

Trabajo de grado
Maestría en Derecho
Universidad de Medellín

Camille Risler

**La influencia del derecho internacional en el tratamiento jurídico
de la violencia sexual en la justicia transicional**

—

Enfoque comparado de los casos argentino y colombiano

Introducción

Este análisis comparado entre los procesos de justicia transicional argentino y colombiano busca entender la evolución de la judicialización de los actos de violencia sexual cometidos durante los contextos políticos violentos (en el marco del conflicto armado interno para el caso de Colombia y en el marco de la última dictadura en el caso argentino). En ambos casos, los procesos transicionales de justicia que buscaban juzgar los crímenes cometidos en estos contextos ignoraban y/o desconsideraban los crímenes sexuales, conllevando una impunidad total para los numerosos crímenes de índole sexual cometidos en este tipo de contexto. Sin embargo, al inicio de la década 2010, los crímenes sexuales empezaron a ser judicializados y sus autores, juzgados. Este trabajo busca entender los factores que permitieron esta consideración, y analizar los fundamentos jurídicos usados. Considera que, en los contextos estudiados, la influencia del derecho internacional y de su jurisprudencia sobre los crímenes de violencia sexual ha sido capital en la integración de esta problemática en los procesos internos de justicia transicional.

La primera parte del documento se enfoca en narrar el largo camino recorrido para que, gracias a la incidencia imparable de las teorías feministas del derecho, la violencia de género sea tratada por el derecho, y en particular, el derecho internacional. El análisis insiste en el papel de las teorías feministas del derecho en el cambio de paradigma operado frente a la violencia de género, permitiendo considerar como una violación a los derechos humanos de las mujeres, y de ahí, de poder ser tratada en las esferas internacionales. Varias decisiones pioneras de los tribunales internacionales tipificando la violencia sexual en crimen de lesa humanidad y luego, en crimen de guerra, son analizadas para entender los fundamentos utilizados y desvelar el carácter androcéntrico del derecho.

La segunda parte del análisis se centra en los sistemas internos de justicia transicional: la Ley de Justicia y Paz¹ en Colombia y los ‘juicios de lesa humanidad’ en Argentina, analizando como los crímenes de violencia sexual son jurídicamente tipificados. Se puede constatar de la influencia capital del derecho internacional en el movimiento de visibilización y judicialización de los crímenes de violencia sexual ocurridos en los contextos estudiados, gracias a la utilización del concepto jurídico de crimen de lesa humanidad. Varias decisiones de justicia transicional tanto colombianas como argentinas serán analizadas para entender los fundamentos jurídicos usados por los jueces internos, subrayando el papel capital de la normatividad y jurisprudencia internacional en el reconocimiento de la violencia sexual como un crimen internacional que debe ser juzgado y valorizado como tal.

¹Ley 975 de 2005.

Primera parte: El nacimiento y la internacionalización de la problemática de la violencia sexual hacia las mujeres

El papel de las teorías feministas del derecho en el desarrollo de la problemática de la violencia de género al nivel internacional ha sido capital (I). La emergencia de la problemática de la violencia hacia las mujeres en el derecho internacional conllevó una transformación de su paradigma (II).

I) La influencia determinante de las teorías feministas del derecho en la emergencia de la problemática de la violencia hacia las mujeres

Las críticas feministas del derecho, desarrolladas en las universidades norteamericanas a partir de los años 70, son plurales y difieren bastante entre ellas, pero todas comparten un doble objetivo: por una parte, sus investigaciones se centran en una relectura crítica del sistema jurídico examinando la supuesta neutralidad del derecho en términos de género², y por otra, reivindican la transformación de este sistema para acabar con la posición de subordinación en la cual se encuentran las mujeres³. Así, básicamente, las teorías feministas del derecho actúan en dos tiempos. Primeramente, estas teorías buscan identificar los conceptos y normas jurídicas que participan en el mantenimiento del patriarcado, aún de manera indeseada. Luego, estas teorías proponen pistas de reformas para erradicar la dominación masculina de las mujeres, dominación legitimada, entre otros, por el derecho.

Así, las teorías feministas del derecho han emprendido un trabajo de deconstrucción del sistema jurídico internacional (A), lo que ha permitido la formulación de la problemática de la violencia de género al nivel del derecho internacional (B).

A) *El trabajo deconstrutivo de las teorías feministas del derecho*

A través de la “deconstrucción” del derecho, estas teorías buscan desvelar el carácter patriarcal de nuestro sistema jurídico y rechazan el postulado compartido por todas las teorías “no-críticas” del derecho: su neutralidad. Como construcción social, el derecho refleja las relaciones sociales que atraviesan la sociedad, tanto las relaciones entre sexos como entre razas, clases sociales, nacionalidades, etc. Entonces, el derecho, como parte de la sociedad que busca regular, no es tan objetivo como se pretende: es necesariamente subjetivo en el sentido de que está construido en un momento dado y con una sociedad dada. Al contrario, el derecho es el producto de las desigualdades presentes en la sociedad, como la de género, y no solo participa de su perennidad, sino que incluso las acentúan.

Partiendo de esta hipótesis, las teorías feministas del derecho examinan su papel como instrumento de formalización y de legitimación de la dominación masculina. Consideran el derecho como androcéntrico, es decir construido según un punto de vista masculino,

² Entendemos el término “género” como el que designa las relaciones sociales desiguales de sexo, resultantes de las construcciones sociales y culturales de los papeles, valores, comportamientos asignados al uno o al otro sexo. Más adelante, volveremos más precisamente sobre este concepto.

³ A pesar de la diversidad de estas teorías, nos permitimos hablar de “la” teoría feminista del derecho, que agrupa todas las que comparten el doble objetivo expuesto.

reflejando así sus propios intereses y favoreciendo su dominación sobre las mujeres⁴.

En su análisis crítico del derecho, las teorías feministas tratan de interrogar los “silencios del derecho”, es decir fijarse en sus omisiones, en lo que no se dice: “*Estudiar el derecho no solamente por lo que se dice sino también por lo que no se dice, o por las experiencias que reducen al silencio, obligándonos así a proyectar un trabajo de descubrimiento de lo que “es aquí” pero de manera invisible o inaudible, implícito, indirecto*”⁵. Asimismo, la teoría feminista del derecho se interroga sobre la eficacia de la protección instaurada por el derecho sobre la vida de las mujeres, especialmente a partir de hechos empíricos⁶.

Esta deconstrucción del derecho en su conjunto – su lenguaje, sus omisiones, sus consecuencias, etc.- desveló la existencia de una división de las sociedades occidentales en dos esferas distintas: por una parte la esfera pública, en la cual es tratada la actividad política, económica y jurídica, reservada y perteneciente a los hombres y por otra parte la esfera de lo privado, de lo íntimo, de lo subjetivo, en la cual las mujeres quedan circunscritas. Las mujeres quedarían así relegadas a esta esfera privada, encargadas del cuidado del hogar, de la educación de los niños, de los asuntos familiares, mientras que los hombres se encargarían de la otra esfera, la de los asuntos públicos, de lo relevante para la sociedad, y, por tanto, del derecho. Este es dirigido al reglamento de esta esfera pública y de los asuntos que le pertenecen: la economía, la política, el funcionamiento de las instituciones... Al revés, en la esfera privada, el Estado sería ilegítimo para intervenir jurídicamente, en nombre de un cierto respeto de la intimidad de la vida privada y de una cierta concepción de la libertad. Ahora bien, ya que la vida de las mujeres se centra en la esfera privada, el derecho no alcanza otorgarles su protección y se quedan entonces sometidas a las relaciones de género predominantes en nuestras sociedades, es decir a la superioridad de los hombres. Esta relegación de las mujeres en la esfera privada tradicionalmente fuera del alcance de la regulación estatal lleva a una invisibilidad de las principales violaciones de los derechos fundamentales de las mujeres, principalmente situadas en este ámbito privado: “*El defecto de intervención del Estado en nombre de la protección de la vida privada puede entonces disimular la desigualdad y la dominación ejercidas en la esfera privada*”⁷.

Las teorías feministas del derecho critican todas las ramas del derecho. Así, el derecho internacional no escapa a este análisis. Aquí también, su supuesta objetividad e imparcialidad es denunciada, desvelando su carácter estructuralmente androcéntrico. Asimismo, las críticas feministas del derecho internacional tratan de interrogar los silencios de esta rama del derechos (“*iluminar los no-dichos que se esconden tras los principios supuestamente neutrales del derecho internacional, y mostrar las perspectivas masculinas que son*

⁴ Estamos sólo en la presentación teórica de nuestra demostración. Estas aseveraciones serán verificadas en nuestra segunda parte, particularmente verídicas en cuanto al tratamiento jurídico de la violencia sexual.

⁵ Stéphanie Henneke-Vauchez et Charlotte Girard, “Théories du genre et théories du droit”, *Revue Savoir/agir*, n° 20, juin 2012, pp. 54-55.

⁶ Este cuidado hacia la “experiencia vivida” supone como premisa la adopción de una epistemología del *standpoint*, que podría traducirse por epistemología del conocimiento situado y que fue largamente empleado y teorizado por la teoría feminista del derecho. Sobre este punto, véase Stéphanie Henneke-Vauchez, “Le droit international malgré elle”, presentación de la obra de Hilary Charlesworth, *Sexe, genre et droit international*, Ed. Pedone, 2013, p. 22.

⁷ Hilary Charlesworth, “Que sont les “droits des femmes” en droit international ?”, *Sexe, genre et droit international*, Ed. Pedone, 2013, p. 115.

institucionalizadas”⁸) y de interrogarse sobre la efectividad de las normas jurídicas internacionales sobre la vida de las mujeres. Esas consideraciones hacia los silencios del derecho internacional permiten igualmente alumbrar la reproducción de la dicotomía entre las esferas públicas y privadas en esta rama del derecho. El público aquí se asocia a los asuntos estatales, políticos, pudiendo ser tratados por el derecho internacional, y el privado a los relativos a los hogares, a la vida privada, fuera del alcance *por definición* del derecho internacional⁹. Ahora bien, ya que la esfera privada es tradicionalmente en la cual se ubican a las mujeres, la normatividad internacional se dirige menos a ellas que a los hombres.

Este análisis deconstructivista del derecho internacional permite reexaminar los conceptos básicos de este derecho e identificar su androcentrismo. Por ejemplo, permite demostrar que la teoría clásica de la responsabilidad internacional del Estado tiene consecuencias en términos de género en el sentido de que participa en la perpetuación de las relaciones desiguales de sexo. Según esta teoría, el Estado es responsable de las violaciones a los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción cuando actúa directamente, generalmente a través de la acción de sus agentes. Al contrario, los hechos cometidos por personas privadas, aún siendo violadores de los derechos humanos, no comprometen su responsabilidad. Así por ejemplo, si un agente del Estado (i.e. un soldado) inflige torturas a una persona, el Estado podrá ser reconocido responsable de la violación del derecho a la integridad física de la víctima. Al revés, si las torturas son cometidas por una persona que no es agente del Estado (i.e. el esposo de la víctima), el Estado no tendrá que responder de este crimen y no se podrá buscar su responsabilidad al nivel internacional. Ahora bien, la mayoría de los actos de violencia ejercidos contra las mujeres son actos de violencia doméstica, ejercidos entonces por personas privadas que no tienen relación directa con el Estado. Así, en aplicación de la teoría clásica de la responsabilidad estatal internacional, el Estado no es responsable de esas violaciones; se entiende entonces porque la consagración del derecho a la protección de la integridad física al nivel internacional tiene poco impacto efectivo sobre la vida de las mujeres (en el sentido de que no alcanza a protegerlas contra la violación más frecuente a su integridad física: la violencia intrafamiliar).

Al nivel internacional, la crítica feminista del derecho igualmente ha desarrollado una relectura crítica de las normas mismas relativas a los derechos humanos. Aquí de nuevo la constatación es inapelable: los derechos humanos también son resultantes de una visión androcéntrica del mundo. Históricamente, los derechos que fueron los primeros en ser reconocidos fueron los de la “primera generación”, es decir los derechos civiles y políticos que se ejercen, como su propio nombre indica, mayoritariamente en la esfera política y social. No concernían entonces mucho a las mujeres, totalmente excluidas de la esfera pública en el momento de su consagración¹⁰. Por otro lado, fueron elaborados a instancias de decisiones en

⁸ Hilary Charlesworth, “Feminist Methods in International Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 93, n° 2, April 1999, p. 381.

⁹ Recordamos que el individuo no era inicialmente un sujeto de derecho internacional, cualidad reservada sólo a los Estados soberanos y excepcionalmente a las organizaciones internacionales.

