

AMICI CURIAE

Presentado por

CLAUDIA MARTIN, CO-DIRECTORA DE LA ACADEMIA DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO
HUMANITARIO

Y

SUSANA SÁCOUTO, DIRECTORA DE LA OFICINA DE INVESTIGACIÓN SOBRE CRÍMENES DE GUERRA

AMERICAN UNIVERSITY WASHINGTON COLLEGE OF LAW

Causa Penal 238/90, conocida como “Masacre El Mozote y lugares aledaños”

Para la elaboración de este memorial contamos con el apoyo de investigación jurídica y fáctica adelantado por varias personas a quienes queremos reconocer especialmente: Mariela Galeazzi (LL.M., American University WCL), Zuleika Rivero (Abogada, American University WCL) y Milagro Ventura (Academy on Human Rights and Humanitarian Law, American University WCL).

Washington DC, 23 de agosto de 2018

Licenciado
Jorge Guzmán Urquilla
Juez Segundo de Primera Instancia
San Francisco Gotera, Morazán, El Salvador

Honorable Señor Juez,

Yo, Claudia Martin, Co-Directora de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de la American University Washington College of Law (4300 Nebraska Ave NW, Washington, DC 20016), en Estados Unidos, con Pasaporte Número XXXXXXXX me presento ante usted en calidad de *amici curiae* en la causa penal 238/90, conocida como “Masacre El Mozote y lugares aledaños” con el objetivo de acercar algunas consideraciones respecto de la obligación de investigar la violación sexual perpetrada contra las víctimas de la Masacre de referencia. Como se determinará a continuación, el deber de investigar surge tanto de obligaciones internacionales asumidas por El Salvador antes de la perpetración de los hechos como de otras obligaciones de las cuales el Estado ha devenido parte en años subsiguientes y que sirven para reforzar la obligación primaria en razón de tratarse de casos de violencia de género. Por otro lado, es de nuestro interés adjuntarle información sobre la caracterización de la violencia sexual como crimen internacional al momento de la Masacre de El Mozote y sobre como las normas del derecho internacional consuetudinario pueden ser complementarias con las normas de derecho penal nacional para calificar dichos delitos como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra en su investigación actual. También en este documento se realizan consideraciones sobre la valoración de la prueba en casos de violencia sexual perpetrados en situaciones de conflicto o violaciones graves de derechos humanos y sobre la responsabilidad penal no sólo de los autores materiales sino también de los superiores jerárquicos en la cadena de mando que ordenaron o permitieron la comisión de este tipo de delitos.

Como ha sido señalado en otros documentos de similar naturaleza presentados ante su tribunal en la misma causa penal, los *amicus curiae* se presentan ante tribunales nacionales o internacionales por personas que no tienen la calidad de parte en el proceso, pero que acercan desde su experticia e independencia análisis jurídicos o estudios sobre temas de relevancia para los hechos y las cuestiones jurídicas que se plantean en un caso¹. La presentación de *amicus*

¹ Leonor Y. Arteaga Rubio y José María Tojeira, en representación de la Fundación para el Debido Proceso y del Instituto de Derechos Humanos de la UCA, *Amicus Curiae en proceso penal sobre la Masacre de El Mozote en El Salvador*, 5 de junio de 2017, pág. 2, <http://www.dplf.org/es/resources/amicus-curiae-en-proceso-penal-sobre-la-masacre-de-el-mozote-en-el-salvador>.

curiae es una práctica extendida en varios países de la región y también ha sido reconocida por tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Penal Internacional (CPI), entre otros². Esta práctica también ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador³.

I. Interés de las firmantes de este amicus

Claudia Martin es profesora en el Washington College of Law de la American University y Codirectora de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de esa institución. La Profesora Martin se especializa en el derecho internacional de los derechos humanos, con especial énfasis en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dicta clases de derecho internacional de los derechos humanos en American University para estudiantes de grado y de post-grado, especialmente en el Programa de LL.M. en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, del cual es además una de sus codirectores. También la Profesora Martin ha escrito libros específicos sobre la prohibición de la tortura, especialmente focalizados en la jurisprudencia del Sistema Interamericano. Recientemente acaba de presentar una opinión experta, junto con su colega Susana SáCouto, en el *Caso de Selvas Gómez et al. v. México*, que se encuentra en trámite ante la Corte IDH y que involucra actos de tortura perpetrados en un contexto de violencia de género. También presentó un *amicus curiae*, en colaboración con la Profesora SáCouto en el Caso de *Linda Loaiza López Soto y familiares v. Venezuela* ante la Corte IDH en relación a la valoración de la prueba en casos de violencia de género, incluida la violación sexual.

Susana SáCouto es profesora de derecho internacional penal y humanitario en el Washington College of Law de la American University, donde dirige la Oficina de Investigación de Crímenes de Guerra. Ha brindado servicios de investigación jurídica especializada y asistencia técnica en estos ámbitos a cortes y tribunales penales internacionales, incluyendo la CPI, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), el Tribunal Especial para Sierra Leona (SCSL por sus siglas en inglés), las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (ECCC por sus siglas en inglés) y las Salas Especiales de Delitos Graves en Timor Oriental, entre otros. Ha escrito extensamente sobre cuestiones de derecho internacional. La Profesora SáCouto imparte cursos sobre Derecho Penal Internacional (DPI), procedimientos penales y respuestas jurídicas internacionales a la violencia sexual y de género en conflictos armados, entre otros. Su trayectoria incluye amplia experiencia práctica con organizaciones que trabajan en temas de DPI, Derecho Internacional Humanitario (DIH) y/o derechos humanos a nivel nacional e internacional.

II. Antecedentes y resumen de los hechos

De acuerdo al Informe de la Comisión de la Verdad de El Salvador el día 10 de diciembre de 1981 llegaron al caserío de El Mozote, Departamento de Morazán, unidades del Batallón

² *Id.*

³ *Id.*

Atlacalt, en el curso de una acción militar denominada “Operación Rescate”⁴. Al día siguiente, el 11 de diciembre los agentes del estado reunieron a todos los pobladores en la plaza y separaron a los hombres de las mujeres y los niños⁵. Durante la mañana procedieron a interrogar, torturar y ejecutar extrajudicialmente a los hombres⁶. Al mediodía y a la tarde continuaron con el asesinato del resto de la población, incluidos las mujeres y los niños⁷. Según surge de la sentencia de la Corte IDH, y fue documentado por Tutela Legal del Arzobispado de San Salvador y reconocido por gobierno de El Salvador en el procedimiento ante dicho tribunal, “a las mujeres más jóvenes las llevaron a los alrededores del caserío, especialmente a los cerros ‘El Chingo’ y ‘La Cruz’, donde miembros del ejército las violaron sexualmente previo a asesinarlas”⁸. Los cuerpos de las personas asesinadas fueron apilados en varios lugares y luego fueron incendiados por los soldados⁹. Los miembros del Batallón Atlacalt también torturaron y ejecutaron hombres, mujeres y niños en lugares aledaños al caserío de El Mozote, incluidos el cantón de la La Joya, el caserío Ranchería, el caserío los Toriles, el caserío Jocote Amarillo, el cantón Cerro Pando y en una cueva del Cerro Ortiz¹⁰. La Corte IDH consideró que existían indicios suficientes de violaciones sexuales perpetradas en la masacre del cantón de la Joya¹¹.

La Corte IDH concluyó que el operativo que culminó con las masacres de El Mozote y lugares aledaños “estuvo dirigido deliberadamente contra población civil o no combatiente dado que, si bien la zona afectada por el operativo constituía una zona conflictiva con presencia tanto del Ejército como del FMLN, la prueba es clara en cuanto a que al momento de los hechos no había presencia de miembros de la guerrilla ni de personas armadas en los referidos lugares, más aun teniendo en cuenta que la gran mayoría de las víctimas ejecutadas eran niños y niñas, mujeres –algunas de ellas embarazadas- y adultos mayores”¹². El Estado determinó que el número oficial de víctimas de la masacre fue de 978 ejecutados, de los cuales 553 eran niños.¹³

III. La obligación de investigar la violación sexual perpetrada contra víctimas en la Masacre de El Mozote

El Estado salvadoreño tenía la obligación de investigar la violación sexual perpetrada contra las víctimas de la Masacre de El Mozote al momento en que los hechos ocurrieron y esa obligación se ha reforzado con el transcurso del tiempo. Además, la obligación de investigar estos hechos

⁴ Comisión de la Verdad de El Salvador, *Informe de la Locura a la Esperanza: La Guerra de 12 Años en El Salvador* (1993), pág. 118.

⁵ *Id.*, pág. 119.

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

⁸ Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C No. 252, párr. 93.

⁹ Comisión de la Verdad de El Salvador, *supra* nota 4, pág. 118.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, *supra* nota 8, párrs. 98-121.

¹¹ *Id.*, párr. 163.

¹² *Id.*, párr. 153.

¹³ https://elfaro.net/es/201712/el_salvador/20953/el-estado-hace-oficial-el-numero-de-victimas-en-el-mozote-978-ejecutados-553-ni-os.htm

fue ordenada por la Corte IDH en la sentencia del *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*¹⁴. La obligación de investigar los hechos de la masacre fue subsecuentemente confirmada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador en la sentencia del proceso de inconstitucionalidad No. 44-2013/145-2013 Ac, declarando la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993¹⁵. La obligación del Estado salvadoreño de investigar los hechos de la masacre de El Mozote debe ser implementada por el tribunal a su cargo, en el marco de la investigación penal que se adelanta en el caso concreto.

Al momento de la perpetración de las violaciones sexuales, tortura y ejecuciones extrajudiciales de las víctimas de la Masacre de El Mozote, El Salvador era parte de varios tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario que incluían la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹⁶, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷ (PIDCP), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁸ (CEDAW), las Convenciones de Ginebra de 1949¹⁹ (Convenciones de Ginebra) y los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra I y II²⁰ (Protocolo Adicional I y II). Tanto la CADH como el PIDCP le imponían a El Salvador la obligación de proteger el derecho a la integridad personal y consagraban la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes a los individuos bajo su jurisdicción²¹. De igual manera estos deberes se encontraban establecidos en los tratados de derecho internacional humanitario que obligaban a El Salvador, en particular bajo el artículo 3 común de los

¹⁴ Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, *supra* nota 8, párr. 319.

¹⁵ Sala Constitucional Corte Suprema de El Salvador, Sentencia del proceso de inconstitucionalidad No. 44-2013/145-2013 Ac, 13 de julio de 2016.

¹⁶ El Salvador ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 20 de junio de 1978.

¹⁷ El Salvador ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 30 de noviembre de 1979.

¹⁸ El Salvador ratificó la Convención sobre la Eliminación de las Formas de Discriminación contra la Mujer el 19 de agosto de 1981.

¹⁹ El Salvador ratificó los Convenios de Ginebra el 17 de junio de 1953.

²⁰ El Salvador ratificó los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra I y II el 23 de noviembre de 1978.

