

GÉNERO Y
DERECHO PENAL



I N S T I T U T O P A C Í F I C O

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Elvira Álvarez Olazabal • Karen Anaya • Gustavo A. Arocena
• Daniel Andrés Benavides Ortiz • Coline Cardi • Ana Isabel Cerezo
Domínguez • Liliana Rocío Chaparro Moreno • Julieta Di Corleto
• Joseph Dupuit • Hans Fernández Obregón • Olga Fuentes
Soriano • José Hurtado Pozo • Patricia Laurenzo Copello •
Julissa Mantilla Falcón • Elena Martínez García • Luis Navas
Taylor • Lirka Otsuka • María L. Piqué • Diana Carolina
Portal Farfán • Beatriz Ramírez Huaroto • Luz Cynthia
Silva Ticllacuri • Joan W. Scott

JOSÉ HURTADO POZO

Director

LUZ CYNTHIA SILVA TICLLACURI

Coordinadora



BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

346.34

G

Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne / Elvira Álvarez Olazabal, Karen Anaya, Gustavo A. Arocena... [et al.]; director, José Hurtado Pozo; coordinadora, Luz Cynthia Silva Ticllacuri.-- 1a ed.-- Lima: Instituto Pacífico, 2017 (Lima: Pacífico Editores).

591 p.; 25 cm.

Bibliografía: p. 531-591.

D.L. 2016-16667

ISBN 978-612-4328-58-9

1. Schöne, Wolfgang - Aniversarios, etc. 2. Derechos de la mujer - Aspectos legales 3. Mujeres maltratadas - Aspectos legales 4. Mujeres - Crímenes contra 5. Delitos sexuales - Aspectos legales 6. Derechos de los homosexuales 7. Derecho comparado I. Álvarez Olazabal, Elvira, 1959- II. Anaya Cortez, Karen, 1992- III. Arocena, Gustavo A. IV. Hurtado Pozo, José, 1942-, director V. Silva Ticllacuri, Cynthia, 1985-, coordinadora VI. Instituto Pacífico (Lima

BNP: 2016-1899

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Autor:

© José Hurtado Pozo, 2017

Director:

© José Hurtado Pozo, 2017

Coordinadora:

© Luz Cynthia Silva Ticllacuri, 2017

Primera edición Enero 2017

Copyright 2017

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2017

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 332-5766

E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 2000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 31501051601382

ISBN: 978-612-4328-58-9

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º: 2016-16667

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

**AVANCES EN LOS ESTÁNDARES JURÍDICOS
INTERNACIONALES APLICABLES A CASOS DE VIOLACIÓN
SEXUAL EN CONFLICTO ARMADO INTERNO PERUANO**

**Diana Carolina Portal Farfán /
Luz Cynthia Silva Ticllacuri**

Sumario: **I.** Presentación. **II.** Estándares jurídicos internacionales vinculados a la violencia sexual en conflicto armado interno peruano. **A.** Estándares jurídicos en el derecho penal internacional. **B.** Estándares en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos **III.** Violencia sexual en conflicto armado interno peruano como lesa humanidad, apreciación probatoria y condiciones de participación de las víctimas. **A.** Características de los casos de violencia sexual en conflicto armado interno que se deben tener en cuenta en el análisis jurídico: contexto, perspectiva de género e intercultural en el análisis e investigación. **B.** Estándares internacionales en la violencia sexual en conflicto armado interno como crimen de lesa humanidad: tipificación, tratamiento de pruebas y sanción penal. **IV.** Reflexiones finales.

I. PRESENTACIÓN

Entre los años 1980 y 2000, el Perú vivió el capítulo más violento de su historia republicana, a través del conflicto armado interno, en el que se vulneraron derechos fundamentales de miles de ciudadanos y ciudadanas. Frente a esta realidad, en contextos de posconflicto, el Estado peruano se enfrenta a la necesidad de garantizar el acceso a verdad, justicia y reparación de las víctimas, quienes fueron afectadas no solo por la violencia ejercida por agentes del Estado e integrantes de los movimientos subversivos enfrentados; sino también por la indiferencia gubernamental

y social, al tratarse eminentemente de ciudadanos y ciudadanas quechua-hablantes, de zonas andinas y amazónicas, pobres y distantes del Estado.

Han pasado trece años desde que el Estado peruano recibió el Informe Final de la CVR, que da cuenta de las múltiples violaciones a derechos humanos ocurridas durante el conflicto armado interno, entre ellas la violencia sexual ejercida mayoritariamente contra las mujeres. Como bien ha remarcado la CVR, la violencia sexual que se cometió durante esos años, se produjo y fue parte de una “violencia de género” por cuanto se dirigió particularmente contra las mujeres por el solo hecho de serlo”¹.

En este marco, garantizar el acceso a justicia en los casos de violencia sexual durante el conflicto armado interno peruano es indispensable, debido a que se encuentra estrechamente vinculado al reconocimiento de derechos y ciudadanía de las mujeres afectadas. De esta forma, la obligación internacional del Estado peruano de investigar, sancionar y reparar estos casos, debe responder al marco jurídico internacional, particularmente acorde con los estándares jurídicos internacionales que se han venido desarrollando, tanto a nivel del Derecho Penal Internacional como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ello, presentamos este artículo, cuyos objetivos se enmarcan en identificar los avances en los estándares internacionales aplicables a los casos de violencia sexual durante conflicto armado interno peruano, a fin de demostrar las consecuencias jurídicas que subyacen en este tipo de tratamiento. Con ello, buscamos contribuir a que el Estado peruano, así como otros países en la región que comparten un pasado con similares características de violencia y/o represión, garanticen investigaciones judiciales en casos de violencia sexual, acordes con el deber de una debida diligencia; aplicando la perspectiva de género y de interculturalidad.

De esta forma, buscamos, a través de la aplicación de los estándares identificados, contribuir con la reflexión de las implicancias que conlleva la judicialización de casos en contextos de conflictos armados internos y la responsabilidad estatal. Asimismo, considerar que varios de los estándares identificados pueden ser también aplicados en casos de violencia sexual en contextos de paz, pues si bien tienen características diferentes, las implicancias en la investigación judicial y el impacto en los proyectos de vida de las mujeres son similares.

1 CVR, 2003, pp. 272 y 273.

Bajo esta premisa, nuestro interés no es otro, que compartir estas reflexiones en aras de evitar la impunidad en este tipo de casos, situación que provocaría una doble afectación a las víctimas; se enviaría un mensaje desde el Estado de tolerancia y naturalización de este tipo de violencia; la consolidaría y contribuiría a su repetición en nuestra sociedad.

II. ESTÁNDARES JURÍDICOS INTERNACIONALES VINCULADOS A LA VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO ARMADO INTERNO PERUANO

En el Perú, la investigación y sanción de los casos de violencia sexual en conflicto armado interno deben considerar el desarrollo del marco jurídico internacional que, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, establece estándares para su tratamiento. Sobre las fuentes de estos estándares, cabe señalar que, la Constitución Política peruana de 1993, a través del art. 55, establece que los tratados internacionales, especialmente los vinculados a derechos humanos, forman parte del derecho interno. Por ello, y de acuerdo a lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria², toda interpretación de la promoción y protección de los derechos fundamentales debe considerar lo establecido en estos tratados. En este sentido, el TC peruano³, de forma reiterada, ha reconocido la jerarquía constitucional de las normas internacionales, y de allí, su calidad de normas jurídicas de obligatorio cumplimiento.