¹⁰ Históricamente, la formulación jurídica de los derechos humanos proviene de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por Francia en el momento de la revolución de 1789. La Asamblea Constituyente, que redactó y adoptó esta declaración, no abordó el asunto de las mujeres: éstas estaban de hecho excluidas de las discusiones porque no tenían el derecho a participar en los asuntos públicos: quedaban recluidas a la esfera privada.

las que las mujeres estuvieron totalmente ausentes¹¹, lo que no permitió la valorización de sus intereses específicos. Por ejemplo, no existía ninguna disposición en el corpus original de protección de los derechos humanos que protegiera específicamente los derechos reproductivos. El titulado de los derechos humanos internacionalmente consagrados era entonces el hombre, incluso entre éste, el hombre de raza blanca, de una cierta clase social, heterosexual, etc.¹²

Pero la crítica feminista del derecho nos dice que el androcentrismo del derecho se desvela en la formulación misma de los derechos proclamados. Así, las críticas feministas van a interrogar la forma misma del lenguaje empleado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH). Uno de los puntos recurrentes de la crítica feminista al derecho es el de interrogarse sobre la utilización sistemática del masculino, y sobre todo, de su papel legitimador de la dominación masculina cuando es empleado en el enunciado jurídico. El lenguaje proviene de la misma sociedad patriarcal que construye el derecho; favorece entonces también la perpetuación del desequilibrio entre los géneros; la preferencia sistemática del género masculino en el lenguaje desvela también las desigualdades de poder que existe entre los sexos. En cuanto a los derechos humanos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa es reveladora: sólo los hombres beneficiaban de los derechos entonces proclamados. La utilización de la palabra ‘Hombre’ para designar los titulados de esos derechos no era neutra; expresa efectivamente que eran los hombres, y no la especie humana, quienes beneficiaban de esos derechos. Ahora bien, toda la filosofía de los derechos humanos consagrados internacionalmente después de la segunda guerra mundial toma como referencia esta declaración de derechos. Prueba de ello es que la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 es una copia actualizada de la declaración francesa: los derechos humanos proceden entonces de una visión androcéntrica de la sociedad.

El androcentrismo de los derechos humanos se desvela igualmente si analizamos la manera de consagrar los derechos. Así, aún los derechos que protegen específicamente a las mujeres finalmente se caracterizan también por la omnipresencia del punto de vista masculino. Por ejemplo, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres toma como punto de referencia el punto de vista masculino y protege la igualdad de las mujeres únicamente si ellas se conforman a la posición masculina consagrada por el derecho. El artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW)¹³ autoriza la instauración de medidas temporales a favor de las mujeres únicamente si estas medidas prevén que las mujeres se comportan exactamente como los hombres¹⁴: “*La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a **acelerar** la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerarán discriminación [...]*” (resaltamos). Las mujeres tienen que conformarse a la posición masculina para lograr la igualdad. Además, hay que destacar que esta Convención se interesa principalmente en las violaciones de los derechos de las mujeres en la esfera pública, permaneciendo totalmente silenciosa sobre la cuestión de la violencia de género. Así, incluso los derechos humanos

¹¹ Que sea al nivel estatal o al nivel de las instancias internacionales de protección de los derechos humanos, más todavía en la época de la emergencia del DIDH que hoy, el porcentaje de la representación de las mujeres es bien inferior al de los hombres.

¹² Sobre este punto, ver específicamente Rebecca Cook, “Women’s International Human Rights Law: The Way Forward”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, nº 2, May 1993, pp. 230-261.

¹³ La CEDAW fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979.

¹⁴ Hilary Charlesworth, “Que sont les ‘droits des femmes’ en droit international ?”, *op. cit.*, p. 105.

específicamente relativos a las mujeres (la CEDAW es considerada como la Convención que protege más los derechos de las mujeres) dejan de lado la esfera privada en la cual éstos derechos son los más vulnerados.

A través de este trabajo deconstructivo, las teorías feministas quieren entre otras cosas denunciar la falta de atención que reciben las problemáticas específicas de las mujeres dentro del derecho. Quizá uno de los ejemplos más representativos de la ignorancia inicial del derecho frente a los problemas de las mujeres es el de la violencia que ellas sufren. Este problema fue durante un largo tiempo eclipsado en las instancias internacionales, como trata de demostrar la corriente feminista.

B) La emergencia de la problemática de la violencia de género a nivel internacional

Partiendo de la constatación de que las situaciones de violencia hacia la mujer – ya sea física o psicológica – están presentes en todas las relaciones sociales, las teorías feministas del derecho se sirvieron del concepto de ‘género’. El uso de este concepto les permitió teorizar la constatación de la situación de discriminación estructural padecida por las mujeres y que llegó a la adopción de la ahora consagrada expresión ‘*violencia de género*’.

El concepto de género proviene inicialmente de investigaciones médicas sobre los bebés intersexos a quienes se les atribuyeron “arbitrariamente” un sexo en el momento de su nacimiento. Fue utilizado para preguntarse sobre la manera en que estos niños se adaptaban a los roles sexuales presentes en la sociedad independientemente de su sexo biológico, pero en función del sexo atribuido por el equipo médico¹⁵. Esta noción fue largamente retomada por los estudios feministas y transformado en una valiosa herramienta de análisis de las relaciones sociales de sexo que rigen la sociedad. El concepto de género permite repensar estas relaciones distinguiendo entre lo que proviene de la realidad biológica de la división binaria de los sexos¹⁶ y lo que proviene de construcciones sociales y culturales presentes en la sociedad. El género remite entonces a “*la identidad sexual construida o adquirida por la socialización del individuo, mientras que el concepto de ‘sexo’ describe la identidad sexual dada o innata, es decir la de origen biológico*”¹⁷.

En el ámbito de las teorías feministas, el concepto de género sirvió para formular la problemática de la violencia padecida estructuralmente por las mujeres. En efecto, este concepto fue asociado al concepto de violencia, buscando designar la violencia que se dirige contra una persona de sexo masculino o femenino precisamente porque esta persona pertenece a este sexo. La violencia de género puede así ser comparada a la racista, ésta ejerciéndose contra una persona en razón de su pertenencia a una cierta raza, la de género en razón de su pertenencia a un sexo. El empleo del término ‘género’ es preferido al de ‘sexo’ porque permite enfatizar más los fundamentos y los orígenes patriarcales de esta violencia. El género no es únicamente el reflejo del sexo biológico, sino más bien el reflejo de las construcciones social y cultural asociada a este sexo. A las características biológicas del sexo

¹⁵ Ver Marie-Xavière Catto, Juliette Gaté, Charlotte Girard, Stéphanie Hennette-Vauchez et Carolina Vergel-Tovar, *Questions d'épistémologies : les études sur le genre en terrain juridique*, Paris, Ed. Dalloz, 2013, p. 23.

¹⁶ Creemos importante aclarar que los estudios de género no niegan las distinciones biológicas entre los sexos, que obviamente existen (i.e. la diferencia de la masa muscular entre hombres y mujeres, lo que hace que, generalmente, los hombres son más fuertes que las mujeres, etc.) pero de contradecir las aserciones según las cuales, por ejemplo, el hecho de que las mujeres sean más suaves, comprensivas, sumisas, débiles, etc., procederían de características naturales, entonces biológicas.

¹⁷ Jean-François Gaudreault-Desbiens, *Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Montréal, Ed. Liber, 2001, p. 44.

les son añadidos comportamientos, características psíquicas, papeles, etc. que se supone van acompañando la asignación del sexo biológico. En general, esta asociación de ciertos valores o comportamientos típicos del uno o del otro sexo favorece la existencia de estereotipos, condicionando las trayectorias individuales. A la mujer se le asocian las cualidades de emotividad, sumisión, fragilidad, etc., reservando al hombre las de racionalidad, protección, determinación. Estas asignaciones culturales y sociales favorecen y legitiman el ejercicio de la violencia de género materializando la idea según la cual los hombres dominan y las mujeres son sumisas. La violencia sexual ejercida contra las mujeres es una de las formas que reviste la violencia de género, ejercida contra las mujeres porque son mujeres.

La aparición del concepto de género ha permitido así una nueva interrogación sobre los fundamentos, las causas y las finalidades de este tipo de violencia por las teorías feministas del derecho. Permitieron interrogarse sobre el hecho de que ésta no fue abordada por el derecho internacional durante varios años. Permitieron igualmente aclarar los fundamentos teóricos de la utilización de la violencia sexual en los contextos políticos violentos, es decir en contextos de conflictos armados o de represión estatal.

En tiempo de guerra, la violencia sexual era vista como inevitable, presente en casi todos los conflictos armados, desde siempre. Los hombres, después de haber ganado en el campo de batalla, violaban a las mujeres de sus enemigos¹⁸. La violación era entonces asociada a una práctica ligada a las pulsiones y a los instintos masculinos quienes, en contextos armados, se volvían irreprimibles. Por su carácter inevitable, la violencia sexual no era considerada como un hecho susceptible de ser controlado o modificado por políticas estatales y sociales, o por los propios actores del conflicto armado. Erigida en una consecuencia incontrolada y biológica de los hombres y de la guerra, ésta estaba excluida de la discusión pública, favoreciendo entonces el silencio y el sentimiento de culpabilidad de las víctimas, así como la impunidad y el sentimiento de irresponsabilidad de los autores.

Aunque es verdad que el IV Convenio de Ginebra¹⁹ prohibía la violación, ésta lo era porque era un “*atentado a su honor [de las mujeres]*”, de la misma manera que “*la prostitución forzada y todo atentado a su pudor*”²⁰. La violación era entonces calificada de atentado al honor de la mujer y no como una violencia que violaba su integridad física y psicológica. Repensar la calificación de la violación de la mujer en un delito prohibido porque atenta contra su pudor permitió a algunas autoras feministas²¹ decir que estos delitos eran conceptualizados como dirigidos contra el honor o la dignidad de los hombres, por el ataque a la integridad corporal de ‘sus’ mujeres. Eso refuerza la concepción de la mujer como propiedad u objeto del hombre, quien es de hecho afectado en *su* propio honor cuando su mujer es violada. Por otra parte, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, aplicable a los conflictos armados no internacionales, prohíbe los atentados a la vida y a la integridad, los actos de tortura o tratamientos crueles, humillantes o degradantes pero no se refiere

¹⁸ Ver por ejemplo la sentencia atribuida a Napoleón Bonaparte por el célebre autor Víctor Hugo al ejército italiano (Napoleón Bonaparte tomó el comando de este ejército en 1796): “*Soldados, faltan de todo. El enemigo tiene*”, sobreentendiendo las mujeres. Victor Hugo, *Les Misérables*, Livre I, Chapitre 3, p. 202.

¹⁹ Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV Convenio), 12 de agosto de 1949.

²⁰ Artículo 27 (a) del IV Convenio de Ginebra.

²¹ Ver por ejemplo Rhonda Copelon, “Crímenes de género como crimenes de guerra: integrando los crímenes contra las mujeres en el derecho penal internacional”, *McGill Law Journal*, noviembre de 2000, p. 3; Judith Gardam and Hilary Charlesworth, “Protection of Women in Armed Conflict”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, n°1, February 2000, pp. 148-166.

específicamente a la interdicción de las violencias sexuales.

Esta percepción de las violencias sexuales en tiempo de guerras ha empezado a ser discutida bajo el impulso de varios factores que beneficiaron de los aportes de las teorías feministas del derecho. Primero, la violencia sexual '*cotidiana*' ha empezado a ser interrogada en los Estados en situación política pacífica. Varios estudios han subrayado que aún en contextos políticos no violentos, el número de mujeres víctimas de violencia sexual era extremadamente alto. Para explicar esta cifra, dichos estudios han destacado que su ejercicio estaba profundamente ligado a unas representaciones de subordinación de las mujeres y a la voluntad masculina de dominarles. La violencia sexual, más que el resultado de un instinto masculino innato, es finalmente producto de un deseo masculino de potencia y simboliza las relaciones de género sobre el cuerpo femenino. Por otra parte, el concepto de guerra en sí mismo fue reexaminado.

Presentado como neutro en términos de género, éste es de hecho marcado por la masculinidad: la guerra fue históricamente decidida por los hombres, para defender unos intereses representados por hombres, y son finalmente llevadas a cabo por hombres. Además, los valores que le son asociados, necesarios para su ejecución, su preparación y su victoria, son aquellos que, tradicionalmente, tienen que ver con la masculinidad: valentía, fuerza, poder, decisión, indiferencia, etc. El concepto de guerra y las reglas que la reglamentan son entonces fundados sobre las experiencias masculinas y no son neutras en términos de género. Esta toma de conciencia ha permitido entender por qué las afecciones específicas de las mujeres fueron ocultadas en el derecho de la guerra.

El desarrollo de la crítica feminista del derecho ha permitido demostrar cómo la cuestión de la violencia hacia la mujer había sido ocultada y tratada como un asunto de poca importancia, incluso inexistente por la comunidad internacional. Tal y como la hemos visto, la violencia hacia la mujer no estaba concebida como implicando una respuesta en términos de derechos humanos y quedaba entonces excluida del alcance de la protección del DIDH.

Como hemos mencionado brevemente, la crítica feminista tiene una pretensión de cambio: busca a través de sus análisis abolir la discriminación hombre-mujer y transformar el estatuto jurídico, social y cultural de las mujeres.

Unas de las grandes reivindicaciones de este movimiento fue la de sacar los derechos humanos de su androcentrismo e integrar las problemáticas específicas de las mujeres²². Las mujeres tienen el derecho de vivir libre de violencia. Esta estrategia tuvo grandes consecuencias en la protección internacional de los derechos de las mujeres, y específicamente en cuanto al derecho de no sufrir violencia.

La incidencia ejercida por los movimientos feministas permitió el acceso a las víctimas de violencia de género a una serie de instrumentos y mecanismos supranacionales²³. En ciertos

²² Entre otras proposiciones de las tomadas en cuenta de las problemáticas específicas de las mujeres dentro de los derechos humanos, podemos por ejemplo citar la reivindicación de la integración de los derechos reproductivos y sexuales en la lista de los derechos humanos internacionalmente protegidos.

²³ Se trata esencialmente de los organismos creados por los tratados de derechos humanos (por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos creado por el primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966), de los tribunales penales internacionales y de los sistemas regionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, la Comisión Interamericana por los Derechos Humanos).

casos – los cuales serán analizados en la siguiente sección– el Estado ha sido reconocido responsable de la violación de los derechos humanos de la víctima en caso de violencia de género. Además, el Estado tiene la obligación de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. De este modo, ya que la violencia de género es una violación a los derechos humanos, el Estado tiene que asumir estas obligaciones en cuanto a este tipo de violencia.