²¹ El artículo 5 de la CADH establece: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Por su parte el artículo 7 del PIDCP prevé: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Convenios de Ginebra²² y el Protocolo Adicional II²³ aplicable al conflicto interno en el cual se perpetraron las violaciones sexuales contra las víctimas de la Masacre de El Mozote. En particular, el artículo 4 del Protocolo II prohibía la perpetración de violaciones sexuales en el marco de un conflicto armado interno²⁴. Los tribunales internacionales de derechos humanos, y en particular la Corte IDH han calificado reiteradamente a la violación sexual como tortura²⁵ porque es inherente a la perpetración de este delito el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas²⁶. De igual manera los tribunales

²² El artículo 3 común en lo particular establece:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

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

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

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

²³ Artículo 4. Garantías fundamentales

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:

a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;

e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.

²⁴ *Id.*

²⁵ Véase, *inter alia*, Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 128; *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 118.

²⁶ *Id.*, párr. 124 y párr. 114, respectivamente.

penales internacionales han calificado a la violación como crimen contra la humanidad²⁷ o crimen de guerra²⁸ cuando se cumplan los requisitos legales de estas definiciones.

Asimismo, varios de los tratados de los cuales El Salvador era parte establecían obligaciones de garantizar los derechos protegidos en esos instrumentos, sea bajo la obligación de prevenir como bajo la de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a derechos humanos²⁹. Sobre la obligación de investigar, los órganos del Sistema Interamericano han articulado consistentemente este deber a lo largo de su jurisprudencia a la luz del artículo 1.1 de la CADH³⁰. Esta obligación se encuentra complementada por los artículos 8 y 25 de la CADH que garantizan a las víctimas de derechos humanos el acceso a recursos judiciales efectivos, sustanciados en consonancia con las normas del debido proceso³¹. El deber estatal de investigar ha sido definido “como una obligación de medio y no de resultado, pero que debe ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios”³². Asimismo, la Corte ha resaltado que en una sociedad democrática es responsabilidad del Estado establecer la verdad sobre los hechos que involucran violaciones de derechos humanos a través de la investigación e identificación de los perpetradores y de la divulgación pública de los resultados que emanan de los procesos judiciales penales o de otra naturaleza³³.

²⁷ Veáse, *inter alia*, ICTY, *Prosecutor v. Dragolju Kunarac and Others*, Case No. IT-96-23&23/1 (Trial Chamber), 22 February 2001; *Prosecutor v. Dragolju Kunarac and Others*, Case No. IT-96-23&23/1 (Appeals Chamber), 12 June 2002.

²⁸ Veáse, *inter alia*, ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17-1, Judgment (Trial Chamber), 10 December 1998; ICC, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, March 21, 2016.

²⁹ Además de las obligaciones de la CADH que se discutirán a continuación, el PIDCP prevé la obligación de garantizar en su artículo 2(1).

³⁰ Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 233; *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párr. 147; *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 346; *Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párr. 236.

³¹ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco v. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párrs. 190-191; *Caso García y familiares v. Guatemala*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 noviembre de 2012, Serie C No. 258, párr. 129; *Caso Espinoza González v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 237.

³² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 177; *Caso Anzaldo Castro v. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párr. 123; *Caso Fernández Ortega y otros v. México*, *supra* nota 25, párr. 191; *Caso Favela Nova Brasília v. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de febrero de 2017, Serie C No. 333, párr. 178.

³³ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, párr. 149; *Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C

La obligación de investigar bajo la CADH adquiere una dimensión e intensidad adicional en casos de violaciones graves a los derechos humanos que puedan caracterizarse como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, como en el caso que nos ocupa³⁴. Ello así porque la perpetración de estos crímenes involucra la violación de derechos inderogables como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal³⁵. La Corte IDH ha considerado que la obligación de investigar crímenes de lesa humanidad ha alcanzado el estatus de *jus cogens*³⁶. De igual manera, la obligación de investigar crímenes de guerra, sean éstos perpetrados en conflictos internos o internacionales, se considera en la actualidad una norma del derecho internacional consuetudinario³⁷.

Por otro lado, la obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos, incluidas aquellas que califican como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, no puede verse restringida por la aplicación de amnistías, indultos, normas de prescripción u otras excluyentes de responsabilidad que tengan por objeto impedir la investigación y sanción de los perpetradores de dichos delitos³⁸. Es reconocida la jurisprudencia de la Corte IDH estableciendo estos principios y concluyendo en particular que la adopción de leyes de amnistías para excluir la responsabilidad de los perpetradores de graves violaciones de derechos humanos es incompatible con la CADH³⁹.

Por último, la Corte IDH ha señalado en sus sentencias sobre masacres que el Estado tiene la obligación de investigar y sancionar a los perpetradores no sólo por la violación del derecho a la vida sino por todos los otros graves delitos sobre los cuales exista prueba de su perpetración, en especial en casos en los cuales se pueda demostrar que las víctimas fueron objeto de

No. 250, párr. 194; *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal v. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 328, párr. 212.

³⁴ Corte IDH, *Caso La Cantuta v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 157; *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 137; *Caso Gelman v. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 183; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, *supra* nota 8, párr. 244.

³⁵ *Id.*

³⁶ Corte IDH, *Caso La Cantuta v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 34, párr. 157; *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") v. Brasil*, *supra* nota 34, párr. 137; *Caso Gelman v. Uruguay*, *supra* nota 34, párr. 183.

³⁷ Véase, International Committee of the Red Cross, Customary IHL, Rule 158, Prosecution of War Crimes, <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>

³⁸ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 112; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala*, *supra* nota 33, párr. 129; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, *supra* nota 34, párr. 171; *Caso Gelman v. Uruguay*, *supra* nota 34, párr. 225.

³⁹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, *supra* nota 38, párr. 112; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala*, *supra* nota 33, párr. 131; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, *supra* nota 34, párr. 174; *Caso Gelman v. Uruguay*, *supra* nota 34, párr. 232.

violencia sexual o tortura antes de ser asesinadas⁴⁰. De este modo, el tribunal a su cargo, debe avanzar la investigación sobre la violación sexual perpetrada contra las víctimas de El Mozote como delito separado, aun cuando la mayoría de éstas fueron posteriormente privadas arbitrariamente de la vida.

En casos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes la obligación de investigar que surge de la CADH se ve especificada o complementada por aquellas que se desprenden de la CIPST, en particular los artículos 1, 6 y 8⁴¹. Asimismo, cuando la violación del derecho a la integridad es el resultado de violencia perpetrada en contra de una mujer, la obligación de investigar actos de esta naturaleza debe interpretarse a luz de las obligaciones que surgen de la Convención de Belém do Pará, a saber del artículo 7 de este instrumento⁴². La Corte IDH ha sostenido en forma reiterada que la obligación de investigar que surge de los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH se ve “reforzada” tanto por las obligaciones de la CIPST⁴³, como por aquellas que se desprenden de la Convención de Belém do Pará⁴⁴. Según ha señalado la Corte IDH los deberes adicionales de investigar que surgen de estos tratados interamericanos obligan a los

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala*, supra nota 33, párr. 226.

⁴¹ Estos artículos establecen específicamente:

Artículo 1

Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

Artículo 6

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

Artículo 8

Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.

⁴² El artículo 7 en su inciso b establece:

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:

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

⁴³ Corte IDH, *Caso Bayarri v. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C No. 187, párr. 88; *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 299, párr. 218; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, supra nota 8, párr. 243.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, supra nota 25, párr. 177; *Caso Veliz Franco y otros v. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Serie C No. 277, párr. 185.

Estados partes desde su ratificación, aun cuando dichos instrumentos no hubieran sido aplicables al momento en que las violaciones de derechos humanos se perpetraron⁴⁵. Por lo tanto, aun cuando El Salvador ratificó la CIPST y la Convención de Belém do Pará con posterioridad a la perpetración de las violaciones sexuales en el Caso de la Masacre de El Mozote⁴⁶, las obligaciones de investigar que surgen de dichos instrumentos le son aplicables a partir de que las mismas entraron en vigor para dicho país⁴⁷.

De esta manera, en dichos casos de violación sexual, las obligaciones que surgen de la Convención de Belém do Pará requieren que El Salvador actúe con debida diligencia para investigar y sancionar a los perpetradores. Así, “ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”⁴⁸. La ineficacia judicial en casos de esta naturaleza promueve “la repetición de hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”⁴⁹. Por otro lado, la investigación penal debe adelantarse con una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados y entrenados para ello⁵⁰. En este sentido, la Corte IDH ha identificado ciertos principios rectores que deben seguirse a efectos de garantizar la obligación reforzada de investigar casos de violencia contra la mujer con debida diligencia y con perspectiva de género que se aplican, *inter alia*, a la recolección y el tratamiento de la prueba, incluida la valoración que de ello hace un tribunal en un caso en concreto⁵¹. Estos principios resultan plenamente aplicables en casos de violación sexual y deberían ser considerados para la investigación de las violaciones perpetradas contra las víctimas de la Masacre de El Mozote.

Los estándares desarrollados en las secciones precedentes respecto de la obligación de investigar fueron asimismo recogidos por la Corte IDH en su sentencia sobre el *Caso de El*

⁴⁵ Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal v. Guatemala*, *supra* nota 33, párr. 215.

⁴⁶ El Salvador ratificó la CIPST el 17 de octubre de 1994 y la Convención de Belém do Pará el 23 de agosto de 1995.

⁴⁷ Véase, *inter alia*, Corte IDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala*, *supra* nota 33, párr. 137; *Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala*, *supra* nota 33, párr. 235.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, *supra* nota 25, párr. 177; Corte IDH, *Caso J. v. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 350.

⁴⁹ Corte IDH, *Caso Veliz Franco y otros v. Guatemala*, *supra* note 44, párr. 176.

⁵⁰ Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles v. Perú*, *supra* nota 31, párr. 242; *Caso Veliz Franco y otros v. Guatemala*, *supra* nota 44, párr. 188.

⁵¹ Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles v. Perú*, *supra* nota 31, párr. 242.

Mozote y Lugares Aledaños en el cual este tribunal concluyó que los crímenes perpetrados en la masacre constituían violaciones graves de derechos humanos y que el Estado había fallado en su obligación de investigar⁵². La Corte IDH también concluyó que la obligación de investigar bajo la CADH se reafirmaba con las obligaciones que surgían de la CIPST y la Convención de Belém de Pará desde el momento de la ratificación por El Salvador, aun cuando no estaban vigentes al momento que se perpetraron los hechos de la masacre⁵³. A la luz de su jurisprudencia constante, la Corte encontró que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz era incompatible con la CADH porque impedía la investigación y el castigo de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos⁵⁴. Por último, la Corte IDH de derechos humanos ordenó a El Salvador “investigar de forma efectiva todos los hechos de las masacres, incluyendo, además de las ejecuciones extrajudiciales, otras posibles graves violaciones afectaciones a la integridad personal y en particular los actos de tortura y las violaciones sexuales contra las mujeres, así como los desplazamientos forzados”⁵⁵.

