



REFLEXIONES SOBRE EL MARCO JURÍDICO SOBRE LA

VIOLENCIA SEXUAL

ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO PERUANO





REFLEXIONES SOBRE EL MARCO JURÍDICO DE LA

VIOLENCIA SEXUAL

ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO PERUANO

Diana Portal - Flor de María Valdez

Lima, julio de 2006

Demus, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer
Jr. Caracas 2624, Jesús María
Teléfono: 4631236 / 4638515
demus@demus.org.pe
www.demus.org.pe

Diseño y diagramación: Camila Bustamante
Impresión: Códice Ediciones S.A.C.

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de UNIFEM, Consejería
en Proyectos - PCS, Womankind Worldwide y Fundación Ford.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú:

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	05
---------------------	-----------

Capítulo 1: VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO ARMADO	07
---	-----------

- 1.1. Marco Teórico Conceptual sobre la Violencia contra la Mujer en Contextos de Conflicto Armado y Post Conflicto
- 1.2. Mujer y Conflicto Armado: los Casos de Guatemala, Colombia y Perú
- 1.3. Violencia contra la Mujer antes, durante y después de un Conflicto Armado: Historias de Violencia que se Repiten
- 1.4. Impacto de la Violencia Sexual durante Conflicto Armado en la Vida de las Mujeres
- 1.5. De la Memoria Individual a la Memoria Colectiva

Capítulo 2: NORMAS Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONALES VINCULADAS A LA VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO ARMADO	19
---	-----------

- 2.1. Instrumentos Generales de Derechos Humanos Aplicables Antes, Durante y Después de un Conflicto Armado
- 2.2. Instrumentos Generales Aplicables a Situaciones de Conflicto
- 2.3. Instrumentos Específicos Aplicables a la Mujer en Conflicto Armado
- 2.4. Conclusiones

Capítulo 3: NORMAS Y JURISPRUDENCIA NACIONALES VINCULADAS A LA VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO ARMADO	49
--	-----------

- 3.1 Consideraciones Generales
- 3.2 Análisis de las Normas y Jurisprudencia Nacional sobre Violencia Sexual vigente en todo contexto.
- 3.3 Normas Aplicables a Situaciones de Conflicto y Post Conflicto
- 3.4 Conclusiones

Capítulo 4:

CONCLUSIONES: REFLEXIONES SOBRE LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE UN CONFLICTO ARMADO

79

- 4.1. **Violencia Sexual Antes, Durante y Después de un Conflicto Armado: Historias de Violencia que se Repiten**
- 4.2. **Necesidad de un Tratamiento Legal Integral de la Violencia Sexual Antes, Durante y Después de un Conflicto Armado**
- 4.3. **Necesidad de Comprender la Actuación y Experiencia de la Mujer en Contexto de Conflicto, sin Distinción de Raza, Origen, Edad o Estado Civil**
- 4.4. **Necesidad de Cumplimiento Estatal de las Normas y Jurisprudencia Internacionales en Materia de Violencia Sexual en Conflicto Armado**
- 4.5. **Existencia de un Trabajo en la Parte Legal que no se Condice con un Trabajo en la Parte Social**
- 4.6. **La Norma Nacional Debe Empezar a Hablar de “Violencia Sexual” y no solo de “Violación Sexual”**
- 4.7. **Incapacidad de Concebir la Violencia Sexual como un Grave Crimen**
- 4.8. **Necesidad de Visibilizar la Violencia Sexual en el Actual Contexto Nacional de Justicia y Reparaciones**
- 4.9. **Aplicación Efectiva de la Diligencia Debida por Parte del Estado**
- 4.10. **Tratamiento del Subregistro de Casos de Violencia Sexual**

INTRODUCCIÓN

Desde diciembre de 2004 DEMUS-Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer viene trabajando con la comunidad de Manta, en la provincia y departamento de Huancavelica. Manta es una de las localidades citadas en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) como una de las que sufrió violencia sexual contra sus mujeres de manera casi sistemática, durante la época del conflicto armado interno entre 1980 y 2000. El acercamiento a Manta se da desde una perspectiva intercultural, de género y de derechos humanos, con una aproximación multidisciplinaria, principalmente desde el derecho, la psicología y la sociología.

Nuestra hipótesis es que la violencia sexual durante conflicto armado es una de entre muchas historias de violencia que sufren las mujeres en periodos anteriores y posteriores al conflicto. La violencia sexual en conflicto armado, entonces, no es simplemente una violación de derechos humanos, ni el punto de partida de una serie de conductas violentas hacia las mujeres. Ésta es consecuencia de prácticas discriminatorias que las excluyen del sistema, y que son avaladas por el Estado al no cumplir, por acción u omisión, con su obligación de actuar con debida diligencia. En consecuencia, el contexto de conflicto no solo recrudece la situación de marginación de las mujeres, sino que la perpetúa hacia futuro si es que no existen mecanismos eficaces para obtener justicia y reparación para las víctimas.

La premisa de las múltiples historias de violencia que se repiten, interrelacionan y retroalimentan entre sí nos llevó a plantearnos algunos interrogantes. Uno de ellos tenía que ver con la normativa aplicable, y a la luz de qué normas internacionales ésta debe ser interpretada. Otro tenía que ver con la normativa y jurisprudencia internacional que nos pudiera servir para un eventual juzgamiento por violencia sexual en conflicto armado. Un último estaba vinculado a cómo estos instrumentos, nacionales e internacionales, podían influir positiva o negativamente en el proceso de búsqueda de justicia y reparación para estas mujeres.

El presente estudio pretende ser un punto de partida para discutir las cuestiones arriba expuestas, y servir de base para el trabajo legal que realizamos en Manta. Si bien está basado en normativa y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, tiene un enfoque multidisciplinario que permite leer e interpretar estos textos a la luz de las necesidades de las víctimas de violencia sexual, su familia y su entorno social. Por ello es que consideramos importante convocar a un conjunto de profesionales desde las carreras del derecho, la psicología y la sociología para debatir en conjunto este tema, comparando diversas experiencias latinoamericanas como las de Guatemala y Colombia. Ello nos fue muy útil no solo para establecer un contexto a nivel latinoamericano, sino también para resaltar en qué aspectos son afectadas las vidas de las mujeres víctimas, desde una visión regional.

Al mismo tiempo, decidimos enfocarnos no solo en el tema de violencia sexual durante el contexto de conflicto armado. Queríamos explorar el tratamiento de esta agresión hacia las mujeres en etapas previas y posteriores al conflicto. Consecuentes con nuestra premisa, este enfoque nos permitirá comprobar cómo el incumplimiento, la falta de implementación o la desidia del Estado avalan la consolidación de conductas discriminatorias y de violencia contra las mujeres, las que se agudizan durante contextos de conflicto armado. Conscientes del amplísimo campo que nos abre esta opción, hemos preferido limitarnos al estudio de líneas de acción más frecuentes en el tratamiento de la violencia sexual.

Asimismo, aunque nos proponemos hacer un recuento normativo, nuestro objetivo principal no se queda en la mera elaboración de una lista de normas. Partiendo de nuestra experiencia de trabajo en violencia contra la mujer, y principalmente de violencia sexual en conflicto armado desde el caso de Manta, tratamos de analizar los alcances de éstas normas y cómo pueden hacer la diferencia en el tratamiento de la violencia sexual en conflicto armado.

Por ello, en un primer capítulo exploramos el tema de la violencia sexual en conflicto armado desde un punto de vista teórico y político, explicando las definiciones que usaremos y el contexto en que se desarrolla. En un segundo capítulo nos encargamos de recapitular los instrumentos internacionales, así como la jurisprudencia relevante, en materia de violencia sexual antes, durante y después del conflicto armado. Un tercer capítulo nos permitirá analizar norma y jurisprudencia nacionales en estos mismos temas. Por último en las conclusiones, a modo de reflexión, esbozamos los hallazgos de este estudio normativo, a fin de determinar sus alcances y limitaciones.

Quisiéramos agradecer a UNIFEM por su apoyo para el inicio de nuestras actividades en Manta y en el proceso de investigación, debate y elaboración del presente estudio. También agradecer a Consejería en Proyectos-PCS y Womankind Worldwide, por su colaboración en nuestro trabajo en Manta, cuyos insumos han sido esenciales en la preparación de este documento. Finalmente, queremos dar las gracias a la Fundación Ford, que hizo posible la publicación de este texto.

Las autoras

CAPÍTULO 1

VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO ARMADO

La violencia sexual es una de las prácticas más difundidas y aberrantes de violencia contra la mujer. Algunas estadísticas confirman que 130 millones de niñas y adolescentes en todo el mundo han sido objeto de mutilación genital; una de cada cinco mujeres es víctima de violación o de intento de violación una vez en su vida; y entre el 25 y el 75% de las mujeres –dependiendo del país– sufre agresiones físicas o psicológicas en el entorno familiar¹. La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) señalan que por lo menos una de cada cinco mujeres en el mundo ha sido maltratada física o sexualmente por un hombre o por varios hombres en algún momento de su vida.²

Particularmente la violencia contra las mujeres en conflicto armado ha sido un tema casi invisible en la academia, las organizaciones internacionales y la normativa. Ello porque tratar este tema demanda una visión de la experiencia de las mujeres desde una sociedad y una normativa más bien androcéntrica, que considera al varón el principal actor de un conflicto armado y a la mujer más como una persona vulnerable cuyo honor debe ser protegido. Esta percepción androcéntrica limita su visión a la victimización de la mujer, ignorando su rol como actoras no solo en un conflicto armado, sino también en situaciones post conflicto y de mantenimiento de la paz.

Esa es la razón que nos lleva a desarrollar el presente estudio. **En el plano jurídico, nos interesa explorar cuáles son las normas y jurisprudencia que constituyen el *corpus iuris* que previene, juzga y sanciona la violencia sexual en conflicto armado.** Luego de ello, desde una perspectiva interdisciplinaria, **queremos saber si estas normas contemplan, ya desde una visión política, psicosocial, de desarrollo y cultural, el impacto que la violencia sexual en conflicto armado tiene en la vida de las mujeres.** Finalmente, nos concentraremos en ver qué alcances tiene este *corpus iuris* en el tratamiento de la violencia sexual en conflicto armado.

Por ello, empezaremos definiendo cuáles son los conceptos que vamos a manejar en el presente estudio. Seguidamente exploraremos las características de los conflictos armados y qué impacto tiene la violencia sexual en conflicto armado sobre las mujeres. Concluiremos con unas reflexiones que nos sirvan para comprender el contexto y puedan ser desarrolladas con mayor profundidad en los capítulos segundo y tercero.

¹ ALVAREZ, Paola. *La Violencia Más Global*. Publicada el 24 de noviembre de 2004 en <http://www.infosolidaria.org/verarticulo.php?idarticulo=814&idautor=41&idversion=0&ididioma=1>

² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Violencia contra la Mujer. Un Tema de Salud Prioritario*. Washington: OMS y OPS, 1998, p. 3.

1.1. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN CONTEXTOS DE CONFLICTO ARMADO Y POST CONFLICTO

1.1.1. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

En forma similar a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención de Belem do Pará), **se entenderá en el presente trabajo, como violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer.**

Aunque la definición de la Convención de Belem do Pará añade la frase “tanto en el ámbito público como en el privado”, hemos decidido omitir ésta de la nuestra. Inicialmente la distinción tradicional entre estos espacios buscaba establecer un lugar público, político, laboral, en el cual el varón era actor fundamental. En contraposición, se encontraba un lugar privado, constituido por la familia y el ámbito personal, donde la actora principal era la mujer. Ambos lugares eran concebidos como separados e independientes, y mientras el primero podía estar bajo escrutinio público, el segundo pertenecía al dominio del jefe de la familia, sea el padre o el esposo, al punto que incluso la interferencia estatal era difícil.

En este contexto, la inclusión del ámbito privado como un espacio donde se podían violar los derechos fundamentales de las mujeres fue un logro importante no solo de la Convención de Belem do Pará (1994), sino también de la Recomendación General N° 19 de la ONU, que reconoce la violencia contra la mujer como una forma de discriminación.³ Gracias a ello se visibilizó la violencia que sufre la mujer en el ámbito doméstico, siendo tratada ya no como una falta en la esfera privada, sino como una violación a los derechos básicos de las mujeres. Es más, resalta también que en la esfera privada existe una desigualdad de poderes, donde la mujer usualmente está subordinada al varón.

En la actualidad, una década después de la Convención de Belem do Pará, existen dos posturas respecto a seguir haciendo la diferencia entre lo público y lo privado. Para una de ellas,⁴ tanto la autonomía individual y la democratización de los espacios marca la distinción entre lo que es público y lo privado, los cuales son espacios interrelacionados y a veces concordantes. La segunda postura afirma que no existe acto enteramente público ni acto enteramente privado que justifique esta separación.⁵ Para esta postura, la dicotomía entre el ámbito público y el privado es más bien una creación del sistema político para legitimar en la sociedad la existencia de dos espacios diferenciados, donde la mujer está marginada de uno y subordinada en el otro. De esta forma, hablar de la distinción público/privado implicaría validar esta separación.

Por ello hemos preferido omitir esta noción de nuestra definición. Reconocemos la importancia de su inclusión en los tratados sobre derechos humanos de las mujeres y su efecto en la visibilización de diversas conductas que constituyen violencia contra la mujer. Sin embargo, la distinción público/privado, aunque redefinida en permanente debate, puede ofrecer problemas al servirse de una estructura conceptual y socio cultural creadas inicialmente para legitimar la separación de espacios y la subordinación de la mujer en éstos. La idea central es tratar la violencia contra la mujer si reúne los requisitos establecidos en la definición, independientemente de en qué espacio ocurra.

³ Véase *infra* 2.1.10.

⁴ Véase MATUS, Verónica. “Lo Público y lo Privado: Una Dicotomía Fatal” En: *Género y Derecho*. Santiago: LOM, 1999, pp. 67-73.

⁵ CRAWLEY, Heaven. *Refugee and Gender: Law and Process*. Bristol: Jordans, 2001, pp. 20-21; ROMANY, Celina. “La Responsabilidad del Estado se Hace Privada: Una Crítica Feminista a la Distinción entre lo Público y lo Privado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” En: COOK, Rebecca (ed) *Derechos Humanos de la Mujer; Perspectivas Nacionales e Internacionales*. Bogotá: PROFAMILIA, 1997, pp. 87-91.

Asimismo, preferimos la definición de violencia contra la mujer de la Convención de Belem do Pará, en contraste con aquella de la Declaración por la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Ello porque la Convención habla de cualquier acción o conducta *basada en el género* y no *basada en el sexo femenino*, como sí lo hace la Declaración. Esto es importante resaltarlo, porque muchas conductas constitutivas de violencia contra la mujer están basadas en la construcción social de la experiencia femenina, y cuál es su rol asignado como individuo y miembro de una familia y una comunidad. Hablar de conductas violatorias basadas en el sexo femenino de la víctima podría leerse como solo basada en las características biológicas de la mujer, mas no en la construcción social detrás de ella.

Finalmente, aunque en esta definición no estamos mencionando las omisiones, lo hacemos porque creemos que está incluida dentro de la noción "acción o conducta que cause sufrimiento". El no hacer, no cumplir o no respetar revelan un patrón de comportamiento que estaría incluido en la noción de conducta.

1.1.2. VIOLENCIA SEXUAL

Para el presente trabajo usaremos la definición de violencia sexual encontrada en los Elementos del Crimen de la Corte Penal Internacional. Allí, la violencia sexual es la conducta por la cual el autor

...haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.⁶

El análisis de esta definición se hará con mayor precisión en el capítulo 2, en la parte referida al Estatuto de Roma.⁷ Sin embargo, en esta sección queremos resaltar la importancia de que estas conductas se produzcan por la fuerza, mediante la amenaza del uso de la fuerza o aprovechando un entorno de coacción. La violencia sexual producida en conflicto armado se ajusta a esta definición, en tanto un entorno de conflicto influye definitivamente en la voluntad de la víctima. De acuerdo a lo expresado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Foca (Kunarac y otros), el acto sexual debe ser voluntario, como resultado de la libre voluntad de la víctima, analizado de acuerdo a las circunstancias.⁸

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

1.1.3. CONFLICTO ARMADO

En cuanto a conflicto armado, para el presente trabajo adherimos a los conceptos de conflicto armado internacional y conflicto armado no internacional o interno, manejados en el derecho internacional

⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Elementos del Crimen*. 9 de setiembre de 2003, ICC-ASP/1/3, parte II-B.

⁷ Véase *infra* 2.1.7.

⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Dragojub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*. Sentencia del 22 de febrero de 2001, para. 460.

humanitario. De esta manera, **conflicto armado internacional** será definido, de acuerdo al artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra, como el:

... caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas.

En cuanto al **conflicto armado interno**, éste será definido, de acuerdo al artículo 1.1 del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra (Protocolo II), como aquel llevado a cabo:

... en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

Preferimos usar estas definiciones en vez de otras más genéricas como “guerra” o “enfrentamientos”; o de menor grado como “disturbios”. Ello porque los escenarios de conflicto armado, tal y como están definidos en los Convenios de Ginebra, son los que generan las obligaciones al Estado y los grupos beligerantes, así como los derechos de las personas involucradas en estos conflictos.

A pesar que en el presente trabajo usaremos las nociones de “conflicto armado internacional” y “conflicto armado interno”, no perdemos de vista que, en los últimos años, han surgido nuevas formas de conflictividad que escapan a estas categorías. Entre estos nuevos conflictos, que pueden concluir en la violación de los derechos fundamentales de las personas, especialmente las mujeres, tenemos las guerras asimétricas y los conflictos desestructurados.⁹ A estos conflictos, por no estar previamente regulados, se aplicará el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho de guerra o derecho de La Haya en lo que resulte pertinente. Ellos no solo llevan a métodos de combate y partes intervinientes no contempladas previamente, sino que pueden llevar a nuevas formas de violación de derechos de las mujeres por razón de su género, por lo que vale la pena tener en cuenta sus efectos.

1.2. MUJER Y CONFLICTO ARMADO: LOS CASOS DE GUATEMALA, COLOMBIA Y PERÚ¹⁰

A fin de poder comprender mejor las causas y efectos de los conflictos armados en el contexto latinoamericano, realizamos un paralelo entre los conflictos armados internos en Guatemala, Colombia y Perú. Ello es imprescindible, en tanto nos ayuda a comprender las características de nuestro país y nuestra región que llevaron a un conflicto armado interno tan violento, sobre todo contra las mujeres.

En los tres países, el conflicto armado tiene como antecedentes procesos de reforma agraria y proyectos nacionalistas que afectaron los intereses de terratenientes y las oligarquías. La disputa por la tierra entre terratenientes y campesinos ha sido un factor importante que ha agravado las brechas políticas,

⁹ SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: PUCP-IDEHPUCP, 2004, pp. 154-155. Los conflictos asimétricos se producen cuando un Estado es víctima de ataques de grupos terroristas globalizados, siendo por ello muy difícil identificar al enemigo. Por su parte, los conflictos desestructurados son aquellos enfrentamientos generalizados entre varios grupos sin que ninguno represente al Estado, cuyas estructuras o son débiles o han desaparecido.

¹⁰ Sección tomada de DEMUS. *Violencia contra la Mujer en Contextos de Conflicto Armado y Post Conflicto en América Latina*. Consultoría elaborada para Project Counselling Service (PCS), 2005.

económicas y sociales en la población. Por ello, la situación de millones de personas estuvo en riesgo al obligarlas a dejar sus tierras y migrar a las ciudades, donde pasan a ubicarse en los anillos de pobreza de las grandes ciudades. Los territorios de las poblaciones indígenas, por la riqueza de sus recursos naturales o por lo estratégico de su ubicación, son objeto de expropiación de parte de los diferentes actores armados y los intereses que existen detrás de estos.

El Estado y los gobiernos de turno han agravado los conflictos involucrando a población civil como parte de sus estrategias contrasubversivas. Ejemplos de ello son las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC) en Guatemala, las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en Colombia y los Comités de Autodefensa en Perú. Ello ha significado la militarización de la vida social y el tener ejércitos de civiles armados que son difíciles de controlar y de cuya actuación no se quiere dar cuenta. La desmilitarización de estos civiles es un proceso no concluido y que ha devenido, en muchos casos, en grupos de sicarios asociados al narcotráfico y a la delincuencia común, alentando un clima de violencia urbana e inseguridad.

El narcotráfico es un actor que en los casos de Colombia y Perú ha jugado y juega un rol estratégico al convertirse en el proveedor de armas y recursos económicos. Es un actor que distorsiona la naturaleza del conflicto armado y lo convierte en un escenario donde el conflicto armado es el ambiente propicio para su crecimiento. En el caso de Perú, los vínculos han sido pactos de no agresión, salvo algunos casos. Actualmente la relación de los remanentes del PCP-SL con el narcotráfico y los Comités de Autodefensa en las zonas productoras de coca son un grave peligro para la seguridad nacional.

En segundo lugar, en los tres países estamos frente a sociedades que no han podido ser integradas, con una debilidad institucional crónica. En estas sociedades son precarios los organismos de mediación y negociación con el Estado, tales como los partidos políticos en el caso de Perú y Guatemala. Los conflictos recogen o utilizan la visión de un orden social injusto, y un Estado percibido como ausente o débil e ilegítimo. De otro lado, para otros grupos, el Estado es un territorio para afianzar su control patrimonial.

En Guatemala, a diferencia de Colombia, los actores estatales fueron responsables de la mayoría de los crímenes cometidos durante el conflicto armado. En Guatemala, según la Comisión de Esclarecimiento Histórico, el 93% de las violaciones de derechos humanos cometidas entre 1990 y 1996 fue perpetrado por el Ejército o sus auxiliares paramilitares. Los paramilitares, o patrullas civiles, no eran un bando aparte en Guatemala: ellos eran civiles que en su mayoría fueron forzados a realizar labores de apoyo al Ejército o bajo su supervisión. Las guerrillas solo fueron responsables del 3% de las violaciones de derechos humanos. Este era un escenario muy diferente del colombiano, donde la responsabilidad es más compartida entre las múltiples fuerzas. En el Perú, el PCP-SL fue responsable del 54% de la muerte y desaparición de las víctimas fatales.

En tercer lugar, en los tres países la violación sexual fue y es una práctica sistemática o generalizada, fundamentalmente de los agentes de Estado, es decir las fuerzas armadas y autodefensas. Ello fue parte de su estrategia de tierra arrasada y de tortura en los centros de detención, como práctica de lucha contrainsurgente. No hay cifras pero los testimonios recogidos en los tres países señalan indicios de que los grupos alzados en armas utilizaron otras formas de violencia sexual, tales como aborto forzado, violación sexual a sus parejas e hijas, servidumbre sexual, etc.

En los tres casos la población civil es permanentemente la más afectada en la lucha de otros actores por controlar el territorio y los recursos económicos. La población civil queda atrapada en medio de los actores del conflicto armado y debe optar en muchos casos por apoyar a uno u otro bando. En otros

casos la población civil es el objetivo de los actores armados para castigarse mutuamente; los hombres, mujeres y niños son instrumento para golpear al enemigo.

En Perú y Guatemala son las poblaciones indígenas las más afectadas en términos numéricos. Pero la discriminación étnica ha atravesado todas las estrategias y acciones de los actores armados, fundamentalmente de las Fuerzas Armadas.

En Guatemala y Perú se han producido Comisiones de la Verdad o de Esclarecimiento, promovidas por la presión de la sociedad civil y la comunidad internacional, que han rescatado dos dimensiones usualmente invisibilizadas. Estas dimensiones son la afectación en razón del género y la pertenencia étnica. En Colombia se ha denunciado la afectación de pueblos amazónicos, pero no existen estudios que den cuenta del impacto en estas poblaciones.

1.3. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE UN CONFLICTO ARMADO: HISTORIAS DE VIOLENCIA QUE SE REPITEN

El análisis del contexto de conflicto en Latinoamérica nos llevó a encontrar puntos comunes. En ellos las desigualdades; la marginación de la mayor parte de la población afectada del sistema; la situación de violencia generalizada; la impunidad frente a diversos crímenes; y la cultura del olvido son caldo de cultivo de estos conflictos. Con estas condiciones, aunque no haya existido conflicto armado, las mujeres vivían en situación de dominio por parte de la estructura social, sin que se tome en cuenta su experiencia, sus expectativas ni su dolor en caso de violencia.

Por ello, el problema de la violencia sexual contra la mujer y la manera en que esta experiencia cotidiana se engarza con el conflicto armado y las otras situaciones de violencia marcan un proceso continuo. La violencia sexual contra la mujer no es una problemática reciente ni exclusiva del periodo del conflicto armado. La diferencia es que durante el contexto de conflicto armado, dicha violencia se manifestó de forma institucionalizada, saliendo del ámbito privado para instalarse en el espacio público.

El control sobre el cuerpo de la mujer y sobre su sexualidad ha existido siempre, pero se intensifica por el contexto de conflicto. En situaciones de tensión se agudizan y se evidencian nuestros mayores temores y conflictos. Es así como en una situación límite como un conflicto armado, emergen con mayor claridad los estereotipos y roles rígidos de género, que están presentes diariamente en nuestras vidas.

El conflicto armado es la mayor expresión del tipo de masculinidad tradicional, marcada por el espíritu beligerante, afán de dominio y abuso de poder. Estas formas anulan cualquier tipo de afecto que no sea el odio; anula todo aquello considerado femenino: la ternura, el miedo, la empatía, la sexualidad, el cuerpo. En el marco del conflicto armado, los actores de la guerra (los varones) son quienes se encargan también de mantener el orden social y con ello el orden sexual.

El motivo de fondo siempre es el mismo: el control de las mujeres como reproductoras de la nación, comunidad o grupo social. La capacidad reproductiva de las mujeres hace de sus cuerpos objetos de violencia¹¹. Las mujeres se ven afectadas en su "ser mujer", en su identidad. La violencia sexual de la cual son víctimas

¹¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Colombia. Cuerpos Marcados, Crímenes Silenciados. Las Mujeres en el Marco del Conflicto Armado*. Londres: AI, 2004, p. 25.

en contextos de conflicto armado atenta contra su cuerpo y sexualidad, eje central en la dinámica de construcción de la identidad de la mujer. La condición de ser mujer ha sido un hecho que los actores del conflicto han usado contra ellas, tanto en las acciones violentas como en las maneras de perpetrarlas.

El cuerpo de la mujer es botín de guerra. El que hayan tomado y violado a “sus” mujeres es la demostración de la derrota total por parte del bando vencido, porque no fue capaz de protegerlas.¹² En ocasiones, se usa el cuerpo de la mujer como un medio de indicar la total posesión de los oponentes o como una manera de presionar a los varones para obtener información. La violencia sexual contra las mujeres implica el ejercicio de poder sobre ellas, pero también sobre los hombres.

Hay una complementariedad entre la dominación étnico - cultural y la de género. Es decir, las mujeres se sienten y son consideradas inferiores no solo por ser mujeres sino por ser indígenas¹³, condición que favorece el maltrato y la desvalorización de la mujer. Su ubicación en la periferia de la periferia y en zonas rurales también favorece esta mirada desvalorizada.

La violencia contra las mujeres durante los conflictos armados se fundamenta sobre patrones históricos de violencia, tanto estructural, social y de género, así como de discriminación. Estos patrones recrudecen y se intensifican en este contexto.

1.4. IMPACTO DE LA VIOLENCIA SEXUAL DURANTE CONFLICTO ARMADO EN LA VIDA DE LAS MUJERES

El impacto de la violencia no solo se da a nivel individual, en el cuerpo y la historia de cada mujer, sino en todas como mujeres y en todos como parte de un grupo social.

La violencia fragmenta los vínculos sociales y viola el espacio mental, relacional y social. Como tal será transmitido de una generación a otra si no llega a ser elaborado. Además, la violencia anula la existencia del otro como sujeto, en su deseo y su voluntad, convirtiéndolo en objeto de agresión y control. Es una manera de reafirmar el poder de quien no tolera la diferencia en el otro y no encuentra otra alternativa que la violencia para someterlo a sus deseos y su voluntad. Lo paradójico de esta situación es que el mismo sujeto agresor se convierte también en un objeto, corta la posibilidad de ser reconocido por un otro que le da existencia. A manera de trauma, al no ser elaborada la violencia, condena casi a un círculo vicioso: con la idea de controlar al otro, se le ejerce mayor violencia y mayor presión, pero nunca es suficiente y siempre existe la sospecha de ser traicionado. A mayor control, mayor desconfianza, y mayor necesidad de seguir controlando, hasta llegar a los actos más brutales que podamos imaginar. El vínculo social, basado en la confianza y la relación de sujetos, queda totalmente dañado.

El contexto de conflicto armado solo acentúa las relaciones de poder previas, como son las existentes entre hombres y mujeres. Los estereotipos de género son reproducidos y son parte del sistema base, como otros tipos de discriminación de raza, etnia, o razones socioeconómicas, desde donde se construye el conflicto y el impacto de éste va a ser diferenciado también por estas razones. Las mujeres se encuentran en una situación particular de riesgo, más aún si se es indígena, afrodescendiente o de alguna comunidad igualmente marginada.

¹² CHINKIN, Christine. “Rape and Sexual Abuse of Women in International Law.” *European Journal of International Law*. Vol. 5, N° 3, 1994, p. 328.

¹³ DE LA CADENA, Marisol. “Las Mujeres son más Indias”. En RUIZ BRAVO, Patricia (Ed.), *Detrás de la Puerta. Hombres y Mujeres en el Perú de hoy*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, pp. 181-203.

La presencia de actores armados en los pueblos indígenas provoca una dramática transformación de las redes sociales. Restringen su autonomía, controlan sus acciones, cambian su dinámica sociocultural, atacan a sus autoridades. En síntesis, una apropiación de sus tierras, sus costumbres y sus cuerpos; por todo ello, los indígenas se ven obligados a desplazarse. Los pueblos indígenas funcionan con una lógica de colectivo, esa es una de las principales rupturas con la visión y la mentalidad individualista de los actores del conflicto.