Por otro lado, la reconfiguración de la violencia de género en una violación de derechos humanos ha permitido la criminalización internacional de la violencia sexual de género. La relectura de la violencia sexual usada durante los conflictos armados explica que, lejos de ser ‘inherente’ a los conflictos, es de hecho una verdadera ‘arma’ de guerra al servicio de finalidades políticas (a veces también sociales, económicas, etc.) por los actores armados. Si la violencia sexual es percibida de esta manera, es posible tipificarla como crimen de guerra pero también, cuando es un instrumento de destrucción de la población civil, como crimen contra la humanidad o crimen de genocidio. Esta reivindicación feminista fue acogida por el derecho internacional, especialmente por el estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI).

La otra gran reivindicación de las teorías feministas del derecho fue la de abolir la dicotomía entre las esferas pública y privada. La violencia de género es paradigmática para ilustrar esta dicotomía dado que durante mucho tiempo ha sido encerrada sólo en la esfera de lo privado, de lo interior, en la cual el Estado no era legítimo para intervenir. Analizar la violencia de género a través del lenguaje de los derechos humanos permitió sacar el problema de la violencia de género de este ámbito en el cual estaba encerrada. Las feministas, a través de la utilización del eslogan ‘*the personal is political*’ buscaron traducir este problema cotidiano de la vida de las mujeres en términos jurídicos, es decir extraerlo de la esfera de lo íntimo para llevarlo a la esfera pública, la de la formulación de reglas jurídicas que buscan resolver los problemas sociales. La labor de las teorías feministas del derecho ha permitido esta abertura entre las dos esferas, dando así una visibilidad de la violencia sufrida por las mujeres: “[e]n los sistemas jurídicos de los países occidentales, la distinción establecida entre el público y el privado permite la violencia sexual sobre la cual es fundada el patriarcado”²⁴.

Este debilitamiento de la separación pública/privada permitió reclamar una mejor repuesta al problema de la violencia de género, especialmente la que se encontraba en el ámbito privado y que, tradicionalmente, se quedaba fuera del alcance del derecho internacional y de sus teorías e instituciones clásicas. Estas teorías reclamaban entonces una renovación de las bases de este derecho, por ejemplo con relación a la teoría de la responsabilidad internacional, i.e. el Estado es responsable únicamente de sus propias acciones violadoras de los derechos humanos. Efectivamente, las teorías feministas subrayan que son personas privadas quienes ejercen la violencia contra las mujeres: sea la violencia doméstica, en la esfera familiar, o, en tiempo de conflictos armados, los grupos armados no estatales. Se asiste a un fuerte desarrollo de los conflictos armados de carácter no internacional, en detrimento de los que opongan soberanías estatales entre ellas, como es típicamente el caso del conflicto colombiano. Que sea en el primer o segundo caso, no es el Estado el actor principal de la violencia hacia las mujeres, pero si esencialmente las personas privadas. Entonces, la aplicación de la teoría clásica de la responsabilidad internacional del Estado no tiene un impacto real en la protección de las mujeres contra la violencia de género. Con el objetivo de

²⁴Hilary Charlesworth, “Que sont les ‘droits des femmes’ en droit international?”, *op. cit.*, p. 115.

remediar a esta ineficacia, las teorías feministas del derecho van a subrayar que el Estado tiene obligaciones internacionales de realización de los derechos humanos a través de los tratados internacionales que ratificó. De esta manera, el Estado está obligado internacionalmente a combatir la violencia hacia las mujeres y a adoptar medidas para combatirla (cf. capítulo siguiente). Así, sería mucho más útil para la eliminación de la violencia de género poder comprometer su responsabilidad cuando éste no actúe por encauzar el ejercicio de esta violencia. En caso de inacción de su parte, a través particularmente de su sistema jurídico, pero igualmente a través del desarrollo de políticas de sensibilización de la población, etc., éste sería tenido por responsable de la perpetuación de un contexto propicio a la violencia contra las mujeres : “*La responsabilidad de un Estado tendría que ser comprometida cuando éste participe en el mantenimiento de un sistema jurídico y social donde la violencia o la discriminación hacia las mujeres son permanentes y donde estos actos son banalizados o minimizados*”²⁵.

El debilitamiento de la dicotomía pública/privada en la esfera internacional tuvo igualmente impactos sobre la definición misma de los actos que acarrear a la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, la tipificación del crimen de tortura en derecho internacional está condicionada por la existencia de un vínculo con una acción pública: los actos de torturas tienen que ser “*infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia*”²⁶. Esta definición, exigiendo que los actos sean ejercidos por un agente del Estado o con su consentimiento, excluye *de facto* el reconocimiento de la más grande forma de violencia de género, es decir la doméstica. Excluye igualmente los actos cometidos en el marco de un conflicto bélico por los grupos armados ilegales. La condición del vínculo del acto de tortura y la acción pública tienen entonces efectos de género porque excluye las más numerosas violencias cometidas contra las mujeres de la definición jurídica de tortura. Si este vínculo con la acción pública estuviera suprimido, la violencia hacia las mujeres podría verse más a menudo atribuida a esta tipificación, y particularmente la que está más extendida: la violencia doméstica. Eso es una de las reivindicaciones reiteradas de ciertas juristas feministas del derecho²⁷. Ésta también fue satisfecha por el Estatuto de la CPI que define mucho más extensamente los actos de torturas omitiendo exigir este vínculo necesario a la acción pública²⁸.

II) El cambio de paradigma en cuanto a la aprehensión jurídica de la violencia de género por el derecho internacional

Gracias a las teorías feministas del derecho, asistimos a una lenta preocupación del derecho internacional para la cuestión de la violencia hacia la mujer (A) que conllevó a un cambio del paradigma jurídico del derecho internacional (B).

A) La introducción de la problemática de la violencia de género en el derecho internacional

Las teorías feministas del derecho fueron de una influencia capital en la transformación del

²⁵ Hilary Charlesworth, “Que sont les ‘droits des femmes’ en droit international?”, *op. cit.*, p. 119.

²⁶ Artículo 1 (1) de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984.

²⁷ Ver particularmente el artículo de Rhonda Copelon, “Recognizing the Egregious in the Everyday: Domestic Violence as Torture”, *Columbia Human Rights Law Review*, n°25, 1994, pp. 291-367.

²⁸ Artículo (7) (2) (e) del Estatuto de Roma de la CPI.

derecho internacional frente a la problemática de la discriminación hacia las mujeres, especialmente frente a la cuestión de la violencia de género. El análisis de género permitió entender por qué las estructuras mismas del derecho internacional excluían una protección adecuada en casos de violencia basada en género aunque los derechos humanos – aplicables igualmente al hombre como a la mujer - eran proclamados. Gracias al *lobbying* de las asociaciones feministas, la comunidad internacional se dio cuenta de su ausencia de consideración frente a este problema y trató de introducir reformas, inspiradas en su gran mayoría en las teorías feministas del derecho. A partir de este momento, asistimos a lo que se puede calificar en *un cambio de paradigma* en la concepción de la violencia de género por el derecho internacional.

Como ya señalado, la violencia de género estaba inicialmente casi ausente del ordenamiento jurídico internacional.

En el ámbito del derecho internacional humanitario (en adelante DIH), la atención otorgada a la mujer era muy sucinta. Las teorías feministas del derecho subrayan la escasez de las disposiciones dirigidas a las mujeres en el DIH, aunque éste es bastante prolijo y dispone de un corpus de reglas importante²⁹. El DIH, cuando trata a las mujeres, es o en calidad de víctima³⁰ o a través de su función reproductiva³¹. En cuanto a la protección contra la violencia sexual, además de ser considerada como violación de la “honra”, la violación no era considerada como una ‘infracción grave’ al DIH, como puede ser por ejemplo el hecho de obligar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas enemigas³².

La poca importancia acordada a las violencias sexuales en el marco internacional fue confirmada en el momento de la creación de las primeras jurisdicciones internacionales que nacieron al terminar la segunda guerra mundial. Aunque los crímenes de violencia sexual eran numerosos, éstos no figuraban en los acuerdos de Londres, y entonces no fueron incluidos en la lista de los crímenes de guerra pudiendo ser juzgados en Nuremberg³³. Por su parte, aunque el Tribunal de Tokyo condenó a tres antiguos dirigentes japoneses a la pena de muerte para violaciones de mujeres chinas durante la toma de la ciudad de Nankin (el Tribunal consideró que durante el primer día de ocupación de la ciudad, al menos 20 000 violaciones fueron cometidas por el ejército japonés), ellos fueron declarados culpables de muchos otros crímenes de guerra, y la condenación no tuvo que ver entonces específicamente con las violaciones.

²⁹ Los cuatro Convenios de Ginebra representan 429 disposiciones cuyas sólo 26 tratan específicamente de las mujeres.

³⁰ Entre varios ejemplos, el artículo 27 (2) del IV Convenio de Ginebra dispone: “*Las mujeres serán especialmente protegidas [...]*” y el artículo 12 (4) del I Convenio de Ginebra dispone “*Se tratará a las mujeres con todas las consideraciones debidas a su sexo*”.

³¹ Por ejemplo, una protección especial es concedida a las “*mujeres encintas y a las madres de niños de menos de siete años*” por el artículo 14 del IV Convenio de Ginebra y es hecho referencia a las “*parturientas*” por el artículo 18 (1) de este mismo Convenio.

³² Las “infracciones graves” al DIH obligan a los Estados a investigar y a castigar los autores de tales infracciones. Además, la calificación de “infracción grave” al DIH activa la justicia universal. Al contrario, un acto “simplemente” contrario al DIH conlleva sólo la obligación de adoptar medidas destinadas a eliminar los hechos constitutivos de la infracción. La inclusión de la violación sexual en el régimen de las infracciones graves al DIH no será realizada por los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977. Habrá que esperar hasta la adopción del Estatuto del TPIY, que concierne, como su nombre lo indica, únicamente los hechos cometidos en ex-Yugoslavia.

³³ Tenemos que precisar que a pesar de esta laguna, algunos de estos crímenes fueron perseguidos gracias a la aplicación de la cláusula de analogía a las “*otras acciones inhumanas*”. Sin embargo, ninguna referencia explícita a los crímenes sexuales se encuentra en el juzgamiento del Tribunal Militar de Nuremberg.

En el ámbito del DIDH, la primera Convención internacional relativa específicamente a la lucha contra las discriminaciones hacia las mujeres, la CEDAW, no contiene ninguna disposición específica destinada a proteger a las mujeres de la violencia de género. Al momento de su adopción, la violencia de género no era todavía considerada como un problema en términos de género, que afecta desproporcionadamente a las mujeres, y que limita gravemente el goce de derechos y libertades.

Pero poco a poco, la violencia de género ha sido considerada por el derecho internacional, implicando un cambio de paradigma sobre su definición y sus consecuencias jurídicas: la violencia de género es un problema que afecta a *los derechos humanos* de la mujer, y sobre el cual el Estado tiene que ser responsable, aunque no sea el autor directo de los actos de violencia.

Este cambio de paradigma de la violencia de género en términos de derechos humanos permitió la aparición de esta cuestión en el derecho internacional a través del DIDH. El primer paso fue dado por el Comité CEDAW, instaurado por la Convención del mismo nombre con el objetivo de monitorear la aplicación de la Convención por los Estados partes. En sus recomendaciones generales n° 12 “*Violencia contra la mujer*”³⁴ y n° 19 “*La violencia contra la mujer*”³⁵, el Comité consideró que “**la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre**”³⁶ (resaltamos). Gracias a este primer paso, la violencia hacia la mujer se volvió un problema formulado en términos de discriminación y de derechos humanos. Además, en esas recomendaciones, el Comité precisó enseguida que la Convención prohíba la violencia hacia la mujer por las autoridades públicas, pero igualmente (y aquí nace un cambio de paradigma en la concepción de los derechos humanos sobre la cual volveremos) por personas privadas. Así, “*en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas*”³⁷ (resaltamos).

Estas recomendaciones, si bien pueden aparecer como no capitales porque no son estrictamente normativas, son en realidad fundamentales en la lucha por el reconocimiento de la violencia de género a nivel internacional. Desde ahí, se multiplicaron las declaraciones oficiales que definen la violencia de género en términos de violación de derechos humanos y afirman explícitamente la voluntad de combatirla. No tenemos el espacio suficiente aquí para rehacer la cronología exhaustiva de esta tendencia, pero mencionamos la Conferencia de Viena sobre los Derechos Humanos de 1993 que erige la lucha contra la discriminación hacia la mujer, incluyendo entonces la violencia, como un objetivo *prioritario* de la comunidad internacional.

Este movimiento llegó a la adopción de la primera – y hoy todavía única – Convención supranacional exclusivamente dedicada a la eliminación de la violencia contra la mujer. Se trata de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra

³⁴ Comité CEDAW, Recomendación general n°12, *Violencia contra la mujer*, 8 sesión, 1989.

³⁵ Comité CEDAW, Recomendación general n° 19, *La violencia contra la mujer*, 11 sesión, 1992.

³⁶ Comité CEDAW, Recomendación general n° 19, párr. 1, *op. cit.*

³⁷ *Ibid.*, párr. 9.

la mujer, llamada “Convención de Belem do Pará”³⁸. La definición de la noción de violencia hacia la mujer, expuesta en su artículo 1, retoma los aportes del concepto de género usado por las teorías feministas y trata de abolir la dicotomía pública/privada: “*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*”³⁹ (resaltamos).

