

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](mailto: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.

## REFLEXIONES SOBRE LA INVESTIGACIÓN DE CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Liliana Rocío Chaparro Moreno

**Sumario:** **I.** Introducción. **II.** Limitaciones y retos de la judicialización de la violencia sexual. **III.** Estándares internacionales de justicia para mujeres víctimas de violencia sexual. **A.** La violencia sexual como una violación a los derechos humanos. **B.** La violencia sexual como un crimen de derecho penal internacional. **C.** La violencia sexual como un asunto de paz y seguridad internacional. **IV.** La justicia transicional y la violencia sexual. **A.** Elementos a tener en cuenta para incluir el enfoque de género en la justicia transicional. **B.** Elementos a considerar para incluir la violencia sexual en la justicia transicional. **V.** Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Este artículo busca delinear algunos de los estándares fijados por organismos y tribunales internacionales sobre la judicialización de crímenes sexuales cometidos en entornos de conflicto armado o de violencia masiva y sistemática en el marco de procesos de justicia transicional, con el fin de aportar a la reducción de la impunidad.

En las últimas décadas se ha hablado mucho sobre la violencia sexual, no obstante, subsisten resistencias a su judicialización amparadas en una gran cantidad de estereotipos, en una visión restringida de lo que se considera conectado con el conflicto armado y por un escaso conocimiento de las condiciones particulares en los que la violencia sexual se perpetró en contextos específicos. Sumado a ello, en ocasiones la forma cómo

se judicializan estos hechos no ha contribuido a transformar las causas estructurales que le han dado lugar, sino que ha llevado a mantener a las mujeres en una posición subordinada y sin agencia.

Pese a lo anterior, es claro que debido a los desarrollos del derecho internacional resulta inviable que en el marco de las negociaciones para la paz y/o de la judicialización que le debe seguir a la terminación de la guerra se desconozcan los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. En este marco se han desarrollado distintas fórmulas de justicia en los procesos transicionales, a partir de los cuales la comunidad internacional ha podido identificar los más prometedores en términos de lograr transiciones y los que, aun siendo ‘exitosos’, no constituyen justicia en sentido estricto o no han permitido hacer tránsito hacia nuevas sociedades. Uprimny clasifica los distintos procesos transicionales de acuerdo con la fórmula implementada, en cuatro opciones: (i) Justicia impuesta, es decir, la “imposición de la justicia por un soberano o por la parte victoriosa en un conflicto”; (ii) Autoamnistías, en la que “los victimarios se otorgan a sí mismos amnistías, como condición para permitir la transición”; (iii) Perdones “recíprocos”, en la que “los actores armados de una guerra civil se conceden perdones recíprocamente, como consecuencia de un acuerdo de paz logrado ente ellos” y; (iv) Transiciones democráticamente legitimadas, esto es, el “alcance de la transición a través de negociaciones de paz entre los actores armados, de discusiones sociales más amplias e incluso de formas de consulta a la ciudadanía”, siendo este último el más deseable<sup>1</sup>.

Además de la escogencia de un modelo de justicia óptimo, resulta imperativo acoger de manera explícita las demandas de los grupos que han visto vulnerados sus derechos en razón de la discriminación histórica que han padecido, marco dentro del cual las demandas de las mujeres requieren de una especial atención. Por diversas razones uno de los principales reclamos de las organizaciones de mujeres en distintos países se relaciona con la judicialización de la violencia sexual en los conflictos armados (en lo sucesivo VSXCA), la cual es vista como un tipo particular de violencia basada en género. En este sentido, este artículo versa sobre la relación existente entre el derecho a la justicia penal en periodos de transición y la VSXCA, bajo el entendido de que “el poder judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres”<sup>2</sup> y que aunque está caracterizado

---

1 Uprimny, 2006, p. 33.

2 Comisión IDH, 2006, párr. 6.

por enormes y profundas dificultades, es un mecanismo para enfrentar tanto la violencia como la discriminación dado que trae un bienestar individual y social múltiple<sup>3</sup>.

En este contexto, el presente documento se divide en cuatro partes principales: la primera plantea algunas advertencias preliminares sobre las implicaciones de concentrarse en la violencia sexual, la segunda aborda los estándares internacionales para la judicialización de la violencia sexual y la tercera se ocupa del vínculo entre justicia transicional y violencia sexual. Finalmente se presentan algunas conclusiones.

## **II. LIMITACIONES Y RETOS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL**

Desde comienzos de los 90 la VSXCA ha sido objeto de estudio por parte de académicas y activistas, principalmente vinculadas a movimientos de mujeres y feministas<sup>4</sup>, lo que ha permitido poner en la agenda pública hechos que antes se consideraban inexistentes o inevitables<sup>5</sup> y en todo caso vinculados al honor masculino<sup>6</sup>. Su transformación en la agenda internacional ha potenciado medidas para su tratamiento tanto en las esferas de la prevención como de la atención y la judicialización, trayendo consigo críticas o alertas sobre ciertos riesgos que conlleva este auge<sup>7</sup>.

Tratándose del estudio sobre la justicia transicional y la VSXCA, es imperioso iniciar con una presentación de algunas de estas críticas, de tal forma que configuren una suerte de telón de fondo que, de la mano con el avance de la superación de la impunidad, permitan transformar sustancialmente las causas que le han dado lugar y sus consecuencias. Dentro de las críticas pueden encontrarse las siguientes.

La forma como se ha desarrollado este discurso mantiene el **binarismo** entre mujer/víctima y hombre/victimario<sup>8</sup>, negando diversas posibilidades como la participación de mujeres en hechos de violencia

---

3 Para profundizar en los beneficios de la justicia penal y su importancia en procesos de justicia transicional ver Castellanos, 2008; De Greiff, 2009, p. 49; Reed, 2008; Uprimny / Saffon, 2006; y Naciones Unidas, 2004.

4 Azuero, 2012.

5 Wood, 2010; Wood, 2012.

6 Engle, 2005.

7 Henry, 2014; Henry, 2015.

8 Henry, 2015, p. 46.

sexual, el carácter de víctimas de niños y niñas nacidos como producto de las violaciones (esos “legados vivientes de la violencia sexual”)<sup>9</sup> y la victimización de hombres y niños<sup>10</sup>. Esta mirada refuerza el estereotipo de las mujeres como solamente víctimas y desvalidas y mantiene esta jerarquización en tiempos de guerra y paz<sup>11</sup>, negándose a ver que, en ocasiones, esa posición paternalista ha garantizado que las mujeres sufran menos en ciertas situaciones o inclusive sean salvadas de padecer algunos hechos en la guerra<sup>12</sup>.

Esta forma de binarismo opaca la diversidad de las víctimas y la intersección de la marginalización que enfrentan, asumiendo como víctimas a “las mujeres” como grupo homogéneo<sup>13</sup>; lo cual reproduce la idea de las mujeres como violadas y violables, porque perpetúa la definición de las mujeres con base en su victimización. Además, la ausencia de una mirada interseccional reproduce estereotipos y mantiene relaciones de poder entre las mismas mujeres<sup>14</sup>.

Este ocultamiento de la diversidad de las víctimas *reesencializa* a “las mujeres” y crea un *proceso de “des generización”* de la VSXCA: se asume que esta solo le ocurre a las mujeres (o les ocurre de manera prevalente), con lo cual se presume que existe un “mujeres” que son víctimas por el solo hecho de su sexo. En otras palabras, retrotrae debates feministas que apuntaban a marcar la incidencia en el componente cultural del género: la incidencia en la VSXCA iguala sexo y género, con lo cual *reesencializa* la figura de “las mujeres” y “los hombres”<sup>15</sup>, lo que tiene como efecto oscurecer las cuestiones comunes que ocurren a hombres y a mujeres y las diferencias entre cada grupo (distintas formas o motivos de VSXCA, mujeres que son violadoras, mujeres que son víctimas pero que además son indígenas, negras, etc., hombres que se han negado a la violación, entre otros)<sup>16</sup>.