Esta obligación fue reafirmada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador en la sentencia 44-2013/145-2013. En esa decisión la Sala Constitucional resaltó que las víctimas de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra perpetrados durante el conflicto armado en El Salvador “tienen derecho de acceso a la justicia y a gozar de tutela judicial; a que se investiguen, esclarezcan y sancionen tales crímenes; a que se conozca la verdad sobre lo sucedido; y a obtener reparación integral por los daños materiales y morales sufridos”⁵⁶. Como resultado de esta interpretación, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz⁵⁷. Asimismo, este tribunal concluyó que en virtud de la inconstitucionalidad de la ley quedaban excluidos de la aplicación de la amnistía aquellos hechos cometidos por ambas partes en el conflicto que pudieran ser calificados como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al derecho internacional humanitario⁵⁸.

En conclusión, El Salvador está obligado a investigar las violaciones sexuales perpetradas contra las víctimas en la Masacre de El Mozote y a sancionar a los perpetradores directos y los oficiales superiores que participaron como autores intelectuales. Esta obligación estaba vigente al momento de los hechos en virtud de los tratados internacionales ratificados por El Salvador antes de 1982 y se ha reforzado con obligaciones subsiguientes que surgen de instrumentos de derechos humanos de los cuales el Estado ha devenido Parte en años posteriores, en particular

⁵² Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, *supra* nota 8, párr. 252.

⁵³ *Id.*, párr. 246.

⁵⁴ *Id.*, párrs. 295-296.

⁵⁵ *Id.*, párr. 319.

⁵⁶ Sentencia del proceso de inconstitucionalidad No. 44-2013/145-2013, *supra* nota 15, p. 27.

⁵⁷ *Id.*, p. 41.

⁵⁸ *Id.*, p. 40.

la Convención de Belém do Pará. En casos de crímenes de guerra perpetrados en un conflicto interno la obligación de investigar a los responsables de su perpetración también surge de una norma consuetudinaria de derecho internacional humanitario. Esta obligación fue reafirmada por la sentencia de la Corte IDH que ordenó a El Salvador a adelantar una investigación efectiva luego de concluir que el Estado era responsable internacionalmente por la transgresión de varios derechos protegidos por la CADH. En parte por esa sentencia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz y habilitó a los tribunales internos de ese país a excluir la aplicación de esta norma en la investigación de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra perpetrados en el marco del conflicto armado que afectó a ese país. En tanto, como se demostrará a continuación, la violación sexual se consideraba un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra bajo el derecho internacional consuetudinario al momento de la Masacre de El Mozote, el juzgado de instrucción a su cargo que adelanta el proceso penal debe realizar una investigación efectiva sobre estos hechos, en cumplimiento de las normas internacionales que obligan a El Salvador, la sentencia de la Corte IDH y la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de ese país.

IV. La violación sexual calificaba como un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad bajo el derecho consuetudinario al momento de los hechos de la Masacre de El Mozote

1. Crímenes internacionales y el derecho consuetudinario

La normativa interna de El Salvador al momento de la Masacre de El Mozote contemplaba explícitamente algunos crímenes internacionales.⁵⁹ Sin embargo, como las definiciones de estos crímenes bajo el código penal de El Salvador difieren en algunos aspectos de la definición bajo derecho internacional penal, es importante mirar también al derecho internacional convencional y consuetudinario que existía a principios de los años 1980 para determinar si actos como la violación sexual cometida en el contexto de un conflicto armado no-internacional o como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil ascienden al nivel de crímenes de guerra y/o crímenes de lesa humanidad⁶⁰. El derecho convencional

⁵⁹ El Genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad se encuentran contemplados como delitos en la legislación salvadoreña en el código penal de 1973. Véase Artículos 486, 488, 489, Quinta Parte: Delitos de Transcendencia Internacional, Capítulo 1: Delitos Contra La Paz Internacional, Código Penal de El Salvador de 1973. Fueron nuevamente incorporados en el código penal de 1998. Véase Artículos 361-363, Título XIX, Delitos contra la Humanidad, Código Penal de El Salvador que entró en vigor el 20 de abril de 1998.

⁶⁰ Como se verá en secciones subsiguientes al momento de la perpetración de la masacre de El Mozote existía prueba suficiente para demostrar la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos en el marco del conflicto armado interno en El Salvador que podrían caracterizarse como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Véase, en este sentido, sección VI de este documento. De igual manera, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador concluyó que se habían perpetrado crímenes de esta naturaleza al declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General. Véase en este sentido, Sentencia del proceso de inconstitucionalidad No. 44-2013/145-2013, *supra* nota 15, p. 27. También la Comisión de la Verdad de El Salvador

internacional consiste en tratados y por eso sólo compromete a esos estados que son partes del tratado⁶¹. En cambio, el derecho consuetudinario, el cual se funda en la existencia de una práctica estatal generalizada y consistente y la creencia de que dicha práctica es obligatoria como cuestión de derecho⁶², vincula a toda la comunidad internacional⁶³.

2. La violación sexual constituía un crimen de guerra y/o crimen de lesa humanidad bajo el derecho consuetudinario a principios de los años 80

a. La violación sexual como un crimen de guerra

La violación sexual ha sido reconocida como una violación a las leyes de la guerra desde que los países empezaron a codificar las reglas ordenando el respeto a la integridad personal o trato humano en tiempos de conflicto armado. En el código de Lieber de 1863, el cual es generalmente considerado el primer intento de legislar las leyes de la guerra⁶⁴, los Estados Unidos explícitamente calificaron a la violación sexual como un crimen de guerra y los acusados que fueron encontrados culpables fueron sujetos a la pena de muerte⁶⁵. Aunque el Código de Lieber no era un documento internacional, es considerado como una base del derecho consuetudinario porque influenció significativamente la elaboración de los manuales de guerra de otros países⁶⁶. La violación sexual también fue reconocida como un crimen de guerra, aunque sólo implícitamente, con la adopción de la Convención de la Haya de 1907⁶⁷.

El primer intento de enjuiciar ante un tribunal internacional a perpetradores de crímenes de guerra ocurrió como resultado de la Primera Guerra Mundial. Específicamente, la Comisión sobre la responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de sanciones (CAWE,

señaló en su informe que los crímenes perpetrados en la Masacre de El Mozote involucraban violaciones serias al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos. Veáse, Comisión de la Verdad de El Salvador, *supra* nota 4, pág. 125. Por último, la Corte IDH concluyó en su sentencia sobre el *Caso de la Masacre de El Mozote y lugares aledaños* que los hechos de referencia constituían graves violaciones al derecho internacional. Veáse, en este sentido, Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, *supra* nota 8, párrs. 153-156; 208; 246; 300.

⁶¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 34 (Viena, 23 de mayo de 1969) (“Un tratado no crea ni obligaciones ni derechos a terceros estados sin su consentimiento”).

⁶² Veáse en este sentido, *The North Sea Continental Shelf Cases (Germany v. Denmark; Germany v. Netherlands)*, 1969 I.C.J. 3, par. 77.

⁶³ Antonio Cassese, *Affirmation of the Principles of International Law recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal*, General Assembly resolution 95 (I) (Dec. 11, 1946), Introductory Note, http://legal.un.org/avl/ha/ga_95i/ga_95-i.html.

⁶⁴ Veáse, por ejemplo, Paul Finkelman, *Francis Lieber and the Modern Law of War*, 80 U. Chi. L. Rev. 2071, 2075-76 (2013) (describiendo el Código de Lieber como “uno de los primeros intentos de proveer un código práctico para las leyes de guerra”).

⁶⁵ See United States General Orders No. 100, Art. 44, 24 April 1863 (prohibiendo “todas las violaciones sexuales, heridas, mutilaciones o asesinatos... bajo pena de muerte”).

⁶⁶ Veáse Kelly Dawn Askin, *WAR CRIMES AGAINST WOMEN: PROSECUTION IN INTERNATIONAL WAR CRIMES TRIBUNALS* 36 (1997).

⁶⁷ *Id.*, p. 39.

por sus siglas en inglés), formados por los gobiernos Aliados en 1919, abogaron por el establecimiento de un tribunal que enjuiciara a “todas las personas que pertenecen a las naciones enemigas... que hayan sido culpables de ofensas contra de las leyes y costumbres de la guerra o las leyes de la humanidad”⁶⁸. Notablemente, en un informe presentado a la Conferencia Preliminar de la Paz en Marzo de 1919, la Comisión, integrada por representantes de los Estados Unidos, el Imperio Británico, Francia, Italia y Japón⁶⁹ encontró que “a pesar de las regulaciones explícitas, de la costumbre establecida y los claros dictados de la humanidad, Alemania y sus aliados habían perpetrado atrocidad tras atrocidad” incluyendo la violación sexual⁷⁰. En realidad, la violación sexual estaba en el quinto lugar entre los treinta y dos delitos propuestos por la Comisión⁷¹. Aunque el tribunal que hubiera procesado a los perpetradores de esos presuntos delitos nunca fue creado por falta de voluntad política de parte de los Aliados⁷², la intención de enjuiciar la violación sexual en ese momento refleja la visión de que la comunidad internacional ya consideraba a este acto como un crimen de guerra desde 1919.

Esta visión es indisputable después del final de la Segunda Guerra Mundial como se demostró en un número de desarrollos que se describirán a continuación. Primero, la Comisión de Guerra de las Naciones Unidas (UNWCC, por sus siglas en inglés), la cual asistió a gobiernos nacionales en el enjuiciamiento de presuntos criminales de guerra después de la Segunda Guerra Mundial⁷³, adoptó una definición de crímenes de guerra que explícitamente consideraba a la violación sexual como un crimen de guerra⁷⁴. Actuando con el apoyo de la UNWCC, los Estados Unidos, Australia y varios países europeos formularon cargos contra presuntos criminales de guerra por violación sexual como un crimen de guerra⁷⁵. Un caso particularmente notable es el de *Yamashita* de 1946, en el cual un tribunal militar norteamericano procesó a un general

⁶⁸ *Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*, 29 March 1919, reprinted in 14 Am. J. Int'l L. 95, 117 (1920).

⁶⁹ *Id.*, p. 95.

⁷⁰ *Id.*, p. 113.

⁷¹ *Id.*, p. 114-15.

⁷² Patricia Viseur Sellers, *The Context of Sexual Violence: Sexual Violence as Violations of International Humanitarian Law*, in 1 SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW: THE EXPERIENCE OF INTERNATIONAL AND NATIONAL COURTS 263, 276 (2000).

⁷³ Dan Plesch, Susana SáCouto & Chante Lasco, *The Relevance of the United Nations War Crimes Commission to the Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes Today*, 25 Crim. L. F. 349, 350 (2014).

⁷⁴ *Id.*, p. 351.