Aquí se ve particularmente la permeabilidad de las teorías feministas del derecho, y especialmente del concepto de género en la normatividad internacional: la violencia aquí definida no es sólo la que afecta el sexo femenino entendido biológicamente, sino la representación social y cultural de la figura femenina. Además, el preámbulo de esta Convención reconoce expresamente que la violencia ejercida contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Esta concepción jurídica de la violencia de género será adoptada por las instancias regionales interamericanas de protección de los derechos humanos. En 2001, en el caso *Ana, Beatriz y Celia González Pérez c/ México*⁴⁰, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) consideró que las violaciones cometidas por militares sobre las querellantes constituyen una grave violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha considerado también la violencia sexual como una violación de los derechos humanos. En 2009, la Corte consideró que “*la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones de derechos humanos, las cuales contravienen normas inderogables (jus cogens) y generan obligaciones para los Estados como la de investigar y sancionar dichas prácticas, de conformidad con la Convención Americana y en este caso a la luz de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Convención de Belem do Pará*”⁴¹.

Pensar la violencia de género como impedimento para las mujeres de gozar de sus derechos y libertades permitió operar una transformación del derecho internacional en cuanto a su régimen jurídico. De ahora en adelante, la violencia de género es un crimen internacional.

B) De la importancia de las jurisprudencias de los tribunales penales internacionales

El 25 de mayo de 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia⁴² (en adelante, TPIY) para juzgar los crímenes de guerra cometidos en este territorio en los años 90. La violación, como crimen internacional,

³⁸ Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante Convención de Belem do Pará), adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA) el 9 de junio de 1994.

³⁹ Artículo 1 de la Convención de Belem do Pará.

⁴⁰ Comisión IDH, *Caso Ana, Beatriz y Celia González Pérez vs. México*, 4 de abril de 2001.

⁴¹ Corte IDH, *Caso de la masacre de las dos Erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2009, párr. 140.

⁴² Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución n° 827, 3217e sesión, UN Doc. S/RES/827, 25 de mayo de 1993.

es por primera vez mencionada en sus estatutos⁴³: puede constituir un crimen contra la humanidad cuando haya sido cometida dentro del conflicto armado y dirigida contra la población civil⁴⁴. Aunque esta mención ha sido extremadamente importante, todavía no era considerada como una infracción grave al derecho de la guerra⁴⁵. Sin embargo, la Oficina del Fiscal del TPIY, bajo la presión de las ONG feministas, han primero asimilado rápidamente la violación como un crimen de guerra (gracias a su asimilación a los actos de “*tortura o [a] los tratamientos inhumanos*”⁴⁶) y segundo ampliado la criminalización de la violación junto a los otros tipos de violencia sexual.

En noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó un órgano similar al TPIY para juzgar los crímenes cometidos durante el genocidio en Ruanda, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁴⁷ (en adelante, TPIR). De la misma manera que en el Estatuto del TPIY, la violación fue tipificada como crimen de lesa humanidad⁴⁸. Pero esta vez, la violación era por fin considerada como un crimen de guerra: ésta es explícitamente citada en el artículo 4 del Estatuto que define las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II⁴⁹.

A pesar de estos avances formales importantes, resaltamos que en primera instancia, la inclusión de los cargos de violación y violencias sexuales en los actos de acusación y en las decisiones de estos tribunales no fue inmediata.

Por ejemplo, en el primer caso que tipificó por primera vez la violencia sexual en crimen internacional, más precisamente de crimen de genocidio⁵⁰, el Fiscal rechazó inicialmente la prosecución de este tipo de crimen; el primer acto de acusación no contenía cargos para violaciones y/u otros tipos de violencia sexual. El Fiscal alegó que le era imposible probar estos actos porque las mujeres no querían hablar de ello⁵¹. Finalmente, después de un largo trabajo de investigación y de *lobbying* organizado por las ONG feministas, y a través particularmente de un *amicus curiae*, el acto de acusación contra el señor Akayesu fue modificado: referencias generales sobre violencia sexual fueron incluidas, así como el hecho de que M. Akayesu sabía necesariamente que estos actos se producían, incitándolos por su presencia y algunas de sus palabras⁵².

Esta decisión es histórica: no sólo fue la primera en tipificar la violencia sexual en crimen internacional, en este caso como genocidio, sino que adoptó una amplia definición de la violación: no fue únicamente definida en función de las partes del cuerpo implicadas, sino que se consideró como “*una invasión física de naturaleza sexual de forma coercitiva sobre una persona*”⁵³. Además, el Tribunal definió el acto de violencia sexual, que, “*lejos de limitarse a la penetración física del cuerpo humano, puede implicar actos que no consisten*

⁴³ Artículo 5 (g) del Estatuto del TPIU.

⁴⁴ Artículo 5 del Estatuto del TPIY quien define los crímenes de lesa humanidad.

⁴⁵ Las infracciones graves al derecho de la guerra son definidas al artículo 2 del Estatuto del TPIY y no incluyen las violencias sexuales.

⁴⁶ Artículo 2 (b) del Estatuto del TPIY relativo a las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁴⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *Resolución n° 955*, 3453e sesión, UN Doc. S/RES/955, 8 de noviembre de 1994.

⁴⁸ Artículo 3 (g) del Estatuto del TPIR.

⁴⁹ Artículo 4 (e) del Estatuto del TPIR.

⁵⁰ TPIR, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs. Akayesu*, 2 de septiembre de 1998, Caso n° ICTR-96-4-T.

⁵¹ Rhonda Copelon, “Crímenes de género como crímenes de guerra: Integrando los crímenes contra las mujeres en el derecho penal internacional”, *op. cit.*, p. 7.

⁵² Acto de acusación (modificado), *Fiscal vs. Akayesu*, junio de 1997, Caso n° ICTR-96-4-T, (ver a los cargos de acusación 11 hasta 15).

⁵³ TPIR, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs. Akayesu*, *op. cit.*, párr. 597 y 598.

en penetración ni contacto físico”⁵⁴. Finalmente, el Tribunal afirmó que los actos de violencia sexual son incluidos junto a los “otros actos inhumanos” del artículo 3 (i) del Estatuto (crímenes de lesa humanidad), los “*ultrajes a la dignidad de la persona*” del artículo 4 (e) del Estatuto (violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II) y las “*lesiones graves a la integridad física o mental*” del artículo 2 (2) (b) del Estatuto (genocidio).

Después de esta decisión capital, varias decisiones de estos tribunales van a confirmar y ampliar el carácter de crimen internacional de la violencia sexual. Dentro de ellas, hay que destacar la decisión Musema del TPIR⁵⁵ que fue la primera en calificar la violencia sexual como crimen de lesa humanidad. Del lado del TPIY, la violencia sexual fue primero reconocida como forma de tortura, condenable así como crimen de guerra⁵⁶. El tribunal estimó que las violaciones infligidas a las víctimas tenían como objetivo interrogarlas, castigarlas y/o ejercer sobre ellas una forma de coerción, lo que permitió calificarlas como actos de tortura. Un mes después, el Tribunal pronunció unas de las decisiones más importantes en este tema, que fue la primera exclusivamente consagrada a los crímenes sexuales⁵⁷. En los motivos de su juzgamiento, el Tribunal ha considerablemente ampliado la definición jurídica de la violación, tipificándolo como crimen de lesa humanidad como está previsto en el artículo 5 del Estatuto, pero también como una infracción grave a los Convenios de Ginebra (artículo 2 del Estatuto) y una violación de las leyes y costumbres de guerra (artículo 3 del Estatuto). También ha considerado que podría constituir un crimen de genocidio, cuando las condiciones propias de este crimen sean dadas.

Finalmente, el TPIY pronunció el caso llamado Foca, del nombre de la ciudad en la cual fueron perpetrados los crímenes juzgados, que quedará como el caso emblemático relativo a las violencias sexuales pronunciado por dicho Tribunal. Tipificó por primera vez las violaciones como crímenes de lesa humanidad, en aplicación del artículo 5 (g) del Estatuto. Además, el esclavismo sexual fue igualmente tipificado como crimen de lesa humanidad en aplicación del artículo 5 (c) del Estatuto (reducción en esclavo). Reconoció también la utilización de la violencia sexual como constitutiva del crimen de persecución.

Aunque estas jurisprudencias tuvieron un impacto fundamental en la persecución y el castigo de las violencias sexuales cometidas a gran escala, las competencias geográfica y temporal de estos tribunales eran limitadas. La violencia como crimen internacional todavía no había recibido su consagración perenne...

La adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) en Roma en 1998 consagró las evoluciones formuladas por los Tribunales penales internacionales. En este, la violación es a la vez tipificada como crimen de lesa humanidad⁵⁸ y como crimen de guerra⁵⁹, y además otros tipos de violaciones sexuales fueron adjuntadas: esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable⁶⁰.

Aunque las violencias sexuales fueron excluidas del primer caso tomado por la Corte, actos

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 688.

⁵⁵ TPIR, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs. Musema*, 27 de enero de 2000, Caso n° ICTR-96-13-T.

⁵⁶ TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs. Delalic*, 16 de noviembre de 1998, Caso n° IT-96-21-T.

⁵⁷ TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs. Furundzija*, 10 de diciembre de 1998, Caso n° IT-95-17/1-T.

⁵⁸ Artículo 7 (1) (g).

⁵⁹ Artículo 8 (2) (b) (xxii).

⁶⁰ Ver los artículos citados en las dos notas precedentes.

de acusaciones incluyendo cargos de violaciones sexuales fueron emitidos. Resaltamos además que, en el último informe que la CPI emitió para Colombia en noviembre 2012, desarrollos sobre la problemática de la violencia sexual en el conflicto armado fueron incluidos⁶¹.

La aprehensión de la problemática de la violencia sexual por el derecho internacional ha permitido un cambio de paradigma en su comprensión jurídica: en primer lugar, la cuestión del consentimiento de la víctima en los actos de violencia sexual fue planteada; en segundo lugar, la posibilidad de acarrear la responsabilidad del Estado por hechos de violencia sexual cometidos por personas privadas.

En cuanto al consentimiento, es un elemento fundamental en la definición del crimen de violencia sexual. En caso en el cual el consentimiento de la víctima al acto sexual es probado, éste se vuelve legal y el crimen de violencia sexual no es constituido. Así, para tipificar un acto sexual en uno de violencia sexual, hay que probar la falta de consentimiento de la víctima. Clásicamente, se exige la prueba de la utilización de la fuerza o de la amenaza de la utilización de dicha fuerza, sea física o psicológica, para probar la ausencia del consentimiento de la víctima. O, como lo notó el TPIY⁶², se interpreta la utilización de la fuerza (o, de la misma manera, de la amenaza de la utilización de dicha fuerza) de manera muy amplia que requiere de hecho la total ausencia de defensa de la víctima. Ahora bien, según todavía el Tribunal, esta interpretación amplia de la fuerza “*no hace referencia a otros factores que harían que un acto sexual con penetración se volviera no consensuado o no voluntario por la víctima*”⁶³ que puedan existir, tal como la existencia de un contexto coercitivo como se establecerá más adelante en esta misma decisión.

De ahora en adelante, la ausencia de consentimiento de la víctima al acto sexual no es una condición *sine qua non* para la tipificación de la violencia sexual, reemplazada por la existencia de un contexto coercitivo en el cual se ve cometida (y ya no la coerción ejercida por su autor). Así, cuando el acto sexual es cometido en tales contextos, el carácter forzado del acto sexual ya no tiene que ser probado por la prueba del ejercicio de violencia (o de la amenaza del ejercicio de tal violencia): el carácter coercitivo de la acción puede ser inherente al contexto en el cual está cometida. Esta decisión fue capital en el sentido de que, en estos contextos violentos donde la utilización de la violencia es generalizada, es muy frecuente que la víctima se sienta obligada a consentir los actos sexuales requeridos por actores armados, aunque ninguna violencia física o psicológica haya sido ejercida directamente contra ella.

Las reglas de procedimientos y de pruebas de los tribunales penales internacionales fueron retomadas y sistematizadas en el reglamento de procedimientos y de pruebas de la CPI que consagra el cambio en la apreciación de los elementos constitutivos del crimen de violencia sexual: la regla 70 dispone que el consentimiento de la víctima no podrá ser real cuando el acto sexual fue ejecutado por el medio de “*la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo*”⁶⁴. Por otra parte, el consentimiento de la víctima nunca podrá “*inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la*

⁶¹ Fiscalía de la CPI, *Reporte Intermedio - Situación en Colombia*, noviembre del 2012.

⁶² Este cambio de perspectiva jurídica relativo al consentimiento de la víctima al acto sexual empezó a partir del caso del TPIY, Sala de Primera Instancia, *Fiscal vs. Kunarac, Kovac y Vukovic*, 22 de febrero del 2001, Caso n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.

⁶³ *Ibid.*, párr. 438.

⁶⁴ CPI, *Las reglas de procedimiento y prueba*, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1, Regla 70 (a).

supuesta violencia sexual”⁶⁵.

La evolución del derecho internacional relativo al consentimiento es entonces doble: además de aniquilar la posibilidad de probar el consentimiento de la víctima a un acto sexual cuando se ha perpetrado en un contexto político violento, el derecho internacional se ha vuelto muy claro sobre la cuestión de los elementos de pruebas buscando demostrar el consentimiento. Estos elementos ya no pueden fundarse sobre comportamientos estereotipados de una víctima de violencia sexual y su autor, es decir la falta de reacción física de la víctima, de gritos, de intentos de fuga... Para citar sólo un ejemplo dentro de los múltiples que ahora existen, el Comité CEDAW estimó en una comunicación contra el Estado filipino que “*no debería suponerse, en la ley ni en la práctica, que una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada, independientemente de si el autor del delito utilizó o amenazó con utilizar violencia física*”⁶⁶.