1.4.1. INVISIBILIDAD DE LOS CAMBIOS DE LOS ROLES DE LA MUJER Y SUS AGENCIAS DURANTE UN CONFLICTO ARMADO

Las mujeres han sido invisibilizadas como actoras de la guerra: como guerrilleras o integrantes de los grupos alzados en armas como en Perú; como mujeres resistentes; como desplazadas o retornantes; o como los pilares del tejido social, siendo garantes de la alimentación y protección de los otros miembros de su familia y comunidad. Las mujeres también están presentes como víctimas, pero también como actoras de una heroicidad que sale usualmente del modelo masculino. Es por tanto una tarea pendiente que no se reproduzca en los relatos sobre lo que pasó, la figura tradicional que termina mostrando a las mujeres solo como víctimas y a los hombres como agresores y/o valientes.

El conflicto armado afecta a las mujeres desde los diferentes roles que cumplieron y cumplen, ya sea como guerrilleras, colaboradoras de los grupos de insurgencias o del ejército, comuneras, madres, líderes, estudiantes, entre otras. A pesar de que la vivencia de cada uno de estos grupos de mujeres puede ser diferenciada, ya sea en Colombia, Perú o Guatemala, existen puntos en común en la manera cómo se ven afectadas como consecuencia del conflicto.

En contextos de conflicto las mujeres se ven obligadas a asumir roles diferentes sin habérselo propuesto, debido a la desorganización y a los cambios tanto a nivel social como económico. Deben hacerse cargo de nuevas responsabilidades, mantener a la familia, convivir con maneras violentas de ser y estar, denunciar lo vivido, participar de organizaciones, entre otras.

Es importante resaltar que una de las consecuencias del conflicto para las mujeres fue también la creación de espacios y organizaciones creadas para la defensa de sus derechos. Tanto en Perú, Colombia y Guatemala, las mujeres se organizaron para denunciar las violaciones ocurridas, principalmente aquellas contra sus familiares, a pesar del miedo y del terror. Entre ellas tenemos a las mujeres indígenas, que dejan su papel tradicional y cumplen un rol más activo y de participación en sus comunidades, como consecuencia de la desaparición de sus esposos e hijos, a pesar de los castigos que recibían por asumir esta nueva posición y salir de los espacios tradicionales de género.

En Colombia, las mujeres en las comunidades asumen la vocería ante los mismos grupos armados. Al mismo tiempo, toman posición como actoras sociales que reclaman el ejercicio de sus derechos; exigen el respeto de sus formas de vivir; la devolución de sus hijos reclutados en sus filas; y la liberación de sus líderes retenidos¹⁴.

Las mujeres han jugado un papel central en la defensa de los derechos humanos, como impulsoras, dirigentes de organizaciones, agrupaciones, etc. Ello además las colocaba en una situación de riesgo, ya

¹⁴ MESA MUJER Y CONFLICTO ARMADO. *Informe sobre Violencia Sociopolítica contra Mujeres, Jóvenes y Niñas en Colombia*, 2004.

que eran blanco de atentados, ya sea por ser consideradas subversivas o por estar de parte de las fuerzas militares. El peligro no es solo individual sino también como parte de grupos sociales y organizaciones. Tal como se señala en el cuarto informe de la Mesa Mujer y Conflicto Armado de Colombia, para los actores armados al parecer las organizaciones sociales representan una amenaza al orden y control que quieren imponer. Un ejemplo es la Asociación Nacional de Mujeres Campesinas, Negras e Indígenas de Colombia (ANMUCIC), donde las violaciones a los derechos humanos a sus afiliadas ha sido permanente. Esta asociación tiene como objetivo fortalecer la participación de las comunidades y en especial de las mujeres en los procesos de desarrollo. En el último año, tres de sus líderes se vieron obligadas a exiliarse debido a las amenazas constantes contra sus vidas y la de sus familiares.

Sin embargo, a pesar de la participación y organización de las mujeres en la defensa y denuncia de las violaciones ocurridas durante y post conflicto armado, estas demandas siguen siendo principalmente en defensa de alguien más. Es decir, las mujeres denuncian por los hijos, apelando a su rol de madre o de viudas; por sus esposos desaparecidos, torturados, detenidos al margen de la ley o ejecutados de manera extrajudicial; y no colocándose ellas como principales víctimas o sobrevivientes del conflicto. Las mujeres una vez más se colocan en la posición de hacerse cargo de los otros, desde un segundo plano.

Esto se pudo observar en el Perú, por ejemplo, donde en 1983 se forma la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú (ANFASEP), una de las primeras organizaciones que buscaba denunciar y pedir investigación sobre desaparecidos. Situación similar ocurrió en Guatemala, en donde las primeras agrupaciones se dieron por familiares de detenidos o desaparecidos, como el Grupo de Apoyo Mutuo, GAM; la Asociación de Familiares Detenidos- Desaparecidos de Guatemala, FAMDEGUA y la Coordinadora Nacional de Viudas, CONAVIGUA. Al parecer, las organizaciones de mujeres no se han formado a partir de reconocerse víctimas y afectadas directamente por la violencia en su ser mujer o por haber sufrido violencia sexual, sino desde un rol tradicional de madre, esposa e hija.

1.4.2. LA MUJER CONVERTIDA EN OBJETO Y PARTE DE LA ESTRATEGIA DE GUERRA

La violencia sexual, las uniones forzadas y el desplazamiento de familias enteras a cargo de mujeres; tal como lo señalan las cifras en Perú y Guatemala, son crímenes casi exclusivos contra las mujeres. Ya sabemos que en Colombia, estas violaciones son parte también del conflicto; sin embargo, aún no están documentadas. Así, necropsias practicadas a los cuerpos de nueve menores, entre 14 y 17 años que murieron en combates entre el Ejército y las FARC se encontró la presencia de dispositivos intrauterinos, lo que revelaba que podrían haber sido sometidas a acoso pues sus cuerpos presentaban dilataciones anormales de sus genitales, lo que indicaban una marcada actividad sexual.

El cuerpo de la mujer visto como objeto y territorio de guerra, está presente en todos los conflictos armados y debe ser entendido como una práctica de guerra generalizada. Ello responde a la mirada de mujer como objeto, previo a la situación de conflicto y desde los diferentes actores involucrados, ya sea la guerrilla, los grupos de insurgencia o de subversión armada, las Fuerzas Armadas, entre otras. Tal como refiere un vocero de las FARC, tienen como “estrategia de marketing” colocar la fotografía de mujeres guerrilleras “bonitas”, como atractivo para fomentar a los hombres a que se incorporen en sus filas.

Por un lado, tenemos a una mujer-objeto, cuyo cuerpo es utilizado como carnada a fin de “captar” y seducir a los guerrilleros para que se unan a la causa política. Por otro lado, cuerpos violados y agredidos, como forma de castigo y medio de terror. Cuerpos utilizados como instrumentos de guerra para dañar el

honor del enemigo. Es por eso que no solo eran violentados, sino también usados para humillar, someter y subordinar a las mujeres delante de sus maridos, padres y hermanos, como una manera de ejercer poder sobre los varones, bajo el supuesto que la mujer era un objeto de honor y deshonor. Los cuerpos también son usados como medio de cambio, dados por favores para liberar a familiares o evitar la muerte. De una u otra manera, el cuerpo y la sexualidad de la mujer es utilizado como instrumento de guerra, materializando sus cuerpos, desubjetivándola, olvidando que existe un sujeto detrás, una mujer.

1.4.3. TEMOR, VERGÜENZA, INSEGURIDAD: LOS SENTIMIENTOS DE LAS MUJERES

Hablamos entonces de mujeres, en su mayoría adolescentes y jóvenes, marcadas por episodios violentos que dejarán huellas a lo largo de su vida. En muchos casos ellas fueron condenadas al silencio ya sea por la vergüenza, la culpa o el miedo a ser estigmatizadas. Coactando su posibilidad de hablar, este hecho se convierte en una herida que no puede ser compartida ni elaborada y que deja huella en lo más profundo de su ser, sobrepasando todos sus límites de privacidad e intimidad. Frente a esto, el silencio pareciera que acalla también el dolor, y genera la ilusión de que la violación no ha ocurrido, como refieren muchas mujeres víctimas de violencia sexual, quienes prefieren no hablar de eso para no recordarlo. Para las mujeres, es más sencillo denunciar la violencia ocurrida contra sus maridos, sus padres o sus hijos, que aquella cometida contra sí mismas.

El sentimiento de inseguridad permanente y la desconfianza son parte también de las consecuencias y huellas que deja el conflicto armado. El sentimiento de seguridad es fundamental para el desarrollo; sin éste, el terror y el miedo son los actores centrales, y no es posible restablecer los vínculos sociales, parte fundamental de nuestras vidas como seres comunitarios. El vivir en permanente estado de zozobra, en riesgo de ser atacada, tiene efectos sobre la identidad, sobre el ser mujer, reforzando una mirada de víctima y corriendo el riesgo de quedar estancadas en dicho rol. Esto conduce a las mujeres a construir una identidad desde la fragilidad y vulnerabilidad, fijada en el miedo y el terror del ataque a su cuerpo y sexualidad. Así, se limitan sus posibilidades de ver los recursos y fortalezas que les permitan denunciar y reparar lo vivido.

El miedo es uno de las tácticas de guerra que garantizan más eficientemente el control social y refuerzan la relación de dominación del agresor con sus víctimas. Este miedo puede ser implantado a partir de acciones concretas o de la amenaza permanente, esto último ligado más hacia una tortura psicológica. La amenaza permanente de las mujeres es principalmente dirigida hacia sus cuerpos; su sexualidad; su maternidad, a partir de abortos forzados; y hacia sus hogares: la amenaza de perder a sus hijos, y la separación de sus familias. De esta manera, son afectadas en todos aquellos espacios que la definen como mujer, que le dan identidad. Es entonces un ataque directo a su identidad.

Se rompen así las cadenas del amor, la ternura, la confianza en el otro, condenándolas a un estado de "encerrona trágica", en términos de Ulloa¹⁵. Este concepto nos remite a la situación en la que la víctima, frente a la situación traumática vivida, no encuentra una instancia que le permita romper con el estancamiento que la violencia le produjo, permaneciendo así en un estado de desconfianza e inseguridad. Esta instancia puede estar ubicada en la ternura, como posibilidad de romper con este sufrimiento, permitiendo el reconocimiento del otro como sujeto.

¹⁵ ULLOA, Fernando. *Novela Clínica Psicoanalítica. Historia de una Práctica*. Buenos Aires: Paidós, 1995.

Este sentimiento de inseguridad no solo es alimentado por las partes del conflicto armado en sí, ya sea Fuerzas Armadas, grupos subversivos, guerrilla o paramilitares. También es reforzado por la situación de impunidad y corrupción de parte del Estado y las fuerzas políticas. Es obvio que luego de haber sufrido violaciones de parte de las supuestas figuras que debían dar protección, la confusión y la ambivalencia se instalan en las víctimas, quienes no vuelven a confiar en un sistema que sigue discriminando y violentando.

1.4.4. DESPLAZAMIENTO DEL LUGAR DE ORIGEN O RESIDENCIA

Una de las situaciones que ubican a las mujeres en un estado de mayor vulnerabilidad es el desplazamiento. Se ha encontrado a partir de diversos estudios con poblaciones desplazadas, que los grupos más vulnerables como las mujeres, niñas, niños y ancianas, son las poblaciones que con mayor frecuencia son expulsadas de sus comunidades. Alejadas de sus hogares y de sus comunidades, debido no solo a las dificultades económicas, sino también al desarraigo y la dificultad de recuperar una vida que debido a la violencia se vieron obligadas a abandonar. Quedan desprotegidas en todos los niveles de su vida, desde lo más básico como lo es su salud, hasta su economía, su cultura, sus costumbres, etc.

Por ejemplo, en Colombia la asistencia de emergencia que se presta a las poblaciones de desplazados no incluye la atención a la salud reproductiva. Los servicios tienen un costo inclusive desde los servicios públicos que no atienden a las víctimas de violencia sexual, ni con la anticoncepción de emergencia. Ellas son rechazadas en los hospitales y centros de atención ginecológica. Frente a la desprotección, el desamparo y la situación de pobreza y abandono, víctimas del desarraigo y de otras violencias, les es mucho más difícil defender sus derechos y pedir ayuda; corriendo el riesgo de quedar ubicadas siempre en el rol de víctimas y por lo tanto mucho más vulnerables a seguir sufriendo agresiones y violencia.

1.5. DE LA MEMORIA INDIVIDUAL A LA MEMORIA COLECTIVA

La recuperación de la historia y memoria de las mujeres es fundamental para la reconstrucción de los vínculos sociales, la confianza y la posibilidad de pensar como individuos y al mismo tiempo como miembros de una colectividad. Así, se podrán recuperar los lazos de amor y ternura, aquellos rasgos atribuidos a lo femenino y que la guerra busca anular, ya que no responden a la lógica machista de dominio y poder.

Sabemos que el crecimiento como sujetos y como sociedad conlleva la necesidad de pensar el pasado. Se trata de recuperar el pasado individual y social para conocerlo, darle un sentido e impedir así que interfiera en el presente. El hacer historia asegura el sentimiento de una continuidad en la temporalidad, permitiendo proyectarse en el futuro.

Tal como señala Enríquez,¹⁶ *“los mecanismos de la memoria individual están en interacción constante con los de la memoria colectiva, sin los cuales no podrían funcionar”*. Es por eso que el trabajo de recuperación debe ser colectivo. Kaes¹⁷ señala que el recordar y rememorar están relacionados.

¹⁶ AGUIAR Elina. *Efectos Psicológicos de la Represión Política en el Contexto Social Argentino*. En: http://www.apdh-argentina.org.ar/comisiones/salud_mental/efectos.htm

¹⁷ KAES, René y otros. *La Institución y las Instituciones. Estudios Psicoanalíticos*. Buenos Aires: Paidós, 1989.

La memoria tiene que ver con la mente y con el cuerpo, el cuerpo también tiene memoria, es una entidad que acumula memoria. A través de diferentes formas el cuerpo expresa y revela la insatisfacción de las necesidades básicas y de las patologías sociales como la violencia.

El trabajo de memoria, de lograr ciertos consensos por todos y todas como miembros de una sociedad, tiene mayores posibilidades en lugares como Perú y Guatemala. En estos países, a partir de sus procesos de comisiones de la verdad, se logran ciertos consensos; no sin varios desacuerdos y opiniones encontradas, que comienzan a construir una historia colectiva como sociedad. En Colombia, al proseguir el conflicto, la capacidad de recordar lucha contracorriente con las fuerzas de la violencia del tiempo presente. Cuando la historia se vuelve tan abrumadora y dolorosa, activa muchas veces nuestros mecanismos de defensa, como la negación y la escisión, como defensas frente a lo abrumador del recuerdo. Sin embargo, sin darnos cuenta nos condenamos así a la repetición de la historia.

Tal vez es aún más difícil hablar de memoria y de recuperación cuando la sociedad no siente que tiene los sostenes necesarios para contener el dolor, la rabia, la frustración, entre otros sentimientos que son reactivados con el recuerdo. Cuando la ley ha perdido su capacidad ordenadora y de cuidado, cuando se vive bajo la impunidad y la corrupción, se revive la situación de terror frente a la violencia vivida.

Así, la impunidad se vuelve una nueva situación traumática. Los delitos no son condenados, sino justificados; los agresores no son reconocidos y por lo tanto tampoco lo son las víctimas y su sufrimiento. La ley no es igual para todos y todas, lo cual refuerza la desconfianza y la sensación de desamparo. Tal como señala E. Aguiar¹⁸, la impunidad puede promover también alienación, en donde la sociedad, como manera de evitar el conflicto y no entrar en contradicción con el discurso proveniente del poder, llega a depositar en el Estado la capacidad de pensar: "El presidente sabe lo que hace" dicen algunos. Desde el Estado se aduce "razón de Estado", por lo tanto secreta, para justificar las leyes que sancionan la impunidad. El supuesto de que hay otro que sabe y que el pueblo no puede saber, es una causa de alienación o sea volverse ajeno a uno mismo sin percatarse. La impunidad puede quedar establecida como principio de organización social, y queda inscrita de la siguiente forma: para delinquir hace falta poder, de modo que aunque haya pruebas, no puede ser declarado culpable. La alternativa frente a esto es la acumulación de poder para poder salir impune y sin castigo frente a los actos cometidos y repetir la historia de violencia y de sometimiento como individuos y como país.

En los conflictos armados, las mujeres deben enfrentarse a las secuelas de la guerra y sufren de manera directa esta situación de impunidad. Entre estas tenemos la destrucción de sus hogares, la muerte y desaparición de sus familiares, el desplazamiento, la estigmatización de ser una sobreviviente y más cuando ha sido víctima de violencia sexual. En algunas comunidades se las obliga a callar para que no caiga la "vergüenza sobre ellas", a pesar de que fueron forzadas y amenazadas, siendo las responsables por lo que otros hicieron en sus cuerpos. El Estado, a través de sus instituciones y las representaciones sociales, mantiene la concepción de que el cuerpo de las mujeres no les pertenece; puede ser tomado, vejado y ellas deben silenciarlo. Hablarlo o denunciarlo las expone a ellas, y no a los agresores, a la sanción pública. Esta impunidad no puede continuar.

¹⁸ AGUIAR. Elina s/a. *Op.cit.*

CAPÍTULO 2

NORMAS Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONALES VINCULADAS A LA VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO ARMADO

Retomando las conclusiones del capítulo anterior, la violencia sexual durante un conflicto armado no ocurre de forma aislada, sino que de alguna forma está vinculada a la violencia contra la mujer preexistente al conflicto y que, de no ser prevenida y/o sancionada, se repetirá en el futuro. Por eso, para prevenir estos actos de violencia sexual en conflictos armados, es necesario combatir y erradicar las diversas conductas de violencia contra la mujer en un contexto previo a un conflicto y las dejan indefensas ante situaciones más peligrosas como los conflictos armados.

Por esta razón, en el presente capítulo, dedicado al recuento de los instrumentos nacionales e internacionales relacionados a la violencia sexual y jurisprudencia relevante, dividimos la parte internacional en tres secciones. Una primera sección está dedicada a los instrumentos de aplicación general, tanto en contexto de conflicto como en ausencia de éste. Una segunda sección está dedicada a la normativa aplicable a las situaciones de conflicto, vale decir los Cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. La tercera sección es mucho más específica en género, pues recopila los instrumentos aplicables a las mujeres durante un conflicto armado.

Este recuento de normas y jurisprudencia nos dará mayor claridad sobre cuáles son las obligaciones del Estado respecto al respeto de los derechos humanos de las mujeres. Asimismo, explorar qué políticas está practicando para evitar su marginación, discriminación y cualquier otra situación que las coloque en un estado de vulnerabilidad.

2.1. INSTRUMENTOS GENERALES DE DERECHOS HUMANOS APLICABLES ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE UN CONFLICTO ARMADO

2.1.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948)

Esta Declaración fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. También fue aprobada internamente por el Perú, mediante Resolución Legislativa 13282 del 15 de diciembre de 1959. Esta Declaración, aunque no es un tratado, tiene efectos vinculantes para los Estados porque recogen parte del derecho internacional consuetudinario y normas de *ius cogens*, que son de cumplimiento obligatorio.

Esta Declaración, que buscaba plasmar un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, cita como derechos y libertades básicos los de igualdad; no discriminación; vida; no esclavitud o servidumbre; no ser sometido a torturas; reconocimiento de la personalidad jurídica; recurso efectivo ante las autoridades judiciales; protección ante la detención arbitraria; libertad de expresión, reunión y asociación; libertad para decidir con quién casarse; propiedad; trabajo y educación, entre otros.

2.1.2. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966)

Este Pacto fue adoptado y abierto a la firma por resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de la ONU, del 16 de diciembre de 1966, y fue ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978. El Pacto recoge los derechos y libertades expresadas en la Declaración Universal y añadiendo otros. Sin embargo, existen dos disposiciones que son importantes para el desarrollo de los derechos de las mujeres y, principalmente, su protección frente a cualquier forma de violencia o discriminación.

La primera es la *obligación del Estado de respetar y garantizar a todos los individuos en su territorio y sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin ningún tipo de distinción*. Esta obligación es complementada con el artículo 3 del Pacto, que establece el *compromiso estatal específico de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos allí contenidos*. Desarrollando esta obligación estatal, la Observación General N° 28, comentando específicamente la situación de la mujer durante conflictos armados, establece que los Estados Partes *deberán informar al Comité de todas las medidas adoptadas en situaciones de esa índole para proteger a la mujer de la violación, el secuestro u otras formas de violencia basada en el género*.¹⁹

La segunda es *la posibilidad que los Estados, ante una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación y cuya existencia ha sido proclamada oficialmente, podrán adoptar medidas que suspendan las obligaciones contraídas en el Pacto*. Esta suspensión, sin embargo, no alcanza a los derechos a la vida; a no ser sometido a torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; a no ser sometido a esclavitud o servidumbre; a no ser encarcelado por incumplimiento de obligaciones contractuales; a no ser condenado por hechos que no eran delictivos en derecho nacional o internacional en el momento de su comisión; reconocimiento de la personalidad jurídica; y la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Posteriormente el Comité de Derechos Humanos, con la Observación General N° 29 (2001), incluyó entre los derechos no susceptibles de suspensión el derecho al trato digno; la prohibición de toma de rehenes, secuestros o detenciones no reconocidas; protección a las minorías; la prohibición de deportación o traslado forzoso de población, y la prohibición de propaganda a favor de la guerra o apología del odio nacional.²⁰

Ello significa que **los derechos no susceptibles de suspensión citados arriba deben ser promovidos y respetados en todo momento, aún en circunstancias de excepción**. Ello constituye una medida de protección importante para la población y, específicamente para las mujeres en contextos de conflicto armado, los que constituyen el ejemplo clásico de evento que puede poner en peligro a la nación.

¹⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N° 28: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres* (2000), para. 8.

²⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N° 29: Suspensión de Obligaciones Durante un Estado de Excepción* (2001), para. 13.

2.1.3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1966)

Este Pacto fue adoptado y abierto a la firma por resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de la ONU, del 16 de diciembre de 1966, y fue ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978. Este instrumento reconoce a hombres y mujeres, sin ninguna distinción, los derechos a una vivienda adecuada; al trabajo y a condiciones laborales equitativas y satisfactorias; educación; enseñanza; disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; a formar o afiliarse a sindicatos; seguridad social; y a participar de la vida cultural.

De entre estas disposiciones, cabe resaltar dos para el tema de violencia sexual en conflicto armado. Una de ellas es *la obligación estatal de asegurar a hombres y mujeres el goce de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto*.

El segundo tiene que ver con el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental. Según la Observación General N° 14, el derecho a la salud está estrechamente vinculado al ejercicio de derechos tales como la vida; la no discriminación; la igualdad; la prohibición de ser sometido a torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.²¹ No hay que olvidar que, por principio de integralidad, el ejercicio o violación de un derecho genera un impacto en otros derechos. Los derechos a la vida y a no ser sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, muy vinculados al derecho a la salud, pertenecen al grupo de derechos que deben ser respetados en todo momento. En un contexto de conflicto armado, la violación del derecho a la vida y de la prohibición de la tortura constituiría una afectación del derecho a la salud.

De producirse esta afectación, según la misma Observación General, el Estado viola su deber de protección "...al no proteger a las mujeres contra la violencia y al no procesar a los autores de la misma..."²² Con ello se consolida la idea de que parte del derecho a la salud de las mujeres consiste en recibir protección adecuada contra la violencia, sea en tiempos de paz o de conflicto armado.

2.1.4. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989)

Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma por resolución 44/25 de la Asamblea General de la ONU, del 20 de noviembre de 1989, y fue ratificada por el Perú el 4 de setiembre de 1990. Este tratado reconoce el goce, tanto para niñas y niños como adolescentes menores de dieciocho años, de diversos derechos como el derecho a la vida; al nombre, nacionalidad y a conocer a sus padres en la medida de lo posible; educación; reunión familiar; libre opinión y expresión; libre pensamiento, conciencia y religión; libre asociación; y, protección frente a injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar. Asimismo, reconoce la obligación del Estado de respetar y hacer respetar los derechos de las niñas y niños, y de establecer políticas orientadas a promover y garantizar su bienestar.

Específicamente para el caso de violencia sexual, podemos encontrar tres artículos relevantes. En el artículo 37 se establece el deber del Estado para velar que *ningún niño sea sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente*. Ello es muy impor-

²¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* (2000), para 3.

²² *Ibid.*, para. 51.

tante considerando que muchas de las víctimas de violencia sexual antes, durante y después del conflicto armado son niñas y adolescentes. Ellas son forzadas o detenidas como un medio de presión para disminuir la moral del bando enemigo, para obtener información, inculpaciones o para obligarlas a formar parte de los grupos armados, ya sea para el combate en sí o para realizar las actividades domésticas del grupo.

Otro punto importante se encuentra en el artículo 38, por el cual *el Estado se obliga a respetar y hacer respetar las normas de derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados y pertinentes para la niña y el niño*. Asimismo, se contempla el *deber estatal de evitar en lo posible que los menores de 15 años participen directamente de las hostilidades*. Con ello la aplicación de las normas referidas a la protección especial de la niña y el niño es imperativa, especialmente contra cualquier forma de atentado al pudor (artículo 77 del Protocolo I). Al mismo tiempo, ello da visibilidad al problema de los niños soldados, y la participación de niñas y adolescentes menores de dieciocho años como combatientes, exponiéndolas a circunstancias de abuso y violencia sexual.

Finalmente, el artículo 39 *obliga a los Estados a promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier tipo de abandono, explotación o abuso; tortura u otro trato cruel, inhumano o degradante; o conflictos armados*. Sobre este punto, la Observación General N° 4 reconoce la situación de riesgo de los niños y adolescentes en contexto de conflicto. Por ello, recomienda al Estado fuertes inversiones en políticas y medidas preventivas para reducir este factor de vulnerabilidad, proporcionando medios poco costosos a la sociedad para promover el desarrollo armónico de los adolescentes en una sociedad libre.²³

Luego de esta Convención se dieron dos Protocolos Facultativos vinculados a violencia sexual y conflicto armado. El *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000)* entró en vigor para el Perú el 8 de junio de 2002. En esa misma fecha también entró en vigor para el Perú el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (2000)*.

El primer tratado busca prevenir, juzgar y sancionar delitos de violencia sexual contra menores, como son la venta, la prostitución y el uso de menores en pornografía. El segundo tratado, aunque no menciona el tema de la violencia sexual, busca establecer principios sobre la participación de los niños en conflictos armados, en concordancia con las normas de derecho internacional humanitario y de derechos humanos. Así, se busca que en la medida de lo posible los menores de edad no participen de las acciones en combate.

2.1.5. CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES (1984)

Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma por resolución 39/46 de la Asamblea General de la ONU, del 10 de diciembre de 1984, y ratificada por el Perú el 7 de julio de 1988. Esta Convención define la tortura como

...todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confe-

²³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General N° 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño* (2003), para. 38.

sión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Esta Convención es muy importante para la prevención y sanción de la violencia sexual en tiempos de conflicto armado. Primero, porque *la violencia sexual cometida durante un conflicto armado o en situaciones previas o posteriores a un conflicto encaja dentro de la definición de tortura de la Convención.*

Segundo, porque de acuerdo al artículo 2.2, *no pueden invocarse circunstancias excepcionales como el estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública para justificar una tortura.* Ello se condice con su característica de derecho no derogable, ya establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tercero, de acuerdo al mismo artículo *no puede invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de una tortura.* Con ello se refuerza la idea que la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes son conductas aberrantes que no pueden ser permitidas bajo ninguna circunstancia.

Existe jurisprudencia que nos permite entender la relación entre la violencia sexual y la tortura. En la sentencia *Delalic y otros*, más conocido como caso *Celebici*, la violación sexual puede constituir tortura si reúne los requisitos establecidos en la Convención.²⁴ A nivel regional, ésta también es la visión del sistema europeo, con el caso *Aydin v. Turquía*,²⁵ y en el sistema interamericano, con *Raquel Martín de Mejía v. Perú*.²⁶ Asimismo, en la sentencia *Furundzija*, el Tribunal Penal de la ex Yugoslavia estableció que el uso de la violación sexual (una de las formas de violencia sexual) durante la detención y los interrogatorios puede constituir tortura. Este punto también ha sido desarrollado por la Defensoría del Pueblo en Perú, sugiriendo calificar la violencia sexual como tortura cuando dichos actos ocurran con fines de investigación criminal, intimidación, castigo u otro basado en cualquier tipo de discriminación.²⁷

2.1.6. CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO (1948)

Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma por resolución 260 A (III) de la Asamblea General de la ONU, del 9 de diciembre de 1948, y ratificada por el Perú el 24 de febrero de 1960. Ésta define el delito de genocidio como

...cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

²⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Zejnir Delalic y otros*. Sentencia del 16 de noviembre de 1998, para. 475 y ss.

²⁵ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Aydin v. Turquía*. Sentencia del 25 de setiembre de 1997, paras. 83 y 86.

²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Raquel Martín de Mejía v. Perú*. Informe 5-96, Caso 10970, del 1 de marzo de 1996.

²⁷ DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Violencia Política en el Perú: 1980-1996. Un Acercamiento desde la Perspectiva de Género*. Informe Defensorial N° 80. Lima: Defensoría del Pueblo, 2004, p. 89.

- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Este crimen, también incluido en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (1998), también tiene particular relevancia en el caso de violencia sexual durante conflictos armados. En efecto, de acuerdo al Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso *Akayesu*, la violación de mujeres puede constituir genocidio si cuenta con la intencionalidad requerida para ese crimen.²⁸ En efecto, las violaciones sexuales que sufrieron las mujeres del grupo tutsi en Ruanda resultaron en su destrucción física y psicológica, la de sus familias y sus comunidades. La violencia sexual fue, entonces, parte del proceso de destrucción de este grupo.