⁷⁵ *Id.*, p. 359-60 (“Los australianos procesaron a Yoshio Yaki por la violación y tortura de una mujer llamada Betty Woo y no se alegaron otros delitos más allá de estos dos. Otros casos en los cuales solo se acusó al perpetrador de violación sexual incluyen un caso griego contra un nacional búlgaro Boris Tsernosemski, ‘Presidente de la comunidad de Siderohorion Kavalla’, quien fue acusado de violar dos mujeres; dos casos norteamericanos contra soldados japoneses anónimos, uno por violación y otro por asalto con la intención de cometer violación contra una enfermera norteamericana; un caso de Yugoslavia contra el teniente italiano Rondoninin por violación sexual bajo el Código Penal de Yugoslavia y el artículo 46 de la Convención de La Haya de 1907; y un caso danés contra un policía alemán por violación bajo el Código Penal de Dinamarca, entre otros. También es importante indicar que en muchos casos los fiscales no sólo acusaron, sino que lograron condenar a los acusados por violación”).

japonés por la omisión de prevenir la comisión de crímenes, incluyendo a las violaciones sexuales llevadas a cabo por sus subordinados en las Filipinas⁷⁶. En su decisión, el tribunal expresó que “cuando el homicidio, la violación sexual y otras acciones vengativas atroces son ofensas cometidas en forma extendida, y no hay ningún intento efectivo de un comandante para investigar y controlar esos actos criminales dicho comandante puede ser encontrado responsable”⁷⁷.

Aunque ni la Carta de Londres estableciendo el Tribunal Militar Internacional (TIM) en Núremberg ni la Carta de Tokio estableciendo el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (TIMLO) expresamente se refirieron a la violación sexual como un crimen de guerra, el fiscal presentó prueba sustancial sobre la perpetración de violaciones sexuales en el juicio principal ante el TIM⁷⁸. La acusación no incluyó una referencia explícita a violencia sexual, pero indicó expresamente que las alegaciones presentadas eran “por cierto solamente ejemplos y no eran exclusivas de otros casos particulares y fueron presentados sin prejuicio del derecho de la fiscalía de aducir evidencia de otros casos”⁷⁹. Además, en relación a las acusaciones de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, la acusación se refirió ampliamente a “homicidio y malos tratos... realizados por diversos métodos incluyendo... crueldad y tortura de todos tipos⁸⁰,” los cuales probablemente abarcan crímenes de violencia sexual, incluida la violación. Dado que la prueba sobre la perpetración de violaciones sexuales fue aducida en el juicio, es difícil imaginar porque la evidencia de dichos crímenes fue presentada si no era para reforzar los presuntos delitos alegados en la acusación⁸¹. Como ha explicado la experta de derecho penal internacional Patricia Viseur Seller, “la condena de al menos cuatro de los acusados de crímenes de guerra y lesa humanidad presumiblemente se basó en la prueba presentada sobre la violencia sexual cometida durante las invasiones, ocupaciones militares y dentro de los campos de concentración alemanes”⁸².

La violación sexual fue destacada más explícitamente en el juicio del TIMLO, ya que la acusación de Tokio incorporó varios actos de violación sexual entre las presuntos delitos del “Grupo Tres” que incluían tres cargos de “crímenes de guerra convencionales y crímenes de lesa

⁷⁶ Courtney Whitney, *The Case of General Yamashita, A Memorandum*, Colonel Howard S. Levie Collection, at 4-9, https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Yamashita.pdf (señalando que los hechos incluían “sórdidas orgías de violación”; “violación o intento de violar una gran cantidad de mujeres”, “la violación de dos mujeres civiles”; y “el maltrato de alrededor de 400 mujeres y niños, así como la violación repetida o el intento de violar 76 mujeres y niñas”).

⁷⁷ *Id.*, p. 37 (citando las conclusiones de la UNWCC sobre el caso).

⁷⁸ Sellers, *supra* nota 72, p. 282.

⁷⁹ IMT Indictment, *reprinted in* 1 TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINALS BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL 27, 44 (1947).

⁸⁰ *Id.*, p. 43 (en relación al “Cargo Tres Crímenes de Guerra”).

⁸¹ Véase Sellers, *supra* nota 72, p. 283.

⁸² *Id.*, p. 285.

humanidad...”⁸³. Aunque los cargos penales del “Grupo Tres” no se refieren explícitamente al delito de violación sexual, la acusación formal incluye un apéndice titulado “actos incorporados al Grupo Tres,” que hace referencia a las conductas abarcadas por los crímenes de guerra y lesa humanidad, en particular aquellas referidas a los presuntos delitos 53, 54 y 55 de la acusación formal⁸⁴. Entre dichas conductas se incluían las siguientes acusaciones:

Los prisioneros de guerra y civiles detenidos administrativamente fueron asesinados, golpeados, torturados y maltratados y *las prisioneras femeninas fueron violadas* por miembros de las fuerzas japonesas⁸⁵;

Las enfermeras fueron *violadas*, asesinadas y maltratadas⁸⁶; y

Una gran cantidad de habitantes de dichos territorios fueron asesinados, torturados, *violados* y maltratados, arrestados y detenidos administrativamente sin justificación; enviados a trabajar forzosamente y su propiedad fue destruida o confiscada⁸⁷.

El hecho que estos delitos fueron incorporados en la acusación, más la evidencia presentada sobre su existencia durante el juicio de Tokio, brinda apoyo substancial a la noción que la violación sexual indudablemente constituía un crimen de guerra al inicio de la Segunda Guerra Mundial, si no antes.

Mientras los ejemplos anteriores sobre el reconocimiento de la violación sexual como un crimen de guerra se refieren a conflictos armados internacionales, la adopción de las Convenciones de Ginebra de 1949 dejó en claro que ciertos actos pueden caracterizarse como violaciones del derecho internacional humanitario aun si han sido cometidos durante un conflicto armado no-internacional. Especialmente, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe, entre otros, la tortura y atrocidades sobre la dignidad personal en dichas circunstancias⁸⁸. Estas prohibiciones han sido entendidas no solo para proscribir actos de violencia sexual en tiempos de guerra, sino que han también servido como base para condenar criminalmente a individuos por actos basados en esa conducta cometidos a partir de 1975. Por ejemplo, las Cámaras Extraordinarias en los tribunales de Camboya (ECCC, por sus siglas en inglés) determinaron que era posible enjuiciar actos de violencia sexual cometidos en ese país entre los años 1975 a 1979 bajo la categoría del crimen de guerra de tortura⁸⁹. De la misma

⁸³ R. John Pritchard & Sonia Magbanua Zaide, 2 THE TOKYO MAJOR WAR CRIMES TRIAL, Annex A-5 (1998), Annex A-6 (“Indictment”).

⁸⁴ *Id.*, Annex A-6D (“Appendix D: Incorporated in Group Three”).

⁸⁵ *Id.*, Annex A-6D, 111 (énfasis agregado).

⁸⁶ *Id.*, Annex A-6D, 113 (énfasis agregado).

⁸⁷ *Id.*, Annex A-6D, 117 (énfasis agregado).

⁸⁸ Sellers, *supra* nota 72, p. 287-89.

⁸⁹ Case 002, Decision on Appeals by Nuon Chea and Ieng Thirith, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ, ¶ 151 (ECCC Pre-Trial Chamber, Feb. 15, 2011).

manera, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia procesó violaciones sexuales perpetradas durante el conflicto armado no internacional que ocurrió a principios de los 90 como crimen de guerra de tortura bajo el Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra⁹⁰, y también enjuició actos de violación sexual bajo la categoría de atrocidades sobre la dignidad personal.⁹¹

2. La Violación Sexual como un Crimen de Lesa Humanidad

Al igual que la violación sexual como crimen de guerra, la violación sexual ha sido considerada como parte de la definición de crímenes de lesa humanidad desde que los países empezaron a legislar contra dichos crímenes. Por ejemplo, como se ha mencionado anteriormente, la CAWE convocada como resultado de la Primera Guerra Mundial para enjuiciar crímenes cometidos durante ese conflicto consideró a la violación sexual como una ofensa contra las leyes de la guerra al igual que una ofensa contra “las leyes de la humanidad”⁹². Además, la prueba aducida en los juicios realizados por el TIM y el TIMLO después de la Segunda Guerra Mundial pueden entenderse como apoyando las acusaciones de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, dada la forma en que los cargos penales en esos casos fueron encuadrados⁹³.

La noción que la violación sexual constituye un crimen de lesa humanidad desde por lo menos la Segunda Guerra Mundial es más directamente apoyada por el hecho que esta conducta fue expresamente incluida como uno de los actos enumerados bajo la definición de crímenes de lesa humanidad en la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado (Control Council Law nº10; CCL No. 10, por sus siglas en inglés). Específicamente, la CCL No. 10, que fuera promulgada por los Aliados en 1945 para enjuiciar a los criminales de guerra de los países del Eje además de los veintidós principales criminales de guerra enjuiciados por el TIM⁹⁴, establecía que los tribunales creados bajo su patrocinio tendrían jurisdicción sobre:

Crímenes de Lesa Humanidad: Atrocidades y ofensas incluyendo, pero no limitados al homicidio, la exterminación, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, *violación sexual* u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o persecución política,

⁹⁰ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Kunarac, et al.*, Appeals Judgment, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, ¶¶ 150-51 (ICTY Appeals Chamber, June 12, 2002); *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment, Case No. IT-95-17/1-T, ¶¶ 168-69 (ICTY Trial Chamber, Dec. 10, 1998); *Prosecutor v. Kvočka, et al.*, Judgment, Case No. IT-98-30/1, ¶¶ 145, 172-74 (ICTY Trial Chamber, Nov. 2, 2001).

⁹¹ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Mucic, et al.*, Case No. IT-96-21, ¶¶ 494-96 (ICTY Trial Chamber, Nov. 16, 1998).

⁹² Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, *supra* nota 68, p. 117.

⁹³ Véase *supra* nota 75 y el texto que lo acompaña.

⁹⁴ M. Cherif Bassiouni, CRIMES AGAINST HUMANITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 33 (1999).

racial o religiosa sea o no realizada en violación de las leyes internas del país donde el crimen fue cometido⁹⁵.

La codificación de la violación sexual como crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional fue subsecuentemente reconocida con la adopción del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés) en 1993⁹⁶ y un año después en el estatuto de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés)⁹⁷. Es importante resaltar qué, aunque estos instrumentos fueron adoptados a principios de los 90, los crímenes enumerados en estos estatutos se basaban en el derecho consuetudinario previo a su adopción. En su informe de 1993 para la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) sobre la creación del ICTY, el Secretario General de la ONU reconoció que el ICTY solo “debe aplicar reglas del derecho internacional humanitario que sean fuera de toda duda consideradas parte del derecho internacional consuetudinario”⁹⁸. A continuación confirmó expresamente su punto de vista de que la disposición relativa a crímenes de lesa humanidad satisfacía este requisito, notando que los “crímenes de lesa humanidad fueron reconocidos primero en la Carta y Decisiones del Tribunal de Núremberg y en la Ley no. 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania”⁹⁹. Aunque ni el ICTY ni el ICTR han identificado un momento preciso en el cual la violación sexual como crimen de lesa humanidad ha cristalizado como una norma del derecho consuetudinario, presuntamente se considera que ocurrió a más tardar al principio de la Segunda Guerra Mundial, porque no parece haber existido ningún desarrollo convencional o jurisprudencial relativo a la violación sexual como crimen de lesa humanidad entre los años 1945 y 1993¹⁰⁰.