La otra evolución importante que se encuentra en el derecho internacional relativo a la violencia sexual es la hipótesis, ahora posible, de acarrear la responsabilidad del Estado para hechos de violencia cometidos por personas privadas. La toma de consciencia del alcance y de la gravedad de los actos de violencia sexual cometidas contra mujeres, en general, por personas privadas, llevó a una nueva concepción de la teoría clásica de la responsabilidad internacional del Estado (cf. parágrafo A.2.).

El sistema de protección interamericano de los derechos humanos forjó el concepto de “diligencia debida”⁶⁷ a cargo del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones ligadas al respecto de los derechos humanos. Este concepto proviene del artículo 1 (1) de la CADH del cual se deriva una “obligación general de garantía” que obliga a los Estados a prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención. Así, la Corte IDH estima que “*un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.*”⁶⁸

Esta obligación de ‘debida diligencia’ es explícitamente contenida en el artículo 7 (b) de la Convención de Belem do Pará, que exige por parte del Estado una cierta diligencia en la prevención, la investigación y la sanción de los actos de violencia cometidos contra las mujeres.⁶⁹ Esta obligación fue en particular usada en el caso María de Penha Maia Fernandes⁷⁰ que, aunque no implicó directamente actos de violencia sexual, constituye una etapa importante en la modificación de la mirada del derecho hacia la violencia de género. En este caso, no hubo participación directa del Estado en los hechos imputados (la demandante fue golpeada varias veces por su esposo y finalmente falleció). Sin embargo, la Comisión

⁶⁵ *Ibid.*, Regla 70 (c).

⁶⁶ Comité CEDAW, Comunicación n° 18/2008, *Karen Vertido vs. Filipinas*, 46e sesión, 16 de julio de 2010, párr. 8.5.

⁶⁷ ‘Due diligence’ en inglés.

⁶⁸ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, Serie C, n° 4, 29 de julio de 1988, párr. 172.

⁶⁹ Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

⁷⁰ Comisión IDH, *Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Caso n° 12.051, Informe n° 54/01, 4 de abril de 2001.

logró demostrar un esquema discriminatorio de tolerancia por parte del Estado a la violencia hacia la mujer y la grave ineficacia de su sistema jurídico para protegerla. Así, Brasil fue reconocido culpable de la violación de su obligación a ejercer la ‘debida diligencia’ en la prevención, sanción y erradicación de la violencia doméstica, particularmente porque no condenó al autor de esta violencia durante más de quince años a pesar de las varias demandas de la víctima en esta dirección.

Este razonamiento, innovador y muy útil en la lucha por la erradicación de la violencia hacia la mujer desde el nivel internacional, fue igualmente aplicado por la Corte Europea de los Derechos Humanos (en adelante CEDH) en el caso *Opuz vs. Turquía* relativa a la violencia doméstica⁷¹. El tribunal constató la pasividad y la tolerancia del Estado hacia la violencia doméstica que afecta principalmente a la mujer, contexto que permitió la perpetuación de este tipo de violencia de género. La Corte concluyó entonces que Turquía era responsable de la violación del artículo 3 de la Convención Europea de los Derechos Humanos “*en relación con la abstención de las autoridades de proteger a la demandante contra la violencia doméstica perpetrada por su ex esposo*”⁷².

Además, en 2009, la Corte IDH adoptó una posición audaz e innovadora en cuanto a la responsabilidad estatal para tres femicidios cometidos por personas privadas “*dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez*”.⁷³ Las constataciones de la Corte le permitieron concluir en la existencia de una violencia de género estructural en la sociedad mexicana y la persistencia de una cultura discriminatoria hacia la mujer. La Corte se interrogó entonces sobre la posible responsabilidad del Estado mexicano en las violencias padecidas por las mujeres, muchas de índole sexuales, y que terminaron para varias de ellas con sus fallecimientos. La Corte respondió positivamente y declaró el Estado de México responsable de los asesinatos y de la violencia cometida por personas privadas. Aunque el Estado no participó directamente en estos crímenes, consideró sin embargo que el Estado faltó a su obligación procesal de conducir una investigación rápida y efectiva, obligación que en el caso era reforzada por los riesgos reales y serios que pesaban sobre las víctimas, dado el contexto existente y el hecho de que esos abusos se cometían a gran escala. Por haber actuado demasiado tarde para identificar a los responsables de estos crímenes, el Estado de México fue reconocido culpable de la violación de los artículos 4 (1) (derecho a la vida) y 1 (1) (obligación general de respetar y garantizar los derechos previstos en la Convención) de la CADH, y del artículo 7 (b) de la Convención de Belém (obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia hacia la mujer, conducir investigaciones necesarias y sancionar los actos dirigidos hacia ellas). Aquí otra vez, un Estado fue reconocido culpable por faltar a su obligación de diligencia debida en la lucha contra la violencia de género.

En los dos procesos de justicia transicional que nos interesa, el argentino después del terrorismo de Estado y el colombiano a lo largo del conflicto armado interno, la influencia del derecho internacional fue decisiva en la judicialización de la violencia sexual sociopolítica.

⁷¹ CEDH, *Opuz vs. Turquía*, Demanda n° 33401/02, 9 de junio de 2009.

⁷² *Ibid.*, parte resolutoria, párr. 5.

⁷³ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n° 205, 16 de noviembre de 2009, párr. 231.

Segunda parte: La influencia de la internacionalización de la problemática de la violencia sexual sociopolítica en los contextos políticos violentos argentino y colombiano

Los sistemas jurídicos argentinos y colombianos eran incapaces de afrontar la problemática de la violencia sexual cometidos en los contextos políticos violentos que quedaba en la invisibilidad y donde la impunidad era estructural (I). En estos contextos, el derecho internacional fue un recurso decisivo en la judicialización de los hechos de violencia sexual dentro de los procesos de justicia transicional argentino y colombiano (II).

I) Sistemas jurídicos nacionales incapaces de solucionar la problemática sociopolítica de la violencia sexual

En los dos contextos estudiados, la invisibilidad e impunidad de los crímenes de violencia sexual sociopolítica fueron estructurales en los sistemas de justicia transicional (B) aunque ellos fueron cometidos de manera sistemática y generalizada, como parte de un plan de ataque de una cierta parte de la población civil (A).

A) *Los patrones de utilización de la violencia sexual en los contextos políticos violentos*

Si queremos entender de que manera los sistemas jurídicos han tratado la violencia sexual en sus procesos de justicia transicional, tenemos que poner énfasis en los patrones de utilización de esta violencia en los contextos bajo análisis. Durante muchos años, los sistemas estudiados consideraron los actos de violencia sexual como actos aislados, meramente sexual, lo que produjo la situación de invisibilización e impunidad que caracterizó la violencia sexual en el marco de estos contextos.

Necesitamos ubicarnos por un momento sobre el alcance de nuestro objeto de comparación, es decir, sobre los hechos de violencia sexual cometidos en el marco de los contextos políticos violentos. No se trata de la violencia cotidiana que sufre la mujer en la familia, en el trabajo, en la escuela, en los lugares públicos, etc. La violencia sexual que estudiamos es sociopolítica, es decir, que sí bien toma sus raíces en la violencia cotidiana, 'preexistente' al contexto político violento, se le suman las motivaciones políticas y sociales que amplifica y profundiza esta situación inicial de violencia. Así, en los contextos políticos violentos se genera una exacerbación de las relaciones de desigualdad de poder entre sexos que rige la sociedad en tiempo normal, lo que tiene como consecuencia la agravación de las situaciones de subordinación y discriminación de las mujeres en estos contextos. Así lo nota por ejemplo la Comisión IDH en el ámbito del conflicto armado colombiano: *“todas las características que han expuesto a las mujeres a ser discriminadas y a ser sujetas de un trato inferior históricamente, sobretodo sus diferencias corporales y su capacidad reproductiva, así como las consecuencias civiles, políticas, económicas y sociales para ellas de esta situación de desventaja, son explotadas y abusadas por los actores del conflicto armado en su lucha por controlar territorio y recursos económicos. Una variedad de fuentes, incluyendo las Naciones Unidas, Amnistía Internacional y organizaciones de la sociedad civil en Colombia, han identificado, descrito y documentado las múltiples formas en que los derechos de las mujeres son menoscabados en el contexto del conflicto armado, por el simple hecho de ser*

mujeres”⁷⁴.

Si la violencia sexual contra las mujeres es tan estructural y sistémica en estos contextos es porque se trata de un *continuum* de violencia en la vida de las mujeres. Este tipo de violencia ocurre antes del contexto de violencia política, se acentúa en él, y estará presente después de la situación de violencia política. Además, se ejerce a la vez dentro y fuera del contexto represivo. Así lo nota Analía Aucía cuando estudia los vínculos entre género, violencia sexual y contextos represivos: “*Las desigualdades en el ejercicio de poder inherentes a las relaciones binarias de género, se exacerban durante los conflictos armados, los contextos represivos internos o internacionales y suelen permanecer también en los procesos de reconstrucción pos-conflicto o en los procesos de verdad y justicia*”⁷⁵.

Varios estudios han mostrado que la violencia ejercida durante periodos de disturbios políticos impacta de manera diferenciada a los hombres y a las mujeres debido a que las construcciones de género presentes en la sociedad se perpetúan y se acentúan en estos contextos.⁷⁶ La Corte Constitucional colombiana ha reconocido en múltiples ocasiones este impacto diferencial del conflicto armado sobre la vida de las mujeres debido a “*la persistencia y prevalencia de patrones sociales estructurales que fomentan la discriminación, exclusión y marginalización que de por sí experimentan las mujeres colombianas en sus vidas diarias, con los alarmantes niveles de violencia y subordinación que le son consustanciales tanto en espacios públicos como en privados, y que les ubica en una posición de desventaja en el punto de partida para afrontar el impacto del conflicto armado en sus vidas*”⁷⁷.

La utilización de la violencia sexual es quizás el ejemplo más idóneo para ilustrar este *continuum* de violencia en la vida de las mujeres, que se acentúa en periodos políticos violentos. Analizar como la sociedad - y especialmente a través del derecho - trata estos delitos, permite desvelar papeles de género muy arraigados en ésta que tienen consecuencias en el propio sistema jurídico.

Aunque los dos contextos estudiados son distintos, es posible proceder a una cierta sistematización de los factores explicativos del uso de la violencia sexual.

La violencia sexual es aquí sociopolítica; es de hecho, un medio para servir a diferentes fines políticos y sociales buscados por los distintos actores implicados. En muchos casos en estos contextos, la motivación primera de los crímenes sexuales no es la satisfacción sexual de los que les cometen, sino una voluntad de dominación dentro de un marco de lucha política, que pasa por el acaparamiento del cuerpo femenino.⁷⁸

La violencia sexual tiene primero una función de domesticación y de sumisión: a través de

⁷⁴ Comisión IDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, documento OEA/Ser.L/V/II.Doc67.Spa, 18 de octubre de 2006, párr. 46 (resaltado fuera del texto).

⁷⁵ Analía Aucía, “Género, violencia sexual y contextos represivos”, *Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*, 1a ed., Rosario, 2011, p. 30.

⁷⁶ Comisión IDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, op. cit., párr. 45.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, Auto 092/08, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, 14 de abril de 2008.

⁷⁸ Véase por ejemplo: Grupo de Memoria Histórica, *Mujeres y Guerra. Víctimas y resistentes en el Caribe colombiano*, op. cit., pp. 219-220; Corporación Humanas, *Guía para llevar casos de violencia sexual*, Bogotá, Ed. Antropos, abril de 2009, p. 21.

los cuerpos de las mujeres se inscribe la lucha política. En los cuerpos violados de las mujeres, la agresión sexual inscribe la soberanía y el poder de su autor. La ocupación del cuerpo femenino es así la metáfora de la ocupación del territorio enemigo.⁷⁹ Muchas veces, la violencia sexual sociopolítica no busca afectar directamente a las mujeres, sino enviar un mensaje de humillación al adversario masculino utilizando el cuerpo femenino. Busca entonces humillar a los combatientes varones despojándoles del papel de protección que las relaciones de género imponen. Un ex detenido argentino expresó en un testimonio que: “*la violación sexual la usaron para humillarnos. Hacerme saber que estaban violando a mi mujer a un metro y medio de la puerta de mi celda era para humillarme, era para que yo escuchara, al punto que uno de esos días me hacen tocarla para ver que estaba colgada o atada, [los detenidos de los centros de detención clandestinos en Argentina tenían en permanencia capuchas que les impidan ver alrededor de ellos], desnuda absolutamente, y juegan y hacen obscenidades y las relatan*”⁸⁰.

Las mujeres, manteniendo una relación con el enemigo, están más expuestas a sufrir actos de violencia sexual: “*¡Y dale! ¡Ya tuviste el hijo, yegua! ¡Sos una linda mina, como te vas a meter con un guerrillero! ¡Mirá lo que tenés que hacer ahora!*”⁸¹. En Colombia, la violencia sexual utilizada contra las mujeres, teniendo vínculos supuestos con el enemigo, busca a menudo afectar a la comunidad entera para asustarles y mandarles un mensaje de amonestación: “*La violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados legales e ilegales, por parte de sus bandos enemigos, que incluye actos tales como violaciones individuales y colectivas, torturas y mutilaciones sexuales, en tanto forma de retaliación y de amedrentamiento de sus comunidades*”⁸².