Por otro lado, a través del control de convencionalidad⁴, las y los operadores de justicia deben adoptar los estándares establecidos en la jurisprudencia adoptada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, la vinculatoriedad de las sentencias internacionales no se limita a la parte resolutive cuando nuestro país es sancionado; sino que también son vinculantes “la fundamentación o *ratio decidendi* (...) en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público

2 La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que: “Las normas relativas a los derechos y a las 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 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados), f. j. 26 y 33; y STC, N.º 047-2004-AI/TC, f. j. 21 y 22.

4 Sentencia de la Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 236.

nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”⁵.

A través de jurisprudencia del TC peruano, desde el año 2002, se han establecido importantes criterios de interpretación de la Constitución relacionados con la investigación y sanción de las graves 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 forzadas⁶; la obligación del Perú en materia de derechos humanos y la función interpretativa del Derecho Internacional⁷; sobre el reconocimiento de la desaparición forzada como delito de lesa humanidad⁸; el compromiso del Estado peruano en materia de lucha contra la impunidad⁹; 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 Humanidad¹⁰, entre otros aspectos de particular importancia.

A. Estándares jurídicos en el derecho penal internacional

Las conductas sancionadas por el Derecho Penal Internacional tienen como fuente originaria el *ius cogens*, es decir aquellas conductas proscritas por el orden jurídico internacional sobre la base del consenso internacional. Esta rama del Derecho “considera como objeto de protección, bienes jurídicos de relevancia mundial, que constituyen el orden jurídico internacional y que son agredidos de las formas más graves”¹¹.

La violencia sexual durante conflictos armados en el ámbito del Derecho Penal Internacional tiene como principales antecedentes los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, constituidos en la década de los 90. Estos Tribunales consideraron en sus respectivos estatutos¹² la violación sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. De esta forma, estas instancias

5 STC N.º 03891-2011-PA/TC, f. j. 55.

6 STC N.º 2488-2002-HC/TC.

7 STC N.º 2798-2004-HC/TC.

8 STC N.º 4677-2005-HC/TC.

9 STC N.º 01271-2008-PA/TC 2008.

10 STC N.º 00018-2009-PI/TC.

11 Gil, 1999, p. 18.

12 Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia (1993, art. 5-g) y Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (1994, art. 3-g).

internacionales han producido jurisprudencia importante en la materia, estableciendo avances en el tratamiento de esta forma de violencia:

- Definición de la violación sexual y violencia sexual

En la sentencia del caso *Akayesu* se define por primera vez la violación sexual como “la invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona en circunstancias que son coercitivas. La violencia sexual, que incluye a la violación, se considera que es cualquier acto de naturaleza sexual, que se comete contra una persona a través de la coacción”¹³. Esta definición es importante porque se centra en la libertad sexual de la víctima, dejando de lado el honor como bien jurídico protegido. Asimismo, zanja de forma radical la necesidad de contacto físico o de penetración para la constitución de un acto de violencia sexual, sancionando así los casos de desnudos forzados constitutivos de crímenes de lesa humanidad¹⁴.

De otro lado, en la sentencia del caso *Furundzija*, se precisa que “la violación sexual se producía por insignificante que fuera la penetración, de la vagina, ano o la boca de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto usado por éste. Este acto tendrá que darse bajo coerción, fuerza o amenaza del uso de la fuerza hacia la víctima o una tercera persona sometida a violencia, detención, coacción u opresión psicológica”¹⁵.

- Un acto de violación sexual puede constituir un crimen internacional

En la sentencia del caso *Furundzija*, una mujer fue llevada a un centro de detención, desnudada frente a sus interrogadores y tratada con la máxima crueldad y barbarie. El acusado, lejos de prevenir estos crímenes, jugó un papel importante en su comisión¹⁶. En este caso, el comandante Furundzija fue acusado por la comisión de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, entre ellas la violación sexual como una forma de tortura¹⁷.

13 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, párr. 598.

14 Stoffels, 2004, p. 24.

15 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor vs. Anto Furundzija*, párr. 174.

16 *Ibid.*, párr. 282.

17 *Ibid.*, párr. 295.

- El consentimiento no es considerado válido en un contexto de violencia generalizada

En la sentencia del caso *Kunarac y otros*¹⁸, también conocida como caso Foca, se condenó a los acusados por violación sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. Asimismo, estableció la conexión entre esclavitud y violación sexual. Esta sentencia también desarrolla el consentimiento otorgado por la víctima. Así, señala que “las circunstancias que dieron origen al presente recurso y que prevalecen en la mayoría de los casos, ya sea como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, serán casi universalmente coercitivos, es decir, un verdadero consentimiento no será posible”¹⁹. De esta forma, si la violación se da en un contexto de violencia generalizada, como es el de un conflicto armado, cualquier posible consentimiento no es considerado válido, debido a que las circunstancias obligaron a la víctima a acceder.

Estos avances jurisprudenciales en el tratamiento de la violencia sexual contra las mujeres se consolidaron con su inclusión en el Estatuto de Roma, que crea la CPI²⁰, calificando la violencia sexual

18 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, en la Ex Yugoslavia.

19 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, párr. 130.

20 La CPI es competente para juzgar delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, es decir, después del 1 de julio de 2002. Aunque el Estado peruano ratificó el Estatuto de Roma de la CPI el 10 de noviembre de 2001, a la fecha se encuentra pendiente la adecuación del Código Penal peruano a este instrumento internacional. No obstante, la ratificación genera consecuencias importantes para nuestro país: i) el juzgamiento de crímenes de genocidio, de guerra y lesa humanidad cometidos en nuestro territorio, a partir de la ratificación del Estatuto de Roma, es decir del 1 de julio de 2002; constituye una obligación estatal, frente a cuya inobservancia, la CPI puede ejercer jurisdicción complementaria; y ii) el Estatuto de Roma debe ser considerado como guía para interpretar el marco jurídico nacional, especialmente en casos de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno, incluso si hubieran ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia. De hecho, algunos de los estándares sobre apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual han sido incorporados en el ámbito interno a través del AP 1-2011/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia sobre “Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual”.

como crimen de lesa humanidad, crimen de guerra y, cumpliendo con determinadas características, como una forma de genocidio²¹.

Según el art. 7.1 del Estatuto de Roma, 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 sistemático²² o generalizado;²³
- b. La víctima de este ataque es toda o parte de la **población civil**; y
- c. El perpetrador tiene **consciencia** de dicho ataque.

La definición de violencia sexual, se refiere básicamente a la conducta del autor que haya realizado *actos de naturaleza sexual* por la fuerza, amenaza de la fuerza o aprovechado un contexto de coacción. De esta manera, se reconocen otras formas de violencia sexual, como: esclavitud sexual, embarazo forzado, prostitución forzada, esterilización forzada y otros actos de violencia sexual de naturaleza sexual.

