; estableciéndose, igualmente, una serie de mecanismos o procedimientos específicos para hacerla efectiva, y siendo consecuencias principalmente de índole penal las que, en última instancia, atañen al individuo que con esa conducta o conductas incumpla los deberes que emanan de esta clase de normas.

Esta circunstancia obligaría en principio a redirigir el análisis a otros tipos penales en los que, bien los crímenes sexuales pueden incluirse entre alguno de sus supuestos individuales, como el caso del genocidio o los crímenes contra la humanidad, bien estos crímenes sexuales pueden conceptualizarse como otro figura penal, como sería el caso de la tortura. Aunque volveré a estas cuestiones en las próximas páginas, convendrá tener presente ya desde este punto que a los efectos de la prueba de estas conductas habrá que atender, a la postre pero irremediabilmente, a lo exigido para cualquiera de estas conductas penales primarias.

En el ámbito del derecho internacional humanitario, pese a las referencias del artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949, y del artículo

338 Cfr. T. Meron: "The international criminalization of internal atrocities", en *AJIL*, vol. 89, 1995, p. 555.

76.1 y el 4.2. e) de los Protocolos I y II, respectivamente, ha de destacarse la ausencia de mención específica a estos mismos comportamientos en los artículos 50 del I Convenio de Ginebra, 51 del II Convenio, 130 del III y 147 del IV Convenio, esto es, en las disposiciones que regulan el contenido de lo que se ha denominado como “infracciones graves”. Ciertamente, los crímenes sexuales, o la violación como manifestación más grave, bien podrían encuadrarse bajo la genérica prohibición del “hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud” –o en su caso, como una violación del artículo 3 común a los cuatro Convenios–, pero esta solución no oculta que hasta el artículo 4. e) del Estatuto del TPIRW, los crímenes sexuales no encontraban acogida expresa en el derecho internacional convencional. Posteriormente, los artículos 8.2.b xxii) del Estatuto de la CPI, y 8.2.b.xxii-1) de los Elementos de los Crímenes, ya recogerán –y desarrollarán– esta mención, pero estos avances no soslayan algo que, aun cometiendo un claro desliz temporal, señaló el mismo TPIYUG a finales de 1998, y que también es relevante apuntar en este momento: “No definition of rape can be found in international law”³³⁹.

Sostengo la existencia de un desliz, pues el mismo Tribunal se “auto-corrige” párrafos después y parece recordar la existencia de dos decisiones previas –tres y dos meses, respectivamente– en las que el TPIRW, *caso Prosecutor v. Akayesu*³⁴⁰, y el propio TPIYUG, *caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*³⁴¹, presentaron ya una aproximación propia a los crímenes sexuales, en concreto al de violación. Con todo, el Tribunal aparentemente preferir acudir a “los principios generales del derecho reconocidos por la Comunidad Internacional”, por utilizar la terminología del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para construir su propia definición de violación³⁴² –y de otras agresiones sexuales–; definición

339 Vid. *Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n.º. IT-95-17/1-T, disponible en < <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm> >, párr. 175.

340 *Caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n.º. ICTR-96-4-T, disponible en <<http://www.icty.org/default.htm>>

341 *Caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, sentencia de 16 de noviembre de 1998, n.º. IT-96-21, disponible en <<http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>>

342 Así: “185. Thus, the Trial Chamber finds that the following may be accepted as the objective elements of rape: (i) the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim

que aunque considerada por algunos especialistas como en cierto modo “regresiva”³⁴³, tras las matizaciones realizadas en el *caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*³⁴⁴ ha sido esencialmente acogida en el artículo 7.1.g. 1) de los Elementos de los Crímenes de la CPI –y en ya señalado artículo 8.2.b.xxii-1)–; esto es, la violación sexual (como crimen contra la humanidad) quedará así definida como un comportamiento que ha de cumplir los siguientes requisitos:

1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino.
3. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

En cuanto a los crímenes sexuales “menos graves”, el TPIYUG parece acoger lo sostenido en el Acta de Acusación del *caso Akayesu* ante el TPIRW; ocasión en la que se afirmó que:

by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; (ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.” Vid. Caso Prosecutor v. Furundzija, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n.º. IT-95-17/1-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>>, párr. 185.

343 Véase, por ejemplo, K.D. Askin: “Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status”, en *AJIL*, vol. 93, n.º. 1, 1999, p. 113.

344 *Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n.º. IT-96-23&23-1, disponible en <<http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>> véanse especialmente párrs. 436-464.

In this indictment, acts of sexual violence include forcible sexual penetration of the vagina, anus or oral cavity by a penis and/or of the vagina or anus by some other object, and sexual abuse, such as forced nudity³⁴⁵.

Lo que sería desarrollado por el mismo TPIRW en su sentencia en esta misma causa al manifestar que:

Sexual violence is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact³⁴⁶.

Por ejemplificar con otra sentencia lo mencionado, habrá de recordarse que en el caso *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*³⁴⁷ el TPIYUG entendió que hacer bailar desnudas a varias mujeres sobre una mesa, mientras eran observadas por uno de los acusados, Kovac, supone una experiencia dolorosa y humillante, y ello con independencia de cual fuera la intención del autor³⁴⁸.

De este modo, no se reconoce la exigencia de una invasión, agresión, o ataque físico, sino que otros comportamientos que atenten contra la dignidad de la víctima, que le causen daños morales o psicológicos, serán igualmente valorados como crímenes sexuales. En consecuencia, el TPIYUG señalará:

... international criminal rules punish not only rape but also any serious sexual assault falling short of actual penetration. It would seem that the prohibition embraces all serious abuses of a sexual nature inflicted upon the physical and moral integrity of a person by means of coercion, threat of force or intimidation in a way that is degrading and humiliating for the victim's dignity. As both these categories of acts are criminalised in international law, the distinction between them is one that is primarily material for the purposes of sentencing³⁴⁹.

345 *Vid. Caso Prosecutor v. Akayesu*, Amended Indictment, n.º. ICTR-96-4-T, disponible en <<http://www.ictr.org/default.htm>>, párr. 10.A.

346 *Vid. Caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n.º. ICTR-96-4-T, disponible en <<http://www.ictr.org/default.htm>>, párr. 688.

347 *Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n.º. IT-96-23&23-1, disponible en <<http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>>

348 Cfr. *Ibíd.*, párrs. 766-774. Para más datos, véanse páginas siguientes.

349 *Vid. Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n.º. IT-95-17/1-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>>, párr. 186.

No me detendré más en la problemática conceptual, pues la misma es abordada en otras excelentes contribuciones a las que acompaña este trabajo, con lo que baste retener las tres cuestiones básicas apuntadas: En primer lugar, el carácter simbólico o ejemplar de la actuación de los Tribunales Penales Internacionales; en segundo, el contexto general, o el carácter de los casos, sobre los que estos tribunales entienden, así como la naturaleza jurídica de las normas sobre las que se sustentan; y en tercero y último, las dificultades en la tipificación internacional de los crímenes sexuales como figura autónoma.

2. PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS DE PRUEBA EN CASOS DE CRÍMENES SEXUALES

En una suerte de proceso de retroalimentación, el interés de la literatura especializada en crímenes sexuales y la atención dedicada por los Tribunales Penales *ad hoc* a los crímenes sexuales han discurrido por una senda casi paralela³⁵⁰. Aunque no sería hasta el caso *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vuko-*

350 Sin ningún ánimo exhaustivo, en la doctrina especializada pueden consultarse sobre esta cuestión un gran número de trabajos de interés: Uno de los autores que más se han dedicado a esta temática ha sido K.D. Askin con valiosas contribuciones como: “A Decade of the Development of Gender Crimes in International Courts and Tribunals: 1993 to 2003”, en *Human Rights Brief*, vol. 11, Issue 3, 2004; “Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR: Positive Developments”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; “Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law”, en *Berkeley Journal of International Law*, 21, 2003; “Reflections on Some of the Most Significant Achievements of the ICTY”, en *New England Law Review*, vol. 37, n.º. 4, 2003; “Sexual Violence in Decisions and Indictments of...”, *op. cit.*; “The International War Crimes Trial of Anto Furundzija: Major Progress Toward Ending the Cycle of Impunity for Rape Crimes”, en *Leiden Journal of International Law*, 12, 1999; *War Crimes against Women. Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1997; consúltense también, A. Armstrong: “Evidence in rape cases in four southern african countries”, en *Journal of African Law*, vol. 33, n.º 2, 1989; D. Aydelott: “Mass Rape During War: Prosecuting Bosnian Rapists Under International Law”, en *Emory International Law Review*, 7, 1993; M.C. Bassiouni y M. McCormick: *Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, International Human Rights Law Institute DePaul University, Chicago, 1996; C.P.M. Cleiren y M.E.M. Tijssen: “Rape and Other Forms of Sexual Assault in the Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Legal, Procedural and Evidentiary Issues”, en *Criminal Law Forum*, vol. 5, n.º 2-3, 1994; R. Dixon: “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law: Where to from Here?”, en *EJIL*, vol. 13, n.º. 3, 2002; K. Fitzgerald: “Problems of Prosecution and

*vic*³⁵¹ cuando una causa fundamentada exclusivamente en crímenes sexuales –como crímenes de guerra– se sostendría ante un Tribunal Internacional, ya en el acta de acusación del primer caso visto en el TPIYUG, el asunto Tadic, se incluyeron cargos por violaciones y abusos sexuales cometidos en los Campos de Omarska y Trnopolje. Con posterioridad a este proceso, múltiples casos se han enfrentado a este tipo de crímenes, como, por referir algunos ejemplos, los casos *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*³⁵², *Prosecutor v. Furundzija*³⁵³, *Prosecutor v. Stevan Todorovic*³⁵⁴, *Prosecutor v. Radislav Krstic*³⁵⁵, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic*,

Adjudication of Rape and Other Sexual Assaults Under International Law”, en *EJIL*, vol. 8, n.º 4, 1997; J. Gardam y M. Jarvis: *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2001; L.L. Green: “Gender Hate Propaganda and Sexual Violence in the Rwandan Genocide: An Argument for Intersectionality in International Law”, en *Columbia Human Rights Law Review*, 33, 2001-2002; M. Karagiannakis: “The Definition of Rape and Its Characterization as an Act of Genocide –A Review of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia”, en *Leiden Journal of International Law*, 12, 1999; J.R. Mchenry: “The Prosecution of Rape Under International Law: Justice That Is Long Overdue”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, 2002; T. Meron: “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law”, en *AJIL*, vol. 87, 1993; N.N.R. Quéniwet: *Sexual Offences in Armed Conflict & International Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005; C. M. Renzetti, J. L. Edleson y R.K. Bergen (eds.): *Sourcebook on Violence Against Women*, Sage Publications, Londres, 2001; S.L. Russell-Brown: “The last line of defense: The doctrine of command responsibility and gender crimes in armed conflict”, en *Wisconsin International Law Journal*, vol. 22, n.º 1, 2004; T. A. Salzman: “Rape Camps as Means of Ethnic Cleansing: Religious, Cultural, and Ethical Responses to Rape Victims in the Former Yugoslavia”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 2, n.º 2, 1998; A. Stiglmyer (ed.): *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1999; Sobre la CPI, véase K. Boon: “Rape and Forced Pregnancy Under ICC Statute: Human Dignity, Autonomy and Consent”, en *Columbia Human Rights Law Review*, 32, 2001; M. Zorrilla: *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violación sexual*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

- 351 *Caso Prosecutor v. Kumarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n.º. IT-96-23&23-1, disponible en <<http://www.un.org/icty/kumarac/trialc2/judgement/index.htm>>. Para más datos sobre este caso, véanse páginas siguientes.
- 352 *Caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, sentencia de 16 de noviembre de 1998, n.º. IT-96-21, disponible en <<http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>>
- 353 *Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n.º. IT-95-17/1-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>>
- 354 *Caso Prosecutor v. Stevan Todorovic*, sentencia de 31 de julio de 2001, n.º. IT-95-9/1, disponible en <<http://www.un.org/icty/todorovic/judgement/index.htm>>
- 355 *Caso Prosecutor v. Radislav Krstic*, sentencia de 2 de agosto de 2001, n.º. IT-98-33, disponible en <<http://www.un.org/icty/krstic/TrialC1/judgement/index.htm>>

Zoran Zigic, Dragoljub Prcač³⁵⁶, Prosecutor v. Dusko Sikirica, Damir Dosen, y Dragan Kolundzija³⁵⁷, Prosecutor v. Milomir Stakic³⁵⁸, y Prosecutor v. Ranko Cesic³⁵⁹, pero este primer procedimiento del asunto Tadic es especialmente interesante en lo que aquí ocupa, pues precisamente las acusaciones principales de violación debieron ser retiradas por la negativa del “testigo F” a declarar³⁶⁰ junto con la desacreditación de los testimonios del “testigo L”³⁶¹. Con todo, en este caso, aunque con un lenguaje un tanto confuso, se abordó finalmente algunos cargos en los que los crímenes sexuales estuvieron presentes, estableciendo algo que puede reputarse como uno de los principios fundamentales en la prueba de estos comportamientos:

The final challenge made by the Defence in regard to the unus testis, nullus testis rule is a question of law. This principle still prevails in the civil law system, according to the Defence, and should be respected by the International Tribunal; therefore, because only one witness testified in support of paragraph 10, the accused cannot be found guilty. This principle is discussed elsewhere in this Opinion and Judgment but suffice it to say that the Trial Chamber does not accept this submission, which in effect asserts that corroboration is a prerequisite for acceptance of testimony³⁶².

En párrafos posteriores –básicamente en el 536–, el Tribunal se refiere a las Reglas de Procedimiento y Prueba, y en lo que ahora ocupa, a la Regla

356 *Caso Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcač*, sentencia de 2 de noviembre de 2001, n.º IT-98-30/1, disponible en <<http://www.un.org/icty/kvocka/trialc/judgement/index.htm>>

357 *Caso Prosecutor v. Dusko Sikirica, Damir Dosen, y Dragan Kolundzija*, sentencia de 13 de noviembre de 2001, n.º IT-95-8, disponible en <http://www.un.org/icty/sikirica/judgement/index_2.htm>

358 *Caso Prosecutor v. Milomir Stakic*, sentencia de 31 de julio de 2003, n.º IT-97-24-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/stakic/trialc/judgement/index.htm>>

359 *Caso Prosecutor v. Ranko Cesic*, sentencia de 11 de marzo de 2004, n.º IT-95-10/1, disponible en <<http://www.un.org/icty/cesic/trialc/judgement/index.htm>>

360 A este respecto, consúltese “Order on the Prosecution Motion to Withdraw Counts 2 through 4 of the Indictment without Prejudice”, No. IT-94-1-T.

361 Cfr. *Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n.º IT-94-1-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>>, párrs. 33, 553-554. Sobre toda esta cuestión, consúltese M.P. Scharf: *Balkan Justice: The Story Behind...*, op. cit.

362 *Vid. Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n.º IT-94-1-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>>, párr. 256.

96, cuyo contenido fija las pautas básicas en esta cuestión; esto es, a tenor de su tercera y definitiva redacción:

In cases of sexual assault:

- (i) no corroboration of the victim's testimony shall be required;
- (ii) consent shall not be allowed as a defence if the victim
 - (a) has been subjected to or threatened with or has had reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression, or
 - (b) reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear;
- (iii) before evidence of the victim's consent is admitted, the accused shall satisfy the Trial Chamber in camera that the evidence is relevant and credible;
- (iv) prior sexual conduct of the victim shall not be admitted in evidence³⁶³.

Aunque no quiero detenerme en esta oportunidad en el “devenir histórico” de esta Regla³⁶⁴, conviene apuntar al menos que la concepción maximalista de su primera versión abría una primera posibilidad de prueba apoyada por parte de la doctrina³⁶⁵: El no reconocimiento de posibilidad alguna de alegar el consentimiento como defensa del acusado en estos crímenes. Esta valoración se apoyaría en la consideración de que como desafortunadamente demuestra la experiencia, durante los conflictos armados el recurso a los crímenes sexuales ha sido una práctica muy extendida, de tal suerte que la misma existencia y naturaleza de un conflicto armado se tornaría en prueba suficiente para constatar la ausencia de consentimiento libre cuando tales comportamientos se denuncian.

Esta posición bien pudiera comprenderse mejor si se recuerda el tipo de hechos a los que estos Tribunales Internacionales estarían llamados a atender, pero desde una perspectiva estrictamente procesal dejaría al acusado con la única defensa legal de demostrar la ausencia de un conflicto armado; posibilidad, cuanto menos, poco respetuosa con la esencia del debido proceso,

363 Por su parte, la Regla 96 del TPIRW presenta un contenido idéntico a la reproducida del TPIYUG.

364 A este respecto puede consultarse, K. Fitzgerald: “Problems of Prosecution and Adjudication...”, op. cit., pp. 2-6; N.N.R. Quéñivet: *Sexual Offences in Armed Conflict...*, op. cit., pp. 24-29.

365 Véase, por ejemplo, S.L. Russell-Brown: “The last line of defense: The doctrine of...”, op. cit.

pues en tal caso cualquier contacto sexual ocurrido, ya en la ex Yugoslavia, ya en Ruanda durante esos años, podría suponer la condena por violación o abusos sexuales.

En todo caso, la versión definitiva de esta Regla, que añade los más razonables subapartados ii.a) y b), aún mantiene abierta esta posibilidad, mostrándose en definitiva escrupulosamente respetuosa con una realidad ampliamente denunciada: La más que compleja valoración del consentimiento en situaciones de conflicto armado como las atravesadas por estos dos países³⁶⁶.

Reconocida la posibilidad (limitada) de defensa sobre la base del consentimiento otorgado, quedaba abierta una cuestión especialmente sensible referida a cómo compatibilizar los derechos del acusado con el derecho de la víctima a un trato que respetase su dignidad y no le obligase a enfrentar (y revivir) todo lo padecido a las preguntas del defensor o defensores del acusado. La solución se articuló finalmente en la tercera versión de esta Regla, que incorporó el apartado iii entre sus disposiciones; previsión que puede operar, en su caso, en conjunción con lo establecido en la Regla 79.A³⁶⁷ —e incluso en la 75—³⁶⁸, garantizando el más alto grado de respeto y protección

366 A este respecto, consúltese la valoración que realizan autores tan destacados como Askin. Cfr. K.D. Askin: *War Crimes against Women. Prosecution...*, op. cit., en especial pp. 303-304.

367 “Closed Sessions. (A) The Trial Chamber may order that the press and the public be excluded from all or part of the proceedings for reasons of: (i) public order or morality; (ii) safety, security or non-disclosure of the identity of a victim or witness as provided in Rule 75; or (iii) the protection of the interests of justice.” La Regla es idéntica en el caso del TPIRW.

368 “Measures for the Protection of Victims and Witnesses. (A) A Judge or a Chamber may, proprio motu or at the request of either party, or of the victim or witness concerned, or of the Victims and Witnesses Section, order appropriate measures for the privacy and protection of victims and witnesses, provided that the measures are consistent with the rights of the accused. (B) A Chamber may hold an in camera proceeding to determine whether to order: (i) measures to prevent disclosure to the public or the media of the identity or whereabouts of a victim or a witness, or of persons related to or associated with a victim or witness by such means as: (a) expunging names and identifying information from the Tribunal’s public records; (b) non-disclosure to the public of any records identifying the victim; (c) giving of testimony through image- or voice- altering devices or closed circuit television; and (d) assignment of a pseudonym; (ii) closed sessions, in accordance with Rule 79; (iii) appropriate measures to facilitate the testimony of vulnerable victims and witnesses, such as one-way closed circuit television. (C) The Victims and Witnesses Section shall ensure that the witness has been informed before giving evidence that his or her testimony and his or her identity may be disclosed at a later date in another case, pursuant to Rule 75 (F). (D) A Chamber shall, whenever necessary, control the manner of questioning to avoid any harassment or intimidation. (E) When making an order under paragraph (A) above, a Judge or Chamber shall wherever appropriate state in the order whether the transcript of those proceedings relating to the evidence

a las víctimas. De este modo, los principios generales en la prueba de los crímenes sexuales ante los Tribunales Penales Internacionales quedarían condensados en:

- 1) La no exigencia de corroboración del crimen por parte de terceros.
- 2) La ausencia de defensa basada en el consentimiento otorgado cuando la víctima haya sido objeto, o tema serlo, de violencia, amenazas, detención o presiones psicológicas, o si razonablemente cree que si se negase otro/s pudiera/n ser objeto de actos o presiones similares.
- 3) Si el acusado alegase el consentimiento de la víctima como defensa, deberá demostrar en una audiencia previa que sus evidencias en tal defensa son relevantes y creíbles.
- 4) La conducta sexual anterior de la víctima es irrelevante a los efectos de prueba.

Por su parte, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI recogen estos mismos principios, aunque en cierto modo desarrollados, disponiendo:

Regla 69. Disposiciones generales relativas a la prueba.

1. Las reglas probatorias enunciadas en el presente capítulo, junto con el artículo 69, serán aplicables en las actuaciones que se substancien ante todas

of the witness to whom the measures relate shall be made available for use in other proceedings before the Tribunal. (F) Once protective measures have been ordered in respect of a victim or witness in any proceedings before the Tribunal (the "first proceedings"), such protective measures: (i) shall continue to have effect mutatis mutandis in any other proceedings before the Tribunal (the "second proceedings") unless and until they are rescinded, varied or augmented in accordance with the procedure set out in this Rule; but (ii) shall not prevent the Prosecutor from discharging any disclosure obligation under the Rules in the second proceedings, provided that the Prosecutor notifies the Defence to whom the disclosure is being made of the nature of the protective measures ordered in the first proceedings. (G) A party to the second proceedings seeking to rescind, vary or augment protective measures ordered in the first proceedings must apply: (i) to any Chamber, however constituted, remaining seized of the first proceedings; or (ii) if no Chamber remains seized of the first proceedings, to the Chamber seized of the second proceedings. (H) Before determining an application under paragraph (G)(ii) above, the Chamber seized of the second proceedings shall obtain all relevant information from the first proceedings, and shall consult with any Judge who ordered the protective measures in the first proceedings, if that Judge remains a Judge of the Tribunal. (I) An application to a Chamber to rescind, vary or augment protective measures in respect of a victim or witness may be dealt with either by the Chamber or by a Judge of that Chamber, and any reference in this Rule to "a Chamber" shall include a reference to "a Judge of that Chamber". La Regla es idéntica en el TPIRW.

las Salas. 2. La Sala, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 64, tendrá facultades discrecionales para valorar libremente todas las pruebas presentadas a fin de determinar su pertinencia o admisibilidad con arreglo al artículo 69. 3. La Sala se pronunciará sobre las cuestiones de admisibilidad fundadas en las causales enunciadas en el párrafo 7 del artículo 69 que plantee una de las partes o ella misma de oficio de conformidad con el párrafo 9 a) del artículo 64. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 66, la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual.

Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual.

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará: a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

Regla 71. Prueba de otro comportamiento sexual.

Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

Regla 72. Procedimiento a puerta cerrada para considerar la pertinencia o la admisibilidad de pruebas.

1. Cuando se tenga la intención de presentar u obtener, incluso mediante el interrogatorio de la víctima o de un testigo, pruebas de que la víctima consintió en el supuesto crimen de violencia sexual denunciado, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo a que se hace referencia en los apartados a) a d) de la regla 70, se notificará a la Corte y describirán la sustancia de las pruebas que se tenga la intención de presentar u obtener y la pertinencia de las pruebas para las cues-

tiones que se planteen en la causa. 2. La Sala, al decidir si las pruebas a que se refiere la subregla 1 son pertinentes o admisibles, escuchará a puerta cerrada las opiniones del Fiscal, de la defensa, del testigo y de la víctima o su representante legal, de haberlo, y, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 69, tendrá en cuenta si las pruebas tienen suficiente valor probatorio en relación con una cuestión que se plantee en la causa y los perjuicios que puedan suponer. A estos efectos, la Sala tendrá en cuenta el párrafo 3 del artículo 21 y los artículos 67 y 68 y se guiará por los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70, especialmente con respecto al interrogatorio de la víctima. 3. La Sala, cuando determine que la prueba a que se refiere la subregla 2 es admisible en el proceso, dejará constancia en el expediente de la finalidad concreta para la que se admite. Al valorar la prueba en el curso del proceso, la Sala aplicará los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70.

Sobre la base de la común Regla 96, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* ha precisado los contornos, o delimitado el significado, de las disposiciones referidas. Así, desde una primera aproximación en la que en cuanto a la prueba primaba la demostración de uso o amenaza de la fuerza³⁶⁹, se ha pasado a la “autonomía sexual” como elemento clave de análisis, esto es, la ausencia de consentimiento expreso –causada por un motivo u otro– se ha constituido en la prueba esencial en este ámbito³⁷⁰; subrayándose como principio rector que:

Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances³⁷¹.

Desde este punto de partida, por tanto, y tomando la potencial senda señalada, la jurisprudencia se ha mostrado especialmente sensible a la importancia del contexto en la valoración de la ausencia de consentimiento; y así, en el *caso Prosecutor v. Akayesu*, el TPIRW sostuvo explícitamente que:

369 Cfr. *Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n.º IT-95-17/1-T, en <<http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>>, párrs. 174 y 185.

370 *Vid. Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n.º IT-96-23&23-1, en <<http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>>, párrs. 436-464.

371 *Vid. Ibíd.*, párr. 460.

Threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or the military presence of Interahamwe among refugee Tutsi women at the bureau communal³⁷².

Por su parte, la Sala de Apelaciones del TPIYUG rotundamente ha sentenciado en la causa *Kunarac* que:

For the most part, the Appellants in this case were convicted of raping women held in de facto military headquarters, detention centres and apartments maintained as soldiers' residences. As the most egregious aspect of the conditions, the victims were considered the legitimate sexual prey of their captors. Typically, the women were raped by more than one perpetrator and with a regularity that is nearly inconceivable. (Those who initially sought help or resisted were treated to an extra level of brutality). *Such detentions amount to circumstances that were so coercive as to negate any possibility of consent*³⁷³.

No obstante, aun en situaciones tan extremas como aquellas sobre las que estos Tribunales Penales son competentes, la existencia de consentimiento se ha tratado de esgrimir como defensa legal. Así por ejemplo, en la misma causa contra *Kunarac, Kovac and Vukovic*, los defensores de Kovac sostuvieron ante la Sala I que una de las víctimas, la testigo FWS-87, que con apenas quince años había sido llevada a la fuerza, junto a otras mujeres, a la casa del acusado y retenida durante unos cuatro meses, había sido humillada, degradada, y violada –sola y junto a la testigo FWS-75– tanto por el mismo Kovac como por otro sujeto³⁷⁴, en realidad estaba “enamorada” de Kovac, es decir, que ambos mantenían una “relación sentimental”³⁷⁵. Como pruebas esenciales, el testimonio de varios testigos que declararon que Kovac les presentó a FWS-87 como su “novia”, y una supuesta carta que algunos

372 *Vid. Caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n.º ICTR-96-4-T, en <<http://www.ictor.org/default.htm>>, párr. 688.

373 *Vid. Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 12 de junio de 2002, n.º IT-96-23&23-1, disponible en <<http://www.un.org/icty/kunarac/appeal/judgement/index.htm>>, párr. 132. La cursiva es mía.

374 *Cfr. Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n.º IT-96-23&23-1, disponible en <<http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>>, párrs. 747-761.

375 *Cfr. Ibíd.*, párrs. 141-150.

testigos afirmaron que la testigo FWS-87 había remitido a Kovac con un corazón dibujado en el sobre –carta, realmente, que solo conocían por lo que el mismo Kovac les había explicado–³⁷⁶. No pareció sonrojar a aquéllos que idearon esta línea de defensa que el “enamorado” Kovac obligase a bailar desnuda a FWS-87 junto con otras mujeres mientras las apuntaba con sus armas, o invitaba a sus compañeros a observarlas, que la hiciera desfilar también desnuda por las calles de Foca, o que terminase por venderla por quinientos marcos a unos soldados montenegrinos³⁷⁷.

Con todo, pese a la consideración general reproducida de ambos Tribunales, en este caso concreto el TPIYUG no zanjó el asunto sobre la base del contexto determinado, sino que para descartar la posibilidad de existencia de consentimiento se fundamentó esencialmente en los distintos testimonios recabados, así como en lo que se extraía, o cabría esperar razonablemente, a partir del mismo comportamiento de Kovac³⁷⁸.

Esta última circunstancia permite destacar que por las propias limitaciones de conflictos armados como los aquí abordados, el elemento esencial para la prueba de la comisión de crímenes sexuales en estas instancias ha sido la prueba testifical –y, anótese, cuando ha mediado alguna prueba médica-forense, en ocasiones ha producido efectos hasta contraproducentes para la privacidad de las víctimas–³⁷⁹.

A tal efecto, la jurisprudencia de los Tribunales Penales ha establecido algunas reglas generales para la valoración de la prueba testifical de notable relevancia en lo que aquí ocupa: En primer lugar, la causa contra *Furundzija* permitió dejar claramente establecido que el “desorden o estrés postraumático” (PTSD en sus siglas en inglés) causado por experiencias como las propias de los crímenes sexuales –e incluso el tratamiento psicológico para remediarlo– en nada afecta la credibilidad del relato de un testigo, como pretendía sostener la defensa de *Furundzija*, pues como afirmó el Tribunal:

376 Cfr. *Ibíd.*

377 Cfr. *Ibíd.*, párrs. 766-782.

378 Cfr. *Ibíd.*, párr. 762 y 777.

379 Véase a este respecto lo ocurrido con la “testigo A” en el caso *Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n°. IT-95-17/1-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>>, consúltense especialmente párrs. 90-95.

The Trial Chamber bears in mind that even when a person is suffering from PTSD, this does not mean that he or she is necessarily inaccurate in the evidence given. There is no reason why a person with PTSD cannot be a perfectly reliable witness.

(...)

The Trial Chamber also considered that the aim in therapy is not fact-finding³⁸⁰.

Por su parte, en el proceso contra *Kunarac, Kovac and Vukovic*, el TPI-YUG ofreció un completo razonamiento respecto de la prueba testifical en estos casos que, por su importancia, merece la pena reproducir:

561. The Trial Chamber has made a careful evaluation of the evidence of identification adduced during the trial, exercising particular caution in relation to it. The Trial Chamber accepts that identification evidence involves inherent uncertainties. This is because of the many difficulties inherent in the identification process, resulting from the vagaries of human perception and recollection. It is insufficient that the evidence of identification given by the witnesses has been honestly given; the true issue in relation to identification evidence is not whether it has been honestly given but rather whether it is reliable. In the turbulent and often traumatizing circumstances in which these witnesses found themselves, the Trial Chamber is acutely aware of the possibility of error in making an identification later of a person previously unknown to the witness. The Trial Chamber also recognizes the possibility that men other than the accused may falsely have used the name of the accused, or that what they said to the witnesses may have been misunderstood.

562. The Trial Chamber has accordingly placed considerable weight upon the descriptions which the witnesses gave of the men who they said had raped them, and it has considered carefully whether the evidence from the other witnesses supports the descriptions given. Each of these witnesses was asked whether she could identify any of the persons in the courtroom as the man who raped her. Because all of the circumstances of a trial necessarily lead such a witness to identify the person on trial (or, where more than one person is on trial, the particular person on trial who most closely resembles the man who committed the offence charged), no positive probative weight has been given by the Trial Chamber to these "in court" identifications.

380 *Vid.* Ib d., p rrs. 109 y 108.

(...)

564. By their very nature, the experiences which the witnesses underwent were traumatic for them at the time, and they cannot reasonably be expected to recall the minutiae of the particular incidents charged, such as the precise sequence, or the exact dates and times, of the events they have described. The fact that these witnesses were detained over weeks and months without knowledge of dates or access to clocks, and without the opportunity to record their experiences, only exacerbated their difficulties in recalling the detail of those incidents later. In general, the Trial Chamber has not treated minor discrepancies between the evidence of various witnesses, or between the evidence of a particular witness and a statement previously made by that witness, as discrediting their evidence where that witness has nevertheless recounted the essence of the incident charged in acceptable detail. Such an approach varied according to the circumstances of each witness, and in particular according to the quality of that witness's evidence in relation to the essence of the particular incident charged. The Trial Chamber has also taken into account the fact that these events took place some eight years before the witnesses gave evidence in determining whether any minor discrepancies should be treated as discrediting their evidence as a whole.

565. Many of these witnesses were minors at the time of the events which they described, some of them as young as fifteen years. The level of detail which such witnesses could be expected to recall is different to that expected of witnesses who were more mature at the relevant time. That is not to suggest that the Trial Chamber has required any lower level of satisfaction before accepting the evidence of these young witnesses. At all times, the Trial Chamber has applied the test of proof beyond reasonable doubt. Although the absence of a detailed memory on the part of these witnesses did make the task of the Prosecution in providing proof to that degree of satisfaction more difficult, its absence in relation to peripheral details was in general not regarded as discrediting their evidence.

566. In some cases, only one witness has given evidence of an incident with which one or other of the accused has been charged. Rule 96 specifically overrules the requirement which exists or which used to exist in some domestic systems of law that the evidence of a complainant who alleges rape must be corroborated – a requirement which has indeed been removed in most of those domestic systems. Nevertheless, the fact remains that only one witness has given evidence of that incident, usually because she has been the only person present other than the particular accused when the incident charged is alleged to have

taken place. In such a situation, the Trial Chamber has scrutinized the evidence of the Prosecution witness with great care before accepting it as sufficient to make a finding of guilt against any of the accused...³⁸¹

Ahora bien, conviene reiterar que todo lo reseñado se circunscribe esencialmente a los crímenes sexuales cometidos en conflictos armados, y específicamente, a crímenes calificados como violación de la normativa propia del derecho internacional humanitario. Como ya se adelantó, no obstante, este tipo de crímenes también pueden configurarse como elementos constitutivos de otros crímenes de derecho internacional, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad; actos en los que la necesidad de nexos con un conflicto armado ha sido finalmente descartada gracias al desarrollo –no tan lineal como hubiera sido de desear– del derecho internacional penal desde, al menos, los Estatutos de los “Tribunales Militares Internacionales”³⁸² de fines de la Segunda Guerra Mundial.

La mención obligada de la primera posibilidad resultaría, como es ampliamente conocido, el *caso Akayesu*³⁸³, mientras que la calificación jurídica de crímenes contra la humanidad podría encontrarse en múltiples procesos sostenidos ante el TPIYUG³⁸⁴. En todo caso, la cuestión clave en este punto es que junto a considerar todo lo referido en cuanto a los individuales crímenes sexuales, para hacer posible la persecución de estos comportamientos habrá que atenderse a los requisitos propios de, bien el genocidio, bien los crímenes contra la humanidad; esto es, los crímenes sexuales deberán ser *perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal*³⁸⁵, o ser parte de un *de un*

381 *Vid. Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n.º. IT-96-23&23-1, disponible en <<http://www.un.org/icty/kunarac/appeal/judgement/index.htm>>, párrs. 561, 562, 564-566.

382 Sobre esta calificación véase nota 1.

383 *Caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n.º. ICTR-96-4-T, disponible en <<http://www.ictcr.org/default.htm>>. Sobre este particular concreto, véase el interesante trabajo de C. Fernández-Pacheco Estrada: “Apuntes jurisprudenciales sobre el delito de genocidio: La contribución de los tribunales internacionales”, en *La Ley*, Año XXVIII, N.º. 6635, Martes, 23 de enero de 2007, en especial p. 3.

384 Para más datos, véanse los casos ya citados a lo largo de este trabajo.

385 *Vid.*, artículo 2 de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*.

*ataque generalizado y sistemático*³⁸⁶ *contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*³⁸⁷.

Sin embargo, suele apuntarse la existencia de una posibilidad de redirigir los casos en que se perpetren crímenes sexuales a una figura penal autónoma, no supeditada, por tanto, a ningún requisito adicional: Considerar los crímenes sexuales como casos de tortura³⁸⁸.

Aunque toda violación sexual desde luego comporta un grave sufrimiento asimilable a un caso de tortura –lo que podría llevar, intuitivamente, a identificar ambos crímenes–, hay que señalar desde el comienzo que este emparejamiento lógico puede plantear algunos problemas de orden jurídico que no pueden ignorarse.

Desde esta premisa –o, si se quiere, para tratar de salvarla–, son dos las sendas que podrían seguirse para materializar esta posibilidad de tipificación:

386 Aunque la definición al uso más reciente formula la necesidad de un ataque generalizado o sistemático, es decir, parece incluir un criterio alternativo que hace suponer como posible la disociación de los requisitos de violación generalizada y de violación sistemática, la expresa exigencia del “conocimiento de dicho ataque” conduce hacia la exigencia de un comportamiento planificado, organizado, o, dicho con otras palabras, sistemático; mientras que la necesidad de que el ataque se realice “*contra una población civil*” lleva ligado, conceptualmente, el carácter de ataque masivo o generalizado, en tanto que, según el propio artículo 7.2 a) del Estatuto de la CPI: “*a*) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la *comisión múltiple de actos* mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, *de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política*”. (La cursiva es mía). En la jurisprudencia del TPIYUG, resulta interesante destacar que aunque ya en su primer caso, el Tribunal advirtió sobre la independencia conceptual de ambos requisitos (cfr., *caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n.º IT-94-1-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>>, párrs. 645-656), más tarde subrayó que: “... nevertheless, the criteria which allow one or other of the aspects to be established partially overlap. The existence of an acknowledged policy targeting a particular community, the establishment of parallel institutions meant to implement this policy, the involvement of high-level political or military authorities, the employment of considerable financial, military or other resources and the scale or the repeated, unchanging and continuous nature of the violence committed against a particular civilian population are among the factors which may demonstrate the widespread or systematic nature of an attack.” Vid. *Caso Prosecutor v. Jelusic*, sentencia de 14 de diciembre de 1999, n.º IT-95-10-T, disponible en <<http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>>, párr. 53.

