

Justicia de Género

Violencia Sexual en Conflicto Armado Interno Peruano como crimen de Lesa Humanidad

Razonamiento Jurídico y método de Interpretación

Presentación

La falta de justicia y reparación de los casos de violencia sexual durante conflicto armado interno es uno de los pendientes más graves que tiene el Estado peruano. Han pasado diez años desde la entrega del Informe Final de la Comisión de la Verdad y 9 años, en promedio, desde que se inició la judicialización de estos casos. Hasta la fecha ningún agresor ha sido sentenciado por este tipo de casos.

Es en este contexto, que DEMUS considera importante difundir el documento elaborado por la abogada Diana C. Portal Farfán¹; quien presenta los avances jurídicos internacionales y nacionales en esta materia, y en este marco, fundamenta desde el derecho constitucional, derechos humanos y derecho penal internacional como la violencia sexual ocurrida en el marco del conflicto armado interno constituyó un crimen de lesa humanidad. Con ello se busca contribuir a que el sistema de justicia responda adecuadamente a la demanda de las mujeres que se han atrevido a denunciar, poniendo fin a la impunidad que rodea estos casos, para nunca más se repitan.

¹ Máster en Derecho Constitucional y especializada en Derechos Humanos y Género. Documento elaborado por encargo de DEMUS – Estudio para los Derechos de la Mujer, julio de 2013.



DEMUS,
Estudio para la Defensa
de los Derechos de la Mujer
Jr. Caracas 2624 - Jesús María
4631236 y 463-8515

demus@demus.org.pe
www.demus.org.pe
Lima, noviembre de 2013

violencia sexual en conflicto armado

Índice

- | | |
|---|---------|
| 1. Obligaciones del Estado peruano en materia de DDHH | Pág. 3 |
| 2. Avances en el marco jurídico internacional... | Pág. 5 |
| 3. Violencia sexual en conflicto armado interno peruano como crimen de lesa humanidad | Pág. 13 |

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-17376

Impresión: Urbana Edición y Diseño SAC - Canevaro 846, Dpto. 201, Lince. Telf. 4719481

como crimen de lesa humanidad

La obligación internacional del Estado peruano de investigar, sancionar y reparar los casos de violencia sexual en conflicto armado interno peruano (VSCAIP), debe responder al marco jurídico internacional, particularmente al reconocimiento de estos hechos como crímenes de lesa humanidad, establecidos en el Derecho Penal Internacional, y los efectos legales propios de la aplicación de este estándar internacional a los casos concretos.

Para cumplir con este objetivo propuesto, es necesario considerar antes dos presupuestos relacionados, que posibilitan un análisis jurídico integral acorde con la complejidad de estos casos y la judicialización de casos graves de violaciones a los derechos humanos:

- a. La obligación del Estado peruano de aplicar el Derecho Internacional (Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional) en el ámbito interno, partiendo de la justificación otorgada desde el Derecho Constitucional.
- b. La importancia de aplicar la perspectiva de género en el análisis de los casos de VSCAIP, considerando las particularidades y efectos de este tipo de violencia en las mujeres; así como, el reconocimiento jurídico internacional y nacional de esta perspectiva en el derecho de acceso a justicia.

Ambos presupuestos tienen fundamento constitucional, lo que hace que sea no sólo importante, sino de **obligatorio** cumplimiento en un Estado de Derecho Constitucional como debe ser el peruano; que además es parte de la comunidad internacional, ámbito en el cual los Estados tienen la obligación de actuar con la **debida diligencia**² en los casos de violaciones a los derechos humanos, lo que supone: promover, investigar, sancionar y reparar los casos de violaciones de derechos humanos, evitando así, que la impunidad afecte el orden social y democrático de los Estados parte.

1. Obligaciones del Estado peruano en materia de Derechos Humanos.

El pasado común latinoamericano de graves violaciones a los Derechos Humanos, en contextos de represión, dictadura o conflictos armados internos, ha dado como consecuencia procesos jurídicos destinados a investigar estos hechos y evitar su impunidad.

Esta tarea no es sencilla, debido a la complejidad de los casos, el paso del tiempo y los aparatos de poder estatales involucrados. Por ello, la importancia de los diferentes tribunales nacionales que han generado jurisprudencia contra la impunidad, no aplicando normas internas que impedían su investigación (amnistías, prescripción, etc.) en concordancia con estándares del derecho internacional establecido por organismos internacionales, tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la propia Corte Penal Internacional.

² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Washington: OEA, 2007, p. 12; y COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Las mujeres frente a la violencia y discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. Washington: OEA, 2006, pp. 7 y 8.

violencia sexual en conflicto armado

En el Perú, la investigación y sanción de estos casos responde a este contexto de aplicación y concordancia de las normas nacionales con el marco jurídico internacional de protección de los derechos humanos; es así, que el ordenamiento jurídico nacional, fundamentalmente a partir de una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional³ ha impuesto rango constitucional a estas normas internacionales, por lo que son de obligatorio cumplimiento.

La Constitución⁴ establece que los tratados internacionales, especialmente los vinculados a derechos humanos son parte del derecho interno. Por ello, toda interpretación de la promoción y protección de los derechos fundamentales debe considerar lo establecido en estos tratados.

Este reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados, aunque desde distinta ubicación, sigue la línea de interpretación dejada por la anterior Constitución, como se observa:

- La Constitución de 1979, en sus artículos 101 y 105, reconocía que los **tratados internacionales de derechos humanos** eran parte del derecho nacional y tenían rango constitucional, por lo que estas normas se convertían en vinculantes.
- La Constitución de 1993, modificada en este ámbito, mantiene la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos⁵ en los artículos 3 y 57 así como en la Cuarta Disposición Final y Transitoria⁶, que establece que: las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce **se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.**

³ STC N.º 00025-2005-PVTC y 0026-2005-PVTC, F.J. 26

⁴ Tanto la Constitución de 1979 como la de 1993, aunque desde diferentes ámbitos de interpretación constitucional, reconocen que los tratados internacionales referidos a derechos humanos son parte del derecho interno.

⁵ MONTROYA Yván. El derecho internacional y los delitos. En: Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos. Lima: IDEHPUCP, 2007, p 42.

⁶ Exp. Nro 2798-04-HC/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 9 de diciembre de 2004, fundamentos 7 y 8; Exp. Nro. 0025-2005-PVTC y 0026-2005-PVTC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de abril de 2006, fundamentos del 25 al 34.

⁷ NOVAK, Fabián y SALMON, Elizabeth. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos. Lima: Instituto de Estudios Internacionales y Fondo Editorial PUCP, 2002, p 110.

La relación que existe entre los tratados internacionales y el derecho interno, se encuentra definido por la forma de adopción y efectos que estos instrumentos tienen en el ordenamiento jurídico interno, en el caso peruano, Salmón señala que:

“El sistema constitucional peruano opta por la aplicabilidad inmediata de los tratados en el Derecho interno, esto significa que no requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que el Perú haya, de una lado “celebrado” el tratado y que éste, de otro, se encuentre en vigor de acuerdo a sus propias disposiciones”⁷.