En este marco, 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,

21 En este mismo sentido, el art. 145 d) de la Plataforma de Acción de Beijing en 1995, 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.*

22 *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*, párr. 580. Al mismo tiempo, la Corte IDH 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.

23 *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*, citado en nota precedente.

contra ella u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento²⁴.

El valor del Estatuto de Roma, también se da en materia procesal vinculada a los casos de violencia sexual. Entre otros, el mismo Estatuto y/o las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la CPI establecen:

- *Privacidad de las audiencias*, evitar el contacto con el agresor, presentación de las víctimas a través de medios electrónicos y otros especiales. (art. 68 del Estatuto de Roma);
- *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); y
- *No se admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo* (RPP 71).

Un caso emblemático recientemente sentenciado por la CPI, es el que sanciona la violación sexual como crimen de guerra y de lesa humanidad, cometido por soldados del Movimiento para la Liberación del Congo, bajo la autoridad y control de *Jean-Pierre Bemba Gombo*, en la República Centro Africana entre octubre de 2002 y marzo de 2003, en el que se establecieron los siguientes estándares:

- Responsabilidad penal de los jefes de mando

“En los casos de responsabilidad de mando, la Sala debe evaluar la gravedad de (i) los crímenes cometidos por las personas subordinadas al procesado; y (ii) el propio comportamiento de la persona procesada al no impedir o reprimir los delitos, o someter el asunto a las autoridades competentes”²⁵. En esta misma línea, añade que “la Sala considera que, entre otras, dos características de la responsabilidad de mando, según lo establecido en el Estatuto [de Roma] son de especial relevancia: el

24 CPI, *Elementos del crimen*, del 9 de septiembre de 2003, ICC-ASP/1/3, parte II-B.

25 SCPI (2016a), Corte Penal Internacional. Sentencia dictada contra Jean-Pierre Bemba Gombo, No.° ICC-01/05-01/08-3399, párr. 15.

requisito del nexo y la alternativa estándar de conocimiento”²⁶; y que “estos crímenes fueron el resultado de la incapacidad del Sr. Bemba de ejercer un control apropiado”²⁷; quien “a pesar del conocimiento de estos crímenes, de ser la máxima autoridad del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) en la República Centro Africana (CAR), y de contar con los medios para ejercer dicha autoridad, el Sr. Bemba en repetidas ocasiones no tomó medidas reales y adecuadas para prevenir y reprimir los crímenes, y someter estos asuntos a las autoridades competentes”²⁸

- Circunstancias agravantes en los casos de violación sexual

“(…) varios integrantes del MLC cometieron hechos de violación (i) para auto-satisfacerse; (ii) para castigar a presuntos enemigos y sus simpatizantes; (iii) sin tener en cuenta la edad, sexo o condición social, incluso contra varios miembros de la misma familia y autoridades locales; (iv) en presencia de miembros de la familia, vecinos y/u otros civiles o soldados, aumentando con ello la humillación las víctimas; (v), en relación con actos de asesinato, saqueo y otros actos de violencia y abusos durante los mismos hechos y contra las mismas víctimas directas e indirectas; y/o (vi) repetidamente contra las mismas víctimas, a veces penetrar en la misma víctima por vía oral, por vía vaginal y anal. Por estas razones, en su conjunto, la Sala resuelve fuera de toda duda razonable, que los soldados del MLC cometieron los crímenes de violación con especial crueldad, lo que constituye una circunstancia agravante conformidad con la Regla N°145 (2)²⁹ (b) (iv)³⁰.

26 *Ibid.*, párr. 59.

27 *Ibid.*, párr. 61.

28 *Ibid.*, párr. 63.

29 Las circunstancias agravantes de la imposición de la pena, establecidas en la Regla N° 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, son: i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar; ii) El abuso de poder o del cargo oficial; iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas; v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párr. 3 del art. 21; vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas.

30 CPI, Situation in The Central African Republic in *The Case Of The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo*. párr. 47.

B. Estándares en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano ha contribuido en el enriquecimiento de la protección de los derechos de las mujeres en contextos de conflictos armados internos y represalias estatales, incluyendo el reconocimiento de la violencia sexual como tortura y como crimen de lesa humanidad.

- Deber de debida diligencia reforzada en caso de violación sexual

La Comisión IDH ha establecido que los “Estados tienen el deber de actuar con la debida diligencia frente a las violaciones de los derechos humanos. Este deber comporta cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos y evitar la impunidad”³¹. Esta obligación se encuentra establecida en diversos instrumentos internacionales vinculados a la protección de los derechos humanos de las mujeres³², que, en casos de violencia, resultan útiles para precisar y dar contenido a la *obligación estatal reforzada de investigarlos con la debida diligencia*. Así, entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que:

“i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico³³ y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por

31 Comisión IDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, Washington, 2007, párr. 27; Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 172.

32 A nivel interamericano contamos con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art. 7.b); a nivel sistema universal, con la Recomendación General N.º 19 del Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (art. 4, apdo. c). Este tipo de interpretación ha sido establecida en: Corte IDH, *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 266.

33 En este sentido, es necesario que el examen médico lo realice personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima prefiera. Cfr. Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 328; 342 y 344.

alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso³⁴. Asimismo, es necesario que se garantice un/a intérprete, a fin de promover el acceso al derecho a la justicia³⁵.

- Definición de violencia sexual

La Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia internacional ha considerado que la violencia sexual “se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, trascienden a la persona de la víctima”³⁶.

- Violación sexual como forma de tortura

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que, en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre”³⁷. Por ello, en sendos casos ha calificado los hechos de violación sexual como una forma de tortura, violando así el derecho humano a la integridad, consagrado en el art. 5 de la Convención Americana.

Uno de las primeras resoluciones en este sentido, fue el Informe de la Comisión IDH en el caso *Raquel Martín vs. Perú*, estableció que la violación sexual sufrida por la peticionaria durante el conflicto armado interno peruano constituía una modalidad de tortura³⁸; para ello aplicó lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la

34 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 194. Cfr. Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 344.

35 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 185. Corte IDH, *J vs. Perú*, párr. 359.

36 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 109.

37 *Ibid.*, Párr. 117.

38 Comisión IDH, *Raquel Martín de Mejía vs. Perú*, sección V, letra B, N.º 3-a.

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 primero³⁹.

En el caso *María Elena Loayza Tamayo vs Perú*, la sentencia de la Corte IDH, establece que los actos cometidos *constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana*⁴⁰. No se consideró los hechos de violación sexual⁴¹ como tortura, a pesar de que la Corte IDH lo incluyó en su petición; y que la propia Corte IDH reconoce como probados otros hechos de violencia contra la víctima, como un entorno de coacción y la práctica reiterada de violación contra su integridad por los agentes estatales, con aquiescencia del Estado.

En los casos *Fernández Ortega y otros vs. México*⁴² y *Rosendo Cantú y otra vs. México*⁴³, la Corte IDH consideró en ambos casos que las violaciones sexuales ocurridas configuraban tortura. Estos hechos ocurrieron en un contexto de importante presencia militar en el Estado de Guerrero, dirigido a reprimir actividades ilegales de la delincuencia organizada, co-

39 *Ibid.*, sección V, letra B, N.º 3-a.

40 Corte IDH *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, serie C. N.º 33.

41 La Corte IDH, *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, párr. 58, señala 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”.