387 Vid., artículo 7.1 del Estatuto de la CPI.

388 Véase por ejemplo, C.A. Mackinnon: “On Torture: A Feminist perspective on Human Rights”, en K.E. Mahoney y P. Mahoney (eds.): *Human Rights in the 21st Century: A Global Challenge*, vol. 1, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

En primer lugar, la que podría considerarse como clásica, esto es, circunscribir todo análisis a la definición legal existente para el crimen de tortura en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos; es decir, la contenida en el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

En atención a este párrafo, no todo crimen sexual podrá ser evaluado como un acto de tortura, sino solamente aquellos que haciendo padecer intencionalmente a la víctima un grave sufrimiento, físico o psicológico, 1) sean cometidos por funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia; y 2) sean cometidos con el fin de obtener de la víctima o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación. Por ampliar el ámbito de referencia, es oportuno recordar que en el caso del Perú, precisamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recordado la necesidad de concurrencia de estos requisitos³⁸⁹.

Ahora bien, el mismo TPIYUG ha apuntado la existencia de una segunda senda a explorar; y así, aunque en los *casos Prosecutor v. Delalic, Mucic,*

389 Véase, Informe N°. 5/96, caso Martí de Mejía, Perú, caso 10.970, 1 de mayo de 1996, en Documentos OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7.

*Delic and Landzo*³⁹⁰ y *Prosecutor v. Furundzija*³⁹¹ sostuvo que en el artículo recogido de la Convención contra la Tortura se contenía la definición del crimen de tortura que “reflects a consensus which the Trial Chamber considers to be representative of customary international law”³⁹², ya en el primero de estos dos casos el Tribunal se mostró especialmente abierto respecto a la interpretación del segundo requisito referido; lo que, sin duda, potencia sensiblemente esta posibilidad de calificación jurídica, y en su caso, de estrategia procesal. Así, en el caso *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, se afirmó:

The Trial Chamber considers the rape of any person to be a despicable act which strikes at the very core of human dignity and physical integrity. The condemnation and punishment of rape becomes all the more urgent where it is committed by, or at the instigation of, a public official, or with the consent or acquiescence of such an official. Rape causes severe pain and suffering, both physical and psychological. The psychological suffering of persons upon whom rape is inflicted may be exacerbated by social and cultural conditions and can be particularly acute and long lasting. Furthermore, it is difficult to envisage circumstances in which rape, by, or at the instigation of a public official, or with the consent or acquiescence of an official, could be considered as occurring for a purpose that does not, in some way, involve punishment, coercion, discrimination or intimidation. In the view of this Trial Chamber this is inherent in situations of armed conflict.

496. Accordingly, whenever rape and other forms of sexual violence meet the aforementioned criteria, then they shall constitute torture, in the same manner as any other acts that meet this criteria³⁹³.

390 *Caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, sentencia de 16 de noviembre de 1998, n.º. IT-96-21, en <<http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>>, véase especialmente párr. 459-496.

391 *Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n.º. IT-95-17/1-T, en <<http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>>, véase especialmente párrs. 160-161.

392 *Vid. Caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, sentencia de 16 de noviembre de 1998, n.º. IT-96-21, en <<http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>>, párr. 459.

393 *Vid. Ibíd.* 495-496.

Con todo, la segunda senda señalada adquirió verdadera carta de naturaleza en el *caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*³⁹⁴, ocasión en la que el Tribunal sostuvo que:

483. Three elements of the definition of torture contained in the Torture Convention are, however, uncontroversial and are accepted as representing the status of customary international law on the subject: (i) Torture consists of the infliction, by act or omission, of severe pain or suffering, whether physical or mental. (ii) This act or omission must be intentional. (iii) The act must be instrumental to another purpose, in the sense that the infliction of pain must be aimed at reaching a certain goal.

484. On the other hand, three elements remain contentious: (i) The list of purposes the pursuit of which could be regarded as illegitimate and coming within the realm of the definition of torture. (ii) The necessity, if any, for the act to be committed in connection with an armed conflict. (iii) The requirement, if any, that the act be inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.

485. The Trial Chamber is satisfied that the following purposes have become part of customary international law: (a) obtaining information or a confession, (b) punishing, intimidating or coercing the victim or a third person, (c) discriminating, on any ground, against the victim or a third person. There are some doubts as to whether other purposes have come to be recognised under customary international law. The issue does not need to be resolved here, because the conduct of the accused is appropriately subsumable under the above-mentioned purposes.

486. There is no requirement under customary international law that the conduct must be solely perpetrated for one of the prohibited purposes. As was stated by the Trial Chamber in the *Delalic* case, the prohibited purpose must simply be part of the motivation behind the conduct and need not be the predominating or sole purpose.

487. Secondly, the nature of the relationship between the underlying offence – torture – and the armed conflict depends, under the Tribunal's Statute, on the qualification of the offence, as a grave breach, a war crime or a crime against humanity....

394 *Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n.º. IT-96-23&23-1, en <<http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>>

488. Thirdly, the Torture Convention requires that the pain or suffering be inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. As was already mentioned, the Trial Chamber must consider each element of the definition “from the specific viewpoint of international criminal law relating to armed conflicts.” In practice, this means that the Trial Chamber must identify those elements of the definition of torture under human rights law which are extraneous to international criminal law as well as those which are present in the latter body of law but possibly absent from the human rights regime.

489. The Trial Chamber draws a clear distinction between those provisions which are addressed to states and their agents and those provisions which are addressed to individuals. Violations of the former provisions result exclusively in the responsibility of the state to take the necessary steps to redress or make reparation for the negative consequences of the criminal actions of its agents. On the other hand, violations of the second set of provisions may provide for individual criminal responsibility, regardless of an individual’s official status. While human rights norms are almost exclusively of the first sort, humanitarian provisions can be of both or sometimes of mixed nature...

493. A violation of one of the relevant articles of the Statute will engage the perpetrator’s individual criminal responsibility. In this context, the participation of the state becomes secondary and, generally, peripheral. With or without the involvement of the state, the crime committed remains of the same nature and bears the same consequences. The involvement of the state in a criminal enterprise generally results in the availability of extensive resources to carry out the criminal activities in question and therefore greater risk for the potential victims. It may also trigger the application of a different set of rules, in the event that its involvement renders the armed conflict international. However, the involvement of the state does not modify or limit the guilt or responsibility of the individual who carried out the crimes in question...

495. The Trial Chamber also points out that those conventions, in particular the human rights conventions, consider torture per se while the Tribunal’s Statute criminalises it as a form of war crime, crime against humanity or grave breach. The characteristic trait of the offence in this context is to be found in the nature of the act committed rather than in the status of the person who committed it.

496. *The Trial Chamber concludes that the definition of torture under international humanitarian law does not comprise the same elements as the definition of torture generally applied under human rights law. In particular, the Trial Chamber is of*

the view that the presence of a state official or of any other authority-wielding person in the torture process is not necessary for the offence to be regarded as torture under international humanitarian law.

497. *On the basis of what has been said, the Trial Chamber holds that, in the field of international humanitarian law, the elements of the offence of torture, under customary international law are as follows: (i) The infliction, by act or omission, of severe pain or suffering, whether physical or mental. (ii) The act or omission must be intentional. (iii) The act or omission must aim at obtaining information or a confession, or at punishing, intimidating or coercing the victim or a third person, or at discriminating, on any ground, against the victim or a third person*³⁹⁵.

De este modo, la posibilidad de calificar un crimen sexual como tortura queda notablemente facilitada, máxime si a la hora de evaluar el requisito contenido en el apartado (iii) se completa lo expuesto con lo señalado por el mismo Tribunal en el *caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*.

3. CONCLUSIONES

Recapitulando todo lo examinado para tratar de dar respuesta a los interrogantes que se me formularon en los albores de este artículo, de inicio conviene tener presente que a la hora de aprovechar la experiencia de estas instancias para diseñar una estrategia nacional que enfrente la persecución de crímenes sexuales, o que trate de solventar alguno de los problemas que plantea su materialización, pese al indiscutible carácter ejemplar tanto de los Tribunales Penales Internacionales como de su labor jurisprudencial, este tipo de Tribunales solo se ocupan, en la práctica, de los casos más graves o paradigmáticos de entre todo el amplio catálogo que, por desgracia, ha existido y parece seguir existiendo. En este sentido, entonces, la translación de estas experiencias a casos o situaciones de “menor entidad” puede plantear serios problemas de adecuación.

Junto a ello, no debería olvidarse tampoco que la finalidad de todos los textos legales que regulan el funcionamiento, e incluso la propia existencia, de estos Tribunales no es estrictamente codificadora, sino que, en última instancia, su objetivo no es más que la determinación de la reglas por las

395 *Vid. Ibíd.*, párrs. 483-489, 493, 494-496. La cursiva es mía.

que se regirá un Tribunal Internacional concreto, que desplegará su competencia sobre unos crímenes determinados, y en el caso de los Tribunales *ad hoc*, dentro de un conflicto armado específico. Aunque no cabe duda de que, en buena parte, los estatutos de estos Tribunales recogen el derecho internacional vigente, y pese a que tampoco parece haber duda para afirmar que su propia labor ha contribuido a cristalizar y generar nuevo derecho internacional penal, resultaría equivocado el que olvidase que todas estas instancias, a la postre, han debido pasar en su gestación por las horcas caudinas de cualquier negociación política (ya en el seno del CS, ya en una Conferencia Multinacional con clara vocación de universalidad).

En relación con lo anterior, resulta importante retener también que hasta fecha reciente no existía reconocimiento expreso en el derecho internacional convencional de los crímenes sexuales como comportamientos que generasen la responsabilidad internacional de sus autores. Habría que esperar hasta el Estatuto del TPIRW para encontrar una mención específica en este sentido, y precisamente no sería sino la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* la que ofrecería una primera definición concreta tanto de la violación sexual como de los abusos sexuales. Con todo, estos comportamientos han quedado enmarcados dentro de los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio o la tortura, debiendo cumplir, en este sentido, los específicos requisitos de criminalización, aun sensiblemente flexibilizados, de estas conductas para lograr su oportuna sanción.

Asumiendo todas estas circunstancias, y por tanto, interpretando la realidad de los Tribunales Penales Internacionales en el ámbito de los crímenes sexuales de manera acorde a ellas, es evidente en todo caso que la experiencia de estas instancias internacionales ofrece importantes pautas para la persecución de similares crímenes en el seno de las distintas jurisdicciones nacionales.

En lo específico de los principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales, la práctica de los Tribunales Penales Internacionales ofrece como principios rectores:

- 1) La no exigencia de corroboración del crimen por parte de terceros.
- 2) La ausencia de defensa basada en el consentimiento otorgado cuando la víctima haya sido objeto, o tema serlo, de violencia, amenazas, detención o presiones psicológicas, o si razonablemente cree que si se negase otro/s pudiera/n ser objeto de actos o presiones similares. En la valoración de estas circunstancias, la jurisprudencia ha reconocido la importancia radical, aunque no definitiva, del

contexto, o situación, en el que se encuentre inmerso la víctima para determinar la posibilidad de existencia de un auténtico consentimiento libre.

3) Si el acusado alegase el consentimiento de la víctima como defensa, deberá demostrar en una audiencia previa que sus evidencias en tal defensa son relevantes y creíbles.

4) La conducta sexual anterior de la víctima es irrelevante a los efectos de prueba.

En lo relativo a los medios de prueba, el elemento fundamental en estas instancias internacionales ha sido la prueba testifical; para cuya valoración se han articulado varios principios:

1) El “desorden o estrés postraumático” causado por experiencias como las propias de los crímenes sexuales, e incluso el tratamiento psicológico para remediarlo, en nada afecta, per se, la credibilidad del relato de un testigo.

2) La identificación concreta de los autores de los crímenes sexuales ha de evaluarse de forma especialmente cautelosa, resultando esenciales las descripciones físicas y las declaraciones de otros testigos/víctimas para la determinación definitiva de la autoría de los crímenes.

3) Por los mismos condicionantes de todo proceso judicial, las identificaciones que se realizan durante el desarrollo del mismo juicio no son tomadas en cuenta a los efectos de prueba.

4) En atención a las propias circunstancias de los crímenes cometidos, las faltas de precisión (esencialmente temporales), o las discrepancias menores entre las declaraciones de varios testigos sobre un hecho o conjunto de hechos, e incluso entre lo declarado en un momento u otro por un mismo testigo, no se consideran como descalificadora de la evidencia siempre y cuando la esencia del relato del hecho se mantenga inalterada.

5) Aunque no de manera determinante, parece existir cierto grado de mayor flexibilidad en la valoración de la prueba testifical de víctimas muy jóvenes.

6) Pese a que en ningún caso se requiere la corroboración de la declaración de una víctima por un tercero, cuando la única prueba de un crimen es la declaración de una víctima, el examen y análisis de la misma se realiza atendiendo a un grado valorativo de mayor exigencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKHAVAN, P.

2005 “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

1996 “The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”, en *AJIL*, vol. 90, núm. 3, 1996.

ARANGIO RUIZ, G.

1996 “The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations”, en LATTANZI, F. y SCISO, E. (eds.): *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Scientifica, Nápoles.

ARMSTRONG, A.

1989 “Evidence in rape cases in four southern african countries”, en *Journal of African Law*, vol. 33, n° 2, 1989.

ASKIN, K. D.

2005 “Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR: Positive Developments”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4.

2004 “A Decade of the Development of Gender Crimes in International Courts and Tribunals: 1993 to 2003”, en *Human Rights Brief*, vol. 11, Issue 3.

2003a “Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law”, en *Berkeley Journal of International Law*, 21.

2003b “Reflections on Some of the Most Significant Achievements of the ICTY”, en *New England Law Review*, vol. 37, n° 4.

1999a “Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status”, en *AJIL*, vol. 93, n° 1.

1999b “The International War Crimes Trial of Anto Furundzija: Major Progress Toward Ending the Cycle of Impunity for Rape Crimes”, en *Leiden Journal of International Law*, 12.

1997 *War Crimes against Women. Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya.

AYDELOTT, D.

1993 “Mass Rape During War: Prosecuting Bosnian Rapists Under International Law”, en *Emory International Law Review*, 7.

BANTEKAS, I. y S. NASH

2003 *International Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, Londres.

BASSIOUNI, M. C. y P. MANIKAS

1996 *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Nueva York.

BASSIOUNI, M. C. Y M. MCCORMICK

1996 *Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, International Human Rights Law Institute DePaul University, Chicago.

BOON, K.

2001 “Rape and Forced Pregnancy Under ICC Statute: Human Dignity, Autonomy and Consent”, en *Columbia Human Rights Law Review*, 32.

CASSESE, A.

2004 “The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality”, en C.P.R. Romano, A. Nollkaemper y J. Kleffner. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York.

CLARK, R. S. y SANN, M. (eds.)

1996 *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transaction Publishers, Nueva Jersey.

CLEIREN, C. P. M. y M. E. M. TIJSSEN

1994 “Rape and Other Forms of Sexual Assault in the Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Legal, Procedural and Evidentiary Issues”, en *Criminal Law Forum*, vol. 5, n° 2-3.

CONDORELLI, L.

1997 “Le Tribunal Penal International pour l’Ex-Yougoslavie et sa jurisprudence”, en CARDONA LLORENS, J. (dir.): *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, Aranzadi, Pamplona.

DELGADO CÁNOVAS, J. B.

2000a *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y la jurisprudencia del tribunal penal para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada.

2000b *Naturaleza y estructura básica del tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada.

DELLA MORTE, G.

2005 “De-Mediatizing the *Media* Case: Elements of a Critical Approach”, en *JICJ*, vol. 3, n.º. 4.

DIXON, R.

2002 “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law: Where to from Here?”, en *EJIL*, vol. 13, n.º. 3.

FERNÁNDEZ LIESA, C. R.

1995 “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelaciones, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadic-competencia)”, en *REDI*, vol. XLVII, n.º. 2.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C.

2007 “Apuntes jurisprudenciales sobre el delito de genocidio: La contribución de los tribunales internacionales”, en *La Ley*, Año XXVIII, Número 6635. Martes, 23 de enero de 2007.

FERRER LLORET, J.

1998 “La aplicación de las normas internacionales sobre responsabilidad penal del individuo” en *Revista IIDH*, n.º 27.

FITZGERALD, K.

1997 “Problems of Prosecution and Adjudication of Rape and Other Sexual Assaults Under International Law”, en *EJIL*, vol. 8, n.º. 4.

GARDAM, J. y JARVIS, M.

2001 *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, La Haya.

GREEN, L. L.

2001 “Gender Hate Propaganda and Sexual Violence in the Rwandan Genocide: -2002 An Argument for Intersectionality in International Law”, en *Columbia Human Rights Law Review*, 33.

JONES, J. R. W. D.

1998 *The practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Publishers, Nueva York, 1998.

KARAGIANNAKIS, M.

1999 “The Definition of Rape and Its Characterization as an Act of Genocide –A Review of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia”, en *Leiden Journal of International Law*, 12.

KIRSCH, P. y J.T. HOLMES

1999 “The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process”, en *AJIL*, vol. 93, n.º. 1.

MACKINNON, C. A.

1993 “On Torture: A Feminist perspective on Human Rights”. En K. E Mahoney y P. Mahoney (eds.). *Human Rights in the 21st Century: A Global Challenge*, vol. 1, Dordrecht, Martinus Nijhoff.

MAINA PETER, C.

1997 “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, en *RICR*, n.º. 144.

MCHENRY, J. R.

2002 “The Prosecution of Rape Under International Law: Justice That Is Long Overdue”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35.

MEGRET, F.

2002 *Le Tribunal Penal International pour le Rwanda*, Pedone, Paris.

MERON, T.

1995 “The international criminalization of internal atrocities”, en *AJIL*, vol. 89, 1.

1993 “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law”, en *AJIL*, vol. 87.

METTRAUX, G.

2005 *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Nueva York.

MONTOLIU BELTRÁN, A.

2003 *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda: Organización, Proceso y Prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MORRIS, V. y M.P. SCHARF

1998 *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York.

1995 *An Insider's Guide of The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York.

MOSE, E.

2005 "Main Achievements of the ICTR", en *JICJ*, vol. 3, n.º. 4.

MURPHY, S. D.

1999 "Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 93, n.º. 1.

NSANZUWERA, F-X.

2005 "The ICTR Contribution to National Reconciliation", en *JICJ*, vol. 3, n.º. 4.

O'BRIEN, J. C.

1993 "The international Tribunal for Violations of Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 87, n.º. 4.

PELÁEZ MARÓN, J. M.

2000 "El desarrollo del derecho internacional penal en el Siglo XX", en J.A. Carrillo Salcedo (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

PELLET, A.

2004 "Internationalized Courts: Better Than Nothing...", en C.P.R. Romano, A. Nollkaemper y J.K. Kleffner (eds.). *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York.

1994 "Le Tribunal Criminel International pour l'ex-Yugoslavie: Poudre aux yeux ou avancée décisive?", en *RGDIP*, vol. 98, n.º. 1.

PIGNATELLI Y F. MECA

1995 "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda", en *REDM*, núm. 65, enero-junio, 1995.

PIGRAU SOLÉ, A.

1994 "Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional", en *AHLADI*, vol. 11.

QUÉGUINER, J.-F.

2003 “Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie: évaluation de l’apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire”, en *RICR*, N°. 850.

QUÉNIVET, N. N. R.

2005 *Sexual Offences in Armed Conflict & International Law*, Transnational Publishers, Nueva York.

REMIRO BROTONS, A., R.M. RIQUELME CORTADO, J. DÍEZ-HOCHLEITER, E. ORIHUELA CALATAYUD y L. PÉREZ-PRAT DURBÁN
1997 *Derecho Internacional*, McGrawHill, Madrid.

RENZETTI, C. M., J.L. EDLESON y R.K. BERGEN (eds.)

2001 *Sourcebook on Violence Against Women*, Sage Publications, Londres.

REYDAMS, L.

2005 “The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm?”, en *JICJ*, vol. 3, n°. 4.

RÖLING, B. V. A.

1960 “The Law of War and the National Jurisdiction since 1945”, en *R. des C.*, n°. 100, 1960-II.

RUSSELL-BROWN, S. L.

2004 “The last line of defense: The doctrine of command responsibility and gender crimes in armed conflict”, en *Wisconsin International Law Journal*, vol. 22, n°. 1.

SALZMAN, T. A.

1998 “Rape Camps as Means of Ethnic Cleansing: Religious, Cultural, and Ethical Responses to Rape Victims in the Former Yugoslavia”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 2, n°. 2.

SCHARF, M. P.

1997 *Balkan Justice: The Story Behind the First International War Crimes Trial Since Nuremberg*, Carolina Academic Press, Durham.

SHRAGA, D.

- 2004 “The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York.

SHRAGA, D. Y R. ZACKLIN

- 1996 “The International Criminal Court For Rwanda”, en *EJIL*, vol. 7, n.º. 4.
1994 “The International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia”, en *EJIL*, vol. 5, n.º. 3.

STIGLMAYER, A. (ed.)

- 1999 *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*, University of Nebraska Press, Lincoln.

TAVERNIER, P.

- 1997 “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”, en *RICR*, N.º. 144.

TORRES PÉREZ, M. y V. BOU FRANCH

- 2004 *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

URNS, D.

- 2002 ““Internationalised” of Ad Hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition: The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia”, en *Austrian Review of International and European Law*, vol. 7.

WAGNER, N.

- 2003 “The development of the grave breaches regime and of individual criminal responsibility by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, en *RICR*, N.º. 850.

ZORRILLA, M.

- 2005 *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violación sexual*, Universidad de Deusto, Bilbao

Respuesta del sistema de administración de justicia peruano frente a los casos de violencia sexual contra mujeres ocurridos durante el conflicto armado interno

Rocío Villanueva Flores

1. INFORME FINAL DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

El Tomo VI del Informe Final de la CVR contiene una descripción de la distintas violaciones a los derechos humanos sufridas por las víctimas del conflicto armado interno.³⁹⁶ Una sección del mencionado tomo está dedicada a la violencia sexual contra la mujer. Lamentablemente, a diferencia de las desapariciones forzadas, las ejecuciones arbitrarias, las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Tomo VI no consigna el número de casos de violación sexual. Sólo se señala que el 1,53% de la totalidad de violaciones a los derechos humanos corresponde a violación sexual.³⁹⁷ Según la información que se consigna en el mencionado tomo, alrededor del 83% de los actos de violación sexual son imputables al Estado y aproximadamente el 11% corresponden a grupos subversivos (Sendero Luminoso y MRTA).³⁹⁸

396 La versión del Informe Final que se ha empleado en este trabajo es la que fue entregada al Presidente de la República, y a otras autoridades, el 28 de agosto de 2003. En noviembre de 2003 fueron publicados 1000 ejemplares de la versión editada del Informe Final. A esta última se hace referencia sólo cuando se han encontrado diferencias con la versión original.

397 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe Final*, Tomo VI, Lima, CVR, agosto, 2003, p. 274.

398 *Ibidem*, p. 277.

Por su parte, en el Tomo XI del Informe Final se consignan un total de 449 violaciones sexuales imputables a agentes del Estado y comités de autodefensa (CAD),³⁹⁹ mientras que en el Tomo VIII se señala que hubo 538 casos de violaciones sexuales. De éstas, 527 corresponden a mujeres y 11 a hombres.⁴⁰⁰ A pesar de las distintas cifras, es posible afirmar que la CVR tomó conocimiento de más de 500 casos de violación sexual, y no cabe duda de que la mayor cantidad de víctimas fueron mujeres. De otro lado, según la CVR la violación sexual se dio al menos en 15 departamentos del país, siendo Ayacucho el departamento con mayor número de casos, seguido por Huancavelica, Huánuco y Apurímac.⁴⁰¹ Los años de mayor incidencia de violación sexual fueron 1984 y 1990, lo que guarda relación con lo sucedido en esos años con otras violaciones a los derechos humanos como la desaparición forzada o la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La mayor parte de los testimonios que aparecen en el Tomo VIII dan cuenta de violaciones múltiples, es decir, de mujeres que fueron violadas conjuntamente por varios agentes del Estado. En este mismo sentido, según uno de los testimonios citados en el Tomo VI, una chica fue violada por 60 soldados.⁴⁰²

Por otro lado, cabe destacar que en el Tomo VI se incluye una relación de 40 bases militares en cuyo interior se produjeron actos de violencia sexual. Además, se afirma que también hubo violencia sexual por parte de integrantes de bases militares que perpetraron estos actos fuera de las instalaciones militares, y que hubo cuarteles donde también se produjeron estos actos, citándose la relación de las dependencias policiales en las que también se produjeron.⁴⁰³ Según la CVR, la violación sexual fue igualmente sufrida por

399 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe Final*, Tomo IX, op. cit. p.371.

400 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe Final*, Tomo VIII, op. cit. p. 66

401 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe Final*, Tomo VI, op. cit, p. 277. En estos departamentos se perpetraron violaciones sexuales tanto de parte de los agentes estatales como de los grupos subversivos.

402 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe Final*, Tomo VI, op. cit., p. 361.

403 Kimberly Theidon afirma que si bien los integrantes de Sendero Luminoso también violaron a las mujeres, la violación sexual fue sistemática por parte de los soldados, “en pocas palabras, donde había soldados había violaciones”, véase Kimberly Theidon, *Entre prójimos. El conflicto armado interno y la política de reconciliación en el Perú*, Instituto de Estudios Superiores, Lima, 2004, pp. 118 y 120.

las hijas o esposas de los varones detenidos, a fin de que ellos admitieran su culpabilidad en determinados hechos.⁴⁰⁴

Por ello, en la primera parte de la sección Violencia contra la Mujer del Tomo VI del Informe Final, la CVR señala que esa violencia “constituye crimen de lesa humanidad, al alcanzar los caracteres que pueden calificarse en algunos casos como generalizada y en otros sistemática”.⁴⁰⁵ Por su parte, en las conclusiones de la mencionada sección se sostiene que la violencia sexual fue una práctica generalizada perpetrada por agentes del Estado en el contexto de las masacres, de las ejecuciones extrajudiciales, así como en los operativos militares o policiales en medios rurales, andinos, amazónicos, y, con menor frecuencia, en medios urbanos. En la versión editada del Informe Final se afirma que “esta práctica generalizada, sin embargo, puede haber alcanzado en determinadas provincias de Ayacucho, Huancavelica y Apurímac un carácter sistemático vinculado con la represión de la subversión”.⁴⁰⁶

Asimismo, se señala que la violación sexual como tortura fue una “práctica persistente y reiterada durante los interrogatorios a cargo de las fuerzas del orden”.⁴⁰⁷

Las conclusiones de la sección sobre violencia contra la mujer del Tomo VI, también indican que aquella afectó a un número importante de mujeres detenidas porque estaban real o presuntamente involucradas personalmente en el conflicto armado, afectó también a aquellas cuyas parejas eran real o presuntamente miembros de grupos subversivos, y a aquellas que realizaban una labor de búsqueda o denuncia de violaciones a los derechos humanos de sus familiares.

404 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe Final*, Tomo VI, op. cit. p. 344.

405 *Ibídem*, p. 265. Se afirma incluso que las responsabilidades alcanzan no sólo a los perpetradores directos sino también a los jefes o superiores de aquellos, pudiendo ser los presuntos responsables agentes estatales, civiles o miembros de organizaciones subversivas. En el Tomo VIII también se señala que la violencia sexual no puede entenderse como un hecho aislado sino como una práctica generalizada, p. 68.

406 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe Final*, Tomo VI, versión editada, Lima, CVR, noviembre 2003, p. 313. En esta versión también se afirma que “las violaciones sexuales en general, y la violencia sexual contra la mujer, en particular, no constituyeron hechos aislados sino una práctica que se ejerció durante todo el conflicto armado”, Tomo VI, op. cit. p. 273.

407 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, Tomo VI, op. cit., p. 379. En la versión editada del Informe Final se afirma que “la violación o amenaza de violación de mujeres detenidas por los agentes de establecimientos penitenciarios, de los servicios de seguridad o de las Fuerzas Armadas siempre equivale a tortura”, Tomo VI, p. 389.

Según la CVR los testimonios reportados no permiten hablar de una práctica sistemática o generalizada de violencia sexual por parte de los grupos subversivos,⁴⁰⁸ pero sí “de graves transgresiones al derecho internacional humanitario, específicamente a las normas mínimas de humanidad recogidas en el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y las normas del Código Penal peruano”.⁴⁰⁹

La CVR concluye que hay una mayor responsabilidad del Estado en los actos de violencia sexual, pero que los grupos subversivos fueron responsables de actos como aborto forzado, unión forzada y servidumbre sexual.⁴¹⁰

2. LOS CASOS DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS PRESENTADOS POR LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN AL MINISTERIO PÚBLICO

El 8 de setiembre de 2003, la Fiscal de la Nación recibió 43 informes de la CVR sobre casos de violación a los derechos humanos para su investigación y posterior judicialización, sumándose a otros 4 que fueron presentados entre diciembre de 2002 y agosto de 2003.⁴¹¹

Si bien en siete de los 47 casos antes citados se hace referencia a hechos de violación sexual,⁴¹² en dos de ellos los indicios probatorios recogidos por la CVR están dirigidos a probar la violación sexual: “M.M.M.B.”⁴¹³ (Lima) y “Violencia sexual en Huancavelica: las Bases Militares de Manta y Vilca” (Huancavelica). Ambos casos fueron presentados al Ministerio Público el 8 de setiembre de 2003.

La Defensoría del Pueblo ha llamado la atención por el tiempo transcurrido desde la fecha en que la CVR entregó los informes de los 43 casos de violaciones a los derechos humanos a la Fiscal de la Nación y la fecha en la que

408 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, Tomo VI, op. cit. p. 303.

409 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe Final*, versión editada, op. cit., Tomo VI, p. 312.

410 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, Tomo VI, op. cit., p. 374.

411 Informe Defensorial N° 86 “A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, Lima, agosto 2004, p. 21.

412 *Ibidem*, p. 31.

413 Si bien en ambas versiones del Tomo VI del Informe Final de la CVR se relata este caso utilizando el nombre completo de la víctima, me parece conveniente utilizar sólo sus iniciales en este artículo.

fueron derivados a las fiscalías especializadas o provinciales penales/mixtas para el inicio de la investigación fiscal, pues permanecieron en el despacho de la Fiscal de la Nación por algunos meses. Tratándose de los casos de Lima el promedio de ese tiempo fue de 3 meses y 15 días; y, tratándose de los casos de Huancavelica fue de cinco meses.⁴¹⁴ Es evidente que ello supuso una primera demora injustificada en las investigaciones.

3. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE INVESTIGAR GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-004/03, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos, es claro que los derechos de la víctimas desbordan el campo indemnizatorio, pues incluyen –además– el derecho a la verdad, es decir, a conocer lo que sucedió, y a que se haga justicia, esto es, a que no haya impunidad.⁴¹⁵

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala en el caso Barrios Altos que el derecho a la verdad se encuentra subsumido “en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”.⁴¹⁶

414 *Informe Defensorial* N° 86, op. cit, p. 47.

415 Sentencia C-004-03, de 20 de enero de 2003, expedida por la Corte Constitucional de Colombia, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220° numeral 3) de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, VI, fundamentos 14 y 15.

416 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2001, caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), párrafo 48. Es pertinente señalar que la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Convención Americana de Derechos Humanos, es vinculante según lo señala el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y según lo ha establecido el Tribunal Constitucional: “(...) la interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos haya(n) realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...), véase Sentencias del Tribunal Constitucional

Sobre el derecho a la verdad, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que tiene una dimensión individual y una colectiva. “Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad, la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales”.⁴¹⁷ En su dimensión colectiva, ha señalado que el pueblo peruano tiene derecho a saber qué es lo que sucedió en nuestro país.⁴¹⁸

Por su parte, el deber del Estado peruano de investigar las violaciones a los derechos humanos se desprende del artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes del caso Barrios Altos, ya había señalado en reiterada jurisprudencia que del mencionado precepto se deduce el deber de los Estados de prevenir, investigar, individualizar e imponer las sanciones pertinentes a los responsables de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en su jurisdicción, así como de reparar adecuadamente a las víctimas.

En tal sentido, en el caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, la Corte Interamericana de Derechos Humanos textualmente afirma:

El Estado tiene el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.⁴¹⁹

Más aún, en dicho caso, la citada corte ha precisado que las investigaciones penales “deben emprenderse con seriedad y no como una simple for-

peruano en los Expedientes N° 217-2002-HC/TC y N° 218-2002-HC/TC.

417 Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Expediente N° 2488-2002-HC/TC, de 18 de marzo de 2004, caso Gerardo Villegas Namuche, 4. Derecho a la verdad, fundamento 16.

418 *Ibidem*, fundamento 17.

419 Sentencia de la Corte Interamericana de 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrafo 174.

malidad condenada de antemano a ser infructuosa”.⁴²⁰ Dicha interpretación ha sido reiterada en diversas sentencias de la Corte Interamericana.⁴²¹

La obligación que tiene el Estado de investigar las graves violaciones a los derechos humanos es tan importante, que la referida corte ha establecido que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables”⁴²² de tales hechos.

Por ello, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional del Colombia ha afirmado que a los derechos de las víctimas corresponden ciertas obligaciones del Estado, “pues si las víctimas tienen derecho no sólo a ser reparadas sino además a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, entonces el Estado tiene el deber correlativo de investigar seriamente los hechos punibles. Esta obligación estatal es tanto más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello ese deber estatal adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos”.⁴²³ Y es que “las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario configuran aquellos comportamientos que más intensamente desconocen la dignidad de las personas y más dolor provocan a las víctimas y a los perjudicados. Por ello, los derechos de las víctimas y perjudicados por esos abusos ameritan la más intensa protección, y el deber del Estado de investigar y sancionar estos comportamientos adquiere mayor entidad”,⁴²⁴ siendo la impunidad de estos hechos más grave e inaceptable.

420 *Ibidem*, párrafo 177.

421 Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fechas 8 de diciembre de 1995 (caso Caballero Delgado Santana contra Colombia), de 19 de enero de 1995 (caso Neyra Alegría y otros contra el Perú), de 12 de noviembre de 1997 (Caso Suárez Rosero contra Ecuador), entre otras. Después del casos Barrios Altos cabe citar la sentencia de 18 de septiembre de 2003 (caso Bulacio vs. Argentina).

422 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, op. cit., párrafo 41.

423 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-004-03, op. cit, fundamento 17.

424 *Ibidem*, fundamento 24. Juan Méndez sostiene que el Estado tiene cuatro obligaciones centrales: organizar una búsqueda exhaustiva de la verdad, alcanzar la justicia, reparar a las víctimas y a sus familiares y llevar a cabo reformas institucionales para evitar la repetición de los trágicos eventos represivos, véase Juan Méndez, presentación al libro *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, abril, 2006, pp. 21-22.

Los informes de la CVR sobre los casos “M.M.M.B.” y “Violencia sexual en las bases militares de Manta y Vilca” dan cuenta del profundo dolor ocasionado a sus víctimas y de la grave afectación a su dignidad que tales hechos supusieron. Para entender la intensidad del daño causado, considero necesario relatar –preservando el derecho a la intimidad de las víctimas– las circunstancias en las que se dieron los hechos de violencia sexual. Posteriormente, me ocuparé de las diligencias dispuestas por el Ministerio Público en la investigación de ambos casos.

4. EL CASO M.M.M.B (LIMA)

4.1. El informe presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación

4.1.1. *La declaración de la víctima ante la CVR, circunstancias y condiciones de la detención*

De acuerdo con lo que M.M.M.B declaró ante la CVR, el 30 de octubre de 1992 alrededor del mediodía, en la zona de la Cantuta, distrito de Chosica, Lima, fue intervenida por dos miembros del Departamento de Inteligencia de la 1ª División de las Fuerzas Especiales del Ejército del Perú, vestidos de civil, cuando salía de la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle, donde estudiaba, bajo el cargo de pertenecer y colaborar con Sendero Luminoso.⁴²⁵

M.M.M.B sostuvo que, seguidamente, le cubrieron la cabeza con una frazada y la metieron en un carro particular con destino desconocido. Luego de un trayecto de dos horas aproximadamente, aún con la cabeza cubierta, fue obligada a bajar del carro y conducida a un edificio donde, luego de subir por unas escaleras, fue encerrada en un baño oscuro. Los militares no se identificaron ni le comunicaron formalmente el motivo de su detención.⁴²⁶

M.M.M.B señala que ese mismo día, en la tarde, la sacaron del lugar donde estaba detenida y le vendaron los ojos para someterla a un interrogatorio. En ese interrogatorio, sin presencia de fiscal ni de abogado, le formularon diversas preguntas sobre su presunta vinculación con actividades de

425 Informe presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación “El caso de M.M.M.B”, p. 5.

426 *Ibidem*, p. 5.