Por ello, podemos concluir que los tratados internacionales –especialmente los de Derechos Humanos– tienen rango constitucional y son de aplicación inmediata en el derecho interno peruano.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado en forma reiterada una jurisprudencia que interpreta la vigencia de los derechos fundamentales desde este ámbito de reconocimiento. De esta forma, los avances jurisprudenciales de este organismo

como crimen de lesa humanidad

constitucional se convierten en fuentes jurídicas que permiten a los jueces, juezas y fiscales cumplir adecuadamente con sus funciones de investigar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el período 1980-2000, a partir de una interpretación de los derechos y las obligaciones estatales previstas en la Constitución de 1993 y los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano⁸.

A través de esta jurisprudencia, desde el año 2002 hasta la fecha, se han establecido importantes criterios de interpretación de la Constitución relacionados con la investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos, destacando entre ellas el reconocimiento del derecho a la verdad como un derecho fundamental, que se vincula con la efectiva investigación y sanción a los responsables de las desapariciones forzadas; la precisión sobre la obligación del Estado de investigar los casos de ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas, torturas y otras graves violaciones a los derechos humanos; el compromiso del Estado peruano en materia de lucha contra la impunidad; la vigencia y efectos en el derecho interno de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, entre otros aspectos de particular importancia.

2. Avances del marco jurídico internacional en el tratamiento de la violencia sexual en conflictos armados.

2.1 El camino marcado por el Derecho Penal Internacional.

Los casos acaecidos durante el conflicto armado interno peruano, por sus características y el contexto en que ocurrieron, tienen especial relevancia la aplicación del Derecho Penal Internacional (DPI), por ello es indispensable considerar su especificidad y el ámbito de su aplicación desde la experiencia comparada. De esta forma, sus principales características son:

- El DPI considera como objeto de su protección bienes jurídicos de relevancia mundial, que constituyen el orden jurídico internacional y que son agredidos de las formas más graves⁹.
- Las conductas sancionadas por el DPI tienen como fuente originaria el *ius cogens*, es decir aquellas conductas proscritas del orden jurídico internacional sobre la base del consenso internacional.
- La jurisprudencia de tribunales internacionales han enriquecido el desarrollo del DPI. La jurisprudencia de los Tribunales Especiales como el de la Ex Yugoslavia y el de Ruanda, han sentado precedentes importantes en materia del reconocimiento de la violencia sexual como lesa humanidad.

⁸ En el caso particular de VSCAIP es necesario tener en cuenta tratados como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

⁹ GIL GIL Alicia. El Genocidio y otros crímenes internacionales. Valencia: UNED, 1999, p.18.

violencia sexual en conflicto armado

- El Estatuto de Roma, es la norma jurídica internacional que codifica estas conductas y que establece la Corte Penal Internacional, sancionando de manera individual a los agresores.

2.2 Jurisprudencia Internacional: primer reconocimiento de la violencia sexual como lesa humanidad.

Los estatutos de los **Tribunales Penales Internacionales de la ex Yugoslavia** (1993, artículo 5-g) y **Ruanda** (1994, artículo 3-g) recogieron la violación sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. Estos tribunales han producido jurisprudencia importante en la materia, siendo las más relevantes las siguientes sentencias:

Cuadro N°1:

Jurisprudencia internacional sobre violación sexual como crimen de lesa humanidad.

<i>Sentencia</i>	<i>Descripción</i>
Akayesu (Ruanda, 1998)	Esta sentencia es importante porque, por primera vez, definió la violación sexual como: “la invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona en circunstancias que son coercitivas. La violación es una forma de agresión sexual, entendida como todo acto de naturaleza sexual, cometido sobre una persona a través de la coacción” ¹⁰ . Esta definición es importante porque: se centra en la libertad sexual de la víctima, dejando de lado el fundamento como atentado contra el pudor, la virtud o el honor de la víctima, su comunidad o familia; porque la definición de agresión sexual puede realizarse incluso sin contacto físico entre la víctima y el agresor (como los desnudos forzados); este concepto de la violación como invasión física zanja de forma radical la cuestión de qué tipo de penetración (vaginal, anal y/o oral) y con qué objeto (sólo pene u otro tipo de objetos) debe realizarse, para que se cumpla el tipo penal ¹¹ .

¹⁰ ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment of September 2, 1998. Case No. ICTR-96-4-T, párrs 696 -598.

¹¹ ABRIL STOFFELS. Las agresiones sexuales en conflictos armados como crímenes internacionales: tendencias recientes. En: RIDAURA MARTÍNEZ María Josefa y AZNAR GÓMEZ Mariano J. (Coord.) *Discriminación versus diferenciación. (Especial referencia a la problemática de la mujer)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 24.

Furundzija

(ex Yugoslavia,
1998)

Esta sentencia define la violación sexual con mayor precisión que la sentencia Akayesu, como la penetración sexual, por insignificante que fuera, de la vagina o ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto usado por el perpetrador; o la boca de la víctima por el pene del perpetrador. Esta penetración tendrá que darse bajo coerción, fuerza o amenaza del uso de la fuerza hacia la víctima o una tercera persona.

Kunarac y otros¹²

(ex Yugoslavia,
2001)

Esta sentencia, también conocida como caso Foca. Es importante porque condenó a los acusados por violación sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. Esta sentencia también desarrolla el tema del consentimiento otorgado por la víctima. Así, si la violación se da en un contexto de violencia generalizada, como es el de un conflicto armado, cualquier posible consentimiento no es válido, porque por las circunstancias se infiere que la víctima se vio obligada a acceder.

¹² Este proceso involucra la denuncia presentada en el año 1996, contra Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic junto con otros acusados. Foca es una ciudad ubicada a 32 millas al sudeste de Sarajevo y es famosa por que ahí se ubica la Mezquita Aladza, considerada la más bella de la Ex Yugoslavia.

¹³ La CPI es competente para juzgar delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto (art. 126). 1 de julio de 2002.

¹⁴ En este mismo sentido unos años antes se había pronunciado la Plataforma de Acción de Beijing en 1995, cuando recomendó a los Estados que: Reafirmen que la violación en el curso de un conflicto armado constituye un crimen de guerra, y, en ciertas circunstancias, puede considerarse un crimen de lesa humanidad y un acto de genocidio. Artículo 145 letra d) Plataforma de Acción de Beijing, 1995.

¹⁵ Ataque sistemático es entendido como aquel "cuidadosamente organizado, siguiendo un patrón regular basado en una política común que implique recursos sustanciales, tanto público como privados" TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu. Sentencia del 2 de setiembre de 1998, para. 580. Al mismo tiempo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido criterios para determinar cuándo una violación de derechos humanos es una práctica sistemática. En sus informes sobre Uruguay (1978) y Chile (1974) estableció que es necesario considerar la extensión geográfica, la reiteración de la práctica violatoria y la omisión de investigación y sanción de tales actos por parte de las instancias competentes del Estado.