42 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 308, punto resolutivo 3.

43 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 295, punto resolutivo 3.

locando 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 Me'phaa, la Corte IDH 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 tortura⁴⁴. En el caso de la señora Rosendo Cantú, la Corte IDH considera que se encuentra probado que fue víctima de violación sexual, por parte de dos militares en presencia de otros seis mientras se encontraba en un arroyo cerca de su casa. Asimismo, consideró que la violación se “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. Sin descartar la eventual concurrencia de otras finalidades, el Tribunal considera probado que el presente caso tuvo la finalidad específica de castigo ante la falta de información solicitada”⁴⁵.

- Un caso de violación sexual puede constituir tortura, aun 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 art. 5.2 de la Convención Americana y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁴⁶.

- 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*⁴⁷, 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

44 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 127.

45 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 117.

46 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 128.

47 Para un análisis detallado de esta sentencia, véase: Valdez, 2007.

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 Corte IDH 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”⁴⁸.

Asimismo, la Corte IDH señala que, si bien todas las víctimas y sobrevivientes sufrieron actos de tortura y trato cruel durante el operativo, ello 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 maternidad⁴⁹.

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. 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 traumática**⁵⁰.*

Esta sentencia es importante porque declara que las inspecciones vaginales dactilares, constituyen violación sexual y una modalidad de tortura por infringir el art. 2 de la Convención Interamericana para Pre-

48 Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 223.

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

50 Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 311.

venir y Sancionar la Tortura⁵¹. Asimismo, señala que la desnudez a la que sometió a las mujeres y su constante observación por los varones incluso cuando tenían que ir al baño, constituía una violación de la dignidad personal y una forma de violencia sexual⁵². De esta forma la Corte IDH 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 **muertes 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 impunidad⁵³.*

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.

- “Manoseos”: forma de violencia sexual que constituye afectación al derecho a la integridad, como malos tratos

En el caso *J vs. Perú*, surgió la controversia de si lo que la víctima calificó como “manoseos”, constituían violencia sexual o violación sexual y si podían ser calificados como tortura. Sobre ello, la Corte IDH, siguiendo su línea jurisprudencial, considera que la “la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno⁵⁴.”

En esta misma línea argumentativa, la Corte IDH siguiendo el criterio jurisprudencial en el Derecho Penal Internacional, considera que “la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin

51 Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 312.

52 *Ibid.*, párr. 306.

53 *Ibid.*, párr. 404.

54 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 358. *Cfr. Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 306. Ver también, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 119, y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 109. Véase también, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscalía vs. Jean-Paul Akayesu*, párr. 688.

consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril⁵⁵. Al respecto, la Corte aclara que para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea, en los términos antes descritos⁵⁶. Bajo estas consideraciones la Corte IDH consideró que el “manoseo” del cual fue víctima la señora J. constituyó un acto de violencia sexual⁵⁷.

- Especial situación de vulnerabilidad de las mujeres

En el caso de la *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*⁵⁸, ocurrida en diciembre de 1982, en donde agentes del Estado ejecutaron a 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”⁵⁹.

De la misma forma, en el caso *Espinoza González vs. Perú*, 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. En este caso la Corte IDH señaló que “que una de las formas que tomó la práctica generalizada de tortura fue mediante la

55 Cfr. *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 310.

56 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 359. Cfr. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscalía vs. Anto Furundzija*, párr. 185; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscalía vs. Kunarac et al.*, párr. 437 y 438; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscalía vs. Kunarac et al.*, párr. 127.

57 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 360.

58 Corte IDH, *Las Dos Erres vs. Guatemala*.

59 *Ibid.*, párr. 139.

práctica generalizada de la violencia sexual contra las mujeres, en particular, por parte de agentes estatales y en contra de mujeres presuntamente involucradas en el conflicto armado⁶⁰. En esta misma sentencia añade que, “durante los conflictos armados las mujeres y niñas enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, la cual en muchas ocasiones es utilizada como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión”⁶¹.

- Valor probatorio del testimonio de las víctimas

Uno de los aspectos cruciales en las investigaciones de violación sexual es el valor probatorio que se le asigna al testimonio de las víctimas, más aún por las características en que suelen suceder este tipo de hechos. En este sentido la Corte IDH ha señalado 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 hecho”⁶².

En esta misma línea argumentativa, añade que “dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente”⁶³.

De acuerdo a lo establecido por la Corte IDH, a propósito de la sentencia del caso *J vs. Perú*, se ha señalado que dicha declaración deberá contener, con el *consentimiento de la presunta víctima*, detalles de la ocurrencia del hecho, entre otros como los contactos físicos y actividades sexuales perpetradas o intentadas, información del o los agresor/es, existencia de armas, uso de sustancias, uso de preservativos o lubricantes, información sobre conductas que podrían alterar la evidencia, detalles de síntomas que ha padecido la presunta víctima desde ese momento⁶⁴.

60 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 195.

61 *Ibid.*, párr. 226.

62 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 89.

63 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 150. *Cfr.* Corte IDH *J. vs. Perú*, párr. 323.

64 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 249.

Para una apreciación razonable del testimonio de la víctima, la Corte IDH señala algunos aspectos que contribuyen a darle consistencia, como: “i) De esta manera, la Corte IDH señala algunos aspectos que contribuyen a dar consistencia al testimonio, como: i) Declaraciones consistentes de la propia víctima, que incluso podría tener algunas contradicciones que no sean sustanciales y afecten su consistencia”⁶⁵; ii) circunstancias propias de la situación no afectan la credibilidad del relato⁶⁶; iii) presencia de militares en la zona⁶⁷; iv) credibilidad del relato reforzado por dictamen médico psiquiátrico⁶⁸ [y/o psicológico]⁶⁹; v) otras declaraciones que refuercen el contexto posterior a los hechos⁷⁰; y vi) pruebas circunstanciales de los hechos alegados⁷¹.

- En casos de agresiones sexuales, la falta de evidencia médica, no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de un examen médico⁷²

De esta forma, la Corte IDH ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene 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

65 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 92.

66 *Ibid.*, párr. 93.

67 *Ibid.*, párr. 97.

68 *Ibid.*, párr. 99.

69 *Ibid.*, párr. 103. La propia Corte IDH, señala la importancia de la atención psicológica en este tipo de casos, que permite obtener mayor información para el esclarecimiento de los hechos.

70 *Ibid.*, párr. 100.

71 *Ibid.*, párr. 102.

72 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 153. *Cfr.* Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 333, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscalía vs. Jean-Paul Akayesu*, párr. 134 y 135; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscalía vs. Anto Furundzija*, párr. 271; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscalía vs. Tadić*, párr. 65; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscalía vs. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo (“Celebici camp”)*, párr. 504 y 505. En el mismo sentido, los arts. 96 de los Reglamentos de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda establecen que en los casos de agresiones sexuales no se requerirá corroboración del testimonio de la víctima.

tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas⁷³. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales⁷⁴.