Sendero Luminoso y su relación con dos personas (una mujer y un hombre) que habían sido detenidas los días anteriores (B.M.N.T y J.I.P), porque se hallaban implicados en la incautación de un cargamento de explosivos que sería utilizado en atentados terroristas.⁴²⁷ Como no reconoció los cargos que se le imputaban, M.M.M.B afirmó que fue golpeada y posteriormente violada por sus captores. Según su versión, esos mismos actos se repitieron al día siguiente. En su declaración instructiva ante el juez penal, el 23 de noviembre de 1992, relató lo siguiente:

... he sido maltratada físicamente por los efectivos militares, tirándome puñetes en la cabeza, patadas en el muslo, estando en todo momento desnuda (...) me pasaron electricidad, estando también todos estos momentos con los ojos vendados, forzándome a hablar, así como me metían en un tanque de agua para que hablara, insultándome con lisuras, además me pusieron una inyección en el brazo izquierdo, sintiéndome mal, toda la cabeza me daba vuelta, tampoco sentía los golpes que me daban, luego me violaron alrededor de 4 efectivos militares, ya que mi ropa estaba con sangre, agrego que era la primera vez que tenía relaciones sexuales con alguien, así como hace un mes no me viene la menstruación porque me tenía que venir los primeros días de noviembre ...⁴²⁸

Según la CVR “la detenida habría permanecido en un ambiente utilizado como celda que no reunía condiciones mínimas para tal efecto, sometida a condiciones de privación de luz, higiene y descanso”.⁴²⁹

427 B.M.N.T fue detenida el 28 de octubre de 1992. Luego de su detención, la División de las Fuerzas Especiales del Ejército realizó la incautación de 760 kilogramos de dinamita, con los que presuntamente se encontraban también involucrados J.T.I.P y M.M.M.B. El varón J.T.I.P fue detenido el 29 de octubre de 1992 y el mismo día conducido a la DINCOTE. B.M.N.T permaneció tres días en la División de Fuerzas Especiales del Ejército.

428 Declaración instructiva del 23 de noviembre de 1992 ante el 14° Juzgado Penal de Lima, Expediente N° 15-92, secretario Iván Paredes. Citada en el informe que sobre el caso presentó la CVR al Ministerio Público, op. cit. p. 6. Cabe señalar que el mencionado informe de la CVR da cuenta de una denuncia que fue presentada sobre los hechos en el Establecimiento Penal de Chorrillos, la que fue remitida a la 45° Fiscalía Provincial Penal el 8 de marzo de 1993. Finalmente, el 2 de mayo de 1995, la 44° Fiscalía Provincial Penal de Lima estableció que se había cometido el delito denunciado, pero dispuso el archivo provisional de la denuncia, pues no se había logrado identificar plenamente a los presuntos responsables. Los hechos de violación sexual también fueron investigados por el fuero militar. El 26 de febrero de 1997, el Consejo Supremo de Justicia Militar confirmó el auto del Consejo de Guerra que sobreseyó la causa.

429 Informe sobre el caso M.M.M.B presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación, op.

El 3 de noviembre de 1992, M.M.M.B fue puesta a disposición de la Dirección Nacional contra el Terrorismo,⁴³⁰ donde se autoincurrió de los cargos imputados, pues fue amenazada por los militares de tomar represalias contra su familia si denunciaba las torturas y la violación sexual de las que había sido víctima.

El 18 de junio de 1993, M.M.M.B. fue condenada por la Sala Especial de Terrorismo de la Corte Superior de Lima a veinte años de pena privativa de libertad por el delito de colaboración terrorista. Esta condena se basó en la investigación policial. La Corte Suprema de Justicia reformó la condena, mediante sentencia de 11 de marzo de 1994, a quince años de pena privativa de libertad.

El 14 de julio de 1993 dio a luz a su hija K.E.M.B.

El 6 de junio de 1998, M.M.M.B fue indultada por el Presidente de la República, por recomendación de la Comisión Ad hoc creada mediante Ley N° 26655. Como se recordará dicha comisión fue creada para evaluar, calificar y proponer, en forma excepcional, la concesión del indulto y el derecho de gracia presidencial para las personas procesadas o condenadas por terrorismo y traición a la patria. De acuerdo a lo establecido en la Ley N° 26655, dichos beneficios fueron recomendados cuando, a criterio de la Comisión Ad-hoc, se hubiese condenado o procesado con pruebas insuficientes a una persona y, además, se pudiese presumir, razonablemente, la no vinculación de estas personas con elementos, actividades u organizaciones terroristas.⁴³¹

4.1.2. Los exámenes médicos legales practicados a M.M.M.B

M.M.M.B fue sometida en noviembre de 1992 a tres reconocimientos médicos. El primero de ellos, el 3 de noviembre de 1992, fue un examen ectoscópico, practicado por la Policía Nacional del Perú. Este examen señaló:

cit. p. 18.

430 Esta fecha se desprende del Oficio N° 1408 KI/IGE/20.04.am, de 26 de mayo de 1993, que remitió el entonces comandante general del Ejército, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, al Fiscal de la 45ª Fiscalía Provincial Penal de Lima, según el cual M.M.M.B fue detenida por la 1ra. Div. FFEE el 30 de octubre de 1992 y puesta a disposición de la DINCOTE el 3 de noviembre de 1992.

431 Estuvo integrada por el Defensor del Pueblo, quien la presidía, el Ministro de Justicia y el padre Hubert Lanssiers, en representación del Presidente de la República.

EXAMEN ECTOSCÓPICO lesiones recientes: Equimosis pequeña en la rodilla izquierda cara anterior; lesiones antiguas: no se observan (...).⁴³²

Por otro lado, el 5 de noviembre de 1992, se le hizo otro reconocimiento médico, solicitado por la DINCOTE, que arrojó equimosis y tumefacción en la rodilla izquierda que no requerían incapacidad.⁴³³ Finalmente, el 23 de noviembre de 1992, a solicitud del 14° Juzgado Penal de Lima, luego de que M.M.M.B rindiera su declaración instructiva, se le practicó otro reconocimiento médico que arrojó “desgarros antiguos y signos de desfloración antigua”,⁴³⁴ pero no se consigna que se hubieran realizado exámenes para determinar otro tipo de lesiones o si se encontraba en estado de gestación, conforme afirmó la examinada ante el juez”.⁴³⁵

Si bien los exámenes practicados a la víctima tampoco arrojaron resultados compatibles con graves daños físicos o psíquicos, la CVR acogió el criterio por el cual “la violación o amenaza de violación de mujeres detenidas por los agentes de los establecimientos penitenciarios, de los servicios de seguridad o de las fuerzas armadas SIEMPRE equivalen a tortura”.⁴³⁶

4.1.3. Los presuntos autores según la CVR

De acuerdo con la CVR, el responsable del operativo de inteligencia –sin intervención del Ministerio Público– en el que fue detenida M.M.M.B fue el oficial del Ejército conocido como teniente coronel G-2 César Infantas

432 Dictamen de Medicina Forense N° 11605/92 de 6 de noviembre de 1992, elaborado por la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú y suscrito por dos médicos de la Policía Nacional del Perú y el Inspector de la 1ª División de Fuerzas Especiales.

433 Certificado Médico Legal N° 39050-L de 13 de noviembre de 1992, expedido por las doctoras Yolanda Cáceres Bocanegra y Judith Maguiña Romero del Instituto de Medicina Legal del Perú.

434 Certificado Médico Legal N° 3868-H de 25 de noviembre de 1992, expedido por el Instituto de Medicina Legal.

435 Informe sobre el caso M.M.M.B presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación, op. cit. p. 20.

436 *Ibidem*, p.23. Sobre la violación sexual como tortura véase el Informe N° 5/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Rocío Villanueva Flores, “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, en la *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Volumen 43, San José, 2006, pp.415-421.

Cortijo, cuyo verdadero nombre es Julio Rodríguez Córdova. Actualmente se encuentra en retiro.

La CVR sostiene que, según la legislación vigente en aquel momento (Decreto Ley N° 25475), la detención de M.M.M.B fue ilegal, pues en caso de presunto delito de terrorismo la detención solo correspondía a las Fuerzas Armadas en aquellos lugares donde no existía dependencia policial, supuesto que no se aplicaba al presente caso (artículo 12° incisos a y c del Decreto Ley N° 25475).

Para la CVR, este tipo de operativos eran “procedimientos conocidos y autorizados por el entonces comandante general de la 1ª División de Fuerzas Especiales, general de brigada Luis Pérez Documet”⁴³⁷. En efecto, ante el Segundo Juzgado Permanente de la Segunda Zona Judicial del Ejército, Julio Rodríguez Córdova declaró, sobre la detención de M.M.M.B, “...que para este operativo se tuvo la autorización del Comando...”, agregando “... tampoco he sido sancionado por estos hechos, por el contrario he sido felicitado por el Comandante General de la División de Fuerzas Especiales...”.⁴³⁸ Por otro lado, según la CVR, el Oficio N° 175/B-2/G-2/1RA DIV FFE, de 3 de noviembre de 1992, por el cual pusieron a disposición de la DINCOTE a M.M.M.B, lleva la firma de Pérez Documet, en calidad de Comandante General de la 1ª División de Fuerzas Especiales y el sello de “SECRETO”⁴³⁹. Por ello, en opinión de la CVR, al mencionado oficial le corresponde participación en los hechos como coautor.

Es interesante destacar que la CVR explica la teoría del dominio del hecho de Claus Roxin en este informe sobre el caso de M.M.M.B. Ella sirve para sustentar la determinación de responsabilidad para aquellos casos en los que se cometen delitos a través de aparatos de poder, en los cuales la cadena de responsabilidad llega hasta quienes, sin formar parte de la fase ejecutiva del delito, ostentan el dominio del hecho. Como aparato de poder se califica a toda organización, inclusive de carácter estatal, que se estructura jerárquicamente con fines delictivos, donde es común “ejecutores fungibles”. “En ese sentido, en el supuesto de que un efectivo omitiera las órdenes de sus superiores, ello no afectaría la realización del hecho delictivo pues sería reemplazado por otra persona, al ser un simple engranaje de la máquina

437 Informe sobre el caso M.M.M.B presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación, op. cit., p. 19.

438 *Ibídem*, p. 19.

439 *Ibídem*, p. 19.

criminal que no necesita el uso de la coacción ni la creación del error en el ejecutor”.⁴⁴⁰

Adicionalmente, según la CVR “los demás miembros de la 1ª División de Fuerzas Especiales del Ejército que, bajo las órdenes del Teniente Coronel Julio Alberto Rodríguez Córdova, participaron en la captura, custodia y presunta violación sexual de M.M.M.B deben responder por estos hechos en calidad de coautores”.⁴⁴¹

En consecuencia, la CVR recomendó que se formulara denuncia penal contra Julio Alberto Rodríguez Córdova y Luis Augusto Pérez Documet por el delito de secuestro agravado (artículo 152° del Código Penal de 1991) en agravio de M.M.M.B. Asimismo, recomendó que se reabriera la investigación sobre la presunta violación sexual de M.M.M.B, iniciada en la 44 Fiscalía Provincial Penal de Lima (Denuncia N° 663-93) para incluir como presuntos responsables a Julio Alberto Rodríguez Córdova y a los integrantes del grupo operativo del Departamento de Inteligencia de la 1a División de Fuerzas Especiales del Ejército, considerando las especiales circunstancias del delito cometido que configuran el supuesto de hecho del delito de violación sexual agravada previsto en el artículo 177° del Código Penal de 1991.

4.2. La investigación preliminar del Ministerio Público

4.2.1. Datos sobre el expediente

Expediente: 09-2004

Fiscalía: Quinta Fiscalía Penal Supraprovincial de Lima

440 *Ibidem*, pp. 25-30. Entre la bibliografía que la CVR cita sobre la teoría del dominio del hecho, se encuentran las obras de Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo (Universidad de Extremadura), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, 1998; de Kai Ambos, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad*, traducción de Manuel Cancio Melia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 1998, y de Gunther Jakobs, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997.

441 Informe sobre el caso M.M.M.B presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación, op. cit., pp. 24-25.

Fiscal:	Mario Gonzáles Díaz (Fiscal Provisional)
Presuntos delitos:	Desaparición forzada, tortura y violación sexual
Estado:	Investigación preliminar
Fecha de inicio de la invest.:	18 de febrero de 2004
Tiempo transcurrido:	2 años y 5 meses

Esta fiscalía tiene dedicación exclusiva para conocer delitos de terrorismo, delitos contra la humanidad, delitos comunes que hayan constituido violaciones a los derechos humanos y delitos conexos.⁴⁴²

4.2.2. Las víctimas

Si bien la investigación fiscal sólo considera a M.M.M.B como agraviada, de las diligencias realizadas se puede presumir que B.M.N.T, la mujer que fue detenida días antes de la detención de M.M.M.B y que permaneció tres días en la División de Fuerzas Especiales del Ejército, habría sido violada los días que estuvo detenida en esa dependencia, es decir del 28 a 30 de octubre.

4.2.3. Los presuntos responsables

Sobre la base de las recomendaciones de la CVR, la fiscalía viene investigando a las siguientes personas:

Nombres y apellidos	Función que desempeñaban en octubre de 1992
Luis Augusto Pérez Documet	Comandante General de la Primera División de Fuerzas Especiales del Ejército (DIFE)
Julio Alberto Rodríguez Córdova	Jefe del Departamento de Inteligencia y Seguridad de la DIFE

442 Véase la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1645-2004-MP-FN, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de noviembre de 2004.

José Edward Gamero Tejada	Integrante del Departamento de Inteligencia y Seguridad de la DIFE
Isaac Román Silvestre Cevallos	Integrante del Departamento de Inteligencia y Seguridad de la DIFE
Miguel Ángel Muñoz Fernández	Integrante del Departamento de Inteligencia y Seguridad de la DIFE
Carlos Rengifo Salinas	Integrante del Departamento de Inteligencia y Seguridad de la DIFE
Jesús Llactahuamán Romero	Integrante del Departamento de Inteligencia y Seguridad de la DIFE
Luis Alberto Peña Laime	Integrante del Departamento de Inteligencia y Seguridad de la DIFE
Jaime Gutiérrez Tovar	Jefe de Estado Mayor de la Primera División de Fuerzas Especiales del Ejército
William Córdova Román	Comandante de Sección de la Compañía de Comando y Servicios de la DIFE

4.2.4. Principales diligencias realizadas

4.2.4.1. Documentos recabados en la investigación fiscal

- a) Expediente N° 58-95, remitido por el Segundo Juzgado Permanente de la II Zona Judicial del Ejército relacionado con la investigación iniciada contra los que resultaran responsables de la presunta violación de M.M.M.B. El proceso se archivó definitivamente debido a que el certificado médico legal del examen realizado a la víctima sólo daba cuenta de algunas lesiones recientes en la rodilla.
- b) Informe de Inspectoría General del Ejército N° 28 K-1/1era, de agosto de 1993, remitido por la Secretaría General del Ministerio de Defensa. El informe concluye que la denuncia de la agraviada era un argumento de defensa ante los cargos de terrorismo que se le imputaban.
- c) Historia clínica de M.M.M.B, remitida por el Instituto Materno Perinatal. En dicho documento consta que el 14 de julio de 1993 nació su hija K.E.M.B.

- d) Legajos personales de todos los investigados, remitidos por la Secretaría General del Ministerio de Defensa.
- e) Dictamen Pericial N° 11605/92, de 6 de noviembre de 1992, remitido por la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional. El examen médico se realizó el 3 de noviembre de 1992 a las 13:10 horas.
- f) Expediente N° 15-92 seguido por el delito de terrorismo en contra de B.M.N.T, J. T.I.P y M.M.M.B, remitido por la Sala Penal Especial. En dicho expediente se establece que los tres procesados fueron detenidos por efectivos de la División de Fuerzas Especiales del Ejército (DIFE) el 28, 29 y 30 de octubre respectivamente. Asimismo, constan las fechas en las que la DIFE los puso a disposición de la DINCOTE.

4.2.4.2. Declaraciones indagatorias

- a) La declaración de M.M.M.B fue llevada a cabo el 23 de agosto de 2004. En enero de 2005 se recabó una nueva declaración indagatoria de la agraviada, para esclarecer las amenazas de las que, según el Instituto de Defensa Legal (IDL), era objeto.⁴⁴³
Es importante destacar que en su declaración indagatoria la agraviada afirmó, respecto del examen ectoscópico, que se le practicó el 3 de noviembre de 1992, que el médico legista sólo dio cuenta de las lesiones que su vestimenta (un vestido) dejaba ver. Señaló que en ningún momento el médico le formuló pregunta alguna o le pidió que se levantara el vestido; y, ella tampoco dijo nada porque previamente había sido amenazada por los efectivos de la DIFE.⁴⁴⁴
- b) La declaración de B.M.N.T tuvo lugar en setiembre de 2004 en el penal de máxima seguridad de Chorillos. Señaló que sufrió condiciones de detención semejantes a las de M.M.M.B y que también fue violada sexualmente. Sostuvo que la fotografía de Julio Alberto

443 En dicha diligencia la agraviada solicitó que por el momento no se le otorgara custodia policial.

444 El examen ectoscópico es un examen visual que excluye otro tipo de reconocimiento, véase Katya Salazar Luzula: "Género, violencia y derecho penal en el período posterior al conflicto en el Perú", en *El legado de la verdad. La justicia penal en la transición peruana*, op. cit. p. 203.

Rodríguez Córdova correspondía a uno de los efectivos que participó en su detención.

- c) La declaración de J.T.I.P fue realizada el 7 de octubre de 2004. Señaló que la fotografía de Julio Alberto Rodríguez Córdova correspondía a uno de los efectivos que participó en su detención.
- d) La declaración de Miguel Ángel Muñoz Fernández fue llevada a cabo el 3 de noviembre de 2004.
- e) La declaración de Jesús Llactahuamán Romero tuvo lugar el 3 de noviembre de 2004.
- f) La declaración de Carlos Rengifo Salinas fue llevada a cabo el 4 de noviembre de 2004. Afirmó que no participó en la detención de M.M.M.B y que mientras trabajó en la DIFE no recordaba que se hubiera detenido a nadie en sus oficinas.
- g) La declaración de Rene Braulio Benito Jara se realizó el 4 de noviembre de 2004.
- h) La declaración de Jaime Gutiérrez Tovar fue llevada a cabo el 8 de noviembre de 2004.
- i) La declaración de Jesús Edward Gamero Tejada, fue realizada el 8 de noviembre de 2004. Sostuvo que participó en la incautación de los 760 kilogramos de dinamita, operativo en el que además se detuvo a dos personas que inmediatamente fueron puestas a disposición de la DINCOTE. Afirmó no recordar que se hubiera trasladado a alguien a las oficinas de la DIFE.
- j) La declaración de Luis Augusto Pérez Documet fue llevada a cabo el 11 de noviembre de 2004. Señaló que los últimos días de octubre y los primeros de noviembre de 1992 se encontraba en la ciudad de Arequipa, en una reunión de la Caja Militar, razón por la cual se enteró de las detenciones y de la incautación de los explosivos cuando regresó. Por ello, afirmó que el oficio con el que se remitió a M.M.M.B a la DINCOTE fue firmado por Jaime Gutiérrez Tovar (Jefe de Estado de la DIFE).
- k) La declaración de Isaac Román Silvestre Cevallos, tuvo lugar el 10 de diciembre de 2004. Sostuvo que los efectivos a cargo de los interrogatorios eran Rodríguez Córdova, Peña, Benítez, Muñoz, Rengifo y él. Sin embargo, señaló que no participó ni supo de la detención de M.M.M.B.
- l) La declaración de Luis Alberto Peña Laime fue realizada el 13 de diciembre de 2004. Solicitó que se le hiciera la prueba de ADN.

m) La declaración de Julio Alberto Rodríguez Córdova fue llevada a cabo en su domicilio⁴⁴⁵ el 28 de diciembre de 2004. El 16 de diciembre de 2005 se recabó una nueva declaración indagatoria. En ambas diligencias el declarante afirmó que participó directamente en las detenciones de B.M.N.T y J.T.IP, en tanto que Carlos Rengifo estuvo a cargo de la detención de M.M.M.B. Los interrogatorios de las dos detenidas fueron realizados por Gamero y Rengifo. También señaló que funcionalmente no realizaban detenciones, por lo que éstas se llevaban a cabo con la autorización del Comando de la DIFE.⁴⁴⁶ Finalmente, solicitó que tanto a él como a todas las personas investigadas que formaron parte del Departamento de Inteligencia y Seguridad de la DIFE se les realizara la prueba de ADN.

Debe señalarse que M.M.M.B siente temor de saber quién es el padre biológico de su hija, vinculado a la preocupación de que una vez llevada a cabo la prueba de ADN, pueda “perder ciertos derechos sobre su hija”.⁴⁴⁷

4.2.5. Diligencias pendientes

La fiscalía considera que la única diligencia pendiente es la recepción de la información solicitada mediante Oficio N° 009-2004-5°FPS/MP-FN, de 17 de mayo de 2006, a la Secretaria General del Ministerio de Defensa, para determinar la responsabilidad de Luis Pérez Documet.⁴⁴⁸ La fiscalía solicita que se le informe si Luis Augusto Pérez Documet pidió algún permiso entre octubre y noviembre de 1992 y, de ser el caso, el motivo de dicha solicitud.

445 En el proceso relacionado por la matanza de Barrios Altos se le ordenó arresto domiciliario.

446 La DIFE se encontraba a cargo de Luis Pérez Documet o, en su ausencia, de José Gutiérrez Tovar (Jefe de Estado Mayor de la DIFE).

447 Katya Salazar Luzula, “Género, violencia sexual y derecho penal en el período posterior al conflicto en el Perú”, op. cit. p. 205.

448 Esta información se obtuvo de una entrevista que sostuvo un comisionado de la Defensoría del Pueblo con la doctora Rosa Valdivia, Fiscal adjunta encargada de la investigación.

5. VIOLENCIA SEXUAL EN HUANCAVELICA: LAS BASES MILITARES DE MANTA Y VILCA

5.1. El informe de la CVR presentado a la Fiscal de la Nación

Según el informe presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación, entre 1984 y 1995, los soldados de las bases contrasubversivas instaladas en los distritos de Manta y Vilca en Huancavelica, perpetraron, entre otras violaciones a los derechos humanos, violaciones sexuales contra las mujeres, en muchos casos sindicándolas de colaborar con la subversión.

De acuerdo a la CVR, en algunas oportunidades, luego de cometida la violación sexual, se obtenía el compromiso del violador de casarse con la víctima, a fin de que no fuera denunciado ante las autoridades.⁴⁴⁹

En el informe que sobre este caso preparó la CVR, se consigna la declaración del registrador municipal de Manta, *Ciro Araujo Ruiz*, quien ante la CVR declaró que elaboró una relación de 32 nombres de niños que no tenían padre y que probablemente eran hijos de un efectivo del Ejército que estuvo destacado en Manta.⁴⁵⁰ Por su parte, en las conclusiones del informe sobre este caso, la CVR afirma que “se ha podido ubicar alrededor de 20 niños cuyos padres son efectivos militares, quienes en ningún caso reconocieron a sus hijos”.⁴⁵¹

De acuerdo con la CVR, como algunas de las víctimas desconocían el apellido del agresor, indicaban al registrador que inscribiera a sus hijos/as con apellidos paternos como “Militar”, “Moroco” o “Capitán”. La CVR contó con una copia del acta de nacimiento de *E. Militar C*, quien, según su madre, *A.C.P.*, fue concebido a consecuencia de abuso sexual⁴⁵².

449 Debe recordarse que hasta 1997 el Código Penal establecía, en el artículo 78°, que en los delitos contra la libertad sexual la acción penal se extinguía por matrimonio subsiguiente, mientras que el artículo 178° señalaba –respecto de los mismos delitos– que el agente quedaba exento de pena si contraía matrimonio con la “ofendida” y que la exención de pena se extendía a los coautores. Dichas disposiciones fueron modificadas por la Ley N° 26770, promulgada el 11 de abril de 1997, que eliminó la extinción y exención de pena por matrimonio subsiguiente.

450 Informe presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación “Violencia sexual en Huancavelica: las Bases Militares de Manta y Vilca”, p. 9.

451 *Ibidem*, p. 85.

452 *Ibidem*, p. 9.

Según la CVR la violación sexual a las mujeres fue cometida en algunos casos como forma de tortura, durante los interrogatorios, y en otros, “por iniciativas individuales” que se produjeron abusando del poder que los militares tenían en el contexto de la lucha antisubversiva.⁴⁵³ Por lo general, en estos últimos casos los militares actuaban portando sus armas de guerra, amenazando explícita o implícitamente a las mujeres.

En el informe sobre las violaciones sexuales en las bases militares de Manta y Vilca, la CVR identificó a 24 víctimas. En 13 casos, los militares violaron a las mujeres porque consideraban que tenían vínculo con la subversión.⁴⁵⁴ Ninguna de las mujeres denunció los abusos ante el sistema de justicia, ni siquiera a la policía. La CVR destaca que en 1984 no hubiera una sola cabina telefónica en Manta y Vilca, como un elemento más que contribuyó a la impunidad de los hechos⁴⁵⁵.

En 21 casos, la CVR consigna el nombre y los dos apellidos de las víctimas, en 2 solo los apellidos y en 1 el nombre y un apellido.

5.1.1. Los presuntos responsables según la CVR

En el informe de la CVR también aparece una lista de 13 presuntos autores y partícipes:

- a) En 6 casos se consigna el nombre y los dos apellidos de los presuntos autores de la violación sexual, el nombre y los dos apellidos de la víctima a quien cada uno de ellos habría violado, así como el mes y año en que cada una de las violaciones sexuales ocurrió;
- b) En un caso aparece el alias del capitán (“Papilón”), la información de que en el 2003 era teniente coronel, sus dos nombres y dos apellidos, el nombre de la víctima y sus dos apellidos, así como el mes y año en que ocurrió la violación sexual;
- c) En un caso aparece el nombre y un apellido del soldado que habría cometido la violación sexual (soldado Martín Sierra), el nombre y dos apellidos de la víctima así como el mes y año en que ocurrió el hecho;
- d) En un caso se consigna el nombre y los dos apellidos del soldado que habría cometido la violación sexual, el nombre y los dos apellidos de la

453 *Ibíd.*, p.10.

454 *Ibíd.*, p. 37.

455 *Ibíd.*, p. 41.

- víctima, así como el mes y año en que tuvo lugar el hecho. Sin embargo, se señala que el presunto autor ha muerto;
- e) En un caso se ha consignado el apelativo y el apellido paterno del teniente del Ejército a quien se imputa la violación sexual (Teniente “Duro”, de apellido Zapata), el nombre de la víctima, su apellido paterno y el apellido de casada así como el mes y año en que la violación sexual ocurrió;
 - f) En un caso, aparece el apelativo del suboficial del Ejército responsable de la violación sexual (sub oficial “Ruti”), el nombre y los dos apellidos de sus tres víctimas, así como el mes y año en que ocurrió la mencionada violación. Este mismo suboficial habría sido cómplice de la violación sexual de otra víctima, cuyo nombre y dos apellidos se consignan, así como el mes y año en que tuvo lugar el hecho;
 - g) En un caso aparece el supuesto apellido paterno del teniente que habría cometido la violación sexual (Teniente Sierra), el nombre, los dos apellidos paternos de la víctima, su apellido de casada, así como el mes y año en que se produjo la violación sexual;
 - h) En un caso aparece el apelativo del capitán (Capitán “Piraña”), a quien se le imputa ser cómplice en la violación sexual de una víctima, cuyos dos nombre y apellidos figuran, así como el mes y año en el que habría ocurrido la violación.

Además, la CVR solicitó al Ministerio Público investigar la responsabilidad de 13 tenientes –cuyos nombres y dos apellidos se consignan– que podrían haber estado destacados en el Cuartel de Pampas y, por tanto podrían haber estado destacados en la bases de Manta y Vilca, y responder al apelativo de Teniente “Duro”, en 1984.

Igualmente, se solicita investigar a dos capitanes que en 1985 podrían haber respondido al apelativo de Capitán “Piraña” o “Papilón”, cuyos nombres figuran también bajo el apelativo de Teniente “Duro”. Estas personas estuvieron destacadas en el Cuartel de Pampas, y por tanto pudieron haber estado destacadas en las bases militares de Manta y Vilca y responder a los mencionados apelativos.

Cabe señalar que la información de la identidad de las personas que podrían haber usado los apelativos de “Duro”, “Piraña” o “Papilón”, la proporcionó el Ministerio de Defensa a la CVR.⁴⁵⁶

Según la CVR, en el caso de los Jefes del Cuartel de Pampas N° 43, durante los años 1984 y 1985, cabría establecerse su responsabilidad por omisión, pues no adoptaron las medidas necesarias para el cese de las violaciones, tratándose de un número considerable de ellas.⁴⁵⁷

- a) Teniente Coronel EP Adolfo Unda Rojas, Jefe del Cuartel de Pampas N° 43 durante 1984, por omisión por los delitos de violación sexual;
- b) Teniente Coronel EP Raúl Pinto Ramos, Jefe del Cuartel de Pampas N° 43 durante 1985, por omisión por los delitos de violación sexual.

Como se trata de varias víctimas violadas en circunstancias distintas, en la sección VI, Análisis legal de caso, del informe de la CVR, hay un desarrollo de los delitos dependiendo de los hechos: A. El delito de violación sexual en concurso con el delito de secuestro agravado, tipificado en el artículo 223° del Código Penal de 1924, posteriormente modificado por Ley N° 24420 de 27 de diciembre de 1985, B. Delito de violación sexual y asalto a mano armada, tipificado en el artículo 197° del Código Penal de 1924, modificado por el Decreto Ley N° 17388 de 24 de enero de 1969 así como en el artículo 170° segundo párrafo del Código Penal de 1991, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 26293, publicada el 14 de febrero de 1994. C. Delito de tortura.

Para la CVR “las agresiones sexuales objeto de este informe, en especial las referidas en el apartado IV.1, constituyen una forma de tortura y, en consecuencia son infracciones al derecho internacional de los derechos humanos”⁴⁵⁸. Sin embargo, si bien deja claro que el delito de tortura fue tipificado en la legislación interna mediante Ley N° 26926, publicada en el diario oficial El Peruano el 21 de febrero de 1998,⁴⁵⁹ señala que la ade-

457 *Ibidem*, p. 48.

458 *Ibidem*, p. 84.

459 La Ley N° 26926 tipifica el delito de tortura en el artículo 321° del Código Penal, dentro de los delitos contra la humanidad, en los siguientes términos: “El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otros dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

cuación de los hechos a la figura vigente de tortura “es un claro indicador de la gravedad de los ilícitos cometidos y del considerable desvalor que suponen tales hechos para nuestra cultura jurídica contemporánea”.⁴⁶⁰ Para sustentar la aplicación del delito de tortura la CVR a hechos ocurridos antes de la incorporación de tal delito al Código Penal, cita los artículos 2º, 3º, 55º y 200º inciso 4º de la Constitución e instrumentos internacionales que protegen la integridad personal y prohíben la tortura⁴⁶¹.

Por ello, la CVR concluye que “Desde la perspectiva de la legislación interna los hechos constituyen delito de violación. Sin embargo, a la luz de la legislación vigente en la fecha de presentación del presente informe, los hechos detallados en el presente informe, en especial los referidos en el Apartado IV.1 constituyen delito de tortura”.

Aunque no es objeto de este artículo establecer si unos hechos que tuvieron lugar antes de la vigencia de la Ley N° 26926 pueden ser calificados como tortura, me parece necesario señalar que, en mi opinión, los argumentos esgrimidos por la CVR para sostener que las violaciones sexuales en las bases militares de Manta y Vilca constituyen delito de tortura no son suficientes. No hay que olvidar que el artículo 2º numeral 24) literal d) de la Constitución consagra el principio de legalidad. Ese principio tendría que ser desplazado por otro principio constitucional para aplicar el artículo 321º del Código Penal, que tipifica el delito de tortura. Si bien puede presentarse una colisión entre principios constitucionales, y uno de los principios en conflicto puede ser desplazado como resultado del juicio de ponderación, el desplazamiento de un principio constitucional requiere un mayor grado de argumentación jurídica, que no puede limitarse a enumerar artículos constitucionales e instrumentos internacionales sobre tortura.⁴⁶²

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años”.

460 Informe presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación *Violencia sexual en Huancavelica: las Bases Militares de Manta y Vilca*, op. cit. p. 63.

461 *Ibidem*, p. 64.

462 Véase Luis Prieto Sanchís: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 175-203, Marina Gacón Abellán y Alfonso García Figueroa: *La argumentación en el derecho*, Segunda edición corregida, Palestra, Lima, 2005, pp. 308-321, y Rocío Villanueva: *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*, op. cit. pp. 405-408.

Por otro lado, tampoco queda claro por qué para la CVR la violación sexual de las mujeres de Manta y Vilca constituye delito de tortura y no la que sufrió M.M.M.B, perpetrada –igualmente– antes de la vigencia del artículo 321° del Código Penal.

5.2. La investigación preliminar del Ministerio Público

5.2.1. *Los datos sobre el expediente*

Fiscalía:	Primera Fiscalía Provincial Penal de Huancavelica
Fiscal:	Aurorita Georgina De la Cruz Horna (Fiscal Titular)
Expediente:	213-2004
Presunto delito:	Violación sexual
Estado:	En investigación preliminar
Fecha de inicio invest.:	15 de marzo de 2004
Tiempo transcurrido:	2 años y 3 meses

En Huancavelica existen dos fiscalías penales para atender la investigación de los delitos en todo el departamento. La Primera Fiscalía Provincial Penal de Huancavelica no tiene dedicación exclusiva, debiendo atender además de los casos de violación a los derechos humanos todo tipo de delito.

5.2.2. *La apertura de la investigación y las diligencias ordenadas*

Mediante Resolución de 15 de marzo de 2004, la Fiscal Provincial en lo Penal de Huancavelica abrió investigación preliminar sobre el caso, disponiendo que:

- Se tomaran las declaraciones de las 24 agraviadas a que hace referencia el informe de la CVR;
- Se tomaran las manifestaciones indagatorias de 8 de los 13 presuntos autores y partícipes a lo que se refiere la CVR. Estas 8 personas son los agentes del Estado a quien la CVR identificó con nombre y apellido (6), el teniente coronel en actividad, cuyo apelativo e identidad también proporcionó la CVR, y el soldado respecto de quien se conoce el nombre y primer apellido;

- c) Se solicitara información al Ministerio de Defensa sobre el nombre completo de los agentes del Estado cuyos apelativos brindó la CVR (Teniente “Duro”, sub oficial “Ruti”, Capitán “Piraña”, Capitán “Papi-lón”, del teniente del que solo se conoce el apellido paterno (Teniente Sierra) y del soldado respecto de quien solo se conoce el nombre y apellido (Martín Sierra);
- d) Se recibieran las declaraciones indagatorias de los 13 militares que estuvieron destacados en el Cuartel de Pampas, y, por lo tanto, podrían haber estado destacados en Manta y Vilca;
- e) Se recibieran las declaraciones indagatorias del Teniente Coronel del Ejército Peruano Adolfo Unda Rojas, Jefe del Cuartel de Pampas N° 43 durante 1984, así como del Teniente Coronel del Ejército Peruano Raúl Pinto Ramos, Jefe del Cuartel de Pampas N° 43 durante 1985;
- f) Se solicitaran las fichas del Reniec, para obtener las direcciones de todos los militares antes indicados, sin perjuicio de notificárseles por intermedio de la Dirección de Personal del Ejército;
- g) Se oficiara a la Dirección General de Migraciones para que informara si los militares mencionados se encontraban fuera del país;
- h) Se actuaran las demás diligencias necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos.

En el expediente se pueden apreciar los oficios dirigidos por la fiscal a distintas autoridades, que tienen fecha 15 de marzo de 2004:

- a) Al Director de la Dirección de Personal del Ejército para que notificara a los 13 oficiales que estuvieron destacados en Pampas, y por lo tanto pudieron haber estado destacados en Manta y Vilca, así como a los dos Jefes del Cuartel Pampas N° 43 durante 1984 y 1985, que debían dar su manifestación sobre los sucesos ocurridos en Manta y Vilca, los días 5, 6, 7 y 12 de abril de 2004, bajo responsabilidad funcional en caso de incumplimiento;
- b) Al Director de la Dirección de Personal del Ministerio de Defensa solicitando información sobre los nombres completos de los tres soldados cuyos apelativos brindó la CVR (Teniente “Duro” de apellido Zapata, Sub oficial “Ruti” y Capitán “Piraña”), del Teniente Sierra y del soldado Martín Sierra;
- c) A la Dirección General de Migraciones solicitando se le informara sobre 21 militares para establecer si se encontraban fuera del país.

Llama la atención que en el expediente no aparezca ningún oficio solicitando que se notifique a los ocho militares identificados, presuntos responsables de los actos de violación sexual. Nada se sabe en relación con el oficio dirigido a la Dirección de Personal del Ejército, pues ninguno de los oficiales, supuestamente notificados, se ha acercado a la fiscalía a rendir su manifestación. Por otro lado, el oficio dirigido al Ministerio de Defensa fue devuelto por el courier al no haberse consignado correctamente las direcciones de las instituciones. Sin embargo, no se ha vuelto a oficiar.