Además, esta prevalencia ha tenido como efecto la opacidad de otras violencias que son cometidas en el conflicto contra las mujeres y

---

9 Theidon, 2016, p. 158.

10 Carpenter, 2006.

11 Turan, 2016.

12 Engle, 2005, p. 814.

13 Henry, 2014, p. 97.

14 Turan, 2016.

15 Azuero, 2012, p. 254.

16 Azuero, 2012, p. 276; Engle, 2005, p. 810.

que no encuentran un lugar de respuesta<sup>17</sup>. Como señala Theidon, el enfoque prevalente de la VSXCA ha tenido como precio “una comprensión limitada de la multidimensionalidad que las cuestiones de género presentan en situación de guerra, y del repertorio completo de heridas que las mujeres (y los hombres) experimentan y priorizan”<sup>18</sup>. Se asume que la VSXCA es sinónimo de violencia contra las mujeres<sup>19</sup>, que es la experiencia universal de opresión de las mujeres y anula otras formas de violencia<sup>20</sup>. Ligado a lo anterior, esta insistencia en el conflicto armado tiende a *invisibilizar el continuum de violencias* que viven las mujeres en momentos de paz y de guerra. Tal como lo señalan Jaramillo y Alviar, la VSXCA no es la única ni la más prevalente forma de violencia que viven las mujeres, quienes padecen también de violencia en tiempos de paz, especialmente por conocidos y familiares<sup>21</sup>. Así, la persistencia en el estudio de esta violencia opaca otras vivencias de las mujeres y su relación con una cultura patriarcal que ubica a las mujeres en condición de subordinación e inferioridad en distintos ámbitos de la vida.

Esta forma de delinear el discurso crea una narrativa única o totalizante de la violencia y oculta un amplio espectro de experiencias de dolor que se subsumen solo en la VSXCA y solo en una forma de vivirla, negando que las dimensiones de género, étnica y religiosa inciden en la tramitación del evento y negando también la estructura dinámica y no estática de las identidades<sup>22</sup>. Esto tiene como efecto la creación de una única verdad que no solo construye una mirada singular del pasado y del presente, sino que incide en mantener las estructuras en etapas posteriores al conflicto, ocultando las voces disidentes que se alejaron e incluso lucharon contra ese discurso patriarcal<sup>23</sup>.

Otro efecto ha sido el de reforzar la idea de que el cuerpo sexuado de las mujeres es un objetivo de la VSXCA, lo que lleva a que se enfatice en la *sexualidad* como única base de la opresión de las mujeres<sup>24</sup>. Implica mantener la mirada de las mujeres como únicamente sexualizada y sub-

17 Henry, 2014, p. 98; Henry, 2015, p. 46.

18 Theidon, 2016, p. 161 y 162.

19 Theidon, 2007, p. 457.

20 Engle, 2005, p. 813; Theidon, 2007, p. 458.

21 Alviar / Jaramillo, 2012, p. 169 y 171.

22 Henry, 2015, p. 47.

23 Turan, 2016.

24 Henry, 2014, p. 97.

yugada, con el riesgo de erotizar más que de transformar las relaciones de poder, lo que no permite interrogarse sobre cómo la etnicidad o el patriarcado producen estas formas de violencia<sup>25</sup>. Esta mirada sexuada sirve para eliminar el análisis de género, puesto que la fuente de la victimización es el sexo y no la opresión de género y, además, sirve como mecanismo para opacar violencias no sexuadas<sup>26</sup>.

Esta única narrativa logra crear una *jerarquización entre las víctimas*, en donde las víctimas de VSXCA ocupan un lugar prevalente por encima de otras que también han sufrido, pero que no reciben la misma atención<sup>27</sup>. Por ejemplo, es posible que una víctima de VSXCA reciba más atención que una víctima de un accidente con una mina o que una víctima de desplazamiento forzado. Este exceso de atención tiene resultados perversos, como la transacción entre el testimonio y las ayudas económicas<sup>28</sup>.

Adicionalmente, se crea una *jerarquización dentro de las propias formas y tipos de víctimas de VSXCA*, donde se asume que ciertas modalidades son “extraordinarias” o “paradigmáticas”, lo que las vuelve impensables e inenarrables (como ocurre con la violación como forma de genocidio); es decir, crea una categoría de “peores formas de violación”, haciendo que unas sean investigadas y otras ocultadas<sup>29</sup>. Esto no solo opaca formas menos “espectaculares” de violencia haciendo que parezcan sexo consentido, sino que además invisibiliza su conexión con condiciones estructurales previas que las posibilitaron y las resistencias y negociaciones de las mujeres en estos casos. Al crear una forma “genuina” de VSXCA, hace que las víctimas que no se encuentren en esas categorías parezcan no auténticas y/o de algún modo cómplices en su subyugación (por ejemplo cuando median relaciones afectivas). Esto lleva a que solo sean vistas como mujeres valientes aquellas que han optado por hablar en espacios públicos, dejando de lado el coraje de las que han optado por el silencio o la palabra en espacios cerrados<sup>30</sup>.

De otra parte, el discurso está basado en la idea de víctimas, negando la *resiliencia* y agencia sexual y política de las sobrevivientes y el lugar de las mujeres como combatientes. Esto implica que las únicas narrativas

---

25 Turan, 2016.

26 Engle, 2005, p. 815.

27 Henry, 2014, p. 97; Henry, 2015, p. 46.

28 Theidon, 2007, p. 474 y 475.

29 Henry, 2014, p. 98 y 99.

30 Theidon, 2007, p. 464.

posibles son las de las mujeres en su rol pasivo de víctimas<sup>31</sup>, opacando otras posibilidades como las relaciones sexuales consentidas, la figura de la mujer como activa combatiente en la guerra —que es vista como “aberrante”<sup>32</sup>— y dejando a las mujeres en un rol pasivo, como simple objeto de las leyes<sup>33</sup>. Esto se agrava cuando el *proceso de criminalización* mantiene a las víctimas en esa posición perpetuamente, relegándolas a un rol pasivo, vulnerable, inferior y necesitadas de protección y, en esto, los intentos feministas en el derecho internacional han tendido a reforzar esa mirada de la mujer como subordinada y sin poder<sup>34</sup>.

El ver a las mujeres sin ninguna agencia y como pasivas ha creado imaginarios específicos sobre las víctimas, haciendo que el silencio o la negación sean interpretados como síntoma de la vergüenza y el temor a la estigmatización y no como un conjunto variado dentro de un amplio espectro narrativo que incluye la voluntad de silencio; es decir, la intención (en el marco de la agencia) de mantener en secreto el hecho vivido “para cuidar a los otros, como expresión del deseo de no herir ni transmitir sufrimientos”<sup>35</sup>. Por ejemplo, cuando se conoce de hechos de VSXCA en ciertas regiones se presume que todas las mujeres de esa localidad han sido víctimas y se asume la “negación de contar lo ocurrido” de algunas de ellas a un temor basado en la culpa y la amenaza de ostracismo; es decir, se considera como única alternativa que todas las mujeres hayan sido violadas y a quienes indican que no lo fueron no se les cree<sup>36</sup>. En otra dimensión, el silencio y la ausencia de testimonios frente al tema se concibe en sí misma como una evidencia de la violación<sup>37</sup>, aspecto que es reforzado por la posición de diversos tribunales internacionales, que señalan que en circunstancias coercitivas se presume que las relaciones sexuales fueron no consentidas y no voluntarias. Con ello, se asume de hecho que las mujeres no pueden dar su consentimiento o sostener relaciones afectivas o sexuales de manera intencional y voluntaria, como parte de una decisión autónoma, negando su agencia en el marco de la guerra<sup>38</sup>. Finalmente, cuando se habla de los silencios sobre la VSXCA

31 Henry, 2015, p. 47.

32 Engle, 2005, p. 812.

33 Halley, 2008; Engle, 2005, p. 794 y 803, Theidon, 2016, pp. 167-171.

34 Engle, 2005, p. 813.

35 Jelin, 2002, p. 31.

36 Engle, 2005, p. 795.

37 Engle, 2005, p. 796.

38 Engle, 2005, p. 804.

se los atribuye únicamente a las víctimas, sin tener en cuenta que autoridades y hombres de la comunidad también guardaron silencio sobre los hechos, probablemente por no aceptar su “incapacidad” de proteger a “sus mujeres”<sup>39</sup>; o que en ocasiones la forma como se ubica en primer plano el sufrimiento puede construir escenarios para crear nuevos silencios<sup>40</sup>.