La crítica feminista encuentra una posible paradoja en este punto: el sufrimiento de la mujer víctima de violencia sexual en un contexto de genocidio pasa a segundo plano, para dar mayor relevancia al daño y sufrimiento de la comunidad. El feminismo advierte que este avance no está basado en el reconocimiento de la experiencia de la mujer, sino en la afectación del sistema patriarcal comunitario que asigna un valor a sus mujeres, y que se ve severamente dañado cuando ocurre un acto de violencia sexual contra ellas, al punto de provocar su extinción. De esta manera, ellas serían doblemente víctimas: primero de la violencia sexual por parte del enemigo, y segundo por la exclusión de la familia y la comunidad a causa de esta violencia.²⁹

Esta observación puede alimentar la idea sobre la existencia de dos opciones aparentemente opuestas: o se aplica la perspectiva intercultural que privilegie el sentimiento comunitario o se aplica la perspectiva de género que de relevancia al sufrimiento de la mujer. En nuestra opinión, éste es un dilema innecesario. La aplicación de una perspectiva intercultural que tome en cuenta a la mujer tanto como individuo como parte de un colectivo no está divorciada de la perspectiva de género, y son más bien dos caras de una misma moneda. Tanto la norma como los estereotipos de género son un producto social, fruto de una colectividad de personas que actúa y omite de acuerdo a sus propias percepciones sobre lo masculino y lo femenino. Por el contrario, en vez de separadas ambas se complementan entre sí. Mientras una busca resaltar la experiencia de la mujer como tal, como ser humano y ser social, la otra busca rescatar su papel y su rol en un determinado grupo social. El encuentro e interacción de ambas perspectivas pueden lograr una sensibilización y un tratamiento mucho más integral de las causas y los efectos de la violencia sexual en la vida de las mujeres, sobre todo en contextos de conflicto y cuando tienen características de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Además, no hay que perder de vista que el genocidio es un crimen de por sí colectivo, por lo que no solo los crímenes cometidos contra mujeres, sino también los cometidos contra varones y niños serían apreciados no solo a nivel individual, sino principalmente a nivel comunitario.

2.1.7. ESTATUTO DE ROMA QUE CREA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (1998)

El Estatuto de Roma fue adoptado y abierto a la firma el 17 de julio de 1998, y fue ratificado por el Perú el 10 de noviembre de 2001. Este instrumento es crucial e implicó un hito en el tratamiento de la violencia sexual antes, durante y después de un conflicto armado. Ello porque, por primera vez, y recogiendo la experiencia

²⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*. Sentencia del 2 de setiembre de 1998, para. 731.

²⁹ DIXON, Rosalind. "Rape as a Crime in International Humanitarian Law: Where to from Here?" *European Journal of International Law*. Vol. 13, N° 3, p. 703-705.

de los tribunales *ad hoc* en Ruanda y la ex Yugoslavia, un instrumento internacional de carácter universal reconocía la violencia sexual como uno de los crímenes más atroces, pudiendo configurar un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad.³⁰ Ello terminaría con la tendencia del derecho penal internacional de invisibilizar la violencia sexual, debiendo ser tratada dentro del crimen de tortura o del delito “otros actos inhumanos contra la población civil”, como fue definida por los tribunales de Nuremberg y Tokio.³¹

De acuerdo al Estatuto y a los Elementos del Crimen,³² entre las conductas de violencia sexual sancionadas tanto como crímenes de guerra como crímenes de lesa humanidad se encuentran los siguientes:

- **Violación sexual**, entendida como la invasión del cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. Esta invasión deberá producirse por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.
- **Esclavitud sexual**, entendido como el ejercicio del derecho de propiedad sobre una o más víctimas, como comprarlas, venderlas, prestarlas, darlas en trueque o todas ellas, con el fin que éstas realicen actos de naturaleza sexual.
- **Embarazo forzado**, como el confinamiento de una o más mujeres que fueron embarazadas por la fuerza, con el fin de cambiar la composición étnica de una población o cualquier otro fin contrario al derecho.
- **Prostitución forzada**, consistente en obligar a una o más personas a realizar uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, amenaza del uso de la fuerza o la coacción, con el fin de obtener ventajas económicas de dichos actos.
- **Esterilización forzada**, que consiste en privar a una o más personas, sin su libre consentimiento, de su capacidad de reproducción biológica, y sin justificación alguna en un tratamiento médico o clínico.
- **Otros actos de violencia sexual de gravedad comparable**. Estos otros actos deben consistir en **un acto de naturaleza sexual**. Al mismo tiempo, *la víctima debe haber realizado este acto por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción*, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder,

³⁰ Para ello influyó no solo los Estatutos de ambos tribunales, sino además jurisprudencia relevante que ayudó a comprender las nociones e interpretar disposiciones. Por ejemplo, la sentencia *Akayesu* fue la primera de definió la violación sexual como una invasión de naturaleza sexual contra una persona en circunstancias que son coercitivas. Por la parte del tribunal de la ex Yugoslavia, la sentencia *Kunarac y otros* (2001) analiza la violación sexual y la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra. Esta misma sentencia desarrolla el tema del consentimiento otorgado por la víctima, **el cual debe ser libre, analizado de acuerdo a las circunstancias**. De este mismo tribunal, las sentencias *Delalic y Furundzija* establece que la violación sexual puede ser considerada tortura si ocurre durante detención o interrogatorios y si reúne los requisitos establecidos en la Convención respectiva.

³¹ Art. 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg; Art. 5 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente.

³² CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Elementos del Crimen*. 9 de setiembre de 2003, ICC-ASP/1/3 (parte II-B).

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

El valor de este Estatuto también se da en materia procesal. Entre otros, el mismo Estatuto y/o las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) de la Corte Penal Internacional establecen que:

- Como excepción al principio del carácter público de las audiencias, establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. *En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de violencia sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo.* (Artículo 68 Estatuto, la cursiva es nuestra);
- El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre (RPP 70a);
- La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo (RPP 70d);
- A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4* del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo (RPP 71);
- Cuando se tenga la intención de presentar u obtener, incluso mediante el interrogatorio de la víctima o de un testigo, pruebas de que la víctima consintió en el supuesto crimen de violencia sexual denunciado, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo, se notificará a la Corte y describirán la sustancia de las pruebas que se tenga la intención de presentar u obtener y la pertinencia de las pruebas para las cuestiones que se planteen en la causa. La Sala escuchará a puerta cerrada las opiniones del Fiscal, de la defensa, del testigo y de la víctima o su representante legal, y tendrá en cuenta si las pruebas tienen suficiente valor probatorio en relación con una cuestión que se plantee en la causa y los perjuicios que puedan suponer (RPP 72).

2.1.8. CONVENCIÓN POR LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD (1968)

Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma por resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de la ONU, del 26 de noviembre de 1968, y ratificada por el Perú el 11 de agosto de 2003. Este tratado determina que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Asimismo, no solo se aplicará la Convención a quien cometió el delito, sino también a los representantes de la autoridad del Estado que actúen como autores, cómplices, instigadores o conspiradores. En el caso de las autoridades estatales, ellos también serán responsables cuando toleraron la comisión de estos crímenes.

Las disposiciones de esta Convención son cruciales para evitar la impunidad de los crímenes de violencia sexual cometidos en contexto de conflicto armado. Justamente uno de los problemas del juzgamiento de la violencia

sexual en las cortes nacionales es que, al no ser tipificada como crimen de guerra o de lesa humanidad, era juzgada como un mero delito común que podía prescribir. En el peor de los casos, simplemente no era juzgada.

La aplicación efectiva de esta Convención, sin embargo, corre riesgo por las declaraciones que algunos Estados han adjuntado a sus ratificaciones o adhesiones. En el caso de México y Perú, ambos Estados manifestaron en sus instrumentos de adhesión que la Convención era vigente para todos los crímenes cometidos a partir de la fecha de adhesión. Estas declaraciones son en esencia reservas que van en contra del objeto y fin expreso de la Convención, que pretende el juzgamiento de los crímenes cualquiera sea la fecha de su comisión.³³ Asimismo, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia regional europea, las reservas que no están permitidas o las que van contra el objeto o fin de un tratado de derechos humanos deben ser consideradas como nulas en las partes pertinentes.³⁴

2.1.9. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (1979), Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO (1999)

Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma por resolución 24/180 de la Asamblea General de la ONU, del 18 de noviembre de 1979, y ratificada por el Perú el 13 de setiembre de 1982. Consiste más bien en una serie de obligaciones impuestas al Estado, desde el lado legislativo, político, judicial y cultural para prevenir, juzgar y sancionar la discriminación contra la mujer, y garantizar el goce y ejercicio de derechos en igualdad de condiciones que el varón. Para complementar este deber, el Protocolo Facultativo permite a los nacionales de los Estados que lo ratifiquen la posibilidad de presentar comunicaciones al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra Mujer, denunciando al Estado por el incumplimiento de su obligación en el marco de la Convención.

Una de las obligaciones estatales más interesantes contenidas en la Convención es su deber de *modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres* (artículo 5).

Ello es muy importante para el tratamiento de la violencia sexual antes, durante y después de un conflicto armado. Los conflictos armados no necesariamente generan las conductas de violencia sexual contra las mujeres, sino que agudizan patrones históricos de discriminación y marginación; donde las mujeres carecen de oportunidades y donde el ejercicio de sus derechos y su ciudadanía es muy limitado. Es más, si estas tendencias no son enfrentadas y corregidas a tiempo, sea por acción o inacción del Estado, entonces el patrón se repetirá en el futuro formando una espiral de conductas violentas (e impunes) contra las mujeres.

2.1.10. RECOMENDACIÓN GENERAL N° 19, DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, ACERCA DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (1992)

Sobre el tema de violencia contra la mujer y discriminación, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer dio la Recomendación General N° 19, sobre Violencia contra la Mujer. En ella, el Comité reconoce que *la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemen-*

³³ Artículo 19 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969).

³⁴ CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 130-31.

*te el goce de derechos y libertades en igualdad de condiciones que el hombre, y que puede contravenir disposiciones de la Convención sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.*³⁵ Esto es muy importante para nuestro trabajo, porque se establece el vínculo causal entre un sistema que discrimina y margina a las mujeres y las situaciones de violencia que ellas viven. Entre estas situaciones de violencia se encuentra la violencia sexual antes, durante y después de un conflicto armado.

Asimismo, esta Recomendación establece que *las guerras, los conflictos armados y la ocupación de territorios conducen frecuentemente a un aumento de la prostitución, la trata de mujeres y actos de agresión sexual contra la mujer, que requiere la adopción de medidas protectoras y punitivas.*³⁶

Cabe enfatizar que esta Recomendación General no es un tratado de derechos humanos, como sí lo es la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. A pesar de ello, *esta Recomendación es de cumplimiento obligatorio para los Estados que han ratificado o adherido la Convención.* Ello porque las Recomendaciones y Observaciones Generales son interpretaciones autorizadas de la Convención, hechas por el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

2.1.11. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (1965)

Esta Convención fue adoptada y abierta a la firma por resolución 206 A (XX) de la Asamblea General de la ONU, del 21 de diciembre de 1965, y ratificada por el Perú el 29 de setiembre de 1971. Este tratado combate la discriminación racial, entendiéndose ésta en el artículo 1 como:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Las disposiciones de esta Convención son también importantes para el tratamiento y prevención de la violencia sexual antes, durante y después de un conflicto armado. Primero, porque promueve el respeto de los derechos de varones y mujeres y el ejercicio de sus derechos y ciudadanía en igualdad de condiciones, uno de los elementos que cumple con el deber de debida diligencia. Segundo, porque muchos de los casos de violencia sexual en conflicto armado se dieron en contextos donde la razón del combate tiene matices étnicos. Las mujeres tutsis de Ruanda, las bosnias en la ex Yugoslavia y las mayas de Guatemala son ejemplos de cómo la violencia sexual sufrida no solo está vinculada a su situación de exclusión dentro del sistema, sino también a su pertenencia a determinados grupos étnicos o nacionales. De hecho, una de las razones para atacarlas en esa forma fue afectarlas no solo a ellas, sino también a sus comunidades.

2.1.12. CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS (1951) Y SU PROTOCOLO (1967)

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue adoptada por resolución 429 (V) del 28 de julio de 1951, accediendo el Perú el 21 de diciembre de 1964. Este tratado establece los derechos y deberes

³⁵ COMITÉ SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer* (1992), para. 1 y 6.

³⁶ *Ibid.*, para. 16.

de los refugiados, además de un sistema de protección para ellos. En ese sentido, de acuerdo al artículo 1, será refugiada la persona que:

... debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección del país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

La principal crítica del movimiento feminista a esta noción de refugiado, que es pilar de todo el sistema de protección hacia ellos, es que no incluye o hace referencia a las mujeres perseguidas por razones de su género. Entre estas razones persecutorias estarían los diversos actos de violencia sexual dirigidos contra ellas, especialmente en contextos de conflicto. Ello fue en alguna forma enmendado a nivel regional, a través de instrumentos que implementaban pero, al mismo tiempo, expandían la definición de refugiado de la Convención de 1951. Tanto la Convención de la Organización para la Unidad Africana (1969) como la Declaración de Cartagena (1984) establecieron que *también podían ser reconocidos como refugiados quienes escaparan de agresiones u ocupaciones extranjeras, dominio extranjero o cualquier otro acontecimiento que altere gravemente el orden público (en el caso de África) o los conflictos internos, violencia generalizada, agresión extranjera o violaciones masivas de derechos humanos (caso de América Latina)*.

Asimismo, un interesante avance jurisprudencial e interpretativo ha permitido que las mujeres víctimas de violencia sexual puedan ser incluidas dentro de esta noción. De este modo la violencia sufrida, aunada a la incapacidad del Estado de actuar frente a esta violencia, constituye persecución. Esta persecución estaría ligada no a razones de género, sino más bien a su pertenencia a "un determinado grupo social"³⁷ o por sus "opiniones políticas"³⁸.

2.1.13. PRINCIPIOS RECTORES DE LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS (1998)

Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos fueron publicados junto con el Informe del Representante del Secretario General de la ONU, Francis Deng, el 18 de febrero de 1998. Estos Principios Rectores no están contenidos en un tratado, pero son de cumplimiento obligatorio al estar basados en disposiciones vigentes del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

El objetivo de este documento fue no solo definir quiénes serían considerados desplazados internos, sino también orientar a los gobiernos y actores de la sociedad civil en el tratamiento de esta población. Lo interesante es que, al proveer estas normas mínimas, estos principios reconocen la vulnerabilidad de

³⁷ En *In re Kasinga*, una joven togolesa obtuvo asilo en Estados Unidos al alegar que, de quedarse en su país, sería forzada a sufrir una mutilación genital femenina. La Corte de Apelaciones de Inmigración le concedió el asilo, al reconocer su pertenencia al grupo social de las mujeres de su tribu que se oponían a la mutilación genital femenina. US BOARD OF IMMIGRATION APPEALS. *In re Kasinga*. Interim Decision 3278, del 13 de junio de 1996.

³⁸ En *R-A*, una mujer guatemalteca obtuvo asilo en primera instancia al probar el maltrato físico, psicológico y sexual que sufría a manos de su esposo en Guatemala, así como la indiferencia de las autoridades estatales y policiales al no tomar su denuncia y dejar sus denuncias archivadas. El juez de inmigración dio por acreditada la persecución en razón a su pertenencia a un determinado grupo social, pero también a sus opiniones políticas. Ello porque consideró que su resistencia al exceso de control y celos desmesurados de su esposo eran una forma de manifestar su opinión que las mujeres no deben ser objetos de dominación de sus esposos. US BOARD OF IMMIGRATION APPEALS. *In re R-A*. Interim Decision 3403, 11 de junio de 1999.

las mujeres, entre otros grupos, en situaciones de desplazamiento interno, e incluye varias disposiciones específicas de protección.

La primera de estas disposiciones tiene que ver con la reafirmación del principio de no discriminación. El Principio 4, en su primer párrafo, establece que éstos se aplicarán sin distinción alguna, por raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política, origen nacional étnico o social. Tampoco cabrá distinción por condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, racionamiento o cualquier otro criterio similar.

El segundo párrafo del Principio 4 determina un tratamiento que tenga en cuenta las necesidades especiales de determinados grupos. Entre estos grupos tenemos los niños, especialmente los menores no acompañados; las mujeres embarazadas; las madres con hijos pequeños; las mujeres cabeza de familia; las personas con discapacidades; y, las personas de edad.

Desde una visión feminista, este párrafo puede producir confusión. Ello porque, de un lado, tiene en cuenta que un gran número de mujeres son vulnerables antes, durante y después de los desplazamientos, teniendo necesidades especiales. Sin embargo, de otro lado, privilegia el tratamiento a determinadas mujeres de acuerdo a su edad y ejercicio de la maternidad. Así, las menores de edad y las de avanzada edad merecen una mención específica, junto con las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, y las mujeres que, como cabezas de familia, deben hacerse cargo de otros tienen una mención específica.

Hubiese sido preferible que esta protección especial sea brindada a las mujeres en general, porque su vulnerabilidad ante un desplazamiento no radica en su maternidad o su edad (de hecho, los varones de avanzada edad también están protegidos por esta norma). Su vulnerabilidad radica en el hecho mismo de ser mujer, social y políticamente en desventaja frente al varón; probablemente desamparada de protección estatal y por ende con menos recursos para defenderse o hacer valer sus derechos. El solo hecho de ser del sexo femenino ya las pone en riesgo.

Ello queda corroborado con el Principio 11, que reconoce el derecho a la dignidad y a la integridad física, mental o moral del desplazado interno. Este principio determina, en su segundo párrafo, que los desplazados internos serán protegidos, en particular contra:

- a) La violación, la mutilación, la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y otros ultrajes a su dignidad personal, como son los actos de violencia contra la mujer, la prostitución forzada o cualquier otra forma de ataque a la libertad sexual.
- b) La esclavitud o cualquier forma contemporánea de esclavitud, como la entrega en matrimonio a título oneroso, la explotación sexual o el trabajo forzado de los niños; y
- c) Los actos de violencia destinados a sembrar el terror entre los desplazados internos.

Este principio, a diferencia del Principio 4, reconoce implícitamente la vulnerabilidad de las mujeres sin distinciones en situaciones de desplazamientos, quedando expuestas su vida, integridad y dignidad ante la violencia sexual. Entendidos ampliamente, estos tres casos cubrirían no solo los actos de violencia sexual contra la mujer reconocidos actualmente como crímenes internacionales, sino que además deja abierta la posibilidad de incluir otros actos, sean de ataque a la libertad sexual o cualquier otro destinado a sembrar el terror en la población desplazada.

Otra disposición importante está contenida en el Principio 18, referido al derecho de los desplazados a un nivel de vida adecuado. En el tercer párrafo, este principio ordena hacer esfuerzos especiales para

asegurar la plena participación de la mujer en la planificación y distribución de estos suministros básicos. Esta participación constituiría una forma de tener en cuenta las voces de las mujeres en decisiones que tienen que ver con su bienestar y el de sus familias, en vez de imponer una política desde fuera. Esta es también una forma de revertir la desventaja de las mujeres desplazadas respecto de los varones en el reparto de alimentos esenciales y agua, alojamiento, vestido y servicios médicos.

Finalmente, el Principio 19, referido a la atención y cuidados médicos de los desplazados, establece en su segundo párrafo que:

2. Se prestará especial atención a las necesidades sanitarias de la mujer, incluido su acceso a los servicios de atención médica para la mujer, en particular los servicios de salud reproductiva, y al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole.

La inclusión de este principio es importante porque contempla servicios especiales para violencia sexual y salud reproductiva durante el desplazamiento interno. Es una forma de reconocer las necesidades especiales de las mujeres en materia de salud, tanto física como mental, y que la violencia sexual afecta su salud como tal.

2.1.14. CONVENCIÓN SOBRE LA ESCLAVITUD (1926) Y CONVENCIÓN SUPLEMENTARIA SOBRE LA ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD, LA TRATA DE ESCLAVOS Y LAS INSTITUCIONES O PRÁCTICAS ANÁLOGAS A LA ESCLAVITUD (1956)

La Convención sobre la Esclavitud fue firmada el 25 de setiembre de 1926 y entró en vigor el 9 de marzo de 1927. Esta Convención, que no ha sido firmada ni ratificada por el Perú, tiene por objetivo prevenir y reprimir la trata de esclavos, hasta lograr la supresión completa de todas las formas de esclavitud. Para esta Convención, esclavitud consiste en el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

Si bien esta Convención tenía la vocación universal de eliminar todas las formas de esclavitud, no hacía mención a formas de esclavitud sexual o servidumbre que implique una sujeción sexual. Hacía solo menciones específicas a la trata de esclavos y al trabajo forzado.

Por ello, para complementar ésta y otras áreas de la Convención, se adoptó la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones o Prácticas Análogas a la Esclavitud. Ello se dio en el marco de la Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956. Esta Convención entró en vigencia el 30 de abril de 1957, y el Perú la firmó el 7 de setiembre de 1956.

El objetivo de esta Convención Suplementaria fue ampliar la Convención sobre la Esclavitud e intensificar los esfuerzos nacionales e internacionales encaminados a abolir la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones o prácticas análogas a la esclavitud. Con este fin, el artículo 1 incorpora una relación de prácticas análogas a la esclavitud que también deben ser erradicadas, incluyéndose entre ellas:

[...]

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimo-

- nio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
- ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
- iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;
- d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

Eso significa que, dentro de las prácticas análogas a la esclavitud, se considera el matrimonio forzado y la unión forzada, así como la explotación infantil. Aunque no hace mención al objetivo sexual de la esclavitud, de manera que incluya la explotación sexual o la prostitución forzada, esta inclusión constituyó en su momento un primer paso en la visibilización de prácticas que negaban la libertad de las mujeres sobre su cuerpo, su sexualidad y que constituyen violencia sexual. Este primer paso fue posteriormente desarrollado y concretado en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

2.1.15. CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS Y DE LA EXPLOTACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN AJENA (1949)

Este Convenio, que tampoco fue firmado ni ratificado por el Perú, fue adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949, entrando en vigor el 25 de julio de 1951. Este Convenio buscaba castigar a todo aquel quien, para satisfacer las pasiones de otro, concertare o explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona. Es decir, está concentrado en sancionar a los proxenetas, no a las prostitutas.

Este Convenio fue un intento de resaltar el tema de la prostitución forzada y la trata de personas al retomar disposiciones de convenciones anteriores aún vigentes, incluida la Convención sobre la Esclavitud. Su espíritu es comprensivo, alcanzando no solo a las mujeres sino a cualquiera víctima de trata y prostitución. Sin embargo, no llega a definir lo que es trata, y su acción se limita mayormente a la sanción de quien concerta o explota la prostitución de otra persona. Con ello se descuida aspectos como políticas públicas orientadas a prevenir sus causas y situaciones que promueven esta conducta, así como medidas para la rehabilitación y readaptación social de las víctimas de prostitución, obligaciones contempladas en el artículo 16 del Convenio. Recordemos que el trabajo infantil con fines sexuales, la explotación sexual, el turismo sexual y la pornografía son situaciones directamente vinculadas al aumento de casos de prostitución, o a su aceptación social.

Finalmente, el tema de la trata fue retomado con mucha más precisión y amplitud, con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas (2000)

2.1.16. PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS, QUE COMPLEMENTA LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (2000)

Este Protocolo fue adoptado y abierto a la firma por Resolución de la Asamblea General 55/25, del 15 de noviembre del 2000. Aunque todavía no entra en vigor, ya ha sido ratificada por el Perú el 23 de enero de 2002.

A diferencia de los anteriores instrumentos sobre trata de personas, este Protocolo provee una definición de trata de personas en su artículo 3, inciso a):

Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. *Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.* (la cursiva es nuestra)

Esta definición era necesaria considerando que el Convenio de 1949 no solo no la definía, sino que limitaba su campo de actuación a los casos de proxenetismo, ignorando otras conductas de violencia sexual vinculadas a la explotación sexual. De esta manera, además de la trata y la prostitución, puede tratarse otros actos de explotación sexual como el trabajo sexual de menores, el turismo sexual, las uniones forzadas, etc.

Al mismo tiempo, este Protocolo establece un marco de protección de las víctimas de la trata de personas, así como medidas de prevención y cooperación. Es decir, a diferencia del Convenio de 1949, este Protocolo busca tratar extensivamente el tema de la trata de personas, reconociendo no solo los derechos y servicios a los que deberían acceder las víctimas de la trata de personas. Es más, no se limita a la parte punitiva de quienes cometen el delito, sino que busca influir en la parte de políticas públicas y cooperación internacional para eliminar las causas que lo motivan.

2.1.17. CONVENIO OIT N° 169 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES (1989)

Este Convenio fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión, entrando en vigor el 5 de setiembre de 1991. El Perú ratificó este Convenio el 2 de febrero de 1994.

La intención de este Convenio fue garantizar a los pueblos indígenas y tribales el goce y ejercicio de sus derechos humanos en el mismo grado que el resto de la población de su país. Ello fue necesario considerando el trato desigual que sufrían estas poblaciones ante la ley de sus países. Por eso una parte importante del texto se concentra en los derechos colectivos, especialmente en lo referido a tierras; formación profesional, artesanías e industrias rurales; y contacto con otros pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras. Al mismo tiempo, busca garantizar el acceso sin discriminación a servicios estatales como salud, educación y justicia. De otro lado, frente a la desvaloración de sus costumbres, instituciones y tradiciones, el Convenio busca fortalecerlas dentro del marco de los Estados en que viven.

En cuanto a la violencia contra la mujer antes, durante y después del conflicto armado, no existen disposiciones específicas. Sin embargo, algunos artículos de este Convenio son muy útiles para la protección de los pueblos indígenas y tribales antes, durante y después de un conflicto armado. Ello es de suma importancia si consideramos que estos grupos, cuando son minoría, son más vulnerables a violaciones colectivas de sus derechos humanos, especialmente cuando son objeto de una política de arrasamiento,

eliminación parcial o genocidio. No olvidemos, tal como vimos en la sección sobre la Convención contra el Delito de Genocidio, que la violencia sexual contra las mujeres ha sido considerada en jurisprudencia como una forma de genocidio cuando cuenta con la intencionalidad requerida.³⁹

En primer lugar, el artículo 4 del Convenio ordena a los Estados *la adopción de medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados*. Estas medidas no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por estos pueblos. Con ello, la protección de estos grupos por parte del Estado es una obligación de éste, tanto en tiempos de paz como de conflicto, y su incumplimiento genera responsabilidad.

En segundo lugar, los artículos 8 y 9 del Convenio se refieren a las costumbres de los pueblos indígenas y tribales. Éstos ordenan tener en consideración el derecho consuetudinario de estos pueblos (artículo 8), así como los métodos a los que recurran éstos para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (artículo 9). Con esto se busca reivindicar las prácticas y costumbres de estos pueblos.

Sin embargo, ambos artículos establecen como excepción que *dichas costumbres o métodos no deben ser incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Ello significa que no puede argumentar la costumbre ni ninguna otra práctica consuetudinaria para violar los derechos humanos. Esto es de suma importancia considerando que las mujeres, niñas y adolescentes no necesariamente son vistas en estos grupos en condiciones de igualdad, y que pueden sufrir violaciones a sus derechos fundamentales. En consecuencia, prácticas tradicionalmente sustentadas en la costumbre de algunos de estos grupos, como la mutilación genital femenina, los castigos físicos a las mujeres por adulterio o los crímenes de honor quedan prohibidas por atentar contra la integridad física y psíquica, la libertad, la salud y la vida de las mujeres y niñas que la sufren.

2.1.18. CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1969)

Esta Convención fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José, Costa Rica, y ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978. En un afán de reforzar lo ya dispuesto por los tratados internacionales de derechos humanos en un nivel más regional y latinoamericano, esta Convención reconoce derechos y libertades, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, para los individuos, en la misma línea que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Convención también establece la obligación estatal de promover, proteger el goce y ejercicio de estos derechos, así como a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En forma similar al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en materia de conflicto armado, la Convención Americana señala en su artículo 27 que *en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá suspender las obligaciones contraídas en la Convención*, aunque en la medida y tiempo limitados de acuerdo a las circunstancias. Estas medidas de suspensión, sin embargo, *no pueden ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna*.

³⁹ Véase *supra*, 2.1.6.

La Convención Americana, al igual que el Pacto, también hace una lista de derechos considerados inderogables en circunstancias de guerra, peligro público o cualquier otro evento que afecte la independencia o seguridad del Estado. Sin embargo, la Convención va más lejos, ampliando la lista de derechos inderogables. Estos son el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida; a la integridad personal; a no ser sometido a la esclavitud o servidumbre; al principio de legalidad y retroactividad; a la libertad de conciencia y de religión; a la protección de la familia; al nombre; a los derechos del niño; a la nacionalidad; y a cualquiera de los derechos políticos. Asimismo, se exige la vigencia de las garantías procesales mínimas que permitan la protección de tales derechos en estos contextos difíciles.

Es decir, la Convención incluye en el grupo de derechos respetados en todo momento aquellos derechos del niño y de protección a la familia, el derecho al nombre y a la nacionalidad. Ello es muy importante considerando la vulnerabilidad en que se encuentran las niñas y niños en contextos de conflicto armado. Al mismo tiempo, el que se exijan garantías mínimas para el debido proceso asegura también la posibilidad de denunciar y obtener justicia efectiva en caso de violaciones de derechos humanos, incluida la violencia sexual antes, durante y después del conflicto armado.

En cuanto a jurisprudencia, existen casos en el sistema interamericano que han tratado el tema de la violencia sexual en conflicto armado. La Comisión Interamericana, en el caso *Raquel Martín v. Perú*, estableció que *la violación sexual sufrida por la peticionaria Raquel Martín durante el conflicto armado interno peruano constituía una modalidad de tortura*. También presumió la inexistencia de recursos internos para sancionar el delito, por el hecho que los perpetradores eran miembros de las Fuerzas Armadas, y hasta el año 1990 en el Perú no existía ningún miembro de las fuerzas de seguridad que hubiese sido juzgado y sancionado por violaciones de derechos humanos. Por ello se entendía que no se iba a investigar el delito.⁴⁰

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala*, analizó un caso de masacre y diversas violaciones de derechos humanos en una localidad de Guatemala, incluida la violencia sexual en forma de violación sexual. En ese caso los peritos recordaron los efectos devastadores que puede tener la violencia sexual a nivel individual y comunitario:

La violación sexual de las mujeres fue una práctica común dirigida a destruir la dignidad de la persona en uno de sus aspectos más íntimos y vulnerables. La memoria y la dignidad de la mujer como transmisora y procreadora del grupo quedó dañada a nivel cultural, social, familiar e individual. Las comunidades mismas quedaron afectadas por esta práctica; se convirtió en motivo de vergüenza colectiva. La impunidad y la cercanía en la que permanecen los autores materiales de la violación sexual han impedido que las mujeres participen en los procesos de justicia y que el terror vivido en la masacre perdure hasta el día de hoy.⁴¹

2.1.19. CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (CONVENCION DE BELEM DO PARÁ, 1994)

Al igual que la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Belem do Pará también está limitada al ámbito regional latinoamericano. Fue adoptada el 9 de junio de 1994 en la ciudad de Belem do Pará,

⁴⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Raquel Martín de Mejía v. Perú*. Informe 5-96, Caso 10970, del 1 de marzo de 1996, sección V, letra B, N° 1-b.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala-Reparaciones*. Sentencia del 19 de noviembre de 2004, p. 22.