¹⁶ Ataque generalizado es entendido como "masivo, frecuente, acción a gran escala, llevada a cabo colectivamente con considerable seriedad y dirigida contra una multiplicidad de víctimas". Debe existir, entonces, algún tipo de plan o política preconcebida. También en TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu, loc.cit.

2.3 Recepción normativa internacional: Estatuto de Roma.

Estos avances en la protección de las mujeres antes señalados, se consolidaron en el Estatuto de Roma que crea la **Corte Penal Internacional**¹³ (1998), que califica la violencia sexual como crimen de lesa humanidad, como un crimen de guerra y con determinadas características como una forma de genocidio¹⁴.

• **Violencia sexual como crimen de lesa humanidad:** Según el artículo 7.1 del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, los crímenes de violencia sexual establecidos como tipo base en la sección 3 serán crímenes de lesa humanidad cuando reúne los siguientes requisitos:

- a. El hecho constituye PARTE de un ataque sistemático¹⁵ o generalizado¹⁶;
- b. La víctima de este ataque es toda o parte de la POBLACIÓN CIVIL; y
- c. El perpetrador tiene CONCIENCIA de dicho ataque.

Este proceso histórico de reconocimiento de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad, se codifica en el Estatuto de Roma que aporta importantes avances en su tratamiento jurídico penal:

• **La definición de violencia sexual,** al señalar que se refiere a la conducta del autor que haya realizado actos de naturaleza sexual por la

violencia sexual en conflicto armado

fuerza, amenaza de la fuerza o aprovechado un contexto de coacción. De esta manera se amplía las formas de violencia sexual, antes limitada a la penetración vaginal o anal.

- **Reconocimiento de otras formas de violencia sexual:** El Estatuto reconoce además de la violación sexual, otras formas de violencia sexual que también son graves, y que según el caso puede constituir crimen de lesa humanidad, estas son: esclavitud sexual, embarazo forzado, prostitución forzada, esterilización forzada y otros actos de violencia sexual de naturaleza sexual.

- **Contexto de coacción que invalida la voluntad:** Es importante resaltar que estas conductas pueden producirse por la fuerza o mediante la amenaza del uso 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 ella u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento¹⁷.

- **Si un delito es calificado como crimen de lesa humanidad:** Es imprescriptible, por lo que puede ser juzgado en cualquier momento; permite el juzgamiento no sólo de los perpetradores directos, sino también de sus superiores y demás miembros de la cadena de mandos¹⁸; y debe recibir las sanciones penales más graves, acordes con el ordenamiento penal nacional.

¹⁷ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Elementos del Crimen. 9 de septiembre de 2003, ICC-ASP/1/3, parte II-B.

¹⁸ El nivel de formalidad u organización de la jerarquía de mando es irrelevante siempre que haya una cadena de mando para transmitir órdenes y supervisar a los subordinados. Las nociones de la responsabilidad de mando no se limitan a las estructuras militares o paramilitares y muchas de las personas que se encuentran en posiciones de mando son líderes políticos, funcionarios gubernamentales y autoridades civiles. Por ejemplo, la Oficina del Fiscal del TPIY denunció al funcionario civil de más alto rango en una municipalidad de Bosnia – Herzegovina quien “sabía o tenía motivos para saber” que el jefe de la Policía en el área forzaba a otros a cometer ataques sexuales o que, sabiéndolo, había fracasado en tomar las medidas apropiadas y necesarias para evitar tales actos o castigar al jefe de la policía luego de que tuvo conocimiento de tales actos. En este caso, el funcionario al que se hizo referencia fue acusado de ser responsable por los actos u omisiones del jefe de la Policía, incluyeron crímenes de lesa humanidad, por actos de violación y otras formas de ataque sexual (agresión a los hombres). En: MOREYRA María Julia. Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres. Buenos Aires: Del Puerto, 2007 p. 42.

En el caso específico de nuestro país, el Perú ratificó el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, el 10 de noviembre de 2001. Este acto trae dos consecuencias importantes:

- a. El **Estatuto de Roma se vuelve parte del derecho nacional**, de acuerdo con nuestra Constitución Política, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Por eso el Estatuto de Roma debe ser siempre tomado en cuenta por los operadores de justicia no solo como norma, sino también como guía para interpretar la normatividad nacional, especialmente en los casos de violencia sexual;
- b. Permite a la Corte Penal Internacional juzgar crímenes de genocidio, de guerra y lesa humanidad cometidos por peruanos y/o extranjeros en nuestro territorio desde la fecha de ratificación del Estatuto. Sin embargo, **la jurisdicción de la Corte es complementaria a la jurisdicción nacional**, por lo que siempre es y será deber del Estado investigar, juzgar y sancionar estos crímenes, en especial aquellos de violencia sexual.

2.4 Avances Jurisprudenciales desde el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH)

El Sistema Interamericano ha contribuido en el enriquecimiento de la protección de los derechos de las mujeres en contextos de violencia, progresando en el reconocimiento de la violencia sexual como tortura, a crimen de lesa humanidad en el desarrollo de su línea jurisprudencial.

2.4.1 Violación sexual como forma de tortura en los casos del SIDH:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Raquel Martín v. Perú**, estableció que la *violación sexual sufrida por la peticionaria durante el conflicto armado interno peruano constituía una modalidad de tortura*¹⁹; para ello aplicó lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que establece como requisitos que se conjuguen tres elementos: a) que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales; b) cometidos con un fin; y c) por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero²⁰.

En el caso **María Elena Loayza Tamayo vs Perú**, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que los actos cometidos *constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana*²¹; ello, pese a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos incluyó en su demanda que los hechos denunciados eran constitutivos de violación sexual²² y que la propia Corte IDH reconoce como probados otros hechos de violencia contra la víctima, un entorno de coacción y la práctica reiterada de violación contra la integridad operada por los agentes estatales, con aquiescencia del Estado.

En el caso de la **Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala**²³ 251 personas, quienes sufrieron previamente golpes y maltratos, muchas mujeres y niñas fueron violadas y mujeres embarazadas fueron golpeadas al punto de sufrir abortos. La Corte IDH destaca la vulnerabilidad y objeto de violencia particular de las mujeres y niñas en este tipo de contextos:

*La Corte observa, a manera de contexto, que tal como lo señala la CEH, durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual. Asimismo, en otro caso ocurrido en el mismo contexto en el cual se sitúa esta masacre, esta Corte estableció como hecho probado que "la violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. En el caso de las Dos Erres, las mujeres embarazadas fueron víctimas de abortos inducidos y otros actos de barbarie"*²⁴.

¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Raquel Martín de Mejía v. Perú. Informe 5-96, Caso 10.970, del 10 de marzo de 1996, sección V, letra B, N° 3-a.

²⁰ *Ibid.* sección V, letra B, N° 3-a.

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. María Elena Loayza Tamayo vs. Perú, Fondo. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Serie C. Nro. 33.

²² La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala en el párrafo 58 de esta sentencia que: Aun cuando la Comisión alegó en su demanda que la víctima fue violada durante su detención, la Corte, después de analizar el expediente y, dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado. Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (*supra*, párr. 46 c., d., e., k. y l.), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana. De las alegaciones y pruebas examinadas aparecen elementos graves y convergentes, y no desvirtuados por el Estado, que permiten válidamente presumir la existencia de una práctica de tratos crueles, inhumanos y degradantes en la cual se enmarca el presente caso de la señora María Elena Loayza Tamayo, en violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana.

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de Las Dos Erres vs. Guatemala, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 24 de noviembre de 2009.

²⁴ *Ibid.* párrafo 139.

violencia sexual en conflicto armado

En este caso la Corte IDH resuelve por unanimidad que el Estado violó los derechos a las garantías y protecciones judiciales establecidas tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En casos más recientes, como los de **Fernández Ortega y otros vs. México y Rosendo Cantú y otra vs. México**²⁵, la CIDH considera que las violaciones sexuales perpetradas por agentes del Estado constituyen una forma de tortura, de la que los Estados son responsables internacionalmente. Ambos casos ocurren en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero, dirigido a reprimir actividades ilegales de la delincuencia organizada, colocando a la población en una situación de gran vulnerabilidad, afectando a las mujeres de una manera particular.

En el caso de la señora Fernández Ortega, perteneciente a la comunidad indígena de Mé'phaa, la CIDH considera que la violación sexual ocurrida ha tenido la finalidad de sancionar a la víctima por la falta de entrega de información, por lo que constituiría una forma de tortura:

*La violación sexual de la señora Fernández Ortega se produjo en el marco de una situación en la que los agentes militares interrogaron a la víctima y no obtuvieron respuesta sobre la información solicitada (supra párrs. 82 y 108). Sin descartar la eventual concurrencia de otras finalidades, la Corte considera probado que el presente caso tuvo la finalidad específica de castigo ante la falta de información solicitada*²⁶.

Asimismo, la Corte se pronuncia señalando en estos casos no es importante la cantidad o el lugar donde ocurren, sino la consideración de los elementos subjetivos y objetivos que definen a la tortura:

*(...) esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aún cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de las instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren a la acumulación de hechos ni al lugar donde se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos. Con base en lo anterior, la Corte concluye que la violación sexual en el presente caso implicó una violación a la integridad personal de la señora Fernández Ortega, constituyendo un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*²⁷.

Al igual que en el caso Fernández Ortega, en el caso Rosendo Cantú, la CIDH, consideró que la violación sexual cometida en su contra constituye una forma de tortura, afectando su integridad física, además en ambos casos se ha hecho mención la violación del art 7.a de la Convención Belem Do Pará²⁸, señalando así:

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega y otros vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 79. Este mismo contexto es referido en el Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 70.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega y otros vs. México, párr. 127.

²⁷ *Ibid.* párr. 128.

²⁸ Art. 7 Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.

como crimen de lesa humanidad

(...) la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado y 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7.a de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú.

De otro lado, reconoce el valor probatorio del testimonio de las víctimas en los casos de violencia sexual, al señalar que:

Ciertos tipos particulares de agresión, tales como la violación sexual, se producen en ausencia de otras personas más allá de la víctima y los agresores, y que en dichos casos la declaración y el relato de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho²⁹.

Otro aspecto importante de la sentencia del caso Rosendo Cantú, es el establecimiento de responsabilidad al Estado Mexicano, por haber no haber procurado un intérprete cuando la víctima quiso denunciar los hechos, esto ha sido considerado por la Corte como una violación del derecho a la justicia establecido³⁰.

Un caso reciente contra el Estado peruano, es el admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la causa de **Gladys Carol Espinoza González vs. Perú**³¹, en el que se denuncia su detención ilegal y arbitraria ocurrida el 17 de abril de 1993, la tortura y violación sexual en las instalaciones de la Policía Nacional de Perú. Este caso es particularmente importante, porque da cuenta de varios avances en el tratamiento de la violencia sexual en el sistema interamericano.

Uno de esos avances, es el reconocimiento que la violencia sexual era parte de la lucha contrasubversiva establecida por el Estado peruano; así la Comisión haciendo uso del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y de otros informes de organismos internacionales, desarrolla un apartado al respecto sobre el empleo generalizado de la violencia sexual en la lucha contrasubversiva, inclusive en interrogatorios de personas sospechosas de pertenecer a grupos insurgentes³².

De otro lado, reconoce las consecuencias específicas en las mujeres afectadas por casos de violencia sexual, al señalar que:

La CIDH ha establecido de forma consistente que la violación sexual cometida por miembros de las fuerzas de seguridad contra integrantes de la población civil constituye en todos los casos una grave violación de los derechos humanos protegidos por los artículos 5 y 11 de la Convención Americana. Dicha conducta ilegal presupone un sufrimiento físico y mental severo y duradero, debido a su naturaleza no consensual e invasiva y que afecta a la víctima, su

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89.

³⁰ *Ibíd.* párr. 185.

³¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Nro. 67/11, Caso 11.157. Admisibilidad y fondo. Gladys Carol Espinoza González vs. Perú, 31 de marzo de 2011.

³² *Ibíd.* párrafos 86 a 92.

violencia sexual en conflicto armado

*familia y comunidad. Esta situación se agrava cuando el agresor es un agente estatal, por su posición de autoridad y por el poder físico y psicológico que puede ejercer sobre la víctima*³³.

Finalmente, en este caso, la Comisión IDH concluye que el Estado peruano es responsable de violaciones de los derechos consagrados en varios de los artículos de la Convención Americana (integridad personal, libertad personal, protección de la honra y la dignidad, garantías judiciales y protección judicial) en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento internacional; asimismo concluye que el Estado es responsable por la violación del artículo 7 de la Convención Belém do Pará y de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

2.4.2 Desnudos forzados e inspecciones vaginales: violencia sexual que constituye tortura como crimen de lesa humanidad.

En la sentencia de la Corte IDH del caso **Penal Miguel Castro Castro vs. Perú**³⁴ del 25 de noviembre de 2006, se hacen importantes avances en materia de justicia de género y reconocimiento de la violencia sexual como una grave violación a los derechos humanos de las mujeres.

La Corte IDH examinó el impacto diferenciado que los hechos tuvieron en las mujeres reclusas, así como las diversas conductas orientadas a afectarlas por el hecho de ser mujeres. La CIDH establece que “tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor medida”³⁵.