Además, esta narrativa ha creado *imaginarios específicos* sobre la VSX-CA, dentro de la cual se destaca la idea de que esta forma de violencia es “lo peor” que le puede pasar a una mujer y que es peor que la muerte<sup>41</sup>. Al asumir esta postura, indirectamente se está señalando que quienes han vivido esta violencia poseen una experiencia que no es comprensible ni compartida por otras/os, que es irreparable y cuyas víctimas de alguna manera han quedado marcadas de por vida.

Esto conlleva a crear *identidades estáticas*: una mujer que directa o indirectamente es señalada de haber sido violada, encuentra en la violación el único factor sobre el cual es definida. Parte de la identidad que se le asigna es la de estar “rotas”, tener tendencias suicidas y estar ancladas a la venganza. De esta manera, cualquier actuación que ellas emprendan—inclusive unirse a la guerra— es vista como un síntoma, como parte de la patología y cualquier cosa que hagan es entonces exonerada<sup>42</sup>. Desde esta mirada, las víctimas quedan en el plano de una pieza inmóvil que está estática<sup>43</sup>.

Buena parte del discurso está basado en *concepciones estáticas* de lo cultural/étnico y del trauma: diversos sectores presumen que los efectos son estáticos e inclusive obligatorios en las víctimas. Por ejemplo, se asume que quienes sufren la violación son sometidas por sus comunidades al ostracismo, sin que se deje a las familias y entornos diferentes opciones<sup>44</sup>. Un elemento de la jurisprudencia internacional que refuerza este imaginario es aquel que señala que la violencia sexual es una forma de tortura cuyo sufrimiento se presume; así, se concibe que la víctima automáticamente tiene un sufrimiento y se le niega agencia para tramitar el hecho de otras maneras que no sean las del profundo dolor<sup>45</sup>.

---

39 Theidon, 2007, p. 459.

40 Theidon, 2007, p. 474.

41 Theidon, 2016, p. 111.

42 Engle, 2005, p. 796 y 814.

43 Traverso, 2011, p. 18.

44 Engle, 2005, p. 791 y 792.

45 Engle, 2005, p. 805.

El hecho de que este el auge sobre la VSXCA se haya originado principalmente en la escena del derecho internacional, ha hecho que los lenguajes en los que se tramita el evento sean lenguajes principalmente jurídicos, con lo cual no siempre se permite a las víctimas hablar en su propia verdad, mucho más cuando esa verdad niega la idea genérica de la mujer/víctima<sup>46</sup>. Esto lleva, además, a una suerte de obligatoriedad en el uso de la palabra y a una negación del silencio, con lo cual la víctima pierde el control de su experiencia<sup>47</sup>. Esta fijación en el derecho cede el poder y la legitimidad a la ley y al Estado como fuente de conocimiento, verdad y reconocimiento, expropiando a través del lenguaje técnico la experiencia de la víctima, sustituyendo su autoridad sobre su propio dolor<sup>48</sup>.

Finalmente, este discurso ha tendido a crear un *modelo típico de víctima* que universaliza la experiencia de las mujeres en la guerra y en donde ellas son vistas no solo como víctimas sino como desprovistas de poder, vulnerables y necesitadas de protección<sup>49</sup>. Este es un modelo de mujer monolítico, ahistórico, carente de autorrepresentación, rota y necesitada de la ayuda de la ley y del Estado, pero cuando no encaja en ese modelo, entonces es excluida tanto de la representación como de la atención<sup>50</sup>. Tal como señala Jelin, es posible que este tipo de discursividad haya conllevado “a un modelo repetitivo de víctima, cuando hay una enorme diversidad de situaciones y narrativas que quedan ocultas”<sup>51</sup>, como por ejemplo los cambios de los roles de género que los conflictos posibilitan y los “aspectos liberadores” que las guerras pueden potenciar<sup>52</sup>.

Frente a este “catálogo” de críticas considero que estas no deberían conducir a la inmovilidad en términos de lo judicial, sino servir de advertencias sobre los posibles riesgos a los que se enfrenta el aparato de justicia y quienes en él intervienen y, en este sentido, tomar medidas para minimizarlos o eliminarlos. El sistema judicial debería hacer un esfuerzo por comprender los lenguajes particulares de las víctimas, los silencios o resistencias a la palabra; evitar asumir que quienes han vivido esta violencia requieren reparación por “estar dañadas” o por haber vivido una

---

46 Henry, 2014, p. 97.

47 Sedgwick, 2015.

48 Ortega, 2008, p. 37.

49 Henry, 2014, p. 97.

50 Henry, 2015, p. 47.

51 Jelin, 2002, p. 112.

52 Theidon, 2007, p. 464.

violencia “peor que la muerte”; indagar no solo por la VSXCA, sino por otras particularidades de su vivencia desde una mirada de género; dotar de un procedimiento que devuelva la agencia a las víctimas; o ampliar el espectro de las formas de victimización que son comúnmente concebidas, para incluir formas que se mantienen en zonas grises y que en conflictos largos son comunes, etc. Asumir estas críticas como negación a la investigación nos llevaría a la impunidad, pero no aceptarlas impedirá que la justicia contribuya a la transformación de las causas estructurales que le dieron origen.

### III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

En este capítulo se presentan de manera sucinta los principales estándares en materia de justicia para mujeres víctimas de VSXCA, desde una triple perspectiva: como una violación a los derechos humanos, como un crimen desde el derecho penal internacional y como una cuestión de paz y seguridad internacional<sup>53</sup>. Esto tiene sentido, si se tiene en cuenta que los deberes de garantía, protección y respeto de los derechos humanos que tienen las víctimas en tiempos ordinarios no se suspenden en los procesos de justicia transicional, sino que su alcance es modificado, manteniéndose la obligación de proveer recursos para el acceso a la justicia y que estos sean efectivos<sup>54</sup>. Al respecto, es importante tener en cuenta que el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”<sup>55</sup> se aplican a las situaciones de “restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas”.

De manera sucinta puede considerarse que el derecho a la justicia involucra por lo menos los siguientes aspectos: (i) la existencia de recursos judiciales adecuados y efectivos; (ii) que se realicen investigaciones de manera seria, imparcial y diligente en un plazo razonable; (iii) que se persiga, capture y enjuicie a todos los autores de la conducta; (iv) que se sancione de manera adecuada y mediante penas proporcionales a los

---

53 Este apartado recoge y actualiza parte de los hallazgos del capítulo “Estándares y criterios de protección internacional frente al derecho a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado”, en Chaparro, 2013a.

54 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 166 y 167; Rincón, 2010.

55 Naciones Unidas, 2005.

responsables y; (v) que se respeten las reglas del debido proceso<sup>56</sup>. Este derecho tiene como correlato el deber del Estado de luchar contra la impunidad<sup>57</sup> y debe hacerse atendiendo al principio y derecho a la igualdad, el cual es una norma del *ius cogens*, esto es, una norma imperativa de derecho internacional (Convención de Viena, 1969, art. 53).