Brasil, y fue ratificada por el Perú el 2 de abril de 1996. Este tratado constituyó un hito importante en el tratamiento de la violencia contra la mujer, al reconocerla como “una violación de derechos humanos y las libertades fundamentales”, que “limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”. De esta manera, la Convención de Belem do Pará trató de realizar, a nivel latinoamericano, lo que hizo el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer con la Recomendación N° 19: presentar la violencia contra la mujer como una forma más de discriminación y, de este modo, mostrarla como un incumplimiento de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Para ello, *se reconoce como derecho humano el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado*. De acuerdo al artículo 6 de la Convención, *este derecho comprende no solo a estar libre de toda forma de discriminación, sino también a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación*. La violencia contra la mujer se define, en el artículo 1, como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”*

Estas disposiciones constituyen un gran avance en la prevención y el tratamiento de la violencia contra la mujer, incluida la violencia sexual antes, durante y después de un conflicto armado. Ello porque, *al reconocer como un derecho el estar libre de violencia, se genera la obligación estatal de promover y garantizar el ejercicio de este derecho, así como la obligación estatal de sancionar a quienes, por acción u omisión, interfieran en el ejercicio de este derecho*.

2.2. INSTRUMENTOS GENERALES APLICABLES A SITUACIONES DE CONFLICTO

Luego de revisar los instrumentos aplicables en todo momento, sea en contexto de conflicto como en tiempo de paz, pasamos a revisar la normativa referida específicamente a los conflictos armados, sean internacionales como internos.

Aunque el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados brindan algún tipo de protección para las mujeres que viven situaciones de conflicto armado, en la presente sección nos concentraremos en el derecho internacional humanitario. Para ello, analizaremos los seis instrumentos pilares de esta normativa, es decir, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

Sin embargo, antes de pasar a la revisión de cada uno de ellos, cabe resaltar que, **como principio fundamental, estos instrumentos reconocen que las personas protegidas deben ser tratadas sin ninguna distinción de índole desfavorable, en particular por razones del sexo.**⁴² También se incide en que las mujeres deben ser tratadas con el respeto debido a su sexo.⁴³ De esta manera, por una cuestión temporal, los Convenios de Ginebra hablan de “sexo” y no de “género”, que es un concepto debatido posteriormente, en la segunda mitad del siglo XX.

Cabe señalar que estos Convenios protegen a quienes participan en un conflicto armado ya sea como combatientes, como prisioneros de guerra o como parte de la población civil.

Al mismo tiempo, para el caso de los conflictos armados no internacionales, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra establece como marco mínimo que:

⁴² Artículo 12 de los Convenios I y II; artículo 16 del Convenio III; artículo 27 del Convenio IV; y artículo 75 del Protocolo I.

⁴³ Artículo 12 de los Convenios I y II, y artículo 14 del Convenio III.

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) *Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.*

[...] (La cursiva es nuestra)

Un último comentario nos merece la aplicación directa del derecho internacional humanitario en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Este sistema, orientado a juzgar y sancionar la violación de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos, ha tenido puntos de vista disímiles al momento de tratar violaciones a la Convención Americana que constituyen al mismo tiempo violaciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Por un lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que podía aplicar el artículo 3 común directamente en algunos casos, porque ésta recogía derechos ya incluido en otros tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención Americana.⁴⁴ Por otro lado, la Corte Interamericana adujo que su competencia lo obligaba a examinar si los hechos o las normas eran compatibles con la Convención Americana y no con los Convenios de Ginebra.⁴⁵

Si bien algunos autores concuerdan con la postura de la Corte Interamericana, en tanto la coincidencia de derechos en varios tratados no los hacen intercambiables,⁴⁶ es de resaltar el interés de la Comisión de vigilar la aplicación del derecho internacional humanitario, especialmente en aquellos casos donde los denunciantes provienen de países que pasaban por un periodo de conflicto armado interno cuando ocurrieron los hechos.

Con la decisión de la Corte, quedan tres instancias para juzgar violaciones al derecho internacional humanitario. Éstas son las jurisdicciones nacionales, los tribunales penales internacionales de ser competentes, o la Comisión de Encuesta creada por el Protocolo I. Esta Comisión de Encuesta, sin tener mandato jurisdiccional, revisa las denuncias presentadas por las partes respecto a estas violaciones.

Finalmente, cabe mencionar que el Perú ratificó los cuatro Convenios de Ginebra el 15 de febrero de 1956; mientras que hizo lo propio con los dos Protocolos Adicionales el 14 de julio de 1989.

⁴⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Avilán et al v. Colombia*, Caso 11142 (1997); *Hugo Bustíos Saavedra v. Perú*, Caso 10548 (1997); *Juan Carlos Abella v. Argentina*, Caso 11137 (1997); *Lucio Parada Cea et al v. El Salvador*, Reporte 1/99, (1999); *José Alexis Fuentes Guerrero et al v. Colombia*, Caso 11519 (1999); *Coard v. United States*, Caso 10951 (1999); entre otros.

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 4 de febrero de 2000, para. 32-33; *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2000, para. 208.

⁴⁶ MOIR, Lindsey. "Law and the Inter-American Human Rights System" *Human Rights Quarterly*, N° 25 (2003), pp. 182-212.

2.2.1. CONVENIO I DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE CORREN LOS HERIDOS Y LOS ENFERMOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CAMPAÑA

Este Convenio, pensado para el caso de conflictos armados internacionales, se aplica tanto a los heridos y los enfermos como a los miembros del personal sanitario y religioso, pertenecientes a las fuerzas armadas de las partes en conflicto, que sean recibidos o internados en su territorio, así como a los muertos recogidos.

Establece en el artículo 12 que, en general, *los heridos y enfermos deben ser respetados y protegidos en todas las circunstancias, y tratados con humanidad sin ninguna distinción de raza, sexo, nacionalidad, religión, opinión política u otros*. Los Estados parte del conflicto deberán asegurarse de buscar y reunir a los heridos y enfermos para protegerlos de cualquier pillaje o trato inhumano. *Con particular énfasis, las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo*.

Asimismo, en el artículo 50, *establece como grave infracción al derecho internacional humanitario el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente*.

Ello tiene particular importancia en la prohibición de la violencia sexual durante un conflicto armado. Si bien es cierto no existe disposiciones explícitas que prohíban la violencia sexual, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la academia ha interpretado las diversas formas de violencia sexual como “causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud”⁴⁷. Con ello la violencia sexual contra las personas a las que se les aplica esta Convención dejaría de ser un simple acto contrario al derecho internacional humanitario para ser una infracción grave, perseguible incluso con la jurisdicción universal.

2.2.2. CONVENIO II DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 PARA ALIVIAR LA SUERTE QUE CORREN LOS HERIDOS, LOS ENFERMOS Y LOS NÁUFRAGOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL MAR

Este Convenio se aplica tan solo a las fuerzas que, en caso de operaciones de guerra, se encuentren ya embarcadas. A las fuerzas desembarcadas se les aplica el Convenio I de Ginebra, visto en la sección anterior. Las disposiciones de este Convenio son muy similares a las del Convenio I. También se demanda la protección de los heridos, enfermos y náufragos en el mar, así como tratar a las mujeres con las consideraciones debidas a su sexo. Del mismo modo, los actos que causen deliberadamente grandes sufrimiento o que atenten gravemente contra la integridad física o la salud, al igual que en el Convenio I, serán considerados infracciones graves al derecho internacional humanitario. Aquí también se aplica la interpretación que incluye la violencia sexual dentro de estos actos.

⁴⁷ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Aide-Memoire del 3 de diciembre de 1992. Citado en MERON, Theodor. “Rape as a Crime under International Humanitarian Law”. *American Journal of International Law*. Vol. 84, 1993, p. 426. Aunque la observación fue hecha para el artículo 147 del Convenio IV, éste está redactado de la misma forma que el artículo 50 del Convenio I, en la parte pertinente.

2.2.3. CONVENIO III DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO AL TRATO DEBIDO A LOS PRISIONEROS DE GUERRA

Este Convenio define a los prisioneros de guerra a las siguientes personas cuando caigan en poder del enemigo:

- 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas;
- 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:
 - a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados;
 - b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;
 - c) llevar las armas a la vista;
 - d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra;
- 3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora;
- 4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto;
- 5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patronos, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional;
- 6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra.

En este grupo están incluidas las mujeres, niñas y adolescentes combatientes, quienes son vulnerables a sufrir actos de violencia sexual durante su detención. Cabe recordar que el hecho que se reconozca a estas personas el estatus de prisionero de guerra no conlleva la legitimidad de la toma de armas por parte de estas personas. Ello es importante porque justamente una de las razones por las cuales las normas de derecho internacional humanitario son ignoradas en el tratamiento de los prisioneros de guerra es el temor de legitimar la causa de los grupos de resistencia u otros grupos formados espontáneamente en la población civil.

El caso peruano es un ejemplo de ello. La polémica generada por la afirmación de la CVR de que lo ocurrido en el Perú fue un conflicto armado interno, llegó a tal punto que la Ley que crea el Plan Integral de Reparaciones excluyó a las mujeres miembros de los movimientos subversivos del grupo de las víctimas. Con ello quedarían impunes y sin reparar los crímenes de violencia sexual cometidos contra ellas.⁴⁸ Esta tensión también se manifestó en el Reglamento del Plan Integral de Reparaciones, donde no se habla

⁴⁸ Ley 28592, que crea el Plan Integral de Reparaciones, del 29 de julio de 2005.

en ningún momento de conflicto armado interno, sino del “proceso de violencia” o del “proceso de violencia política al cual se refiere la CVR”⁴⁹

En cuanto al tratamiento de las prisioneras de guerra, se establece en los artículos 25 y 29 que ellas tengan dormitorios e instalaciones higiénicas separadas en caso que también haya prisioneros varones en el mismo campamento. Al mismo tiempo, de acuerdo al artículo 97, cuando sean castigadas disciplinariamente, ellas permanecerán detenidas en locales diferentes de los de los varones y bajo la vigilancia inmediata de mujeres. Ello es crucial para evitar posibles riesgos de agresiones sexuales de las prisioneras de guerra por parte de las fuerzas de la potencia que la detuvo, o de los prisioneros varones del mismo campamento.

También se dispone en el artículo 88, que las prisioneras de guerra no sean condenadas a una pena más severa o tratadas con más severidad que las mujeres pertenecientes a las fuerzas armadas de la potencia que detiene, y que son castigadas por una infracción análoga.

Finalmente, el artículo 130 repite, al igual que los Convenios I y II, las conductas que son consideradas infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluyendo el “causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud”.

2.2.4. CONVENIO IV DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEBIDA A LAS PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA

De acuerdo al artículo 4, este Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas. Los que pertenezcan a un Estado distinto a éstos no estarán protegidos por este Convenio.

De los cuatro Convenios de Ginebra, éste es el que trata en forma más directa la violencia sexual en conflicto armado. Así, en su artículo 27, determina que *las mujeres deben ser especialmente protegidas contra cualquier ataque a su dignidad, en particular la violación sexual, la prostitución forzada o cualquier otra forma de atentado contra el pudor*. Sobre este punto llama la atención cómo la violencia sexual es considerada en ese tiempo un “ataque a la dignidad personal”, algo que parece más bien un concepto de transición entre la violencia sexual como “atentado contra el honor” o “pudor” de las mujeres y la violencia sexual como violación de derechos humanos fundamentales. Ello porque el reconocimiento y el respeto de la dignidad del ser humano es la base fundamental para el movimiento de derechos humanos, y la razón principal de por qué deben ser respetados, promovidos y protegidos. También llama la atención el nombramiento de solo dos conductas de violencia sexual, como son la violación sexual y la prostitución forzada.

Esta disposición se ve reforzada con el artículo 147, el que, al igual que los otros tres convenios, incluye como grave infracción al derecho internacional humanitario el “causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud”. Como mencionamos en la sección referida al Convenio I, tanto el Comité Internacional de la Cruz Roja como expertos en el tema consideran que la violencia sexual entra en este artículo, por lo que debe ser juzgada y sancionada.⁵⁰

⁴⁹ Artículo 3 del D.S. 015-2006-JUS, Reglamento de la Ley 28592, de 6 de julio de 2006.

⁵⁰ Ver *supra* 2.2.1.

Al mismo tiempo, esta Convención contiene disposiciones que protegen a las niñas y niños de los efectos de las hostilidades. Así, el artículo 77 prohíbe el reclutamiento de niños menores de 15 años, tomándose todas las medidas prácticas posibles para que no participen de las hostilidades. Se permite también el ingreso de niños menores de quince años en zonas protegidas (artículo 14). A través de esta norma no solo se protege a los menores de edad de los efectos de un conflicto armado, sino que, en el caso especial de las niñas y adolescentes, les provee de un marco que evita su desprotección y procura evitar actos de violencia contra ellas, incluida la sexual.

Finalmente, existen disposiciones referidas a la reclusión de mujeres de la población civil. Se especifica en el artículo 76 que, en caso de estar detenidas o condenadas, las mujeres se alojarán en locales separados y bajo la vigilancia de mujeres. Asimismo, el artículo 85 señala que, si se tiene que alojar a una mujer en el mismo lugar de internamiento de un grupo familiar distinto al suyo donde haya hombres, deberán existir dormitorios e instalaciones sanitarias aparte para ellas.

2.2.5. PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (PROTOCOLO I), DEL 8 DE JUNIO DE 1977

Este Protocolo se dio para complementar las disposiciones del Convenio I de Ginebra, al comprender además los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el ejercicio de su derecho a la libre determinación.

Este Protocolo tiene también normas precisas en materia de violencia sexual. Como norma general, según el artículo 75.2, *quedan prohibidos en todo tiempo y lugar los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, entre ellas la tortura de cualquier clase, tanto física como mental. Con mucha más precisión, en el inciso siguiente quedan prohibidos los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.* Se prosigue entonces con la definición de la violencia sexual como un “ataque a la dignidad personal” establecido en el Convenio IV.

Ello se complementa con el artículo 79, que regula medidas de protección a las mujeres. Allí se establece como principio general que *las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor.*

También se contemplan disposiciones referidas a las niñas y niños. Respecto a la violencia sexual, el artículo 77 especifica que *los niños serán objeto de un respeto especial y que se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor.* Esto es un punto importante, considerando que los cuatro Convenios de Ginebra, aunque establecen disposiciones favorables a los menores de edad, no menciona ninguna vinculada a la violencia sexual. Asimismo, la violencia sexual está sobreentendida en la frase “cualquier forma de atentado contra el pudor”. Hubiese sido deseable que, en la misma línea de los cuatro Convenios, la violencia sexual sufrida por niños y adolescentes sea considerada por lo menos un ataque a la dignidad personal.

Finalmente, el artículo 90 de este Protocolo establece *la obligación de la parte de conflicto de indemnizar, si hubiere lugar a ello, si es que viola las disposiciones de cualquiera de los cuatro Convenios de Ginebra o del Protocolo I.* Esta es una cláusula esencial porque es la única disposición en las normas de derecho

internacional humanitario que determina el tema de la responsabilidad estatal por los actos cometidos por quienes forman parte de sus fuerzas armadas. Yendo aún más lejos, contempla la posibilidad de otorgamiento de reparaciones, en este caso en forma de compensaciones económicas, en caso de violación de lo dispuesto en ellas.

2.2.6. PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (PROTOCOLO II), DEL 8 DE JUNIO DE 1977

Este Protocolo es muy importante porque, a diferencia de los demás instrumentos de derecho internacional humanitario, regula los conflictos armados internos y establece medidas de protección similares a la de los conflictos armados internacionales.

Así, el artículo 4 de este Protocolo, dispone que, además de lo establecido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, *quedan prohibidos en todo tiempo y lugar la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor*. Otra vez estas conductas están dentro del acápite de los atentados contra la dignidad personal, que constituye una sección separada a la de los “atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental... en particular... la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal”.

Estas normas deben ser leídas conjuntamente con el artículo 13, referido a la protección de la población civil, en la que *quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil*. Este artículo es relevante para nuestro estudio sobre violencia sexual, porque ésta es frecuentemente usada para tener bajo control a la población y ejercer el mayor dominio posible sobre ella, con el fin de obtener confesiones, inculpaciones o cualquier tipo de colaboración.

Los artículos 4 y 5 también incluyen disposiciones referidas a la protección especial de las mujeres y las niñas y niños. Según el artículo 4, salvo que pertenezcan a una misma familia, las mujeres alojadas junto a varones deberán estar en locales distintos y bajo la vigilancia inmediata de mujeres.

En cuanto a los menores de quince años, el artículo 5 dispone que éstos no sean reclutados en las fuerzas grupos armados ni deben participar en las hostilidades. Con ello se refuerza la prohibición de tener niños soldados, y protegerlos de cualquier vulneración a sus derechos, incluida la violencia sexual.

2.3. INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS APLICABLES A LA MUJER EN CONFLICTO ARMADO

En la presente sección revisaremos documentos como declaraciones y resoluciones relevantes al tema de la violencia sexual en un conflicto armado que no hayan sido tocados en las secciones anteriores. A diferencia de las secciones anteriores, ésta va en forma mucho más específica al rol y protección recibida por la mujer en conflicto armado. Si bien estos instrumentos no tienen el carácter vinculante y exigible que sí tiene un tratado, constituyen consensos y acuerdos en la materia con un objetivo específico. Además, al referirse a la promoción y protección de derechos humanos fundamentales considerados *ius cogens*, son por ende de cumplimiento obligatorio.

2.3.1. DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MUJER Y EL NIÑO EN ESTADOS DE EMERGENCIA O DE CONFLICTO ARMADO (1974)

Esta Declaración fue proclamada por resolución 3318 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1974. La Declaración reconoce que las mujeres y los niños son la población más vulnerable durante los conflictos armados, por lo que recuerda y refuerza la obligación estatal de promoción y protección de sus derechos.

Dos puntos de esta Declaración son relevantes para nuestro estudio. El artículo 3 recuerda a los Estados el *cumplimiento de los cuatro Convenios de Ginebra, así como de cualquier instrumento internacional aplicable a los conflictos armados y que establecen un deber de protección hacia las mujeres y los niños*. Ello impone como principio general la protección de las mujeres y los niños en conflictos armados, así como su tratamiento de acuerdo a los estándares internacionales. Ello implicaría la prohibición de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como de cualquier acto de violencia sexual, como apreciamos en las secciones anteriores.

El segundo punto se refiere a la protección en sí de las mujeres y los niños. El artículo 4 busca *establecer todas las medidas necesarias para garantizar la prohibición de la persecución, la tortura, las medidas punitivas, los tratos degradantes y la violencia contra mujeres y niños*. Complementando esta disposición, el siguiente artículo considera como “actos criminales” todas las formas de represión y tratos crueles e inhumanos de las mujeres y los niños. Se ponen algunos ejemplos como la reclusión, las detenciones en masa, la tortura, las detenciones colectivas, las ejecuciones, los castigos colectivos, la destrucción de viviendas y el desalojo forzoso. Sin embargo, aunque se sobreentiende en supuestos como la tortura o los castigos colectivos, no se hace mención expresa a la violencia sexual en conflicto armado.

Este último artículo es importante porque, más allá de la prohibición de violencia o tortura contra las mujeres y niños en conflictos armados, sanciona estas conductas como crímenes perseguibles y sancionables, con lo que busca evitar su impunidad. Ello fue un avance que se cristalizó tres años después, con el Protocolo I de Ginebra donde se incluye el artículo sobre responsabilidad y reparación económica en caso de violación de cualquiera de los cuatro Convenios o el mismo Protocolo.

Sin embargo, nos llama la atención que, al ya existir instrumentos internacionales que mencionan el tema de la violencia sexual en conflicto armado (por ejemplo el Convenio IV de Ginebra), esta Declaración no haya hecho mención a estos crímenes. Aunque sea posible incluirlos dentro de los supuestos de tortura, trato cruel o castigo colectivo, hubiera sido deseable nombrarlo, como una forma de rescatar del olvido la violencia sexual, lamentablemente tan común en los conflictos armados.

2.3.2. DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (1993)

Esta Declaración, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993, es esencial para el tratamiento de la violencia sexual antes, durante y después de un conflicto armado a nivel internacional.

En el artículo 1 de este documento se reconoce la violencia contra la mujer como

...todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las

amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Esta definición es más amplia que aquella encontrada en la Convención de Belem do Pará, que se da a nivel interamericano un año después. Primero, porque esta declaración considera también como violencia contra la mujer aquellos actos que “puedan tener” como resultado un daño o sufrimiento, es decir, que hayan sido cometidos pero que no necesariamente hayan causado el daño. En el caso de la Convención de Belem do Pará, en cambio, debe existir un daño, no pronunciándose sobre aquellos actos que no tienen como correlato un daño físico, sexual o psicológico. Segundo, esta Declaración es más amplia que la Convención de Belem do Pará porque, a diferencia de ésta última, incluye como actos de violencia contra la mujer la amenaza de tales actos.

De acuerdo al artículo 2 de la Declaración, la violencia contra la mujer incluye los siguientes actos:

- a) *La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia*, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b) *La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general*, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c) *La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.* (la cursiva es nuestra)

Este artículo es muy similar al artículo 2 de la Convención de Belem do Pará, que también contempla la violencia física, sexual y psicológica producidas en el entorno familiar, en la comunidad y perpetrada o tolerada por el Estado. Sin embargo, en el punto sobre violencia producida en la familia, mientras esta Declaración habla solo de “familia”, la Convención de Belem do Pará acertadamente agrega las nociones de *unidad doméstica* y la de *cualquier otra relación interpersonal*. Con ello se incluye, dentro de los posibles agresores, no solo al padre, esposo o familiar, sino también aquellos que tuvieron alguna relación cercana o íntima con la víctima, como las ex parejas, los convivientes o los ex convivientes, así como a los grupos que no responden al sistema nuclear padre-madre-hijos.

También resaltamos el hecho que, en el acápite sobre la violencia dentro de la comunidad, la Convención de Belem do Pará incluye la tortura. Ello es de particular relevancia considerando que los actos de violencia sexual pueden constituir tortura de cumplir los requisitos. Con este presupuesto se estarían incluyendo un mayor espectro de delitos, aparte de la violación y el abuso sexual.

Finalmente, el artículo 4 resalta que los Estados no pueden invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de eliminarla, y deben aplicar una política orientada a la eliminación de la violencia contra la mujer. Para el caso de la violencia sexual antes, durante y después de un conflicto armado, quisiéramos detenernos en tres puntos acerca de estas políticas estatales

Primero, tenemos el *proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares*. Con ello se recuerda al Estado su deber de promoción y protección de los derechos de las mujeres, así como la obligación de sancionar dichos actos.

Segundo, se incluye *establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia. Al mismo tiempo, debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido.* Con ello no solo se refuerza la obligación estatal de sancionar, sino también la obligación de reparar los actos de violencia sexual. Ello se ve reforzado con el siguiente acápite, que contempla una red de servicios para las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos. Entre éstos tenemos *la asistencia especializada, como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y, asimismo, adoptar todas las demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y psicológica.*

El tercer y último punto se refiere a la *adopción de medidas adecuadas especialmente en el sector de la educación, para modificar las pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y de la mujer.* El objetivo de esta acción es *eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole basados en la idea de la inferioridad o la superioridad de uno de los sexos y en la atribución de papeles estereotipados al hombre y a la mujer.*

2.3.3. DECLARACIÓN Y PLATAFORMA DE ACCIÓN DE BEIJING (1995)

La Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing fueron adoptadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín en setiembre de 1995. Éstas reafirman los principios ya establecidos en la Declaración y Programa de Acción de Viena, y es que los derechos humanos de las mujeres y niñas son una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales. Por ello, *ambos instrumentos buscan promover y proteger el disfrute de los derechos y libertades fundamentales de las mujeres durante todo su ciclo de vida. Así, entre las áreas contempladas en sus objetivos estratégicos, tenemos el análisis de temas como la pobreza, educación, salud, violencia contra las mujeres, situaciones de conflicto armado, economía, toma de decisiones, derechos humanos, medio ambiente, prensa y niñez.*

De entre estos temas, nos detendremos en el de mujer y conflicto armado, y violencia contra la mujer. En el caso de mujer y conflicto armado, la Plataforma de Acción de Beijing apuesta por diversas acciones conducentes a:

- el incremento de la participación de las mujeres en la resolución de conflictos a nivel político;
- la reducción de los gastos militares;
- la protección de las mujeres que viven en contextos de conflicto armado;
- la promoción de medios de solución pacífica de controversias, con el fin de disminuir los abusos y violaciones de derechos humanos;
- la promoción de la contribución de las mujeres a una cultura de paz;
- el otorgamiento de protección, asistencia y entrenamiento a las mujeres refugiadas, desplazadas y otras con necesidad de protección internacional; y
- la asistencia a las mujeres que viven en colonias y territorios gobernados por regímenes extranjeros.

En el caso de la violencia contra la mujer, la Plataforma de Acción de Beijing estableció acciones orientadas a:

- las medidas para prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres, incidiendo en aquellas ya contempladas en la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la Recomendación General N° 19 y la Convención de Belem do Pará;

- el estudio de las causas y consecuencias de la violencia contra las mujeres, así como la efectividad de las medidas de prevención; y
- la eliminación del tráfico de mujeres y la asistencia a las mujeres víctimas de la prostitución y el tráfico.

El gran valor de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing reside en la amplia visión que tiene sobre mujer y conflicto armado. A diferencia de los tratados de derechos humanos y declaraciones vistas con anterioridad, donde la mujer es vista como una víctima con derecho a un recurso efectivo en caso de violación de sus derechos, la Plataforma de Acción la rescata como una agencia y una actora importante en materia de desarrollo, paz y resolución de conflictos, rol que busca promover y reforzar. Al mismo tiempo, menciona las responsabilidades de los diversos actores en el tema, que no solo reside en el Estado, sino también en la sociedad civil y las organizaciones internacionales como las agencias de la ONU.

Esta visión mucho más amplia e integral sobre el rol de las mujeres en el mundo contemporáneo, sin embargo, ha tenido un impacto diverso en el sistema internacional. Si bien esta Plataforma de Acción ha marcado la pauta para los posteriores documentos sobre el tema de mujer, como la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de la ONU, también ha sido ignorada en otros documentos que vinculan a la mujer con los temas de desarrollo, como las Metas del Milenio de la ONU. En dichas metas, se incluye la igualdad de género, pero solo enfocada para la educación escolar, garantizando la educación primaria y secundaria de las niñas. Esta falta de visión integral de la violencia sexual en no solo impide su tratamiento desde las áreas de desarrollo, la seguridad o la cultura. También refuerza la idea que el sistema está atento al momento de la sanción jurídica, pero no de la prevención, educación o acompañamiento psicosocial de la víctima, trabajo que se realiza fundamentalmente desde otras disciplinas.

2.3.4. RESOLUCIÓN 1325 DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU SOBRE LA MUJER, LA PAZ Y LA SEGURIDAD (2000)

Esta Resolución fue aprobada por el Consejo de Seguridad de la ONU el 31 de octubre de 2000. De acuerdo al artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, todos los miembros de la ONU han de aceptar las decisiones del Consejo de Seguridad, por lo que esta Resolución, aunque no sea un tratado, debe ser cumplida.

El objetivo es resaltar el papel de la mujer en la promoción y mantenimiento de la paz, así como el refuerzo de las normas de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho de los refugiados que las protegen en contextos de conflicto. Por ello, como principio general, *demand a las partes en un conflicto armado a que respeten plenamente el derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de mujeres y niñas. Más aún, los insta a que adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, particularmente la violación y otras formas de abusos sexuales, y todas las demás formas de violencia en situaciones de conflicto armado.*

Este documento también se pronuncia sobre asuntos de justicia y reparación. Se pide a los Estados *poner fin a la impunidad y enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y otro tipo contra las mujeres y las niñas.*

Sin embargo, a pesar de esta disposición, dispone a renglón seguido la necesidad de excluir estos crímenes, *siempre que sea viable*, de las disposiciones de amnistía. Si bien estamos de acuerdo en evitar la impunidad de los crímenes de violencia sexual por medio de la amnistía, la frase “siempre que sea viable” deja abierta la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, la violencia sexual sea incluida

en una amnistía cuando no es viable un mecanismo para evitarlo. Un ejemplo de ello son los países con procesos de justicia transicional o de reconciliación nacional, donde las amnistías han sido consideradas como un componente esencial para la paz, como han sido los casos de Sudáfrica,⁵¹ Sierra Leona⁵² o Colombia.⁵³ Ello dejaría una puerta abierta que, de alguna forma, va en contra del párrafo precedente y su espíritu en contra de la impunidad de los crímenes de violencia sexual.

Sobre este punto, cabe recordar que el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 20 (1992), dispuso en el punto 15 que la amnistía es incompatible con los tratados de derechos humanos, especialmente en lo referido a garantizar el derecho al acceso a la justicia por violaciones de derechos humanos y la no repetición del acto violatorio. Al mismo tiempo, establece que los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la reparación más completa posible. Indudablemente una amnistía afectaría el derecho a solicitar y obtener reparaciones de las víctimas de violencia sexual.