Asimismo, la CIDH señala que si bien todas las víctimas y sobrevivientes sufrieron actos de tortura y trato cruel durante el operativo, ellos se hace mucho más grave cuando entre las víctimas del ataque se encuentran mujeres. La desnudez de las mujeres frente a los perpetradores de ataque, la falta de ropa o artículos de higiene básica femenina (toallas higiénicas), ausencia de privacidad al ser obligadas a asistir al baño acompañada de un oficial varón, y las “inspecciones vaginales” realizadas a algunas reclusas en forma casi pública, también las afecta en gran medida. Esto se hace mucho más grave en el caso de 3 mujeres embarazadas, pues el constante maltrato, las expone a secuelas no solo físicas sino también mentales, que afectan directamente su sexualidad y maternidad³⁶.

En este sentido, la Corte IDH señaló la gravedad de los hechos de violencia sexual ocurridos, destacando el control y relación de poder de los agentes militares, así como la permanencia del impacto de la violencia a través del tiempo:

La Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente.

³³ Ibid. párrafo 190.

³⁴ Para un análisis detallado de esta sentencia, véase: VALDEZ ARROYO Flor de María. Avances reconocidos en la sentencia de la Corte interamericana de derechos Humanos en el Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Serie: Justicia de Género. Lima: DEMUS, enero de 2007.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 25 de noviembre de 2006, supra nota 1, para 223.

³⁶ Para estos tres casos, en el ámbito de las reparaciones económicas, se aumentaron los montos por daño inmaterial.

como crimen de lesa humanidad

Asimismo, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas³⁷.

Esta sentencia es importante porque declara que las **inspecciones vaginales dactilares**, constituyen **violación sexual y una modalidad de tortura** por infringir el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³⁸. Asimismo, señala que la **desnudez** a la que sometió a las mujeres y su constante observación por los varones aún cuando tenían que ir al baño, constituía no solo una violación de la dignidad personal, sino también **violencia sexual**³⁹. De esta forma la CIDH ha señalado que estas formas de violencia sexual constituyen tortura, que a su vez constituyen **crímenes de lesa humanidad**:

Por lo tanto, la Corte encuentra que hay evidencia para sostener que las muer-tes y torturas cometidas contra las víctimas de este caso por agentes estatales, por las razones referidas en párrafos precedentes constituyen crímenes de lesa humanidad. La prohibición de cometer estos crímenes es una norma de ius cogens, y, por tanto, el Estado tiene el deber de no dejar impunes estos delitos y para ello debe utilizar los medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad⁴⁰.

Finalmente, la sentencia Castro Castro constituye un avance en el reconocimiento jurídico internacional de las muertes y la tortura, incluida la violencia sexual, como crímenes de lesa humanidad.

3. Violencia sexual en conflicto armado interno peruano como crimen de lesa humanidad

En este punto final, luego de haber analizado de manera general el marco constitucional en materia de protección de los derechos humanos, los avances normativos y jurisprudenciales internacionales en casos de violencia sexual; presentamos aspectos relevantes que deben ser tomados en cuenta para la investigación y sanción de los casos de VSCAIP.

3.1 Características de los casos de VSCAI que se deben tener en cuenta en el análisis jurídico: contexto, perspectiva de género, intercultural en el análisis e investigación

La violencia sexual contra la mujer es parte de un continuo de violencia que tiene sus orígenes en contextos de discriminación previos, marcados por un sistema patriarcal y machista que no considera a la mujer como un sujeto de derechos, con ejercicio pleno de su ciudadanía y sexualidad.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, párr. 311.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú supra nota 1, párr. 312.

³⁹ *Ibid.* párr. 306.

⁴⁰ *Ibid.* párr. 404.

violencia sexual en conflicto armado

Como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “en el ámbito del conflicto armado, todas las características que han expuesto a las mujeres a ser discriminadas y a ser sujetas a un trato inferior históricamente, sobre todo sus diferencias corporales y su capacidad reproductiva, así como las consecuencias civiles, políticas, económicas y sociales para ellas de esta situación de desventaja, son explotadas y abusadas por los actores del conflicto armado en su lucha por controlar territorio y recursos económicos⁴¹.”

De esta manera la violencia es y ha sido una constante en la vida de las mujeres, que en tiempos de guerra o de represión se ve recrudecida; convirtiendo sus cuerpos en espacios de apropiación y dominación. La sexualidad es un campo más para vencer, violar a las mujeres supone vencer al enemigo y humillarlo.

Por ello, es indispensable considerar la **perspectiva de género**⁴² en el análisis de estos casos, pues ello nos permite ver más allá de la simple aplicación de las normas legales, operaciones de subsunción y/o lógica jurídica; sino que amplía el rango de análisis, evidencia las características particulares de estos casos, incorporando la identificación de los posibles estereotipos de género que se presentan en los casos concretos; y permite aplicar estándares que deben ser considerados en los casos de VSCAI, especialmente complejos.

Por ello el análisis jurídico de los hechos debe considerar las características especiales que fueron sistematizadas en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR)⁴³, las cuales son:

Violencia de género: la violencia sexual ocurrida en nuestro país fue producto del impacto diferenciado de la violencia, es decir, estos hechos afectaron principalmente a las mujeres en un 98% según datos de la CVR.

Perfil de las víctimas: en su mayoría eran quechua hablantes (75% de los casos), de origen rural (83%), campesina (33%) o amas de casa (30%)⁴⁴, entre los 20 y 29 años (120%) y entre los 10 y 19 años (100%)⁴⁵.

Estrategia antisubversiva del Estado contra la población civil: la violencia sexual fue usada, en mayor medida por agentes estatales, el 83.46% de éstas fueron cometidas por agentes estatales.

Otras conductas de violencia sexual como desnudos forzados, abortos forzados, uniones forzadas, esclavitud sexual y embarazos forzados, aunque el Informe de la CVR no incluye mayores datos estadísticos sobre ellos, sí incluye testimonios que ilustran este tipo de hechos.

Subregistro de los casos, muchas mujeres no denunciaron estos hechos por vergüenza; culpa, al ser señaladas como responsables de los sucedido; estigmatización en su familia y comunidades, amenazas con-

⁴¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. Washington, D. C.: OEA, 2006. p. 12.

⁴² La perspectiva de género se encuentra reconocida de forma explícita en la Ley Nro. 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, el Plan Nacional de Igualdad de Género establecido en el Decreto Supremo Nro. 004-2012-MIMVP.

⁴³ COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACION. Informe Final. Lima: CVR, 2003, t. VI.

⁴⁴ *Ibid.* p. 201.

⁴⁵ *Ibid.* p. 202.

como crimen de lesa humanidad

tra su vida y la de su familia. Este dato se comprueba con el incremento de casos registrados, de los 538 casos de violación sexual, siendo 527 mujeres 11 varones los afectados; actualmente, según el proceso de reparaciones a nivel nacional, existen 2,242 víctimas de violación sexual (99% mujeres y 1% hombres) y 780 víctimas de otras formas de violencia sexual (64% mujeres y 36% hombres)⁴⁶.