En escenarios “ordinarios” de justicia, diversos organismos internacionales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de este derecho y del correspondiente deber de actuar con la debida diligencia tratándose de víctimas de violencia sexual, aspectos sobre los cuales me pronunciaré a continuación.

#### A. La violencia sexual como una violación a los derechos humanos

El Sistema Universal y el Interamericano de protección de derechos humanos han coincidido en afirmar que la violencia contra las mujeres es una manifestación de la discriminación en su contra y que la violencia sexual, como parte de ese tipo de violencia, tiene como trasfondo la discriminación estructural contra las mujeres, por lo cual implica la adopción de medidas diferenciadas para transformarla<sup>58</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha estudiado los deberes que tienen los Estados para investigar hechos de violencia sexual en casos específicos de esta forma de violencia, de feminicidio y de tortura contra mujeres<sup>59</sup>.

La Corte IDH ha señalado que en estos casos los Estados tienen el deber de aplicar las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sobre derechos de todas las personas), la Convención

56 Rincón, 2010, p. 61; Botero / Restrepo, 2006, p. 54 y; López *et al*, 2012, p. 35.

57 Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 237; Corte IDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia*, párr. 299; Corte IDH, *Masacre de las Palmeras vs. Colombia*, párr. 56; Castellanos, 2008, p. 161.

58 Comité de la CEDAW, Recomendaciones N.º 19 y 30; Convención de Belém do Pará; Corte IDH, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 207.

59 Corte IDH, *Velásquez Paiz y otros*; Corte IDH, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*; Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*; Corte IDH, *J vs. Perú*; Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*; Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*; Corte IDH, *Luisiana Ríos y otros vs. Venezuela*; Corte IDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*; Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Para mayor facilidad en la lectura, este capítulo tendrá las citas de las sentencias a pie de página.

de Belém do Pará (sobre violencia contra las mujeres) y la CEDAW (sobre discriminación contra las mujeres)<sup>60</sup>, las cuales constituyen un *corpus juris internacional* de obligatorio cumplimiento.

Este Tribunal ha reconocido que no todos los hechos cometidos contra una mujer corresponden a hechos de “violencia contra las mujeres” en el sentido de la Convención de Belém do Pará<sup>61</sup>. No obstante, la Corte IDH ha señalado que la violencia sexual “constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”<sup>62</sup>, la cual afecta la integridad y el derecho a la honra de las víctimas y en ciertos casos puede constituir un acto de tortura. En consecuencia, las mujeres víctimas tienen derecho a que se apliquen en su favor los estándares generales en materia de verdad, justicia y reparación desde una perspectiva de género y a que los Estados actúen con la debida diligencia para la investigación, juzgamiento y sanción de estos crímenes.

Ello implica por lo menos iniciar las investigaciones<sup>63</sup> y tratándose de actos cometidos en contextos generales de violencia —como los derivados de conflictos armados— los Estados deben iniciarlas teniendo como objetivo reiterar continuamente la condena a la violencia contra las mujeres por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las mujeres en que las autoridades son capaces de protegerlas de esta violencia<sup>64</sup>.

Además, se deben tomar medidas especiales de atención a las víctimas de estos hechos en los procesos judiciales, entre ellas algunas referidas a la toma de los testimonios de las víctimas: (i) la declaración debe realizarse en un ambiente cómodo y seguro, que brinde privacidad y confianza<sup>65</sup>; (ii) se debe valorar el testimonio a partir de su contexto, teniendo en cuenta que “no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias

60 Corte IDH, *Campo Algodonero*, párr. 225. Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 276; Corte IDH, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 185.

61 Corte IDH, *Luisiana Ríos y otros vs. Venezuela*, párr. 279.

62 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 109; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 119.

63 Corte IDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 140.

64 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 177; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 193. Corte IDH, *Velásquez Paiz y otros*, párr. 145.

65 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 178. Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 194.

en el relato”<sup>66</sup>, lo cual no necesariamente cuestiona la credibilidad del testimonio de la víctima. Para dicha valoración es necesario “contextualizar en las circunstancias propias del caso y de la víctima”<sup>67</sup> y deben tenerse en cuenta las condiciones particulares de la mujer, las motivaciones para interponer la denuncia, las implicaciones que de ella pudieran derivarse y las circunstancias en las que se llevó a cabo la declaración; (iii) el testimonio de la víctima debe ser tomado por servidores públicos sensibles frente al tema y utilizando protocolos de acción para evitar consecuencias negativas en la atención a las víctimas<sup>68</sup>; (iv) la declaración debe registrarse de tal manera que se evite o limite la necesidad de su repetición<sup>69</sup>. Este especial cuidado en la toma de testimonios se debe a la naturaleza particular de la violencia sexual, a que no se puede esperar obtener otras pruebas gráficas o documentales y a que las víctimas con frecuencia no denuncian dado el estigma que suele conllevar<sup>70</sup>.

Adicionalmente, la Corte IDH ha considerado que deben tenerse en cuenta otros elementos: (v) se debe brindar desde el inicio de la investigación “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”<sup>71</sup>; (vi) se debe realizar “inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea”<sup>72</sup> y teniendo en cuenta que no siempre estos hechos dejan huellas físicas, con lo cual su ausencia no disminuye la veracidad del testimonio<sup>73</sup>; (vii) se deben “documentar y coordinar los actos investigativos y manejar diligentemente la prueba,

66 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 180; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 196.

67 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 91; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 104; Corte IDH, *J vs. Perú*, párr. 324.

68 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 95.

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

70 Corte IDH, *J vs. Perú*, párr. 323; Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 150.

71 Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 181, 189; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 197, 205.

72 Corte IDH, *J vs. Perú*, párr. 344.

73 Corte IDH, *J vs. Perú*, párr. 329 y 333. Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 153.

tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia”<sup>74</sup>, y (viii) se debe brindar “acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso”<sup>75</sup>.

Es importante tener en cuenta que la Corte IDH ha adoptado una visión amplia de lo que debe entenderse por violencia sexual, la cual abarca desde las violaciones propiamente dichas, hasta manoseos, desnudez forzada u otros comportamientos que impliquen un acto de naturaleza sexual en contra de la voluntad de la víctima, que pueden no incluir penetración o inclusive ningún tipo de contacto físico<sup>76</sup>. Frente a todos estos hechos, la Corte IDH ha indicado que las autoridades están llamadas a tomar en cuenta que las víctimas suelen usar términos poco específicos y a “no explicar gráficamente las particularidades anatómicas de lo sucedido”<sup>77</sup>.

Todos los estándares reseñados anteriormente deben ser tenidos en cuenta por las autoridades judiciales tanto en tiempos ordinarios como de justicia transicional, puesto que conforman el núcleo duro de la justicia y encarnan el deber de actuar con la debida diligencia tratándose de actos de violencia sexual.

## **B. La violencia sexual como un crimen de derecho penal internacional**

Además de tratarse de una violación a los derechos humanos desde el derecho internacional, la violencia sexual ha sido concebida como un crimen desde el derecho penal internacional. Antecedentes en los casos de Ruanda y la ExYugoeslavia sirvieron como precedentes para la tipificación de la violencia sexual en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI).

---

74 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 344; Corte IDH, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 188.

75 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 344. Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 242.

76 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 358, 359; Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 109; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 119; Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 306. Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 191, 192.

77 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 347.

Este Estatuto estableció como crímenes internacionales la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros actos de violencia sexual de gravedad comparable.

Además del avance en materia de tipificación de crímenes sexuales, el Estatuto de la CPI definió las Reglas de Procedimiento y Prueba, como un instrumento de aplicación del Estatuto y que debe respetarse en todos los casos. Estas reglas también han sido acogidas por el Sistema Interamericano como avances importantes en la materia y como elementos del deber de actuar con la debida diligencia<sup>78</sup>.