5.2.3. Declaración de las víctimas

Como se señaló, el informe de la CVR sobre las violaciones sexuales en las bases militares de Manta y Vilca incluyó a 24 víctimas. Actualmente las víctimas son 26. Solo 12 tienen patrocinio legal del IDL.⁴⁶³ La fiscal ha recibido ocho declaraciones indagatorias de las víctimas, todas ellas patrocinadas por el IDL.

De la lectura del expediente se constatan las dificultades en la notificación a las víctimas para que rindan su manifestación, pues algunas de ellas viven en zonas rurales alejadas de la ciudad de Huancavelica o en el departamento de Junín

5.2.3.1. E.B. de A

El 22 de setiembre de 2004 E.B. de A, de 53 años, analfabeta, brindó su declaración indagatoria sobre lo ocurrido. Según su manifestación, su esposo M.A.P. era buscado tanto por los senderistas como por los militares, pues era una autoridad (Presidente de la Granja Comunal de San Carlos y del Comité Pro Irrigación). Su esposo, sabiéndose inocente, el 27 de abril de 1984 acudió voluntariamente a la base militar de Qoriccocha.

Al día siguiente, E.B. de A fue a buscar a su esposo a la citada base militar, y se entrevistó con él, quien llorando le dijo que vendiera todos

463 Cabe destacar que de las 1512 víctimas incluidas en los 47 casos que la CVR presentó al Ministerio Público para su judicialización, el 76% carece de patrocinio legal, véase Informe Defensorial N° 97 “A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, Lima, setiembre 2005, pp. 57-58.

los animales y se fuera a Lima con sus hijos. E.B. de A logró hablar con el teniente “Jaguar”, quien le pidió un certificado de buena conducta de su esposo para liberarlo.

E.B. de A regresó a Vilca para buscar el certificado de buena conducta. El 30 o 31 de abril E.B. de A fue detenida por los militares, conducida a la base militar de Vilca con una de sus hijas, de 11 años, y con su hijo de 7 años. Como ella pedía que la liberaran para ver a sus otros tres hijos, que se habían quedado en la casa, al día siguiente se los trajeron a la base militar. El mayor de los hijos tenía 13 años. Estando detenida en la base, como a las once de la noche la fue a buscar un soldado, señalándole que tenía que dar su declaración. La condujo al cuarto del teniente “Duro”, quien lejos de preguntarle algo, le pidió que se desnudara. Como E.B. de A se negó, la desnudó a la fuerza y la violó, mientras le decía que era una “Tuca” y palabras soeces. Permaneció detenida en la base militar de Vilca durante una semana, con sus hijos, sirviendo en la cocina y lavando la ropa de los militares. Todas las noches fue llevada al cuarto del teniente “Duro”, siendo violada en varias oportunidades.

El esposo de E.B. de A continúa desaparecido.⁴⁶⁴ Ella denunció los hechos en 1991 ante Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH). También afirmó que volvió a comprometerse en 1986 con S.A.A, a quien los militares disfrazados de terroristas golpearon hasta dejarlo semimuerto. El hombre falleció como consecuencia de los golpes que recibió.

5.2.3.2. M.S.C

El 23 de setiembre M.S.C, de 38 años, con secundaria completa, rindió su manifestación ante la fiscal. Afirmó que todos los miembros de la comunidad de Manta tenían que estar registrados en la base militar. En junio de 1984 fue conducida a la base militar de Manta donde fue interrogada sobre supuestas incursiones terroristas y amenazada con un fusil Fal en la cien. Desde entonces siempre la llamaban, aduciendo que tenía que rendir una declaración. Señaló que en cuatro o cinco oportunidades fue llamada a declarar, junto

464 De acuerdo a la Ley N° 28413 la Defensoría del Pueblo expide constancias de ausencia por desaparición forzada, previo proceso de verificación de la situación de la persona desaparecida. Dicha institución ha emitido la Constancia de ausencia por desaparición forzada N° 137 respecto de M.A.P, que ha sido entregada a su hija el 29 de mayo de 2006, y a su esposa, E.B de A, el 2 de junio de 2006.

con otras chicas, a quienes los militares intentaban emborrachar con cerveza. Los militares encendían el tocadiscos y las manoseaban, mientras ponían en la puerta a dos o tres soldados para impedirles salir. Las madres esperaban afuera chacchando coca. M.S.C botaba la cerveza para no emborracharse y pudo escapar sin que abusaran de ella. Una vez afuera, el jefe daba la orden de que los soldados dispararan, disparos que pudo esquivar.

Sin embargo, en noviembre de 1984, aproximadamente a las 6:30 pm, un soldado llegó a su casa diciéndole que el teniente de la base militar de Manta la estaba llamando para recibir su declaración. En ese momento no estaba ni su mamá ni su padrastro. Ella salió de su casa junto al soldado y a unos treinta a cincuenta metros el soldado la tiró al suelo, sujetándola de la mano, impidiendo que pudiera defenderse. La víctima afirmó que sintió miedo, y que no pudo defenderse pues el soldado estaba armado. Éste le levantó la pollera, le bajó el buzo y abusó sexualmente de ella. M.S.C se puso a llorar, y el soldado le dijo que estaba enamorado de ella. A partir de entonces la buscó varias veces, y ella tuvo relaciones sexuales con él por temor. Cuando salió embarazada, tenía 18 años. El soldado se presentó ante su familia como Héctor Rufino Rivera Quispe, comprometiéndose a reconocer a su hijo y a casarse con ella una vez que le dieran de baja. Le dieron de baja, pero nunca más volvió. M.S.C registró a su hija en la municipalidad de Manta con el nombre de L.M. Rivera S.

M.S.C señaló en su manifestación que conoció al capitán “Piraña”, al sub oficial “Ruti” y al capitán “Papillón”. Asimismo, se le mostraron seis fichas de inscripción del Reniec y reconoció a una de las personas, cuya fotografía aparecía en una de las citadas fichas, como aquel que abusó sexualmente de ella. Su nombre es Rufino Donato Rivera Quispe.

Por otro lado afirmó estar enferma, traumatizada, haber truncado sus estudios, y que su hija, que a la fecha tenía 18 años, había intentado suicidarse.⁴⁶⁵

5.2.3.3. L.T.M.H

El 24 de setiembre de 2004, L.T.M. H, de 43 años, educación superior, rindió su manifestación ante la fiscalía. Señaló que en la quincena de marzo

465 Kimberly Theidon sostiene que en las conversaciones con mujeres de las comunidades ayacuchanas es frecuente el lamento “hubiera sido diferente mi vida” si es que no hubiera muerto mi padre, esposo, tío, etc. Según Theidon, ello también responde a la pobreza que se agudiza en una familia sin jefe de hogar, véase *Entre prójimos*, op. cit. p. 79.

de 1984, mientras dormía en la casa de su abuela, se presentaron cinco personas encapuchadas, preguntando por “compañeros”, pues buscaban terroristas. Al verla, le dijeron que estaba en una lista, sin mostrarle la lista, y la sacaron de la vivienda junto a una tía y a un tío, los más jóvenes de la casa. La agraviada fue separada de sus familiares y conducida al centro educativo de Illaco. En dicho centro educativo uno de los soldados la agarró y le dijo: “como estás en la lista terruca y quieres salvar tu vida tienes que complacerme y pasar por todos nosotros”. Fue obligada a tener relaciones sexuales con cuatro personas, agrediéndola físicamente una de tales personas para que tuviera relaciones sexuales con sus agresores. Posteriormente, ya en la calle, fue amenazada por los perpetradores con unos puñales, diciéndole que si denunciaba lo sucedido la matarían. Los agresores le señalaron dónde estaban sus familiares y se fueron a Moya. L.T.M.H sostuvo que creía que se trataba de militares pues utilizaban la palabra “terruco”.

Asimismo, L.T.M.H afirmó que nunca denunció los hechos por temor a las represalias contra su vida y por vergüenza. Sostuvo que ella tenía 23 años cuando fue violada. Su tía, quien tenía 16 años, le dijo que también había sido violada por los mismos hombres.

L.T.M.H pidió en su declaración que no volviera a suceder lo mismo con otras mujeres, que las víctimas de este tipo de vejamen recibieran tratamiento psicológico y, si se identificaba a los responsables, se les sancionara.

5.2.3.4. N.N.Q de P

El 26 de octubre de 2004, N.N.Q. de P brindó su declaración en calidad de agraviada, señalando haber sido violada por el teniente Sierra. Según N.N.Q de P. dicho teniente, luego de violarla, le dijo “esta chola se merece más”. Por ello, fue violada por otros soldados más. Quedó embarazada a consecuencia de la violación. Nunca denunció los hechos, pues sostuvo que no había autoridades en Moya.

5.2.3.5. B.E.S.C

El 5 de mayo de 2005 rindió su manifestación ante la fiscalía, B.E.S.C, de 35 años y cuarto año de educación primaria. Afirmó que un domingo del mes de junio de 1993, fue a dejar la leña que obligatoriamente tenían que entregar

a los militares. Un soldado de la base militar de Manta la atendió y la hizo ingresar para dejar la leña en la puerta de la panadería. En ese momento, la agarró y abusó sexualmente de ella, amenazándola con su arma, diciéndole que si gritaba la mataría. Después de una semana, quien la violó la esperó en el camino denominado Huisca Huisca, aproximadamente a las tres de la tarde, ofreciéndose a acompañarla, a lo que la víctima se negó, intentando escapar. Le dijo que la quería, que se quería casar con ella y que si no lo aceptaba la mataría. En aquella oportunidad también la violó, y ella quedó embarazada.

Su padre averiguó que el agresor se llamaba Juan Carlos Baltazar Taipe. Según la víctima, su padre lo mandó llamar y le llamó la atención por el abuso sexual, diciéndole que tenía que reconocer a su hijo. El agresor aceptó, afirmando que se quería casar con la víctima cuando le dieran de baja, y que regresaría a Manta. Intentaron que reconociera a su hijo ante un notario, pero como debían pagar S/. 120.00, cantidad que no tenían, no se pudo realizar el reconocimiento. Según la agraviada, el agresor firmó un documento simple, comprometiéndose a reconocer a su hijo cuando le dieran de baja. Ese documento se lo entregó a su papá y éste al Registrador. Sin embargo, Juan Baltazar Taipe nunca más volvió. Al momento de la declaración indagatoria de B.E.S.C, el niño tenía 10 años. Es importante destacar que la víctima afirmó que el Registrador se llama Vicente Lazo y que actualmente vive en Quesuarbamba, Santa Rosa, Manta.

Adicionalmente, la víctima sostuvo que no denunció los hechos, y que al momento de la declaración indagatoria lo hacía pues la ayudaban “los de la Defensoría”, y antes no sabía cómo hacerlo.

También afirmó que había sido detenida varias veces en la base militar de Manta, que junto a otras personas tenían que hacer limpieza para salir, botar la basura; que las hacían quedar de diez de la mañana hasta las doce o tres de la tarde; que el tiempo de detención dependía, pues a otras personas las hacían quedar hasta el día siguiente, y que las familias tenía que llevar ollucos, papas, animales y otras cosas para que las soltaran.

5.2.3.6. M.G.A

El 6 de setiembre de 2005 M.G.A, de 38 años, rindió su manifestación ante la fiscalía. Señaló haber sido violada en cuatro oportunidades por militares de la base militar de Manta. La primera vez fue en marzo de 1984. Era muy temprano, recién se estaba levantando y escuchó tanto disparos cuanto a

personas que gritaban “sinchi”, “sinchi”. Salíó de su casa para verificar la presencia de los militares y como estaban disparando en toda dirección se escondió en un caserón abandonado, desde donde escuchó que los militares decían “cómo no encontramos a la terruca”. Después de cuatro horas salió de ese lugar y vio a la distancia a una mujer S.Y.A, a quien le dio el alcance y le pidió que la llevara a su casa. Esta persona le dijo que tenía que escapar porque todos ellos estaban empadronados, y los militares les habían dicho que matarían a quien no estuviera en la lista. Sin embargo, la víctima fue a la casa de S.Y.A. donde encontró a su tío G.Y.L., quien le confirmó lo señalado por S.Y.A. En ese momento, ingresó a la casa un militar, y pidió que lo acompañara. La víctima accedió por temor y el militar la llevó a un lugar donde se encontraba el cadáver de un hombre. El militar le preguntó si era “terrucu”; M.G.A respondió que no era terrorista, pues ella había conocido a la persona fallecida. Posteriormente, la llevó a una tienda y empezó a disparar a las vitrinas. El militar le indicó que ingresara a uno de los ambientes donde había una cama. Luego le ordenó que se acostara en la cama, y como M.G.A no le hizo caso la amenazó con su fusil Fal diciéndole “así como he disparado así te voy a matar y otras palabras soeces irreproducibles”. Como tampoco hizo caso con la amenaza, la tumbó a la fuerza y la violó. Luego de violarla la amenazó nuevamente, diciéndole que si contaba lo sucedido a su familia la mataría. Le indicó que podía irse, y ella volvió a la casa de su tío G.Y.L., sin contar lo sucedido.

La segunda vez que abusaron sexualmente de ella fue en abril de 1985, cuando los militares la llevaron a la base militar de Manta a las once de la noche, junto a su madre I.A.Y, pues la sindicaban de subversiva y le dijeron que se encontraba en una lista de subversivos. Ya en la base, la condujeron a un ambiente en donde la agredieron físicamente con cachetadas, puntapiés, intentando colgarla de las muñecas. Pero como su mamá se encontraba presente, los militares decidieron trasladarla a otro ambiente diciendo “esta terruca no va a hablar delante de su madre porque está valiente, mejor hay que separarla, a otro lugar”. Por ello, la llevaron a otro ambiente de la base militar donde la volvieron a agredir física y verbalmente frente a varios militares, aunque no recuerda cuántos eran. Allí uno de los militares la tomó del brazo para hacerla caer al piso, ella se defendió dándole rodillazos en los testículos. Ante esta reacción la tomaron entre varios militares tapándole la boca para que no gritara, la golpearon con la culata de un fusil Fal, haciéndola perder el conocimiento. Cuando lo recobró un soldado la estaba violando mientras que otros tres la sujetaban de manos y pies y otro le

tapaba la boca. M.G.A afirmó no saber cuántos soldados la habrían violado. Luego escuchó el grito de su madre “auxilio jefe”. En ese momento, entró un militar gritando “qué ha pasado”, mientras que el resto de efectivos se retiraban. Ingresó otro soldado que la ayudó a pararse, y la llevó donde se encontraba su mamá. Las dos permanecieron encerradas en un ambiente toda la noche, logrando salir de la base militar de Manta, al día siguiente, a las siete u ocho de la mañana. Al salir, vio que algunos militares estaban recibiendo órdenes de sus superiores, por lo que creyó que los estaban castigando y no denunció los hechos.

En julio de 1985 fue violada por tercera vez. Una noche, mientras cuidaba sus animales en su estancia, llegó un militar con su armamento, a quien conocía de vista, y le pidió que lo alojara. Ella se negó pero el militar entró a su casa sin su autorización. El militar le dijo que quería tener relaciones sexuales con ella, pero M.G.A se negó. Ante esta negativa el militar la amenazó diciéndole que llamaría a los otros militares que supuestamente estaban afuera. Como M.G.A no sabía si realmente estaba sola, tuvo relaciones sexuales con el militar. Pasado un tiempo el militar la volvió a buscar para tener relaciones sexuales, amenazándola: “si tú te mueves yo te voy a disparar”. Acabado el acto sexual la volvió a amenazar diciéndole que no le contara a nadie lo sucedido, pues de lo contrario le pasaría algo.

M.G.A sabe que ese militar se llama Julián Vicente Yance Cullahuacho. También afirmó que éste le dijo que estaba enamorado de ella y que quería casarse, propuesta que no aceptó la víctima. Sin embargo, M.G.A quedó embarazada. Su madre y hermano llegaron a agredirla físicamente cuando se enteraron de que se trataba de ese soldado, pues inicialmente pensaron que M.G.A había accedido voluntariamente a tener relaciones sexuales con él. La madre de M.G.A mandó llamar al militar, so pretexto de que M.G.A quería hablar con él. En un primer momento Yance Cullahuacho negó ser el padre de la criatura. Solo aceptó reconocer al hijo cuando M.G.A le indicó que hablaría con su jefe. Yance Cullahuacho prometió a la madre de M.G.A que se comprometería con ella y que convivirían. Esta promesa no fue cumplida pues Yance Cullahuacho se fue a la base militar de Pampas y no regresó. M.G.A tenía cuatro meses de embarazo. El hijo de M.G.A nació el 8 de marzo de 1986.

En abril de 1986, M.G.A fue violada por cuarta vez, al poco tiempo de dar a luz. Los militares de la base de Manta detuvieron a su papá y hermano, acusándolos de subversivos. Fueron torturados para que declararan dónde estaba la máquina de escribir de la Comunidad Campesina del Distrito

de Manta, que había sido robada. Pero como no sabían dónde estaba, los militares llevaron a M.G.A al cuarto del capitán “Papilón” diciéndole que tenía que tener relaciones sexuales con el mencionado capitán, pues de lo contrario la llevarían a ella y a toda su familia a la cárcel. Como M.G.A se negó, el capitán “Papilón” la tomó del pecho, la empujó y la hizo caer al piso. Según lo declarado por M.G.A, como se encontraba convaleciente de su reciente parto, no pudo defenderse, siendo violada por el capitán “Papilón”. Después de haber sido violada, el capitán “Papillón” la trasladó a otro ambiente donde la tuvo encerrada hasta el día siguiente, en el que fue liberada junto a su familia. Tampoco denunció los hechos por temor.

M.G.A declaró ante la Fiscal que sabía dónde se encontraba Julián Vicente Yance Cullahuacho. Asimismo, solicitó ser indemnizada, afirmando que no había recibido ningún tratamiento psicológico que le permitiera superar los traumas, y que a partir del abuso sexual sufrido sus reacciones eran muy violentas hasta con sus propios hijos. Siente que debido a lo sucedido no ha podido estudiar una carrera que le hubiera permitido ofrecer “algo mejor” a sus hijos.

5.2.3.7. J.C.A vda de Y

El 28 de setiembre J.C.A vda. de Y, de 51 años, analfabeta, rindió su manifestación ante la fiscalía, afirmando haber sido violada en tres oportunidades por los militares de la base militar de Manta. La víctima señaló que en el mes de marzo de 1984 llegaron al barrio Ñahuinpuquio del distrito de Manta alrededor de cien soldados. Ella y su esposo, D.Y.S, salieron de su casa con dirección a la casa de su vecina J.E por temor a ser alcanzados por las balas que disparaban los soldados. Su esposo salió de la casa de la vecina para esconderse en el cerro. J.C.A creyó que su esposo había logrado escapar de los militares. Sin embargo, cinco días después, el hijo de la vecina le informó que a media cuadra de su casa había una persona muerta vestida de negro. J.C.A se preocupó porque su esposo era la única persona que se vestía de negro, pero no fue al lugar por temor. Solo cuatro días después se acercó al lugar constatando que, en efecto, el cadáver era de D.Y.S. Con ayuda de unos vecinos pudo enterrar a su esposo -cuyo cadáver tenía dos orificios de bala- a pesar de la oposición de los militares, quienes los acusaban de terroristas.

Después de enterrar a su esposo, en una fecha que no recuerda, llegaron los militares a su casa, en la noche, indicándole que tenía que ir a la

base militar de Manta a rendir su declaración. Como la amenazaron que la castigarían si es que no iba a la base militar, aceptó hacerlo en compañía de sus hijos. Cuando llegó a la base los soldados la llevaron al dormitorio del teniente “Puma”, y a sus hijos los encerraron en otro cuarto. El teniente “Puma” cerró la puerta del cuarto, la tomó de los brazos y la aventó a la cama. J.C.A afirmó que sólo atinó a llorar, que no pudo defenderse por temor y que el citado teniente le dijo que no llorara porque no le iba a hacer nada, pero la violó. Perpetrado el delito J.C.A se levantó y regresó a su casa con sus hijos, sintiendo dolor en distintas partes del cuerpo.

La segunda vez que J.C.A fue violada, llegaron a su casa dos soldados, aproximadamente a las once de la noche, con el mismo pretexto de que fuera a la base militar a rendir su declaración. Los dos soldados la llevaron a la base, esta vez sin su hijos. Una vez en la base, la condujeron a un cuarto donde se encontraba otro teniente, que presuntamente había llegado recién. Como J.C.A se encontraba de pie, el teniente le dijo que iban a dormir. Pero como J.C.A no le hizo caso, la tumbó a la cama de forma violenta. Nuevamente, J.C.A señaló que no pudo defenderse, siendo violada por segunda vez. Cuando el militar se levantó ella también lo hizo, regresando a su casa. A los tres días tuvo una hemorragia vaginal, y por el dolor que sentía no pudo levantarse, ni menos realizar los quehaceres de la casa.

A los siete días de la segunda violación fue víctima de una tercera agresión sexual. Esta vez fue en su estancia, a donde llegaron dos soldados. J.C.A se encontraba con dos de sus hijos. Uno de los militares se retiró y el otro se quedó en la estancia. Éste le preguntó si estaba sola, respondiendo J.C.A que tenía esposo. Sin embargo, el militar le dijo que las vecinas le habían informado que ella “era sola”. Como J.C.A se encontraba recostada en su cama, el militar se acostó encima de ella. J.C.A intentó defenderse, pero el temor que sentía impidió que lo hiciera. J.C.A fue violada, mientras sus hijos de cinco y seis años, dormían delante de ella. El soldado se retiró de la estancia, pero como estaba oscuro. J.C.A no pudo ver si se encontró con su compañero.

Después de dos meses, su hijo M.Y.C fue acusado del delito de hurto, imputándosele haber sustraído prendas de vestir de la vecina J.E. Su hijo fue conducido a la base militar de Manta, donde permaneció por siete días, siendo torturado. En el pecho tenía moretones e hinchones hechos con objetos punzocortantes. Ninguno de estos hechos fue denunciado, pues J.Y.C señaló que no había autoridad alguna en el lugar.

5.2.3.8.O.R.C

El 29 de setiembre de 2005, O.R.C, de 33 años, con quinto de primaria, dio su manifestación ante la fiscalía, sosteniendo que había sido violada en dos oportunidades por un soldado de la base militar de Manta, que tenía como apelativo “Mono”. Afirmó que en 1988, en el anexo de Ccollpa, a las once de la noche cuando se encontraba con su prima E.A.Y llegaron a su casa dos soldados de la base militar de Manta. Uno de ellos preguntó por su prima E.A.Y, quien salió a su encuentro. Ambos se retiraron de la casa por una hora. Aprovechando esa situación, el otro militar la tomó de las manos pretendiendo sacarla al patio, por lo que pidió auxilio. Ante ello, el soldado le tapó la boca, la tumbó al suelo boca arriba y, para que no se defendiera, puso sus rodillas en el estómago. Con una de sus manos la cogió de los brazos y con la otra le bajó el buzo mientras la amenazaba, diciéndole que si no se dejaba le seguiría presionando el estómago con las rodillas hasta que se le salieran los intestinos. Culminada la violación, el soldado llamó a su compañero. Pero sólo se acercó la prima. Según O.R.C, su prima averiguó que el soldado que la había violado tenía como apelativo “Mono”.

La segunda vez que “Mono” abusó sexualmente de O.R.C fue también en 1988, aunque no recordó la fecha exacta. Aquella noche regresaron los dos soldados a la casa de O.R.C, pidiendo que les ayudaran a buscar un caballo para salir a patrullar. Por ello, su prima E.A.Y acompañó a uno de ellos y el soldado de apelativo “Mono” se volvió a quedar solo con O.R.C. O.R.C trató de huir por temor a que le pasara lo mismo. Sin embargo, el soldado “Mono” la agarró de la chompa, dándole cachetadas, y cuando pedía auxilio le daba puntapiés en la cadera, indicándole que no gritara. Una vez más la tumbó al piso, tapándole la boca con un objeto que no pudo identificar, y la violó. Terminado el acto sexual O.R.C le preguntó su nombre al soldado, quien respondió que se llamaba Julián Meza García. O.R.C le manifestó su preocupación ante la posibilidad de un embarazo. Julián Meza le dijo a O.R.C que “se juntarían”. O.R.C afirmó que como Julián Meza ya se había aprovechado de ella, lo aceptó como pareja. A los dos meses se dio cuenta de que estaba embarazada, razón por la cual fue a buscar a Julián Meza a la base militar. Éste le ofreció reconocer a su hijo, por lo que O.R.C regresó a su casa en el anexo Ccollpa, creyendo que Julián Meza la buscaría. Sin embargo, pasado un tiempo una paisana del lugar le dijo que Julián Meza

había sido trasladado a la base militar de Huancavelica.⁴⁶⁶ Su hijo nació el 12 de mayo de 1989 y fue inscrito con el apellido del padre.

Finalmente, O.R.C señaló que tanto los senderistas como los militares habían causado daño en la comunidad, que no podía olvidar las secuelas de lo vivido, y que hasta la fecha ninguna persona de la comunidad había recibido tratamiento psicológico. Pidió que se investigara así como sancionara los hechos a fin de que no quedaran impunes y que no se repitieran.

5.2.4. Las partidas de nacimiento de los niños y niñas nacidos a consecuencia de la violación sexual y de las agraviadas

Desde el 30 de junio de 2004, a través de varios escritos, el IDL ha pedido a la fiscal que solicite las partidas de nacimiento de los niños y niñas que nacieron a consecuencia de las violaciones sexuales y las partidas de nacimiento de las agraviadas, en este último caso para determinar la edad que tenían al momento en el que ocurrieron los hechos. El IDL pidió que las partidas de nacimiento de los niños y las niñas fueran solicitadas a las Municipalidades Distritales de Manta y Vilca, mientras que las de las agraviadas a las Municipalidades Distritales de Manta, Vilca, Huayllahuara (Huancavelica), Acobamba (Huancavelica), Moya (Huancavelica) , Acobambilla (Huancavelica) y Cañete (Lima).

De la lectura de los oficios de respuesta de los municipios se constata la especial dificultad en ubicar algunas de esas partidas de nacimiento, no solo porque en algunos casos no hay claridad sobre el lugar de nacimiento de las agraviadas y de los niños y niñas, sino porque en otros los registros civiles de las municipalidades fueron destruidos a causa del terrorismo.

De la información que obra en el expediente puede señalarse que, por el momento, se sabe que nueve mujeres quedaron embarazadas a consecuencia de la violación y tuvieron un hijo. Cinco de ellas ya han dado su declaración indagatoria: M.S.C, N.N.Q de P, M.G.A, B.E.S.C y O.R.C. Por otro lado, de una relación que presenta el IDL a la fiscalía, el 4 de agosto de 2004, se

466 Aunque la virginidad no es un requisito para ser sujeto pasivo del delito de violación, la fiscal le preguntó a O.R.C si había tenido relaciones sexuales antes del delito. O.R.C contestó que no.

tiene que otras cuatro agraviadas también tuvieron un hijo/a a consecuencia del abuso sexual sufrido: M.A.E, S.R.C.Q, D.Y.A y V.G.A.⁴⁶⁷

Hasta el momento, han sido remitidas las siguientes partidas de nacimiento:

Agraviadas

Municipalidad Distrital de Vilca

C.C.B nacida el 16 de junio de 1967, y su hermana

D.C.B nacida el 17 de abril de 1970

E.L.T.N nacida el 6 de diciembre de 1970

Municipalidad Distrital de Manta

M.A.E nacida el 22 de agosto de 1969

D.Y.A nacida el 29 de febrero de 1972

M.A.B nacida el 3 de setiembre de 1969

M.S.C nacida el 10 de abril de 1966

V.G.A nacida el 12 de mayo de 1970

M.Y.A nacida el 6 de enero de 1961

M.M.A nacida el 11 de mayo de 1950

Municipalidad Distrital de Huayllahuara

L.T.M.C nacida el 8 de enero de 1961

Niños/as

Municipalidad Distrital de Manta

D.M.S.G nacido el 24 de marzo de 1996, hijo de V.G.A y Martín Sierra Gabriel. Fue declarado por su madre.

W.M.R nacido el 12 de mayo de 1989, hijo de O.R.C y Julián Mezas García. El declarante fue Víctor Araujo Gómez, el abuelo político.

467 Esta relación incluye siete nombres de niños, tres de cuyas madres son a M.S.C, N.N.Q. de P y O.R.C.

M.I.E.Y nacida el 15 de mayo de 1988, hija de D.Y.A y Jorge Luis Escriba Yangali.⁴⁶⁸ La declarante fue Marciana Araujo Castro.

C.R.G.C, nacida el 18 de octubre de 1986, hija de S.C.Q y Felipe Gutiérrez Lizardo. Fue declarada por Faustino Quintín Araujo.

L.M.R.S, nacida el 9 de enero de 1986, hija de M.S.C y Rufino Héctor Rivera Quispe. Fue declarada por M.S.C.

Y.M.A.A, nacida el 18 de julio de 1986, hija de M.A.E y Dionisio Félix Álvaro Pérez. Fue declarada por Adelaida Espinoza Benites.

Como puede apreciarse los niños y las niñas fueron inscritos con los presuntos nombres de los agresores. Sin embargo, no obra en el expediente ningún pedido de la fiscalía de las fichas de inscripción en RENIEC de estas personas, lo que sería muy útil no sólo para que los presuntos agresores puedan ser reconocidos por las víctimas sino para tener mayores datos sobre su identidad y ubicar su paradero.

5.2.5. Las pericias psicológicas

Mediante escrito de 25 de octubre de 2004, el IDL solicitó que profesionales del Centro de Emergencia Mujer de Huancayo y del Hospital Daniel Alcides Carrión de Huancayo realizaran una pericia psicológica a las víctimas E.B. de A, M.S.C, L.T.M.H, M.G.A, M.A.B⁴⁶⁹ y N.N.Q de P, para comprobar los traumas psicológicos que los hechos dejaron como secuela.

Ocho meses después, a través del Oficio N° 1060-2005-MP-1aFPP-HVCA, de 27 de junio de 2005, la fiscal se dirigió al Jefe del Instituto de Medicina Legal de Huancayo, solicitándole que se practicara una pericia psicológica a E.B. de A, M.S.C, L.T.M.H y N.N.Q de P, pues tales víctimas viven en Huancayo.

468 Según la CVR este militar ha fallecido, véase el Informe presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación “Violencia sexual en Huancavelica: las bases militares de Manta y Vilca”, p. 47.

469 Esta agraviada aún no rinde su declaración indagatoria.

El 13 de setiembre de 2005 fue evaluada M.S.C. Ella sostuvo haber sido abusada sexualmente varias veces por un soldado, que como consecuencia del dicho abuso tenía una hija y que el proceso legal había sido reabierto. En el protocolo de la pericia psicológica (011249-2005-PSC), realizada por el Instituto de Medicina Legal, se aprecia lo siguiente:

IV. Análisis e interpretación de resultados:

Persona emocionalmente inmadura, con sentimientos de desvalorización, inferioridad, falta de autoconfianza, sentimientos de desamparo, demandante de apoyo emocional, frustración, inhabilidad para el control de sus impulsos y dificultad para imponerse a los problemas del medio social; actualmente se encuentra experimentando temor frente a las implicancias del proceso que sigue, así mismo presenta aprehensión, ansiedad y ánimo depresivo asociado a reacciones psicofisiológicas. Psicosexualmente presenta inmadurez.

V. Conclusiones

Después de evaluar a M.S.C somos de la opinión que presenta:

Personalidad dependiente-inestable

Síndrome ansioso-depresivo compatible al momento que vive y la relación con su pareja.

Los días 13 y 14 de setiembre de 2005 fue evaluada E.B. de A. Señaló que fue usada sexualmente por un teniente, que los militares desaparecieron a su esposo, que en 1986 se volvió a casar para que no la molestaran, que en 1990 maltrataron a su segunda pareja y posteriormente falleció.⁴⁷⁰ Añadió que el proceso legal había sido reabierto En el protocolo de la pericia psicológica (N° 011248-2005-PSC), realizada por el Instituto de Medicina Legal, se aprecia lo siguiente:

IV. Análisis e interpretación de resultados:

Persona con sentimientos de minusvalía, inferioridad, inmadurez, insegura, con necesidad de aprobación, impulsiva –agresiva maneja sus contactos interpersonales con desconfianza; actualmente se encuentra experimentando

470 Según Kimberly Theidon algunas de las mujeres que ella entrevistó en las comunidades de Ayacucho señalaron que se habían casado para estar protegidas, véase *Entre prójimos*, op. cit. p. 111.

temor, desesperación y síntomas de ansiedad. Psicosexualmente se identifica con su sexo.

V. Conclusiones

Después de evaluar a E.B. de A, somos de la opinión que presenta personalidad de rasgos inmaduros, Síndrome ansioso compatible al momento que vive y situación al interior de su medio familiar.

Como puede apreciarse fácilmente de la lectura de los protocolos de las pericias psicológicas, la psicóloga que practicó los exámenes a las agraviadas, no se pronuncia si el estado en el que se encuentran tiene relación con las secuelas de la violación sexual. Todo lo contrario, las conclusiones hacen exclusiva referencia al momento actual.

Si se compara el examen realizado a M.M.M.B, que se llevó a cabo a pedido de la Comisión Ad Hoc, y que fue hecho por la psicóloga Matilde Ureta de Caplansky, la diferencia es abismal. Dicho examen estableció que:

Al hablar del tema de su embarazo se percibe de inmediato que M entra en “zona de conflicto”, cambia radicalmente su tono y las emociones que la embargan son intensas, confusas, trastabilla, sufre, se siente culpable, ambivalente rabiosa. Es decir, transita una intensa y variada gama de afectos que son esperables que ponga en funcionamiento una persona que ha sufrido un trauma. En este caso podemos incluso postular que se trata de un “trauma encapsulado”, es decir, que toma una porción de la actividad mental y no contamina el resto. Esta particularidad nos habla también, de una disociación como defensa. Asimismo, encontramos emociones y afectos congruentes con la situación de embarazo producto de una agresión tan violenta, como de hecho es, una violación múltiple.⁴⁷¹

La evaluación psicológica concluyó:

De la entrevista con la señora M.M.M, de la cual hemos dado cuenta líneas arriba, se desprende con razonable claridad que todo su comportamiento de

471 Informe sobre el caso M.M.M.B presentado por la CVR a la Fiscal de la Nación, op. cit. p. 22.

autoinculpación es explicable dentro de su contexto: apresamiento, tortura, violación múltiple, posterior embarazo.⁴⁷²

5.2.6 Colaboración eficaz, medidas de protección y delito de violación sexual

La CVR incluyó como uno de los presuntos responsables a Héctor Rufino Rivera Quispe. Sin embargo, en la resolución de apertura de investigación de 15 de marzo de 2004, se consignó el nombre de Héctor Rufino Rivera. Casi cinco meses después, el 4 de agosto de 2004, el IDL solicitó a la fiscal que corrigiera la resolución de apertura de investigación, de 15 de marzo de 2004, pues el nombre correcto de uno de los denunciados no era Héctor Rufino Rivera sino Héctor Rufino Rivera Quispe, y que oficiara a la Reniec pidiendo información de los datos personales con el nombre correcto del denunciado.

Mediante Oficio N° 1571-2004-MP.FEPIDFEEYFC-HVCA, de 6 de agosto de 2004, la fiscal solicitó al RENIEC enviar la ficha de inscripción de identidad de Héctor Rufino Rivera Quispe.

El RENIEC informó que no aparecía inscrita ninguna persona con el nombre de Héctor Rufino Rivera Quispe. Por ello remitió certificados de inscripción de seis personas (que se apellidan Rivera Quispe y que tienen como primer nombre Héctor o Rufino), alguna de las cuales podía ser aquella respecto de quien se solicitaba la información.

Durante la declaración de M.S.C, el 23 de setiembre de 2004, se le pusieron a la vista las fichas de identidad enviadas por RENIEC, y ella reconoció a Rufino Donato Rivera Quispe como el autor del delito de violación sexual en su agravio.

El 23 de setiembre de 2004, el IDL pidió a la fiscal oficiar al Director de la Dirección de Personal del Ministerio de Defensa, solicitando información sobre Rufino Donato Rivera Quispe, identificado con L.M. N° 2670713656 y DNI N° 21092950, para establecer si prestó servicio militar obligatorio, en qué época y su situación actual. Mediante Resolución de fecha 24 de setiembre la fiscal dispuso oficiar con el fin solicitado por el IDL. Después de un mes de dictada la referida resolución, el 25 de octubre de 2004, mediante Oficio N° 2460-2004-MP-FEPISDFEEYFC-HVCA,

472 *Ibidem*, p. 22.

la fiscal solicitó al Director de la Dirección de Personal del Ministerio de Defensa la información sobre Rufino Donato Rivera Quispe.

Mediante escrito de 19 de noviembre de 2005, que fue recibido el 20 de diciembre de 2005 por la fiscalía, el IDL solicitó comprender a Rufino Rivera Quispe en los beneficios de la colaboración eficaz. En dicho escrito el IDL pidió que la declaración indagatoria de Rufino Rivera Quispe tuviera lugar el 20 de diciembre.

En el expediente fiscal aparece una primera declaración de Rufino Donato Rivera Quispe, de fecha 20 de diciembre de 2005, quien manifestó tener 40 años, cuarto grado de primaria y dedicarse a la agricultura. Señaló que quería ser asistido por un abogado, y al no estar presente tuvo que concluir la diligencia.