⁹⁵ *Id.* (énfasis agregado).

⁹⁶ Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 3217th mtg., U.N. Doc. S/RES/827 (1993), Art. 5(g).

⁹⁷ Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess., 3453d mtg., Annex, U.N. Doc. S/RES/955 (1994), Art. 3(g).

⁹⁸ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), Presented 3 May 1993, ¶ 34 (S/25704) (encontrando que “esto podría ser particularmente importante en el contexto de los tribunales internacionales a cargo de procesar a personas responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario”).

⁹⁹ *Id.*, párr. 47. La Cámara de Apelaciones del ICTY luego concluyó que la definición de crímenes de lesa humanidad del Estatuto era consistente con el derecho internacional consuetudinario y que en realidad estos crímenes podrían haber sido definidos “en forma más limitada de lo necesario”. *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1, ¶ 141 (ICTY Appeals Chamber, Oct. 2, 1995). En consecuencia, concluyó que “no hay duda...que la definición de crimen de lesa humanidad adoptada por el Consejo de Seguridad cumplía con el principio *nullum crimen sine lege*.” *Id.*

¹⁰⁰ Nótese que la Comisión de Derecho Internacional elaboró tres versiones del Proyecto de Código de Ofensas contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, ninguna de las cuales enumeraba expresamente a la violación como un crimen de lesa humanidad. Véase *Yearbook of the International Law Commission*, 1951, vol. II, Document A/1858, at 43-69; *Yearbook of the International Law Commission*, 1954, vol. II, Document A/2693, p. 149-52; *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II (Part Two), Document A/CN.4/SER.A/1991/Add.1, p. 79. Sin embargo, ninguno de estos borradores fue adoptado por las Naciones Unidas, y el hecho que la violación

Finalmente, aun si se considerase que existe cierta ambigüedad sobre si la violación sexual constituía un crimen autónomo de lesa humanidad a partir de 1980, está bien establecido que los actos de violaciones sexuales a menudo cumplen con los requisitos del crimen de tortura¹⁰¹, el cual ha sido expresamente reconocido como un crimen de lesa humanidad desde la adopción de las Cartas de Londres y Tokio¹⁰². Por ejemplo, mientras que la Cámara del Tribunal Constitucional del ECCC se rehusó a concluir que la violación sexual era considerada como crimen de lesa humanidad en 1975 porque no estaba expresamente enumerada como tal en las Cartas de Tokio y Londres, este tribunal consideró que los actos de violación sexual cometidos durante el régimen del Jemer Rojo (Khmer Rouge) podían ser enjuiciados como el crimen de lesa humanidad de tortura¹⁰³. En conclusión, al momento de la comisión de los hechos de la Masacre de El Mozote, el derecho internacional consuetudinario consideraba a la violación sexual como un crimen de lesa humanidad y como un crimen de guerra. La Constitución de El Salvador de 1950, vigente al momento en que sucedieron los hechos reconocía al derecho de gentes (o derecho internacional consuetudinario) como fuente de derecho en su artículo 178, dentro del capítulo X sobre Régimen de Derechos Individuales y dentro de las atribuciones del Poder Judicial¹⁰⁴. Por lo tanto, los tribunales de El Salvador pueden utilizar las normas del derecho internacional consuetudinario, incorporado al derecho interno a través de las disposiciones constitucionales citadas, a fin de caracterizar las violaciones sexuales perpetradas

fue incluida como crimen de lesa humanidad en el Estatuto del ICTY adoptado por el Consejo de Seguridad en 1993 sugiere enérgicamente que dichos borradores no eran considerados un reflejo definitivo del derecho internacional consuetudinario. Más aun, la Comisión de Derecho Internacional no incluye a la violación como un crimen de lesa humanidad en la versión del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. Véase en este sentido *Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, 1996, 51 UN GAOR Supp. (No. 10) at 14, U.N. Doc. A/CN.4/L.532, corr.1, corr.3 (1996), Art. 18.

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, *Kunarac, et al.*, Appeals Judgment, *supra* nota 90, párrs. 149-51 (“Algunos actos establecen *per se* el sufrimiento de aquellos contra quienes fueron infligidos. La violación es uno de esos actos. La violencia sexual necesariamente causa un dolor o sufrimiento severo. El dolor o sufrimiento severo, como requisito de la definición de tortura, se considera demostrado una vez que se prueba una violación, puesto que la violación necesariamente presume ese dolor o sufrimiento”); *Kvočka, et al.*, Trial Judgment, *supra* nota 97, párr. 145 (“la violación puede constituir dolor o sufrimiento grave constitutivo de tortura, siempre que los otros elementos de la definición, incluida la existencia de uno de los fines prohibidos, se cumpla”).

¹⁰² Charter of the International Military Tribunal, annexed to Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, 8 August 1945, reprinted in 1 TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINALS BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL 10-11 (1947), Art. 6(c); Amended Charter of the International Military Tribunal for the Far East, reprinted in R. John Pritchard & Sonia Magbanua Zaide, 2 THE TOKYO MAJOR WAR CRIMES TRIAL (1998), Art. 6(c).

¹⁰³ Case No. 001, Appeal Judgment, Case File/Dossier No. 001/18-07-2007-ECCC/SC, ¶ 207 (ECCC Supreme Court, Feb. 3, 2012).

¹⁰⁴ El artículo 178 de la Constitución Nacional de El Salvador establecía: “Declarada la suspensión de garantías constitucionales, será de la competencia de los tribunales militares, el conocimiento de los delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición, y de los demás delitos contra la paz o la independencia del Estado y contra el Derecho de Gentes. Los juicios que al tiempo de decretarse la suspensión de garantías estén pendientes ante las autoridades comunes, continuarán bajo el conocimiento de éstas. Restablecidas las garantías constitucionales, los tribunales militares continuarán conociendo de las causas que se encuentren pendientes ante ellos”.

en la Masacre de El Mozote como crímenes internacionales. Como se verá en la sección siguiente existe una práctica reiterada de los tribunales de América Latina de utilizar fuentes internacionales, incluido el derecho internacional consuetudinario, a efectos de procesar penalmente graves violaciones de derechos humanos, incluida la violación sexual, como crímenes internacionales a nivel interno.

V. Calificación de los hechos como crímenes internacionales a nivel interno: el principio de la doble subsunción

Al juzgar hechos constitutivos de graves violaciones a derechos humanos, tanto en procesos penales locales como en procedimientos de extradición de personas acusadas de la comisión de crímenes internacionales, los tribunales de América Latina no han encontrado obstáculos para caracterizar a estos hechos tanto como delitos de acuerdo a la legislación interna, como crímenes internacionales de acuerdo al derecho internacional¹⁰⁵. Una de las razones de dicho proceder puede encontrarse en el hecho de que los procesos llevados a cabo bajo tipos penales nacionales pueden desconocer la extraordinaria gravedad de los hechos, y, con ello, afectar el derecho de las víctimas a la verdad y a una justa reparación¹⁰⁶. Además, “[l]a distinción tiene importantes implicaciones con respecto del *non bis in idem*”¹⁰⁷. Para ello, los tribunales nacionales han recurrido a una operación que se ha dado en llamar por la doctrina como “doble subsunción”¹⁰⁸. La doble subsunción es el proceso a través del cual la conducta se adecua a un delito nacional y a las normas internacionales paralelamente, a fines de calificarla como genocidio, crimen de lesa humanidad o de guerra, así como para dar pleno efecto al régimen jurídico específico de los crímenes internacionales¹⁰⁹.

Al respecto, se ha dicho que “[l]a caracterización, o ausencia de caracterización, de un tipo particular de conducta como criminal de conformidad con el derecho nacional no tiene efecto alguno en la caracterización de ese tipo de conducta como criminal bajo el derecho internacional. Es posible que una conducta particular definida como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [...] sea caracterizada meramente como un delito [ordinario] en derecho nacional, en lugar de ser considerado un crimen contra la paz y seguridad de la humanidad bajo derecho internacional. Ninguna de estas circunstancias puede servir como

¹⁰⁵ Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre Crímenes de Derecho Internacional Digesto, Fundación para el Debido Proceso (Digesto, DPLF), 2010, pág. 179.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.* (citando Parenti, Pablo, “Argentina”, en Kai Ambos, et. al. (eds.), Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional, Georg-August-Universität-Göttingen-Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, págs. 21 a 66).

¹⁰⁹ *Id.*

obstáculo para la caracterización de la conducta respectiva como un crimen de derecho internacional. La distinción entre la calificación como un crimen de derecho nacional y la calificación como un crimen de derecho internacional es significativa teniendo en mente las diferencias entre los correspondientes regímenes legales. La distinción tiene importantes implicaciones con respecto del *non bis in idem* [y el principio de imprescriptibilidad, entre otros] [...]”¹¹⁰.

Así, las cortes latinoamericanas han reconocido la doble subsunción de las conductas en el derecho local e internacional, a los efectos tanto de reconocer la gravedad de los hechos, como de fundamentar la imprescriptibilidad¹¹¹. También han recurrido a la lisa y llana caracterización de conductas como crímenes internacionales cuando la legislación interna no contiene un tipo penal adecuado¹¹². En este sentido, han reconocido que la falta de tipificación nacional de un hecho que constituye un crimen internacional no impide su calificación en este segundo carácter¹¹³.

En el caso Priebke, el gobierno italiano requirió a la Argentina la extradición de Erich Priebke para su juzgamiento por hechos calificables por tratados internacionales como ‘genocidio’ y ‘crímenes de guerra’, pero respecto de los cuales, desde la perspectiva del derecho interno, la acción penal se encontraba prescripta. La Corte Suprema argentina en decisión de 2 de noviembre de 1995 en el proceso de extradición de Priebke calificó los hechos, a los efectos del requisito de doble incriminación necesario para el proceso de extradición, como genocidio y crimen de guerra y afirmó su imprescriptibilidad haciendo uso del *jus cogens* (o normas imperativas) del derecho internacional, reconocido en el artículo 118 de la Constitución Nacional¹¹⁴. Tal calificación de los hechos de conformidad con el derecho internacional fue fundamentada por la Corte Suprema al sostener que las descripciones típicas del derecho penal común comprendían la “sustancia de la infracción” que se le atribuía a Priebke¹¹⁵. Para decidir así consideró que si bien los hechos del caso se encontraban tipificados en el Código Penal y en el Código de Justicia Militar, ello “no [era] excluyente de otras figuras penales que protegen el bien jurídico vida,” como las contenidas en los Convenios de Ginebra y en la Convención para la

¹¹⁰ *Id.*, (citando CDI, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, en Yearbook of the International Law Commission, 1996, Vol. II, Segunda Parte, pág. 18 [Traducción no oficial].)