Dentro de estas reglas resultan muy importantes aquellas referidas a los principios de la prueba que establecen guías sobre el consentimiento y la credibilidad de las víctimas (regla 70), de la imposibilidad de admitir como prueba cualquier comportamiento sexual anterior o posterior de la víctima o testigo (regla 71) y la posibilidad de recibir el testimonio a puerta cerrada en caso de querer presentar pruebas sobre el consentimiento de la víctima al hecho de violencia sexual (regla 72).

Tanto los tipos penales como las reglas de procedimiento y prueba generan obligaciones para los Estados. A partir de los principios del *pacta sunt servanda* —que obliga a cumplir de buena fe los tratados— y del principio de complementariedad —según el cual la Fiscalía intervendrá cuando los Estados demuestren no querer o no poder realizar sus propias investigaciones—, los Estados están obligados a armonizar su legislación interna para perseguir estos crímenes y a iniciar y llevar a término los procesos en contra de criminales en sus territorios<sup>79</sup>.

Esto significa dos elementos tratándose de la investigación de la violencia sexual en escenarios de justicia transicional: por un lado, que cuando la VSXCA configure una forma de genocidio o crímenes de lesa humanidad o de guerra es imperativo que sea investigada y adecuadamente judicializada. Es decir, no puede ser objeto de amnistías ni de indultos totales. Por otro lado, que los procesos que se adelanten deben respetar un mínimo de principios de protección de los derechos de las víctimas, no permitiendo que de manera arbitraria se invada su vida privada y no derivando el consentimiento cuando su voluntad esté disminuida o por la falta de exterioridad del rechazo.

78 Comisión IDH, 2006, párr 55.

79 Wouters, 2008, p. 84.

Hasta el momento la CPI únicamente ha dictado una sentencia condenatoria por hechos de violencia sexual: se trata de la sentencia en contra de Jean-Pierre Bemba Gombo, dictada el 21 de marzo de 2016<sup>80</sup>, en la cual condena al acusado por violación como crimen de guerra y como crimen de lesa humanidad (además de otros delitos). La CPI concluyó que el grupo Movimiento de Liberación del Congo, bajo el mando del señor Bemba, utilizó la violencia sexual como “botín de guerra” y una forma de compensar a los combatientes por sus acciones, por lo que lo condenó en tanto máximo responsable del grupo y lo sentenció a 18 años de prisión por estos hechos<sup>81</sup>.

Aunque la decisión se encuentra en apelación y aún falta que la CPI consolide su jurisprudencia sobre la violencia sexual<sup>82</sup>, esta sentencia es un hito por ser la primera, por reconocer la culpabilidad en calidad de máximo responsable de un comandante sobre hechos que tradicionalmente fueron vistos como ejemplo del tipo de delitos “de propia mano” y por la amplia participación de víctimas que implicó el proceso.

### **C. La violencia sexual como un asunto de paz y seguridad internacional**

La violencia sexual, además de ser reconocida como un hecho de discriminación y violación a los derechos humanos de las mujeres y un crimen internacional, también ha sido vinculada como un asunto de paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (ONU).

El Consejo de Seguridad es el órgano responsable de mantener la paz y la seguridad internacional (Carta de las Naciones Unidas, art. 24) y las decisiones adoptadas para tal fin tienen el carácter de vinculantes para los Estados (art. 25). Es en el marco de este mandato que este Consejo

---

80 CPI (2016a), *Jean-Pierre Bemba Gombo*, párr. 15.

81 CPI (2016b), *Jean-Pierre Bemba Gombo*.

82 En otro caso bastante debatido, la Sala II de la Corte Penal Internacional en el caso de Uhuru Muigai Kenyatta (Kenyatta) no confirmó los cargos de violencia sexual bajo el argumento de que en esos casos los actos se perpetraron con el fin de demostrar superioridad cultural de una tribu sobre otra y no de dominación de género. Esta posición puede ser producto de una mirada binaria entre mujeres/víctimas, hombres/victimarios, en donde los hombres no cazan como víctimas y se interpretan los ataques contra ellos como ataques contra su masculinidad, que se extiende al honor y poder de sus comunidades (Turan, 2016).

ha proferido varias resoluciones relacionadas con la VSXCA, en lo que ha dado en llamarse la “Agenda sobre la Mujer, la Seguridad y la Paz”, la cual se compone de las siguientes siete resoluciones.

La resolución 1325/00 estableció por primera vez la importancia de la participación de las mujeres en los procesos de establecimiento de paz y seguridad e instó a aumentar su representación para la adopción de decisiones en la solución de conflictos (N.º 1), así como a poner fin a la impunidad por delitos cometidos contra mujeres, especialmente la violencia sexual (N.º 11). La resolución 1820/00 instó a que los crímenes sexuales quedarán excluidos de las amnistías y a que los Estados enjuiciaran a los responsables y garantizaran los derechos de mujeres y niñas (N.º 4). La resolución 1888/09 solicitó que los crímenes sexuales fueran parte de los temarios en todas las negociaciones de paz (N.º 17) y creó la Oficina de la Representante Especial sobre la Violencia Sexual en los Conflictos (N.º 4)<sup>83</sup>. La resolución 1889/09 reiteró la importancia de garantizar la participación de las mujeres en todas las etapas de los procesos de paz y a incorporar la perspectiva de género en todos los sectores y procesos (N.º 1 y 8). La resolución 1960/10 reafirmó que la violencia sexual como táctica de guerra o parte de un ataque generalizado o sistemático puede agudizar las situaciones de conflicto armado e incluso ser un impedimento para el establecimiento de la paz y la seguridad internacional (N.º 1) y por ello instó a todas las partes a comprometerse a prevenirla (N.º 5). La resolución 2106/13 instó a los Estados a luchar contra la impunidad, incluir todos los delitos en la legislación nacional (N.º 1) y excluir estos actos de cualquier forma de amnistía (N.º 12). Finalmente, la resolución 2122/13 reiteró la importancia de la participación de las mujeres en todas las fases de la prevención, resolución y recuperación después de conflictos armados.

Teniendo en cuenta estas resoluciones y que ostentan un carácter obligatorio, es claro que existe un deber de los Estados de incorporar a las mujeres en todas las fases de los procesos de construcción de paz y de prevenir la impunidad de la VSXCA, incluida aquella derivada de la

---

83 La Oficina tiene dentro de sus prioridades “Terminar la impunidad por la violencia sexual en los conflictos para ayudar a las autoridades nacionales a fortalecer la responsabilidad criminal, la capacidad de respuesta a los sobrevivientes y la capacidad judicial”. La Oficina ha priorizado ocho países para su seguimiento: Bosnia y Herzegovina; la República Centroafricana; Colombia; Côte d’Ivoire; República Democrática del Congo; Liberia; Sudán y Sudán del Sur. Página oficial: <http://bit.ly/1VVDIxJ>

imposición de amnistías de jure o de facto. Estos deberes se mantienen vigentes y adquieren un contenido especial cuando se trata de justicia transicional. En el capítulo subsiguiente se abordará la conexión entre estos deberes y la transicionalidad en la justicia.

#### IV. LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LA VIOLENCIA SEXUAL

Para efectos del presente documento, se acoge el concepto de justicia transicional desarrollado por el Secretario General de las Naciones Unidas el cual señala:

8. La noción de “justicia de transición” que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos (Naciones Unidas, 2004).