- Una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas⁷⁵

En este marco, la Corte IDH en el caso *Espinoza González*, quien fuera detenida e internada en un penal al ser acusada de pertenecer a un movimiento terrorista, en cuyo contexto fue víctima de actos de violencia sexual y violación sexual; en cuyo caso la Sala Penal Nacional desestimo su denuncia, porque el Protocolo de Peritica Psicológica aplicada, señaló que tenía rasgos histriónicos y disociales, que tiende a trasgredir normas y reglas, así como a manipular a los demás. Frente a ello, “la Corte reconoce y rechaza el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de procesos judiciales”⁷⁶.

- En casos de violencia sexual se debe evitar la revictimización

Sobre el particular, la Corte IDH señala que en las investigaciones judiciales se debe evitar la “revictimización o reexperimentación de la experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido”⁷⁷. Bajo esta premisa, la Corte IDH indica que durante el proceso penal deben adoptarse medidas de protección para proteger la seguridad, la privacidad y la intimidad de las víctimas⁷⁸. Asimismo, debe brindarse

73 Cfr. *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 311, y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 114. En el mismo sentido, Corte EDH, *Aydin vs. Turquía*, párr. 83.

74 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 193. Cfr. Corte IDH. *J. vs. Perú*, párr. 329.

75 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 278.

76 *Ibid.*, párr. 272.

77 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 351. Cfr. Corte IDH, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 196, y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 180.

78 NN. UU., *Medidas de Prevención del Delito y de Justicia Penal para la Eliminación*

información a las víctimas sobre sus derechos y cómo ejercerlos en todas las fases del proceso penal. En este estándar también se puede considerar las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional 70 y 71, que mencionáramos al inicio, dirigidas a evitar el juzgamiento del comportamiento anterior o posterior a los hechos por parte de víctimas y testigos.

Frente a ello, se debe procurar que la víctima declare bajo la técnica de la entrevista única. En este marco, respecto del tratamiento de la víctima incluso en única declaración se señala que debe realizarse con humanidad, respeto de su dignidad y sus derechos humanos; y que se deben adoptar las medidas apropiadas para garantizar su *seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad*, así como los de sus familias. Asimismo, se señala que el Estado debe velar porque su derecho interno disponga que las víctimas de violencia o traumas gocen de consideración y *atención especial* para que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a hacer justicia y lograr una reparación no den lugar a un nuevo trauma⁷⁹.

- Una negación de la ocurrencia de una agresión sexual denunciada no necesariamente desacredita las declaraciones donde se indicó que había sucedido⁸⁰.

La Corte IDH considera que esta retractación “debe ser analizado tomando en cuenta las circunstancias propias del caso y de la víctima. Adicionalmente, la calificación jurídica de los hechos que utilice la presunta víctima en sus declaraciones tiene que ser valorada tomando en cuenta el significado comúnmente dado a las palabras utilizadas, el cual no necesariamente corresponde a su definición jurídica. Lo relevante

de la Violencia contra la Mujer, Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, párr. 9. Citado por Comisión IDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, Washington, 2007, párr. 54.

79 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados en 2005 por la Asamblea General en su resolución 60/147.

80 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 324.

es evaluar si los hechos descritos, y no la calificación jurídica dada a los mismos, fueron consistentes”⁸¹.

- **Violación sexual como una forma discriminatoria de violencia**

El Comité CEDAW, a través de la Recomendación General N^o19 ha señalado que las diferentes formas de violencia contra las mujeres es una forma de discriminación. En este sentido, “*la Corte determina que el haber sometido a la señora Espinoza a [actos de violación sexual y violencia sexual] dicha práctica generalizada constituye discriminación individualizada por su condición de mujer*”⁸².

Estos han sido algunos de los principales avances de los estándares jurídicos internacionales identificados que deben ser aplicados a los casos de violencia sexual en contextos de conflictos armados, que también pueden ser considerados en la investigación judicial de aquellos casos que ocurren en ausencia de conflictos internos. A continuación, analizaremos la aplicación de estos estándares al caso peruano.

III. VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO ARMADO INTERNO PERUANO COMO LESA HUMANIDAD, APRECIACIÓN PROBATORIA Y CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS⁸³

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 violencia sexual durante el conflicto armado interno peruano.

A. Características de los casos de violencia sexual en conflicto armado interno que se deben tener en cuenta en el análisis jurídico: contexto, perspectiva de género e intercultural en el análisis e investigación

Los hechos de violencia de género ocurridos en contexto de conflicto armado interno, en Perú entre 1980 y el año 2000, a partir de lo

81 *Ibid.*, párr. 324.

82 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 229.

83 Este apdo. se basa en el documento: Portal, 2013.

sistematizado en el Informe Final de la CVR84, tuvieron las siguientes características:

- Los ataques sexuales ocurridos en el marco del conflicto armado configuraron **violencia de género** pues afectaron principalmente a mujeres en un 98 %, según datos de la CVR, produciendo este contexto, un impacto diferenciado por razones de género.
- **El perfil de las víctimas** de violencia sexual era de mujeres quechuhablantes (75%), de origen rural (83 %), campesinas (33 %) o amas de casa (30 %)85, con edades entre 20 y 29 años (más de 120 casos) y entre los 10 y 19 años (más de 100 casos)86.
- La violencia sexual fue usada **como estrategia antisubversiva del Estado contra la población civil**, en mayor medida por agentes estatales (83.46 %).
- Se cometieron **otras conductas de violencia sexual** como desnudos forzados, abortos forzados, uniones forzadas, esclavitud sexual y embarazos forzados, según testimonios brindados por las víctimas a la CVR.
- Las víctimas no denunciaron estos hechos por vergüenza; culpa, o por ser señaladas como responsables de lo sucedido; estigmatización en su familia y comunidades, amenazas contra su vida y la de su familia. Este dato se comprueba con el incremento numérico de casos registrados por la CVR: 538 casos de violación sexual –527 mujeres y 11 varones afectados87, a la se llegó a 3,456 víctimas de violación sexual88 y 1,512 víctimas de otras formas de violencia sexual89, según Registro Único de Víctimas a nivel nacional.

La investigación y valoración de los elementos que acrediten estos hechos requiere considerar no solo la entidad de la conducta típica, sino

84 CVR, *Informe Final*, t. VI, 2003.

85 *Ibid.*, p. 276.

86 *Ibid.*, p. 276

87 CVR, *Informe Final*, t. VIII, cap. 2, 2003, p. 66.

88 Datos de marzo de 2015 del padrón del Registro Único de Víctimas del Consejo de Reparaciones del Perú. En: Más de 4000 mujeres fueron víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado interno (10 de marzo de 2015) <<http://bit.ly/2fz0vOR>>.

89 Datos de junio de 2016 del padrón del Registro Único de Víctimas del Consejo de Reparaciones del Perú. Nota de La República: Víctimas de violencia sexual durante conflicto armado esperan ley del Parlamento (14 de junio de 2016). Recuperado de <<http://bit.ly/2g04I10>>.

especialmente el contexto en el que ocurrieron desde una perspectiva de género y de interculturalidad.

De ese modo, es preciso señalar que la violencia sexual que sufrieron estas mujeres no es aislada, sino que es parte de un continuo de violencia de género, marcado 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. Se ha sostenido que, en contexto de conflictos armados, estas desigualdades de género se agravan para las mujeres, quienes se encuentran en mayor riesgo de ser víctimas tanto de formas de violencia sexual propias de estos contextos, como de formas de violencia de género cotidianas⁹⁰.