En ese mismo sentido, la sentencia *Barrios Altos* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó que una amnistía a las violaciones de derechos humanos como la tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada iba en contra del núcleo de derechos inderogables establecido en los tratados de derechos humanos, especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, las leyes de amnistía promulgadas en el Perú carecían de todo efecto legal.⁵⁴

Finalmente, entre otros puntos, se menciona *el respeto del carácter civil y humanitario de los campamentos de refugiados, y a que se tengan en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y las niñas*. Cabe recordar que las mujeres y niñas viven circunstancias de especial vulnerabilidad en los campos de refugiados, donde por lo general llegan solas y están expuestas a situaciones de violencia. Estas situaciones

⁵¹ En Sudáfrica, de acuerdo al Acta de Promoción de la Unidad Nacional y Reconciliación (1995), ley que crea la Comisión de la Verdad y Reconciliación, se podía solicitar amnistía por cualquier acto, omisión u ofensa asociada a cualquier objetivo político entre el 1 de marzo de 1960 y el 11 de mayo de 1994, siempre que el solicitante dijera toda la verdad. El objeto de esta amnistía, según la norma, era avanzar en el proceso de reconciliación y reconstrucción. Para este fin, la Comisión de la Verdad contó entre sus tres comités con uno dedicado a evaluar las solicitudes y otorgar las amnistías.

⁵² En el caso de Sierra Leona, el Acuerdo de Lomé (1999) puso fin al conflicto interno en ese país. Para “asegurar una paz duradera”, en el artículo 9 de este acuerdo, el gobierno otorga el perdón libre y absoluto a todos los combatientes y colaboradores respecto a todo lo que hubiesen hecho siguiendo sus objetivos, hasta la firma del acuerdo. Al mismo tiempo, el gobierno asegurará que ninguna medida oficial o judicial sea tomada contra estos combatientes o su líder, Foday Sankoh. A pesar de ello, la ONU no reconoció la validez de esta parte del Acuerdo, manifestando que la amnistía y perdón otorgados en este artículo no se aplicarían a los crímenes internacionales de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones graves al derecho internacional humanitario. Esta misma línea ha seguido el Tribunal Especial para Sierra Leona, cuyo estatuto declara que la amnistía no debe ser una barrera para el juzgamiento de estos crímenes.

⁵³ En el caso de Colombia, se dio la Ley N° 975 (2005), denominada Ley de Justicia y Paz, cuya aplicación está más orientada a buscar el cese del conflicto en vez de una verdadera investigación de las violaciones de derechos humanos, especialmente aquellas donde las mujeres son víctimas. Por ello es que algunas de sus disposiciones relativizan el tema de la justicia y las reparaciones, por ejemplo:

- Considera la alternatividad, es decir, la suspensión de la ejecución de la pena determinada en la sentencia, reemplazándola por una pena alternativa concedida por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización.
- Considera la posibilidad de establecer acuerdos humanitarios con los grupos armados organizados al margen de la ley. Si se llega a este acuerdo, el Presidente de la República podrá solicitar a la autoridad competente la suspensión condicional de la pena y el beneficio de pena alternativa a favor de los grupos armados con quienes se haya llegado a dicho acuerdo.
- Se establece el principio de “ley futura más favorable”. Es decir, si con posterioridad a la Ley de Justicia y Paz se dan otras normas que concedan beneficios más favorables a los miembros de grupos armados que se hayan acogido a la pena alternativa, entonces ellos podrán acogerse a lo que establezcan estas leyes posteriores.
- Se establece que las reparaciones dependen de los perpetradores. El artículo 43 de la Ley de Justicia y Paz dictamina que serán los sentenciados, y no el Estado, el que otorgue las reparaciones a las víctimas. Para ello, los miembros del grupo armado indicarán cuáles son los bienes que se entreguen para la reparación, según lo señalado en el artículo 17.

Con ello no solo no se garantiza el derecho a las reparaciones, sino que el Estado evade de esta manera su deber de reparar, por haber incumplido con su obligación de garantizar el goce y ejercicio de derechos en su territorio, y con su deber de protección y debida diligencia. La única responsabilidad estatal contemplada en esta ley se refiere a las reparaciones colectivas. En este punto, el artículo 50 dispone que el gobierno implemente un programa institucional de reparación colectiva. Ello significa que las reparaciones para la violencia sufrida por las mujeres en el marco del conflicto dependen de la voluntad del miembro de los grupos armados, quien finalmente decide qué bienes destina para el fondo de reparaciones de las víctimas.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)*. Sentencia de 14 de marzo de 2001, para. 41.

son producidas tanto por los mismos integrantes del campamento o por parte de las fuerzas que cuidan el campo, que pueden ejercer actos de violencia sexual y hostigamiento a cambio de favores.

2.3.5. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES BÁSICOS SOBRE EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES MANIFIESTAS DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y VIOLACIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A INTERPONER RECURSOS Y OBTENER REPARACIONES (2005)

Este documento (en adelante los Principios ONU sobre Justicia y Reparaciones) fueron aprobados por el Consejo Económico y Social el 25 de julio de 2005.⁵⁵ Estos principios están orientados a reafirmar la obligación estatal de respetar, asegurar el respeto y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. También establece la obligación estatal de investigar y enjuiciar las violaciones graves de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Desde el lado de la víctima, reconoce su derecho al acceso a la justicia y a obtener reparaciones, sean en la forma de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y/o garantías de no repetición.

Aunque no trata específicamente el tema de violencia sexual, este documento es importante para nuestro estudio. Primero, porque establece principios fundamentales que buscan evitar la impunidad de las violaciones de derechos humanos y reparar el daño sufrido por el crimen y, de alguna forma, por la acción u omisión estatal al no tomar todas las medidas para evitar que estos hechos ocurrieran. Segundo, porque al calcular la reparación en base a la gravedad del crimen y al daño sufrido por la víctima, abre una puerta para que se analice, con una perspectiva de género, qué tipo de daño causa un crimen de violencia sexual en las mujeres, y cómo la violación de derechos humanos tiene un impacto diferenciado en las mujeres. Tercero, porque establece que las violaciones manifiestas de derechos humanos y las violaciones graves de derecho internacional humanitario son imprescriptibles, con lo cual sientan la pauta a seguir por las legislaciones nacionales.

2.4. CONCLUSIONES

Por lo que hemos visto, las normas internacionales, interpretadas sistemáticamente, ofrecen un marco integrado favorable para el tratamiento de la violencia sexual en conflicto armado. Este marco se extiende al tratamiento de situaciones conexas a la violencia sexual durante los conflictos armados, como puede ser la violencia contra la mujer en situaciones previas y posteriores al conflicto, situación de refugiadas y asiladas y situación de desplazadas internas. Encontramos que este tratamiento, aún con la salvedad hecha referida a la distinción de grupos entre mujeres, encontrada principalmente en el derecho internacional humanitario, provee de un marco mínimo adecuado dentro del sistema internacional de derechos humanos, y grandes avances en su juzgamiento a nivel internacional.

Este marco normativo internacional ha ido desarrollándose gracias a las Observaciones Generales de los comités que vigilan los tratados de derechos humanos, así como la jurisprudencia. Entonces, cuando el Estado ratifica o adhiere un tratado, o está obligado a cumplir con el derecho internacional consuetudinario y las normas de *ius cogens*, asume implícitamente el deber de hacerlo efectivo en su territorio, a través de los mecanismos legales internos con los que cuente. En el siguiente capítulo veremos cómo el Estado peruano ha cumplido con este deber, y cuáles son las razones detrás de este cumplimiento o incumplimiento.

⁵⁵ Documento ONU E/2005/30.

CAPÍTULO 3

NORMAS Y JURISPRUDENCIA NACIONALES VINCULADAS A LA VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO ARMADO

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Entre los años 1980 y 2000, el Perú vivió una etapa muy difícil de su historia. Fue una época marcada por la violencia del conflicto armado interno, que tuvo como consecuencia miles de peruanas y peruanos asesinados, desaparecidos, torturados, secuestrados, detenidos injustamente o, en el caso específico de las mujeres, niñas y adolescentes, víctimas de violencia sexual.

La violencia impactó de manera diferente a las mujeres. Para la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), **existió un impacto diferenciado de la violencia en las víctimas, por razones de género, pertenencia cultural y clase social**. En el caso de las mujeres, ello se manifestó en la acentuación de la división sexual del trabajo y la consecuente recarga de las labores de las hijas y madres por la ausencia del padre, hermanos o hijos varones. También se manifiesta en el cambio de la estructura familiar y del ambiente, por causa de la desaparición de los miembros varones y del desplazamiento interno. Otro impacto importante en las mujeres se da en su feminidad, llámese maternidad, cuerpo, sexualidad, trabajo y ética del cuidado.⁵⁶

Este contexto visibiliza la situación en que se encuentran las mujeres, pues estas agresiones tienen relación con un pasado de discriminación, dominación y violencia que las coloca en una situación más vulnerable. Además, esta problemática evidenció las limitaciones estatales para prevenir y juzgar la violencia contra la mujer. Es decir, al no cumplir con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar estos delitos, se envía un mensaje social de permisividad e impunidad que hace aún más vulnerables a las mujeres en situaciones más extremas, como el caso de un conflicto armado o violencia generalizada.

La violencia sexual en el Perú ha sido y es parte de nuestra historia nacional; y se inserta dentro de una problemática mayor como la discriminación y violencia contra la mujer, tanto en el ámbito público como privado. De otro lado, el desarrollo de las normas penales peruanas han dado muestra que lo que se protegía en esta clase de delitos, en un principio, era el “honor”, “la familia”, “las buenas costumbres”; colocando a la mujer en un segundo plano, sin reconocerlas como sujeto de derecho. Además, hasta 1997 se establecían medidas para evitar la sanción del perpetrador, como el matrimonio con la víctima.

⁵⁶ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Lima, CVR, 2003, t. VIII, pp. 76-77.

Además, los prejuicios de género toman relevancia en la actuación del sistema de justicia. Por ejemplo, al juzgar no lo hechos sino el pasado sexual de la víctima; cuál fue su comportamiento antes de lo sucedido o qué ropa llevaba, entre otros. De otro lado, el proceso probatorio se centra en el examen médico legal, dejando de lado otros indicios, e incluso el propio testimonio de la víctima. Ello revictimiza a la mujer que decide denunciar. Por ello, a pesar de que los casos de violación sexual son cotidianos⁵⁷, muchos de ellos no son denunciados.

Al hacer un análisis general de las normas y jurisprudencia sobre violencia sexual contra la mujer, no podemos dejar de mencionar la especialidad a la que los penalistas han denominado como **derecho penal sexual**⁵⁸, la que ha sido desarrollada tomando en cuenta los estudios de género o de feminismo legal. Este derecho está avalado por la constatación empírica de la discriminación de género como problema cultural⁵⁹, y la reproducción en las normas de esta desigualdad.

3.2 ANÁLISIS DE LA NORMATIVA NACIONAL SOBRE VIOLENCIA SEXUAL EN EL PERÚ VIGENTE EN TODO CONTEXTO

3.2.1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS MUJERES CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL

La violencia sexual afecta diferentes derechos de las mujeres. Entre ellos tenemos no solo el derecho a la libertad sexual, como bien jurídico protegido por el Código Penal, sino también otros derechos fundamentales establecidos por la Constitución, que ofrece el marco general de protección en un Estado de Derecho.

La actual Constitución Política de 1993, establece en su artículo 1 que la defensa de la persona humana y el respeto su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. Este principio debe enmarcar toda política criminal, de manera que se respeten los derechos fundamentales de las personas en los procesos penales. También consagra el derecho fundamental a la vida (artículo 2), a la salud (artículo 7); a la integridad personal (artículo 2.1); a la igualdad ante la ley, prohibiendo de modo específico toda forma de discriminación por “motivo de sexo” (artículo 2.2); y a la libertad (artículo 24), entre otros. Estos son derechos que buscan proteger espacios y condiciones de participación vitales para la persona humana, garantizando el libre desarrollo de su personalidad⁶⁰.

3.2.2. PRINCIPALES HALLAZGOS EN LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL

3.2.2.1 Bien Jurídico Protegido

Al inicio de la era republicana peruana, las concepciones morales y sociales referentes a la situación social de la mujer y a la sexualidad fueron de control social, lo que se refleja en los primeros proyectos de Código Penal. De esta manera, el proyecto elaborado por Lorenzo de Vidaurre, establecía el título 1 “*Violencias he-*

⁵⁷ El Instituto Médico Legal, en el 2004, realizó 19 638 reconocimientos clínicos en materia de violencia sexual. Asimismo, según datos estadísticos, dos mujeres son agredidas sexualmente por hora. En: *Boletín de Campaña Institucional* N° 1, Año 2005, Centro de Información de Manuela Ramos.

⁵⁸ CARO CORIA, Dino Carlos. “Acerca de la Discriminación de Género en el Código Penal Peruano de 1991”. *Anuario de Derecho Penal*, número 1999 – 2000. pp. 1-4.

⁵⁹ COPELLO, Lorenzo. *La Discriminación por Razón de Sexo*. pp. 19-20.

⁶⁰ MONTOYA VIVANCO, Yván. “Discriminación y Aplicación Discriminatoria del Derecho Penal en los Delitos contra la Libertad Sexual e Infracciones Penales contra la Integridad Personal” En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Discriminación Sexual y Aplicación de la Ley*. Volumen IV, Derecho Penal, agosto 2000, p. 25.

chas a las mujeres”, describiendo algunos delitos sexuales. Sin embargo la mayor preocupación se centraba en proteger la virginidad de la mujer, sancionando a quien “*violentaba a la que es virgen*” (Ley 1)⁶¹.

El **Código Penal de 1863** fue el primer Código oficial de nuestro país. Tomando en consideración el Proyecto de Constitución de 1860, estableció el Título II en la parte especial, denominado “*De la violación, estupro, rapto y otros delitos*”. Por otro lado el **Código Penal de 1924**⁶² ubicó en la sección tercera, referida a los *delitos contra las buenas costumbres*, los **delitos contra la libertad y el honor sexual** (violación, actos contrarios al pudor y seducción). De esta manera, se protegía la libertad sexual de disponer del cuerpo dentro de los márgenes del derecho y la moral sexual. El honor sexual era entendido de dos maneras: a) como sentimiento íntimo de estimación y respeto a la propia dignidad (honor subjetivo); b) buena fama o reputación de que goza una persona ante los demás (honor objetivo u honra).

La jurisprudencia también evidencia este tratamiento. La Corte Suprema estableció una dura línea de moralización del derecho penal, como se aprecia por ejemplo en la sentencia de 30 de marzo de 1937, sobre los delitos contra las “buenas costumbres” que violan la “libertad y el honor sexuales”. En ella se dice que *la ley no protege el hecho de la virginidad en sí mismo, sino la honestidad. Mujer honesta es la que no ha tenido acceso carnal con un hombre voluntariamente, en época anterior a la del nuevo delito*⁶³

Nuestro actual **Código Penal de 1991** ha sufrido un verdadero cambio en cuanto al bien jurídico protegido. Ya no se protege el “honor sexual” o “las buenas costumbres”, como en las anteriores legislaciones, sino la “libertad sexual”. Este bien jurídico es el núcleo central de la estructura e interpretación de los diversos tipos penales del capítulo IX, título IV del Código Penal, “Delitos contra la libertad sexual”.

Bramont recoge la doctrina mayoritaria que entiende la libertad sexual como el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, es decir la capacidad de actuación sexual.⁶⁴ Según Montoya, en la libertad sexual se protegen las facultades de autodeterminación y opción sexual de cualquier persona.

Sin embargo, debemos tomar en consideración que, en los delitos que involucran a menores, nos referimos al concepto de *indemnidad sexual* y no de libertad sexual. Ello porque, según la doctrina penal,⁶⁵ se habla de indemnidad sexual en aquellos casos en los que es visible la falta de condiciones y requisitos mínimos para el ejercicio de dicha libertad. En ese sentido, lo que se pretende es tutelar el desarrollo de los menores para posibilitar luego el ejercicio de su libertad sexual.

Coincidimos en que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es la libertad de las mujeres afectadas. En este sentido, se garantiza a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, y se busca que todas las personas ejerzan la actividad sexual en libertad. Así, el concepto de libertad sexual está de acuerdo con la idea de que los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no solo derechos o facultades subjetivas⁶⁶.

⁶¹ HURTADO POZO, José. “Delitos sexuales y derecho de la mujer”. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Problemas Actuales de la Administración de Justicia en los Delitos Sexuales*. Lima: Las Esmeraldas, 2000. p. 26.

⁶² DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La Violencia Sexual: un Problema de Seguridad Ciudadana. Las Voces de las Víctimas*. Informe Defensorial N° 21, febrero de 2000, p. 17 y ss.

⁶³ CARO CORIA Dino Carlos. “Problemas de Interpretación Judicial en los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Problemas Actuales de la Administración de Justicia en los Delitos Sexuales*. Lima, 2000. p. 75.

⁶⁴ BRAMONT ARIAS Luis. “Código Penal anotado”. Lima: San Marcos, 1995, p. 382. Citado en: MONTOYA VIVANCO, *Op. Cit.* p. 26.

⁶⁵ CASTILLO ALVA José Luis. “Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 51. CARO CORIA, Dino C. y SAN MARTÍN CASTRO César, *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales: Aspectos Penales y Procesales*. Lima: Grijley, 2000, p. 69.

⁶⁶ DIEZ RIPOLLES, José Luis. “El Objeto de Protección del Nuevo Derecho Penal Sexual”. En: Hurtado Pozo José. *Derecho Penal y Discriminación de la Mujer, Anuario de Derecho Penal*, número 1999 – 2000. p. 52.

3.2.2.2 Delito de Violación Sexual

El tipo base de estos delitos ha ido cambiando, de esta manera podemos identificar tres momentos y hacer un balance de esa evolución:

- *Artículo 196° del Código Penal de 1924.* Este artículo reprimía con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligará a una mujer a sufrir el acto sexual **fuera del matrimonio**.⁶⁷ (El resaltado es nuestro).

- *Artículo 170° del Código Penal de 1991,* antes de la última modificatoria, establecía que, el que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos, la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años.⁶⁸

- *Artículo 170° del Código Penal, modificado por Ley 28251, del 8 de junio de 2004,* amplió el tipo base. El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años⁶⁹.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada y por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.

Podemos identificar como balance positivo varios cambios. Primero, en la norma de 1924 se restringía a las mujeres como únicas víctimas, y solo se reconocían como delitos aquellos que ocurrían fuera del matrimonio. En cambio, en la actualidad se sanciona la violación que ocurra en cualquier ámbito, pues la mujer no deja de tener protección, aún si el agente es su propio esposo, permitiendo la actuación estatal en el ámbito privado. De esta manera, se reconoce que las violaciones a los derechos humanos no solo se dan en los espacios públicos, y que el ámbito doméstico es un espacio en el que las relaciones de poder colocan a la mujer en una situación más vulnerable.

Segundo, en el Código de 1991, se estableció los elementos “con violencia o grave amenaza” como formas de conducta que vician el consentimiento. Sin embargo, sigue discutiéndose cuál es el nivel de resistencia que la víctima debe oponer ante esta violencia o grave amenaza. En la práctica hay muchos casos en los que se les exige actos de “heroísmo”, es decir, que demuestren que realmente se defendieron, y que no había forma de evitar que se consumara el delito, para determinar que existió o no la violación sexual. Es más, algún sector de la doctrina considera que, para hablar de la existencia de violencia

⁶⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La Violencia Sexual...*, p 19.

⁶⁸ Artículo que fue modificado por la Ley N° 26293, publicado el 14 de febrero de 1994, que eleva las penas de los delitos contra la libertad sexual.

⁶⁹ Las penas de estos delitos fueron elevadas, según la Ley 28704, del 5 de abril de 2006.

en una relación sexual, es necesario "que haya existido una resistencia constante y siempre igual por parte de la persona que se pretende violada, por lo que se considera suficiente que la resistencia haya cedido un instante para decidir que la presunta violada consintió"⁷⁰.

Un caso que puede ilustrar este punto es el exp. N° 267-97 del 2do Juzgado Penal de Pucallpa, en cuya resolución el Juez señala:

*... la agraviada desde el lugar donde subió al motocar al lugar de los hechos existe una distancia de tres kilómetros y que para desplazarse al lugar de los hechos han recorrido calles céntricas en donde es factible que la agraviada podría haber pedido auxilio, podría haberse bajado del vehículo por existir en el trayecto luz eléctrica, población densa; que la misma versión de la agraviada aparece que no fue amenazada con arma alguna pero sin embargo se advierte ... que la agraviada ha sido golpeada por el acusado por lo que aparece de la misma (certificados) hinchazón y equimosis en región malar izquierdo, en región cervical derecha, así como en el agraviado hinchazón en la región parietal derecha, herida superficial en el hombro izquierdo, **como prueba de la resistencia previa de la víctima**... que el proceder de la agraviada a sujetarse a la voluntad del agresor en un extremo es justificable frente a la amenaza de que era objeto dado la personalidad del sujeto; **sin embargo debe tenerse en cuenta para aplicar la pena que ha existido cierta voluntad de aceptación de la agraviada puesto que si ésta hubiera puesto en juego toda su voluntad de defensa existía la posibilidad de evitar los hechos**⁷¹. (El resaltado es nuestro).*

Este tipo de interpretación de la norma es restrictiva en la protección penal de la mujer, pues condiciona la comisión del delito a la exigencia de una resistencia continuada por parte de la víctima, a efectos de verificar su no consentimiento en la relación sexual. Sin embargo, en esta clase de delitos, se debe analizar el contexto en el que suceden los hechos, y no requerir actitudes heroicas ni entender que el cese de resistencia supone consentimiento.

Tercero, con la modificatoria impuesta por la Ley 28215 del 2004, se ha asumido un concepto más amplio en cuanto a la violación sexual. Tomando como referente lo establecido por los Elementos del Crimen del Estatuto de Roma, se describen conductas diferentes a la penetración como el coito bucal y la introducción de objetos. De esta manera, se busca superar la práctica judicial que tendía a reducir la violación sexual al coito vaginal; y la interpretación de los actos "análogos", establecido antes de la modificatoria, como coito anal o rectal solamente.

Cuarto, se considera como agravante la comisión de estos delitos por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, entre otros, en ejercicio de su función pública. De esta manera las violaciones sexuales durante un conflicto armado interno se enmarcarían dentro de este supuesto; sin perjuicio que constituya un crimen de lesa humanidad, que implicaría un tratamiento especial.

Finalmente, se ha establecido como una agravante si el autor del delito es un profesor o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima. Así, se reconoce una problemática grave pero común en nuestro medio contra las alumnas y alumnos, sobre todo en sectores populares y rurales. Esta sanción evitará la impunidad en la que muchas veces quedaban estos casos, los cuales, al ser denunciados, eran vistos solo en un trámite administrativo en el sector educativo, que dispone cambiar de colegio al agresor. Ello solo ocultaba el problema para evitar el escándalo, y ponía en riesgo a los estudiantes en el nuevo colegio de destino del violador.

⁷⁰ Tomado de UGAZ SÁNCHEZ-MORENO José. "Violación a la Libertad Sexual desde la Perspectiva de Género", En: *Ius et Veritas*, año IX, N° 18 p. 195. Citado por MONTOYA VIVANCO, Yvan, *Op. Cit.* p. 50.

⁷¹ MONTOYA VIVANCO, Yván. *Op. Cit.* p. 67.

3.2.2.3 Modalidades de Violación Sexual, en el Código Penal de 1991

Desde abril de 2006, las modalidades que se desprenden del tipo base son:

- Artículo 171.- Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, cuya pena se encuentra entre 10 y 15 años. Se agrava si el autor abusa de su profesión, ciencia u oficio, elevando la pena entre 12 y 18 años.
- Artículo 172.- Violación de persona en incapacidad de resistencia, como las que sufren anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o que se encuentre en incapacidad de resistir. La sanción es entre 20 y 25 años. La forma agravada considera la calidad del agente, es decir si el autor comete este delito abusando de su profesión, ciencia u oficio; la pena será entre 25 y 30 años.
- Artículo 174.- Violación de quien aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia, comete este delito contra una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar, o que se halle detenida, recluida o interna; sancionada con una pena no menor de 7 ni mayor de 10 años, e inhabilitación de 2 a 4 años.
- Violencia sexual a menores de 18 años, establecida en el Artículo 173, cuya sanción penal dependerá de la edad de las víctimas:
 1. Si la víctima tiene menos de diez años, la pena será de cadena perpetua.
 2. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de 30 ni mayor 35 años.
 3. Si la víctima tiene entre catorce años y menos de dieciocho, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.
- Artículo 173-A.- Establece como agravante que, en el caso de los incisos 2 y 3 del artículo 173, si lo actos previstos causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave y el agente pudo prever el resultado, o actuó con gran crueldad, la pena será de cadena perpetua.

Estas modalidades de violaciones sexuales toman en cuenta la situación en que se encuentra la víctima, como su incapacidad de resistir; la relación que tiene con el agresor; su situación de dependencia, autoridad o vigilancia; o estuviese recluida, detenida o interna. De esta manera, en este último supuesto se podrían enmarcar aquellas violaciones sexuales que ocurren durante las detenciones, situación que se agudiza en contextos de conflicto armado.

Por otro lado, se hace una clara diferencia en cuanto a la víctima, elevándose las penas cuando ésta es menor de edad, sin tener en consideración que estos hechos pueden tener iguales consecuencias, en el caso de las mujeres adultas.

Con la última modificatoria establecida por la Ley 28704, se han elevado considerablemente las penas, especialmente cuando las víctimas son menores de edad, estableciéndose en varios de los tipos penales la cadena perpetua. Así, tenemos los siguientes cuadros:

Cuadro N° 1:

VIOLACIÓN SEXUAL

ARTÍCULO	PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DEROGADA	PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD VIGENTE
170°.- Violación sexual	De 4 a 8 años	De 6 a 8 años
170°.- Agravado	De 8 a 15 años	De 12 a 18 años
171°.- Violación de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir	De 5 a 10 años	De 10 a 15 años
171°.- Agravado	De 8 a 12 años	De 12 a 18 años
172°.- Violación de persona en incapacidad de resistencia	De 20 a 25 años	De 20 a 25 años
172°.- Agravado	De 8 a 12 años	De 25 a 30 años
174°.- Violación de persona bajo autoridad o vigilancia	De 5 a 8 años e inhabilitación de 2 a 4 años.	
176°.- Actos contra el pudor	De 3 a 5 años	De 3 a 5 años
176°.- Agravado	De 4 a 6 años	De 5 a 7 años
176-A°.- Actos contra el pudor en menores 1) Víctima menor de 7 años. 2) De 7 a menos de 10 años. 3) De 10 a menos de 14 años.	De 7 a 10 años De 5 a 8 años De 4 a 6 años	De 7 a 10 años De 6 a 9 años De 5 a 8 años
176 - A°.- Agravado	De 10 a 12 años	De 10 a 12 años
177°.- Formas Agravadas: - que causan muerte, lesión grave, y el agente pudo prever - o procedió con gran crueldad en los artículos 170°, 171°, 174°, 175°, 176°, 176°-A Esta agravante en el Art. 172°	De 20 a 25 años De 10 a 20 años	De 20 a 25 años De 10 a 20 años No menor de 30 años De 25 a 30 años (1° párrafo) Cadena perpetua y no menor de 30 años (2 párrafo)

Elaboración DEMUS 2006.

Cuadro N° 2:

VIOLACIÓN SEXUAL A MENOR DE EDAD

ARTÍCULO 173° ANTERIOR	SANCIÓN PENAL ANTERIOR	ARTÍCULO 173 MODIFICADO	SANCIÓN PENAL MODIFICADA
1) Víctima menor de 7 años	Cadena perpetua	1) Víctima menor de 10 años	Cadena perpetua
2) Víctima de 7 a menos de 10 años	De 25 a 30 años.		
3) Víctima de 10 a menos de 14 años	De 20 a 25 años	2) Víctima de 10 a menos de 14 años	De 30 a 35 años
		3) Víctima de 14 a menos de 18 años	De 25 a 30 años.
Agravado de los incisos 2 y 3	No menor de 30 años	Agravados de los incisos 2 y 3	Cadena perpetua
		Artículo 173° - A Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave.	
		Incisos 2 y 3	Cadena perpetua

Elaboración DEMUS 2006.

También se ha considerado improcedente el indulto, la conmutación de pena y el derecho de gracia, así como los beneficios penitenciarios, en los delitos de violación a menores de edad. En los demás tipos penales, se ha establecido que el condenado podrá redimir la pena mediante trabajo o educación a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o estudio.

Por otro lado, esta norma sanciona las relaciones sexuales con menores de edad hasta los dieciocho años. En este sentido, en un afán por proteger a las niñas, niños y adolescentes de la violencia sexual, esta norma amplía su aplicación a cualquier tipo de relaciones sexuales con o entre adolescentes, sin importar su consentimiento. Con ello se está desconociendo el desarrollo de su sexualidad, y se pone en peligro de cárcel a las parejas adolescentes que ya iniciaron su vida sexual. Como DEMUS denunció en su momento,⁷² la violencia sexual que afecta a menores de edad es causada por factores que van más allá de la legislación, vinculados a la educación, salud, pobreza y seguridad ciudadana. En las relaciones entre personas adultas y adolescentes existe el riesgo de un abuso de poder y de coacción; sin embargo, es este elemento de abuso y coacción el que debe investigarse y sancionarse. No basta con emitir una norma que de manera simplista termina desconociendo a los sujetos que pretende proteger.

Más allá de señalar las edades establecidas en el ámbito de protección penal, se debe considerar las dificultades que tanto las adolescentes como las mujeres adultas encuentran en el desarrollo del proceso penal. Por ello se debería prestar atención a los prejuicios de género que discriminan a las mujeres, y las someten a un proceso que las culpabiliza. La cuestión no es elevar las penas, pues ello no garantiza que esta clase de delitos disminuyan, sino una reforma legislativa adecuada que evite las situaciones que provocan impunidad.