Analizar la justicia transicional y su vínculo con la VSXCA implica partir de tres supuestos generales: (i) los derechos de las víctimas no constituyen una amenaza para la paz y, por el contrario, se debe buscar la maximización de ambos derechos y no su negación (Fundación Social, 2005: 41). (ii) La justicia transicional es en sí misma una *justicia imperfecta*, puesto que existen limitaciones de orden jurídico y especialmente fáctico (debido a la masividad de las violaciones a los derechos humanos) que hacen impensable que pueda haber una justicia total y plena para todos los delitos cometidos, contra todos los autores y a favor de todas las víctimas, como se predica en abstracto en situaciones de no conflicto. Es por ello una justicia *parcial y selectiva*<sup>84</sup>. (iii) No existen fórmulas únicas de justicia sino estándares y límites; cada país de acuerdo con su contexto, capacidad institucional, jurídica y política y con los objetivos que desea alcanzar, debe darse su propia fórmula de justicia<sup>85</sup>.

---

84 Guzmán, 2011, p. 20.

85 López *et al.*, 2012, p. 19.

El objetivo de la justicia transicional es servir de mecanismo de “reconstrucción” para lo cual su misión no es simplemente hacer justicia frente a hechos anteriores y daños individuales sino y, especialmente, servir de base fundacional para nuevas sociedades<sup>86</sup>. En este sentido tiene una misión *transformadora*; es decir, debe servir como mecanismo para evitar que los hechos que generaron ese pasado de abusos se repita, para lo cual la justicia tiene retos adicionales a los que tiene en situaciones ordinarias, entre los que se destaca el de evidenciar y perseguir todas las prácticas que permitieron y facilitaron la ocurrencia de los hechos, tanto desde un punto de vista formal, como de elementos relacionados con contextos y prácticas facilitadoras y crímenes de sistema<sup>87</sup>. De allí que la justicia transicional persiga dos objetivos intermedios: (i) servir de mecanismo de reconocimiento a las víctimas como sujeto de derechos y, (ii) promover la confianza cívica, esto es, devolver la legitimidad a las normas que fueron vulneradas y, en últimas, restablecer el imperio de la ley, mediante la garantía de que nadie, ni siquiera los perpetradores están por encima de ella<sup>88</sup>.

En este marco, el Consejo de Seguridad de la ONU ha fijado los siguientes estándares que deben operar en la justicia transicional: (i) aplicar las normas internacionales de imparcialidad, garantías procesales y derechos humanos [para lo cual deben ampararse en los derechos de las víctimas, los cuales son el *núcleo normativo duro* de justicia<sup>89</sup>; (ii) rechazar las amnistías [de jure y de facto<sup>90</sup> en casos de genocidios, crímenes de lesa humanidad y guerra y delitos internacionales relacionados con la *etnia, el género y el sexo* [siendo inviables las fórmulas de perdón y olvido dada su ineficacia para remover los conflictos<sup>91,92</sup>]; (iii) disponer de juicios creíbles y justos, independientes e imparciales; (iv) respetar los derechos de las víctimas, prestando especial atención a los grupos más afectados, de

---

86 Rettberg, 2005.

87 Reed, 2008, p. 102.

88 De Greiff, 2009, p. 44.

89 Rincón, 2010, p. 18.

90 Rincón, 2010, p. 65.

91 Saffon, 2011, p. 14; Minow, 2011, p. 88.

92 Una interesante posición en contra la plantea David Rieff, quien indica que los procesos de memoria no necesariamente conllevan la pacificación de las sociedades (Rieff, 2012).

manera particular atendiendo a los efectos en los derechos de las mujeres y a los aspectos de género<sup>93</sup>.

Con base en los elementos señalados anteriormente, a continuación se abordarán dos asuntos: (i) elementos a tener en cuenta para incluir el enfoque de género en la justicia transicional y; (ii) elementos a considerar para incluir la violencia sexual en la justicia transicional.

#### **A. Elementos a tener en cuenta para incluir el enfoque de género en la justicia transicional**

Las razones que sustentan incorporar las cuestiones de género y la violencia sexual en escenarios de justicia transicional son de orden jurídico y político. La inclusión o exclusión de asuntos en dichos escenarios demuestra no solo lo que las sociedades consideran importante y justo, sino que también orientan lo que probablemente serán a futuro. Es decir, la decisión de incluir ciertos aspectos es fundamental en cuanto la justicia transicional tiene una vocación fundacional<sup>94</sup>.

De allí que el excluir a las mujeres y las cuestiones de género —tanto en la participación como en el contenido de la justicia que se pretende implementar— demuestra un rechazo y una negación a la importancia del tema y adquiere un carácter permanentemente excluyente *para ellas*<sup>95</sup>.

Justamente por ello, es decir, porque se trata de una decisión de *reconocimiento*, es que es necesario que las mujeres participen en el diseño de la transición y, además, que los asuntos de género sean parte fundamental de la justiciabilidad. Se trata de permitirle a la sociedad construir una memoria judicial colectiva en relación con lo ocurrido a las mujeres en el pasado, a fin de que constituya una garantía de no repetición.

Al respecto, ONU Mujeres ha señalado que priorizar la justicia para las mujeres implica la reconstrucción de la confianza en las instituciones y la consecución de una paz duradera. Para ello, es necesario que las medidas en el posconflicto aborden las desigualdades a las que estaban sometidas las mujeres antes del conflicto y apunten a cambios fundamentales; en ese sentido no solo es transformadora sino una oportunidad para propiciar

---

93 Naciones Unidas, 2004.

94 Lyons, 2011, p. 139 y 160.

95 Minow, 2011, p. 106.

cambios profundos, promover el liderazgo de las mujeres y “construir sociedades más justas y estables”<sup>96</sup>.

Para que los Estados incluyan el enfoque de género en la justicia transicional es necesario que se profundice en lo ocurrido con las mujeres antes, durante y después del conflicto<sup>97</sup>. Esto significa que con la sola representación femenina o con la inclusión genérica de “mujeres” o “género”, no se cumple debidamente con esta obligación.

Tanto la construcción de la justicia transicional como su desarrollo, deben estar guiados por la constatación de varias realidades<sup>98</sup>. De un lado, la existencia de una multiplicidad de formas de violencia contra las mujeres cometida durante o con ocasión del conflicto, lo que implica, por lo menos, “reconocer que hombres y mujeres son afectados mayoritariamente por diferentes formas de violencia de acuerdo con los roles que desempeñan en la sociedad y las relaciones que se establecen entre ellos; establecer que la violencia tiene impactos diferenciados en la vida de hombres y mujeres, es decir, que aunque hombres y mujeres sean afectados por la misma manifestación de la violencia, el impacto puede ser diferenciado y; reconocer que algunas formas de violencia generan impactos desproporcionados en la vida de las mujeres”<sup>99</sup>.

Además de estas realidades debe reconocerse el contexto general de impunidad de los delitos de género, tanto en la justicia ordinaria como en la transicional. Al respecto, se requiere evidenciar que “las mujeres enfrentan obstáculos diferenciados de acceso a la justicia que pueden afectar sus posibilidades de participar en la construcción de la verdad y que esta situación está estrechamente asociada a la existencia de diversas formas de discriminación que las afectan en todos los espacios de la vida social”<sup>100</sup>.

Finalmente, la construcción de la justicia transicional desde un enfoque de género debe reconocer los obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas para ser acreedoras de las políticas públicas tanto generales como específicas y la diferencia de manifestaciones de la discriminación, teniendo en cuenta otros enfoques diferenciales, particularmente los relacionados con la etnia, la raza y la edad.