Por su parte, la Comisión IDH ha advertido que, en conflictos armados como el que ocurrió en Perú entre los años 1980 y 2000, los actores del mismo en su lucha por controlar territorio y recursos económicos para su sostenimiento explotan y abusan de las mujeres partiendo de las características que las han expuesto a ser discriminadas e, históricamente, sujetos de trato inferior (por diferencias corporales, capacidad reproductiva y por consecuencias de la desigualdad de género en el ámbito civil, político, económico y social)⁹¹.

De esta manera la violencia ha sido y es 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 al enemigo y humillarlo, a través de la invasión del cuerpo de las mujeres.

Por ello, es indispensable considerar la **perspectiva de género**⁹² 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; ampliando 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

90 Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, Recomendación General N.º 30, párr. 34.

91 Comisión IDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, Washington, 2006, p. 12.

92 La perspectiva de género se encuentra reconocida de forma explícita en la Ley N.º 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, el Plan Nacional de Igualdad de Género establecido en el D. S. N.º 004-2012-MIMVP.

aplicar estándares que deben ser considerados en los casos de VSCAI, especialmente complejos.

Como parte del marco normativo nacional de reciente aprobación, sin embargo, aplicable a los hechos de violencia sexual en contexto de conflicto armado ocurridos hace treinta años y actualmente judicializados; debemos considerar a los siguientes:

- Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar⁹³; que eleva a rango legal la perspectiva de género para la resolución de los casos de violencia de género con el fin de reconocer como una de sus principales causas, las circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas con base en diferencias de género. Esta perspectiva se aplica a casos nuevos y en trámite pues se considera que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas⁹⁴.
- Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú⁹⁵, en el que resuelven instituir el “Enfoque de Género” como una política a ejecutar por el Poder Judicial en todos sus niveles y estructuras organizacionales.

Cabe destacar que el aspecto probatorio de los casos de violencia sexual, incluso los casos ocurridos en el marco del conflicto armado interno, actualmente en procesamiento, se valora aplicando el AP 1-2011/CJ-116⁹⁶ que establece que la perspectiva de género debe ser considerada como criterio judicial aplicable a estos casos; concretizándola mediante las siguientes cuatro reglas:

- 1) **No es exigible que la víctima oponga resistencia física** para considerar que existió violación sexual, toda vez que el Código Penal reconoce “la amenaza” como medio para doblegar la voluntad de la víctima y que en un contexto “intimidatorio” donde la violencia es reiterada o sistemática, la resistencia no sería efectiva o podría generar riesgos adicionales.

93 Publicado en el diario El Peruano, con fecha 23 de noviembre de 2015.

94 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 278.

95 Aprobado con fecha 21 de julio de 2016.

96 Doctrina jurisprudencial que unifica criterios de las salas penales permanente y transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de obligatoria observancia de los órganos jurisdiccionales en todo el Perú.

Esta regla es una de las que se pueden considerar más relevantes para los casos de violencia sexual ocurridos en conflicto armado. Por ello, cabe referir que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Foca* (Kunarac y otros), ha reconocido que el acto sexual debe ser resultado de la libre voluntad de la víctima y analizado de acuerdo a las circunstancias⁹⁷. 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. De ese modo, el consentimiento otorgado no es libre, y por lo tanto, no es válido⁹⁸. En el caso peruano, en particular, respecto de los hechos ocurridos en Manta y Vilca, además se debe considerar el ambiente generado por la presencia de Base Militar en la comunidad, la ejecución de diversas formas de violaciones a los derechos humanos. La violencia sexual se daba tanto dentro la Base en situación de detención o visita de las mujeres a sus familiares, como en las casas de ellas, con la excusa de que ellas tenían vínculos con senderistas⁹⁹.

- 2) **Es inadmisibles la referencia a la conducta sexual o social anterior o posterior de la víctima** en la recopilación de elementos probatorios y en su valoración, para no afectar su intimidad. Se aplica test de proporcionalidad cuando exista conflicto entre derecho a la intimidad de la agraviada y derecho a la defensa del imputado. En el caso de Manta y Vilca parte de la estrategia de defensa de alguno de los imputados ha sido que sostenían con las mujeres, una relación de pareja, pretendiendo pasar por alto la ilicitud del acto sexual impuesto sea que se produce en el marco de una relación de pareja o no. Peor aún el presente caso, las agraviadas y testigos alegan que no existía ninguna relación de pareja antes, durante, ni después del ataque sexual.
- 3) **La declaración de retractación de la víctima** es examinada bajo los criterios de certeza del AP 2-2005 en cuanto a verosimilitud y a la persistencia menos aún si es que hay indicios del delito y no hay razones relevantes para pensar que la denuncia se hace para exculpar a otras personas, con ánimos de venganza u otras razones

97 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor vs. Dragojub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, párr. 460.

98 Portal, 2008, p. 18.

99 CVR, *Informe Final*, t. VI, 2003, p. 312.

parecidas. Asimismo, establece que se debe evaluar la irrelevancia de la retractación cuando el agresor pertenece a su entorno familiar o social próximo, dependiendo de la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. En el caso Manta y Vilca, hay alto riesgo de que se intimide o influencie a las víctimas con el fin de que se retracten de su denuncia, toda vez que actualmente, después de 30 años de los hechos, se enfrentan no solo a los agresores, sino también a una institución estatal que los protege, como es el Ministerio de Defensa.

- 4) **Promover y fomentar la declaración única de la víctima**, haciendo uso de la figura procesal de la “prueba anticipada del delito”; cumplir con la preservación de la identidad de la víctima y la reserva de las actuaciones judiciales. Estas medidas se orientan a evitar la victimización secundaria, y si bien se hace énfasis en las menores de edad, también se aplican a casos de mujeres adultas. Este criterio para el tratamiento de la víctima en el marco de las investigaciones se ha reconocido en diversos instrumentos internacionales, tal como se ha expuesto en párrafos anteriores. El caso de las mujeres víctimas de violencia sexual de comunidades de Manta y Vilca, evidencia la necesidad de precisar que esta es una facultad por lo que las mujeres, aunque hayan prestado declaración en las condiciones requeridas para la constitución de prueba anticipada, tienen derecho a participar en juicio oral, si así lo desean. En todo caso, es indispensable que la toma de declaración sea realizada en condiciones adecuadas, de acuerdo con lo desarrollado por las instancias internacionales de protección de derechos de las mujeres; que ya se han detallado anteriormente (privacidad, respeto del derecho a la dignidad e intimidad, intérprete son consideradas condiciones mínimas).

Debido a estas características, la investigación y procesamiento de los casos de violencia sexual durante conflicto armado peruano debe considerar el **contexto de conflicto armado** en el que ocurrieron y que dicho contexto fue generado y aprovechado por actores estatales encargados de la garantía de los derechos y la seguridad de las personas que habitaban la comunidad, **descartándose por ello que se traten de delitos comunes**. En consecuencia, su tratamiento jurídico debe ser el de grave violación a los derechos humanos y como crimen de lesa humanidad.