La violencia sexual es, además, empleada como un medio para castigar, advertir y vencer a las mujeres, consideradas ellas mismas como enemigas. En Colombia, las enemigas son las mujeres sospechosas de soportar el campo opuesto y las que transgreden los papeles estereotipados de género materializados en reglas de conductas impuestas por los grupos paramilitares. Los grupos paramilitares, cuando controlaban una parte del territorio, solían imponer códigos sociales que reproducían y profundizaban papeles tradicionales de género. En la región del Magdalena, en el Norte de Colombia, el control social fue, durante varios años, ejercido por un grupo militar cuyo jefe era Hernán Giraldo. Buscó establecer un 'buen orden' y fue el patrón de toda la vida social. En caso por ejemplo de infidelidad, castigaba a las mujeres y no a los maridos: “*¡Claro! [ríe] ¿Cuál es el hombre que es fiel? Dime tú: ¿cuál es el hombre que es fiel? ¡Ninguno! ¡De cien uno y de mil ninguno!*”⁸³. La Corte Constitucional de Colombia ha advertido que entre las violaciones a los derechos humanos que existen en el marco del conflicto armado se encuentran los “[a]ctos de violencia sexual, tortura, mutilaciones sexuales y desnudez pública forzosa o humillación sexual de las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de

⁷⁹ María Sonderegger, Violeta Correa, Miranda Cassino y Amanda González, *Violencias de género en el terrorismo de Estado en América Latina*, Centro de Derechos Humanos de las Universidades de Quilmes y de Lanús, 2010.

⁸⁰ Pablo Gabriel Salinas, “El terror en el D2 de Mendoza”, *Página 12*, 30 de noviembre de 2010.

⁸¹ Testimonio de M. 1, citado en Analía Aucía, “Género, violencia sexual y contextos represivos”, *op. cit.*, p. 46.

⁸² Corte Constitucional de Colombia, Auto 092/08, *op. cit.*

⁸³ Testimonio de una mujer adulta, Santa Marta, octubre de 2010, citado en Grupo de Memoria Histórica, *Mujeres y Guerra. Víctimas y resistentes en el Caribe colombiano*, Ed. Semana, Bogotá, noviembre de 2011, p. 285.

facto por los grupos armados al margen de la ley en amplias extensiones del territorio nacional"⁸⁴.

En Argentina, se trataba de luchar contra las mujeres llamadas 'subversivas', quienes eran consideradas doblemente transgresoras, ya que cuestionaban a la vez los valores sociales, religiosos, culturales, etc., defendidos por los militares, y porque no cumplían el papel estereotipado de la buena esposa y madre de familia asignadas por las construcciones de género.⁸⁵ Castigaban a las mujeres que cuestionaban su reclusión en el ámbito privado/doméstico y que ingresaban en lo público/político a través del militanteismo, los estudios, etc. Este reproche de transgresión de los estereotipos de género se ilustra en los insultos pronunciados durante las sesiones de violaciones en los centros clandestinos de detención, tal como 'malas madres', 'malas hogares', o 'prostitutas'.

Este rápido análisis de las múltiples razones de utilización de violencia sexual dentro de un contexto político violento ilustra que este tipo de prácticas fueron integradas a las estrategias políticas de dominación de los actores involucrados en los contextos bajos análisis. Sin embargo, estos crímenes se quedaron durante varios años en la invisibilidad e impunidad consubstancial debido a las estructuras patriarcales de la sociedad, incluso del derecho.

B) La invisibilidad e impunidad consubstancial de los crímenes de violencia sexual sociopolítica

Ya sea en el contexto argentino o colombiano, la situación fue la misma: las sociedades no fueron capaces y no querían considerar la cuestión de la violencia sexual que tuvo lugar en los contextos políticos violentos. En sus procesos de post-conflicto, los Estados no han dado ninguna consideración para esta cuestión a pesar de la amplitud y magnitud de esta práctica. Los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las mujeres víctimas de estas prácticas fueron olvidados de los procesos transicionales establecidos en estos dos países.

En el conflicto colombiano, la violencia sexual contra las mujeres es una práctica extendida y sistemática.⁸⁶ La situación fue tan invisibilizada (a pesar de ser tan grave) que en 2008, la Corte Constitucional pronunció una decisión capital en la cual subraya que "[l]a violencia sexual contra la mujer es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano"⁸⁷ y ordenó por ende a la Fiscalía General de la Nación la investigación de 183 casos de violencia sexual con "la mayor brevedad"⁸⁸.

En Argentina, los numerosos crímenes sexuales cometidos por los militares durante el terrorismo de Estado fueron sacados a la luz sólo al fin de la década del 2000 con la

⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia, Auto 092/08, *op. cit.*

⁸⁵ Analía Aucía, " Género, violencia sexual y contextos represivos ", *op. cit.*, p. 32.

⁸⁶ Hoy, existe múltiples publicaciones que documentan y denuncian esta utilización de la violencia sexual dentro del conflicto armado colombiano. Para citar sólo algunos: Naciones Unidas, *Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias: Misión a Colombia*, doc. UN n° E/CN.4/2002/83/Add. 3, 11 de marzo de 2002; Amnistía Internacional, *Colombia: Cuerpos Marcados, crímenes silenciados: Violencia Sexual contra las Mujeres en el Marco del Conflicto Armado*, AMR 23/040/2004, 12 de octubre de 2004, Comisión IDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II., 18 de octubre de 2006.

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia, Auto 092/08, *op. cit.*

⁸⁸ *Ibid.*

reapertura de los juicios de lesa humanidad para hechos cometidos durante este periodo.⁸⁹ La violencia sexual no fue incluida en los procesos de denuncia de los crímenes que se llevaron a cabo justo después del fin del régimen violento, y entonces no aparecieron en el informe “Nunca Más!”⁹⁰ de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP).

Esta falta de interés por parte de los procesos de justicia transicional sobre esta cuestión favoreció, dado los factores culturales y sociales tan fuertes ligados a estas prácticas, la invisibilización del problema en la sociedad, y la impunidad jurídica resultante.

Varios factores permiten explicar este proceso de invisibilización de la violencia sexual en estos contextos. El primer factor explicativo tiene que ver con la falta de denuncia. La persistencia de patrones socio-culturales discriminatorios inhibe la denuncia de los hechos relativos a la violencia sexual. Una encuesta sobre violencia sexual afirmó que, en el marco del conflicto armado colombiano, “el 82,15% de las 489.678 mujeres víctimas de algún tipo de violencia sexual, es decir, 402.264 mujeres, no denunciaron los hechos que sufrieron”⁹¹. Asistimos al ‘obstáculo estructural del silencio’, expresión que ilustra los mecanismos que se encuentran a la vez en las instituciones y en las miradas sociales. El silencio es impuesto por un contexto social, cultural e institucional que no ofrece las condiciones adecuadas para la denuncia. “Yo como mujer, si tuviera un caso [de violencia sexual], yo no lo haría [denunciar], porque me sentiría avergonzada ante la comunidad, ante la sociedad y voy a sentir el rechazo de la misma sociedad. Para no sentir eso mejor uno se come el dolor. Yo como mujer no lo haría, aunque por dentro me moriría.”⁹²

Denunciar significa confrontarse a la mirada de los otros, de sus familias, de sus comunidades, de la sociedad, y afrontar la vergüenza. “A mí me costó mucho hablar de este tema incluso con compañeras muy cercanas. [...] ...la primera vez que lo denuncié en un juzgado, el trato de quien escuchaba fue tan frío que al final guardé silencio [...] Es parte de mis cicatrices y estaba mi hija en la sala de audiencias escuchando. Mi hija, mis compañeros/as, mi familia. Fue difícil contarlo, muy difícil. Porque mientras las palabras se hacen presentes uno sabe que en ese mismo momento se transfiere el dolor a la familia; ese dolor que tiene más de 30 años se hace presente en la vida de los familiares y en el caso mío, de mi hija en particular.”⁹³ Una ex-detenido argentina narró recientemente en un juicio de lesa humanidad las razones por las que no había denunciado los hechos de violencia sexual anteriormente: “jamás pudo hablar de lo sucedido con su marido, hoy fallecido a causa de

⁸⁹ Igualmente, existe una importante literatura que trata de los crímenes de género cometidos durante el terrorismo de Estado en Argentina: Analía Aucía, Florencia Barrera, Celina Berterame, Susna Chiarotti, Alejandra Paolini, Cristina Zurutuza, *Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*, 1a ed., Rosario, 2011; Lorena Balardini, Ana Oberlin y Laura Sobredo, “Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención, Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina” en CELS, *Hacer Justicia: Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en la Argentina*, Siglo Veintiuno Editores, 1a ed., Buenos Aires, 2011, pp. 167-224.

⁹⁰ Informe CONADEP, Nunca Más!, Septiembre de 1984.

⁹¹ OXFAM, campaña “Violaciones y otras violencias: Saquen Mi Cuerpo de la Guerra”, Oxfam Internacional, 2010, p. 26.

⁹² Testimonio de una juez citada en María Paula Saffon Sanin y Diana Esther Guzman Rodriguez, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas del conflicto armado: problemática, diagnóstico y recomendaciones” en *Recomendaciones para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las mujeres víctimas del conflicto en Colombia*, Bogotá, Ed. Antropos Ltda., abril de 2008, p. 52.

⁹³ Testimonio de M. 5 citado en María Celina Berterame, “Reparación del daño a las víctimas de violencia sexual. Una mirada desde el feminismo”, *Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*, 1a ed., Rosario, 2011, p. 298.

*los tormentos vividos, y que hacía muy poco tiempo, gracias a recibir ayuda psicológica, pudo comentárselo a sus dos hijos varones*⁹⁴.

Cuando las víctimas se atraviesan a denunciar, sufren estereotipos de género muy arraigados en la sociedad, que se añaden al sufrimiento de lo sucedido. Así lo advirtió la Corte Constitucional colombiana al resaltar que los *“factores culturales tales como la vergüenza, aislamiento y estigmatización sociales generados sobre una mujer por el hecho de haber sido víctima de violencia sexual, que en muchos casos las llevan a ellas, e incluso a sus propias familias y comunidades, a abstenerse de denunciar lo ocurrido para no violentar lo que se percibe como el ‘honor’ de la afectada o de sus parientes; también se ha informado sobre casos en que se culpabiliza y aísla a la víctima, responsabilizándola por lo ocurrido en el sentido de no haberse resistido lo suficiente, o de haber generado el delito con su conducta o con su apariencia;*”⁹⁵.

A menudo, la veracidad de las víctimas de violencia sexual está cuestionada. En Argentina por ejemplo, una víctima que había denunciado hechos de violencia sexual durante el terrorismo de Estado fue acusada por la defensa de haber tenido una relación sentimental con el acusado y de querer denunciar estos hechos únicamente por despecho.⁹⁶ Además, cuando denuncian, ellas son a menudo vistas como culpables de lo que le sucedió. Por ejemplo, las mujeres son acusadas de haber deliberadamente elegido tener relaciones sexuales con sus torturadores, de no haber rechazado estas relaciones, aunque en estos contextos políticos violentos es casi siempre una simple cuestión de supervivencia: *“Me dijo que tenía orden de matarme, me hizo palpar las armas que llevaba en la guantera del coche guiándome con sus manos enguataadas y me propuso perdonarme la vida si a cambio admitía tener relaciones sexuales con él. Accedí a su propuesta considerando salvar mi vida y de que se me quitase la venda de los ojos, y me dio a optar entre que le ... o ... Elegí lo último considerando la esperanza de encontrarme nuevamente entre civiles ‘libres’.”*⁹⁷

La estigmatización social de las mujeres víctimas de violencia sexual que buscan responsabilizarles de lo que ha sucedido, es muy fuerte: la presunción según la cual una mujer violada es de hecho culpable, por su comportamiento (seducción), o por su ausencia de resistencia, incluso por su traición dejando el enemigo tocarla, era y es - aunque hoy en menor medida- incorporada en el imaginario colectivo. En su libro ‘Los compañeros’, Rolando Diez se pregunta *“[c]uál es el proceso, mecanismo, condicionamiento o lo que sea, que puede producir como resultado que una militante revolucionaria se enamore de un oficial torturador, responsable de la muerte de sus compañeros? Es una puta, una traidora”*⁹⁸.

Los obstáculos a la judicialización, además de provenir de factores sociales y culturales, provienen también del propio sistema jurídico. Así, obstáculos sociales se mezclan y se alimentan con obstáculos jurídicos, para llegar a *“un triple proceso de invisibilidad oficial y*

⁹⁴ Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, *Causa Molina, Gregorio Rafael s/ privación ilegal de la libertad, etc.*, 9 de junio de 2010, p. 111.

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Auto 092/08, *op. cit.*

⁹⁶ Marta Vassalo, “Introducción”, *Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*, 1a ed., Rosario, 2011, p. 18.

⁹⁷ Testimonio de Carmen Graciela Floriani N° 7372 ante la CONADEP.