Por todas estas características, la investigación y procesamiento de los casos de violencia sexual durante conflicto armado peruano deben considerar que **no se trata de delitos comunes**, sino el **CONTEXTO DE CONFLICTO** en el que ocurrieron hace que su tratamiento jurídico tenga que considerar que configuran hechos de mayor gravedad en el marco internacional, como una grave violación a los derechos humanos y como crimen de lesa humanidad. De acuerdo a lo expresado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Foca (Kunarac y otros), el acto sexual debe ser voluntario, como resultado de la libre voluntad de la víctima, analizado de acuerdo a las circunstancias⁴⁷.

El análisis de las circunstancias en un contexto de conflicto armado, nos permite concluir que, por el riesgo y temor a ser víctima, la mujer suele acceder para garantizar su vida, integridad y libertad, así como la de su familia. Por ello, el consentimiento otorgado no es libre, y por lo tanto, no es válido⁴⁸.

Además de sus implicancias en el Derecho Internacional, se debe considerar que estos hechos de violencia afectaron especialmente a las mujeres, impactando sus proyectos de vida, afectando su salud física y mental, dejando secuelas permanentes en el tiempo; que muchas de ellas han guardado silencio por más de veinte años, ocultando lo sucedido a sus familias, por miedo y vergüenza; y que justamente por esta realidad, es necesario aplicar una **perspectiva intercultural**, considerando las implicancias y efectos de la violencia sexual en las comunidades donde sucedieron, no solo como parte del contexto, sino en el tratamiento mismo de los caso, que implica considerar la **negación** de lo ocurrido, tendiente a seguir manteniendo el rol de protección de los varones y evitar ser “manchados/as” con este tipo de violencia. Además de considerar la urgente necesidad de que aquellas mujeres quechua hablantes se expresen en su mismo idioma en la toma de declaraciones y demás actividades procesales.

3.2 Estándares internacionales en la VSCAIP como crimen de lesa humanidad: tipificación, tratamiento de pruebas y sanción penal.

Con los datos y testimonios recogidos por la CVR se logró visibilizar de un lado, que la violencia sexual fue utilizada como parte de una estrategia antisubversiva de las Fuerzas Armadas peruanas; por otro lado, que los casos de violencia sexual ocurrida en el Perú entre 1980 y 2000 fue de tal magnitud que configuraría un **crimen de lesa humanidad**, por tener un carácter generalizado en algunos casos y sistemático en otros⁴⁹.

⁴⁶ DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer. El derecho a la reparación versus la impunidad y la inequidad. Véase en: <http://www.demus.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=199> visitado el 22/04/13.

⁴⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. Prosecutor v. Dragojub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic. Sentencia del 22 de febrero de 2001, para. 460.

⁴⁸ PORTAL FARFÁN, Diana Carolina. Violencia sexual en conflictos armados: el derecho de las mujeres a la justicia. Serie Justicia de Género; Lima: DEMUS, 2008, p. 18.

⁴⁹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Lima: CVR, 2003. t. VI p. 352.

violencia sexual en conflicto armado

Por ello, para su adecuado tratamiento jurídico penal, se hace indispensable responder las siguientes preguntas:

¿Qué implicancias jurídicas nacionales e internacionales tiene que la violación sexual sea considerada crimen de lesa humanidad en el Perú?

¿Cuál sería la adecuada tipificación de estos casos, considerando que son a su vez delitos comunes en el C.P de 1924 y 1991, son graves violaciones a los derechos humanos y son crímenes de lesa humanidad en el Derecho Penal Internacional?

¿Cuál sería el tratamiento probatorio en este tipo de casos, que mayormente sólo cuenta con el testimonio de la víctima?

¿Cuál es el estándar de la sanción penal que debe darse y a quiénes?

3.2.1 Sobre las implicancias jurídicas nacionales e internacionales.-

Queda claro que nuestro país se encuentra obligado, tanto por la Constitución como los tratados internacionales de derechos humanos, a investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos; por lo que, en caso de no cumplirse no sólo se atenta contra el orden jurídico nacional sino se corre el riesgo de que nuestro país incurra en **responsabilidad internacional** ante organismos internacionales, como la Corte IDH.

En este sentido, “si el Estado no adecua su legislación interna y su práctica con el fin de asegurar la obligación de investigar las graves violaciones de derechos humanos, es decir, garantizar la realización de investigaciones prontas, exhaustivas, efectivas, independientes e imparciales, entonces compromete su responsabilidad internacional”⁵⁰.

Así también, lo ha establecido la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que frente a los diversos procesos constitucionales abiertos relacionados a este tipo de casos, ha señalado el derecho a la verdad vinculado a la investigación y sanción de los responsables, señalando que: “En tal sentido, el derecho fundamental a la verdad, no sólo conlleva el deber de las autoridades de investigar los hechos que constituyen crímenes de lesa humanidad, sino además, el deber de individualizar a los responsables de su comisión, de sancionarlos, y de resarcir, en todo lo posible, a las víctimas y/o sus familiares. Por ello, los crímenes de lesa humanidad, no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos” (Cfr. STC 2488-2002-PHC, F. J. 5). “Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas” (F. J. 9)⁵¹.

⁵⁰ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Impunidad y Graves Violaciones de Derechos Humanos. Guía para Profesionales Nro. 3. Guatemala: CIJ, 2008, p. 54

⁵¹ STC 0024-2010-PI/TC, fundamento 60.

como crimen de lesa humanidad

De esta forma queda claro que, al amparo de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” y la obligación del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos, los casos de VSCAIP deben ser perseguidos penalmente y adecuadamente sancionados.

3.2.2 Sobre la adecuación típica de los hechos de violencia sexual.-

debemos tener en cuenta que los mismos pueden ser caracterizados como: delitos comunes bajo el Código Penal de 1924 y de 1991, dependiendo de la ocurrencia de los hechos; graves violaciones a los derechos humanos; y como crímenes de lesa humanidad.

En primer lugar, para ello, debemos considerar cuáles serían las formas de adecuación típica legal que adoptarían estos casos; considerando además, el respeto al debido proceso, así como al principio de legalidad así como la seguridad jurídica.

Para ello, se debe tomar en cuenta que la práctica en la jurisdicción penal se ha venido aplicando lo que el Dr. Burneo Labrín ha denominado una “modalidad mixta de aplicación del principio de legalidad”⁵² a efectos de la calificación de crímenes internacionales; es decir: “la subsunción de los hechos en tipos penales internos pero reconociendo la existencia concurrente de tipos penales internacionales no convencionales, o del Derecho Internacional de Derechos Humanos, a efectos de considerar su imprescriptibilidad y eventual jurisdicción universal”⁵³.