¹¹¹ Veáanse casos citados en esta sección.

¹¹² Digesto, DPLF, *supra* nota 105, pág. 182 (citando Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros, Causa n° 259, Expediente A. 533. XXXVIII, 24 de agosto de 2004, considerandos 10-14, 17).

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, Causa n° 16.063/94, sentencia de 2 de noviembre de 1995, Considerando 38.

¹¹⁵ *Id.*, Considerando 29.

Prevención y Sanción del Delito de Genocidio¹¹⁶. Concluyó que “si se limitase a subsumir los hechos como homicidios o asesinatos en el marco de las disposiciones del Código Penal o, incluso, del Código de Justicia Militar en cuanto a él remite” vulneraría las disposiciones del derecho de gentes, reconocido en el artículo 118 de la Constitución Nacional de Argentina¹¹⁷.

La Corte Suprema de Paraguay afirmó, en sentencia 585 de 31 de diciembre de 1996, que los hechos ocurridos respecto de la víctima constituían tortura, aun cuando dicho delito no se encontraba tipificado en el derecho local. Para ello, consideró que, al momento de la comisión de los hechos, Paraguay era país adherente de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que prohíbe las torturas, los tratos inhumanos, crueles y degradantes. Además, tuvo en cuenta que según la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, estos crímenes son imprescriptibles. Dicha Convención define entre estos crímenes las infracciones incluidas en los Convenios de Ginebra de 1949. Por ello, decidió que la “prescripción no ampara a quienes pudieran resultar culpables de la comisión de delitos de tortura que fueron denunciados y que son imprescriptibles”¹¹⁸.

En Perú, aunque la condena a Alberto Fujimori fue por los delitos comunes de homicidio calificado, lesiones graves y secuestro agravado, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema que lo procesó declaró, no solo en los fundamentos de la decisión sino en la parte dispositiva, que las conductas por las cuales Fujimori estaba siendo condenado constituían a su vez crímenes de lesa humanidad según el Derecho Penal Internacional¹¹⁹. Ello, en tanto los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta “[f]undamentalmente se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos [y porque] conforme a sus objetivos, afectó a un número de personas indefensas de la sociedad civil”¹²⁰. Así la Sala Penal Especial entendió que “se trat[ó] de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad [nota en el original omitida] y que por ello permite la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Internacional Penal”¹²¹. La defensa de Alberto Fujimori cuestionó la calificación de los hechos

¹¹⁶ *Id.*, Considerando 23.

¹¹⁷ *Id.*, Considerando 28.

¹¹⁸ Corte Suprema de Paraguay, *Expediente Modesto Napoleón Ortigoza s/ supuesto homicidio del cadete Alberto Anastacio Benítez*, Acuerdo y Sentencia No. 585, 31 de diciembre de 1996.

¹¹⁹ Sala Penal Especial, Expediente: A.V. 19-2001, Sentencia de 7 abril 2009, párr. 823, II (online: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf)

¹²⁰ *Id.*, párr. 717.

¹²¹ *Id.*, párr. 711.

como delitos de lesa humanidad, pero la Corte Suprema ratificó la decisión de la Sala Penal Especial¹²².

En el caso contra Enrique Arancibia Clavel, acusado de asociación ilícita bajo la legislación argentina por participar de una organización de tipo militar integrada por oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas chilenas para cometer el asesinato de un alto funcionario de Chile en Argentina, la Corte Suprema concluyó en 2004 que cuando una asociación tiene como finalidad cometer crímenes de lesa humanidad, comparte el carácter de éstos y el delito se convierte en un crimen de lesa humanidad y por ende imprescriptible¹²³. También en el caso Simón, la Corte Suprema Argentina al declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 (conocidas como leyes de punto final y obediencia debida o leyes de amnistía) tuvo en cuenta que los delitos por los cuales había sido condenado Simón en las instancias inferiores habían sido calificados como de lesa humanidad ¹²⁴. Así, el juez de primera instancia no había considerado como un límite a la persecución penal el hecho de que los delitos tal cual se encontraban tipificados en la legislación local “no valor[en] especialmente aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales, etcétera)”¹²⁵. Posteriormente, en un caso subsiguiente, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 5 de la Capital Federal condenó a Julio Simón por los delitos de privación ilegal de la libertad, imposición de tormentos y ocultación de una menor de edad. En el exordio de la decisión, indicó que “[l]os hechos por los que habrá de ser condenado Simón, no se tratan de delitos aislados, sino que constituyen crímenes de lesa humanidad inmersos en lo que se conoce como terrorismo de estado”¹²⁶.

En igual sentido se pronunciaron los tribunales que entendieron en el caso del Circuito Camps, en donde luego de establecer que las conductas juzgadas se encuadran en determinados tipos penales del Código Penal argentino, agregaron que “los delitos aquí juzgados, son de lesa humanidad y es precisamente por eso que no han prescripto,” habiendo sido rechazados los

¹²² <http://derechoshumanos.pe/2010/01/corte-suprema-ratifica-sentencia-de-25-anos-de-prision-a-fujimori-por-crimenes-de-lesa-humanidad/>

¹²³ Digesto. DPLF, *supra* nota 105, pág. 182 (citando Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, Causa n° 259, Expediente A. 533. XXXVIII, 24 de agosto de 2004, considerandos 10-14, 17).

¹²⁴ Corte Suprema de la Nación Argentina, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc*, Causa N° 17.768, sentencia de 14 de junio de 2005, párr. 4.

¹²⁵ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4 de Buenos Aires, causa Julio Héctor Simón, sentencia de 6 de marzo de 2001, punto IV-B.

¹²⁶ Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 de la Capital Federal, *Julio Héctor Simón*, Causas n° 1.056 y 1.207, sentencia de 11 de agosto de 2006 (voto del Dr. Guillermo Andrés Gordo).

planteos de la defensa en contra de esta calificación¹²⁷. Por su parte, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de La Plata, Argentina, en el caso Miguel Osvaldo Etchecolaz, en decisión de 19 de septiembre de 2006, calificó a los hechos de homicidios, privación ilegítima de la libertad y tormentos durante la dictadura militar argentina como “delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del genocidio que tuvo lugar en la República Argentina entre los años 1976 y 1983”¹²⁸. Lo hizo en la parte dispositiva del veredicto. Del mismo modo procedió el Tribunal Oral en lo Criminal federal N° 1 de San Martín mediante sentencia de agosto de 2009 en la cual condenó a Santiago Omar Riveros como coautor de los delitos de allanamiento ilegal, robo, privación ilegítima de la libertad, tormentos y homicidio agravado por alevosía, “declarando que los delitos por los que se le condena son delitos de lesa humanidad”¹²⁹.

También la Cámara Federal de Mar del Plata, Argentina, en el caso Gregorio Molina tuvo que decidir si los hechos de violación sexual imputados podrían ser calificados como crímenes de lesa humanidad. El tribunal entendió que sí, en tanto dichos delitos de violación “constituye[ron] parte del ataque generalizado contra la población civil diseñado por el último gobierno militar en el marco del plan sistemático de represión estatal que habilita la caracterización de delitos de lesa humanidad y los torna imprescriptibles”¹³⁰. Para concluir, afirmó que “no se advierte, objetivamente, reparo legal alguno para que los hechos subsumidos en el ámbito local como delitos de homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada, tormentos agravados y violación, ingresen en la categoría de crímenes contra la humanidad, toda vez que las conductas típicas descriptas encuentran amparo en el art. 7, apartado 1, incisos a, e, f, y g, del Estatuto de Roma...”¹³¹.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Perú reconoció que el derecho internacional consuetudinario puede ser utilizado para caracterizar los hechos de un caso como crimen de lesa humanidad cuando éstos han sido perpetrados como parte de un plan generalizado o sistemático contra la población civil, aun cuando esta noción no estaba tipificada en el derecho interno al momento de los hechos. En particular señaló que “la imposibilidad de aplicar directamente el tipo penal internacional de delito de lesa humanidad no significa, en modo alguno, excluir por completo las exigencias que dimanen del Derecho penal internacional –

¹²⁷ Digesto, DPFL, *supra* nota 105, pág. 183, (citando Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata, *Circuito Camps*” y otros (Miguel Osvaldo Etchecolatz) – Etchecolatz, Miguel Osvaldo (acusado), Causa No 2251/06, sentencia de 19 de septiembre de 2006, considerandos I y IV.a).

¹²⁸ Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata, *Causa N° 2251/06*, veredicto de 19 de septiembre de 2006, punto 2.b del fallo o parte dispositiva.

¹²⁹ Tribunal Oral en lo Criminal Federal No.1 de San Martín, *Floreál Edgardo Avellaneda y otros*, causa No. 2005 y su acumulada No. 2044, agosto de 2009.-

¹³⁰ Cámara Federal de Casación Penal, *Molina, Gregorio Rafael s/ recurso de casación*, Causa Nro. 1281, sentencia de 17 de febrero de 2012, pág. 18 (online: [http://www.dplf.org/sites/default/files/cfcp - causa 12821 - molina gregorio crmenes sexuales y lesa humanidad 0.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/cfcp_-_causa_12821_-_molina_gregorio_crmenes_sexuales_y_lesa_humanidad_0.pdf)).

¹³¹ *Id.*

tanto consuetudinario como convencional-, cuya aplicación, aun cuando relativa – en ambos distintos de la propia tipificación penal, no es posible desconocer”¹³².

Por último, en Panamá, la Corte Suprema de Justicia en el caso Cruz Mojica Flores consideró que como los delitos alegados en el caso se habían cometido cuando el país se encontraba confrontando situaciones gubernamentales a merced de un régimen militar, la afectación del derecho a la vida en dichas circunstancias “se ve subsumida en el ahora denominado derecho de gentes”¹³³.

La doble subsunción de las conductas en el derecho local e internacional también ha sido reconocida y aplicada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Este tribunal ha establecido que aquellas conductas que incumplan las garantías contenidas en el Protocolo Adicional II y que hayan tenido carácter generalizado o sistemático deben considerarse “crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, en su caso, aunque la tipicidad penal en el derecho interno tenga o haya tenido distinta denominación, al tiempo de su ocurrencia”¹³⁴. Por ello, “[l]a calificación jurídico penal...debe ajustarse a la ley del tiempo de su comisión, aunque por sus características y contexto, esas conductas pertenezcan, además, a la categoría internacional de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o crímenes internacionales de carácter imprescriptible”.¹³⁵

En conclusión, este tribunal que investiga las violaciones sexuales perpetradas contra las víctimas de la Masacre de El Mozote podría utilizar el derecho internacional consuetudinario vigente al momento de los hechos conjuntamente con las normas penales de derecho interno sobre violación sexual a los efectos de caracterizar estos hechos como crímenes internacionales. La utilización de las normas de derecho internacional consuetudinario permitirá al tribunal dar pleno efecto al régimen jurídico específico de los crímenes internacionales respecto de la gravedad de la conducta, su imprescriptibilidad, así como el respeto al principio de irretroactividad de la ley penal.