⁹⁸ Rolando Diez, *Los Compañeros*, La Plata, Ed. de la Campana, 2000, p. 177.

extraoficial, silencio por parte de las víctimas, e impunidad de los perpetradores”⁹⁹. En los dos contextos, se nota un fuerte rechazo por parte de la Fiscalía de imputar penalmente delitos de violencia sexual en los procesos penales. Esta negación a perseguir estos delitos tiene raíces sociales profundas, pero también jurídicas: efectivamente, el eventual homicidio de la víctima u otros delitos tal como el de tortura 'clásica' - sin componente sexual- hacía que estos delitos quedasen subsumidos por los delitos de homicidios o de tortura, sin necesidad de imputar el crimen sexual. Lo anterior se debía a que en el curso de las investigaciones, no habían preguntas específicas acerca de este tipo de delito - las víctimas no estaban incitadas a hablar, y como ya se ha mencionado anteriormente, es tan difícil hablar de estos delitos que si las condiciones adecuadas para denunciar no son reunidas, hay muy pocas probabilidades de que sean denunciados. Además, si las mujeres se atrevían a denunciar, los agentes del proceso judicial no estaban capacitados para recibir tales testimonios, llevando a las víctimas a padecer un proceso de re-victimización. Por un lado, eran supervivientes de este tipo de violencia y, por otro lado, estaban obligadas a revivir sus experiencias traumáticas sin atención especial llevada al aspecto psicológico que estas etapas implican para las víctimas.

A todo lo anterior, se suman argumentos meramente jurídicos. Por ejemplo, el carácter de instancia privada de los delitos sexuales en el sistema jurídico argentino¹⁰⁰ ha impedido durante varios años que se llevaran a cabo investigaciones sin denuncia previa de las víctimas. “*La categorización y consideración de la violación y otros delitos sexuales como atentados al honor de la familia, atentado al honor masculino u ofensas privadas, han sido las razones que han obstaculizado la visibilización y tratamiento de tales crímenes como graves violaciones de los derechos humanos*”¹⁰¹, impidió que, aunque las tasas de denuncias fueron tan bajas - muchas víctimas fallecieron y muchos crímenes de violencia sexual no fueron denunciados-, este tipo de delitos fueran investigados como cualquier otra violación de derechos humanos en el marco del plan sistemático de destrucción de los subversivos por parte de los ex-militares argentinos.

En el marco de la justicia transicional colombiana, los paramilitares desmovilizados casi no denunciaron los actos de violencia sexual cometidos. En diciembre de 2012, de los 39 546 delitos confesados, sólo 96 trataban de actos de violencia sexual.¹⁰² El caso del paramilitar Paniagua ilustra a la perfección la tendencia de la sociedad, de los perpetradores, de las víctimas y de las autoridades, a no hablar de estos delitos y a dejarles en el silencio. Este caso es también revelador de la falta de investigación por parte de las autoridades judiciales sobre los hechos que sí bien no son denunciados directamente por las víctimas - o en este caso por los perpetradores-, ocurren masivamente. Paniagua nunca ha hablado sobre los posibles actos de violencia sexual que se han perpetrado. No obstante, las investigaciones de la Fiscalía sobre un cadáver de una mujer que reconoció haber matado, mostraron indicios de actos de violencia sexual¹⁰³. Sin embargo, la Fiscalía decidió no imputar cargos de violencia sexual al postulado. El Tribunal “*exhorta a la Fiscalía para que documente el hecho y si lo considera*

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Auto 092/08, *op. cit.*

¹⁰⁰ Artículo 72 del Código Penal argentino.

¹⁰¹ Alejandra Paolini Pecoraro, *Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*, 1a ed., Rosario, 2011, p. 247.

¹⁰² Estadísticas de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación de Colombia, accesible con este enlace: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/unidad-de-justicia-y-paz/>

¹⁰³ Especialmente el hecho de que “*la ropa interior de la víctima se encontraba superpuesta, los interiores presentaban corte lateral y sobre vagina, mientras que el brassier tenía corte fronta*”, citado en la decisión Paniagua, referencias precisas de la decisión, cf. nota de pie de página n° 103.

jurídicamente viable, lo impute a Giraldo Paniagua y a quienes con él participaron en la comisión del delito”¹⁰⁴.

En otro caso relativo al reclutamiento ilícito de menores, el Tribunal de Justicia y Paz hace varias referencias a distintas fuentes que han documentado las diversas violaciones a los derechos humanos que sufren muy a menudo los menores reclutados, incluidas las violaciones a su integridad sexual para las mujeres menores de edad: “*la Sala evidencio que muchas de estos diagnósticos internacionales, son ciertos. Efectivamente dentro de la estructura paramilitar las niñas reclutadas ilegalmente sufrieron violaciones a sus derechos sexuales y reproductivos*”¹⁰⁵. Notando que la Fiscalía no imputó estos delitos a los postulados, pero únicamente el delito ‘general’ de “*reclutamiento ilícito de menor*”, el Tribunal ordenó a la Fiscalía que documenten estos hechos, “[e]sto es, se investiguen **los delitos de violencia sexual, tratos crueles e inhumanos tales como lesionales personales por esfuerzos físicos desproporcionados y tortura, entre otros**”¹⁰⁶.

Debido a todos los obstáculos que acabamos de detallar, es evidente que cuando no hay una verdadera voluntad política para brindar justicia por los actos de violencia sexual cometidos en situaciones de violencia política, éstos quedan en el marco de la invisibilización e impunidad. Frente a esta situación, las ONG dedicadas a la defensa de los derechos de las mujeres han encontrado en la retórica del derecho internacional un planteamiento jurídico que obliga al Estado visibilizar y judicializar esta cuestión.

II) El derecho internacional, importante recurso argumentativo para la visibilización y la judicialización de los hechos de violencia sexual en los procesos de justicia transicional argentino y colombiano

Creemos que el derecho internacional fue la llave que permitió la judicialización de los crímenes de violencia sexual en los procesos de justicia transicional argentino y colombiano (A). El proceso de judicialización tanto colombiano como argentino siguió la misma trayectoria, buscando la calificación de los hechos en crímenes de lesa humanidad (B).

A) *La utilidad del derecho internacional en la atención dada al problema de la violencia sexual sociopolítica*

Llama la atención la simultaneidad con la cual el problema de la violencia sexual sociopolítica empezó a ser tratado jurídicamente en estos dos procesos de justicia transicional, procesos que han sido seguidos por otros países latinoamericanos que vivieron situaciones políticas violentas comparables. Creemos que la influencia del derecho internacional en estos procesos fue decisiva - de hecho, creemos que fue el incentivo necesario para que los Estados- a través de sus obligaciones de garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación y no repetición - se sintieron obligados a avanzar sobre esta cuestión. Creemos también que el trabajo militante de las ONG en estos Estados, así como de las asociaciones de defensa de los derechos humanos y de derechos de las mujeres, fue capital en esta tomada de consciencia por parte de los actores estatales. En particular, hay que

¹⁰⁴ Tribunal Superior de Justicia y Paz, Postulado: Edison Giraldo Paniagua, M.P: Uldi Teresa Jiménez Lòpez, 30 de junio de 2012, párr. 151.

¹⁰⁵Herrera, párr. 813.

¹⁰⁶Herrera, párr. 813, (resaltado fuera del texto).

enfatar el papel de las abogadas militantes que muy a menudo trabajaban por estas asociaciones y desarrollaban argumentaciones jurídicas fundamentadas en el recurso retórico del derecho internacional para desarrollar estrategias judiciales que tratan de acabar con la impunidad estructural de los crímenes de violencia sexual.

Existe una obligación jurídica internacional que obliga a los Estados, independientemente de su voluntad política, a perseguir y a sancionar los autores de violaciones a los derechos humanos. Así por ejemplo, la Resolución 60/147 de las Naciones Unidas dispone “[e]n los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas”¹⁰⁷.

Cuando el Estado se niega a actuar en situaciones de violaciones manifiestas de derechos humanos, su negligencia puede comprometer su responsabilidad sea a nivel de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos (Comité de los Derechos Humanos, Comité CEDAW, etc.) o a nivel regional frente a la Comisión y/o la Corte IDH. Además, existe también la amenaza de una investigación por parte de la CPI para los crímenes de su competencia.¹⁰⁸ Es lo que ocurre en la situación colombiana, para la cual la CPI decidió abrir en junio de 2004 un examen preliminar sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el marco del conflicto armado. En noviembre de 2012, la CPI publicó un Reporte Intermedio¹⁰⁹ en el cual resume los datos compilados sobre la situación hasta la fecha, y produce un análisis sobre su competencia y la admisibilidad del caso. Además, identificó cinco áreas en las que continuaría enfocándose. Una de estas áreas concierne a los procedimientos relativos sobre los crímenes sexuales.

De otro lado, el Comité de los Derechos Humanos de la ONU ha considerado que el Estado argentino tenía, en el marco de los juicios de lesa humanidad, la obligación de desplegar un esfuerzo riguroso “a fin de garantizar que las violaciones graves de derechos humanos, incluidas aquéllas con contenido sexual y las relativas a la apropiación de niños, no queden impunes”¹¹⁰.

El Estado tiene entonces la obligación de investigar este tipo de hechos, sin esperar que las víctimas las denuncian. En el caso de la violencia sexual, donde la ausencia de denuncia es estructural, se puede entender la importancia - y necesidad- de esta obligación de persecución judicial: los delitos sexuales cometidos en contextos políticos violentos deben ser perseguidos por los Estados a través de sus sistemas judiciales sin necesidad de denuncias previas por parte de las víctimas. Entonces, la naturaleza de 'instancia privada' de los delitos sexuales en Argentina no pueden constituir un argumento para que los Fiscales decidan no investigar estos delitos. En el marco de la justicia transicional argentina, una Unidad Especial de

¹⁰⁷ Principio 4 de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005.

¹⁰⁸ Artículo 15 del Estatuto de Roma.

¹⁰⁹ Fiscalía de la CPI, *Reporte Intermedio - Situación en Colombia*, op. cit.

¹¹⁰ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales contra Argentina*, 98° período de sesiones, 8-26 de marzo de 2010, párr. 9.

Coordinación y de Seguimiento de los juicios de lesa humanidad fue creada. En 2011, puso en marcha una verdadera política de juzgamiento de los crímenes sexuales cometidos durante el terrorismo de Estado, detallada en un informe destinado de los operadores de justicia implicados en el proceso judicial (jueces, fiscales, etc.).¹¹¹ En este documento, todos los argumentos jurídicos que podrían impedir la judicialización de los delitos sexuales son desglosados en evidencias que obligan los agentes del Estado a investigar estos delitos, y especialmente esta cuestión de instancia privada.

Además, para cumplir con los estándares internacionales, los procesos de justicia transicional exigen que la realización de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Dado que la violencia sexual ha sido reconocida como un crimen internacional, los Estados colombiano y argentino tienen la obligación de investigar estos hechos en el marco de su proceso de justicia transicional. La Corte Constitucional colombiana ha así considerado, durante el examen de la constitucionalidad de la ley ‘Justicia y Paz’, que el derecho de las víctimas *“protege, en primer lugar, el derecho a que los delitos más graves sean investigados. Esto implica que tales delitos deben ser investigados y que el Estado es responsable por acción o por omisión si no hay una investigación seria acorde con la normatividad nacional e internacional”*¹¹².

La justicia transicional colombiana, en su primera decisión sobre violencia sexual, subrayó *“la necesidad de **materializar la obligación internacional de garantía**, que como ya se ha dicho, abarca la persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables, y la reparación de las víctimas directas y sus comunidades”*.¹¹³ Todas las decisiones de justicia transicional colombiana subrayan la necesidad para el Estado colombiano de cumplir con sus obligaciones internacionales, *“conforme a los instrumentos que respaldan y promueven los derechos de las mujeres a vivir digna y libremente, a saber: a) Declaración Universal de Derechos Humanos, b) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos d) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y e) la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”*¹¹⁴.

En estos dos contextos, para que los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición sean respetados, hay una necesidad de que el Estado ponga en marcha una política de judicialización de estos crímenes, con especial atención a las víctimas.

La primera acción que debe emprender el Estado es llevar a cabo investigaciones colectivas sobre estos crímenes. Estas investigaciones son necesarias para no aislar el hecho ni pensarlo como delito común, sino para entenderlo como parte de patrones criminales de sometimiento de poblaciones civiles, aprovechando las relaciones desiguales de género y la posición de desventaja histórica de las mujeres en contextos políticos violentos.

¹¹¹ Procuración General de la Nación (Argentina), Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, *Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado*, 7 de octubre de 2011.

¹¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 370, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, 2006.

¹¹³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Postulados: José Rubén Peña Tobón y otros, M. P. Léster María González Romero, 1 de diciembre de 2011, párr. 98.

¹¹⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Postulados: Salvatore Mancuso Gómez y otros, M. P. Léster María González Romero, 20 de noviembre de 2014, párr. 1297.

Para seguir este camino, la figura jurídica del crimen de lesa humanidad fue de una importancia considerable, especialmente gracias a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales que, como hemos visto, revolucionó la manera de pensar los crímenes de violencia sexual al entenderlos como partes de estrategias políticas y constitutivos de crímenes contra la humanidad en sí mismos. Finalmente, los dos sistemas jurídicos reconocieron que los crímenes sexuales cometidos en estos contextos constituyen crímenes de lesa humanidad.