La Ley N° 27378, modificada por la Ley N° 28088, regula los beneficios por la colaboración con la justicia.⁴⁷³ Respecto de los delitos que constituyen violación a los derechos humanos, son relevantes los incisos 1) y 3) del artículo 1° y el artículo 21° de la citada ley:

Artículo 1°.- La presente Ley tiene por objeto regular los beneficios por colaboración eficaz ofrecida por las personas relacionadas con la comisión de los siguientes delitos:

1) Perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos.

(...)

3) Contra la humanidad, previstos en los Capítulos I, II, III del Título XV-A del Libro Segundo del Código Penal; y contra el Estado y la Defensa Nacional, previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Libro Segundo del Código Penal.

Por su parte, el artículo 21° de la Ley N° 27378 establece que:

Artículo 21°.- Las medidas de protección previstas en este Capítulo son aplicables a quienes en calidad de colaboradores, testigos, peritos o víctimas intervengan en los procesos penales materia de la presente Ley.

473 Fue reglamentada mediante Decreto Supremo N° 02-2001-JUS.

Según el artículo 4° de la Ley N° 27378 los beneficios que pueden concederse por colaboración eficaz son la exención de la pena, la disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal, suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, conversión de la pena privativa de libertad de hasta cuatro años, o liberación condicional, siempre que se cumplan los requisitos estipulados en la ley de la materia y, la remisión de la pena para quien está cumpliendo la pena impuesta.

Sin embargo, el artículo 7° de la Ley N° 27378, modificado por la Ley N° 28088, excluyó del universo de posibles beneficiarios a los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones criminales así como a los altos funcionarios con prerrogativa de acusación constitucional. Asimismo, incluyó como posibles beneficiarios de la norma a los autores y partícipes de los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura, previstos en los artículos 319°, 320°, 321° y 322° del Código Penal, de homicidio y lesiones graves previstos en los artículos 106°, 107°, 108° y 121° del Código Penal, así como los funcionarios de la Alta Dirección de Organismos Públicos, pero quienes solo podrán acogerse al beneficio de la reducción de la pena imponiéndoseles hasta el mínimo legal.

En la medida en que el delito de violación sexual en el caso de Rufino Donato Quispe habría sido cometido a iniciativa individual, podría cuestionarse que el delito se encontrara en el artículo 1° inciso 1) de la Ley N° de la Ley N° 27878 e impedirse que accediera a los beneficios de la colaboración eficaz. De otro lado, tampoco se hace referencia al delito de violación sexual en el segundo párrafo del artículo 7° de la citada norma.

Por otro lado, mediante escrito de 16 de junio de 2005 la abogada de cuatro de las agraviadas solicitó a la fiscal que se “tomen las previsiones pertinentes y se otorgue resguardo a”: E.B. de A, M.S.C, L.T.M.H y N.I.Q. de P.

De acuerdo con el artículo 22° de la Ley N° 27878 entre las medidas de protección que el fiscal o el juez pueden dictar se encuentran la reserva de identidad, la utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual o la protección policial, que puede incluir el cambio de residencia y la ocultación del paradero.

No obstante, según el artículo 21° de la Ley N° 27878, las medidas de protección reguladas en la Ley N° 27378 serán de aplicación en la medida en que el delito investigado esté comprendido en los alcances de la Ley N° 27878. Como ese podría no ser el caso del delito presuntamente perpetrado por Rufino Donato Rivera Quispe, podría haber dificultades en que

M.S.C accediera a las medidas de protección dentro del ámbito de la Ley N° 27878.

5.2.7. Declaración de testigos

Con fecha 23 de setiembre de 2004 el IDL solicitó a la fiscal tomar las declaraciones testimoniales de cuatro personas: E.A.B hijo de E.B. de A, A.A.B, hija de E.B. de A, y de dos hombres S.M.T y F.A.G. Las dos primeras personas viven en Huancayo y las dos últimas en Huancavelica.

El 27 de octubre de 2004, E.A.B hijo de E.B. de A, dio su declaración testimonial.⁴⁷⁴ Su declaración coincide con la de su madre, en relación con la desaparición de su padre. Asimismo, coincidiendo con lo señalado por su mamá, afirmó que un día llegaron a su casa un aproximado de ocho soldados y se lo llevaron a la base militar de Vilca junto con sus hermanitos, señalando que su mamá los había mandado llamar. Permanecieron varios días sirviendo a los militares, atendiendo los quehaceres. Recordó que su madre era llamada todas las noches con el pretexto de que tenía que dar su declaración, y cuando regresaba a la cocina sólo lloraba, sin decir nada, tampoco dormía. Cada vez que llegaba la noche su madre estaba muy intranquila y muy asustada.

El 27 de octubre de 2004 F.A.G, Agente Municipal en el anexo de San Carlos, cuando ocurrió la desaparición del esposo de E.B. de A brindó su declaración testimonial ante la fiscalía.

El 27 de mayo de 2005, el IDL pidió la reprogramación de la declaración testimonial de A.A.B. El 9 de junio de 2005 A.A.B, de 32 años, hija de la agraviada E.B. de A, rindió su manifestación testimonial ante la fiscalía. Sostuvo que fue detenida en la base militar de Vilca, junto a su madre y a un hermanito, y que los soldados luego llevaron a sus otros tres hermanos a la base militar. Ella tenía ocho años. Sostuvo que durante la detención dormía en el piso de la cocina de la referida base, y que recordaba que todas las noches su madre era llamada supuestamente para declarar y cuando regresaba siempre lloraba.

474 El 31 de octubre de 2005 el IDL solicitó la reprogramación de la declaración testimonial de E.A.B, al parecer por error.

6. REFLEXIONES FINALES

A partir de los casos M.M.M.B y Violencia sexual en Huancavelica: las bases militares de Manta y Vilca, deseo plantear algunas reflexiones que tienen que ver, por un lado, con la conducción de la investigación preliminar del Ministerio Público y por el otro, con eventuales reformas legales.

La primera reflexión está relacionada necesariamente con el hecho de que a pesar del tiempo transcurrido –casi tres años– desde que los informes fueron presentados por la CVR a la Fiscalía de la Nación, y desde que las fiscalías competentes iniciaron la investigación –más de dos años– ambos casos continúan en investigación preliminar.

Tratándose de Manta y Vilca hay cuestiones inexplicables en relación a las víctimas, a los presuntos responsables y a los pedidos realizados al Ministerio de Defensa y al Ejército. La mayor parte de agraviadas no ha dado su manifestación ante la fiscalía. Con excepción de Rufino Donato Rivera Quispe, los otros siete presuntos responsables no han sido notificados para que rindan su declaración. Las manifestaciones de las agraviadas han permitido identificar a otro presunto responsable, Juan Carlos Baltazar Taipe, e incluir en la lista de presuntos responsables a un teniente de apelativo “Puma”, sin que hasta la fecha se haya dispuesto que se reciba la declaración del primero de los mencionados o se pida información en relación con la identidad del citado teniente. No se sabe si la Dirección de Personal del Ejército efectivamente ha notificado a los trece militares que podrían haber respondido al apelativo de teniente “Duro” y a los dos jefes del Cuartel de Pampas N° 43, pues ninguno de ellos se ha acercado al Ministerio Público para rendir su manifestación. Por otro lado, llama la atención que el pedido de información al Ministerio de Defensa fuera devuelto por un error en la dirección, y que no se haya vuelto a enviar el pedido con la dirección correcta. Tampoco se explica que habiendo seis partidas de nacimiento de niños/as que nacieron a consecuencia de la violación sexual, donde figuran los presuntos nombres de los padres, en cinco casos no se haya pedido al RENIEC que envíe las fichas de inscripción de esas personas, de tal manera que las agraviadas puedan, eventualmente, reconocer a los agresores, tal como sucedió en el caso de M.S.C., y puedan ser ubicados.

Una segunda reflexión está vinculada a la necesidad de que los operadores de justicia tomen en consideración que determinados hechos punibles, como la violación sexual de M.M.M.B fueron perpetrados en el marco de un aparato de poder del Estado. Por ello, resulta indispensable establecer la

cadena de responsabilidad para llegar hasta quienes, sin formar parte de la fase ejecutiva del delito, ostentaron el dominio del hecho. En ese sentido, por ejemplo, no parece especialmente relevante saber si durante los días de detención y violación de M.M.M.B, uno de los presuntos responsables se encontraba en Lima o en Arequipa, pues su responsabilidad penal no reside en haber participado en la ejecución del delito sino en haber tenido el dominio del hecho.

Una tercera reflexión tiene que ver con el examen psicológico que se practica a las víctimas y con la prueba de ADN. Qué duda cabe que el reconocimiento psicológico es importante dentro del conjunto de elementos probatorios que se recogen en una investigación de este tipo, sobre todo cuando el delito se perpetró mediante amenaza o cuando por el transcurso del tiempo no es posible demostrar el daño físico que supuso la relación sexual violenta. Sin embargo, ese tipo de examen pierde su sentido si es que no se realiza adecuadamente, es decir, si por la falta de competencia profesional de quien lo lleva a cabo, sus resultados aportan poco o nada a la investigación del delito, como sucede en los casos de las víctimas de Manta y Vilca.

En cuanto al ADN, varios de los presuntos perpetradores de la violación sexual de M.M.M.B han solicitado que se les practique dicha prueba. No obstante, debe quedar claro que, si se lleva a cabo la prueba de ADN, serviría para determinar quién, de los varios militares que participaron en la violación múltiple, es el padre de la niña, pero no implica que esa persona sea la única que perpetró el delito. Por otro lado, M.M.M.B ha manifestado su temor de perder derechos sobre la niña si se llega a determinar quién es el padre. El artículo 402° inciso 4) del Código Civil, modificado por la Ley N° 27048, establece que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada en los casos de violación sexual, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. Si bien el artículo 407° del Código Civil señala que el titular de la acción judicial es el hijo, y en caso de que sea menor de edad, la madre, sería recomendable revisar el artículo 77° del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley N° 27473, a fin de que se establezca como causal de extinción de la patria potestad el supuesto en el que la paternidad sea declarada judicialmente como consecuencia de un delito de violación sexual.⁴⁷⁵

475 El artículo 94° del Código de los Niños y Adolescentes señala que la obligación alimentaria de los padres continúa en caso de suspensión o pérdida de la patria potestad.

La cuarta reflexión es con respecto a la Ley N° 27378, modificada por la Ley N° 28088, que también regula la colaboración eficaz y las medidas de protección en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Si bien dentro de los alcances de la norma están incluidos los autores y partícipes de los delitos de lesa humanidad (genocidio, desaparición forzada y tortura) así como de homicidio simple, parricidio, homicidio calificado y lesiones graves, no lo están expresamente los autores y partícipes del delito de violación sexual. Por ello sería pertinente una modificación a la ley de colaboración eficaz, a fin de que comprenda a los autores y partícipes de dicho delito, lo que evitaría que hubiera alguna duda sobre la aplicación de la disposición legal cuando el delito de violación sexual se lleva a cabo a iniciativa individual, como ocurrió en algunos casos de Manta y Vilca. Debe tenerse siempre presente que la violación sexual es una grave violación a los derechos humanos.

Finalmente, deseo destacar que, si bien en materia penal el impulso de la investigación le corresponde al Ministerio Público, en la práctica, es innegable el fundamental rol que juegan los abogados y abogadas de parte. Su importancia es incuestionable para que las víctimas puedan acceder a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Documentación de casos de violencia sexual ocurridos en contextos de conflicto armado interno

Otto Navarro M.

INTRODUCCIÓN

En la Declaración de Viena y el Programa de Acción de 1993, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos expresó “su consternación por las violaciones masivas de derechos humanos especialmente bajo la forma de genocidio, limpieza étnica y violación sistemática de mujeres en situaciones de guerra, creando éxodos masivos de refugiados y de personas desplazadas.”⁴⁷⁶

Aunque dicha Declaración fue motivada por el conflicto en la ex Yugoslavia, es compatible con otras conclusiones que reconocen un modelo de violencia contra las mujeres, como un rasgo frecuente de conflictos armados en otros lugares del mundo.

Lo anterior ha motivado que en diferentes ámbitos espaciales y temporales se hayan emitido y/o tomado diversas medidas, tendientes todas ellas a evitar que estas atrocidades cometidas en contra de las mujeres bajo un contexto de conflicto armado se sigan llevando a cabo, un ejemplo de ello se encuentra en la Resolución 1212 emitida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre *Violación en Conflicto Armado*, donde entre otras cosas, se expresó la creencia de que: “en vista del número de violaciones en conflictos armados, la mejora en la protección legal hacia las mujeres es más necesaria que nunca, y que tal protección debe aplicarse en todas las circunstancias”.

La comisión de este tipo de hechos, la protección del bien jurídico tutelado específico y su posterior castigo al no respetarse el mismo, ha sido de tal magnitud que ha incidido fuertemente en la creación de instancias internacionales con la finalidad de juzgar estos crímenes.⁴⁷⁷ Instancias en las cuales el delito de violación dentro del contexto de conflicto armado se ha constituido como uno de los ejes fundamentales para su funcionamiento posterior.

Pese a que de la misma forma, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas por medio de la resolución 1325,⁴⁷⁸ reconoce que: “(...) los civiles, y particularmente las mujeres y los niños, constituyen la inmensa mayoría de los que se ven perjudicados por los conflictos armados, incluso en calidad de refugiados y personas desplazadas internamente, y cada vez más sufren los ataques de los combatientes y otros elementos armados.” Persiste la idea que las mujeres únicamente han venido desempeñando un papel subsidiario o adyacente en las situaciones de conflicto.

Es por ello que no se puede obviar el hecho de que la violencia que sufren las mujeres en situaciones de conflicto, no es más que una manifestación extrema de la discriminación y los abusos que sufren las mujeres en tiempo de paz, así como de la desigualdad en las relaciones de poder entre hombres y mujeres en la mayoría de las sociedades.

Tal como lo establece Amnistía Internacional: “En época de paz, estas actitudes contribuyen a la aceptación generalizada de la violencia doméstica, la violación y otras formas de abusos sexuales contra las mujeres. Cuando las tensiones políticas y la militarización creciente estallan en forma de conflicto abierto, estas actitudes y abusos habituales adoptan nuevas dimensiones y patrones distintivos, y todas las formas de violencia aumentan, incluidas la violación y otras formas de violencia sexual contra las mujeres”.⁴⁷⁹

Durante mucho tiempo se ha intentado explicar las causas de las violaciones sistemáticas de las que han sido objeto las mujeres bajo contextos de

477 Según lo dispuesto por los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda, y para la ex Yugoslavia, se ha apreciado que en un número de casos las violaciones que fueron cometidas contra mujeres, como parte de los acontecimientos catastróficos dentro de los conflictos armados, condujeron a su establecimiento. Dentro de estos casos se incluyen: El *Akayesu*, el *Musema*, el *Semanza*, y el *Kajelijel*; ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. El *elebi i*, el *Furundžija*, y el *Kunarac*; ante el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.

478 Consejo de Seguridad de la ONU. Mujer, Paz y Seguridad. Año 2000.

479 Amnistía Internacional. Crímenes contra mujeres en situaciones de conflicto.

conflictos armados, el *oportunismo* y lo *político* son las dos teorías sugeridas a menudo para explicar la frecuencia de violaciones en conflictos armados, ya que se estima que la deterioración total en las condiciones de las mujeres en situaciones de conflicto armado interno, es debida no solo al colapso de las condiciones sociales y en algunos casos a la pérdida general de las causas que dieron origen a dicho conflicto, pero también en muchos casos a una decisión deliberada y estratégica de parte de combatientes para intimidar y destruir “el enemigo” en conjunto, violando y esclavizando a las mujeres que son identificadas como los miembros del grupo de oposición.⁴⁸⁰

Desde el punto de vista de lo *político* se postula que las facciones en beligerancia han escogido sistemáticamente la violación como un arma de guerra. Mientras que desde la visión de la teoría de beneficios derivados del *oportunismo* se parte de la premisa más simple, es decir, que la violación es un crimen de oportunidad que, durante el conflicto, con frecuencia es cometido por hombres que llevan armas, complaciendo así su libido, bajo la cubierta de las circunstancias caóticas de conflicto armado, esta teoría es respaldada por el hecho de que las grandes incidencias de violaciones dentro del marco de conflictos armados, parecen no estar limitados solamente a la población civil con afinidad por alguno de los bandos en conflicto, ya que incluso personal de organismos de carácter humanitario o de las Naciones Unidas ha sido víctimas de conductas violentas en distintas formas, incluidas las de tipo sexual.

Como arma de guerra, la violación se utiliza estratégica y tácticamente para alcanzar objetivos específicos en muchas formas de conflicto. Se utiliza para conquistar, expulsar o controlar a las mujeres y sus comunidades en tiempo de guerra o de conflicto interno. Como forma de tortura basada en

480 United Nations, *Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery like Practices during Armed Conflict—Final report submitted by Ms Gay J McDougall*, Special Rapporteur. Paraf 9.

Por otro lado, no se debe olvidar que las mujeres tienen muchas probabilidades de encontrarse entre las víctimas principales de los ataques directos contra la población civil, pues normalmente constituyen la mayoría de la población no combatiente. También porque ciertas mujeres pueden ser víctimas de torturas o de homicidios por el hecho de ser líderes de su comunidad, porque han desafiado los convencionalismos sociales relativos a los papeles apropiados de las mujeres o por las actividades de sus familiares varones. Las mujeres son blanco de abusos por ser activistas por la paz, mediadoras y negociadoras en situaciones de conflicto y defensoras de los derechos humanos y trabajadoras de organizaciones de ayuda humanitaria. Muchos de estos abusos adoptan formas específicamente relacionadas con el género.

el género, se utiliza para obtener información, castigar, intimidar y humillar. Es el arma universal empleada para despojar a las mujeres de su dignidad y destruir su sentido de la identidad. También se utiliza para aterrorizar y destruir comunidades enteras.⁴⁸¹

Es decir que se ataca a las mujeres para destruirlas tanto física como mentalmente, en la mayoría de casos se hace de forma pública para demostrar así la incapacidad de los hombres para defender a la comunidad, y se les agrade como dadoras de vida a la siguiente generación, es decir, como perpetradoras de una cultura determinada.

Así pues, infracciones y exclusión –en sentido amplio– basadas en cuestiones de género no pertenecen con exclusividad a un conflicto armado interno, ya que se encuentran profundamente enraizadas en la gran mayoría de las facetas de la guerra. Históricamente se ha establecido que los crímenes contra las mujeres son aspectos de vital importancia en los conflictos armados, lo cual no significa que no se pueda evitar o que carezca de alguna solución, ya que las pautas de los hechos violentos contra las mujeres en situaciones de conflicto no surgen de forma natural, sino que obedecen a un proceso esquematizado, es decir, son ordenados, aprobados o tolerados como resultado de una estrategia. Es por ello que estos crímenes son obra de individuos que –en su momento– gozan de amplios mantos de impunidad, ya que tienen la certeza que no serán castigados por sus acciones u omisiones, quienes de manera conciente y planificada manipulan estereotipos y conductas violentas socialmente conocidas en contra de la mujer.

Evitar la comisión de estos crímenes y conductas es quizás uno de los retos mas amplios para la sociedad contemporánea en general, sin embargo, la historia reciente de la humanidad demuestra con cierta frialdad, que dentro de los distintos conflictos armados internos, el flagelo de la violencia sexual ha estado y sigue estando presente. Sin embargo, de igual manera presente está el ideal de investigar y procesar a los responsables tanto materiales como intelectuales de tan deleznable actos, todo ello con la finalidad de la búsqueda de la verdad real, material y objetiva en todos y cada uno de esos hecho, cumpliendo así con una de las premisas más importantes en el mundo jurídico: la aplicación de la justicia pronta y cumplida.

Por tal motivo es de capital importancia documentar –en la medida de lo posible– los actos acaecidos en el marco de un conflicto armado interno,

que constituyan casos de violencia sexual, ya que al documentarlos de forma ordenada se logrará construir una memoria colectiva que permita convertirla en elementos serios de convicción –medios probatorios– a ser presentados dentro de un proceso judicial.

1. IMPORTANCIA DE LA DOCUMENTACIÓN

Como ya se ha mencionado, una de las causas más importantes de la documentación de este tipo de casos es la creación de verdaderas bases de información sistematizadas, las cuales tendrán como finalidad aportar –entre otras cosas– elementos de convicción, que podrían ser utilizados dentro de un proceso jurisdiccional.

Asimismo, dicha documentación permite llevar un recuento más especializado de este tipo de hechos, brindando la oportunidad de utilizar los hechos y formas de comisión del o los delitos para ir creando patrones específicos, mapas de conducta y clarificar factores de vital importancia como los ámbitos espaciales y temporales de los mismos (lugar, tiempo y fecha), formas de comisión más comunes, para ir desembocando en la autoría tanto material como intelectual de los delitos, así como posibles modelos de impunidad; por otro lado, permite esquematizar los rasgos más comunes de las víctimas con el objeto de poder estudiarlas a profundidad como grupo.

Independientemente de las instituciones estatales, que por mandato legal deberían de documentar este tipo de hechos –en muchos países que han sufrido o sufren un conflicto armado interno–, son las organizaciones de derechos humanos –especialmente las de mujeres, constituidas la gran mayoría bajo el modelo de organizaciones no gubernamentales– las que se encargan no solo de la documentación y sistematización de estos hechos, sino que han constituido verdaderas redes de ayuda a las víctimas brindándoles apoyo en diversos órdenes, como el legal, migratorio, psicológico, social y, en algunos casos, económico.

Sin embargo, para lograr documentar este tipo de hechos hay que luchar contra toda una serie de obstáculos, en su mayoría de orden sociocultural, que no permiten el conocimiento y posterior punición de estos crímenes. Ya que, lamentablemente, gran parte de los casos de violencia contra las mujeres, particularmente la sexual, no son denunciados. Estos casos, por lo tanto, tampoco han sido *judicializados*, pues las víctimas se abstienen de comunicarlos por el miedo, el pudor o la desconfianza hacia

el sistema judicial. Es así como la mayoría de estas violaciones han quedado en la impunidad.

Por otro lado, la falta de registros idóneos o la ausencia de los mismos en los informes médico-forenses es un elemento coadyuvante en la impunidad, ya que en muchos casos a las mujeres después de ser víctimas de violencia sexual se les elimina físicamente, por lo que solo figuran en las estadísticas de los asesinatos. Por tal motivo, la documentación de los hechos ocurridos a la víctima antes de la muerte es primordial, así como también la inclusión de estos datos en las estadísticas oficiales, de tal manera que quede constancia de los diversos elementos del delito, incluida la dimensión de género.⁴⁸²

2. CÓMO RECOGER Y PRESERVAR LA EVIDENCIA

Uno de los pasos primordiales para realizar la documentación de casos de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno es el establecimiento y el seguimiento de ciertos requisitos mínimos que permitirán recolectar y preservar de una mejor manera las evidencias no solo en una posible escena del crimen y sus alrededores, sino que permitan fortalecer la cadena de custodia con el objeto de que en el preciso momento procesal puedan ser presentados ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

Dentro de estas actividades hay procedimientos que, por su importancia y contundencia al momento de recoger y preservar la evidencia, no deben obviarse, verbigracia:

El examen forense de agresión sexual: Como su nombre lo indica es un examen forense (legal) realizado por personal médico, con el propósito de recolectar evidencia después de una agresión sexual. No es un tratamiento

482 Cabe recordar la preocupación de la comunidad internacional por el impacto del conflicto armado sobre los derechos de las mujeres. Tanto en la Declaración de Viena de 1993 como en la Declaración de Beijín de 1995, se señaló que “las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y el Derecho humanitario internacionales. Todos los delitos de ese tipo, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados, requieren una respuesta especialmente eficaz.

médico y tiene que realizarse bajo el consentimiento total de la víctima, o de los tutores o guardadores si se tratare de menores de edad o personas sujetas a regímenes especiales de protección.

Es solicitado por el ente que realiza la investigación criminal, para posteriormente ser ordenado y autorizado por el ente contralor de dicha investigación. Este último aspecto puede variar dependiendo de las distintas normativas jurídicas internas.

La presencia o ausencia de evidencia física no prueba o niega que haya ocurrido la agresión sexual. Más bien, quizás presente evidencia de apoyo que será utilizada durante los procedimientos legales. Por medio de este examen el personal médico-forense documenta el historial del hecho y de la víctima, realiza una auscultación minuciosa de pies a cabeza para determinar si existe algún tipo de trauma, determina las lesiones, recolecta la evidencia forense y documenta los resultados, para posteriormente determinar el tratamiento a seguir e iniciar con las acciones legales pertinentes, así como con la ayuda psicológica para la víctima.⁴⁸³

Dentro de los aspectos centrales, sobre los que hay que enfocarse en la recolección de evidencias, se encuentran los corporales y extracorporales. Los primeros se refieren a los restos de procedencia humana, tales como fluidos, tejidos, cabellos y posibles marcas dejadas por el agresor. Los extracorporales pueden ser fibras de ropa, marcas de calzado, residuos de tierra y, en general, aquellos que pudieran haberse adherido al cuerpo de la víctima como producto del medio en que se desarrolló la agresión.⁴⁸⁴ La ropa que vestía la víctima al momento de la agresión también puede ser enviada al laboratorio y se puede mantener como evidencia hasta que se cierre el caso. De igual forma se pueden tomar fotografías de los golpes, cortadas u otras heridas que ocurrieron durante el hecho. Estas fotografías también se pueden mantener como evidencia hasta que se cierre el caso.

Con el objeto de preservar la evidencia de una mejor forma, hay que insistir, en primer lugar, en que las personas encargadas de estas actividades cuenten con un entrenamiento mínimo calificado, con el objeto de poder satisfacer plenamente extremos muy detallados. Por otro lado, es necesario

483 Sin embargo, si se determina que la agresión ocurrió setenta y dos horas antes del examen forense, la recolección de la evidencia varía, es decir, se centralizará en documentar el resultado del examen médico por otros medios y, por sobre todo, asegurando las declaraciones hechas por la víctima de la agresión.

484 American Academy of Physicians. Versión electrónica. 2005.

que la recolección y posterior preservación de la evidencia se centralice en aspectos mínimos que aseguren la coherencia de las mismas al momento de presentarlas en juicio. Estos aspectos tienen que estar encaminados a fortalecer temas como la sintomatología de las víctimas, destrezas para tomar el historial, ayuda legal y psicológica inicial y en general la documentación del caso.

La recopilación y preservación de la evidencia de forma adecuada es de importancia no solo para la documentación de un caso determinado, sino que también es vital para la recuperación de la víctima, a tal grado que las víctimas son más propensas a seguir adelante con el procedimiento de casos criminales o penales cuando han recibido tratamiento profesional por parte de las personas que les han practicado los primeros exámenes, escuchado su primera declaración o les han auxiliado en los minutos siguientes al de la violencia sexual.⁴⁸⁵

Por tal motivo debe impulsarse el fortalecimiento de la instancia que por mandato legal se encargue de la recopilación y preservación de este tipo de evidencias, reglamentando su actividad bajo premisas de confiabilidad de acuerdo a cánones internacionales, estipulando reglas claras para el control, preservación, manejo y disposición de evidencias, impulsando la tecnificación y seguridad de bóvedas o lugares de almacenaje de evidencia, debiendo para ello reunir garantías mínimas de seguridad que impidan, por un lado, el acceso no autorizado a dichas áreas, y, por otro, la contaminación de las evidencias allí depositadas. Por tal motivo dicha bóveda o almacén deberá estar provisto de anaqueles adecuados para la organización, preservación, control y manejo de la evidencia; cajas de seguridad, y sistemas antiincendios adecuados para evitar una posible pérdida o destrucción de evidencia por la acción del fuego. Así como tener debidamente reglamentado el procedimiento pertinente para recibir, embalar e identificar la evidencia, como el posterior manejo de la misma, fortaleciendo de esa manera la cadena de custodia.

La correcta recolección y preservación de evidencia de violencia sexual, no solo incide en el desarrollo de un proceso penal, o en la ayuda adecuada que se le pueda proveer a la víctima, incide también y de forma muy amplia, en el sentimiento de justicia que priva en todas y cada una de las víctimas, en el resarcimiento social y moral al cual tienen derecho, así como en la defensa, reparación y reivindicación de los derechos de las mujeres.

Finalmente, la recolección y preservación de la evidencia debe de realizarse bajo criterios técnicos y objetivos, apegados a las normativas sobre derechos humanos, en acompañamiento de instituciones que se encarguen de velar y difundir los mismos.

3. DECLARACIONES DE VÍCTIMAS Y TESTIMONIALES EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

De acuerdo a los principios del derecho penal adjetivo, dentro de los medios probatorios autorizados a utilizarse dentro de un proceso de violencia sexual, se encuentran –entre otros– las declaraciones de las víctimas, declaraciones testimoniales, medios de pruebas científicos, en algunos casos prueba documental, así como las distintas presunciones que de los hechos se puedan derivar.

Sin duda alguna para buscar justicia y esclarecer los distintos casos de violencia sexual ocurridos en contextos de conflicto armado interno, uno de los elementos probatorios por excelencia y de capital importancia lo constituye la declaración de la víctima de estos hechos. Sin embargo, es preciso recordar que, dentro de este contexto, la víctima no goza de garantías amplias para poder realizar este acto, ya que su libertad de locomoción podría estar coartada, al igual que su libertad de expresión. Por otro lado, el perpetrador o los perpetradores de tales crímenes, por lo regular se encuentran en una situación de poder frente a las víctimas, o bien pueden ser desconocidos para ellas, pudiendo incluso ser las máximas autoridades locales a las cuales se puede acudir para denunciar cualquier acción delictiva. En ese orden de ideas, muchos casos de violencia sexual quedan en la impunidad al no poder castigar a los responsables de los mismos.

Asimismo, existe otro obstáculo para la aplicación de justicia en este tipo de crímenes, es el hecho de que dentro de un gran número de sistemas jurídicos de América Latina las víctimas que sí tienen la posibilidad de presentar una denuncia después del hecho violento temen ser víctimas nuevamente del personal de las instancias judiciales y, principalmente, tienen desconfianza y la certeza de que pierden su tiempo flagrantemente ante la falta de resultados efectivos.

Los convencionalismos sociales y la naturaleza propia del delito hace que exista una desconfianza en la declaración de la víctima, la que se considera subjetiva. En mucho, esta rutina refuerza la inseguridad de la

ofendida porque siente que se buscan las causas de la agresión en su propia conducta.

Si, de hecho, resulta difícil para la víctima someterse a un examen médico forense ya que se expone a una nueva humillación, es más difícil aún narrar cómo sucedieron los hechos, ya que ese relato le hace vivir nuevamente los momentos de angustia por los que tuvo que pasar.

Generalmente, cuando la víctima decide acudir a presentar la denuncia de violencia sexual, pasa por situaciones molestas, como el interrogatorio. La mayoría de las veces es una doble humillación, dado que se formulan preguntas que no tienen fundamento y son una falta total de respeto a la víctima.

Por tal motivo, se hace necesario que la declaración o entrevista a la víctima sea en un momento y lugar que a ella le resulten cómodos, debiéndosele hacer saber a la víctima del derecho a que la acompañe una persona de su elección durante toda la entrevista.

A efecto de tomar de una mejor manera la denuncia, la misma debe ser detallada y completa, debiéndose grabar de principio a fin. En la mayoría de los casos de violencia sexual, esta entrevista proporcionará las principales pistas para investigación adicional. Ello se debe a que, en comparación con otros crímenes, la investigación de la violencia sexual depende mucho más de la entrevista a la víctima. Adicionalmente, muchas de las preguntas deben de referirse a la comodidad y seguridad de la víctima en el proceso de la investigación. Es así, porque una cuidadosa atención a su comodidad y seguridad es esencial para obtener de la víctima una declaración irrestricta e integral.⁴⁸⁶

Dentro de los aspectos a tomarse en cuenta al momento de tomar declaraciones de víctimas de violencia sexual se encuentran:

- Darle el tiempo suficiente a la víctima para que relate lo sucedido, brindarle espacios de privacidad, de tal manera que no se sienta coartada a expresarse, es decir, tratar de hacer que la víctima se sienta cómoda y segura mientras reporta el hecho criminal.
- Recomendarle a la víctima que se practique un examen médico forense, con el objeto de recabar evidencias.
- Ofrecerle una o un intérprete en caso de que la víctima se exprese en

un idioma distinto al español. Además de preguntarle a la víctima si tiene algún tipo de pregunta o preocupación por el hecho de reportar el crimen o de presentar cargos contra el perpetrador (en caso hubiere sido identificado).

- Informarle a la víctima que la entrevista será grabada.
- Hacer del conocimiento de la víctima que puede detener la entrevista en cualquier momento para hacer cualquier tipo de preguntas o bien para tomar un receso.
- Realizar preguntas concretas acerca de la conducta previa del o de los delincuentes.
- Solicitarle información a la víctima acerca de personas que pudieren haberse dado cuenta de la conducta previa del delincuente.
- Pedirle a la víctima que describa la conducta del atacante o las amenazas que hubiere proferido.
- Solicitarle a la víctima que se ponga en contacto con las personas o instituciones ante las cuales puso la denuncia, en caso de ser hostigada, intimidada o amenazada de cualquier forma.
- Pedirle a la víctima que siga pensando en evidencias adicionales, detalles o posibles testigos del caso.
- Hacer del conocimiento de la víctima que es un crimen el hecho que alguien le pida que cambie su historia o que no testifique.

Los anteriores son criterios mínimos susceptibles de ser mejorados, que buscan garantizar que la toma de declaraciones por parte de las víctimas sea realizada de una forma más amplia, en un ambiente donde la víctima pueda tener tranquilidad, y en donde los estereotipos por el crimen del cual ha sido víctima no incidan en el resultado de dicha actividad. Aunado a ello, es necesario hacer del conocimiento de la víctima las garantías que en este tipo de casos la respaldan:

- Derecho a recibir asesoría jurídica y a ser informado del proceso penal.
- Derecho a apoyar al órgano encargado de la persecución penal en la acusación que este formuló en contra del acusado.
- Derecho a ser atendido médica y psicológicamente.
- Derecho a la reparación del daño.
- Derecho a no carearse con el acusado en caso de que sea menor de edad y se trate de delitos de violación o secuestro.
- Derecho a solicitar medidas de protección. Existen casos en que, por

la naturaleza del delito y del acusado, los ofendidos pueden llegar a temer por su vida; en estos casos el Estado deberá proporcionarles las medidas de protección para salvaguardar su integridad física.⁴⁸⁷

Asimismo, la declaración testimonial⁴⁸⁸ es de vital importancia en este tipo de casos, ya que por medio de ella se comprueban de una mejor forma los hechos establecidos por la víctima al momento de realizar la denuncia respectiva. Los criterios usuales bajo los cuales debe ser recibida son:

- El testigo declarará sobre lo que le consta en relación al imputado, al hecho a sus circunstancias.
- El testigo narra lo que percibió, pero no expresa opiniones ni conclusiones. Las opiniones las aporta el perito.
- No se solicita una capacidad específica en la personas para rendir testimonio.

En este tipo de casos, es importante que lo declarado por los testigos también se encuentre sistematizado y documentado por el grupo o personas de apoyo que en su momento acompañen a la víctima y al proceso en general. Ya que esta información permite documentar de una mejor forma los casos de violencia sexual, pudiendo así establecer indicadores, con el objeto de monitorear una serie de datos que servirán a la postre para luchar contra este flagelo.

4. SISTEMAS Y/O MECANISMOS DE PROTECCIÓN PARA VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Como se señaló en la parte introductoria, la violencia que sufren las mujeres en situaciones de conflicto no es más que una manifestación extrema de la discriminación y los abusos que sufren las mujeres en tiempo de paz, así como de la desigualdad en las relaciones de poder entre hombres y mujeres en la mayoría de las sociedades. Estos hechos violentos contra las mujeres

487 Concepto y garantías de la víctima. OCNUDH.

488 Testimonio es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pudo conocer, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual del hecho. Según la definición del Ministerio Público de la República de Guatemala.

en situaciones de conflicto no surgen de forma natural, sino que obedecen a un proceso esquematizado; es decir, son ordenados, aprobados o tolerados como resultado de una estrategia. Es por ello que estos crímenes son obra de individuos que –en su momento– gozan de amplios mantos de impunidad, ya que tienen la certeza que no serán castigados por sus acciones u omisiones, quienes de manera conciente y planificada manipulan estereotipos y conductas violentas socialmente conocidas en contra de la mujer.

En ese mismo orden de ideas, en la gran mayoría de casos las mujeres no presentan denuncias ni prestan declaración porque temen ser estigmatizadas, o tienen miedo a nuevos ataques. Obtener pruebas médicas resulta difícil o costoso, las autoridades responsables de iniciar los procesamientos se muestran indiferentes, y el sistema de justicia penal está predispuesto en contra de las mujeres.

Estos problemas se agravan en las situaciones de conflicto armado, en las que el peligro, la confusión y la falta de orden social son habituales. En algunas ocasiones los problemas que aquejan a los sistemas de justicia penal nacionales tienen su origen en la indiferencia y la discriminación contra la mujer. La predisposición general en los procedimientos penales y en la manera en que se practican las pruebas hace más difícil el acceso de las mujeres a la justicia.