VI. Principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal

Al momento de la comisión de los hechos en El Mozote existía consenso en la comunidad internacional de que en El Salvador se estaban cometiendo crímenes internacionales en el

¹³² Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, *Recurso de Nulidad No 2184,-2017*, 2 de mayo de 2018, párr. trigésimo segundo.

¹³³ Digesto, DPLF, *supra* nota 105, pág. 180, (citando Corte Suprema de Justicia de Panamá, *Caso Cruz Mojica Flores*, Expediente 636-E, MP. Aníbal Salas Céspedes, 26 de enero de 2007, Consideraciones.)

¹³⁴ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Causa 44-2013/145-2013, *supra* nota 15, pág. 13

¹³⁵ *Id.*

marco del conflicto armado interno que se desarrollaba en ese país¹³⁶. Este consenso se extendía a la perpetración de violaciones sexuales¹³⁷. En particular varias instituciones internacionales intergubernamentales o no-gubernamentales, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Americas Watch y Amnistía Internacional reportaron sobre graves violaciones a los derechos humanos durante esta época e instaron al El Salvador a investigar dichos crímenes y erradicar esta violencia generalizada¹³⁸. Con posterioridad a la finalización del conflicto, la Comisión de la Verdad de El Salvador y la Corte IDH calificaron la violencia perpetrada durante dicho período de violencia armada como graves violaciones a los derechos humanos y encontraron patrones de violencia generalizada y sistemática¹³⁹. También el Gobierno de El Salvador reconoció responsabilidad internacional por los hechos de la Masacre del Mozote y lugares aledaños en el proceso ante la Corte IDH, admitiendo la perpetración de graves violaciones de derechos humanos incluida la violación sexual¹⁴⁰. De igual manera se pronunció la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador en el caso declarando la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz al concluir que “es de conocimiento público que durante los años 1980 a 1992 el país vivió un conflicto armado interno, durante el cual se cometieron crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, por ambas partes”¹⁴¹.

Desde los primeros informes de Americas Watch sobre El Salvador en la época del conflicto, se documentan violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos¹⁴². En 1982, en los informes se concluye que existen violaciones persistentes y masivas a los derechos humanos, represión y violencia generalizada particularmente en las áreas rurales¹⁴³. Estos informes, también determinan que, desde 1979, se ha incrementado la intensidad de estas violaciones¹⁴⁴ incluyendo violaciones al derecho a la vida, derecho a la libertad y tortura sistemática¹⁴⁵. Particularmente, estos informes denuncian patrones sistemáticos y generalizados de

¹³⁶ Veáanse en general los datos que se relevan en esta sección, en particular los informes de Americas Watch, Amnistía Internacional, y los informes de la CIDH.

¹³⁷ Véase, *inter alia*, Americas Watch, *Supplement to Report on Human Rights in El Salvador*, 1982, págs. 28-29; 138; Americas Watch, *Report on Human Rights in El Salvador*, 1982, págs. 52-53, 69-70.

¹³⁸ Veáanse informe citados *infra*.

¹³⁹ Comisión de la Verdad de El Salvador, *supra* nota 4, págs. 41, 125; Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, *supra* nota 8, párrs. 62-72.

¹⁴⁰ Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, *supra* nota 8, párrs. 17-28; 93.

¹⁴¹ Sala Constitucional Suprema de la Corte Constitucional de El Salvador, Causa 44-2013/145 2013, *supra* nota 15, pág. 38.

¹⁴² Americas Watch, *Report on Human Rights in El Salvador*, 1982, págs. ix, xlvii, 44, 82, 144; Americas Watch, *Supplement to Report on Human Rights in El Salvador*, 1982, págs. 7-8, 10, 16, 149.

¹⁴³ Americas Watch, *Report on Human Rights in El Salvador*, 1982, págs. ix, xxv, xlvii, 195-96.

¹⁴⁴ *Id.*, págs. xxvi, xlvii.

¹⁴⁵ *Id.*, págs. 37, 62, 66, 69.

violaciones a los derechos humanos que empeoran desde el año 1981¹⁴⁶. En 1982, dos delegaciones del Congreso de los Estados Unidos visitaron El Salvador y determinaron que los procesos de investigación contra algunos militares incluían crímenes considerados como serias violaciones a los derechos humanos¹⁴⁷, incluido el caso de las cuatro religiosas norteamericanas que fueron violadas sexualmente y posteriormente asesinadas¹⁴⁸. Ya para esta época también se documentaron varios casos similares de violaciones sexuales, incluyendo el caso del Mozote¹⁴⁹, y los grupos internacionales denunciaban la existencia de una represión barbárica que incluía la violación sexual¹⁵⁰. Adicionalmente, el informe anual de Amnistía Internacional de 1982 reconoció que la Asamblea General de las Naciones Unidas había concluido a través de un “informe preliminar” que en El Salvador existía un patrón consistente de graves violaciones de derechos humanos¹⁵¹ y que las autoridades del mismo país reconocían que el gobierno era responsable por serias violaciones a los derechos humanos¹⁵². En el mismo informe, se reconoció que la rama judicial y ejecutiva habían tomado una actitud pacífica e indiferente frente a estas violaciones¹⁵³.

Los informes que siguen de los años 1983-1984, reiteran como los agentes del Estado salvadoreño gozaban de una completa impunidad por la perpetración de violaciones a los derechos humanos y denuncian la falta de acción disciplinaria por crímenes notorios como la tortura o el asesinato indiscriminado¹⁵⁴. Mientras tanto, los informes denunciaban la persistencia de patrones de graves violaciones de derechos humanos y matanzas sistemáticas de civiles¹⁵⁵. Este mismo año, un grupo médico y un comité de una iglesia visitaron el país y reportaron que entre las violaciones de derechos humanos se incluían casos de violencia sexual en las prisiones y asesinatos¹⁵⁶. En el informe anual de 1985, Amnistía Internacional mostró preocupación por las graves violaciones a los derechos humanos mientras la Asamblea General de las Naciones Unidas reiteró la incapacidad de la rama judicial de El Salvador de investigar estos crímenes¹⁵⁷. En el informe de ese año, Americas Watch informó que el Departamento de Estado de Estados Unidos reconoció que continuaban los abusos serios de derechos humanos

¹⁴⁶ Americas Watch, *Supplement to Report on Human Rights in El Salvador*, 1982, págs. 7-8, 10, 16, 24, 31, 149.

¹⁴⁷ *Id.*, pág. 138

¹⁴⁸ *Id.*, pág. 138.

¹⁴⁹ *Id.*, págs. 28-29.

¹⁵⁰ Americas Watch, *Report on Human Rights in El Salvador*, 1982, págs. 52-53, 69-70.

¹⁵¹ Amnistía Internacional, *Informe Anual*, 1982, pág. 137.

¹⁵² Americas Watch, *Report on Human Rights in El Salvador*, 1982, pág. 44.

¹⁵³ Amnistía Internacional, *Informe Anual*, 1982, pág. 138.

¹⁵⁴ Americas Watch, *Second Supplement to the Report on Human Rights in El Salvador*, 1983, págs. 11, 13; Americas Watch, *Third Supplement to the Report on Human Rights in El Salvador*, 1983, pág. 9; Americas Watch, *El Salvador's Other Victims: War on the Displaced*, 1984, pág. 27.

¹⁵⁵ Americas Watch, *Second Supplement to the Report on Human Rights in El Salvador*, 1983, pág.13; Americas Watch, *As Bad as Ever: A Report on Human Rights in El Salvador, Fourth Supplement*, 1984, págs. 2, 5, 18.

¹⁵⁶ Americas Watch, *Second Supplement to the Report on Human Rights in El Salvador*, 1983, págs. 29-31.

¹⁵⁷ Amnistía Internacional, *Informe Anual*, 1985, págs. 143, 148.

en El Salvador¹⁵⁸, lo cual confirma que desde antes de este año el Departamento del Estado ya clasificaba a estos crímenes como graves violaciones a los derechos humanos. En los informes de los tres próximos años, Americas Watch continuó reiterando que crímenes como la tortura, el asesinato y la violación sexual son graves violaciones a los derechos humanos¹⁵⁹ y resaltó que el batallón Atlacatl, responsable por el Mozote, cometió las atrocidades más espeluznantes desde que comenzó la guerra¹⁶⁰. Además, continuó denunciando los abusos cometidos por ambas partes como la tortura y la violencia sexual, crímenes que fueron frecuentes desde que comenzó la guerra¹⁶¹. Por otro lado, Americas Watch reconoció en 1990 que la impunidad de oficiales militares y miembros de los escuadrones de la muerte por violaciones graves a los derechos humanos permanecía intacta en el país, a pesar de las décadas de promesas por parte del estado de investigar estos hechos y procesar a los perpetradores responsables¹⁶².

Por otro lado, la CIDH se pronunció en cuatro casos individuales sobre la existencia de graves violaciones a los derechos humanos en El Salvador durante el conflicto¹⁶³. En el primer caso, caso 7575, sobre las religiosas violadas y desaparecidas, la Comisión encontró que “ante estos hechos gravemente violatorios de los derechos humanos se considera: que estos hechos criminales se enmarcan en un proceso creciente cualitativamente y cuantitativamente punible de violación a los más elementales derechos humanos de nacionales y extranjeros, agrediendo ilegítimamente los derechos de un pueblo basándose en la indefensión de la mayoría de las víctimas y con los agravantes de premeditación, alevosía e insania característicos de la impunidad y libertad de acción de que gozan los autores materiales e intelectuales de esas violaciones”¹⁶⁴. En los dos casos siguientes involucrando la perpetración de tortura, detención, ejecución extrajudicial y desaparición, la CIDH recomendó a El Salvador a investigar estos

¹⁵⁸ Americas Watch, *Managing the Facts: How the administration deals with reports of human rights abuses in El Salvador*, 1985, pág. 30.

¹⁵⁹ Americas Watch, *Nightmare Revisited 1987-1988, 10th Supplement to the report on human rights in El Salvador*, 1988, pág. 3.

¹⁶⁰ Americas Watch, *A Year of Reckoning: El Salvador a decade after the assassination of Archbishop Romero*, 1990, págs. 157-58.

¹⁶¹ Americas Watch, *The Civilian Toll 1986-1987, 9th Supplement to the Report on Human Rights in El Salvador*, 1987, págs. 11, 18, 26; Americas Watch, *A Year of Reckoning: El Salvador a decade after the assassination of Archbishop Romero*, 1990, págs. 3, 93, 156.