---

96 ONU Mujeres, 2012, 82.

97 Chaparro, 2013.

98 Lyons, 2011, p. 150; Guzmán, 2011, p. 36.

99 Guzmán, 2011.

100 Guzmán, 2011.

Ahora bien, que la justicia sirva como mecanismo efectivo de transición a sociedades más justas e incluyentes implica no solo abordar la violencia contra las mujeres, sino ir un paso más adelante y entender el entorno de discriminación arraigado en la sociedad que construye y posibilita esta violencia. Aunque es claro que no todo delito es objeto de judicialización, asegurarse que los procesos —especialmente los penales— tengan un efecto colectivo y no solo individual, no depende de la inclusión de normas específicas, sino de la garantía de la incorporación de un enfoque de derechos humanos de las mujeres que asegure responsabilizar por dichos actos no solo a los autores directos, sino al Estado y en general a la sociedad. Como lo señala Diana Guzmán, incluir el enfoque de género en la justicia transicional implica asumir una perspectiva sobre los daños diferentes a los que son sometidos hombres y mujeres y la diversa manera en que estos son asumidos por unos y otras, lo cual “se explica por múltiples motivos, entre otros, por las relaciones de subordinación y las estructuras sociales, económicas y culturales que tienden, en nuestras sociedades, a relegar a la mujer en su papel como ciudadanas”<sup>101</sup>.

En conclusión, incluir el enfoque de género en la justicia transicional implica, además de garantizar la participación de las mujeres en el diseño e implementación de la misma, incorporar una perspectiva que reconozca las diferencias de las violencias y sus causas en contra de las mujeres y que, además, identifique de manera detallada y profunda los obstáculos concretos que afrontan en la búsqueda de la justicia. Para que la transición realmente sea efectiva, es necesario que se adopten múltiples criterios y perspectivas incluyentes y respaldadas en el feminismo y en los derechos humanos de las mujeres<sup>102</sup>.

## **B. Elementos a considerar para incluir la violencia sexual en la justicia transicional**

Incluir el enfoque de género en la justicia transicional significa decidir cuáles tipos de violencias cometidas contra las mujeres por la razón de serlo deben ser objeto de judicialización en tribunales especializados. Dentro de la amplísima gama de violencias resulta claro que la violencia sexual debe estar incluida dentro de dichas decisiones.

---

101 Guzmán, 2011, p. 36 y 37.

102 Guzmán, 2011, p. 27.

Tal como ha sido reconocido por organismos internacionales, la violencia sexual es una forma paradigmática de violencia contra las mujeres, la cual debe ser judicializada dándole un lugar más allá de la voz de las propias víctimas, es decir, pasar del ámbito privado al público, dotar de un completo rechazo su práctica, culpar a los autores (todos incluidos), despojar a las víctimas de dicha culpa y, en últimas, asegurar que estos actos no sigan ocurriendo.

Desde el plano jurídico, además, existe concordancia en el derecho internacional sobre la prohibición de amnistías e indultos en violencia sexual, la cual no se reduce solamente a los crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio ni se limita a aquellos reconocidos en el Estatuto de Roma. Esta prohibición es extensiva a todos los actos de violencia sexual relacionados con el conflicto armado, aunque no constituyan crímenes del derecho penal internacional. Esto, por cuanto se considera que la violencia sexual es en sí misma una *grave violación a los derechos humanos*, es decir, es parte de las “graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional”<sup>103</sup>. Esto implica que tratándose de la violencia sexual, debe investigarse no solo aquella que configure una forma de genocidio o un crimen de lesa humanidad o de guerra, sino la que no configurando estos crímenes es un delito grave conforme al derecho internacional.

Esta perspectiva implica ampliar lo que se entiende por violencia de género relacionada con el conflicto armado, incluyendo “un rango de acciones que actualmente se consideran parte de la esfera privada”<sup>104</sup>. Además, conlleva una comprensión mucho más extensiva, persiguiendo los delitos sexuales aun cuando hubiesen sido cometidos de manera oportunista y no necesariamente de manera estratégica<sup>105</sup>. De no hacerlo de esta forma, la brecha de impunidad no solamente sería un temor en tiempos de guerra, sino una realidad para las mujeres en tiempos de paz<sup>106</sup>.

Para prevenir esto, debe aceptarse una teoría circunstancial o indirecta del nexus que permita la persecución de la violencia sexual contra mujeres

---

103 Naciones Unidas, 2005.

104 Ní Aoláin / O'Rourke 2010, p. 171.

105 Wood, 2010; Wood, 2015.

106 Eboe-Osuji, 2011, p. 121.

cometida durante un conflicto armado. Por lo tanto, una verdadera política de tolerancia cero contra la violencia sexual misógina debería incluir en el programa (de la persecución post-conflicto de los crímenes originados en el conflicto) la violencia sexual contra mujeres cometida por cualquier persona que se aprovechó de la situación de anarquía ocasionada por la guerra —o del desvío de la atención de las fuerzas de seguridad— para cometer actos de violencia contra las mujeres durante un conflicto armado<sup>107</sup>.

Esto resulta muy importante porque en ciertas ocasiones, por la propia dinámica del conflicto armado, es muy difícil separar con claridad lo “privado” de lo “público”, es decir, lo que se considera fuera del conflicto, frente a lo que se considera relacionado con él<sup>108</sup>, mucho más en situaciones donde los conflictos armados se han extendido a largos períodos de tiempo.

Adicionalmente, el pretendido nexo de causalidad que se exige a las víctimas probar, no es nada más sino el desconocimiento de lo que subyace a este tipo de violencia, es decir, la discriminación sin más. Pretender que la violencia sexual tenga una razón de ser, además de la propia discriminación contra las mujeres, no es sino la imposición de una carga adicional a las víctimas y un desconocimiento de la dinámica propia del conflicto. Muchos de los hechos de violencia sexual no se han perpetrado con una finalidad distinta a la de ejercer el dominio y el poder, a la de mantener el sometimiento y la sumisión de las mujeres. Por ello, exigir que se pruebe un supuesto antagonismo, o nexos con el actor armado contrario o una finalidad propia de los avances de la guerra —como lo sería la búsqueda de información, generar terror, avanzar en el control territorial, etc.—, es desconocer que la guerra, entre otras, busca mantener un statu quo frente a las mujeres y que la guerra permite resolver también asuntos privados<sup>109</sup>. Esto, en sí mismo, no es excluyente de las categorías de sistematicidad y de su relación con el conflicto armado, ni pretende negar la importancia de conocer los patrones con los que se ha cometido la VSXCA. Tampoco quiere decir que todos los hechos perpetrados por integrantes de grupos armados tengan relación con el conflicto, sino que la categoría de “relacionado con el conflicto” tiene que adaptarse a las dinámicas propias de la guerra.

---

107 Eboe-Osuji, 2011, p. 121.

108 Kalyvas, 2010.

109 Kalyvas, 2010, p. 520.

Los parámetros de aplicación de las categorías “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”, siguen en construcción<sup>110</sup>. No obstante, en la medida en que limiten o nieguen la naturaleza propia de los crímenes sexuales, no atiendan a las diversas formas en las que se han cometido estos hechos y se exija a las víctimas pruebas que no tienen, no será posible para la sociedad conocer la verdad y hacer justicia en relación con los mismos.

Incorporar la violencia sexual en la justicia transicional pasa por reconocer las particularidades de este delito y, como muy bien lo señala Chile Eboe-Osuji:

La importancia de centrarse en las circunstancias violentas en las que normalmente se cometen las violaciones durante los conflictos armados, en lugar de en el consentimiento de las víctimas, no es un ejercicio académico. Si se centra la investigación en el consentimiento de la víctima se corre el grave riesgo de centrar la atención de la investigación en la conducta de la víctima<sup>111</sup>.