La policía, los investigadores y los fiscales con frecuencia no actúan en relación con los delitos cometidos contra las mujeres, en particular cuando las definiciones de los delitos sexuales dependen de ideas relativas al consentimiento. Se considera que las mujeres que han sufrido violencia sexual bajo coacción han accedido al contacto sexual, cuando en realidad simplemente tenían demasiado miedo para protestar o negarse.

Del mismo modo que en épocas de paz, las mujeres sienten vergüenza de que se hayan cometido delitos sexuales contra ellas, tienen miedo del estigma y el rechazo, están traumatizadas por la experiencia y temen ser víctimas de nuevo. Al no contar con apoyo oficial para solicitar investigaciones y protección frente a nuevos delitos, no tienen confianza para presentar denuncias y prestar declaración.⁴⁸⁹ Aunado a ello, el hecho de que en algunos países las autoridades centrales son reacias a presentar a la justicia a algunos personajes de la vida nacional, en virtud de las altas cuotas de poder que estos personajes manejan y del manto de la impunidad que los cubre.

Por si fuera poco, el bajo número de víctimas y de testigos de casos de violencia sexual que deciden, por un lado, denunciar este tipo de casos, y, por otro, coadyuvar a la investigación por medio de sus respectivas declaraciones, pueden poner en riesgo sus propias vidas o las de su grupo familiar, ya que los perpetradores de estos crímenes, actuando en la impunidad que ya les es común, no van a permitir fácilmente una conducta de esta naturaleza, o bien se encontrarán ante un sistema jurídico excluyente y cargado de prejuicios.

Ante estos hechos se hace necesario proteger a las víctimas y testigos de estos delitos; un buen antecedente se encuentra en los Tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia, los cuales fueron innovadores y sensibles a las necesidades de las mujeres al recomendar medidas de protección para víctimas y testigos. Les proporcionaron asesoramiento y apoyo, especialmente en casos de violación y agresión sexual.⁴⁹⁰ Los dos tribunales establecieron unidades de apoyo para víctimas y testigos, con el mandato de adoptar un enfoque sensible al género y dar la debida consideración a la designación de mujeres que fueran especialistas calificadas en el género.

Este antecedente trascendió al Estatuto de Roma al estipular la creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente para procesar a las personas acusadas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. El Estatuto confirmó los avances realizados en el derecho internacional respecto del reconocimiento de un amplio espectro de delitos de violencia sexual y de género, como crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Entre ellos figuraban la violación, la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esterilización forzada, así como la persecución por motivos de género. Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se basaban en los logros de los tribunales en lo relativo a los principios de prueba, los procedimientos a puerta cerrada, la protección de testigos y víctimas y la sensibilidad al género. El delito de esclavitud sexual recibió su primer reconocimiento en el ámbito de los tratados, y la trata de personas se reconoció por primera vez como una forma de esclavitud. Se facultó asimismo a la Corte Penal Internacional para conceder reparaciones.⁴⁹¹

490 Ídem.

491 Ídem. La reparación debe incluir restitución (por ejemplo, de hogares, medios de vida y bienes perdidos), indemnización, rehabilitación, satisfacción (como la restitución de su dignidad y reputación y el reconocimiento público de los daños sufridos) y garantías de no repetición.

A ese respeto el Estatuto de Roma reconoce la importancia de proteger a víctimas y testigos, de tal suerte que tal como lo establece la norma ya citada, “en bien de la credibilidad y la legitimidad de la Corte, será esencial adoptar medidas para garantizar la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos y de sus familias.” Por tal motivo, en el artículo 43.6 se ha estimado que debe existir una sección especial de asistencia a las víctimas y a los testigos, adscrita a la Secretaría de la Corte, la que adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a las víctimas y los testigos que comparezcan ante la Corte, así como a sus familiares y otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado el artículo 68.4 autoriza a la Dependencia de Víctimas y Testigos a asesorar al Fiscal y a la Corte acerca de tales medidas. Dispondrá de personal con la experiencia y formación necesarias para atender a víctimas de traumas, incluidos los relacionados con violencia sexual y con abusos contra niños.⁴⁹²

En términos generales al tratar lo relativo a los mecanismos de protección para víctimas y testigos de violencia sexual, hay que referirse a cuerpos normativos recientes cuya aplicación para ser viable necesita de ciertas condiciones jurídicas, sociales, económicas y culturales, a fin de lograr la eficacia necesaria para prevenir este delito y, como ya se mencionó, cuando esto no fuese posible, resarcir el daño causado a las víctimas, sus familias y el entorno social, ya que, desgraciadamente, la violencia sexual lacera y deja huellas en cada ser humano que es objeto de este delito.

Se hace necesario que el Estado, a través de los investigadores, policías, fiscales, procuradores, jueces y legisladores, aúne esfuerzos para mejorar la protección de las víctimas y testigos y la aplicación de la justicia en los casos de violencia sexual, con el fin de que más personas cooperen en los procesos contra los perpetradores de tales crímenes y que, por consiguiente, se haga justicia y se reduzcan los índices de impunidad.

492 Con el objetivo de conciliar los derechos del acusado a un juicio justo y el respeto a las víctimas y testigos, se desarrollaron una serie de nuevos estándares que revolucionan lo conocido en la legislación nacional. El Estatuto de Roma establece procedimientos que facilitan la participación y la protección de las víctimas y testigos. Contribuye a su reparación y a asegurar que la calidad de víctima o testigo no sea un factor estigmatizador o de mayor riesgo.

Tendiendo puentes: la dimensión de la justicia en la cosmovisión de las víctimas ¿Cómo evitar que la judicialización se convierta en una nueva forma de violación de derechos humanos?

Carlos Martín Beristain

El objetivo de esta ponencia es promover la reflexión respecto a la dimensión de la justicia en contextos de diversidad cultural que caracteriza a países como Perú o Guatemala que han sufrido conflictos armados, que afectaron principalmente a la población indígena, incluyendo las formas de violencia sexual contra las mujeres especialmente. La cultura conlleva diversas formas de vivir, actuar, otorgar significado, interpretar la realidad, la vida, el mundo, los DDHH, los roles de género, la justicia o la reparación.

La judicialización de los casos se enfrenta aquí tanto a las dificultades del sistema de justicia alejado del universo cultural y material de las víctimas, como a su situación de discriminación y exclusión social, lo cual incide en las posibilidades de acceso a la justicia y la evolución de los procesos.

Además, las consecuencias de estos procesos deben verse en el contexto familiar y social más próximo, dada la incidencia de los casos de violencia sexual en aspectos ligados a la intimidad personal y el estigma social que se viven de formas diferentes en el contexto más próximo. Se necesita un esfuerzo para aproximar la lógica cultural occidental a otras lógicas culturales, reconociendo las particularidades de las mujeres y los hombres y valorando el carácter pluricultural, pluriétnico y multilingüe de los países.

Uno de los resultados de estos procesos de judicialización debería ser la posibilidad de establecer una nueva relación entre el Estado y la sociedad, entre el Estado y las víctimas, y la construcción de una justicia que se adecue a las diversas realidades socioculturales y lingüísticas, de una cultura de derechos que favorezca la superación de la exclusión y el pleno ejercicio de la ciudadanía para todas y todos.

1. LA VIOLENCIA SEXUAL

En el contexto de conflictos armados, la violencia sexual ha incluido frecuentemente formas como la violación, mutilaciones, esclavitud sexual, etcétera. Los abusos sexuales y violaciones de las mujeres han sido una constante histórica por parte de soldados o miembros de los cuerpos de seguridad o milicias, y utilizados en muchas guerras como una estrategia para sembrar el terror o considerando a las mujeres como botín de guerra. También puede afectar a niños y a hombres.

Desde las violaciones masivas y esclavitud sexual de las mujeres coreanas y chinas por parte del ejército japonés en la Segunda Guerra Mundial, hasta los casos más conocidos en las últimas décadas como la violación de las mujeres bosnias, como parte de la limpieza étnica en los Balcanes, o en la guerra en Sierra Leona, el patrón de violaciones sexuales y otras formas de violencia y tortura sexual contra las mujeres ha sido parte muy relevante de las violaciones masivas de los derechos humanos.

En América Latina, durante los regímenes represivos, la violación y otras formas de tortura sexual fueron frecuentes en las detenciones arbitrarias, cárcel, o como parte del modus operandi de desapariciones forzadas en países como El Salvador o Chile. En términos comunitarios, las violaciones fueron frecuentes en países como Guatemala o Perú en el marco de operativos militares como parte del control masivo de la población y en las detenciones o cárcel.

Esas violaciones han tratado de denigrar la dignidad de las mujeres víctimas, pero también han tenido en muchas ocasiones un carácter de humillación colectiva.⁴⁹³ Además de la humillación personal y el ostracismo familiar que sufre la mujer, los esposos, hermanos y padres pueden a la vez sentirse impotentes y responsables por la violación de su familiar. Mientras a los hombres y a las mujeres que sean heridos o asesinados se les considera “héroes” o “mártires”, no hay un estatus similar asignado a las mujeres que han sufrido violación sexual. El sufrimiento de la persona y la familia no es

493 Los piratas tailandeses violaron intencionalmente a las mujeres vietnamitas delante de sus familias para asegurar la humillación de todos. Un equipo de investigadores de la Unión Europea que visitó la ex Yugoslavia en diciembre de 1992, llegó a la conclusión de que muchísimas mujeres y adolescentes bosnias habían sido violadas en Bosnia-Herzegovina como parte de una campaña sistemática para sembrar el terror (UNHCR, 1994).

reconocido y no puede ser validado socialmente. También el valor cultural o religioso de la “pureza” e intimidación sexual puede hacer que las mujeres afectadas o sus familias se sientan más golpeadas por esa experiencia.

1.1. Impacto y consecuencias psicológicas

La violación supone una vivencia individual –y en muchas ocasiones colectiva– profundamente traumática, con independencia del entorno cultural, añadiendo a las secuelas físicas de la violencia, dolor, humillación y vergüenza. Frecuentemente las mujeres pueden perder su confianza en los demás, su sentido de seguridad y muchas veces su aceptación social, dado que pueden incluso ser culpabilizadas por otros de lo sucedido (Echeburúa, 2004).

Otras consecuencias frecuentes de la violación son el temor al embarazo y los dilemas éticos que siguen a un embarazo no deseado producido por la violación, además de problemas ginecológicos como enfermedades de transmisión sexual y VIH.

Para las mujeres afectadas la sensación de estigma (por ejemplo, pensar que los demás “saben que fue violada solo con mirarla”) y la pérdida de la propia estima son consecuencias que pueden todavía estar presentes mucho tiempo después.

Muchas mujeres pueden vivir posteriormente cambios en la relación con su cuerpo, tener sensación de “suciedad” o disgusto, o incluso un sentido de “estar habitada por un espíritu maligno” (Kane, 1995). La preocupación por la higiene íntima, la angustia en la sexualidad y el temor a los hombres son frecuentes problemas que las mujeres que han sufrido violaciones tienen que enfrentar.

Como en otras experiencias traumáticas, pero de forma más relevante, entre los síntomas psicológicos frecuentes de la violación están recuerdos persistentes de la violación (en general y ante situaciones que recuerdan el escenario, gestos, etcétera), y el embotamiento afectivo, limitando la expresión de cariño y ternura. Estos síntomas forman parte de lo que se llama el trastorno de estrés postraumático (TPET). A pesar de que estos síntomas sean frecuentes, el enfoque centrado en el TEPT, como otros enfoques basados en modelos médicos individualistas, corre el riesgo de convertirse en una etiqueta en lugar de ayudar a comprender la experiencia de la gente y las condiciones en que pide o necesita ayuda, y su uso tiene que valorarse con mucho cuidado en el contexto de otras culturas. Por ejemplo, mientras

que los recuerdos intrusivos o la hiperreactividad, y en menor medida la evitación conductual, eran frecuentes según testigos claves entre refugiados mayas de Guatemala, la evitación cognitiva y la inhibición o anestesia afectiva no lo eran (Martín Beristain, C. Valdoseva, M. y Páez, D., 1996). Estas últimas probablemente se ven más afectadas por cómo las personas evalúan e interpretan los hechos en cada cultura y muestran una menor generalidad.

Además, el impacto de la violación sexual muestra una alta prevalencia de síntomas psicológicos. En estudios en población general las mujeres que habían sufrido violación sexual tenían un 33%, 15% en caso de violencia física y 6% en caso de no haber sufrido malos tratos. También se da un mayor riesgo de conductas suicidas en los momentos posteriores al hecho (OMS, 2002).

1.2 Respuesta social o familiar

Tanto en el momento, como a pesar de que haya trascurrido mucho tiempo de los hechos, la violación puede ser todavía un tema tabú para muchas personas y comunidades, una especie de vergüenza social que se trata de mantener alejada. Frecuentemente la respuesta incluye ostracismo social hacia las víctimas o incluso la violencia contra las mujeres por considerar herido el honor, o achacándoles una responsabilidad, especialmente en contextos culturales donde se considera la violación como un delito contra el honor y la situación de las mujeres se vincula a la familia.

Por ejemplo, en el caso de Perú, Theidon (2004) ha descrito percepciones en su medio social más cercano de mujeres como “sobras” o “amantes” de los militares, o su estigma por haber estado con soldado (con el “enemigo”).

Por último, en muchos contextos se da una continuidad de las experiencias de violencia contra las mujeres o violación en la esfera familiar y predominio de los estereotipos de género. Ello supone no sólo un límite de la solidaridad de los hombres, sino que incluso a veces la represión se prolonga con violencia familiar a causa de la violación (maltrato).

2. ATENCIÓN AL CONTEXTO CULTURAL

El sufrimiento psíquico puede aceptarse en una cultura como algo normal, pero en otras puede considerarse algo vergonzoso o maligno. La persona

puede asustarse de sus propias reacciones, rechazarlas o incluso ser incapaz de establecer un nexo entre su problema y su experiencia.

En las culturas más colectivistas, el sufrimiento puede expresarse de una forma “indirecta”, por ejemplo en problemas físicos difusos. En las culturas indígenas y campesinas, el sufrimiento causado por experiencias traumáticas se expresa muchas veces como reacciones somáticas y se conceptualiza como “enfermarse”. En otras ocasiones la expresión emocional está mediatizada por un conjunto de factores como la cultura, la defensa del dolor y las atribuciones que se hacen al rol como hombre/mujer (lo que se puede expresar o no, las concepciones sobre fortaleza, pureza o dignidad).

En el caso de las culturas indígenas, el “trauma” no es visto como una forma de herida psicológica individual, sino que daña “el sentido de relaciones de la persona. Lo que es dañado es la relación consigo mismo, con la comunidad y con el universo” (Mental Health Handbook, 1993). Y ello genera desafíos desde el punto de vista de la recuperación o reparación, puesto que son estas relaciones las que hay que restablecer mediante acciones específicas, ritos, ceremonias en el medio comunitario o familiar.

Hay que tener en cuenta las explicaciones del contexto, los conceptos que se dan para describir la experiencia. Las explicaciones tradicionales pueden ser distintas a las occidentales y tener consecuencias en cómo se enfrentan los problemas. Por ejemplo, en las muchas culturas indígenas el trauma se asocia a “susto” que hay que “sacar del cuerpo”.

El trabajo en el idioma de las víctimas es clave para poder entender mejor su significado y acompañar el proceso. En muchos países, las lenguas indígenas se encuentran minorizadas y no tienen reconocimiento institucional real, o se constituyen en nuevas barreras en el acceso a la justicia.

3. LA DIMENSIÓN DE LA JUSTICIA EN LA COSMOVISIÓN DE LAS VÍCTIMAS

El universo cultural de las poblaciones indígenas se enfrenta a la coexistencia de modelos de justicia basados en la justicia restaurativa comunitaria o en la justicia penal o civil propia de las instituciones del Estado. La justicia restaurativa se refiere a las formas de justicia más orientadas a la reparación del daño, la mediación y el acuerdo con la víctima, que al castigo del culpable. Estos mecanismos son gestionados con mediadores pertenecientes a la comunidad, se manejan con reglas flexibles, el proceso

es voluntario y las decisiones se basan en acuerdos. Por último, se enfatizan las penas orientadas a la reparación. Las formas tradicionales de justicia han sido diseñadas para lidiar con un número relativamente pequeño de casos como robos, conflictos entre vecinos, etc. ¿Pueden lidiar con el peso de crímenes más serios, como las masivas violaciones de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad como la violación y tortura sexual? (Martín Beristain, 2005)

Por último, con respecto a la investigación penal, los factores siguientes arraigados en gran parte en las sociedades tal y como señala la relatora de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer (Ertürk, 2003), exacerbaban la falta de acceso de las mujeres a la justicia, entre ellas:

- La pobreza y la falta de autonomía económica;
- El analfabetismo jurídico;
- La exclusión de la vida pública y política;
- Las actitudes peyorativas hacia las mujeres y las prácticas que las afectan en las esferas pública y privada de la vida;
- El miedo y las inhibiciones que sufren las mujeres en sus demandas de justicia;
- La falta de grupos de promoción poderosos que apoyen las demandas de justicia de las mujeres.

La participación de las víctimas en los procesos de investigación y judicialización es básica para que estos sean eficaces, pero se enfrenta en general a numerosos desafíos. A continuación se resumen algunos de ellos.

Participación en procesos

- Sentido para las víctimas: canalizar la rabia o el impacto, valor de la persona, mejora de su vida.
- Lucha contra la impotencia: control de su vida.
- Motor de la lucha contra la impunidad: persistencia y creatividad (dimensión individual y colectiva).

El camino de la justicia es difícil:

- Impacto de revelaciones o banalidad de perpetrador.
- Esperanza y vulnerabilidad.
- Grado de ambivalencia posterior.
- Procesos recaen en la espalda de víctimas y familiares: sobrecarga emocional y dificultades prácticas.

Dificultades con los procesos

- Diligencias y obstáculos administrativos: una nueva fuente de tensión y dolor.
- Los procesos pueden revelar detalles impactantes.
- Dilemas éticos: posibilidad de encontrar y constatar lo que pasó en ausencia de reconocimiento oficial de los hechos o sus responsabilidades.

Impacto de la impunidad

- Deja a las víctimas en la cuneta de la historia: aislamiento, inversión de la culpa y estigma.
- Bloquea los esfuerzos de las víctimas o familiares por conocer la verdad y hacer el duelo.
- Condiciones más estresantes de adaptación: poder real, frustración de expectativas o convivencia con perpetradores.
- Limita las formas más positivas de afrontamiento.
- Condiciona el valor de las políticas (si las hay) de apoyo y reparación: ambivalencia, blood-money,... En otros casos las limita totalmente ya que sin reconocimiento público o jurídico no se ponen programas de reparación en marcha.

3.1 Caso Xamán: implicaciones psicosociales de la participación de los afectados en un proceso judicial

El caso Xamán ofrece algunos elementos sobre la evaluación psicosocial de la participación en procesos judiciales para las víctimas y testigos, en un contexto de impunidad. En 1995 una patrulla del ejército de Guatemala cometió una masacre de 11 personas de la comunidad. Desde entonces, Xamán ha tenido que enfrentar varios procesos judiciales en un contexto de impunidad. Para los familiares de las víctimas y heridos, participar en los juicios tenía mucho sentido, pero también fue un enorme esfuerzo.

La primera sentencia condenó a los soldados por “imprudencia temeraria” a pagar una multa, lo cual aumentó el impacto emocional en los familiares y la comunidad, así como el miedo a represalias. La comunidad exigió un nuevo proceso. Por fin en 2004, la comunidad de Xamán logró una nueva sentencia que condena a los acusados a 40 años de cárcel. Aun en medio de un contexto de impunidad, el caso Xamán es un ejemplo del valor de la lucha colectiva de los propios afectados, como decía uno

de ellos: “Ahora tengo más esperanza, la justicia puede que empiece a caminar”.

A continuación se resumen los hallazgos de una investigación sobre los efectos psicosociales de la participación en el juicio de víctimas directas y testigos, comparando con el resto de la comunidad (Cabrera, 2004).

3.1.1. Afectados en comparación con víctimas secundarias mostraron:

- *Mayor estrés*
 - Mayor ansiedad y preocupación.
 - Experiencia estresante y con más implicaciones para las víctimas.
 - Mayor percepción de menosprecio.
 - Actuaciones negativas tienen un impacto mayor. Necesidad de respeto y dignificación.
- *Mayor acuerdo con coping de evitación: Mejor olvidar.*
 - Experiencia estresante asociada a recuerdos o vivencia recurrente de la pérdida.
- *Mayor impacto-cuestionamiento de creencias básicas-mundo*
 - Mundo más difícil predecir y mayor percepción de gente malévola.
- *Mayor reevaluación positiva lucha colectiva*
 - Mostrando el sentido y los beneficios de participar en juicios y demandas en violación de DDHH– aUn en condiciones negativas.

3.1.2. Testigos en comparación con no testigos mostraron:

- *Menor estrés general pero mayor durante el proceso.*
 - Menor miedo a la venganza (sesgo de selección pero también cambios en la percepción a partir de la participación).
 - Pero mayor vivencia de desprecio (juicio como experiencia estresante en contextos de racismo e impunidad: necesidad de protección y apoyo).
- *Mayor acuerdo con coping compartir social y percepción de más cohesión.*
 - Mayor platicar ayudó enfrentar el juicio.

- Mayor apoyo comunidad, unidad y fortaleza durante juicio.
- Muestra la necesidad de apoyo y trabajo grupal con testigos así como la importancia del sentido colectivo del juicio.
- *Mayor cuestionamiento en las creencias básicas-mundo*
- Mayor decepción sobre las expectativas de paz, probablemente por mayor implicación en los procesos colectivos.
- Aunque mostrando los beneficios de participar en juicios y demandas – aun en condiciones negativas.
- Mayor reevaluación positiva lucha colectiva.

4. EXPERIENCIAS NACIONALES E INTERNACIONALES DE JUDICIALIZACIÓN DE CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

A continuación se resumen algunos estudios sobre las dificultades o recursos de la judicialización, tanto en el ámbito internacional –referidos a contextos de conflicto armado especialmente– como en diferentes países –respecto de los casos habituales de violencia sexual contra las mujeres–.

4.1. El caso del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

A pesar de que el caso Akayesu⁴⁹⁴ se dio reconocimiento de la violación y violencia sexual, globalmente la experiencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ofrece algunos ejemplos negativos en la judicialización de la violencia sexual (Nowjoree, 2003).

Algunas dificultades señaladas son:

- Las víctimas se vieron enfrentadas a un ambiente hostil, sometidas a contrainterrogatorios prolongados y repetitivos, y falta de límites al período de repreguntas.
- Falta de preparación adecuada: algunas víctimas de violación se han sentido humilladas y apenadas al momento de presentar su testimonio porque no se les advirtió que tendrían que hablar explícitamente sobre partes de su cuerpo o sobre actos sexuales.

494 Prosecutor v. Jean –Paul Akayesu, Causa número ICTR-96-4-T, sentencia 2 de septiembre.

- A pesar del prometido anonimato, al regreso a sus hogares se han enterado de que se ha revelado su identidad como víctimas de violación, tras lo cual se ven sujetas a amenazas y represalias.
- Investigaciones inadecuadas, aplicación de una metodología de indagación inapropiada y falta de capacitación del personal. Algunos casos han continuado sin acusaciones de violación sexual, a pesar de que en algunos de ellos el fiscal tenía en su poder pruebas fehacientes del delito.
- En un número considerable de casos, los cargos por violación se han agregado tardíamente como enmiendas, en lugar de formar parte integral de la estrategia de enjuiciamiento. Los abogados principales de la fiscalía siguen teniendo interpretaciones y opiniones divergentes y hasta contradictorias sobre la responsabilidad legal de la violencia contra las mujeres y sobre el enfoque legal que han de adoptar en la corte.

Según una evaluación realizada a los 10 años de haberse cometido el genocidio en Rwanda, el TPIR ha dictado 21 sentencias: 18 condenas y 3 absoluciones. El 90% de estos fallos no incluyó ninguna condena por violación, a pesar de que se dio en la mayor parte de los casos como parte del modus operandi de los perpetradores. El número de absoluciones por casos de violación fue el doble de las condenas por el mismo delito. La Fiscalía ni siquiera presentó cargos de violación en el 70% de los casos adjudicados. En el 30% que se incluían cargos por violación, solo 10% fueron encontrados culpables por su papel en la violencia sexual. Sin embargo, el doble, 20%, fueron absueltos porque la Corte consideró que no se habían presentado pruebas suficientes.

Según Nowjoree (2003) las mujeres de Rwanda explican lo que en su opinión ha sido el fracaso del tribunal, que no sólo les ha negado justicia, sino también agudizado el sufrimiento que continúan padeciendo. En su investigación se destacan algunas de las deficiencias del proceso (el cual se ha estructurado sin considerar la necesidad de brindar una atención y una protección óptimas a las víctimas de violación). Como ejemplo, en 2003 había aproximadamente 100 investigadores de los cuales 5 eran mujeres.

Entre las demandas de las víctimas frente al proceso de judicialización se encontraban, entre otras: 1) rehabilitación moral, 2) hablar sobre sus experiencias en un contexto de reconocimiento institucional. 3) que la Corte diga que las agresiones que sufrieron las mujeres fueron genocidio,

4) que emita un veredicto que reconozca que ellas no son responsables ni han colaborado con el genocidio para sobrevivir.

Entre los problemas señalados para la investigación judicial de los casos de violación y violencia contra las mujeres están:

- En muchos códigos penales, la violación se considera un “delito contra el honor”, y así, la moralidad y el comportamiento sexual de la mujer quedan expuestos ante el tribunal para ser analizados, y a ella se la trata como si fuera la acusada. Si una mujer ha tenido una vida sexual activa, es posible que se la considere responsable de haber dado su “consentimiento”.
- Las mujeres que proceden de comunidades marginales pueden mostrarse particularmente reacias a presionar para presentar cargos o para actuar como testigos, pues tienen poca o ninguna confianza en el resultado de su contacto con la policía y el sistema de justicia penal.
- Se ha avanzado algo a la hora de exigir responsabilidades a los autores de actos de violencia contra las mujeres en el ámbito internacional. Sin embargo, a menudo estos avances no se reflejan en las actuaciones judiciales en el ámbito nacional. Por ejemplo, a pesar de las innovadoras decisiones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en los procesamientos por actos de violencia sexual, en los tribunales nacionales de Bosnia y Herzegovina no ha habido ningún procesamiento únicamente por violación. Los juicios celebrados ante tribunales bosnios por crímenes de guerra han sido en general deficientes y muchos se han frustrado por haber retirado los testigos sus declaraciones a causa de intimidaciones y hostigamiento.
- Quienes administran el sistema de justicia penal —jueces, fiscales, policías, guardias de prisiones— no son inmunes a la opinión general de que las mujeres son responsables de la violencia que se comete contra ellas o de que merecen ser castigadas cuando se comportan de forma que no se ajusta a la norma. Esto se refleja en la administración de justicia, pues en la mayoría de los países la ley se aplica de forma discriminatoria. A consecuencia de ello, los juicios por actos de violencia contra mujeres suelen perderse a menos que haya pruebas claras y evidentes de que se ejerció fuerza, es decir, pruebas que demuestren a todos que la mujer “luchó”. En el tribunal, el testimonio de las mujeres víctimas de la violencia suele desvirtuarse con pruebas irrelevantes de su vida sexual y con agresivas preguntas de los abogados (y, a veces, del propio acusado, que se representa a sí mismo). En ocasiones se utiliza la aten-

ción psiquiátrica que pueda haber recibido la víctima —relacionada o no con la violación— como prueba de su poca fiabilidad.

- Según una investigación realizada en Vancouver, Canadá, en el periodo comprendido entre 1993 y 1997 lo que más influyó a la hora de dictar sentencias condenatorias en casos de violación fue la presencia de lesiones físicas en la víctima. Además, este estudio mostró que las sentencias condenatorias eran poco frecuentes: de los 462 casos estudiados, sólo en el 33% se presentaron cargos, y solo en el 11% el acusado fue declarado culpable. Hay casos en los que es imposible cumplir los reglamentos de prueba porque hay pocos médicos forenses disponibles para realizar los exámenes adecuados.

4.2 Las violaciones en el contexto de la guerra en Bosnia Herzegovina⁴⁹⁵

En los conflictos de los Balcanes aún se debaten la utilización y la magnitud de la violación como arma de guerra. En el documento “*Rape is a war crime*” (ICMPD) se incluyen algunos datos, como que la edad media de las mujeres que sufrieron violaciones durante el conflicto en Bosnia (excluyendo Kosovo) era de 28 años, de ellas más de la mitad estaban casadas y al 48% las violaron delante de algunos miembros de su familia. Cerca del 40% se quedaron embarazadas, mayoritariamente aquellas recluidas en campos de violación, y de estas, más de tres cuartas partes se quedaron con los bebés. Estos son solo cálculos aproximados, porque no hay fuentes fiables.

Según García & Hromadzic (2005), cuando la opinión pública internacional comenzó a ser consciente de la existencia de campos de violación en los Balcanes, apareció una oleada de profesionales extranjeros, mayoritariamente trabajadores del ámbito psicosocial, y medios de comunicación internacionales que llegaban buscando a estas mujeres. Este colectivo parecía resultar mucho más atrayente que el resto de la población. En general, las propias mujeres y los profesionales locales evitaban desvelar o facilitar el contacto con “los casos de violación”.

495 Síntesis de: García & Hromadzic. “From Individual Suffering to Collective Activism: Academic and Community Approaches to the Bosnian War Rapes” for the book *Minority Rights in the Balkans*.

Profesionales locales y extranjeras con años de trabajo en la zona coinciden al afirmar que, en general, las pautas culturales tienen un enorme peso sobre las mujeres bosnias, que después de haber sido violadas temen ser repudiadas por su familia y sus comunidades, y guardan con frecuencia el secreto. E. Richter, de la organización CWA (Coordination of Women's Advocacy), fue contratada para apoyar la obtención de declaraciones de mujeres que habían sufrido violación y de testigos en el Tribunal de La Haya. En dos años (1997-1999) la ONU había obtenido solo 70 declaraciones, frente a las 21 de Richter que trabajaba ella sola con el apoyo de dos personas locales. La clave para obtener las declaraciones en los Balcanes es, según ella, la inclusión participativa en la comunidad, fomentando así la confianza de mujeres y testigos hacia el entrevistador de derechos humanos.

A las reacciones posibles que las mujeres sienten en contextos de conflicto (como la culpabilidad, una máxima indefensión e inseguridad, anomia, sensación de dolor físico y de horror), en los casos de violación pueden añadirse sensaciones extremas de vergüenza, miedo y rabia. Existe una construcción social de las mujeres violadas "traumatizadas, avergonzadas, silenciosas, incapacitadas para la actividad social" que no corresponde con la realidad. El impacto de la agresión depende no sólo de su personalidad, sino también de las estrategias de afrontamiento de que disponga, de las circunstancias externas, de las redes de apoyo social, etcétera.

En Bosnia se ha visto cómo algunas víctimas de violaciones sistemáticas y públicas se consideran sobrevivientes, pueden seguir cuidando de su familia y de sí mismas y reconstruir sus vidas, mientras que algunas jóvenes que han sido amenazadas, pero no directamente agredidas, muestran síntomas mucho más incapacitantes. Hay pruebas documentales⁴⁹⁶ que intentan objetivar la realidad de la violación entre 1992 y 1995 en el conflicto de los Balcanes mostrando su horror, y su magnitud, pero enfatizando también la capacidad de recuperación de algunas de las víctimas, en base a sus recursos personales y el apoyo de su entorno.⁴⁹⁷

496 Véase el vídeo antropológico "Calling the *Ghosts*", realizado por *women make movies*, 1996, 60 min.

497 "Muchas mujeres afectadas por la guerra parecen centrarse más en su mundo social y en su rehabilitación familiar, que en sus procesos mentales personales... Cada mujer agredida muestra una reacción diferente. No todas las mujeres agredidas están traumatizadas, pero todas ellas pueden tener necesidades diversas: familiares, de atención médica, de apoyo jurídico, de apoyo terapéutico, de orientación laboral, etc. que debieran ser

Según Arantxa García del Soto⁴⁹⁸, quien trabajó varios años en Bosnia en programas psicosociales, algunos de los aprendizajes de la experiencia bosnia son:

- La necesidad de establecimiento de relaciones de confianza, tiempo y energía con ellas y sobre todo apoyo emocional coherente; que sientan que aunque no compartimos su experiencia compartimos la sensación de injusticia básica (que las relaciones de poder y el tono del acompañamiento sean constantes, aunque entremos y salgamos en vez de la situación ideal de estar viviendo en la zona), y sólidas (en oposición a la sensación de manipulación e inestabilidad de muchas organizaciones o instituciones en la relación con las supervivientes).
- Que ellas vean que –de verdad– tienen qué decir y que eso es importante para quienes recogen los testimonios, y que los testimonios se recogen con sensibilidad e interés por apoyar.
- Plantear (1) el tema de la legitimidad de quién da acceso a las mujeres y (2) el "consentimiento informado" o las recomendaciones éticas de los profesionales que no sirven cuando las relaciones de poder y dolor crean situaciones no manejables con ese tipo de instrumentos éticos externos.
- Tener en cuenta el "principio de realidad", las necesidades primarias de las víctimas –económicas y sociales–, recursos disponibles –positivos y negativos– y las "opciones alternativas" para superar estos contextos reales y sus recursos limitados.
- Buscar aliados locales y mixtos –locales y externos– para trabajar que sean las puertas de entrada legítimas a la gente, y no forzar las actuaciones en función de objetivos propios. Tener en cuenta la violación en el contexto de su ritmo de recuperación y las necesidades a las que apunta.
- Valorar si de verdad escuchamos a la gente, sin asumir que sabemos más que ellos no suelen pedir las intervenciones que nosotros "sabemos hacer".
- Evitar las imágenes pasivas "está traumatizada y no ha hecho el duelo, y los de afuera podemos ayudarla", que generan consecuencias negativas, como más exclusión por parte de la comunidad, creando falsas expecta-

atendidas. La violación no tiene porque ser necesariamente la experiencia que provoca más sufrimiento: otras mujeres padecen otras situaciones en conflictos étnico-políticos que también pueden tener gran impacto en sus ámbitos personales y sociales" ("Propuestas en Seminario sobre violencia sexual en los conflictos armados en Balcanes", *Conflictología*, abril de 2000: 15-16).

498 A. García del Soto. Entrevista personal con el autor, realizada en 2006.

tivas de proyección externa; fomentan la creencia mágica de la curación del dolor y que la esperanza viene solo de la mano de los de fuera.

- En unos casos se trabaja más el tema de la vergüenza, la culpa y la posibilidad liberadora de salir de la comunidad –al menos temporalmente–. En Angola también se vio cómo apoyar la salida de las comunidades a la capital –el anonimato y la creación de nuevas redes de apoyo– favorecían temporalmente a las mujeres.

4.3 La Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma (Amnistía Internacional, 2005) considera crímenes de lesa humanidad la violación, la esclavitud sexual, el tráfico de personas, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros abusos sexuales de gravedad comparable.

La CPI ha desarrollado algunos de los criterios ya tenidos en cuenta por otros tribunales internacionales como el artículo 96 del Estatuto del Tribunal de la ex Yugoslavia. En la CPI, los investigadores deberán tener experiencia y formación efectiva en la reunión de pruebas de violencia contra las mujeres de manera sensible y efectiva.

El Estatuto de Roma aborda algunas de las reglas más comunes de procedimiento y prueba que tradicionalmente han menoscabado las denuncias formuladas por las mujeres víctimas de abusos y convertido los juicios en experiencias traumáticas para ellas. Por ejemplo, el silencio o la falta de resistencia de la víctima durante el acto de violencia sexual no pueden servir para dar por sentado que lo consintió. El uso como prueba de la conducta sexual previa o posterior de la víctima es inadmisibles en la mayoría de los casos. No es preciso que el testimonio de la víctima sea corroborado por otra fuente. Y en algunos casos, la defensa del victimario sustentada en el consentimiento de la víctima, tampoco será considerada.

Las víctimas pueden participar en todas las etapas del juicio, tienen derecho a emitir opiniones y a reclamar reparación por los crímenes de que han sido objeto. Para proteger a las víctimas y testigos o al acusado, celebrar parte del juicio a puerta cerrada –para la prensa y el público– o permitir la presentación de las pruebas por medios electrónicos o de otro tipo. Tales medidas se aplicarán, en particular, en el caso de las víctimas de agresión sexual y atendiendo a todas las circunstancias, en especial a la opinión de la víctima o del testigo.

Se crean áreas para la protección de las víctimas y los testigos. Sus acciones están destinadas a: –la seguridad, –el bienestar físico y psicológico, –la dignidad y vida privada, e –informarle sobre los derechos.

La Sala de la Corte, incluso, puede autorizar la confidencialidad y el anonimato de las víctimas y testigos, o de otras personas involucradas en los casos, especialmente en los casos de violencia sexual.

4.4 El Informe Nacional de Nicaragua sobre la violencia

El Informe Nacional de Nicaragua sobre la Violencia (Gutiérrez, 1999), incluye entre los factores que obstaculizan la conclusión del proceso judicial en los casos de violencia contra las mujeres, incluyendo la violencia sexual y violación.