En esta misma línea el Dr. Montoya Vivanco, ha desarrollado una especial caracterización de la aplicación del marco jurídico del DPI en el ámbito interno y la consiguiente calificación penal; señalando que en los casos en que los crímenes de lesa humanidad no se encuentran tipificados en el ordenamiento penal interno, tal como sucede en los casos de VSCAI, la fuente a la que se acude es la norma de *ius cogens*⁵⁴, señalando que “la norma de *ius cogens* que obliga a perseguir y sancionar intemporalmente un crimen de lesa humanidad sí constituye una norma completa susceptible de aplicación directa por la jurisdicción interna”⁵⁵.

Por ello, como afirma el mismo autor, “la relación entre un delito común y un crimen de lesa humanidad, no es la de un concurso de leyes penales, dado que la norma que obliga al Estado a sancionar un crimen de lesa humanidad no es una norma incriminatoria directa (no se utiliza para aplicar una sanción penal).

Se trata de una relación de complemento”⁵⁶.

De esta manera, tenemos que los casos de VSCAIP, adecuadamente investigados, deben usar de manera complementaria las figuras típicas tradicionales de delitos de “violación sexual”, enmarcadas tanto en el CP de 1924 como en el de 1991, dependiendo de cada caso; y en forma complementaria –reconociendo

⁵² Un caso paradigmático de este tipo de aplicación es el CASO FUJIMORI, que en la Sentencia de la Sala Penal Especial, dictó sentencia el 7 de abril de 2009, en virtud de la cual se condenó a Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de los delitos de asesinato y secuestro agravado imponiéndole 25 años de pena privativa de la libertad; calificándose además, a los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta como crímenes de lesa humanidad, que fundamentaron su imprescriptibilidad y gravedad.

⁵³ BURNEO LABRÍN, José A. Esterilización forzada en el Perú: delito de lesa humanidad. Serie Justicia de Género, Lima: DEMUS, 2008, p. 30.

⁵⁴ ROMÁN LÓPEZ, Marlene. Cuando la justicia penal es cuestión de seguridad jurídica. La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su presunta colisión con instituciones clásicas de derecho penal. Lima: Fondo Editorial de la UPSMP, 2011, p. 62; señala que: “El principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no nace con la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968. Esta norma tuvo su origen en la costumbre internacional”.

⁵⁵ MONTOYA VIVANCO, Yvan. Las diversas calificaciones del hecho generador de una violación de derechos humanos y principio de legalidad. En: Temas de Derecho Penal y Violaciones de Derechos Humanos. QUINTEROS, Víctor Manuel (Ed. Coord.). Lima: IDEHPUCP, 2012, p. 131.

⁵⁶ *Ibid.* p.131.

violencia sexual en conflicto armado

la gravedad de los hechos a nivel internacional desde el DPI– como “crimen de lesa humanidad”.

Esto último tiene como principal consecuencia la **imprescriptibilidad** de los hechos de VSCAIP y al mismo tiempo el respeto del principio de legalidad, en tanto, esta calificación de crimen de lesa humanidad se encuentra adscrita a la tipificación penal del ordenamiento interno y “no vulnera el núcleo esencial de las garantías del principio de legalidad al no tener naturaleza incriminatoria directa sino fines accesorios diversos”⁵⁷.

Los fines accesorios o consecuencias complementarias antes referidos son⁵⁸:

- Imprescriptibilidad de los hechos,
- Obligada valoración más grave del hecho delictivo;
- No inmunidad en caso de altos dignatarios,
- Posibilidad de jurisdicción universal

Y en concordancia con ello, la calificación de los hechos de VSCAIP como grave violación de derechos humanos, genera las siguientes consecuencias:

- Exclusión de todo tipo de obstáculos procesales o medidas que impidan la investigación, el juzgamiento y la sanción de tales hechos.
- Intemporalidad del ejercicio de la acción penal,
- No invocación de auto amnistías, indultos u otras medidas del derecho interno.

Esta aplicación complementaria del tipo penal nacional de violación sexual y el tipo penal internacional de violación sexual como crimen de lesa humanidad, contribuye a que el tratamiento jurídico penal de los casos de VSCAIP considere una **interpretación teleológica funcional de los elementos típicos de la violación sexual**⁵⁹ según lo establecido en los Códigos Penales de 1924 y 1991.

La interpretación teleológica, llamada también interpretación según las finalidades valorativas, relaciona la comprensión de un precepto a los principios del orden jurídico y en especial los que derivan del Derecho vigente⁶⁰. Tal como ha definido Castillo Alva: *“la interpretación de las normas procesales y de cualquier otro orden de acuerdo a la Constitución constituye una forma de interpretación teleológica funcional”*⁶¹. Por ello, hay un consenso en la doctrina al señalar que este tipo de interpretación es válida no solo para el Derecho Penal, sino que se extiende a todas las leyes y normas de todo el ordenamiento jurídico⁶², y que se funda en principios del Estado de Derecho y la división de poderes como en la seguridad jurídica⁶³. Este principio es una consecuencia del valor normativo de la Constitución y de su rango supremo⁶⁴.

En este orden de ideas, aplicar este tipo de interpretación en la adecuación de los hechos de VSCAIP al tipo penal, debe considerar por ejemplo que:

⁵⁷ Ibid. p. 139.

⁵⁸ Ibid. p. 139 y 140.

⁵⁹ Sobre este tema véase también: DIAZ, Ingrid. La violencia sexual y de género como crimen de lesa humanidad: análisis penal a propósito del delito de violación sexual y la aplicación de estándares internacionales en el ordenamiento interno. En: Temas de Derecho Penal y Violaciones de Derechos Humanos. QUINTEROS, Víctor Manuel (Ed. Coord.). Lima: IDEHPUCP, 2012, pp. 125 a 140.

⁶⁰ CASTILLA ALVA, José Luis; El Derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa. En: REYNA ALAFARO, Luis M y otros (Coords.). La Prueba, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales. Lima: Jurista Editores, 2007, p. 149.

⁶¹ Ibid. p. 149.

⁶² Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal, p. 153, quien destaca la importancia –como factor de interpretación– de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales en esta materia. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis, Ibid. p. 149.

⁶³ Cfr. BALDÓ LAVILLA, Francisco. Observaciones Metodológicas sobre la Construcción de la Teoría del Delito; en Política Criminal y nuevo Derecho Penal [Libro Homenaje a Roxin. Editor José María Silva Sánchez]; p. 373. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis, Ibid. p. 149.

⁶⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional; p. 95. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis, Ibid. p. 149.

como crimen de lesa humanidad

Los elementos típicos del “estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir” en el CP de 1924; y la “violencia o grave amenaza” del CP de 1991, deben incluir en su análisis e interpretación, el contexto coercitivo en el cual se desarrollan los hechos de violencia, por lo que no se trata solo de que la violación sexual haya sido realizado contra la voluntad de la víctima; sino que además, tal como la jurisprudencia internacional en DPI, los contextos de violencia generalizada –como los son los conflictos armados internos– pueden generar impactos en la víctima que pese a brindar su consentimiento en los hechos, éstos quedan invalidados debido al contexto coercitivo de violencia que vicia esta manifestación de voluntad y responde a las formas de violencia ejercida en estos ámbitos.