3.2.2.4 Delito de Seducción

El delito de seducción, como violación mediante engaño de una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años, pero con penas menores al del tipo base de violación, fue derogado mediante la Ley N° 28704 de 5 de abril de 2006. Esta norma modificó el artículo 173, penalizando las relaciones sexuales cuando al menos uno de ellos tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, con pena no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, y derogando cualquier norma que se contraponga. Así, toda violación sexual que afecte a una persona menor de dieciocho años se considerará como delito de violación sexual de menor de edad, por lo que el elemento objetivo del engaño, esencial en un delito de seducción, ya no será tomado en cuenta.

Sin embargo, es importante analizar esta figura porque, durante el tiempo que estuvo vigente, fue aplicada de forma que terminaba siendo una alternativa para el agresor de obtener una sanción mínima por un hecho que constituía una violación. Recordemos que, antes de la Ley 28704, el artículo 175 ordenaba que:

El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menor de dieciocho, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres ni mayor de cinco años.

Estas penas de entre cuatro y cinco años habían sido previamente modificadas, mediante la Ley N° 26357 de 28 de setiembre de 1994. Antes se consideraba como alternativa la “prestación de servicio comunitario de treinta a setenta y ocho jornadas”.

⁷² DEMUS. Nota de Prensa, abril de 2006.

Mediante este tipo penal se sancionaba las relaciones sexuales mediante engaño. Así, no era requisito el uso de la violencia o coacción; sino que por las características de la víctima, persona de catorce y menor de dieciocho, su consentimiento no es tomado en cuenta. Muchos sectores de la doctrina penal ya sostenían que este delito debía ser suprimido⁷³, pues consideraban que existe una contradicción entre la protección del bien jurídico –libertad sexual- y sancionar una actividad sexual voluntaria. Ello resulta ser propio de sociedades en las que las relaciones sexuales prematrimoniales se encuentran vedadas.

Sin embargo, una de las consecuencias más graves en la práctica judicial se da cuando los operadores de justicia reconducen delitos más graves, como los de violación, a este tipo penal, de manera que se beneficia al agresor, pues la sanción es mucho menor. En ese sentido, el engaño inicial o abuso de confianza no son suficientes para la seducción, si la víctima no autoriza el acto sexual, estamos frente a una violación sexual. A esto se añade la interpretación por muchos operadores de justicia, de un elemento ya derogado en el Código de 1991, y es la referencia a la víctima mujer de “conducta irreprochable” que provenía del Artículo 201 del Código Penal de 1924, esta exigencia moral, incompatible con la concepción igualitaria del bien jurídico protegido, subsiste en la jurisprudencia.

Así, encontramos la Decisión del 9º Juzgado en lo Penal de Chiclayo, en cuya sentencia de 13 de julio de 1994, Expediente 201-94, consideró que existe seducción porque la víctima ha tenido una **conducta honesta** que no permite dudar de su reputación moral, sumado a ello su escaso nivel cultural que permitió el engaño de una persona como es el caso del acusado que triplicaba en edad a la menor.⁷⁴

3.2.2.5 Actos contra el Pudor

Este delito ha sido definido por el Artículo 176⁷⁵, para las víctimas mayores de edad y en el Artículo 176-A⁷⁶, para las víctimas menores de 14 años. Son aquellos actos de carácter sexual que no configuran el delito de violación sexual, como los tocamientos o manoseos de genitales, entre otros. Lo determinante en esta clase de delitos, para diferenciarlos del intento de violación sexual, es la intención con que se realizan, es decir la existencia o no del dolo. De esta manera, si existió la intención de tener una relación sexual, estos hechos no son actos contra el pudor, sino que constituyen tentativa de violación.

Siguiendo lo señalado por Tello⁷⁷, el concepto mismo de “pudor” contiene elementos moralistas, que permiten una interpretación discrecional de los operadores judiciales. Los hechos que implican mo-

⁷³ HERNÁNDEZ CAJO Teresa y VARGAS CUNO Mery, “Legislación nacional en materia de delitos sexuales: situación actual y propuestas de reforma”, En: DEMUS. *Los derechos de las mujeres*, tomo II. Lima, 1998, p. 49. Además, MONTOYA VIVANCO, Yvan; CARO CORIA, Dino; DEFENSORIA DEL PUEBLO -Recomendación de su Informe Defensorial 21- entre otros.

⁷⁴ CARO CORIA, Dino C. y SAN MARTÍN CASTRO César, *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales: Aspectos Penales y Procesales*. Lima: Grijley, 2000, pp. 26-27.

⁷⁵ Artículo 176º.- El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170º, realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre sí misma o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

La pena será no menor de cinco ni mayor de siete años:

1. Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170º incisos 2, 3 y 4.
2. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171º y 172º.
3. Si el agente tuviera la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima.

⁷⁶ Artículo 176º-A.- El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170º realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.
 2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.
 3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.
- Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173º o el acto tiene un carácter particularmente degradante o produce grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.

⁷⁷ TELLO, Janet. “Actos Contrarios al Pudor: Una Denominación Inapropiada”. En: DEMUS. *Los Derechos de la Mujer*; Tomo II. Lima, 1998, p.66.

dalidades de tentativa de violación sexual son tratados como delitos contra el pudor, disminuyendo considerablemente la sanción penal.

3.2.2.6 Favorecimiento a la Prostitución, Rufianismo y Proxenetismo

El Código Penal peruano reconoce, además del delito de violación sexual, otras formas de violencia sexual como las relacionadas a la prostitución. Así tenemos:

- a) **Favorecimiento a la prostitución** (artículo 179), que sanciona a quienes promueven o favorecen la prostitución de otra persona. La pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años. De existir agravantes,⁷⁸ la pena será no menor de cinco ni mayor de doce años.
- b) **Relación usuario – cliente dentro de la figura de favorecimiento a la prostitución** (artículo 179-A). Esta figura sanciona a quienes, por una prestación económica o ventaja de otra naturaleza, tienen acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizan otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años. La pena será no menor de cuatro ni mayor a seis años.
- c) **Rufianismo** (artículo 180), referido a las personas que explotan los beneficios económicos obtenidos por otras personas que ejercen la prostitución. La pena en estos casos es no menos de tres ni más de ocho años en prisión. Estas penas aumentan de acuerdo a la edad de las víctimas.⁷⁹
- d) **Proxenetismo** (artículo 181), que sanciona al que compromete, seduce o sustrae a una persona para entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal. La pena en estos casos será no menor de tres ni mayor de seis años. De existir agravantes,⁸⁰ la pena será no menor de seis ni mayor de doce años.

Es así como nuestra legislación sanciona a las personas que, aprovechándose de su situación de poder, realizan actividades como promover, forzar, explotar o beneficiarse económicamente de la prostitución de otras. Es más, la sanción se extiende también al cliente cuando compra los servicios sexuales de una persona entre catorce y dieciocho años. De esta manera, se reconoce una realidad en la que se ven inmersas mujeres, niñas, niños y adolescentes por las condiciones de pobreza, inequidad y falta de acceso a oportunidades de desarrollo. La penalización de estas conductas en el Código es crucial en un medio social como el peruano, donde la prostitución no es vista como una violación de derechos, sino que es socialmente permitida para los varones. Por otro lado las prostitutas, aparte de la condena social, reciben del Estado una visión despectiva, siendo únicamente vistas o como un problema de salud pública, por ser foco de enfermedades de transmisión sexual, o como un problema de seguridad ciudadana, al mismo nivel de la delincuencia. En consecuencia, solo se persigue a la prostituta y se esconde al proxeneta y al cliente, quienes finalmente mantienen este esquema.⁸¹

⁷⁸ Los agravantes son: 1) la víctima es menor de dieciocho años; 2) el autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación; 3) la víctima se encuentra privada de discernimiento por cualquier causa; 4) el autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, concubino, adoptante, tutor o curador o tiene al agraviado a su cuidado por cualquier motivo; 5) la víctima ha sido desarraigada de su domicilio habitual con la finalidad de prostituirla o está en situación de abandono o de extrema necesidad económica; 6) el autor haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida; o, 7) si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda.

⁷⁹ Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años, la pena será no menor de seis ni mayor de diez años. Por otro lado, si la víctima tiene menos de catorce años, o es cónyuge, conviviente, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente o si está a su cuidado, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años.

⁸⁰ Estos agravantes son: 1) la víctima tiene menos de dieciocho años; 2) el agente emplea violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio de coerción; 3) la víctima es cónyuge, concubina, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o si está a su cuidado; 4) si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda; o 5) la víctima es entregada a un proxeneta.

⁸¹ Sobre el particular, revisar INSTITUTO DE ESTUDIOS PARA LA INFANCIA Y LA FAMILIA y otros. *¿Mercancía Sexual? Cómo Hemos Creado la Demanda para la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes en el Perú*. ECPAT, 2005, p. 11 y ss.

Esta percepción olvida que la prostitución atenta contra la dignidad de las personas, pues establece el *uso* de un ser humano por otro con fines comerciales. De algún modo, esta visión permisiva sigue presente en la norma, por ejemplo al sancionar al cliente que mantiene relaciones con una o un menor de edad, pero manteniendo silencio cuando este cliente hace lo mismo con otra persona adulta. Solo una visión integral del problema, donde no se considere únicamente a la mujer sino que además identifique y trate a todos los actores que intervienen en la cadena de la prostitución, va a permitir un tratamiento efectivo del mismo. De esta manera podrá prevenirse y tratarse adecuadamente, así ocurran en tiempos de paz como de conflicto armado.

3.2.2.7 Trata de personas

De acuerdo al artículo 182 del Código Penal, se sanciona con cárcel al que promueve o facilita la captación, para la salida o entrada del país o el traslado dentro del territorio peruano, de una persona para que ejerza la prostitución, someterla a esclavitud sexual, pornografía u otras formas de explotación sexual. La pena será no menor de cinco ni mayor de diez años, pero si media alguna de los agravantes incluidos en el artículo 181 sobre proxenetismo,⁸² la pena será no menor de diez ni mayor de doce años.

La inclusión de este crimen en el Código Penal es otro avance importante en la lucha contra la trata de personas, un problema creciente en el Perú. De acuerdo al estudio realizado por la Organización Internacional para las Migraciones y el Movimiento El Pozo, las víctimas de trata en el Perú son principalmente mujeres. La edad (se prefiere a la mujer adolescente o joven), la procedencia (uno de los grupos más demandados son las mujeres selváticas y de otros lugares exóticos) y la condición socio económica son elementos comunes que definen a la potencial víctima. Gran parte de estas víctimas provienen de hogares desestructurados, donde sufrieron desprotección o violencia, y son altamente susceptibles al engaño y la manipulación emocional, lo que es usado para su captación y traslado.⁸³

Si bien el informe de la OIM y el Movimiento el Pozo pudo identificar casos de trata interna, encontró dificultades para documentar casos de tráfico de mujeres peruanas trasladadas a otros países con fines de comercio sexual. Ello debido a que muchas de estas mujeres se encuentran en el extranjero en condiciones de ilegalidad, sin documentos y por una promesa de trabajo legal que al final no se cumple.

Si bien la penalización es un avance, es necesaria una visión mucho más integral, tal como lo prevé el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, ya ratificado por el Perú pero que aún no entra en vigor. Ello incluye un marco de protección de las víctimas de la trata de personas, así como medidas de prevención y cooperación, e influencia en políticas públicas y cooperación internacional para eliminar las causas que lo motivan.

3.2.2.8 Turismo Sexual Infantil

De acuerdo al artículo 181-A del Código Penal, se castiga con cárcel al que promueve, publicita, favorece o facilita el turismo sexual, a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico,

⁸² Véase *supra*, nota 80.

⁸³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES Y MOVIMIENTO EL POZO. *Trata de Mujeres para Fines Sexuales Comerciales en el Perú*. Lima: OIM y Movimiento El Pozo, 2005, p. 126.

magnético o a través de internet, con el objeto de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial de personas de catorce y menos de dieciocho años. La pena será no menor de dos ni mayor de seis años.

Las penas aumentarán si la víctima es menor de catorce años (de seis a ocho años), o si el delito fue cometido por autoridad pública, sus ascendientes, maestro o persona que ha tenido a su cuidado por cualquier título a la víctima (de ocho a diez años).

El turismo sexual infantil, y el turismo sexual en general, es otro de los problemas crecientes en nuestro país, pero invisibilizados por la aceptación social. Al igual que en los casos de la explotación sexual comercial ya vistos, la norma se concentra nuevamente en el promotor o difusor del turismo sexual, mas no en el cliente que viaja a un país, normalmente menos desarrollado, para contratar servicios sexuales con menores.⁸⁴ Asimismo, en forma similar a la prostitución, la trata y la pornografía infantil, se protege adecuadamente a los menores de edad mientras que no se menciona a las mujeres adultas que sufren la misma violación de derechos.

3.2.2.9 Pornografía Infantil

La pornografía infantil es una de las modalidades de la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes. Recién desde el año 2004, por la ley 28251, este delito es incorporado a nuestro Código Penal, junto con otras modalidades como el turismo sexual infantil y la prostitución infantil. Ello también fue acorde con los últimos avances normativos, en los cuales se incluyen la ratificación del Perú del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, en junio de 2002.

De esta manera, el artículo 183-A del Código Penal castiga con cárcel al que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio incluido la internet, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de catorce y menos de dieciocho años de edad. La pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.

Estas penas serán más severas dependiendo de los agravantes. Uno de ellos es la edad de la víctima, es decir, si es menor de catorce años la pena será no menor de seis ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa. El segundo agravante es que la víctima se encuentre en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173°, o si el agente actúa en calidad de integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil. En ambos casos la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años. En todos estos casos, el agente será inhabilitado conforme al artículo 36°, incisos 1, 2, 4 y 5.

Esta inclusión es importante porque la pornografía infantil, y la pornografía en general, es una actividad socialmente permitida. La permisividad social y los medios de comunicación que fomentan la visión de las mujeres, niñas, niños y adolescentes como objetos sexuales van creando una demanda que eventualmente está dispuesta a pagar por sus servicios sexuales. La pornografía es una de las facetas del comercio sexual, que estimula el consumo de los demás productos como son la prostitución, la trata, o el turismo sexual.

⁸⁴ ECPAT y otros. *Código de Conducta para la Protección de los Niños Frente a la Explotación Sexual en el Turismo y la Industria de Viajes*, p. 3. Disponible en http://www.thecode.org/dokument/images/downloads/code_summary_espanol_4.pdf.

La penalización de la pornografía infantil no solo es una acción a favor de la dignidad de las niñas, niños y adolescentes, sino también un acto de toma de conciencia sobre las múltiples formas de explotarlos sexualmente. Sin embargo, otra vez se privilegia la protección de los menores de edad, mientras que no existe un pronunciamiento sobre la pornografía con mujeres adultas. Al mismo tiempo, y al igual que con las otras figuras sobre explotación sexual comercial, otra vez el cliente pasa desapercibido, tanto por la ley como por las políticas públicas, cuando su demanda es la que crea la oferta. También es necesaria aquí una visión integral del tema de la explotación sexual comercial, con todas las modalidades que de ella se derivan.

3.2.2.10 Ejercicio de la Acción Penal

Tanto el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo Vidaurre (1828) y el Código Penal de Santa Cruz (1836) consideraban que en esta clase de delitos la acusación correspondía en exclusiva a la parte agraviada. En esa misma línea se mantuvieron los siguientes códigos penales. El Código Penal de 1863⁸⁵, establecía que el ejercicio de la acción penal era a instancia privada, salvo en los casos de una impúber que no tenga padres ni cuidador. En este último caso, podía acusar cualquiera del pueblo, y procederse de oficio. Pero la regla general era:

Artículo 278: No se procederá a formar causa por los delitos a que se refiere este título, sino por acusación o a instancia de la interesada, o de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito, debiendo el consejo de familia nombrar a la agraviada, en caso necesario, el correspondiente defensor.

El Código Penal de Maúrtua de 1924, que se refería en el artículo 205, a la posibilidad de accionar de manera pública o privada los delitos de violación, fue modificado por el Decreto Ley N° 20583, de la siguiente manera:

Artículo 205.- En los casos de los delitos comprendidos en este título, cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o no se le hubiere inferido lesiones graves, **solo se procederá a formar causa por querrela o denuncia de la víctima, o de la persona bajo cuyo poder se hubiese hallado cuando se cometió el delito.** (El resaltado es nuestro).

La denuncia podrá hacerse ante el juez de primera instancia o de paz en el lugar donde se perpetre el delito, o ante cualquier autoridad política, debiendo en todo caso ratificarse en ella el denunciante ante el juez encargado de la instrucción.

De esta manera, el ejercicio privado de la acción penal evidenciaba la concepción de que la violencia se produce en el ámbito doméstico, al interior de las familias, y en su esfera privada; por tanto no es un atentado contra los derechos, y no debe exigirse la actuación estatal.

Con la entrada en vigor del Código Penal de 1991, se estableció inicialmente que todos los delitos sexuales son públicos, con cuatro excepciones que expresamente calificó de privados. Estas excepciones eran la violación sexual sin agravantes; violación de persona puesta en imposibilidad de resistir; estupro por prevalimiento de persona colocada en hospital, asilo o centro hospitalario; y seducción.

La última modificación, que se produjo con la **Ley N° 27115**, de 15 de mayo de 1999, estableció que **todos los delitos sexuales son públicos**. De esta manera no es necesario que sea la propia víctima

⁸⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Problemas Actuales de la Administración de Justicia en los Delitos Sexuales*. Lima: Las Esmeraldas, 2000. p. 32 -34.

quien denuncie este delito, ni tampoco que se ratifique al interior del proceso. Esta última modificación es positiva, pues reconoce que frente a esta clase de delitos la actuación estatal es necesaria, y que no se trata de delitos del ámbito privado, sino que afectan a las mujeres en todos los ámbitos y espacios. Además reconoce lo establecido en los instrumentos internacionales de protección de la mujer, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belem do Pará (1994), que en su artículo 1 señala que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado”.

3.2.2.11 Formas de Concluir el Proceso Penal: Desistimiento, Transacción y Matrimonio como Eximente de Sanción Penal

Este es otro de los hallazgos en la evolución de la legislación penal que afectó los derechos de las mujeres especialmente, y que da cuenta de la percepción que se tenía en cuanto *la mejor solución* en esta clase de delitos. En ese sentido, el Proyecto de Código Penal de Manuel Lorenzo Vidaurre, contempló la posibilidad de terminar el proceso penal por estos delitos mediante el desistimiento de la víctima:

Ley 53: No hay procesos por delitos leves, injurias verbales, amenazas, golpes con la mano, que no causaren grave daño. Los jueces obligarán a la satisfacción, impondrán penas que no pasen de un mes de captura.

Ley 54: Ninguna causa grave concluye aunque el interesado se desista: es excepción el adulterio, la violación por la fuerza, y el robo en la misma familia.

Ley 55: El Fiscal deberá comenzar las causas no solo en los delitos públicos sino en los privados, si son notorios, y el ofendido se queja: se exceptúa el adulterio, la violencia a la mujer, el robo doméstico.

Tanto la “violación por la fuerza” y la “violencia a la mujer” eran considerados como delitos donde existía la posibilidad de llegar a un arreglo privado, y concluir el proceso por desistimiento. En la tercera parte del proyecto, denominada “Delitos privados”, en el título cuarto, “Violencia hecha a las mujeres”, se disponía:

Ley 1: El que violenta a la que es virgen **se casará** con ella siendo soltero. Si la ofendida no admite, o él se niega, le dará la cuarta parte de su haber. Si careciese de facultades, será destinado a las obras públicas por todo el tiempo que la ofendida permanezca sin casarse, y a ésta se asignará el producto de su trabajo, sacando lo muy necesario para su subsistencia. (El resaltado es nuestro).

Del texto de la ley podemos deducir que el matrimonio constituía una de las sanciones para quien violaba una virgen. Con el desarrollo del ordenamiento jurídico penal, el matrimonio se convirtió en un eximente de la sanción penal.

Por otro lado, el Código Penal de Santa Cruz de 1836 estableció el matrimonio como alternativa para evitar el castigo a los agresores. El artículo 425, dentro del Título VII “De los delitos contra las buenas costumbres”, establecía:

Art. 425.- No habrá lugar a las penas impuestas por los mismos artículos contra los reos, que no teniendo impedimento alguno de los que la iglesia llama dirimentes, se **casasen** con las ofendidas antes de la sentencia que causa ejecutoria. (El resaltado es nuestro).

El Código Penal de 1863 también establecía que el matrimonio era una causal para eximir de la pena al agresor.

Artículo 277.- En los casos de estupro, violación o rapto de una mujer, quedará exento de pena el delincuente, **si se casare con la ofendida**, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida a poder de su padre o guardador, o a otro lugar seguro. (El resaltado es nuestro).

El Código Penal de Maúrtua de 1924, en su Libro Segundo, "Delitos," Sección Tercera, "Delitos contra las buenas costumbres," Título I, "Delitos contra la libertad y el honor sexuales," mantuvo la exoneración de la pena para el violador que contraía matrimonio con su víctima, siguiendo la orientación desarrollada por el Código anterior de 1863. De esta manera tenemos los siguientes artículos:

Artículo 204.- En los casos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer, el delincuente será además condenado a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda, en proporción a sus facultades a mantener a la prole que resultare.

En los mimos casos, el delincuente quedará exento de pena si se casare con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida al poder de su padre o guardador o a otro lugar seguro. (El resaltado es nuestro).

El Código Penal de 1991, en su artículo 178 estableció inicialmente que

"El **agente quedará exento de pena si contrae matrimonio con la ofendida**, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida al poder de su padre o tutor, o a un lugar seguro. La exención de pena que se alude se extiende a los coautores." (El resaltado es nuestro).

Posteriormente la Ley N° 26770, de 15 de abril de 1997, modificó este artículo, y precisó que esto solo era posible en los delitos de seducción. Finalmente, la Ley 27115, del 15 de mayo de 1999, modificó íntegramente el artículo 178, eliminando los delitos de instancia privada y el matrimonio en caso de seducción como supuesto de exención de la pena.

En resumen, hasta 1999 en la legislación penal se mantuvo el matrimonio como eximente de sanción penal. La interpretación que se señala es que ante una violación sexual lo mejor que puede sucederle a la víctima "deshonrada", es que el agresor la reconozca como "su" esposa y *repare* el daño ocasionado. En este caso el bien jurídico protegido no es la libertad sexual, sino más bien el honor y las concepciones morales. **El gran aporte de la ley 27115 fue reconocer la real dimensión de los delitos contra la libertad sexual, quedando prohibido el matrimonio como causal de exención de la pena para todos los casos de violación sexual.**

3.2.2.12 Los Procedimientos Penales

El Código de Procedimientos Penales de 1940, hasta el año de 1968, implantaba dos procedimientos para los delitos sexuales. Uno era el *procedimiento ordinario*, que establecía como etapas la instrucción, decisión de enjuiciamiento, y el juicio oral. El otro era el *procedimiento por acción privada*, que exige la querrela de la víctima, es decir la reafirmación de la víctima en su denuncia, y se lleva a cabo un comparendo, a cuya finalización el Juez Penal dicta sentencia. El Decreto Ley N° 17110 del 8 de noviembre de 1968 instauró el denominado *procedimiento sumario o abreviado*, que regía solo para los delitos de seducción. Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 124, de 12 de junio de 1981, amplió la cobertura

del procedimiento sumario a otros delitos, como violación real (art. 196), violación abusiva, atentado contra el pudor, seducción y estupro por prevalimiento (contemplados en el Código Penal de 1924), lo que ocasionó problemas en la interpretación para aquellos delitos que según las normas vigentes eran por acción privada.

Con el Código Penal de 1991, se produjo cambios en los procesos, incluyendo las modificaciones de las leyes especiales.⁸⁶ Se ha establecido que todos los delitos sexuales siguen el *procedimiento sumario*, y el *procedimiento ordinario* solo está previsto para el delito de violación de menores, eliminándose, mediante la Ley N° 27115, el procedimiento de querrela por acción privada. Así, se establece un proceso sumario que se reduce solo a la etapa de instrucción, escrita y reservada, y a la sentencia sin posibilidad de actuación y debate sobre la prueba, ni formación de un juicio sobre la comisión del delito y la responsabilidad penal del procesado.

De otro lado encontramos leyes que determinan especialidades procedimentales⁸⁷, así tenemos la Ley 27055 (24 de enero de 1999) y la Ley 27115 (17 de mayo de 1999).

La Ley 27055 incorpora cuatro modificaciones importantes al proceso:

- a) En los delitos sexuales en agravio de niñas, niños y adolescentes: La declaración de la víctima será la que rinda ante el Fiscal de Familia, teniendo en consideración el Código del Niño y el Adolescente, salvo mandato en contrario del Juez de Familia. Durante la declaración de la víctima podrá participar cualquiera de los padres o la persona que tenga bajo su tutela al menor, siempre que no se traten de los denunciados.
- b) La confrontación entre el imputado y la víctima procederá si ésta fuese mayor de 14 años, pero si la víctima es menor, la confrontación procederá a instancia de la víctima.
- c) La diligencia de reconstrucción no puede actuarse con la asistencia de una niña, niño o adolescente, si se trata de un delito sexual en su agravio.
- d) Para el examen médico legal de la niña, niño o adolescente, víctima de violencia sexual, el Fiscal de Familia podrá recurrir al Instituto de Medicina Legal, a los establecimientos de salud del Estado, y a los centros de salud autorizados. Todos estos tienen valor probatorio en cuanto al estado de salud físico y psicológico.

Los alcances de la Ley 27115 son:

- a) Todo el proceso judicial, incluida la fase procesal, es reservado. Debe preservarse la identidad de la víctima en todos los delitos sexuales, cualquiera sea el procedimiento al que están sujetos.
- b) El examen médico legal requiere del consentimiento de la víctima. Además debe ser realizado por el médico encargado del servicio, con la asistencia de un auxiliar; la presencia de otras personas está sujeto al consentimiento de la víctima.
- c) El fiscal y el juez, para decidir los actos de investigación y de prueba, deben tomar en consideración el estado físico y emocional de la víctima. Ello permite rechazar confrontaciones, reconstrucciones e interrogatorios a la víctima, cuando ello perjudique su salud mental.

Finalmente debemos señalar, de manera general, que todo proceso penal de violación sexual se inicia con la actuación policial, ya sea por una denuncia directa o por órdenes del Ministerio Público. La policía remite al Fiscal un informe que puede ser un *parte policial*, si no se ha cometido ningún delito; o un *ates-*

⁸⁶ Decreto Ley N° 26147 (30 de diciembre de 1992), Ley 26293 (14 de febrero de 1994), y Ley N° 26689 (30 de noviembre de 1996).

⁸⁷ MONTROYA VIVANCO, Yván. *Op. Cit.*, pp. 59-60.

tado policial, si se determina que existen indicios de la probable comisión del delito. Es en este ámbito que se recogen las pruebas, y se ordena la realización del examen médico legista. Luego inicia su actuación la Fiscalía, que puede formalizar o no la denuncia penal ante el juez por los hechos denunciados. De formalizar denuncia, es el juez quien, en base a lo investigado y a las actuaciones (declaración instructiva del acusado, preventiva de la agraviada, la confrontación, pruebas documentales y pericias) establecerá la culpabilidad y sentenciará según sea el caso.

3.2.2.13 Principales Hallazgos en el Tratamiento Procesal

Todo proceso penal debe encontrarse enmarcado dentro de las garantías del debido proceso establecido por nuestra Constitución. Sin embargo, en los casos de violación sexual, al establecerse un proceso sumario, muchas de estas garantías no son respetadas. Además es de especial importancia tener en cuenta las pruebas a ser actuadas, y los inconvenientes que encontramos en su análisis; muchas veces imbuidos de prejuicios de género que afectan los derechos de las mujeres afectadas.

De esta manera, podemos señalar en varias etapas procesales algunas prácticas con prejuicios de género. Estas etapas y estas prácticas son:

a) Actuación Policial. La policía es la instancia encargada de recibir denuncias, realizar los actos de investigación, las pruebas criminalísticas, y proteger testigos y pruebas. Las personas agraviadas deben tener las condiciones adecuadas para rendir sus declaraciones. Sin embargo según la investigación de DEMUS⁸⁸, las denunciadas en su gran mayoría declararon que en las delegaciones policiales habían sido interrogadas dos o más veces, además a la mayoría de ellas se las interrogó en presencia de una a tres personas, y en espacios abiertos⁸⁹.

Asimismo, en las **manifestaciones ante la policía**, es común encontrar casos en los que la investigación no se centra en los hechos en sí mismos, sino en el pasado sexual de la víctima, su forma de vestir, su comportamiento, entre otros prejuicios que reproducen estereotipos sexistas, formas de ser mujer y varón. Ello termina por responsabilizar a la agraviada por los hechos ocurridos. De esta manera encontramos los siguientes casos:

La agraviada sabía a lo que se exponía, por tanto es responsable de lo sucedido.- Sentencia de la Corte Superior de Lima de 23 de marzo de 1998, Expediente 7864-97, para establecer la tipicidad del delito de agresión sexual mediante coacción, que sanciona el artículo 170 del Código Penal. Es necesario tener en cuenta que la menor de 17 años "aceptó ingresar voluntariamente a la habitación de un desconocido a sabiendas que podría estar expuesta a requerimientos amorosos, considerando la hora, el lugar y la soledad en que se encontraba, máxime si ésta ya tenía alguna experiencia sexual anterior (...) la agraviada presenta desfloración antigua y signos de coito contra natura antiguo"⁹⁰

Su pasado sexual.... sí importa. Los hechos ocurrieron el 1 de enero de 1992, en una celebración por el fin de año nuevo, una de las invitadas es agredida sexualmente, luego de haber be-

⁸⁸ DEMUS. *Agresiones Sexuales contra Mujeres ¿Responsabilidades Compartidas?*, Lima: DEMUS, 1997, p. 21.

⁸⁹ Sobre este punto, el Acuerdo de Solución Amistosa entre el Estado peruano y M. M. ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos proponía reformas en el procedimiento de investigación policial, como brindar atención a las víctimas en lugares que ofrezcan privacidad, que cuenten con información adecuada sobre sus derechos; y que cuenten con asistencia legal. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Acuerdo de Solución Amistosa, Caso CIDH N° 12.041, 6 de marzo de 2000.