Además de sus implicancias en el Derecho Internacional, se debe considerar que estos hechos de violencia, en el caso de Manta y Vilca,

se produjeron en comunidades en las que la violencia sexual no solo impactó a las mujeres, por razones de género sino también afectó por razones vinculadas a su identidad cultural, impactando sus proyectos de vida, afectando su salud física y mental, dejando secuelas permanentes en el tiempo. Muchas de ellas han guardado silencio por más de veinte años, ocultando lo sucedido a sus familias, por miedo, vergüenza y la estigmatización que sufren en la propia comunidad. Es justamente por esta realidad, que es necesario aplicar una **perspectiva intercultural**, considerando las implicancias y efectos de la violencia sexual también en sus relaciones comunitarias, no solo como parte del contexto, sino en el tratamiento mismo de los casos. Ello 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. Cabe señalar que la Ley 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar establece que la violencia contra las mujeres, con mayor razón cuando la identidad cultural se constituye parte de sus causas y consecuencias, debe abordarse también desde el enfoque de interculturalidad. Este enfoque impide aceptar prácticas discriminatorias que obstaculizan el goce de igualdad de derechos entre personas de géneros diferentes.

B. Estándares internacionales en la violencia sexual en conflicto armado interno 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 otros¹⁰⁰.

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

- ¿Cuál sería la adecuada tipificación de estos casos, considerando que son a su vez delitos comunes en el Código Penal de 1924 y 1991,

100 CVR, *Informe Final*, t. VI, 2003, p. 352.

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, en la mayoría de casos, sólo cuenta con el testimonio de la víctima?
- ¿Cuál es el estándar de la sanción penal que debe darse y a quiénes?
- ¿Qué implicancias jurídicas nacionales e internacionales tiene que la violación sexual sea considerada crimen de lesa humanidad en el Perú?

1. Sobre la adecuación típica de los hechos de violencia sexual

Los hechos de violación sexual ocurridos en contexto de conflicto armado tal como se produjeron 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.

Ello porque, como se ha señalado, se trató de hechos cometidos, según declaraciones recurrentes, por agentes estatales, de acuerdo a lo sostenido por el Informe Final de CVR, mediante ataques sexuales generalizados y sistemáticos, en contra mujeres de población civil. Estos agentes estatales, por su propia función de preservación del orden y la legalidad conocían que cometer, permitir u ordenar ataques sexuales, produce un incremento del riesgo prohibido que genera responsabilidad penal, más grave mientras más dominio del hecho se tenga efectivamente.

No obstante, considerando que el Estatuto de Roma de la CPI no es un instrumento normativo directamente aplicable, sino que requiere la adecuación del Código Penal, no rige para hechos ocurridos en la década de los ochenta, debemos considerar cuáles serían la forma 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.

Sobre el particular, Burneo Labrín ha denominado una “modalidad mixta de aplicación del principio de legalidad”¹⁰¹ a efectos de la calificación

101 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 mediano 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.

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”¹⁰².

En esta misma línea 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 violación sexual durante conflicto armado en el Perú, la fuente a la que se acude es “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”¹⁰³.

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**”¹⁰⁴.

De esta manera, tenemos que si los casos de violación sexual en el contexto analizado, 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 la gravedad de los hechos a nivel internacional desde el DPI— como “crimen de lesa humanidad”.

Los fines accesorios o consecuencias complementarias derivadas del reconocimiento de su configuración antes referidos son¹⁰⁵:

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

102 Burneo, 2008, p. 30.

103 Montoya, 2012, p. 131.

104 *Ibid.*, p. 131.

105 *Ibid.*, pp. 139 y 140.

- Posibilidad de jurisdicción universal

En concordancia con ello, la calificación de los hechos de violencia sexual en conflicto armado interno peruano 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.

La consecuencia de **imprescriptibilidad** de los hechos de violencia sexual durante conflicto armado y al mismo tiempo el respeto del principio de legalidad, resultan de la calificación de crimen de lesa humanidad y se encuentra adscrita a la tipificación penal del ordenamiento interno, por lo que “no vulnera el núcleo esencial de las garantías del principio de legalidad al no tener naturaleza incriminatoria directa sino fines accesorios diversos”¹⁰⁶.

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 estos casos, considere una *interpretación teleológica funcional de los elementos típicos de la violación sexual*¹⁰⁷ según lo establecido en los Códigos Penales de 1924 y 1991. Una forma de interpretación teleológica funcional según las finalidades valorativas, relaciona la comprensión de un precepto a los principios del orden jurídico y en especial los que derivan del Derecho vigente¹⁰⁸. En tal sentido, es “*la interpretación de las normas procesales y de cualquier otro orden de acuerdo a la Constitución*”¹⁰⁹, incluido el Derecho Penal. Este principio es una consecuencia del valor normativo de la Constitución y de su rango supremo¹¹⁰.

En este orden de ideas, aplicar este tipo de interpretación en la adecuación típica de los hechos analizados, debe considerar por ejemplo que: los elementos típicos del “estado de inconsciencia o en la imposibilidad

106 *Ibid.*, p. 139.

107 Sobre este tema véase también: Díaz, 2012, pp. 125 a 140.

108 Castillo, 2007, p. 149.

109 *Ibid.*, p. 149.

110 Cfr. García, p. 95, citado por Castillo, 2007, p. 149.

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.

2. Sobre criterios de apreciación probatoria y tratamiento de las víctimas

Sobre el material probatorio que acredite los hechos de violencia sexual ocurridos hace casi treinta años durante el conflicto armado interno peruano cometido por militares debe considerarse que, en general:

- Se trata de actos en los que el agresor ejerce poder por razones de género.
- Aunque sin orden escrita, lleva a cabo el ataque sexual como parte de una estrategia de desmoralización y afectación del tejido comunitario.
- Estos actos, en su mayoría se producen como delitos de clandestinidad, por lo que no hay más testigos que la propia víctima, otros militares u otras víctimas de violencia sexual o violaciones de derechos humanos, en general.
- El tiempo transcurrido que es un factor que impide contar con material probatorio que solo se obtendría inmediatamente después de los hechos

En ese marco, es razonable que la **declaración de la víctima constituya una prueba fundamental sobre el hecho**¹¹¹.

Sin embargo, el subregistro de casos antes mencionado, también debe considerarse en tanto las víctimas no suelen denunciar haber sido víctimas de delitos sexuales, considerando la estigmatización a la que

111 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 100. *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 89. Cfr. TEDH, *Asunto Gani c. España*, párr. 47.

esta revelación las expone¹¹². En atención a ello y en cumplimiento de la obligación de debida diligencia reforzada, es importante que las personas encargadas de la atención de estos casos en las instituciones del Estado, procedan cumpliendo los estándares de tratamiento de las víctimas en el marco de la investigación penal desarrollado en la jurisprudencia interamericana¹¹³, con respeto a los derechos fundamentales de las agraviadas y garantizando condiciones de no revictimización.

Finalmente, sobre la apreciación probatoria de la declaración de la víctima, el AP 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 íntima¹¹⁴.