1. El desconocimiento del procedimiento investigativo.
2. Lo extenso en tiempo del proceso judicial.
3. La burocracia de los trámites.
4. Las múltiples declaraciones en las diferentes instancias.
5. Duplicidad de los exámenes médicos legales.
6. Poca beligerancia del sistema judicial en la atención y prevención de los delitos sexuales.
7. Los elevados costos económicos que implican todas estas gestiones.
8. La persona demandante tiene que trasladarse de los municipios y zonas rurales a las cabeceras departamentales. Estas no cuentan con los recursos ni mecanismos ágiles que les permitan obtener las pruebas y certificaciones necesarias que se requieren en el proceso.
9. Los y las jueces y magistrados y magistradas no aceptan que exista discriminación en la impartición de justicia y, mayoritariamente, expresan que lo que existe es desigualdad económica y problemas culturales.
10. La insuficiente sensibilización y conocimiento del problema de la violencia sexual en jueces, policías, abogados y médicos forenses.
11. Desconocimiento de un gran sector poblacional de las leyes que protegen a las mujeres y a la niñez, en los aspectos de género y violencia familiar y sexual.

4.5 La experiencia de El Salvador: Informe del movimiento Las Dignas

En un informe de Las Dignas (2003), sobre la judicialización de los casos de violencia sexual entre 1998-2000 en El Salvador, se señalan algunos

sesgos de género que se encontraron en las sentencias (45% de ellas fueron absolutorias, y más globalmente un 97% de las denuncias contra la libertad sexual se quedan en el proceso).

Entre estos están: a) la justificación de la violación como una forma de venganza; b) la aplicación de tipos penales que favorecen al acusado; c) falta de valoración de la responsabilidad civil; d) argumentos en el proceso basados en prejuicios o mitos sobre la sexualidad o las mujeres, para influir en las resoluciones.

4.6 El caso del Perú

En el caso del Perú, se ha dado una judicialización reciente de casos que tienen que ver con violencia sexual contra las mujeres en el contexto del conflicto armado interno. Los casos de Manta y Vilca en el área rural, a partir del trabajo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, y el caso Monteza Benavides durante su estancia en prisión.

Algunos de los problemas que pueden incidir en la victimización secundaria de las víctimas se plantean en un estudio reciente (Salazar, 2006) sobre estos dos casos, donde hay aspectos relativos a los operadores de justicia y la situación de las víctimas en sus comunidades: a) las limitaciones de recursos humanos y económicos, presencia de la fiscalía, etcétera, para llegar a áreas rurales, contactar con las víctimas y hacer el seguimiento in situ; b) la falta de capacitación de los operadores de justicia sobre derecho internacional de los derechos humanos en los que deben basarse estos procesos; c) el miedo y vergüenza a hablar de lo que pasó y la falta de apoyo comunitario; d) el miedo a las consecuencias de la identificación del agresor, en el caso de que la revelación pueda tener consecuencias negativas para la víctima como reconocimiento de paternidad en caso de embarazo forzado; e) la existencia de relaciones familiares o comunitarias de hechos de violencia sexual.

Se señalan como aspectos claves la construcción de una relación de confianza con las víctimas, el acompañamiento psicosocial como parte de cualquier proceso, y la importancia de no limitar la responsabilidad a los autores materiales sino a quienes toleraron o fomentaron las violaciones.

5. JUDICIALIZACIÓN DE LAS VIOLACIONES Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

5.1 Contexto en el que se dieron las violaciones

El tipo de situaciones en que se dio la violencia sexual es importante para tener en cuenta los patrones de actuación pero también para comprender los desafíos y las necesidades de las víctimas-supervivientes. En América Latina, en el contexto de los conflictos armados internos, la violación se ha dado especialmente:

- Cuando las mujeres fueron a buscar a sus esposos o familiares detenidos o desaparecidos, en destacamentos militares o el propio medio comunitario.
- En los casos de capturas y cárcel asociadas a otras formas de tortura.
- En hechos de violencia colectivos, como masacres, etcétera.

La mayor parte de las veces, las violaciones se dan en condiciones de ejercicio de poder absoluto por parte de los perpetradores, situación de soledad y falta de apoyo de las víctimas, y en ocasiones mediante chantaje moral o amenazas directas a cambio de su vida o la de otros.

5.2 Situación en la que han vivido las víctimas de violencia sexual

- Falta de reconocimiento de su lucha y del afrontamiento activo.
- No ha podido tener confianza en nadie.
- Gran mayoría nunca ha hablado de esa experiencia.
- Promover el reconocimiento de los perpetradores.
- Necesidad de respetar el silencio si es su voluntad.

5.3 Manejo de las consecuencias por las víctimas

También se dan diferentes situaciones posibles respecto del manejo de las consecuencias posteriores por parte de las mujeres o sus familias. Por ejemplo, en su momento pudieron darse diferentes situaciones como:

- a) Hijos posteriores entregados a terceros, o registrados con apellidos militares.
- b) Algunas denunciaron y qué pasó con esas denuncias.
- c) Otras buscaron que se casaran o un reconocimiento de los hijos.

Tener en cuenta cómo puede impactar la revelación de los hechos ahora o la judicialización de los casos en la forma en cómo las mujeres o sus familias han manejado las consecuencias o el impacto del hecho hasta ahora.

5.4 Percepción local e impacto de revelación

Al menos hasta ahora, las percepciones de las víctimas en el área rural (Theidon, 2003) se relacionan con el miedo a las consecuencias de la revelación. En concreto se señalan:

- Miedo a la reacción social, rechazo o estigma al conocer:
 - Vecinos, pueblo, otras mujeres.
 - Esposos, familia (rechazo, maltrato).
- Impacto de las revelaciones en los hijos afectados (violación).

5.5 Expectativas y motivaciones para la justicia

- Grado de expectativas centradas en la persona o en su contribución colectiva ¿Lucha contra la impunidad? ¿Reparación? ¿Qué reconocimiento para las mujeres? ¿Expectativas de reconocimiento de hijos? u otras.
- En la mayor parte de las comunidades, la justicia es un horizonte muy lejano. ¿Qué significa para ellas en este caso?
- Se necesita estimular otras formas de denunciar la impunidad de los violadores, así como generar un contexto favorable debido que hasta ahora se ha dado una falta de reconocimiento institucional.

5.6 Motivaciones para la denuncia y judicialización

Se necesita explorar las motivaciones de las víctimas para la denuncia, ajustar las expectativas a las posibilidades y proporcionar información realista sobre las dificultades y condicionamientos del proceso.

Las mujeres pueden necesitar tiempo para prepararse psicológicamente para hablar o llegar a denunciar, y un espacio de confianza, privacidad y contexto favorable. Esta construcción de la confianza es básica en cualquier caso de violaciones de derechos humanos, pero en este caso es muy importante dar muestras del compromiso, congruencia y seguimiento del proceso por parte de quienes lo impulsan. Se necesita establecer interlocutores de confianza y un análisis de los diferentes aspectos a tener en cuenta, tomando las decisiones correspondientes en función del análisis global, dado que cualquiera de los aspectos tiene un impacto en los demás.

Diferenciar las situaciones: gente que no quiere denunciar pero que necesita ayuda terapéutica o social; gente que quiere denunciar. Son dos cosas diferentes. En cualquier acercamiento o programa, ofrecer apoyo psicosocial, como parte del acompañamiento a la denuncia, pero si no hay denuncia también debería ofrecerse el apoyo si es demandado por las víctimas.

En los casos de violencia sexual esto plantea desafíos complejos y demanda sensibilidad y compromiso por parte de los equipos de apoyo. Una vez establecido el contacto para acercarse a su problemática no puede este limitarse o condicionarse por los objetivos judiciales. Nos interesa el bienestar de la víctima. Como ciudadanos, alentamos a que se presente denuncia para que el agresor no quede impune y se puedan evitar nuevas víctimas, pero eso no puede ser el límite de la solidaridad, ni se puede hacer ese proceso sin contar con la participación activa de las víctimas-sobrevivientes.

Dilemas:

- a) Respecto ¿hasta donde motivamos, inducimos? Importancia de tener en cuenta sus percepciones (cómo se entiende o consecuencias de la violencia sexual), expectativas frente al proceso o apoyo, y demandas de justicia o reparación, pero también proporcionar información sobre las dificultades del proceso y explorar beneficios/costos desde una perspectiva realista.
- b) También respecto hasta dónde nos interesa su experiencia, su vida, si lo primero es la denuncia o cómo están afectadas o no. Esto condiciona las formas de acercamiento, el tipo de acompañamiento –que siempre va a estar condicionado por los ritmos de lo judicial, pero no puede limitarse a ello–.

5.7 Ventajas e inconvenientes para la denuncia y el proceso judicial

A continuación se resumen las ventajas e inconvenientes más relevantes respecto del manejo de las denuncias y judicialización de los casos de violencia sexual (Echeburúa, 2006). La descripción de ventajas e inconvenientes está dirigida a proporcionar una visión más compleja de estos procesos, así como la importancia de tener en cuenta los inconvenientes señalados a la hora de construir una estrategia de judicialización que limite las consecuencias negativas para las víctimas y familiares.

Denuncia	Ventajas	Inconvenientes
Para la víctima	Detener al agresor y evitar que reincida	Miedo a las represalias
	Si hay detención y condena, hay alivio psicológico y sensación de justicia.	Desconfianza con respecto al sistema judicial. Si hay una sentencia absolutoria se refuerza la victimización secundaria, siente amargura, que la justicia no es justicia y que el agresor sale como victorioso.
	Dar respuesta a las expectativas o necesidades de las víctimas si el proceso tiene en cuenta su visión, significado o demandas.	Más grave cuando se da una cercanía en un medio social donde la persona conoce al agresor y tiene después que convivir.
	Necesidad de seguridad y garantías de protección.	Estrés y confrontación durante el proceso: sobrecarga afectiva y social
	Ayuda a hacer algo con el dolor y el impacto	Visibilizar la situación de la víctima: nombre, honra, etcétera.
	Da sentido a síntomas y problemas disfuncionales y ayuda a buscar apoyo.	Mayor exposición a la respuesta social.

Denuncia	Ventajas	Inconvenientes
Contexto familiar	Ayuda a hacer algo frente al problema si hay implicación colectiva.	Reacciones negativas de rechazo, culpabilización o maltrato o que no le crean en su medio o su familia (o está siendo maltratada también y no reconocerlo por ejemplo). Impacto negativo de revelaciones en su propia identidad o vivencia (esposo o hijos; especialmente si hijos son identificados como consecuencia de embarazo forzado).
		Si además se da una continuidad con agresiones en el medio familiar, o el agresor es parte de la familia o gente conocida valorar el riesgo de maltrato o reincidencia
	Reconocimiento del impacto familiar y hace ver la importancia de reparación.	Algunas veces la familia sufre más por los efectos de la revelación que por el hecho mismo. Puede ser reprobada por denunciar, por las consecuencias negativas para toda la familia, la vergüenza social, etcétera.
		Reconocimiento de los autores cambian relaciones o roles familiares (adjudicar paternidad, apellidos, etcétera).
Contexto local	Revelar otras situaciones que generen conciencia sobre el problema.	Situaciones de publicidad en contextos pequeños pueden provocar mayor control y vergüenza social.
		Explorar si conocen a agresor y su familia, si conviven en un medio social pequeño cómo se vive en ese medio social el hecho o la denuncia (por ejemplo miedo a que traiga represalias sobre el pueblo).
	Otras mujeres pueden ver su experiencia reconocida (pública o privadamente).	Si no hay una respuesta crítica colectiva frente a las violaciones o los responsables, empeora la situación de vida cotidiana de las víctimas.

Denuncia	Ventajas	Inconvenientes
Sociedad	Detener al agresor y evitar que haya nuevas víctimas. Lucha contra la impunidad.	Respuestas negativas de instituciones implicadas (militares, policía, etcétera) pueden minimizar o negar el problema y sus responsabilidades.
	Visibilizar la violencia contra las mujeres y sus derechos.	Imagen poco cuidadosa a través de medios de comunicación puede estigmatizar comunidades o grupos sociales.
	Posibilidad de poner en marcha medidas de reparación amplias específicas.	Enfoque centrado en casos específicos puede quitar énfasis a la responsabilidad para tomar medidas de reparación colectivas.

5.8 Los riesgos de victimización secundaria en los casos de violencia sexual

La mayor parte de las veces, los procesos judiciales suponen un enorme estrés y sobrecarga afectiva y social para las víctimas. Estos mecanismos se dan frecuentemente en los procesos internos en muchos países⁴⁹⁹ con legislaciones o jueces poco preparados para el manejo de estos casos o con una perspectiva muy limitada con respecto a las dificultades de la investigación de la violencia sexual o los derechos de las mujeres y la no discriminación en contextos de culturas o instituciones patriarcales. Pero también en algunas de las experiencias de tribunales internacionales. Desde un punto de vista psicológico, se incluyen algunos de estos mecanismos de victimización secundarias más frecuentes:

- Confrontar versiones sobre los hechos desculpabilizadoras del agresor y denigrantes para la víctima. Por ejemplo, el agresor no niega la relación pero plantea que ha sido voluntaria o consentida (sin testigos,...) y no sirven entonces pruebas como ADN sino mostrar que la relación ha sido forzada.

499 E. Echeburúa. Entrevista personal con el autor, realizada en 2006.

- Manejo de la vista oral: confrontación víctima-acusado, relatos, más difícil cuando la víctima tiene pocos recursos psicológicos o muchas dificultades por choque cultural, discriminación, etcétera.
- Proceso de vista oral: fiscal o abogado de la defensa pone en duda el testimonio de la víctima, lo cual significa que además de violada la llamen mentirosa, lo que puede empeorar su situación.
- Interrogatorios frecuentes o reiterados sobre los mismos aspectos y ante diferentes interlocutores, muchos de ellos hombres.
- Interrogatorios sobre detalles de los hechos que producen vergüenza, etcétera.
- Actitudes en el interrogatorio poco cuidadosas.
- Proceso puede suponer confrontar con agresor directamente sin tener en cuenta el estado psicológico de la víctima o el coste para ella (frente a él, etcétera).
- Los juicios son públicos y puede acudir gente y su experiencia tener publicidad.
- El tiempo que pasa hasta que se celebre el juicio (por ejemplo, dos años después) y la víctima esta asustada, convive con el agresor a veces, o puede verse sometida a presiones. No puede enfocarse en el futuro, “pasar la página”, dado que la situación viene definida por los ritmos judiciales, recursos, etcétera.

Para evitarlo:

1. Explorar motivaciones, expectativas y posibilidades de una forma realista en la decisión inicial:
2. Agilizar el tiempo para la investigación judicial. Permite “pasar la página”.
3. Evitar tratar a la víctima como un estigma: violada. Personas que han sufrido una experiencia o suceso traumático...
4. Aplicar la tecnología para evitar confrontación directa.
5. Evitar la repetición reiterada de la toma del testimonio: una y otra vez.
6. Mejorar la presencia de mujeres en la investigación: médico, juez, policía, etcétera –todos hombres–... dificulta la situación de la víctima.
7. Entrenar a agentes de investigación de forma específica.
8. Evitar entrar en procesos de judicialización indefinidos, recurso tras recurso... o se quedan en esa dimensión de víctima, pendiente de una vía judicial o de otra... dificulta la recuperación de la víctima. A veces

es mejor psicológicamente poder avanzar en la proyección del futuro y no estar todo el tiempo en lo mismo.

9. Si se va a abrir una investigación, proporcionar apoyo psicológico al hombre también y su pareja, explicarle que la mujer no fue responsable y prepararlo para las dificultades. Enfrentarse a los prejuicios machistas, es un gran reto.
10. Impacto de las revelaciones en los hijos... a valorar de forma muy cuidadosa.
11. Modelo de costes y beneficios en su contexto a la hora de la toma de decisiones. No solo a nivel genérico, sino a nivel particular de la víctima.
12. Víctimas que sí quieren y víctimas que no (mantener el anonimato, o miedo al impacto de revelaciones, etcétera). Opción de libertad a las víctimas, que no las fuerce para que no sean males mayores.
13. Explorar una vía de hacer algo más colectivo y poder orientarlo más hacia la reparación, no dejar todo a la judicialización individual. Valorar diferentes situaciones que se pueden dar y ver opciones de los diferentes casos o personas.
14. Grado de publicidad. Máximo para la prevención social: reparación social de algo injusto, función pedagógica, acabar con la impunidad... Pero máximo nivel de discreción en lo individual, a puerta cerrada, sin público, etcétera.

5.9 Peritajes

En los casos de violencia sexual los peritajes médicos o psicosociales adquieren una relevancia muy importante para mostrar el daño sufrido (Echeburúa, 2004), las consecuencias o tener en cuenta los aspectos que pueden ser reparadores.

Básicamente se necesita dirimir:

- a) Que no se trata de simulación: presunción inicial, dificultades de denunciar el hecho, coherencia, congruencia, datos clínicos específicos, testigos, etcétera.
- b) Que es consecuencia del hecho y no de otros problemas o hechos posteriores o de una personalidad *premorbida* anterior, fragilidad emocional previa, etcétera. Por ejemplo, contrastando con otras fuentes de infor-

mación sobre la vida antes, cambios en la persona, relación temporal, etcétera.

Cosas a valorar respecto de los hechos:

- Intensidad del trauma: duración, repetición.
- *Modus operandi*: carácter múltiple, actuación en grupo, delante de testigos, uso de armas...
- Heridas
- Embarazo forzado
- Otras

Valoración psicosocial del impacto:

- Intensidad inicial de los síntomas (empeora pronóstico).
- Vivencia del hecho traumático: Sentimiento de indefensión. Pérdida de control del ambiente. Temor por su vida. Impacto de humillaciones.
- Cambios en la vivencia de sexualidad, intimidad. Síntomas postraumáticos (especialmente síntomas de reexperimentación incluyendo manejo de estímulos ligados al hecho, situaciones de vulnerabilidad, etcétera; y de embotamiento afectivo o sexual, captar y expresar afecto, bloqueo a la expresión de cariño, ternura, evitación de situaciones atractivas que pudieran resultar “peligrosas”, etcétera).
- Adaptación a la vida cotidiana (trabaja, disfruta, se relaciona con otros,... o se encierra, rehuye situaciones o contacto, comportamientos extraños o focalizados en juicios, llanto, etcétera).
- Vivencias autculpabilizadoras: a) por comportamiento durante la agresión, b) posterior a ella, respecto a lo previo (creencias en su seguridad, el otro, etcétera), a la conducta posterior.
- Cuestionamiento de creencias en el otro, el mundo social, etcétera. Pérdida de confianza en los otros, en los hombres, malevolencia del mundo social.
- Valoración de cambio permanente de personalidad (manejo de hostilidad, suspicacia, dependencia emocional, valoración de la gente que ya no es la misma persona, etcétera).
- Apoyo social o familiar percibido. Respuesta social (solidaridad, ostracismo, silencio...).
- Estrategias de afrontamiento hasta ahora y cómo inciden en el manejo del problema.

- Actuación institucional, justicia, respuesta del Estado. Preocupaciones y expectativas respecto de la respuesta institucional, investigación, etcétera.

5.10 Cuidar los aspectos relativos a la seguridad

Como ya se señaló, lo primero a evitar es la revictimización de la víctima. Se necesita cuidar los aspectos de seguridad tanto en el manejo en el ámbito judicial (protección de testigos, identificación, etc.) como en su medio social. La seguridad y el manejo del miedo forman parte de los aspectos básicos del acompañamiento psicosocial.

La seguridad tiene un nivel político, es decir, basado en la capacidad de proteger a las personas por el apoyo obtenido y la capacidad de señalar o disuadir a los perpetradores de cualquier ataque o amenaza. Tiene un nivel organizativo (manejo de la comunicación, información, planes de actuación en caso de determinadas contingencias como amenazas, etcétera. Y por último, un nivel personal, en el que las víctimas o testigos y personas involucradas en el apoyo tienen que cuidar algunos aspectos del funcionamiento personal y colectivo para adaptarlos al nivel de riesgo que se considere que se está manejando en los diferentes momentos.

6. ACOMPAÑAMIENTO EN LOS PROCESOS DE JUDICIALIZACIÓN

6.1 Necesidad de una perspectiva global

- Acompañamiento en procesos que pueden ser largos.
- Ajustar expectativas del proceso.
- Planificación del seguimiento: tras la sentencia, reparación, etcétera.

En todo caso, se necesita complementar los aspectos judiciales de la demanda con el acompañamiento psicosocial. A continuación se resumen algunas recomendaciones para estos procesos.

6.2 Acompañamiento psicosocial

- Implicaciones de las características de la violación (silencio, estigma, naturalización...) e implicaciones para contacto y actuación: bajo perfil, enfoque indirecto, interlocutoras de confianza...
- Estrategia de comunicación indirecta (masiva, redes) Tipo de mensajes y pretest.
- Tipología de grupos y lugar, modelos positivos.
- Interlocutoras: idioma, género, edad.
- Necesidad de contar con momentos y espacios de confianza. Lugares de reunión (otras comunidades, espacios neutros, etcétera).
- Generar un contexto adecuado en la cultura maya: ambiente facilitador, no entrar directamente, se actúa y luego se habla.
- Mediadoras-comadronas: difundir mensaje de contacto, apoyo a esa red, espacio seguro (en cultura maya temascal proporciona contacto sin focalizar).
- Enfoque centrado en el impacto de la experiencia (violación o violencia sexual) y no en la persona (mujeres violadas).
- Evitar términos como enfermedad.
- Programa más abierto en el tiempo y tener en cuenta impacto de revelación.

6.3 En la valoración de la denuncia y la judicialización

- Tener en cuenta sus percepciones y significados.
- Analizar las implicaciones del reconocimiento e identificación pública.
- Evitar las formas de victimización secundaria ligadas al proceso.
- Medidas de reparación y justicia acordes con las expectativas.
- Diseñar-revisar los procesos de acompañamiento.
- Estrategias de protección con base comunitaria o colectiva.
- Grado de visibilización del proceso.
- Impacto individual y en los procesos colectivos
- Valorar y controlar las implicaciones para víctimas-sobrevivientes.
- Cuidar el proceso antes, durante, después.

6.4 Promoción de reconocimiento

- Promover los derechos de las mujeres
- Sensibilizar a la comunidad sobre violencia sexual
- Reconocimiento colectivo: actos moralmente aborrecibles, mecanismos de complicidad colectiva, reconocimiento de la verdad.
- Educación pública sobre lo sucedido: desculpabilizar y reconocer injusticia del hecho y de la respuesta social.
- Rescate de la identidad positiva de estas mujeres. Historias contadas y reconocimiento colectivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL

- 2005a Corte Penal Internacional. Folleto 7: Garantías de justicia a las mujeres. AI: IOR 40/006/2005. Londres: Amnistía Internacional.
- 2005b *Está en nuestras manos: no más violencia contra las mujeres*. Madrid: Amnistía Internacional.

CABRERA, M.L.

- 2004 *Violencia e impunidad en las comunidades mayas de Guatemala. La masacre de Xamán desde una perspectiva psicosocial*. Guatemala: ECAPy F&G ed.

ECHEBURÚA, E.

- 2004 *Superar un trauma*. Ed. Pirámide. Madrid

ECHEBURÚA, E.

- 2006 Entrevista personal con el autor

ERTÜRK, Y.

- 2003 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias: *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer*. E/CN.4/2004/66.

GARCIA & HROMADZIC

- 2005 "From Individual Suffering to Collective Activism: Academic and Community Approaches to the Bosnian War Rapes" for the book *Minority Rights in the Balkans*.

GUTIÉRREZ, V.

- 1999 *Informe Nacional de Nicaragua sobre Violencia. Respuestas institucionales frente a la violencia de genero y a la situacion de las mujeres bajo conflicto armado y post conflicto*.

CMPD

- 1999 "Rape is a war crime". International Center for Migration and Policy Development, Viena.

KANE, S.

- 1995 *Asistencia a las personas de diferentes culturas, víctimas de la violencia organizada: Manual de la Cruz Roja y la Media Luna Roja*. Ginebra: FICR.

LAS DIGNAS

- 2003 Programa de Derechos Sexuales y Reproductivos y Una Vida Libre de Violencia. *Sistematización sobre violencia sexual e intrafamiliar -años 1998 a 2000-*, Las Dignas, El Salvador.

BERISTAIN, M. C.; M. VALDOSEDA y D. PÁEZ

- 1996 “Coping with fear and loss at an individual and collective level: Political repression in Guatemalan indigenous communities”. En G. Perren-Klinger (Ed.). *Trauma: from individual helplessness to group resources*. Berne, Suiza: Paul Haupt Publishers.

BERISTAIN, M. C.

- 2005 Reconciliación luego de conflictos violentos. En VV.AA. *Verdad, Justicia Y Reparación: Desafíos para la democracia y la convivencia social*. Costa Rica: IIDH.

MENTAL HEALTH HANDBOOK

- 1993 *Promoción de salud mental: un manual para comunidades bajo represión*. San Francisco: No Means Press.

NOWJOREE, B.

- 2003 Your justice is too slow. Will the ICTR Fail the Rwanda's Rape Victims?. Ocasional paper 10. UNRISD. Geneve.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

- 2000 “La Violencia Sexual”. En *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*. OMS.

SALAZAR, K.

- 2006 “Género, violencia sexual y derecho penal en el periodo posterior al conflicto armado en el Perú”. En *Legado de la Verdad: La justicia penal en la transición peruana*. Lisa Magarrell y Leonardo Filippini (Ed). Lima: ICTJ-IDE-HPUEP.

THEIDON, K.

- 2004 *Entre prójimos: el conflicto armado interno y la política de reconciliación en el Perú*. Lima: IEP.

UNHCR

- 1994 *La situación de los refugiados en el mundo*. Madrid: Alianza Ed.

El derecho a la reparación por violaciones manifiestas y sistemáticas a los derechos humanos de las mujeres

Gaby Oré Aguilar

En esta ponencia voy a ocuparme del tema del derecho de las víctimas de violaciones manifiestas y sistemáticas a los derechos humanos y violaciones graves al derecho humanitario a obtener reparación, en particular en los casos de violencia sexual. Teniendo en cuenta el objetivo e interés de este Seminario esta presentación intentará enfatizar el carácter de la reparación en el contexto de la adjudicación judicial.

Empezaré con un análisis general del derecho a la reparación, su conceptualización y evolución en el derecho internacional de los derechos humanos hasta la reciente adopción de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (Principios y Directrices).⁵⁰⁰ Me referiré a los estándares más relevantes en la jurisprudencia, especialmente en el Sistema Interamericano, y las implicancias de género de estos estándares. Finalmente, voy a plantear algunos elementos que revisten especial importancia para el diseño de las reparaciones legales en los casos de violencia sexual con base en los hallazgos preliminares de una investigación comparada sobre género y reparaciones actualmente en curso.

500 Principios y Directrices Básicos (2005) sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Violaciones Graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, E/CN.4/2005L.48, 13 de Abril de 2005.

1. EL DERECHO A LA REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el derecho internacional público que regula la relación entre los Estados, “la obligación de reparar” es un principio reconocido y firmemente establecido. En concordancia con este principio, un Estado es responsable por los actos internacionales que afecten o perjudiquen a otro Estado y en consecuencia, tiene la obligación de reparar el daño a favor del Estado afectado.⁵⁰¹ Precisamente, uno de los antecedentes más claros en materia de compensación por violación sexual en casos de guerra internacional se dio en aplicación de este principio en el caso de la ocupación de Kuwait por Irak. En 1991 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas concluyó que Irak era responsable bajo el derecho internacional por los daños y pérdidas en contra de otros Estados, corporaciones o personas individuales.⁵⁰²

A través de la Comisión de Compensaciones de las Naciones Unidas (CCNU)⁵⁰³ se diseñaron compensaciones para resarcir entre otros, los “serios daños individuales” contra nacionales de Kuwait, incluida la violación sexual. La CCNU estableció montos indicativos para reparar violaciones específicas a los derechos humanos, incluyendo la agresión agravada, la agresión sexual, la tortura, y otros crímenes.⁵⁰⁴ Sin embargo, al tratarse de un mecanismo de compensación interestatal en un conflicto internacional, estas compensaciones se otorgan al Estado de Kuwait y, a través de este, las compensaciones llegarían a las víctimas según un programa de entregas periódicas. En general, la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a sus obligaciones internacionales con otros Estados se delinea de manera más detallada en un documento Comisión de Derecho Internacional (2001),⁵⁰⁵ que aunque

501 Así lo estableció la Corte Permanente de Justicia en 1928 en el caso *Chorzow Factory*. Corte Permanente Internacional de Justicia. Sentencia No. 13 (1928). Serie A, Volumen 3.

502 Resolución del Consejo de Naciones Unidas 687 (1991) La Comisión de Compensación de las Naciones Unidas fue creada por resolución 687 del Consejo de Seguridad, 3 de Abril de 1991.

503 *Ibíd.*

504 Decisión 3, UNCC, segundo periodo de sesiones, párrafo 2, Documento S/AC.26/1991/3. De acuerdo a las decisiones de la CCNU, las víctimas de violencia sexual podían reclamar hasta \$5,000 por cada incidente, y en caso de daños acumulados el tope era de \$30,000 por demandante y \$60,000 por familia, en *Remedies in International Human Rights Law*, *op. cit.*, pp. 341-342.

505 Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en las sesiones 2583 y 2701

no constituye un tratado es un documento de frecuente referencia en esta materia. En este documento se establece que la reparación integral por actos violatorios internacionales se otorgará en forma de restitución, compensación, satisfacción y aseguramiento y garantías de no-repetición.

2. LA REPARACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO HUMANITARIO

El derecho a la reparación para las víctimas de ‘violaciones manifiestas a los derechos humanos’ y ‘violaciones graves’ al derecho humanitario ha sido objeto de un proceso de sistematización y consolidación por un periodo de 15 años y ha culminado con la adopción de los Principios y Directrices (2005) antes mencionados.⁵⁰⁶ Estos “definen la aproximación actual de los derechos humanos internacionales y del derecho humanitario hacia las víctimas”⁵⁰⁷ y es considerado el *corpus juris* que le otorga al sistema de Naciones Unidas una herramienta destinada a lograr un recurso efectivo y reparaciones para estas.⁵⁰⁸ Los Principios y Directrices recogen los avances y estándares elaborados tanto por los tribunales regionales como por las interpretaciones de las obligaciones de los Estados realizadas por los cuerpos monitores de los tratados en particular por el Comité de Derechos Humanos y el Comité Contra la Tortura.

El derecho a disponer de recursos legales y a obtener reparación por las violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves al derecho humanitario está reflejado en varios tratados⁵⁰⁹, ha sido desarrollado

llevadas a cabo del 31 de mayo al 3 de agosto del 2001. UN Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1 (26 de Julio del 2001)

506 Principios y Directrices Básicos (2005), op. cit.

507 Manfred Novak, *The Right to Reparation of Victims of Gross Human Rights Violations*, En “Out of the Ashes”, Reparations for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations. K. De Feyter, S. Parmentier, M. Bossuyt and O. Lemmens (Eds.) 2005, Intersentia, 2005. Pág. 283

508 Intervención escrita conjunta de 15 organizaciones de derechos humanos presentada a la 61 sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 10 de febrero de 2005, accesible en <http://www.icj.org>

509 El derecho a la reparación se encuentra legislado en: Artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículos 2(3), 9(5) y 15(6) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; Artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del

en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y ha sido también codificado en el Estatuto de Roma. Como señalaba la Comisión Internacional de Juristas al promover la adopción de los Principios y Directrices, “el marco legal para las reparaciones existe. Sin embargo, es importante clarificar los pilares fundamentales del derecho a la reparación, su significado, alcance e interpretación, y asegurarse que hay *un punto de partida básico* para armonizar su rápido desarrollo. Tener un cuerpo único de principios y directrices jurídicos internacionales es la única manera de garantizar el objetivo final de la reparación: la no-repetición de la violación”.⁵¹⁰

La Comisión de Derechos Humanos, al aprobar el texto de este documento en Abril de 2005, recomendó a los Estados “que tengan en cuenta los Principios y Directrices básicos, promuevan el respeto de los mismos y los señalen a la atención de los miembros de los órganos ejecutivos de gobierno, en particular los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las fuerzas militares y de seguridad, los órganos legislativos, el Poder Judicial, las víctimas y sus representantes, los defensores y abogados de derechos humanos, los medios de comunicación y el público en general”.⁵¹¹

En el derecho comparado de los derechos humanos, los principios, declaraciones, directrices y resoluciones son instrumentos que contribuyen a la interpretación y en algunos casos a la expansión de las obligaciones de los tratados de derechos humanos por los Estados parte.

Niño; Artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Artículo 5(5) y 41 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos; Artículos 25 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Artículo 21(2) de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos; Artículo 12 de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas de Crímenes y Abuso de poder; Artículo 19 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las desapariciones forzadas; Principio 20 de los Principios sobre la protección Efectiva e Investigación de las Ejecuciones Extra-judiciales, Arbitrarias o Sumarias; Artículo 68 de la tercera Convención de Ginebra relativa al tratamiento de los prisioneros de guerra; Artículo 91 del Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra relacionadas con la protección de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales.

510 *Background information concerning the right to a remedy and reparation*, (Documento de información sobre el derecho a obtener un recurso legal y reparaciones). Elaborado por la Comisión Internacional de Justicia y una coalición de ONG de derechos humanos para participar en el proceso de consulta para la aprobación de los Principios y Directrices, 10 de septiembre de 2002, disponible en <http://www.icj.org/news.php3?id_article=28&lang=en>

511 E/CN.4/2005/L.48, 13 de abril de 2005, aprobado por la Comisión de Derechos Humanos en el 61 periodo de sesiones, párrafo 2.

En el propósito de utilizar y aplicar los Principios y Directrices sobre reparaciones en el ámbito nacional de la administración de justicia, es importante tener en cuenta que estos “no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales ni nacionales sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido.”⁵¹²

De este modo, los Principios y Directrices (2005) constituyen el estándar mínimo en materia de reparaciones para las víctimas de violaciones de derechos humanos y el derecho humanitario, y es un marco de interpretación y referencia tanto para la adjudicación legal de reparaciones por vía judicial como no-judicial o administrativa –programas o políticas–. La multiplicidad de estándares y términos usados de manera análoga y simultánea en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales obstaculizarían las posibilidades de las víctimas de obtener reparaciones.⁵¹³

De manera creciente, los países que emergen de situaciones de conflicto, están adoptando programas y políticas destinadas a otorgar compensaciones económicas y otros beneficios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en el contexto o como resultado de los conflictos. Theo Van Boven, quien fuera Reportero Especial sobre el derecho a la restitución, compensación y rehabilitación para las víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos y libertades fundamentales, y gestor de los Principios y Directrices, afirma que debido al carácter individual de las sentencias en los casos de derechos humanos, los tribunales regionales, tanto la CIDH como la Corte Europea de Derechos Humanos, han llamado a los Estados respectivos “a adoptar medidas de reparación e implementar programas que ofrezcan resarcimiento a las personas afectadas de manera similar por las violaciones así como también a establecer programas dirigidos a detener y asegurar la no recurrencia de los hechos y condiciones inherentes a las violaciones manifiestas y sistemáticas identificadas”.⁵¹⁴

512 Preámbulo de los Principios y Directrices, op. cit.

513 *Ibíd.*

514 Theo Van Boven, la figura más relevante en el proceso de elaboración, consulta y adopción de los Principios y Directrices afirma que “en este caso la aproximación judicial sirve como un medio para activar esquemas y programas no judiciales para el beneficio de un gran número de víctimas afectadas por las violaciones manifiestas y sistemáticas

Este experto afirma también que se deben buscar las formas de “interrelación” e “interacción” entre los medios judiciales y no judiciales para que, de manera complementaria otorguen reparación y otras formas de asistencia a las víctimas.⁵¹⁵ Dicho de otro modo, estas no son aproximaciones que compiten. Los programas no reemplazan la función jurisdiccional de establecimiento de responsabilidad ni tienen el carácter de exigibilidad que proviene de la obligación de reparar. Tienen las características propias de las políticas en cuanto a su dependencia de recursos y de voluntad política de los gobiernos. El reto para la administración de justicia nacional es no solo implementar el estándar mínimo de reparaciones contenido en los Principios y Directrices sino adaptar y avanzar en el contenido de las distintas formas de reparación que respondan a las violaciones ocurridas en el conflicto específico y servir así de marco de referencia para las medidas administrativas y programas.

Otros aspectos importantes de los Principios y Directrices son, que reafirman el carácter complementario y la conexión jurídica entre los derechos humanos y el derecho humanitario ya proclamado por el sistema de DD. HH de las Naciones Unidas.⁵¹⁶

Asimismo, como destaca la Comisión Internacional de Juristas, estos Principios permiten que cuando se use el término “violaciones manifiestas de derechos humanos” aluda a la calificación de situaciones que implican un conjunto de hechos que pueden servir de base para reclamar judicialmente reparaciones por dichas violaciones, en lugar de configurar regímenes legales distintos de reparaciones de acuerdo a los derechos particulares violados.⁵¹⁷ Finalmente, los Principios y Directrices aseguran que la reparación sea proporcional y tenga correlación con la gravedad de las violaciones y el daño sufrido.⁵¹⁸ Estos Principios y Directrices, aún en su versión preliminar y antes de su aprobación formal el año pasado, fueron recogidos en diversos programas nacionales de reparaciones y en el propio Estatuto de Roma y

de derechos humanos. Preface, “Out of the Ashes”, *Reparations for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, op. cit. Pág. VII.