En este sentido, la forma como se comprenden los casos indica la potencialidad o no que tienen las investigaciones para avanzar efectivamente hacia una real condena que tienda a la no repetición. En este sentido, aunque los estándares admiten la selección y priorización de los casos<sup>112</sup>, este ejercicio debería tener en consideración por lo menos dos parámetros: (i) La selección de casos no puede implicar que algunos casos —o muchos— dejen de investigarse. Implica que algunos irán a los tribunales especializados de justicia transicional, pero que los demás tienen que ser investigados. (ii) La priorización de los casos debería distanciarse de la concepción “clásica” de la violencia sexual, esto es, aquella que la aborda desde la resistencia física, el carácter claro de combatiente y el perfil de

---

110 Para el caso colombiano la Corte Constitucional ha señalado que “es necesario suprimir la referencia continua a que la agresión sexual no solo se debe presentar con ‘ocasión al conflicto armado’, sino también ‘en desarrollo del mismo’”, puesto que “exigir de manera adicional que los actos de violencia sexual se cometan ‘en desarrollo al conflicto armado’, puede conllevar a interpretaciones restrictivas que solo tipifiquen la violencia sexual como parte del conflicto armado, cuando los actos de violencia sexual concurren con las hostilidades, hipótesis fáctica que en el conflicto armado colombiano es discutible, toda vez que los actos de violencia sexual son también perpetrados por fuera de las hostilidades, sin que esto signifique la ruptura de su nexo próximo y suficiente con el conflicto armado”. Corte Constitucional, Auto 009 de 2015.

111 Eboe-Osuji 2011, p. 128.

112 Bergsmo / Saffon, 2011.

la víctima. Es necesario que se comprenda la violencia sexual desde ese punto “gris” en el que la mayoría de casos se cometen, esto es, desde la intersección entre lo público y lo privado.

Sumado a la necesidad de prohibir las amnistías de jure o de facto y a la importancia de ampliar la noción de “relacionado con el conflicto”, incluir la violencia sexual en la justicia transicional debería considerar algunas experiencias en otros países y sin duda algunas los lineamientos trazados por los organismos internacionales<sup>113</sup>. Dentro de los primeros podemos destacar: Los procesos de documentación durante el conflicto y en el periodo inmediatamente posterior pueden “aumentar las probabilidades de acción legal, mediante la recopilación de pruebas para futuras investigaciones, el mapeo de delitos, y la identificación y mantenimiento de vínculos con posibles testigos”<sup>114</sup>. (ii) Es necesario contar con una estrategia integral y un compromiso del más alto nivel desde el principio de las investigaciones, a fin de enjuiciar la violencia sexual. (iii) Para avanzar en las investigaciones se deben tener en cuenta los obstáculos de carácter procesal e institucional que enfrentan las mujeres al momento de testificar. Por ello, es importante que se garantice que dentro del personal judicial y los equipos jurídicos haya mujeres. (iv) Es importante considerar que las mujeres afrontan obstáculos de carácter personal para participar. A fin de superarlos se puede considerar otorgar asistencia financiera, servicios de guardería y transporte. (v) La asesoría jurídica gratuita y reservada puede ser un mecanismo para enfrentar el temor de las mujeres a testificar. Además, es importante que se capacite a mujeres desplazadas y víctimas para que sirvan como asistentes jurídicas, de tal forma que se las empodere y a su vez faciliten la asesoría jurídica a otras mujeres. (vi) Las leyes deben ser revisadas para garantizar que se adecúen a los estándares internacionales de tal forma que nunca exista vacío legal para investigar adecuadamente los hechos y que se incluyan todas las formas de violencia sexual, incluidas las relacionadas con violencia reproductiva (embarazos, abortos, esterilizaciones o anticoncepción forzada). (vii) Deben implementarse estrategias integrales de género que permitan a las mujeres acceder a asistencia, atención, servicios de salud, etc., como un mecanismo para contribuir a un verdadero acceso a la justicia.

Sumado a lo anterior, debería trabajarse en pro de obtener el reconocimiento público de responsabilidad de las partes sobre la utilización de la violencia sexual, no como un acto ‘desviado’ de ciertos actores, sino

---

113 ONU Mujeres, 2012.

114 ONU Mujeres, 2012.

como una práctica (si así fuese el caso); el respeto de todos los estándares internacionales sobre el deber de actuar con la debida diligencia en casos de violencia sexual, tanto en la toma de declaraciones como otros aspectos procedimentales y sustanciales de los procesos<sup>115</sup> y; el desarrollo de mecanismos judiciales que desemboquen en la responsabilidad penal de los máximos responsables de los crímenes sexuales, entendiendo por ellos no solo a los perpetradores directos o a los más altos comandantes, sino también a quienes pudiendo prevenir los hechos no lo hicieron o fueron aquiescentes con la conducta<sup>116</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Por tratarse de actos que afectan los derechos humanos de las mujeres, que constituyen crímenes internacionales y que ponen en riesgo la paz y seguridad internacional, la violencia sexual debe ser investigada irrenunciablemente. Tal como lo señaló la Corte IDH, al ser normas del *ius cogens* el Estado está en la obligación de investigar seriamente y atendiendo a los contextos particulares de violencia masiva y sistemática contra las mujeres.

Esto significa que en escenarios de postconflicto es imposible de cara a los estándares internacionales otorgar amnistías totales o renunciar a las investigaciones. Claramente el modelo participativo de las “transiciones democráticamente legitimadas” implica adoptar un enfoque incluyente que deje atrás la historia de las transiciones amnésicas y se proponga realmente reconstruir los países asegurando un Estado de derecho sólido y una democracia real.

Ello implica reconocer a las mujeres no solo en su condición de víctimas, sino de protagonistas en los reclamos de justicia, esto es, reconocer las particularidades de las violencias que han sufrido en medio de la guerra, pero también su rol constructor en la paz, la democracia y la justicia. En otras palabras, los hechos de violencia sexual deben investigarse seriamente, atendiendo al estándar de justicia transformadora con miras

---

115 Cedaw, recomendación N.º 30 y 33.

116 Para el caso colombiano algunas de estas propuestas fueron presentadas por organizaciones de mujeres en el marco de las negociaciones de paz con las FARC. Ver Plataforma las Cinco Claves, “Cinco subclaves para el tratamiento diferenciado de la violencia sexual en el acuerdo sobre acceso a la justicia en el proceso de paz”, septiembre de 2015.

a servir de condena de estos actos para evitar que vuelvan a repetirse y dando a la sociedad el mensaje de cero tolerancia frente a estos hechos de tal forma que devuelva a las mujeres —no solo a las víctimas— la confianza en que las autoridades están en la capacidad de protegerlas frente a estas violencias.

La idea de la justicia transformadora implica no solo investigar los hechos, sino que exige de las autoridades que se establezcan metodologías de investigación que tengan en cuenta el contexto en el que se produjeron, posibles patrones de violencia contra las mujeres (antes, durante y después del conflicto) sin que implique trasladar la carga de la prueba a las víctimas, las circunstancias sociales que posibilitaron la ocurrencia de estos actos y los impactos que en la vida de las mujeres tuvieron estos hechos. Esto implica incorporar un enfoque de protección de los derechos humanos de las mujeres, específicamente desde una doble perspectiva: (i) extender el concepto de acto de violencia sexual relacionado con el conflicto armado, a fin de responder a la realidad de este fenómeno y (ii) concentrar los esfuerzos en la identificación de los contextos violentos y no solamente —ni principalmente— en el consentimiento de las víctimas.

Todo lo anterior debería hacerse superando esa dicotomía entre víctimas/victimarios, que se reconozca la agencia de las mujeres, se les dé voz dentro del proceso y se deje de considerarlas desvalidas, disminuidas o permanentemente necesitadas de apoyo, además de todos los riesgos señalados en la primera parte del texto. Si los procesos se adelantan de esta manera, por más que se llegue a condenas contra los responsables no se estarán transformando las condiciones de subordinación de las mujeres en la sociedad.

Así pues, la justicia transicional constituye una oportunidad no solamente para hacer efectivo el núcleo de protección de la justicia consistente en los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, sino que además podría permitir, con un adecuado enfoque, trabajar hacia la garantía de transformación de la realidad de la vida de las mujeres atravesada por la violencia, a fin de construir un Estado democrático e incluyente.