⁹⁰ ROJAS C. *Jurisprudencia comentada*, Tomo I, Lima 1999, p. 700.

bido licor y quedarse dormida. En las investigaciones policiales se le pregunta “diga: **Si antes de lo anteriormente narrado Ud. ha mantenido relaciones sexuales con algún otro hombre?** Que, nunca he tenido relaciones sexuales con ningún otro hombre” (manifestación policial, f. 5). “Para que diga, si el día de los hechos, ha sido la primera vez que tuvo contacto sexual con un hombre, dijo: que sí era la primera vez y yo estaba inconsciente, porque estaba dormida debido al alcohol que había consumido...” (Preventiva, f 33)⁹¹.

Comportamiento, costumbres, pasado de la víctima.... lo merecía, se lo buscaba..... Este es el caso de Silvia⁹², una joven universitaria de 18 años; el cual muestra la existencia de prácticas judiciales discriminatorias de mujeres adultas que alegan haber sido violadas. La administración de justicia consideró que los cargos formulados por la parte agraviada ni siquiera ameritaban el inicio de una investigación, rechazándola de plano; excediendo sus facultades legales, pues tenía la obligación de investigar los hechos.

En la etapa de investigación policial, los agentes de la PIP, se interesaron en saber si la agraviada, o sus amigas que la acompañaron, tenían afición al alcohol. “Preguntada, diga: **Si la persona de Silvia acostumbraba a tomar licor (cerveza) con ustedes o con cualquier otro compañero de estudios?** Por otro lado la propia Silvia, una vez terminada su declaración añade: “...*que es la primera vez que me pasa esto y que soy una persona de conducta irreprochable y que una acción de esta naturaleza debe ser sancionada con todo el peso de la ley; habiendo sido la primera vez que no he llegado a dormir a mi casa, lo que me dio temor y vergüenza en contarle a mis padres lo sucedido en mi agravio..*”

b) El reconocimiento médico legal es LA PRUEBA. Una vez iniciada las investigaciones, es necesario hacer este examen pues determinará las lesiones sufridas. Sin embargo, este tipo de pruebas presenta dos aspectos a considerar. De un lado, tenemos el llamado himen complaciente, el cual no permite determinar si ha existido o no la desfloración, para los casos de mujeres que no han tenido actividad sexual antes del delito. Por otro lado, el reconocimiento médico debe hacerse lo más pronto posible para hallar las huellas del agresor. La práctica judicial ha hecho de ésta la prueba dirimente, dejando de lado a una gran parte de la población afectada, como son las mujeres adultas sexualmente activas. Debemos reconocer uno de los alcances de la Ley 27115, que establece que este examen requiere el consentimiento de la víctima, que debe ser practicado por un solo médico y su asistente; con la presencia de aquellos familiares que la víctima considere necesarios.

Un caso: desfloración antigua, no hay rastro de violación sexual reciente

Para la teoría de la Medicina Legal, el término promedio para considerar como antigua la desfloración del himen es cuando transcurren más de ocho días de la fecha de los hechos. Por ello se recomienda que las denuncias por estos hechos sean lo más pronto posible “pues el transcurso del tiempo hace perder los síntomas de la violencia y con ello la posibilidad de acreditar la comisión del delito”⁹³. Sin embargo la jurisprudencia ha establecido como prueba que define el proceso el examen medico legista, dejando de lado las otras pruebas e indicios; y privilegiando a las víctimas “vírgenes”, menores de edad o sin experiencia sexual frente a las mujeres adultas.

⁹¹ SILES VALLEJOS, Abraham. *Con el Solo Dicho de la Agraviada*. Lima: DEMUS, 1995, p. 146 y ss.

⁹² *Ibid.*, p. 115 y ss.

⁹³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal*. Lima: Palestra, 1998, p. 313.

c) El testimonio de la víctima. Las declaraciones que brinda la víctima en las diferentes instancias procesales no es considerado suficiente para crear convencimiento, para tenerlas por verdaderas, pese a que puedan existir indicios que corroboren su testimonio o incluso testigos. Se parte del prejuicio de género que señala que *ella miente, que denuncia por venganza*. En este sentido no queremos generalizar todos los casos; pero señalamos que ante determinadas pruebas se debe analizar en conjunto, y no presuponer o prejuzgar, pues se estaría dando una clara vulneración de sus derechos.

El solo dicho de la agraviada no es suficiente. Este es uno de los casos analizados por el estudio *Con el solo dicho de la agraviada*, en el cual la denunciante fue víctima de un intento de violación por parte del taxista que la trasladaba a su hogar; luego de haber estado en una reunión donde había estado bebiendo. Los hechos ocurrieron el 29 de agosto de 1985. En el momento de los hechos, al producirse el forcejeo y los gritos de la mujer, muchas personas se acercaron al taxi estacionado, y empezaron a gritar al taxista, lo que evitó que el hecho se consumara.

“...ahora bien, analizando en conjunto todo lo actuado, con las pericias de medicina forense de fojas veintidós, balística forense de fojas veintitrés, toxicológica y dosaje etílico de fojas veinticuatro, explosivo forense de fojas veinticinco, y pericia médico legal de fojas diecinueve; arribamos que : se puede inferir **que la única prueba que existe contra el procesado en cuanto al delito de Violación en el grado de tentativa, es la expresión de la agraviada, la misma que no se encuentra corroborada con prueba alguna** y es más ni siquiera se ha probado la probable comisión del acto carnal, al expresar aquella que tan solo fue una proposición, mas no llegaron a la vía de los hechos”

La administración de justicia estimó que el único elemento que incriminaba al agresor era el dicho de la agraviada. Siguiendo a Siles⁹⁴, es necesario tener en cuenta que en el juicio por violación sexual es indispensable revalorar la palabra de la mujer agraviada.

Una imputación consistente, mantenida con firmeza y sin contradicciones a lo largo del proceso, es suficiente para justificar una condena cuando el descargo del encausado resulta totalmente desvirtuado por pruebas objetivas e irrefutables, como las que constataban en el expediente del presente caso (interrogatorios, pericias médicas, examen de laboratorio, registro domiciliario, indagación en archivos policiales).

Pericia Sicológica o Siquiátrica; esta es una de las pruebas menos consideradas en esta clase de procesos, pese a que las normas procesales señalan su importancia para demostrar las características del agresor y el impacto sufrido por las víctimas. Se trata de pericias auxiliares y de valor indiciario que pueden ayudar a determinar la credibilidad de la versión de la víctima, a explicar su conducta al momento de interponer la denuncia, y su actitud hacia el imputado en el curso del procedimiento.

Jurisprudencia que revalorar la pericia psicológica en los casos contra la libertad sexual. La Sala Penal de Lima, en el Exp. N° 1010-2002⁹⁵, en su resolución del 13 de mayo de 2002, señala “que la agraviada [quien es menor de edad] sindicó al encausado como la persona que primero la enamoró, ofreciéndole dinero, para después tener relaciones sexuales, siendo ésta última en contra de su voluntad; versión admitida por el encausado, quien acepta haberle dado dinero,

⁹⁴ SILES VALLEJOS, Abraham. *Op. Cit.* p. 88 y ss.

⁹⁵ En: http://www.womenslinkworldwide.org/sp_co_lat_peru.html, revisado el 31 de enero de 2006.

pero niega ser el autor del ultraje sexual; (...) la versión inculpativa de la agraviada se encuentra corroborada con el reconocimiento médico legal (..) y mereciendo relevancia jurídica el dictamen de Protocolo de pericia psicológica, que señala que el acusado tiene preferencia por parejas menores". En este sentido, la conclusión de que se ha cometido el delito, no se deriva únicamente del examen médico legal, sino también de la pericia psicológica; la que, sin embargo, en muchos casos es dejada de lado.

3.2.3 VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN RELACIÓN DE PAREJA

La violencia contra la mujer se da tanto en el ámbito doméstico, como en el público; en este sentido un espacio donde se la configura es al interior de la familia y en las relaciones de pareja. Así, encontramos que desde una perspectiva de género, las mujeres son afectadas en sus derechos humanos, al ser determinadas socialmente con ciertas características y roles, ubicándolas en una situación de mayor vulnerabilidad.

El Estado peruano ha reconocido los tratados internacionales específicos de protección de la mujer, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belem do Pará) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Así, el Estado peruano reconoce que la violencia contra la mujer, se basa en la construcción social de lo femenino y que es una forma de discriminación contra la mujer; comprometiéndose a formular políticas públicas que favorezcan la no discriminación de la mujer por razones de género, y su protección frente a la violencia.

Para implementar estos tratados en nuestro país, se promulgó la Ley 26260 "Ley de Protección frente a la Violencia Familiar", publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de diciembre de 1993. Posteriormente se da el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobada por decreto supremo N° 066-97-JUS, de 27 de junio de 1997, y modificado por la ley N° 27306, de 15 de julio de 2000, y su Reglamento, aprobado por decreto supremo N° 002-98-JUS, de 25 de febrero de 1998.

Un logro muy importante es el reconocimiento expreso de que la violencia hacia la mujer por parte de su pareja (esposo, conviviente, ex esposo, ex conviviente) es un asunto público, en donde el Estado debe participar. Sin embargo al rotularse la ley como Ley de Violencia Familiar, se prioriza la protección de la familia, invisibilizando que la principal afectada en esta clase de violencia es la mujer. Como lo señala el Estudio Multicéntrico de la Organización Mundial de la Salud, el 51% de las mujeres en Lima reporta haber sufrido alguna vez violencia física o sexual por parte de su pareja, y en el departamento de Cusco, el número se eleva a 68.9%.⁹⁶

El proceso por violencia familiar se inicia con la denuncia, ya sea de parte o cualquier persona que conozca los hechos. Luego de la actuación policial, se pasa a la instancia fiscal, la que determinará qué tipo de proceso se sigue: si uno *civil*, o uno *penal*, o ambos paralelamente. Es decir que, según la gravedad de la violencia, se puede iniciar un proceso de faltas en la instancia penal, la cual determinará la sanción

⁹⁶ De acuerdo a este estudio, un 48.4% de las mujeres en Lima y el 61% en Cusco, ha sufrido violencia física por parte de su pareja, además el 23% de las mujeres de Lima y el 47% de Cusco, reporta haber sufrido violencia sexual por parte de su pareja. En: GÚEZMES Ana, y otros. *Violencia Sexual y Física contra las Mujeres en Perú*, Estudio Multicéntrico de la Organización Mundial de la Salud sobre Violencia de Pareja y la Salud de las Mujeres. Lima: CMP Flora Tristán, Universidad Peruana Cayetano Heredia y OMS, 2002. p. 53.

correspondiente; o un proceso de violencia familiar en la instancia civil, la cual determinará aspectos referidos a las medidas de protección a favor de la víctima; reparación del daño; pensión alimenticia de ser el caso; así como tratamiento de la víctima, su familia y el agresor.

Algunos expertos critican el procedimiento establecido por esta Ley, que pese a ser uno especial, que busca la protección de carácter tutelar, finalmente adopta las características de un proceso civil; pues no protege adecuadamente a las mujeres afectadas, centrándose en cuestiones formales. Cabe mencionar de un lado que las medidas de protección dictadas en estos casos no siempre son eficaces, reduciéndose a una orden del juez que impide que el agresor se acerque a la víctima, o que “cese la violencia”. Además, no se tiene en cuenta medidas adecuadas para cuando la víctima denuncia, sobre todo en casos graves, por lo que se debe prever medidas inmediatas, de ser necesarias, como el envío de la víctima a casas refugio, o la notificación inmediata de la policía al agresor de que el caso está siendo investigado. Otra crítica importante es que, pese a que el Ministerio Público y la policía tienen prohibido promover la conciliación entre las partes,⁹⁷ se han detectado muchos casos en los que estas instancias buscan que la víctima y el agresor lleguen a un acuerdo.

Lamentablemente los delitos sexuales son invisibilizados en nuestro medio. Muchos de ellos, al ser denunciados, son reconducidos a un proceso de faltas o lesiones graves, teniendo en cuenta solo la violencia física. Por eso es que los estudios y las estadísticas solo mencionan violencia física o psicológica en sus cifras, dejando de lado lo establecido en la propia ley, que incluye violencia sexual.

3.2.4. JUZGAMIENTO DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN LAS PRÁCTICAS CONSUECUDINARIAS

En nuestro país se reconoce constitucionalmente la jurisdicción en las comunidades campesinas, como parte del derecho consuetudinario. En el artículo 149 de la Constitución se faculta a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas a ejercer funciones jurisdiccionales, dentro de su territorio y en coordinación con los Juzgados de Paz y otras instancias del Poder Judicial, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

En estas comunidades campesinas, una instancia representativa y accesible de justicia son las autoridades comunales y los jueces de paz. Sin embargo, en los casos de violencia contra la mujer, las limitaciones son evidentes, pues se suele usar como método de solución del conflicto la conciliación, violando derechos fundamentales de la víctima y colocándola en una situación de mayor vulnerabilidad.

Un ejemplo que visibiliza esto, es el sucedido en una comunidad de Huancavelica⁹⁸, departamento más pobre del Perú. Ante la denuncia de una mujer, el presidente de la comunidad le pregunta *qué motivos ha dado para que su esposo la trate así*, y le propone hacer un documento e ir al día siguiente a hablar con el agresor, para llegar a un acuerdo. La afectada no puede esperar y se va, pues tiene que regresar a su estancia y seguir trabajando para poder subsistir.

Este ejemplo ilustra cómo es difícil denunciar y obtener justicia en el medio rural. Por un lado, encontramos la dificultad de llevar un proceso ante instancias lejanas, tanto en ubicación como en accesibilidad. Por otro lado, tenemos la visión de las autoridades comunales, quienes buscan acuerdos y no justicia

⁹⁷ Según la Ley N° 27982, se han derogado los artículos 13, 14 y 15 que prohíbe la conciliación en el ámbito del Ministerio Público. Asimismo, el artículo 9 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial, establece que no son materia de conciliación extrajudicial los hechos que se refieren a la comisión de delitos o faltas.

⁹⁸ DEMUS. Notas de Trabajo de Campo, comunidad del cono norte de Huancavelica. Octubre de 2005.

en estos casos. Sin embargo, dentro de este contexto, no podemos dejar de lado los sentimientos de vergüenza de la mujer, el estigma que provoca esta situación dentro de su comunidad, y que terminan influyendo para no denunciar o no persistir en su reclamo.

3.3 NORMAS APLICABLES A SITUACIONES DE CONFLICTO Y POST CONFLICTO

En el caso peruano, de acuerdo al Informe Final de la CVR, **los múltiples crímenes de violencia sexual ocurridos en el Perú entre los años 1980 y 2000 tuvieron como objetivo castigar, intimidar, coaccionar, humillar y degradar a la población.** Éstos fueron usados no solo como un medio de presión contra la población, sino también como un método para obtener información o autoinculpaciones.⁹⁹ Además, la CVR señala que la violencia sexual ocurrida en el Perú entre 1980 y 2000 fue de tal magnitud que **configura un crimen de lesa humanidad**, por tener un carácter generalizado en algunos casos y sistemáticos en otros.¹⁰⁰

De todos los crímenes contra las mujeres recogidos por la legislación internacional, **el Informe Final de la CVR documenta principalmente la violación sexual. Las víctimas eran en su mayoría mujeres quechuahablantes (75% de los casos), de origen rural (83%), campesinas (33%) o amas de casa (30%).**¹⁰¹ La CVR también encontró que se cometieron otras conductas de violencia sexual como la servidumbre sexual, los desnudamientos forzados, abortos forzados, uniones forzadas, embarazos forzados o prostituciones forzadas, aunque no incluye mayores datos estadísticos sobre ellos.

Sin embargo, en el ámbito interno, estas violaciones a los derechos humanos de las mujeres no se encuentran normadas en la legislación penal, la que regula la violación sexual como la forma más importante de violencia sexual. Por ello, es esencial que se incorpore a la normativa interna lo establecido a nivel internacional en el marco de la Corte Penal Internacional, en cuanto a las otras modalidades de violencia sexual como son la esclavitud sexual, el embarazo forzado, el aborto forzado, la prostitución forzada y la esterilización forzada.¹⁰²

Al no estar regulados estos crímenes durante el conflicto armado interno de nuestro país, muchos de los operadores de justicia –acorde a la práctica formalista– se podrían resistir a aplicar las normas internacionales ratificadas por nuestro país o a interpretar la norma nacional con ese estándar. Ello, aunado a la vergüenza y estigmatización que sienten las víctimas, no posibilitan que se inicien procesos de justicia y reparación real. De esta manera el Estado no impide que estos hechos vuelvan a repetirse.

En esta parte analizaremos la legislación especial, las que se promulgaron en el contexto del conflicto armado interno peruano, y aquellas vinculadas a la obligación estatal de reparar las graves violaciones a los derechos humanos, en especial las que tienen relación con violencia sexual.

3.3.1. CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

El Código Penal peruano, mediante Ley N° 26926¹⁰³ de 21 de febrero de 1998, incorporó el título XIV-A, denominado “Delitos contra la Humanidad” con el fin de incluir los crímenes que constituyan genocidio

⁹⁹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Op. cit.* t. VI, p. 352.

¹⁰⁰ *Ibid.*, t. VIII, pp. 76-77.

¹⁰¹ *Ibid.*, t. VI, p. 201.

¹⁰² CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Elementos del Crimen*, 9 de septiembre de 2003, ICC-ASP/1/3 (parte II-B).

¹⁰³ Esta Ley establece que los delitos de lesa humanidad incorporados se tramitarán por la vía ordinaria ante el fuero común.

y crímenes de lesa humanidad. Entre estos últimos tenemos la tortura y la desaparición forzada, incorporándose después el delito de discriminación, establecido por la Ley N° 27270, y el de manipulación genética tipificado por la Ley N° 27636. Sin embargo, no se menciona la violencia sexual dentro de esta clase de delitos. Nuestro país ratificó el Estatuto de Roma el 10 de noviembre de 2001, por ello queda pendiente la adecuación de la legislación interna al Estatuto, considerando los demás crímenes de lesa humanidad allí establecidos.

Actualmente existen proyectos de reforma del Código Penal, a fin de adecuar esta sección a los estándares internacionales. La Comisión Especial Revisora del Código Penal (CERCP)¹⁰⁴ ha venido discutiendo una propuesta legislativa que introduce un nuevo libro en el Código Penal, denominado Libro Tercero: "Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario"¹⁰⁵

Respecto a la violencia sexual como crimen de lesa humanidad, la propuesta del CERCP es la siguiente:

Artículo 14.- Será reprimido con pena privativa de la libertad de veinte a treinta y cinco años el que, en el contexto de un ataque generalizado o plan sistemático contra una población civil, realice cualquiera de las siguientes conductas:

(...)

4. Violación sexual.

Viole, prostituya o esclavice sexualmente a una persona mediante violencia, grave a menaza o aprovechando de un contexto de coacción, o se fuerce a una persona a unirse en matrimonio o en convivencia con otra persona, o prive de la capacidad de reproducción a una persona sin su consentimiento, u obligue a una mujer a abortar mediante violencia, intimidación o grave amenaza, o mantenga confinada habiéndola embarazado por la fuerza con la intención de influir en la composición racial o étnica de una población.

Este artículo incluye como crímenes de lesa humanidad la violación sexual; prostitución forzada; esclavitud sexual; uniones forzadas; matrimonios forzados; esterilización forzada; aborto forzado; y, embarazo forzado. Sin embargo, son presentados incorrectamente como parte del tipo violación sexual, no como violencia sexual. Asimismo, si bien la tipificación de estos delitos es suficiente, sería necesaria una tipificación más exacta de la esclavitud sexual, para que el juez penal sepa cómo se configura el delito. Si bien la violación sexual y la prostitución tampoco están descritas, sus elementos del tipo están ya precisados en otros títulos del Código, por lo que pueden ser interpretadas integralmente.

Con las modificaciones sugeridas, es necesario que esta propuesta de Libro III sea aprobada por el Congreso, para que la violencia sexual sea juzgada como delito de lesa humanidad en sí mismo. Actualmente la violencia sexual en contextos de conflicto armado, que tuvo características de crimen de lesa humanidad, viene siendo juzgada como tortura, por falta de tipificación específica. Aunque el actual juzgamiento de la violencia sexual en conflicto armado como una forma de tortura evitaría la impunidad del crimen, creemos que la evolución internacional en el tema de violencia sexual apunta a su juzgamiento como un crimen *per se*, con sus propias características y efectos en las víctimas.

¹⁰⁴ Constituida mediante la Ley N° 27837, publicada en el diario El Peruano el 4 de octubre de 2002. El mandato inicial de un año fue prorrogado sucesivamente por las Leyes N°s 28116 y 28361, publicadas el 6 de diciembre de 2003 y el 20 de octubre de 2004, respectivamente.

¹⁰⁵ La Comisión Especial Revisora del Código Penal tomó como base de su discusión la propuesta presentada el 10 de diciembre de 2003 por el Grupo de Trabajo N° 3 "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", referida a la "Adecuación de la Legislación Penal al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional".

En jurisprudencia internacional, y para el caso específico de la violación sexual, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Kunarac y otros* (también conocido como caso *Foca*), analizó si era posible el juzgamiento de una misma conducta como violación sexual y como tortura. Allí determinó que *ambos crímenes tienen un elemento materialmente distinto del otro*. En el caso de la violación sexual, el elemento materialmente distinto de la tortura es la penetración sexual. En el caso de la tortura, en cambio, este elemento distinto de la violación sexual es la inflicción severa de dolor o sufrimiento con el fin de obtener información o confesión, o castigar, intimidar, coaccionar o discriminar a la víctima o a un tercero.¹⁰⁶

Por otro lado, el juzgamiento de la violencia sexual como un crimen separado de la tortura permitiría visualizar la violencia que sufren las mujeres por razón de su sexo y género, y que no necesariamente pueden ser notadas cuando son consideradas tortura, que es una categoría en este aspecto más neutra. Es más, permite de una vez tomar conciencia de la terrible frecuencia de estos hechos en contexto de conflicto armado, de cómo son parte de la estrategia para disminuir la moral del bando contrario o de la población civil, y cómo están orientados a lesionar, por diversos motivos, la vida, el cuerpo y la salud de las mujeres. De alguna forma, el juzgar la violencia sexual como tortura la invisibiliza dentro de un amplio espectro de violaciones de derechos humanos orientados al mismo fin, y que pueden ser sufridas tanto por varones como por mujeres.

3.3.2 CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR POLICIAL

La legislación militar regula las acciones de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, tanto en tiempos de paz como de conflicto armado; de modo que sanciona los **delitos de función** que puedan cometer. El concepto de esta clase de delitos ha sido desarrollado por jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁰⁷, estableciendo que *no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con la independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo*.

Así, consideramos que **los delitos de violencia sexual no son delitos de función** y que deben ser juzgados en el fuero civil con los agravantes que implican. Por ello, es necesario tener en cuenta que la violencia sexual ocurrida en el contexto del conflicto interno peruano es considerado como delito de lesa humanidad por sus características; siendo transcendental que el Código Penal sea modificado teniendo estas consideraciones.

Al analizar este tipo de legislación, queremos verificar si en la legislación militar se establecía algún tipo de norma que proteja a la población civil en contextos de conflicto armado, y qué tipo de calificación se les otorgaba. Además, buscamos evidenciar el tratamiento que se le podría haber dado a las violaciones de derechos humanos en este fuero.

En el Código Militar derogado, Decreto Ley N° 23214 de fecha 26 de julio de 1980; el artículo 95 establecía:

*“Serán reprimidos con reclusión los militares que en tiempos de guerra cometan, cualesquiera de los actos siguientes:
(...)*

¹⁰⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*. Sentencia del 22 de febrero de 2001, para. 557.

¹⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N° 0017-2003-AI/TC, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de agosto de 2004.

4) *Destruir innecesariamente edificios y otras propiedades, saquear a los habitantes o cometer actos de violencia o afrentoso contra ellos.* (El resaltado es nuestro).

Esta es una de las pocas normas que reconocía lo establecido en el Derecho Internacional Humanitario, en cuanto a la protección de la población civil; sin embargo no señala cuáles serían los actos de violencia no permitidos, y cuál sería la sanción en concreto.

De otro lado, establecía en su artículo 179:

*Que constituye delito de abuso de autoridad **excederse arbitrariamente en el ejercicio de sus atribuciones** en perjuicio de un subalterno de cualquier otra persona.*

En el Artículo 180:

Incurren también en abuso de autoridad:

(...)

9) *Los que, **en ejercicio de sus funciones** o en cumplimiento de una orden superior, **empleasen o hiciesen emplear contra cualquier persona, sin motivo legítimo, violencias innecesarias para el cumplimiento de su cometido.*** (El resaltado es nuestro).

Se establecía como parte del *abuso de autoridad*, el hecho que los miembros de las fuerzas armadas, como parte de sus funciones empleasen violencias innecesarias contra cualquier persona. En este sentido se podría haber interpretado que los delitos de violencia sexual son parte de las mismas, como si fuesen un delito de función.

En el nuevo Código de Justicia Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 961, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de enero de 2006, se establece en el Libro II, parte especial, el Título II Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Este Título reconoce la aplicación supletoria de las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y de los elementos del Derecho internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Asimismo, en su artículo 90 señala los delitos contra personas protegidas por el DIH, en **contextos de conflicto armado internacional**:

El militar o policía que con relación a un conflicto armado internacional:

(...)

4) *violate o esclavice sexualmente [a la víctima], la obligue para la prostitución, prive de su capacidad de reproducción, la fuerce a unirse en matrimonio o en convivencia con otra persona será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 6 ni mayor de 15 años. Similar sanción penal se impondrá al que mantenga confinada a una mujer protegida por el DIH que ha sido embarazada sin su consentimiento para influir en la composición étnica de una población o la obligue a abortar mediante violencia o grave amenaza.*

Sin embargo, en su artículo 94 inciso 2, establece que:

Son personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario:

1) *En un conflicto armado internacional, las persona protegidas por los Convenios de Ginebra I, II, III, y IV de 12 de agosto de 1949, y el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 8 de junio de 1977.*

- 2) En un **conflicto armado no internacional**, las personas que ameriten protección según el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, y en su caso al Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 8 de junio de 1977. (El resaltado es nuestro)

Es de resaltar que la violencia sexual es reconocida solo en el contexto de conflicto armado internacional, como una violación del DIH. Solo haciendo una interpretación sistemática y teleológica de la legislación, se podría entender que, en los casos de conflicto armado interno, son aplicables los delitos establecidos en el artículo 90 – que solo señala en contextos de conflicto armado internacional – pues en el artículo 94, se define como personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario las que se encuentren en un conflicto armado internacional o interno, de acuerdo al DIH, dándole un contenido más amplio al artículo 90.

De esta manera, pese a reconocer la violencia sexual como una forma de violar el DIH, el tratamiento que se le da lo restringe al plano internacional, desconociendo los casos ocurridos en el conflicto armado interno.

3.3.3 CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

El Código de los Niños y Adolescentes entró en vigencia el 7 de setiembre de 2000, mediante la Ley N° 27337. Entre los derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes, se cuenta el derecho a la vida, libertad e integridad, así como sus derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, el artículo más relevante es el artículo 4, que establece el derecho de la niña, niño y el adolescente a que se le respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, sin que puedan ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Más importante aún, entre las formas de afectación de integridad personal, **este artículo incluye el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños adolescentes y todas las demás formas de explotación.**

En razón a este artículo, las niñas, niños y adolescentes estarían protegidos de prácticas de explotación sexual comercial ya vistas en la sección vinculada a proxenetismo, turismo sexual infantil y pornografía infantil, así como de vulneraciones en contextos de conflicto armado, como el reclutamiento forzado y el trabajo forzado. Según el Informe final de la CVR, algunos de los crímenes cometidos contra niños y adolescentes fueron la violencia sexual y el reclutamiento forzado, este último realizado especialmente por los grupos subversivos. En el caso de las mujeres reclutadas, el perfil de las víctimas evidencia que se trata de un grupo bastante joven, ya que el 65% de ellas tenía entre 10 y 19 años¹⁰⁸. Para Sendero Luminoso el reclutamiento era parte de su estrategia de captación de cuadros, pero también un mecanismo a través del cual se accedía a mano de obra gratuita, servicios sexuales y actividades domésticas. Varios testimonios han señalado que a las mujeres se les unía por la fuerza con otros miembros, para evitar que escapen. Además, el Informe también ha señalado que muchos de los altos mandos tenían como guardias de seguridad a jóvenes, de quienes abusaban sexualmente¹⁰⁹.

El Código de Niños y Adolescentes fue el primer paso para adecuar la legislación de protección al menor a los estándares internacionales. Otro ejemplo de ello es la modificación del Código Penal, de forma

¹⁰⁸ RUIZ BRAVO, Patricia y Tesania VELÁZQUEZ. *La Violencia Política y su Impacto en las Mujeres, Informe para la CVR*. Lima, agosto de 2003, p. 27.

¹⁰⁹ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Op. cit.* t. VI, p. 635.

que incluya los crímenes de explotación sexual comercial contra ellos. Este proceso de modernización normativa, inexistente en los años del conflicto armado interno, permitirá la protección a los menores y el juzgamiento a los agresores en la actualidad y en el futuro.

3.3.4 PLAN INTEGRAL DE REPARACIONES

Frente a las graves violaciones de derechos humanos que ocurrieron durante el conflicto armado interno, una de las más importantes recomendaciones de la CVR fue que el Estado peruano implemente un Plan Integral de Reparaciones (en adelante PIR). El 28 de julio de 2005, se promulgó la Ley N° 28592 que establece el Plan Integral de Reparaciones, y el 6 de julio de 2006 fue publicado el D.S. 015-2006-JUS, aprobando el Reglamento de esta ley.

Sin embargo, en cuanto a género el Plan Integral de Reparaciones puede ser mejorado. Para empezar, el artículo 7, inciso g) del Reglamento establece el principio de equidad de género e igualdad de oportunidades como uno de los principios rectores de todo el proceso de reparaciones. Este artículo reconoce las diferencias existentes entre varones y mujeres, y trata de revertir la situación de desventaja en las que han estado las mujeres para la toma de decisiones. Sin embargo, evita mencionar el impacto diferenciado que la violencia ha tenido en las mujeres durante el conflicto armado interno, algo que sí hace cuando habla del enfoque intercultural para las comunidades afectadas. El reconocimiento del impacto diferenciado de la violencia en las mujeres es esencial, porque al atender al efecto particular de la violencia en su cuerpo, su mente y su relación con su familia y comunidad, será posible aplicar reparaciones con perspectiva de género, sensibles a su experiencia.