3.2.3 Sobre el tratamiento probatorio.-

En estos casos hay importantes avances desde el propio DPI, en particular por el valor del Estatuto de Roma en materia procesal, que se reconoce las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la Corte Penal Internacional, que establecen los siguientes avances⁶⁵:

Las Audiencias pueden celebrarse a puerta cerrada, para proteger a las víctimas o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales;

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 (RPP 70a);

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 (RPP 70d);

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 (RPP 71);

Cuando se presenten pruebas de que la víctima consintió los hechos denunciados, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo; se notificará a la Corte para analizar la pertinencia de las pruebas. La Sala escuchará a puerta cerrada las opiniones del Fiscal, de la defensa, del testigo y de la víctima o su representante legal, y 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 (RPP 72).

Estos avances en el tratamiento procesal de los casos de violencia sexual, han sido han sido integrados en el derecho nacional a partir del **Acuerdo Plenario**

⁶⁵ PORTAL FARFÁN, Diana Carolina y VALDEZ ARROYO, Flor De María. Reflexiones sobre el marco jurídico de la violencia sexual antes, durante y después del conflicto armado interno peruano. Lima: DEMUS, 2006. p. 26.

Nro. 1-2011/CJ-116, Sobre apreciación de la prueba en delitos contra la libertad sexual, en el que se ha establecido:

Irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual: la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual. De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física⁶⁶.

Declaración de la víctima: Se reconoce el valor del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, que se pronuncia sobre la credibilidad del testimonio de la víctima⁶⁷. Siguiendo este razonamiento, este Acuerdo Plenario, señala que la retractación como obstáculo al **juicio de credibilidad** se supera cuando se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. Así mismo, que la validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar:

- a) La solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea –en los términos expuestos– que exista;
- b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y,
- c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado –*venganza u odio*– y la acción de denunciar falsamente.

Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar:

- d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y,
- e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar⁶⁸.

Así mismo, en este extremo señala que **“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”**⁶⁹.

⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Acuerdo Plenario Nro. 1-2011/CJ-116, del 06 de diciembre de 2011, fundamento 21.

⁶⁷ El Acuerdo señala lo ya establecido como criterio vinculante en el Acuerdo Plenario Nro. 2-2005/CJ-116. Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado, que establece: “tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza; b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria; y c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior”.

⁶⁸ *Ibid.* fundamento 26.

⁶⁹ *Ibid.* fundamento 27

como crimen de lesa humanidad

Por otro lado, el Acuerdo Plenario enfatiza en la aplicación de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, sobre la **valoración del consentimiento de la víctima:**

- 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 sexual⁷⁰.

Finalmente, sobre la declaración de la víctima, el Acuerdo señala la necesidad de reconocer que el principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima⁷¹.

Evitación de la estigmatización secundaria: A efectos de evitar la victimización secundaria, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: **a)** Reserva de las actuaciones judiciales; **b)** Preservación de la identidad de la víctima; **c)** Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima⁷².

3.2.4 Sobre la sanción penal que debe recaer en los responsables de casos de VSACIP.-

Se debe considerar la COHERENCIA JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL de la gravedad de los hechos, al ser calificados como crimen de lesa humanidad, con la pena privativa de la libertad efectiva que ha de ser impuesta. En este sentido, RUEDA FERNÁNDEZ, señala: “La ambigüedad derivada de la carencia de uniformidad en la determinación de las sanciones por parte de los distintos Estados, se corrige por un principio fundamental en el ámbito del Derecho Internacional, el de cumplimiento de buena fe (Art 26 de la Convención de Viena), **el cual impide a los Estado partes aplicar sanciones demasiado leves a actos considerados por todos como graves**”⁷³.

Por ello, se debe aplicar las sanciones penales establecidas normativamente en los Códigos Penales, tanto de 1924, como de 1991, según sea el caso; en el primero se debe aplicar hasta la sanción penal máxima establecida en la parte general⁷⁴, y en el segundo, la pena máxima que se podría considerar es la establecida en el Art. 29, 35 años, según sea el caso.

⁷⁰ *Ibíd.* fundamento 27.

⁷¹ *Ibíd.* fundamento 34.

⁷² *Ibíd.* fundamento 38.

⁷³ RUEDA FERNÁNDEZ Casilda. Delitos de Derecho Internacional, Barcelona; Bosch, 2001, p. 166.

⁷⁴ Artículo 14 del CP de 1941: “La prisión se extenderá desde dos días hasta veinte años”.

violencia sexual en conflicto armado

Respecto a la imposición de penas, acorde a la gravedad de los hechos y que configuran crímenes de lesa humanidad, encontramos algunos precedentes jurisdiccionales importantes, como el señalado por el Dr. Talavera⁷⁵: La Sala consideró que los asesinatos de los pobladores del paraje de Llocclapampa del distrito de Accomarca constituyen ejecuciones extrajudiciales, las cuales configuran crimen de lesa humanidad. Además se sostiene que el hecho de la calificación penal de la imputación haya sido por delito de asesinato, en modo alguno elimina la naturaleza de grave violación de los derechos humanos ni impide la aplicación de las consecuencias jurídicas que corresponde a crímenes de esa índole.

4. Reflexión final.

Todo este recorrido por los estándares internacionales –especialmente, el Derecho Penal Internacional– y sus específicas consecuencias en los casos de violencia sexual en conflicto armado interno peruano, permiten que el Estado peruano cumpla en primera instancia con el ordenamiento jurídico peruano, acorde al mandato constitucional de proteger los derechos fundamentales y garantizar el acceso a justicia en sede nacional a las mujeres que fueron afectadas por la violencia sexual.

En segundo lugar, permiten que estas investigaciones penales se encuentren acorde con las implicancias internacionales de las graves violaciones de derechos humanos, aplicando los avances doctrinales, normativos y jurisprudenciales que marcan los estándares internacionales.

De esta manera, las mujeres afectadas podrán tener sus derechos garantizados, en particular a justicia y reparación, para que –luego de muchísimo tiempo, en muchos casos más 30 años– se ponga fin a la impunidad, y sus voces hayan servido para que este tipo de hechos no vuelvan a repetirse nunca más.

⁷⁵ TALAVERA Pablo. La experiencia judicial en el procesamiento de las violaciones de derechos humanos. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. Lima: IDEHPU

Justicia

Violencia Sexual en Conflicto Armado Interno Peruano como crimen de Lesa Humanidad

Razonamiento Jurídico y método de Interpretación

de Género