515 *Ibid.*

516 Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/63 sobre la protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados.

517 *Background information concerning the right to a remedy and reparation*, (Documento de información sobre el derecho a obtener un recurso legal y reparaciones, op. cit.

518 Principio IX, párrafo 15.

han sido objeto de referencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵¹⁹

La aplicación de los Principios para facilitar el acceso de las víctimas de violencia sexual a reparaciones legales ante tribunales nacionales es potencialmente positiva.⁵²⁰ Las disposiciones de procedimiento y métodos, así como formas de reparación, reflejan una orientación a la protección de los derechos y necesidades de las víctimas que sufrieron violaciones graves a los derechos humanos como la violencia sexual, la misma que debe trascender al tratamiento de las víctimas en los procesos judiciales nacionales. A este respecto, entre las disposiciones del Principio VI sobre el tratamiento de las víctimas destaca la obligación del Estado de asegurarse que “los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y conceder una reparación no den lugar a un nuevo trauma”.

3. LA REPARACIÓN EN LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Al analizar la reparación en la justicia penal internacional, es importante hacer hincapié en la atención progresiva a la perspectiva y las necesidades de las víctimas en la doctrina penal y que se ha traducido en la adopción de normas concretas tanto en los sistemas penales nacionales como en la justicia penal internacional. Son dos los ámbitos en los que esta perspectiva se hace más evidente en la normatividad: el desarrollo del derecho a la reparación en cuanto a su contenido integral, y carácter reparativo y la posición de las personas en el proceso penal (participación y protección de las víctimas y testigos).

Manfred Novak señala que:

[D]entro del triángulo Estado, víctima y perpetrador, del cual se ocupa la norma y el procedimiento penal, tradicionalmente la víctima del crimen aparecería como la ‘persona olvidada’[...] El derecho penal tradicional, al menos en

519 Theo Van Boven, p. vi

520 Para un análisis más detallado de las implicancias de género de los principios, ver: Gaby Oré Aguilar, *El Derecho a la Reparación y Género en los Conflictos Armados*, en el libro *El Derecho a la Memoria*, Ed. Felipe Gómez Isa. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto y Departamento de Derechos Humanos, Empleo e Inserción Social de la Diputación de Guipúzcoa. Bilbao, enero de 2006. Págs. 77-100.]

el Norte, percibe el delito principalmente como una ofensa perpetrada contra la sociedad en su conjunto, y solo secundariamente como una ofensa contra la víctima individual. En consecuencia, es el Estado el que tiene el derecho y la obligación, a nombre de la sociedad, de procesar y castigar al perpetrador. En principio, la víctima del delito no tiene ningún rol activo en los procedimientos penales (aparte de ser un testigo) y sus reclamos contra el perpetrador (o contra el Estado si se trata de un delito cometido por servidores o agentes públicos) solo se tramitan vía los procedimientos civiles.⁵²¹

Este es el caso de la mayoría de legislaciones nacionales en la región. La evolución de esta perspectiva, en el sentido antes descrito, es evidente en el Estatuto de Roma⁵²² que, a diferencia de los Estatutos de los tribunales penales ad-hoc, le otorga a la Corte Penal Internacional (CPI) la facultad de ordenar directamente, reparaciones en favor de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y el derecho humanitario, incluidas la restitución, compensación y rehabilitación. Asimismo, la protección de las víctimas en los procesos penales internacionales ha significado una atención más específica a las necesidades y derechos de las víctimas de las violaciones incluida la violencia sexual. El artículo 43(6) ordena el establecimiento de una Unidad de Víctimas y Testigos que incluya personal especializado en el manejo del trauma e incluidos aquellos relacionados con la violencia sexual con el objetivo de proteger y dar seguridad a las víctimas y testigos, así como de asesorar y prestar asistencia a las víctimas y testigos que comparezcan ante la Corte y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. La Corte puede permitir que se presenten y tengan en cuenta las observaciones de las víctimas si sus intereses personales se ven afectados y de un modo que no opere en detrimento de los derechos del acusado o de la imparcialidad del proceso.⁵²³

521 Manfred Novak, *The Right to Reparation of Victims of Gross Human Rights Violations*, op. Cit., p. 278.

522 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 1998, A/CONF.183/9. Enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

523 Estatuto de Roma, artículo 68, párrafo 3.

El tratamiento de las reparaciones por los tribunales ad-hoc⁵²⁴ es limitado como consecuencia de la naturaleza de su mandato y sus Estatutos. La mayor contribución de estos tribunales se ha dado en la esfera del desarrollo conceptual de la violencia sexual como crimen de guerra, como crímenes contra la humanidad y como tortura o genocidio. No existía, con anterioridad a su establecimiento, un marco jurídico para enfrentar de modo eficaz la violencia de género en los conflictos.⁵²⁵ La creación del Tribunal Penal Internacional para la ex República de Yugoslavia (ICTY) y del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (ITCR),⁵²⁶ también denominados tribunales ad-hoc, han desarrollado una jurisprudencia que se ha codificado luego en el Estatuto de Roma. Sin embargo, como señalaba la Relatora Especial sobre Violencia Contra las Mujeres en su oportunidad, al evaluar los avances de la justicia penal internacional (2003), la experiencia de las mujeres debe también ser un elemento esencial del proceso, y debe hacerse mayor hincapié en los intereses, problemas y derechos de las víctimas, incluida la compensación para que el procedimiento contribuya a su rehabilitación.⁵²⁷

Los tribunales ad-hoc fueron establecidos por el Consejo de Seguridad para asegurar el procesamiento de los responsables de las violaciones del derecho internacional humanitario y poner fin a las violaciones perpetradas en esos territorios en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.⁵²⁸ Su naturaleza responde a la doctrina penal clásica centrada en el establecimiento de la responsabilidad y castigo a los perpetradores. Los Estatutos de los tribunales ad-hoc no les otorgan la facultad de ordenar

524 Esta sección está basada en el análisis de la autora en el artículo *el Derecho a la Reparación y Género en los Conflictos Armados*, antes citado.

525 Informe de la Relatora especial sobre Violencia contra las mujeres Radhika Coomaraswamy respecto de *La Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La Violencia contra la Mujer*, E/CN.4/2003/75, 6 de enero de 2003, para. 15.

526 El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia se crea a través de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de mayo de 1993, y el Tribunal Penal para Ruanda mediante Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994.

527 Informe de la Relatora especial sobre Violencia contra la Mujer, Radhika Coomaraswamy, *op. cit.*, para. 22.

528 La resolución del Consejo de Seguridad 827 que crea el ICTY indica que este tribunal se crea “con el único propósito de procesar a las personas responsables por violaciones graves al derecho internacional”, mientras que la resolución 955 señala que el tribunal de Ruanda fue creado con el objetivo de “poner fin” a los crímenes perpetrados en ese territorio y para juzgar a “las personas responsables de graves violaciones del derecho humanitario”.

directamente compensaciones a favor de las víctimas. Las normas de procedimiento de estos tribunales plantean la posibilidad de que la sentencia final de condena pueda dar lugar a que la víctima busque compensación a través de los tribunales nacionales.⁵²⁹ Para ello, el tribunal deberá remitir la sentencia a la jurisdicción nacional, y las víctimas o sus representantes pueden interponer una acción en el tribunal nacional competente para obtener la compensación.⁵³⁰ La restitución se prevé como un componente de las penas impuestas a los perpetradores. Los tribunales pueden ordenar la restitución a la víctima de cualquier propiedad y ganancias adquiridas por la conducta criminal, incluidas aquellas conseguidas a través del uso de la fuerza o amenazas.⁵³¹

Hasta inicios del 2005, ninguno de los casos más importantes que involucran delitos de género había dado lugar a una orden de restitución.⁵³² Entre otros factores, hay que tener presente que las víctimas son predominantemente mujeres de escasos recursos cuyos bienes carecen de registros o catastros que permitan hacer un seguimiento de sus bienes. Como señala Amnistía Internacional, en la mayoría de los casos, la apropiación de bienes y tierras de las mujeres ocurre cuando estas huyen de la posibilidad de ser víctimas de estos crímenes o para evitar ser nuevamente violadas.⁵³³ Esto dificultaría el probar que los bienes fueron obtenidos por medios coercitivos ilícitos.⁵³⁴ La ausencia de reparaciones resultantes del ICTR ha dado lugar

529 Normas de procedimiento del ICTY y del ICTR, norma 106 (A), (B) y (C).

530 *Ibid.*

531 Artículo 24.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia; artículo 23.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda. Las normas de procedimiento de estos tribunales regulan en detalle la figura de la restitución, norma 105 en ambos casos.

532 Ver Gaby Oré Aguilar, *Derecho a la Reparación y Género en los Conflictos Armados*, op. cit. Estos casos revisados incluyen *Akayesu* (ICTR, Case No. ICTR-96-4-T, Decisión del 2 de septiembre de 1998), *Delalic y Otros* (ICTY, IT-96-21), Sentencia del 16 de Noviembre de 1998; *Furundzija* (ICTY, IT-95-17/1), Sentencia del 10 de diciembre de 1998, *Kunarac and others "Caso Foca"* (ICTY, IT-96-23&23/1) sentencia del 22 de febrero de 2002), y el caso *Bralo* (ICTY, Case No. IT-95-17-S), Sentencia del 7 de diciembre de 2005).

533 Ver Amnistía Internacional, *Colombia: Cuerpos Marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las Mujeres en el Marco del Conflicto Armado*, Informe AMR 23/040/2004, pp. 52-53.

534 El caso *Milosevic*, era el único caso en el que la ICTY había ordenado la inamovilidad provisional de los bienes con el propósito de otorgar restitución o pago de las propiedades si ello resultara del procesamiento. Decision on Review of Indictment and Ap-

a la desconfianza y la frustración de las mujeres en Ruanda y ha puesto en tela de juicio la validez y utilidad de un sistema penal que condena pero que no compensa ni repara.⁵³⁵ Las mismas limitaciones y reglas sobre el otorgamiento de compensaciones y restituciones se aplican al Tribunal Especial de Sierra Leona.⁵³⁶

Otros mecanismos de justicia transicional han sido establecidos por el Consejo e Seguridad (“mecanismos híbridos”) para Kosovo y Timor Oriental en 1999.⁵³⁷ Los juzgamientos por violaciones a los derechos humanos y derecho humanitario se dan a través de los sistemas judiciales nacionales y el marco aplicable es el derecho interno, al cual se han introducido algunas enmiendas.⁵³⁸ El Panel Especial instaurado en Timor Oriental⁵³⁹ podía juzgar ofensas graves y ordenar la restitución de propiedades o bienes derivados directa o indirectamente de la acción criminal.⁵⁴⁰ Cuando las investigaciones por las violaciones ocurridas en ese país entre enero y octubre de 1999, incluidos los delitos de violación sexual, concluyeron a finales de 2004,⁵⁴¹ solo 74 personas habían sido declaradas culpables de crímenes de lesa humanidad y de asesinato.⁵⁴² Como muestra de la ausencia de compromiso político con la justicia, podemos indicar que el Presidente conmutó las

plication for Consequential Orders, *Prosecutor v. Milosevic et al.*, 24 de mayo de 1999, IT-99-37, para. 27.

- 535 *Analysis of Trends in Sexual Violence Prosecutions in Indictments by the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) from November 1995 to November 2002*, estudio de McGill Doctoral Affiliates Working Group on International Justice, Sección para Ruanda, a nombre de la red de ONG Coalition for Women’s Human Rights in Conflict Situations, Montreal, November 28, 2002. Ver nota a pie de página número 94 en dicho informe, disponible en <http://www.womensrightscoalition.org/index_en.htm> (traducción de la autora)
- 536 Estatuto para el Tribunal especial de Sierra Leona, creado en el año 2000 por la resolución 1315 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Artículo 19(3).
- 537 Nos referimos a La Misión de Administración Interina de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK), UN Doc. S/RES/1244 (1999) y la Administración Transicional de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET), UN Doc. S/RES/1272 (1999).
- 538 Información detallada disponible en <www.unmikonline.org/regulations y www.un.org/peace/etimor/untaetN.htm>
- 539 UNTAET/REG/2000/15, 6 de junio del 2000.
- 540 *Ibíd.*, regulación 10(1) c).
- 541 En cumplimiento de la Resolución del Consejo de Seguridad 1543 (2004).
- 542 Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la cooperación técnica en la esfera de los derechos humanos en Timor Oriental..., op. cit., para. 41.

penas de 7 reclusos culpables de delitos graves y redujo las penas de otros 23, de los cuales 10 eran culpables de violación sexual.⁵⁴³

4. LAS REPARACIONES EN LAS CORTES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En cuanto a las reparaciones en la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos, se puede afirmar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es en términos generales la más relevante y pionera en cuanto al establecimiento de estándares referidos a la forma de evaluar el daño, el contenido y alcances de las reparaciones por violaciones flagrantes a los derechos humanos. Bajo el mandato del Artículo 63(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, la CIDH puede ordenar reparaciones directamente y de manera autónoma al ordenamiento jurídico nacional, sobre la base de las obligaciones derivadas en el Art. 1(1) de la Convención Americana. Adicionalmente, la Convención Americana no se limita a proveer una “compensación justa”, sino que le da a la CIDH la potestad de ordenar otras medidas si lo estima necesario para asegurar el ejercicio de los derechos de la víctima protegidos por la Convención Americana.⁵⁴⁴ En función de este mandato la Corte Interamericana ha adoptado medias preparatorias que van más allá de la compensación y que han contribuido a modelar y establecer estándares de reparación, que han sido recogidos en legislaciones internas, en la jurisprudencia internacional y en los Principios y Directrices. La Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 50(41)) le otorga a la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) un poder más limitado, en la medida que la jurisprudencia de este tribunal ha interpretado que su poder de otorgar reparaciones depende del establecimiento de una violación a la Convención Europea y de la ausencia de una reparación integral en el ámbito nacional.

El análisis de la jurisprudencia comparada de ambas cortes escapa al objetivo de esta presentación. Aquí, limitaremos nuestro análisis a identificar la jurisprudencia que establece estándares o modalidades de reparación promisorios para el tratamiento de la violencia sexual en el Sistema Inte-

543 *Ibíd.*, para. 48.

544 En vías de interpretación del Artículo 63(1). Manfred Novak, *The Right to Reparation of Victims of Gross Human Rights Violations*, op.cit, p. 296.

americano, y de manera especial el caso Loayza Tamayo, que constituye el único caso resuelto por la Corte Interamericana que involucra violación sexual. Los casos que involucran derechos humanos de las mujeres, en particular aquellos que incluyen violencia sexual en contexto de conflicto han merecido una atención más positiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ha evaluado de manera más integral y expansiva el daño y la responsabilidad del Estado en estos casos.⁵⁴⁵ Los informes y recomendaciones de esta han activado la jurisprudencia de la CIDH en general, hacia el otorgamiento de reparaciones más integrales a través de sus recomendaciones, así como también de los acuerdos promovidos con los Estados y aprobados por la CIDH.⁵⁴⁶

El *Caso Loayza Tamayo v. Perú*⁵⁴⁷ es ilustrativo de la dinámica de los obstáculos en la respuesta jurisdiccional regional en materia de violencia sexual en el contexto de conflicto armado. En este caso, M.E. Loayza Tamayo fue arrestada por agentes de la policía (DINCOTE) y detenida de manera ilegal y arbitraria. Fue incomunicada y luego fue sometida a tortura, tratos crueles, abuso y violación sexual, lo que la condujo a una menopausia prematura y otras secuelas físicas.⁵⁴⁸ La Comisión de Derechos Humanos alegó “privación ilegal de la libertad, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, violación a las garantías judiciales y doble enjuiciamiento con base en los mismos hechos”. Asimismo, solicitó a la Corte que declarara que el Gobierno peruano repare plenamente a Loayza Tamayo por el grave daño moral y material sufrido, que ordene su inmediata libertad, la indemnice

545 Ver como referencia los informes de la Comisión en los casos de María Elena Loayza Tamayo vs. Perú (citado), Rosa Marta Cerna vs. El Salvador (Informe No. 10/92 Caso 10.257), Raquel Martín de Mejía vs. Perú (Informe No. 5/96 Caso 10.970), Diana Ortiz vs. Guatemala (Informe No. 31/96 Caso 10.526), Comadres vs. El Salvador (Informe No. 3/96. Caso 10.948 y Leonor La Rosa Bustamante vs. Perú (Informe No. 54/98 Caso 11.756).

546 Douglas Cassel, *The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights*, en “Out of the Ashes”, *Reparations for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. K. De Feyter, S. Parmentier, M. Bossuyt and O. Lemmens (Eds.) 2005, Intersentia, 2005. Pp. 191-223.

547 *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú. (Caso Loayza Tamayo) CIDH Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Series C No. 33 y Sentencia sobre Reparaciones Artículo 63(21) de la Convención Americana de Derechos Humanos del 27 de noviembre de 1998. Serie C. No. 42.*

548 *Ibíd.* Párrafo 45.

en forma adecuada y condene ordene el pago de las costas del proceso.⁵⁴⁹ Sin embargo, la CIDH en su sentencia consideró que la violación sexual no estaba sustanciada, pero dio por probadas todos los demás daños físicos. La Corte solo se refirió a “la naturaleza de los hechos” para sostener esta decisión y, como indica la Comisión de Derechos Humanos, la CIDH no efectuó un examen sustancial ni enunció el carácter o tipo de la evidencia recibida o la carga de la prueba, lo cual en opinión de algunos constituye un problema con respecto a la protección de las mujeres que se encuentran bajo custodia del Estado.⁵⁵⁰

Esta forma de proceder en la evaluación de hechos tan graves como la violación sexual cometida por agentes del Estado en custodia, en un contexto de conflicto como el que vivía el Perú en el tiempo de la ocurrencia de estos hechos, contrasta con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En el caso *Aydin vs. Turkey*,⁵⁵¹ Mrs. İükran Aydın una ciudadana turca de origen kurdo de la villa de Tasit, fue detenida en un contexto en el que el sureste del país se hallaba en serios enfrentamientos entre las fuerzas del PKK (Workers' Party of Kurdistan) y el ejército turco y sujeta a un Estado de emergencia. Ms. Aydın fue detenida mantenida bajo custodia y violada sexualmente por quienes la custodiaban. La Corte consideró que debía aceptar los hechos alegados y establecidos por las indagaciones realizadas y concluyó que estos hechos fueron probados “más allá de la duda razonable”, y que dicha evidencia se sustenta en la coexistencia de inferencias fuertes, claras y concordante⁵⁵² no contradicha por el Gobierno turco, y que la evidencia médica mostrada por el Estado no se opone a la afirmación de la víctima que fue violada sexualmente cuando estaba en custodia.⁵⁵³ Esta constituye una mejor práctica en la evaluación de la evidencia y prueba por violación sexual en circunstancias de conflicto.

549 CIDH Caso Loayza Tamayo (Excepciones preliminares) Sentencia del 31 de enero de 1996., Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade. Párrafo 2.

550 Victor Madrigal Borloz, *Damage and Redress in the Jurisprudence of the Inter-American Court*. En “Reparations: Redressing Past Wrongs” Editado por George Ulrich y Louise Krabbe Boserup. Kluwer Law International, Nordic Human Rights Publication. Pág. 228.

551 Caso Aydın v. Turkey (57/1996/676/866) Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

552 *Ibíd.*, párrafo 73.

553 *Ibíd.*

Teniendo en cuenta la gravedad de la violación sufrida por Ms. Aydin mientras estaba en custodia y el daño psicológico sufrido como consecuencia de la violación sexual, la Corte decidió otorgarle un monto de GBP 25.000 como “compensación por daños no pecuniarios”.⁵⁵⁴ Asimismo ordenó el pago de costos de representación legal a sus abogados en Gran Bretaña por el monto de GBP 30.000 y a su representante turco por la suma de GBP 3.000 y pagos por concepto de investigación y asistencia a la organización Kurdish Human Rights Project por el monto de GBP 6.000 y hasta 4.360 por otros costos logísticos necesarios y razonables.⁵⁵⁵

Paradójicamente, en otros aspectos de la reparación, el caso *Loayza Tamayo* constituye un caso emblemático porque: a) se establece una distinción clara entre “la víctima”, la persona en cuyo detrimento el Estado ha violado los derechos contenidos en la Convención Americana, y “la parte afectada” (un grupo más amplio de personas que experimentaron el “tormento moral” por el sufrimiento de la víctima; y b) se establece por primera vez el estándar del daño al “Proyecto de Vida”,⁵⁵⁶ el mismo que constituye un desarrollo importante en materia de reparaciones. En el relato de la opinión concurrente de dos de los Jueces de la CIDH en este caso,⁵⁵⁷ sobre la importancia de las reparaciones no pecuniarias y la de tomar en cuenta la integralidad de la persona de la víctima, se destaca que en una audiencia pública María Elena Loayza Tamayo expresaba que ella estaba consciente de que “la compensación económica no repararía todo el daño sufrido”.⁵⁵⁸ El reconocimiento del daño al proyecto de vida de la víctima es, en opinión de estos jueces, un primer paso en la dirección de “reorientar” y “enriquecer” el derecho internacional de los derechos humanos en esa dirección. Añade la Corte que el concepto del “Proyecto de Vida” es cercano al concepto de la realización personal, la que a su vez está basada en las opciones que una persona puede tener para encaminar su vida y lograr las metas planteadas para sí misma y que “en sentido estricto, esas opciones son la manifestación y garantía de la libertad”.⁵⁵⁹

554 *Ibíd.*, párrafo 131.

555 *Ibíd.*, párrafo 132.

556 *Ibíd.*, Párrafo 144 y siguiente.

557 *Ibíd.* Ver la Opinión Concurrente de los Jueces Antônio A. Cançado Trindade y Alirio Abreu-Burelli adjunta a esta sentencia, párrafos 11 y 12.

558 *Ibíd.*

559 CIDH, Sentencia sobre Reparaciones, citado en nota 49, párrafo 148

La CIDH ordenó tres tipos de medidas de reparación: *Medidas de restitución*: reinstalación en su puesto de trabajo en el servicio público y educación, garantía del mantenimiento de beneficios de jubilación y anulación de los efectos legales de los procedimientos efectuados en su contra (reinstauración de derechos). El Estado cumplió con este mandato en las siguientes semanas. *Compensaciones* por los sufrimientos causados a ella y a sus beneficiarios hasta un total de US\$167.190,30.⁵⁶⁰ Otras medidas de reparación ordenadas por la CIDH en este caso son: la modificación/ adaptación de los decretos leyes sobre terrorismo y de traición a la patria para ajustarlos a la Convención Americana (medidas legislativas); la investigación, persecución y castigo de los responsables así como la adopción de medidas que hagan efectivas estas medidas. En concepto de *costos y honorarios* de representación legal, ordena al Estado pagar la suma de US\$20.000,00 o su equivalente en moneda nacional. El plazo de ejecución de las medidas se estableció en seis (6) meses.

El impulso y la expansión del derecho a la reparación en la doctrina y la jurisprudencia de derechos humanos y su aplicación a través de la acción judicial es un proceso irreversible que abre posibilidades de modificar y erradicar mecanismos de discriminación. Son las medidas de reparaciones que ordenan el cese de las violaciones y las que se orientan a garantizar la no-repetición de las violaciones las que han tomado formas más innovadoras en la justicia regional, y que encierran un potencial transformador para los casos de violaciones a los derechos humanos de las mujeres. De este modo, la Corte ha ordenado a los Estados investigar, procesar y penalizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos y ha reconocido que la impunidad fomenta la repetición crónica de dichas violaciones.⁵⁶¹ Ha ordenado la adopción de medidas simbólicas a manera de reparación moral (ordenó al Estado nombrar calles, colegios, plaza y memoriales), llevar a cabo programas de exhumación.⁵⁶² Ha ordenado a los Estados hacer disculpas públicas y ceremonias con presencia de autoridades oficiales y presentar disculpas a las víctimas.⁵⁶³

560 Caso Loayza Tamayo (Excepciones preliminares) Sentencia del 31 de enero de 1996, párrafo 192

561 Myrna Mack-Chang vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre del 2003, párrafos 272 y 301.

562 Bámaca Velásquez vs. Guatemala. No. 91 Reparations (Art. 63(1) American convention on Human Right. Sentencia del 22 de febrero del 2002. Pág. Párrafo 83.

563 Caso Barrios Altos vs. Perú Reparaciones (Artículo 63 (1) Convención Americana de Derechos Humanos. Sentencia del 30 de noviembre de 2001.

Douglas Cassel, en una sistematización de sentencias en materia sobre recursos y reparaciones de la CIDH (1989-2004), realiza una útil clasificación de las medidas de reparación en función de la clasificación de los Principios y Directrices.⁵⁶⁴ Al referirse a las medidas de satisfacción y garantías de no-repetición, encuentra que la jurisprudencia de la Corte, en 16 casos, ordena adoptar normas o modificar leyes que constituyen violaciones de jure a la Convención Americana u ordena adoptar reformas que faciliten la prevención procesamiento o recursos para las víctimas de violaciones a derechos humanos, en materias tales como terrorismo, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, registro de prisioneros, derechos de los niños, detención juvenil, territorios indígenas y títulos de propiedad, derecho a apelación judicial y derechos humanos y derecho humanitario.⁵⁶⁵

El reconocimiento de los distintos niveles de victimización y categorías de víctimas (beneficiarios) ha sido un proceso complejo pero enriquecedor y puede ciertamente favorecer la justicia para las mujeres que se encuentran también en gran número ubicadas entre los beneficiarios secundarios de las víctimas directas de violaciones a los derechos humanos. Madrigal Borlóz advierte que “a través del reconocimiento de la ilegalidad de los efectos nocivos sobre los varios círculos sociales concéntricos alrededor de la víctima directa, la Corte ha abierto la puerta de la justicia regional a deliberaciones sutiles y ciertamente necesarias sobre las consecuencias mediatas y remotas de la acción de responsabilidad civil del Estado”.⁵⁶⁶

5. ALGUNOS ELEMENTOS DE REFLEXIÓN PARA DISEÑAR LAS REPARACIONES EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

La literatura existente sobre las perspectivas de las mujeres o el género en las transiciones pone en evidencia que el reto de las transiciones y los contextos de postconflicto en materia de género es lograr una transformación institucional, incluidos los sistemas judiciales, que reconcilie al Estado con los sectores de la sociedad que han sufrido la violencia de manera desproporcionada debido a la realidad de discriminación estructural.

564 Douglas Cassel, *The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights*, op.cit, p. 205.

565 Ibid.

566 Victor Madrigal Borlóz, *Damage and Redress in the Jurisprudence of the Inter-American Court*, op. cit., p. 272 (traducción libre).

En este marco, la búsqueda de las reparaciones, ya sea por adjudicación judicial o vía los programas o políticas de reparación, debe contemplar de manera indesligable: a) la restitución de los derechos humanos de las mujeres (empoderamiento y reconexión de las mujeres con su realidad social comunitaria, familiar, cultural y económica), b) el resarcimiento de los daños causados por los actos de violencia directos o indirectos y c) la corrección de las discriminaciones que favorecen la continuidad de la victimización de las mujeres en la sociedad. Es en este marco en el que las distintas formas y modalidades de reparación deben encontrar sentido para responder de manera efectiva a las necesidades, intereses y derechos humanos de las mujeres.

Es necesario redimensionar las estrategias destinadas a buscar responsabilidad tanto del Estado como de los actores no-estatales en la tarea de hacer efectivas las reparaciones. El uso estratégico de los tratados que tiene como objetivo la erradicación de la violencia contra las mujeres y la discriminación (CEDAW, Convención de Belem do Para) puede contribuir de manera sustantiva a la interpretación y consolidación de un marco de reparaciones afirmativo de los derechos de las mujeres. No todos los delitos que afectan a las mujeres desproporcionadamente serán materia de la jurisprudencia sobre violaciones flagrantes y sistemáticas a los derechos humanos, por ello es importante que una estrategia de erradicación de la impunidad por los crímenes de género se desarrolle en distintas dimensiones y vías, principalmente ante los tribunales nacionales de justicia. Los derechos de las desplazadas y las violaciones a los derechos económicos y sociales de las mujeres que se derivan de la dinámica del conflicto permanecen como parte de la agenda pendiente de justicia.

El sistema de derechos humanos presenta una oportunidad para avanzar el derecho a la reparación para ellas. “Sin embargo, para que las reparaciones tengan el efecto de generar equilibrio y justicia en una sociedad que ha atravesado o atraviesa un conflicto desarticulante, y para restaurar y servir a los derechos y necesidades de las mujeres, las reparaciones deben poder transformar la forma como estas sociedades se relacionan con las mujeres, con la sexualidad, con la diferencia. Es decir, transformar la relación de la sociedad con las víctimas de los conflictos en tanto personas individuales y parte del colectivo social.”⁵⁶⁷

567 Gaby Oré Aguilar, *el Derecho a la Reparación y Género en los Conflictos Armados*, op. cit. Pág. 100

Los distintos estándares que se derivan de los instrumentos de derechos humanos y del derecho humanitario, así como de las normas regionales y nacionales, deben ser usados e interpretados en la acción judicial y el estándar que sirva para proteger mejor los derechos y reclamos (*most protective standard*) de las mujeres que han sido víctimas directas e indirectas de los conflictos.

Notas sobre los autores

Beristain, Carlos. Licenciado en Medicina y Cirugía (1982) por la Universidad del País Vasco, especialista en Educación para la Salud (1987) de la Universidad di Perugia y Doctor en Psicología de la Salud (2005) por la Universidad del País Vasco. Realizó su tesis doctoral sobre procesos de duelo en comunidades mayas afectadas por la violencia política. Además de una amplia experiencia docente, tiene 17 años de experiencia en el trabajo de acompañamiento a víctimas de la violencia política, comunidades desplazadas y refugiadas, y sobrevivientes de tortura y otras graves violaciones de DDHH en Guatemala, El Salvador, Colombia, Venezuela, Perú y México. Ha sido asesor del Área de salud mental e investigación psicosocial del Proyecto Interdiocesano REMHI y del Área de salud mental de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. Es perito de la CIDH para la evaluación psicosocial y médica en casos de familiares de desaparecidos, niñez desaparecida y tortura. Sus más recientes publicaciones son: *Violencia, Apoyo a las víctimas y reconstrucción social*. Fundamentos: Madrid. 2000 y *Salud mental y derechos humanos* en L. Cortes (ed.). Manual de Salud Mental y Derechos Humanos. Icaria, Barcelona (2004).

Chinchón Álvarez, Javier. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid. Ex-profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, becario de Cooperación Interuniversitaria de la AECI en Argentina y Guatemala, e investigador-visitante del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica), el *Center for Human Rights and Global Justice* y el *International Center for Transitional Justice* en Nueva York. Es autor de diversas publicaciones sobre derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y procesos de transición y democratización en Iberoamérica. En la actualidad es Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Complutense de Madrid, y participa en distintos centros como Director del Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Políticos (CIEJYP), Miembro del Panel de Expertos sobre América Latina del Observatorio de Política Exterior Española, Consultor externo del Instituto de Análisis Estratégico y Comunicación Social de España, y Asesor externo del Grupo Iberoamericano de Negociación con sede en Maracaibo, Venezuela.

Dador Tozzini, María Jennie. Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal (1986-1992). Diplomada en Estudios de Género en la Pontificia Universidad Católica del Perú (1997). Con estudios de Maestría en Ciencia Política, mención Políticas Públicas y Sociedad Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú (2000-2002). Diplomada en Procesos de Democratización y Derechos Humanos, en la Universidad de Chile (2005). Escribe artículos de opinión y análisis en diversas revistas y medios de prensa escrita. Es autora de diversas publicaciones e investigaciones. Las dos más recientes son: *Impunidad: Pongámosle fin. Violencia sexual contra las mujeres en conflictos armados en América Latina*. Publicado por PCS-Perú y Solidaridad Internacional. España. Marzo 2006. *Construyendo la equidad de género: propuestas de políticas*. Consorcio de Investigación Económica y Social y MESAGEN. Lima, febrero 2006. Actualmente se desempeña como Coordinadora del Observatorio por el Derecho a la Salud – Consorcio de Investigación Económica y Social-CIES; y como docente invitada en la Maestría de Género, Sexualidad y Políticas Públicas, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Díaz-Guijarro Hayes, Jean. Licenciada en Ciencias de la Información, con estudios en Ciencias Políticas en la Universidad Complutense y la Universidad de Newcastle upon Tyne (Reino Unido). Responsable de ejecución de acciones de movilización e investigadora para Amnistía Internacional-Sección española e integrante de los equipos de Mujeres, LGBT, Jurídico y de Salud en el Secretariado Estatal. Desde 2006 integrante de SISMA Mujer Capítulo España.

Diez, Andrea. Comunicadora Social por la Universidad Nacional del Comahue, Argentina, especializada en estudios de género en la Universidad de Chile. Se desempeñó como periodista gráfica en Argentina y en ONG dedicadas a los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres. De 2001 a 2006 trabajó en Guatemala y desarrolló estudios sobre el tratamiento de la justicia penal de la violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado interno y el postconflicto.

Fernández Valle, Mariano. Abogado (Universidad de Palermo). Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización (Universidad de Chile, 2005). Maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (2005). Fue investigador de la Fundación Ford -Programa de Derecho de Interés Público- (años 2000-2001); coordinador de la Clínica Jurídica de Derecho de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (2004); analista de políticas públicas en el Área de Justicia de la Fundación CIPPEC (año 2003 – actualidad); asesor de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2004 – 2005); y asesor de la Comunidad Homosexual Argentina. Ha escrito numerosos artículos en revistas jurídicas especializadas y periódicos sobre temas vinculados con derechos humanos, políticas públicas, y acceso a la justicia de grupos vulnerables. Actualmente es profesor de Derecho Constitucional en las Universidades de Buenos Aires y Palermo, e investigador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Loayza Tamayo, Carolina. Abogada graduada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudios de Post-Grado en Derecho Internacional en el Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Es abogada en ejercicio desde 1980, actualmente Presidenta de la Comisión de Estudios de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y Vice-Presidenta de la Comisión Consultiva de Derecho Internacional del Colegio de Abogados de Lima y miembro del Consejo del Colegio de Abogados Penal Internacional (CAPI) de La Haya. Es Profesora Asociada de la Universidad de Lima. Ha realizado cursos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho. Es abogada litigante ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y fue asistenta de la CIDH en el Caso *Loayza Tamayo* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ha escrito numerosos artículos en revistas jurídicas especializadas y periódicos sobre temas vinculados con derechos humanos, derecho internacional público, derecho penal internacional, políticas públicas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Navarro, Otto. Abogado, con Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Trabajó en la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. Fue asistente de investigación jurídica para la Universidad de Fordham en Nueva York (EEUU), consultor jurídico para la Fundación Myrna Mack, colaborador del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de San Carlos de Guatemala y consultor jurídico de la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia de la República. En 2003, fue nombrado Becario por el Programa Finlandia, para la Protección Internacional en Derechos Humanos, en Åbo Akademi University, Turku (Finlandia). Actualmente es asesor legal del Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH) y catedrático del curso “Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos”, en la Maestría de Derechos Humanos de la Universidad Rafael Landívar (Guatemala).

Oré Aguilar, Gaby. Abogada, Master en Leyes (L.L.M.) por la Universidad de Columbia, Nueva York y graduada en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Su área de especialización es Legislación Internacional de los Derechos Humanos y tiene un diplomado en estudios de género por la Universidad Católica. Ha recibido el Diploma en *International and Comparative Law* otorgado con honores por el *Parker School of Foreign and Comparative Law* de la Universidad de Columbia. Ha trabajado en organizaciones no gubernamentales y agencias donantes para el desarrollo en el ámbito regional en América Latina y en EEUU. Actualmente dirige y desarrolla un proyecto de investigación sobre el derecho a la reparación para los crímenes de género en contextos de conflicto armado, con sede en España. Ha escrito y publicado ampliamente sobre temas que intersectan la equidad de género y los derechos humanos de las mujeres y es ponente invitada en universidades españolas y en el Master Europeo sobre Derechos Humanos y Democratización en Venecia.

Tamayo León, Giulia. Abogada, feminista. Desde 2000 Responsable del Departamento de Campañas e Investigación de la Sección española de

Amnistía Internacional. Es consultora e investigadora para el Secretariado Internacional de Amnistía Internacional sobre violencia contra las mujeres bajo conflicto armado. Premio Ginetta Sagan (2000) concedido por la sección norteamericana a defensoras de los derechos humanos de las mujeres. Integrante del Consejo Honorario del Comité de América Latina y el Caribe para los Derechos de la Mujer (CLADEM Regional), integrante del Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán (1984-1998); desde 2006 integrante de SISMA Mujer Capítulo España. Consultora e investigadora en derechos humanos de las mujeres para diversas organizaciones de mujeres y organizaciones intergubernamentales. Es autora de diversas publicaciones e informes en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario, género, desplazamiento, derechos sexuales y reproductivos y derecho a la salud.

Villanueva Flores, Rocío. Abogada graduada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid (España) y con un Doctorado en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha (España). Trabajó en la Defensoría del Pueblo como Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer y, hasta julio de 2006, como Defensora Adjunta para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad. Actualmente es profesora de la Filosofía del Derecho y de Teoría Jurídica de los Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.