En cuanto a las violaciones de derechos humanos a ser reparadas, el artículo 3 de la Ley y el artículo 45 del Reglamento consideran como víctimas a todas aquellas personas o grupos de personas que, debido al proceso de violencia, sufrieron actos u omisiones que violaron normas internacionales de derechos humanos. Entre estas violaciones se encuentran la ejecución extrajudicial; el asesinato; la desaparición forzada; la violación sexual; la tortura; el secuestro; el desplazamiento forzoso; la detención arbitraria; el reclutamiento forzado; y, la violación al debido proceso. De otro lado el artículo 6° establece como víctimas indirectas a los hijos producto de violaciones sexuales.

Llama la atención, que, de todas las conductas de violencia sexual encontradas en el Informe Final de la CVR, solo la violación sexual es incluida dentro del plan de reparaciones. Esto significa que otros crímenes de violencia sexual como la esclavitud sexual, los embarazos forzados, la prostitución forzada o las uniones forzadas, quedarían excluidas de la reparación. En el mejor de los casos, las víctimas podrán ser consideradas si es que denuncian el crimen no como violación sexual, sino como otro de los delitos incluidos en el Plan. En ambos casos, se invisibiliza la violencia sufrida por las mujeres peruanas en el conflicto armado interno y el impacto diferenciado que tuvo la violencia en ellas.

Asimismo, el artículo 4° de la Ley y el artículo 52 del Reglamento excluyen del Plan Integral de Reparaciones a aquellas personas que hayan participado de organizaciones subversivas. De esta manera, quedan marginadas aquellas mujeres que, por un lado, fueron obligadas a participar de estos grupos y, por otro lado, a aquellas que aún siendo parte, también fueron víctimas de esta clase de abusos. Es cierto que las mujeres subversivas deben ser juzgadas y sancionadas por los crímenes cometidos durante el conflicto armado interno. Sin embargo, su culpabilidad no justifica dejar sin reparación la violencia sexual sufrida durante su detención. La ley, para este caso, salva el derecho de quien quede excluido

para ir a la instancia judicial. Sin embargo, la lentitud y corrupción del sistema hace esta vía la opción menos deseable para quienes quedan al margen del PIR.

El artículo 9º de la Ley y los artículos 68 al 76 del Reglamento implementan el Registro Único de Víctimas (RUV), el que debe tener en cuenta los criterios de confidencialidad y celeridad. Este Registro es muy importante, porque solo quienes figuren en él, con las excepciones establecidas en el Reglamento, podrán acceder a las reparaciones. Sin embargo, respecto a las víctimas de violencia sexual el RUV presenta dos problemas. De un lado, el Reglamento no especifica cómo aplicará el principio de confidencialidad de los datos allí inscritos, tal como especifica el artículo 10 de la Ley. Ello es esencial en el caso de las víctimas de violencia sexual, considerando los sentimientos de temor al estigma y vergüenza de las víctimas, quienes prefieren callar la violencia sufrida.

De otro lado, el artículo 73 del Reglamento establece entre los requisitos básicos para la inscripción en el RUV los nombres y apellidos de la víctima; la fecha y lugar de su nacimiento; su sexo; su domicilio; los nombres de su padre y su madre; DNI u otro documento de identidad; el tipo de afectación; el año de la afectación y el lugar; la descripción de los hechos; las personas o fuentes de verificación de los hechos; y otros que el Consejo de Reparaciones considere conveniente.

Atendiendo a la realidad peruana, los requisitos básicos establecidos para la inscripción en el RUV no fueron pensados en la víctima de violencia sexual durante el conflicto armado interno peruano. Existen requisitos, como la necesidad del DNI u otro documento de identidad, o el detalle preciso de los hechos ocurridos y el año en que ocurrieron, que difícilmente podrán ser cumplidos por las víctimas. No olvidemos que, de acuerdo al Informe Final de la CVR, el 99% de víctimas de la violación sexual durante el conflicto armado interno peruano fueron mujeres, y que el 85% provenía del área rural. Las mujeres con este perfil lamentablemente no cuentan con algún documento de identidad, por lo costoso y engorroso del trámite, por lo que son legalmente inexistentes para el Estado.¹¹⁰ Es más, muchas de las víctimas de los asesinatos, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales tampoco contaban con este documento, por lo que habrá un problema con su identificación efectiva.

En cuanto a la descripción de los hechos y el año, recordemos que muchas de las víctimas, provenientes de comunidades campesinas y nativas, no usan el calendario gregoriano sino otras formas particulares de ubicar los hechos en el tiempo. Incluso algunas de ellas, por lo traumático del hecho o por su repetición durante el periodo del conflicto armado interno, no pueden recordar con precisión cuándo ocurrieron los hechos. Tampoco olvidemos que, en el caso de algunas comunidades donde la violencia sexual se presentó con patrones sistemáticos o generalizados, la negación colectiva o desmentida de la violencia sexual puede impedir la corroboración del testimonio de la víctima. Esta negativa colectiva está basada en diferentes razones, como puede ser la vergüenza y la humillación de los varones de la comunidad no haber podido defender a sus mujeres.

Finalmente, el PIR debe tener en cuenta los *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones*, de manera que se adopten medidas de restitución, indemnización, readaptación, satisfacción y garantías de no repetición adecuadas para las víctimas de

¹¹⁰ Sobre este tema, revisar VELAZQUEZ, Tesania. *Vivencias Diferentes. La Indocumentación entre las Mujeres Rurales del Perú*. Lima: DEMUS, OXFAM y DFID, 2004. Según este estudio, 312 000 peruanas no cuentan con ningún tipo de documento de identidad, mientras que el 5.2% de mujeres a nivel nacional entre 16 y 49 años carece de algún tipo de documentación.

violencia sexual en conflicto armado. En este sentido no basta con garantizar el acceso a las medidas de reparación, el Estado se encuentra obligado a investigar y enjuiciar estas violaciones de derechos humanos. Por eso es saludable que el Reglamento incluya, entre los componentes de la reparación, el acceso a la justicia.

3.3.5 REGLAMENTO DE LA LEY N° 28223, SOBRE LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS

La Ley N° 28223 sobre Desplazamientos Internos reconoce el estatus específico de desplazado interno, definiendo los derechos y garantías adecuadas para la protección de personas contra el desplazamiento, la asistencia durante el mismo y durante el retorno o el reasentamiento e integración.

En su artículo 2, define a los desplazados internos como las personas o grupo de personas que se han visto forzadas a escapar o huir de su hogar u lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de derechos humanos y que no han cruzado la frontera estatal.

Esta Ley reconoce las peruanas y peruanos que, por el conflicto armado interno vivido en nuestro país, se vieron obligados a dejar sus casas, sus terrenos, y sus comunidades en búsqueda de un lugar dónde estar a salvo. Ello produjo que estuvieran expuestos a otras clases de violaciones de derechos humanos y en condiciones de mayor dificultad para establecerse y vivir respetando su dignidad.

En el Reglamento de la Ley 28223, aprobado el 23 de febrero de 2005, el artículo 6 establece que los desplazados internos tienen derecho, entre otros:

(...)

f) A la protección contra la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la detención arbitraria, la persecución política, la estigmatización y el confinamiento.

(...)

K) A la protección contra el trabajo forzado, la esclavitud, la violencia en razón de su género y la explotación sexual.

l) A la protección contra los crímenes de violencia sexual y abusos contra las mujeres y sus familias.

(...)

p) A la atención especial en la salud de las mujeres con énfasis en la atención de las víctimas de agresión sexual.

De esta manera, el reglamento resguarda específicamente a las mujeres, para protegerlas de posibles agresiones sexuales durante el desplazamiento interno, así como de abusos que por el hecho de ser mujer puedan darse.

También hace una especial referencia al tratamiento de las que han sido afectadas por la violencia sexual, dándoles prioridad en su atención. Esta es una de las primeras normas que reconoce a las mujeres afectadas por la violencia sexual, reconociendo no solo la violación sexual, sino otras clases de violencia sexual.

3.5 CONCLUSIONES

El tratamiento legal nacional sobre violencia sexual ha estado marcado por prejuicios de género y discriminación, colocando a las mujeres en una situación de mayor vulnerabilidad. Pese a que se dan cambios a nivel normativo, estos no son suficientes si en la jurisprudencia se sigue juzgando el pasado sexual y la conducta de las víctimas, o se centra solo en el examen médico legista. Asimismo, si bien se empiezan a incorporar figuras de explotación sexual comercial, éstas todavía están limitadas en cuanto al sujeto sancionado y a la víctima. La legislación penal debe considerar figuras que permitan una mejor protección de la dignidad de la mujer, considerando la gravedad de los hechos y el contexto en el que ocurrieron. Más allá de las reformas normativas, es fundamental adoptar una política judicial clara que busque una efectiva protección de la mujer, en los casos concretos.

La violencia sexual está marcada, desde antes del conflicto interno, por estos prejuicios. Lamentablemente las normas penales no han registrado la gravedad de este tipo de hechos en contextos de conflicto armado, lo que hace que una visión formalista los reduzca a delitos comunes, desconociendo el contexto en el que sucedieron. Por ello, es muy importante que se incorpore la violencia sexual como delito de lesa humanidad, para prevenir y sancionar estos crímenes en el futuro. Asimismo, tanto la Ley como en el Reglamento del Plan Integral de Reparaciones, debe aplicarse a fin de que las mujeres afectadas puedan acceder a estas medidas, teniendo en consideración el impacto diferenciado que la violencia tuvo en sus vidas.

CAPÍTULO 4: CONCLUSIONES

REFLEXIONES SOBRE LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE UN CONFLICTO ARMADO

Luego del recuento normativo en los capítulos anteriores, y de un análisis preliminar sobre sus disposiciones más relevantes vinculadas a violencia sexual en conflicto armado, a continuación presentamos algunas reflexiones sobre lo encontrado en el presente estudio.

4.1. VIOLENCIA SEXUAL ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE UN CONFLICTO ARMADO: HISTORIAS DE VIOLENCIA QUE SE REPITEN

Nuestro estudio nos permitió confirmar la hipótesis con la que habíamos iniciado el presente trabajo. Esto es, que **la violencia sexual durante conflicto armado es en realidad una de varias historias previas de violencia, discriminación y exclusión, tanto a nivel comunitario como estatal. De no contar estas mujeres con recursos efectivos para obtener justicia y reparaciones acordes al daño sufrido, entonces habrá un escenario de impunidad que alentará este tipo de crímenes en el futuro.**

Esta premisa nos permite trascender la idea generalizada que la violencia sexual durante el conflicto armado es un acto aislado, cometido por un perpetrador contra una víctima. Al ubicar la violencia sexual en conflicto armado dentro de un marco más amplio, donde es consecuencia de determinadas circunstancias y es al mismo tiempo causa de otras conductas en contra de las mujeres, nos ofrece también la posibilidad de trabajar en la prevención, sanción y no repetición de estos actos. Si los conflictos solo recrudescen patrones de conducta que violan los derechos de las mujeres, entonces es necesario garantizar que, en los llamados tiempos de paz, dichos patrones sean prevenidos, sancionados y erradicados.

Por eso el cumplimiento de los tratados y declaraciones internacionales, así como la normativa nacional en materia de derechos humanos y ciudadanía son cruciales para crear un escenario de respeto al varón y a la mujer. También por eso, los tratados generales de derechos humanos incluyen disposiciones vinculadas a conflicto armado, bien especificando derechos inderogables durante estos periodos, bien criminalizando la violencia sexual o bien interpretando las normas nacionales de manera que vayan de la mano con los últimos avances dados a nivel internacional. La acción del Estado, entonces, es fundamental no solo en la dación de normas, sino también en la transformación de patrones sociales y culturales que marginan a las mujeres, las discriminan, las hacen objeto presto a ser controlado o dominado por otro.

4.2. NECESIDAD DE UN TRATAMIENTO LEGAL INTEGRAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE UN CONFLICTO ARMADO

El recuento de nuestro estudio nos demuestra que, entre legislación, declaraciones y jurisprudencia, existe un abanico de normas si no amplio, al menos suficiente desde el punto de vista legal, de la violencia sexual en conflicto armado. Sin embargo, el tratamiento nacional está orientado a la sanción de la violencia sexual *cuando ésta ocurre*; mientras que el tratamiento internacional establece la obligación estatal de prevenir y sancionar. Esta obligación requiere de la acción de cada Estado para ser efectiva.

No obstante, fuera del tema de sanción, las normas o declaraciones casi no regulan temas como rehabilitación, servicios médicos y psicológicos para las víctimas de violencia sexual; un proceso sensible para las mujeres que denuncian; capacitación en derechos para las mujeres de todo el país; o garantizar un sistema de justicia accesible a todas las mujeres, provengan de la ciudad o del campo. Si bien a nivel internacional se establece algunos principios para que las mujeres obtengan justicia y reparaciones, la jurisprudencia internacional desarrolla más qué tipo de rehabilitación y servicios se pueden otorgar a las mujeres como parte de la reparación por crímenes de violencia sexual.

En el caso peruano, la acción estatal es todavía deficiente. La violencia sexual sigue siendo vista parcialmente en tanto conducta criminalizada, al ser reducida casi a sinónimo de violación sexual. El proceso judicial es engorroso y no es sensible a la experiencia traumática que ha sufrido la víctima, ni sigue las reglas o avances establecidos a nivel nacional. Los operadores de justicia siguen aplicando estereotipos de género a la hora de juzgar, concentrándose más en las conductas de las mujeres que en el hecho criminal en sí. A nivel de políticas públicas, tampoco existe una acción coordinada entre diversos sectores, especialmente Salud, Interior y Mujer y Desarrollo Social, para enfrentar este problema.

Por ello es que se requiere un tratamiento legal integral de la violencia sexual antes, durante y después de conflicto armado. Este tratamiento legal integral pasa por **el reconocimiento de la mujer no solo como víctima que espera justicia, sino como actora de desarrollo, de seguridad, de transmisión de cultura y, principalmente, como individuo**. Tanto a nivel nacional como internacional hay un tratamiento profuso de la mujer como víctima, pero no se rescata su rol de agencia, su acción para transformar su entorno, etc. A nivel internacional la Resolución 1325 y la Plataforma de Acción de Beijing ya establecieron algunos principios, pero falta un correlato a nivel nacional de esta perspectiva.

4.3. NECESIDAD DE COMPRENDER LA ACTUACIÓN Y EXPERIENCIA DE LA MUJER EN CONTEXTO DE CONFLICTO, SIN DISTINCIÓN DE RAZA, ORIGEN, EDAD O ESTADO CIVIL

Como apreciamos en nuestro estudio, varias normas del marco internacional (por ejemplo, las de derecho internacional humanitario) y nacional brindan un tratamiento especial a aquellas mujeres embarazadas, madres de menores de edad o cabezas de familia, niñas y adolescentes. Es decir, estas mujeres reciben protección por el hecho de ser mujeres, más el hecho agregado de su maternidad, su edad, o su estado de cabeza de familia sin un familiar varón.

No negamos que estos grupos pueden resultar más vulnerables en contextos de conflicto armado, o antes de éste o después de éste. Sin embargo, estas divisiones tienden a ocultar el hecho que las

mujeres en general, a causa de relaciones de poder donde están en desventaja, se encuentran más vulnerables de sufrir violaciones a sus derechos por el simple hecho de pertenecer al género femenino, con toda la carga biológica y social que ello conlleva. La prioridad de la maternidad, la edad, o la presencia de una pareja estable al momento de otorgar protección a una mujer termina, paradójicamente, ignorando su experiencia como mujer. Estos tratamientos diferenciados terminan escondiendo la experiencia de la mujer joven que no tiene hijos, que es mayor de edad, que no es cabeza de familia o que tiene pareja, y que sufre de violencia sexual antes, durante o después de un conflicto armado. Además, paradójicamente, tampoco comprende completamente la experiencia de los subgrupos de mujeres a los que se desea proteger, porque ignora su vivencia como parte del género femenino.

Por ello es necesario comprender la situación de las mujeres por su género, y a partir de allí, determinar si existen grupos que por determinadas circunstancias se encuentren más vulnerables ante la violencia, y no a la inversa. A partir de esta comprensión, olvidada en la normativa nacional e internacional, es que se va a elaborar una estrategia comprensiva para prevenir, sancionar y erradicar esta violencia. Hacerlo a la inversa, como ha ocurrido hasta ahora, puede ocasionar una fractura en el tratamiento de la violencia contra la mujer dependiendo de sus efectos en determinados subgrupos.

4.4. NECESIDAD DE CUMPLIMIENTO ESTATAL DE LAS NORMAS Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONALES EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO ARMADO

Las normas, declaraciones y jurisprudencia recogidas a nivel nacional e internacional proveen, a nivel individual y a nivel de sistema en conjunto, un marco jurídico con el cual tratar la violencia sexual. Mientras los tratados y declaraciones establecen los principios y obligaciones fundamentales, la jurisprudencia muestra cómo aplicar e interpretar estas normas y la norma nacional la implementa, regulando los aspectos más específicos dentro de un territorio también específico.

Sin embargo, la realidad nos devuelve una aplicación deficiente, si no inexistente, de los tratados internacionales. En el caso peruano, el Perú no solo ha ratificado la mayoría de los tratados de derechos humanos citados en el segundo capítulo, sino que incluso aquéllos referidos a derecho internacional humanitario ya estaban vigentes durante la época del conflicto armado interno. Paradójicamente, el pico más alto de violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado interno se produjo justo cuando los principales tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario se encontraban ya vigentes.

Ello nos conduce a la conclusión que es necesaria la reafirmación del compromiso de los Estados de cumplir con las normas que adoptan y los tratados que ratifican. A veces los Estados tratan de solucionar su incumplimiento pidiendo nuevos tratados de derechos humanos, alegando que los anteriores no responden a la realidad. En nuestra opinión, se podrán elaborar nuevos tratados para regular situaciones nuevas no contempladas en los instrumentos anteriores, pero ello no puede ser excusa para el incumplimiento de la norma ya existente. Crear nuevas normas a nivel nacional, o nuevos tratados o declaraciones a nivel internacional puede generar el riesgo de una “explosión normativa” en materia de derechos humanos, que puede terminar debilitando el sistema de protección en su conjunto en vez de fortalecerlo. Al cumplir con los compromisos ya asumidos, especialmente en materia de no discriminación y violencia contra las mujeres, el Estado avanzaría mucho en el reconocimiento de la mujer como individuo y ciudadana, así como de su experiencia.

4.5. EXISTENCIA DE UN TRABAJO EN LA PARTE LEGAL QUE NO SE CONDICE CON UN TRABAJO EN LA PARTE SOCIAL

El derecho no solo es un producto de la sociedad en un determinado tiempo, sino también un intento para instaurar una regla ideal que permita la convivencia en común. En el caso de la violencia sexual en conflicto armado, hemos encontrado que la normativa y la jurisprudencia internacional han desarrollado el tema ampliando sus alcances y sensibilizando al sistema legal acerca de la experiencia de las mujeres que han sufrido violencia sexual en conflictos armados.

Sin embargo, la violencia sexual en conflicto armado no es solo un problema jurídico, sino también un problema social. Por esta razón es que es esencial encarar la violencia sexual no solo desde la ley, sino también desde otros sectores y disciplinas sociales. Recordemos que es la sociedad la que forma y perpetúa patrones de comportamiento y estereotipos que les permitan afirmar un determinado orden, considerado como ideal para el desarrollo social. Por eso, aunque exista una regulación nacional acorde a los estándares internacionales, ésta no sirve de mucho si tanto los usuarios del sistema, como los funcionarios a cargo de ejecutarlo, practican sus propias convicciones sociales y estereotipos de género aprendidos, restringiendo e incluso tergiversando el espíritu protector y sancionador de la norma.

Si no hay una aproximación multisectorial y multidisciplinaria al tema, desde la salud, educación, política, economía, ciencia y cultura, entonces habrá un divorcio entre la norma y la sociedad que puede mellar la legitimidad de la misma. Si no hay una aproximación que enfrente la educación y la cultura, seguiremos encontrando perpetradores que cometen violencia sexual porque es parte de la estrategia militar o porque se sienten con el poder para tomar el cuerpo y las mentes de las mujeres. Ello también permitirá que sigan existiendo jueces que ante una norma que tipifica la violencia sexual, la aplica restrictivamente porque su educación, basada en roles y modelos de género, le impide ver el intento de dominación detrás de un acto de agresión. De no haber una transformación social respecto a la experiencia y el rol de la mujer en la sociedad, ésta seguirá cuestionando la palabra y la vida de la mujer, revictimizándola al haciéndola responsable de lo ocurrido.

4.6. LA NORMA NACIONAL DEBE EMPEZAR A HABLAR DE “VIOLENCIA SEXUAL” Y NO SOLO DE “VIOLACIÓN SEXUAL”

Como vimos en el capítulo 3, el Código Penal criminaliza de entre todas las formas de violencia sexual la violación sexual; los actos contra el pudor; el proxenetismo; el favorecimiento a la prostitución; la trata de personas; el turismo sexual; y, las ofensas al pudor público, entre las que se cuenta la pornografía infantil. Sin embargo, no incluye un artículo que tipifique la violencia sexual *per se*, u otros crímenes de violencia sexual comunes en contextos de conflicto armado. Respecto al conflicto armado interno peruano, el Informe Final de la CVR reconoce la comisión de crímenes de violencia sexual como la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, el aborto forzado y las uniones forzadas, pero solo se extiende en el desarrollo de la violación sexual y no de los demás crímenes. La Ley 28593 que crea el Plan Integral de Reparaciones reconoce entre las víctimas del conflicto armado interno peruano a las que han sufrido violación sexual, pero deja fuera del sistema a las que han sufrido otros crímenes de violencia sexual.

A pesar que el Perú ha ratificado el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, todavía no se concretiza la propuesta de reforma penal para tipificar los crímenes allí establecidos todavía, tal como lo

mencionamos en el capítulo 3. La norma y el operador de justicia nacional sigue pensando en la violación sexual como “la forma” de violencia sexual, dejando de lado otros crímenes reconocidos internacionalmente como la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esterilización forzada, además de otros crímenes que implican una invasión física no consentida de naturaleza sexual.

Este es uno de los puntos donde todavía existe una brecha en el plano internacional y el plano interno, y donde la implementación es necesaria para que esta legislación pueda ser plenamente operativa. En otras palabras, queda pendiente un diálogo permanente entre el desarrollo de la doctrina y la regulación de la violencia sexual a nivel internacional, y la regulación a nivel interno.

4.7. INCAPACIDAD DE CONCEBIR LA VIOLENCIA SEXUAL COMO UN GRAVE CRIMEN

Las normas, declaraciones y jurisprudencia analizada recogen una evolución histórica similar en el plano nacional e internacional. Tenemos una primera etapa donde se reconoce a la violencia sexual como una falta contra el honor; una segunda etapa donde es vista como un atentado contra la dignidad; y, finalmente una tercera etapa donde se le trata como una violación a los derechos fundamentales de la persona y susceptible de constituir un crimen de guerra y un crimen de lesa humanidad. Al mismo tiempo, estos crímenes son aún más graves cuando la víctima es menor de edad.

A pesar de los avances normativos que explican la violencia sexual como un crimen grave, en el imaginario social y judicial peruano ésta sigue siendo un delito menor o una falta, provocada por las mujeres, que ocurre como hecho aislado y susceptible de ser conciliada. En esta misma línea va el tratamiento político de la violencia sexual, la que es tratada como una forma de violencia familiar y que debe ser resuelta pensando en la protección de la familia antes que en la seguridad y protección de la mujer. En cuanto a la sanción, aunque las penas varían de acuerdo a los agravantes, con los beneficios penitenciarios éstas se reducen a menos de cuatro años, con lo que el detenido puede cumplir la pena sin arresto efectivo. Esta visión cambia cuando la víctima es menor de edad, para lo cual se establecen las penas más altas y compromete a más sectores de la sociedad en su prevención y juzgamiento que la violencia sexual sufrida por mujeres adultas.

Este punto muestra otra vez la falta de diálogo entre los estándares impuestos a nivel internacional y el sistema jurídico en el plano interno. Asumir la violencia como un grave crimen es imperativo porque atenta contra derechos humanos fundamentales como la vida, la integridad física y psicológica, a no ser sometida a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y la libertad. También implica reconocer las relaciones de dominación y control existentes que llevan al agresor a querer ejercer poder sobre el cuerpo y la voluntad de su víctima, o castigarla por no dejarse dominar, y que no es, por ende, un acto aislado producto de un momento de pasión o provocación.

4.8. NECESIDAD DE VISIBILIZAR LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL ACTUAL CONTEXTO NACIONAL DE JUSTICIA Y REPARACIONES

Como hemos visto en el tercer capítulo, luego de un proceso de conocimiento de la verdad a través de la CVR, el Perú enfrentó el reto de lograr justicia para las víctimas del conflicto armado interno peruano y reparaciones adecuadas para ellos. Se han abierto procesos judiciales para investigar y sancionar violaciones de derechos humanos en ese periodo, así como un proceso político nacional de reparaciones

para las víctimas. Sin embargo, ambos procesos continúan invisibilizando el daño sufrido por causa de la violencia sexual en el conflicto armado interno.

Por ejemplo, en cuanto a los procesos, la violencia sexual como crimen de lesa humanidad es denunciada y juzgada como tortura. Aunque, como vimos en el segundo capítulo, la violencia sexual puede constituir tortura, al ser tratada como tal pierde visibilidad al ser tratada como una forma más de infligir daño o sufrimiento físico o psicológico a una persona que como un crimen en sí mismo.

En el actual proceso de reparaciones ocurre algo similar, al reconocerse como víctimas solo a quienes hayan sufrido de violación sexual, y al restringir el universo de víctimas a aquéllas que no hayan participado en movimientos subversivos. Ello dejaría sin el resarcimiento adecuado los crímenes de violencia sexual cometido por los militares contra las sospechosas de subversión detenidas en las bases militares. La creación del Registro de Víctimas también ha generado debate, en cuanto no se ha explicado cómo garantizará la confidencialidad de los datos entregados por las víctimas de violencia sexual ni cómo se les va a tratar.

Es esencial hablar y visibilizar la violencia sexual en conflicto armado en el actual proceso de justicia y reparaciones. Ello es necesario no solo para sensibilizar al sistema a la hora de juzgar y reparar el daño sufrido por las mujeres, sino también para mostrar el perfil de la víctima en el conflicto armado interno peruano: las mujeres del área rural, quechuahablantes, pobres y con escasa educación como la población más vulnerable, además de las niñas y adolescentes. No hacerlo es negar la experiencia traumática de las mujeres víctimas y el impacto que ésta ha tenido en su vida, y quitarle todo valor al no ser reconocida.

También lo es para difundir las conclusiones del Informe Final de la CVR en esa materia, y reflexionar sobre las causas, consecuencias e impacto de la violencia sexual durante el conflicto armado en las mujeres peruanas, y qué es lo que la sociedad peruana puede hacer para cambiar patrones de comportamiento que eviten un escenario de exclusión, dominación de un grupo sobre otro y discriminación.

4.9. APLICACIÓN EFECTIVA DE LA DILIGENCIA DEBIDA POR PARTE DEL ESTADO

Como vimos en el capítulo 2, los instrumentos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos en general, y derechos de las mujeres en particular contemplan el principio de la diligencia debida por parte del Estado. La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, y la Convención de Belem do Pará incluyen en su texto la obligación estatal de actuar diligentemente para prevenir, juzgar y sancionar la violencia contra las mujeres, entre ellas la violencia sexual.

La realidad peruana nuevamente demuestra que el Perú cumple deficientemente con esta obligación. Como veíamos, está muy concentrado en su rol sancionador, mas no en los ámbitos de prevención, acceso a la justicia para todas las mujeres, atención a las víctimas desde el sector salud y educación, y erradicación de estereotipos sociales y roles de género que fomenten la violencia. Es necesario que el Estado así como los actores sociales tomen no solo conciencia de esta obligación, sino que contribuyan a su efectivo cumplimiento.

4.10. TRATAMIENTO DEL SUBREGISTRO DE CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL

Existe una serie de factores que pueden llevar a una mujer a no denunciar un acto de violencia sexual en cualquier lugar del mundo. La violencia sexual es de por sí uno de los crímenes más difíciles de denunciar por las víctimas. La razón más común es el terror por recordar lo vivido y enfrentarse nuevamente al agresor, como la vergüenza ante la familia y la comunidad. Sin embargo, en el caso peruano, tanto la falta de confianza en el sistema policial y de justicia como la presión social por la idea, aún arraigada, del “honor manchado” de la mujer o de la comunidad desalientan aún más a las mujeres de reportar las agresiones sexuales. El sistema de justicia es percibido como corrupto y sesgado a favor de los varones, donde la mujer tiene toda la carga de la prueba y su testimonio, aunque sea coherente, no tiene mayor peso aún cuando el acusado entre en contradicciones.

Por otro lado, especialmente en las comunidades campesinas de nuestro país, la violencia sexual se reduce tan solo a violación sexual y es materia conciliable en caso que se haya producido en tiempos de paz. En los casos de violencia familiar denunciados por mujeres, existe una tendencia por parte de la policía a clasificarlos en violencia física y/o psicológica, dejando de lado los casos de violencia sexual, no tramitándolos como delito; quedando invisibilizado esta problemática al interior de las parejas. En los casos de conflicto armado, en los lugares donde la violencia sexual ha sido sistemática o generalizada, existe una tendencia colectiva a negar la existencia de este crimen, e incluso descalifican a las mujeres que denuncian estos hechos, tachándolas de interesadas en las posibles reparaciones económicas. Si el Estado ofreciera las garantías necesarias para que el tratamiento de estos casos no se revictimice ni culpabilice a las afectadas, ellas podrían tener más confianza para denunciar, evitando la impunidad y que se sigan repitiendo estas vulneraciones.