Los estándares de la CPI como los del SIDH, antes mencionados, han sido reconocidos en el ámbito nacional a través de la Ley 30364 y su Reglamento, ambos aplicables a los casos de violación sexual durante conflicto armado. Entre otras disposiciones se ha establecido que:

- Se deben evitar estereotipos que generen discriminación y se debe apreciar las pruebas con criterio de pertinencia.
- La declaración de víctimas menores y adultas se obtiene bajo la técnica de entrevista única, en ambiente privado, cómodo y seguro.
- Debe procurarse el registro de la declaración para evitar su repetición y la misma debe ser valorada según los criterios establecidos en los Acuerdos Plenarios del Poder Judicial, en particular el 1-2011/CJ-116.
- Las víctimas tienen derecho a denunciar en su idioma por lo que se le debe facilitar traductores o intérpretes¹¹⁵.

112 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 323.

113 *Cfr. J. vs. Perú*, párr. 328; 342 y 344. Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 194. *Cfr.* Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 344.

114 AP 1-2011/CJ-116, f. 34.

115 La falta de intérprete en el caso *Rosendo Cantú* ha sido considerada por la Corte como una violación del derecho de acceso a la justicia reconocido en la CADH. Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 194.

- Específicamente, en casos de violencia sexual, se establece que el consentimiento de la víctima no se infiere de palabra o conducta en contexto de coacción, ni de silencio o de falta de resistencia.
- Que, en relación a la credibilidad, honorabilidad o disponibilidad sexual es irrelevante la conducta anterior o posterior de víctima o testigo.
- En los casos de retractación de la víctima se considera el carácter prevalente de la primera declaración inculpativa y se evaluará de acuerdo a las pautas de los acuerdos plenarios del Poder Judicial, sobre la materia.

3. Sobre la sanción penal que debe recaer en los responsables de casos de violencia sexual durante el conflicto armado peruano

Se debe considerar el despropósito que, a nivel jurídico, se genera cuando pese al reconocimiento internacional de la gravedad de hechos que se califican como crimen de lesa humanidad, no se impone una pena privativa de libertad efectiva o se establecen penas leves. En esa línea, Rueda Fernández, señala que ello se debe corregir en virtud del cumplimiento del principio fundamental de buena fe (art 26 de la Convención de Viena)¹¹⁶.

El marco punitivo aplicable lo brindan las sanciones penales establecidas normativamente en los códigos penales, tanto de 1924, como de 1991, según sea el caso; en el primero se debe considerar hasta la sanción penal máxima establecida en la parte general¹¹⁷, y en el segundo, la pena máxima que se podría considerar es la establecida en el art. 29, 35 años, según sea el caso.

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 Talavera¹¹⁸: *La Sala consideró que los asesinatos de los pobladores del paraje de Llocclla-pampa 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*

116 Rueda, 2001, p. 166.

117 Art. 14 del CP de 1924: “La prisión se extenderá desde dos días hasta veinte años”.

118 Talavera, 2007, p. 225 y 226.

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. En la misma línea se ha resuelto el caso Santa Bárbara, con sentencia condenatoria por delitos de homicidio calificado y otros, como crimen de lesa humanidad (2012 y 2014).

4. 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 solo se atenta contra el orden jurídico nacional sino se corre el riesgo de que nuestro país incurra en **responsabilidad internacional** ante organismos internacionales.

Es más, no es excusa para la inobservancia de obligaciones la inexistencia o deficiencia de legislación o prácticas, pues incurre en responsabilidad internacional si no las adecua con el fin de asegurar la obligación de investigar las graves violaciones de derechos humanos, garantizando investigaciones prontas, exhaustivas, efectivas, independientes e imparciales¹¹⁹.

Así también, lo ha establecido la reiterada jurisprudencia del TC, que frente a los diversos procesos constitucionales abiertos relacionados a este tipo de casos, ha señalado que “el derecho fundamental a la verdad, no solo 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 N.º 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)¹²⁰.

119 CIJ, 2008, p. 54.

120 STC, N.º 0024-2010-PI/TC, f. j. 60.

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 este tipo las graves violaciones de derechos humanos, los casos de VSCAIP deben ser perseguidos penalmente y adecuadamente sancionados.

En conclusión, los ilícitos analizados cometidos durante el conflicto armado interno configuran delito de violación sexual, cuya persecución aún es posible porque de acuerdo a estándares internacionales aplicados directamente o a través de la adopción de los mismos como parte del ordenamiento jurídico nacional, nos encontramos frente a hechos que califican como delito de lesa humanidad. Esta calificación requiere del análisis del contexto de conflicto armado en el que ocurrieron y cómo ello impidió que los casos denunciados se produzcan mediante libre consentimiento.

IV. REFLEXIONES FINALES

El Estado peruano, como Estado Constitucional de Derecho, tiene la obligación de dar cumplimiento, en primera instancia, a las normas del ordenamiento jurídico interno, acorde al mandato constitucional de proteger los derechos fundamentales y garantizar en sede nacional el derecho a la verdad, el acceso a justicia y reparación de las mujeres afectadas por la violencia sexual durante conflicto armado interno peruano, para que —en promedio, luego de más de treinta años de ocurridos los hechos— se ponga fin a la impunidad, contribuyendo a que este tipo de hechos no vuelvan a repetirse nunca más.

Los estándares internacionales identificados en la jurisprudencia internacional, contribuyen a proteger los derechos fundamentales vinculados al acceso a justicia de las víctimas de violencia sexual en conflicto armado interno; y también de aquellos casos cotidianos de violencia sexual, debido a que buscan calificar los hechos de violencia sexual acorde al marco jurídico internacional; garantizar un tratamiento judicial libre de discriminación; evitar la revictimización; entre otros; que como señaláramos al inicio de este art., a través del control de convencionalidad y del bloque de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos, se sanciones adecuadamente, evitando la impunidad.

En este marco, a nivel probatorio, tanto los tratados internacionales de derechos de las mujeres, como la reiterada jurisprudencia interna-

cional, han reconocido el valor de la declaración de las agraviadas, en general, únicas testigos de estos hechos; así como las condiciones en las que se debe realizar, evitando que vuelvan a ser afectadas y dañadas en otros derechos. Asimismo, se ha reconocido, que las pericias, informes médicos y/o psicológicos, tiene la calidad de elementos de corroboración de la declaración. Esto ha sido reconocido en el ámbito nacional, a través del AP 2-2005/CJ-116, así como en la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar y su Reglamento.

Un desafío pendiente para el Estado peruano es la adopción y difusión de lineamientos vinculados a la aplicación de estándares internacionales en casos de violencia sexual, desarrollados por tribunales internacionales. Entre ellos, los que abordan la consideración del contexto de coacción en la configuración del tipo penal comprendido desde el medio de coerción: amenaza, la aplicación de las consecuencias accesorias de hechos que califiquen como delitos de lesa humanidad, sin afectar el principio de legalidad, la valoración de las pruebas en delitos sexuales cuya persecución no tiene límite de tiempo y el tratamiento de víctimas con enfoque de género e interculturalidad.

Finalmente, los estándares aplicados a los casos de violencia sexual en conflicto armado interno peruano, brindan un marco jurídico que permite –previa consideración del contexto de ataque generalizado y/o sistemático en agravio de mujeres pertenecientes a la población civil–, perseguir sin limitaciones temporales (imprescriptibilidad), los hechos de violencia sexual en conflicto armado en Perú como crímenes de lesa humanidad.