B) Una misma tendencia jurídica: la calificación en crímenes de lesa humanidad

La justicia transicional en Colombia ha reconocido ampliamente que los actos cometidos por los grupos paramilitares en el marco del conflicto armado constituían crímenes de lesa humanidad: “[L]a organización paramilitar al contar con una estructura política, financiera y armada, llegó a convertirse en una macro estructura criminal, [...] que aunque contaba con un discurso ‘antisubversivo’, atacó deliberadamente de manera unilateral, generalizada y sistemática a la población civil”¹¹⁵. En 2011, el Tribunal Superior de Bogotá reconoció por primera vez que los hechos de violencia sexual cometidos dentro del conflicto armado por los grupos armados ilegales constituían igualmente crímenes de lesa humanidad: “En el marco del conflicto armado interno colombiano se ha logrado establecer la comisión de este tipo de delitos [crímenes sexuales] contra la población civil, como parte de la política de ataque generalizado y sistemático dirige contra ésta, que implemento como resultado de la degradación del conflicto armado colombiano”¹¹⁶. Siendo la primera decisión en el proceso de justicia transicional en pronunciarse sobre hechos de violencia sexual, el Tribunal consideró que “se debe hacer una alusión especial frente a este tipo de crímenes, pues reconoce la **necesidad de su visibilización para combatir la impunidad y cumplir con la obligación de sancionar que hace parte del deber de garantía**”¹¹⁷.

Además, la justicia transicional nota que los crímenes sexuales, como otras violaciones de los derechos humanos cometidos en el conflicto, se tipifican con la doble calificación de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad, porque se cometieron en un contexto donde el DIH es aplicable y que se derivan de una política de ataque generalizado y sistemático contra la población civil. Esta jurisprudencia en el marco de la justicia transicional es reiterada de manera constante, cualificando cada vez la violencia sexual cometida por los grupos paramilitares de crímenes de lesa humanidad y de crimen de guerra. “Concurren además de las graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario, la ocurrencia de crímenes de Lesa Humanidad cuya trascendencia recalca la propia comunidad internacional en su conjunto. Se advierte entonces que los ataques descritos anteriormente [incluso actos de violencia sexual] se realizaron de manera generalizada y sistemática contra una población civil, reuniendo las características que fijó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.”¹¹⁸

Recientemente, la justicia transicional colombiana profirió una sentencia histórica contra el

¹¹⁵ Véase entre otros Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Postulado: Edgar Ignacio Fierro Flores, M. P. Léster María González Romero, 7 de diciembre de 2011, párr. 3.

¹¹⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Postulados: José Rubén Peña Tobón y otros, *op. cit.*, párr. 83.

¹¹⁷ *Ibid.*, párr. 84 (resaltado fuera del texto).

¹¹⁸ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Postulados: Salvatore Mancuso Gómez y otros, *op. cit.*, párr. 1319.

ex-paramilitar Mancuso condenándolo y a 11 de sus subalternos por 1.426 hechos delictivos, incluyendo 175 casos de violencia de género, incluso casos de prostitución y/o esclavitud sexual, esterilización y abortos forzados. En esta decisión capital, la Corte detalló los patrones de utilización de la violencia sexual por ex miembros de las extintas Autodefensas Unidas de Colombia que “*además de tener un alto contenido ideológico y cultural, no solo irradió otros campos de la vida social, sino que involucró criterios propios de los crímenes de lesa humanidad*”¹¹⁹. Entonces, la Corte decidió perseguir en esta decisión “*un propósito colectivo de prevención general*”¹²⁰ de estos crímenes de violencia sexual, y por ende “*formula una política integral de reparación en razón a los formas de victimización sufridas por las mujeres en su dignidad e integridad*”¹²¹. Además, ordenó a los paramilitares condenados a realizar un acto público de perdón que esté dirigido exclusivamente a las mujeres que fueron víctimas de delitos sexuales como “*medida de reparación simbólica*”¹²².

La decisión subraya que estos actos de violencia sexual, además de constituir crímenes de guerra – “*graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario*”¹²³-, se “*realizaron de manera generalizada y sistemática contra una población civil*”¹²⁴, es decir, constituyen crímenes de lesa humanidad. En todas las decisiones pronunciadas en el marco de ‘Justicia y Paz’, los crímenes sexuales se vieron calificados a la vez como crímenes de guerra y como crímenes de lesa humanidad¹²⁵. Esta unión de la figura de crimen de lesa humanidad a la de crimen de guerra permite subrayar la gravedad de los hechos y el horror sufrido por las víctimas de estas prácticas.

El crimen de lesa humanidad no es únicamente sancionado por el perjuicio causado a la víctima, sino a la humanidad entera. La gravedad del crimen cometido va entonces más allá de la especificidad del contexto en el cual se comete; puede ser cometido al vez en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Esta dimensión transversal del crimen de lesa humanidad explica porque la jurisprudencia de la Corte Suprema colombiana, en el marco de la justicia transicional, exige que los actos cometidos por los paramilitares o guerrilleros desmovilizados sean calificados a la vez de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad. Eso permite visibilizar la gravedad de los hechos cometidos por estos grupos armados, que no son ‘simples’ crímenes de guerra, ya que son realmente parte de un plan sistemático y generalizado de destrucción de una parte de la población civil colombiana. La Corte subraya expresamente la necesidad de *visibilizar* los crímenes sexuales en el marco del conflicto armado desde un enfoque de género, “*en la medida que se ha reconocido que aunque el conflicto armado interno colombiano afecta tanto a hombres como mujeres, los impactos que éste produce, sobre todo con relación a la comisión de crímenes sexuales, resultan diferentes para estas dos poblaciones, lo que se ve reflejado en las estadísticas, en las que el 96% de las víctimas de los delitos sexuales reportados para el año 2010 eran mujeres*”¹²⁶. Entonces permite reforzar el carácter inhumano de estos crímenes y así,

¹¹⁹ *Ibid.*, párr. 1291.

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 1299.

¹²¹ *Ibid.*, párr. 1307.

¹²² *Ibid.*, párr. VI.3.

¹²³ *Ibid.*, párr. 1319.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Eso es cierto para los crímenes de violencia sexual, pero en general para todas las violaciones a los derechos humanos que satisfacen a las condiciones de los dos figuras jurídicas.

¹²⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Postulado: José Rubén Pena Tobón y otros, *op. cit.*, párr. 85.

visibilizar la comisión de actos de violencia sexual en estos contextos.

En Argentina, desde 2010, los hechos de violencia sexual cometidos por el régimen militar han empezado a ser reconocidos como parte de un ataque sistemático y por lo tanto, constitutivos de crímenes de lesa humanidad. El primer juicio que se debe destacar en este proceso es el que condenó al ex personal civil de inteligencia empleado por el ejército argentino Horacio Barcos a 15 años de cárcel por delitos de lesa humanidad y que reconoció que *“los abusos sexuales y la violación sufrida por la víctima durante su cautiverio [...] constituyen una forma más de tormento y por ende corresponde encuadrar tales hechos en dicha figura penal, constitutiva de crímenes contra la humanidad”*¹²⁷. Sin embargo, aunque los hechos de violencia sexual cometidos durante el terrorismo de Estado argentino son por primera vez reconocidos como crímenes de lesa humanidad en una decisión judicial, no lo son como tal, sino porque son subsumidos en la figura jurídica de tormento¹²⁸.

El segundo fallo que reconoció el carácter de lesa humanidad de los actos de violencia sexual cometidos durante el régimen militar reconoció su carácter específico, autónomo del delito de tortura, aunque pueden concurrir las dos tipificaciones jurídicas. El fallo insistió sobre el carácter 'habitual' de la ocurrencia de estos hechos por las mujeres detenidas en los centros clandestinos de detención. *“[L]as violaciones sufridas por las mujeres que se encontraban en los centros clandestinos de detención no fueron sucesos aislados u ocasionales sino que constituyeron prácticas sistemáticas ejecutadas dentro del plan clandestino de represión y exterminio montado desde el Estado y dirigido por las Fuerzas Armadas. [...] el Tribunal interpreta que las violaciones sexuales cometidas por Gregorio Rafael Molina [...] durante su cautiverio en el Centro Clandestino de Detención ‘La Cueva’ constituyen sin lugar a dudas delitos de lesa humanidad.”*¹²⁹

Ciertos fallos han empezado a subrayar que *“[I]a última dictadura militar en la Argentina instauró un plan sistemático y generalizado de violación de derechos humanos, que incluyó una práctica que afectó principalmente a las mujeres, la violencia de género y la violencia sexual, y que no habría afectado de este modo sistemático a los detenidos varones”*¹³⁰. Aunque varios detenidos de sexo masculino han igualmente sufrido violencia sexual, las principales víctimas fueron las mujeres que, además de sufrir violaciones, fueron objeto de otras prácticas: desnudez forzada, y *“violencias que tienen que ver con particularidades biológicas de la mujer como su carácter de gestante: embarazos forzados y abortos forzados”*¹³¹. Entonces, dado el carácter masivo y repetitivo de los hechos padecidos por las mujeres, *“se infiere inductivamente la existencia de patrones sistemáticos en la modalidad en que se ejerció este tipo especial de violencia”*¹³².

Desde entonces en el país, varias sentencias interlocutorias y de fondo han empezados a

¹²⁷ Tribunal Oral Federal de Santa Fe, Causa Barcos, Horacio Américo S/ Inf. art 144 bis inc. 1°, 142 inc. 1°, 144 ter. 2do. Párrafo y 55 del C.P., Expte. 43/08, 19 de abril de 2010.

¹²⁸ La figura jurídica de 'tormento' era la figura jurídica vigente al momento de los hechos, mientras que hoy la ley habla de 'tortura'.

¹²⁹ Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, Causa n° 2086 y su acumulada 2277 Molina, Gregorio Rafael s/ privación ilegal de libertad, etc., 16 de junio de 2010.

¹³⁰ Cámara Federal de Mendoza, Causa n° 86.569-F-20.868, Compulsa en Autos 86-F, F. c/ Menéndez Luciano y Otros s/ Av. Inf. art. 144 ter C.P. por apelación, 23 de noviembre de 2011.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

considerar que las violaciones, y de manera específica, la violencia sexual contra las mujeres, formaba parte integral del plan sistemático, de manera tan intensiva y generalizada que lo han podido ser los actos de tortura por ejemplo, y que no se trataba entonces de actos aislados, cometidos en un momento de 'locura' de los guardianes de los centros clandestinos. Muchas sentencias habían rechazado tal tipificación para dichos actos, alegando la falta de prueba, especialmente de documentos escritos que incluían explícitamente estos hechos en el plan de destrucción de la subversión. Sin embargo, las sentencias que aceptaron tal tipificación hicieron hincapié sobre el hecho que era muy difícil encontrar documentos escritos de los militares ordenando la tortura, los asesinatos, los robos, etc. Es entonces lógico que sea lo mismo para los actos de violencia sexual. La utilización de la violencia sexual como instrumento de la política de exterminación de los enemigos del régimen - una forma más, entre otras, de lucha contra el enemigo- se derivaba de normas implícitas, conocidas por los jefes militares. La lógica de la ausencia de normas escritas está explicada en un *amicus curiae* presentada en el marco de un juicio de lesa humanidad: *“La comisión de delitos sexuales era conocida por todos los estamentos militares y formaba parte del plan, aún sin la existencia de orden expresa. Estas órdenes no existían, sencillamente porque estas acciones delictivas formaban parte de lo secreto, lo clandestino y servían para doblegar a la víctima infundiendo temor, como otras tantas prácticas. No era necesaria orden escrita: cualquiera podía atacar sexualmente a una víctima privada de su libertad y no sufrir ninguna represalia ni por sus pares, ni por sus superiores.”*¹³³

¹³³ Dr. Juan Yalaj, Amicus Curiae, Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de San Martín, Causa n° 4012, Riveros, Santiago Omar y otros por privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidio, etc., p.8.

Conclusión

Este análisis quiso demostrar que el derecho, a pesar de ser presentado como un instrumento de regulación social neutro, absorba y refuerza las desigualdades sociales existentes en una sociedad dada, incluso las desigualdades de género. La cuestión de la violencia sexual en tiempos políticos violentos ilustra idóneamente esta premisa: a pesar de siempre haber existido y haber sido utilizada como un instrumento de sumisión del enemigo y de dominación, fue ignorada por el derecho y la justicia. La violencia sexual, y de forma más amplia, la violencia de género, era considerada como un asunto de índole privado, íntimo, que no cabía en el ámbito de aplicación del derecho, y muchos menos del derecho internacional.

Durante los 90, las organizaciones feministas se movilizaron extremadamente para que las problemáticas que afectaban directamente a las mujeres – como lo es la cuestión de la violencia de género – sean debidamente consideradas por el derecho. Siguió una serie de instrumentos internacionales y decisiones judiciales que reconocían la violencia de género como una violación de derechos humanos – reivindicación fundamental originada en las teorías feministas de derecho - lo que permitió un movimiento de judicialización de los hechos de violencia sexual cometidos en contextos políticos violentos.

La comparación entre el proceso de justicia transicional argentino empezado en 2010 para juzgar los crímenes cometidos durante la última dictadura y el proceso de Justicia y Paz colombiano de 2005 pudo demostrar la influencia capital que desempeñó el derecho internacional en la visibilización y judicialización de la violencia sexual que fue ampliamente usada en los contextos estudiados. En sus decisiones, los jueces se han referidos a la normatividad internacional, particularmente a la figura jurídica de crimen de lesa humanidad, para tipificar los actos de violencia sexual y, por fin, reconocer a las mujeres víctimas de estos crímenes sus derechos a la justicia, verdad, reparación y no repetición.

Sin embargo, y a pesar de los avances indiscutibles tanto a nivel internacional como en los procesos internos, la impunidad para los crímenes de violencia sexual sigue siendo la norma. Si bien los desarrollos del derecho internacional conllevó en los dos países estudiados unas reformas normativas que permitieron la judicialización de algunos hechos de violencia sexual, las condenaciones de los autores de tales crímenes quedan demasiadas escasas y la atención a las víctimas inadecuada. Finalmente, es la función del derecho como instrumento de protección que este trabajo quiso explorar.