¹⁶² Americas Watch, *El Salvador: Impunity prevails in Human Rights Cases*, 1990, pág. 1.

¹⁶³ CIDH, Resolución No. 17/83, Caso 7575, 30 de junio de 1983, en <http://www.cidh.org/annualrep/82.83sp/ElSalvador7575.htm> ; Resolución No. 28/89, Caso 10.252, 28 de septiembre de 1989, en <http://www.cidh.oas.org/casos/89.90sp.htm#RESOLUCION%20N%C2%BA%2028/89> ; Resolución No. 26/89, Caso 10.179, 28 de septiembre de 1989, en <http://www.cidh.oas.org/casos/89.90sp.htm#RESOLUCION%20N%C2%BA%2026/89> ; Informe No. 26/92, Caso 10.287, 24 de septiembre de 1992, en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/ElSalvador10.287.htm>

¹⁶⁴ CIDH, Resolución No. 17/83, Caso 7575, 30 de junio de 1983, en <http://www.cidh.org/annualrep/82.83sp/ElSalvador7575.htm>

graves hechos para esclarecer la responsabilidad por su perpetración¹⁶⁵. En el caso de la Masacre de las Hojas, la CIDH envió repetidamente solicitudes al Estado pidiendo “información respecto a las investigaciones internas por los hechos denunciados, y ... pese a la gravedad de los hechos, a las numerosas pruebas y elementos de juicio enviados a las autoridades salvadoreñas”¹⁶⁶ nunca recibió respuesta. Luego concluyó que “la actividad de la justicia penal dirigida a la investigación y castigo de las graves violaciones a los derechos humanos continúa siendo sumamente insatisfactoria lo que, unido a la promulgación y aplicación de la Ley de Amnistía de Octubre de 1987, propicia y refuerza un nocivo clima de impunidad”¹⁶⁷.

Igualmente, en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador de 1978 la CIDH documentó graves violaciones a los derechos humanos perpetradas por cuerpos de seguridad y otros cuerpos paramilitares que actuaban con los primeros luego de haber realizado una visita *in loco* a ese país¹⁶⁸. En base a esa información, la CIDH concluyó que las condiciones en las cuales se encontraba El Salvador en 1978, “explican graves violaciones de los derechos humanos que han ocurrido y continúan ocurriendo en El Salvador y, a la vez, obstaculizan el disfrute de los derechos económicos y sociales consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Carta de la OEA, en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales. Por supuesto, tales condiciones en ningún caso pueden justificar las violaciones de los derechos políticos y civiles fundamentales. Estas violaciones constituyen un obstáculo a la superación progresiva de las tensiones sociales y políticas, ya que impiden el funcionamiento efectivo de un sistema político que pueda responder constructivamente a las verdaderas necesidades sociales y económicas de la población”¹⁶⁹. Como consecuencia la CIDH recomendó que se “investiguen las denuncias sobre personas muertas, detenidas, torturadas o desaparecidas con posterioridad a su detención, así como investigar, enjuiciar y hacer que se sancionen a las autoridades responsables por tales actos”¹⁷⁰. En los informes de 1979-1980 y 1980-1981 la CIDH expresó su preocupación por la

¹⁶⁵ CIDH, Resolución No. 28/89, Caso 10.252, 28 de septiembre de 1989, en <http://www.cidh.oas.org/casos/89.90sp.htm#RESOLUCION%20N%C2%BA%2028/89>; Resolución No. 26/89, Caso 10.179, 28 de septiembre de 1989, en

<http://www.cidh.oas.org/casos/89.90sp.htm#RESOLUCION%20N%C2%BA%2026/89>

¹⁶⁶ CIDH, Informe No. 26/92, Caso 10. 287, 24 de septiembre de 1992, en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/ElSalvador10.287.htm>

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, 1978*, Conclusiones, en <http://www.cidh.org/countryrep/ElSalvador78sp/indice.htm>

¹⁶⁹ *Id.*, Conclusiones, párr. 9.

¹⁷⁰ *Id.*, párr. 5; CIDH, *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1980-1981*, págs. 2, 6, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/indice.htm>

creciente ola de violencia que afectaba a El Salvador en esa época que también significaba un deterioro generalizado de la situación de derechos humanos en el país¹⁷¹.

En informes posteriores sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, la CIDH reconoció que “se vienen registrando serias violaciones a los derechos humanos, de parte de ambos bandos”¹⁷², expresó su preocupación ante la continuación del clima de violencia que vivía el país y calificó el asesinato, tortura y violación sexual de cuatro religiosas norteamericanas (Caso 7575) como hechos “gravemente violatorios a los derechos humanos”¹⁷³. La CIDH resaltó que “durante los últimos años, los informes de la Comisión han expuesto un cuadro de violación generalizada de los derechos humanos, referido prácticamente a la totalidad de los derechos, libertades y garantías fundamentales contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual El Salvador es parte”¹⁷⁴ e instó al Estado a llevar a cabo investigaciones para sancionar a los “responsables de las gravísimas violaciones a los derechos humanos”¹⁷⁵. La CIDH también encontró que la violencia en El Salvador podía ser caracterizada como “graves y generalizadas violaciones a los derechos humanos”¹⁷⁶ y podían constituir violaciones a las Convenciones de Ginebra¹⁷⁷.

Previo a los Acuerdos de Paz, la CIDH volvió a reiterar, pero con más énfasis, que durante el periodo del 1990 a 1991 persistían graves violaciones a los derechos humanos y que dichos hechos se generaban por acciones de escuadrones de la muerte y de las Fuerzas de Seguridad ya que estos actuaban en total impunidad porque las autoridades y el sistema judicial salvadoreño no tenía la voluntad ni los medios para erradicar dichas conductas¹⁷⁸. Al finalizarse los Acuerdos de Paz, la CIDH resumió las observaciones más importantes que se habían hecho desde que comenzaron a estudiar la situación en El Salvador en el 1977 y declaró que la puesta en marcha y

¹⁷¹ CIDH, *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1979-1980*, Capítulo V, pág. 11, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/79.80sp/indice.htm>

¹⁷² CIDH, *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1981-1982*, págs. 2-3, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/81.82sp/indice.htm> ; *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1984-1985*, Capítulo IV, págs. 1-2, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Indice.htm>

¹⁷³ CIDH, *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1982-1983*, Capítulo IV, Caso 7575, pág. 2, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/82.83sp/indice.htm>

¹⁷⁴ CIDH, *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1983-1984*, pág. 1, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/83.84sp/indice.htm>

¹⁷⁵ CIDH, *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1983-1984*, Capítulo IV, pág. 7, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/83.84sp/indice.htm>

¹⁷⁶ CIDH, *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1984-1985*, Capítulo IV, pág.1 <http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Indice.htm> ; *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1985-1986*, Capítulo IV, pág. 1, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Indice.htm> ; *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1986-1987*, Recomendaciones, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/86.87sp/Indice.htm>

¹⁷⁷ CIDH, *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1984-1985*, Capítulo IV, pág. 2, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Indice.htm>

¹⁷⁸ CIDH, *Informe Anual de la Comisión de Derechos Humanos 1990-1991*, pág. 7, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/90.91sp/Indice.htm>

la efectiva implementación de las medidas e instituciones derivadas de los Acuerdos de Paz, que fueron consagrados por vía legislativa y constitucional, son igualmente indispensables para alcanzar la paz y la estabilidad que tanto necesita El Salvador”¹⁷⁹.

La Corte IDH, en casos relacionados al conflicto que decidió con posterioridad a su finalización también ha reconocido la existencia de graves violaciones a los derechos humanos durante ese periodo¹⁸⁰. Durante la audiencia pública del caso *Contreras y otros v. El Salvador*, el Estado y la CIDH reconocieron que éstas eran víctimas de graves violaciones de derechos humanos al ser desaparecidas durante el conflicto armado¹⁸¹. La Corte IDH determinó que el Estado tiene una obligación de investigar casos de desaparición forzada de niños y niñas ya que éstos se enmarcan dentro de un patrón sistemático de graves violaciones a los derechos humanos¹⁸². Inclusive, se reconoció que en estas situaciones se favoreció la impunidad¹⁸³. La Corte reiteró lo dicho en *Velásquez Rodríguez* sobre la necesidad de una sociedad de conocer la verdad sobre graves violaciones de derechos humanos¹⁸⁴. En *Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador* y en *Rochac Hernández v. El Salvador*, la Corte IDH reiteró que los hechos denunciados en esos casos constituían graves violaciones a los derechos humanos y que en El Salvador no existían mecanismos judiciales efectivos para investigar, juzgar y sancionar a los responsables de estos crímenes¹⁸⁵. Adicionalmente, ordenó al Estado investigar los crímenes graves que se habían perpetrado en los casos bajo análisis, particularmente cuando éstos “ocurren como parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado”¹⁸⁶. También concluyó que la ley de amnistía era un obstáculo para poder investigar y sancionar dichos crímenes de modo que no quedaran impunes y se evitara su repetición¹⁸⁷.

El mandato de la Comisión de la Verdad de El Salvador era investigar graves hechos ocurridos durante el conflicto armado interno desde 1980¹⁸⁸. La Comisión en su informe registró al Mozote como una grave matanza¹⁸⁹ y encontró más de 22, 000 denuncias de graves hechos de

¹⁷⁹ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador*, 1994, Capítulo III, pág. 2, en <http://www.cidh.org/countryrep/ElSalvador94sp/indice.htm>

¹⁸⁰ Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120; *Caso Contreras y otros v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, *supra* nota 8; *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C No. 285.

¹⁸¹ Corte IDH, *Caso Contreras y otros v. El Salvador*, *supra*, párrs. 22-23.

¹⁸² *Id.*, párr. 127.

¹⁸³ *Id.*, párr. 155.

¹⁸⁴ *Id.*, párr. 170.

¹⁸⁵ Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, *supra* nota 8, párr. 208; *Caso Rochac Hernández y otros v. El Salvador*, *supra* nota 180, párrs. 154, 157.

¹⁸⁶ Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, *supra* nota 8, párrs. 244, 257.

¹⁸⁷ *Id.*, párrs. 288, 291; *Caso Rochac Hernández y otros v. El Salvador*, *supra* nota 180, párr. 172.

¹⁸⁸ Comisión de la Verdad de El Salvador, *supra* nota 4, págs. 2, 9-10.

¹⁸⁹ *Id.*, pág. 18.

violencia¹⁹⁰. También señaló que desde 1980 a 1984, se cometieron los peores graves hechos de violencia con un 75% de los crímenes perpetrados durante el conflicto centrados en estos años¹⁹¹. En relación a la Masacre de El Mozote la Comisión concluyó que “fue una violación seria del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁹².

Los datos arriba relevados demuestran que desde 1978 hasta 1992 varios organismos internacionales intergubernamentales o no-gubernamentales calificaban a la violencia perpetrada en el conflicto armado interno como graves violaciones a los derechos humanos, violencia generalizada y sistemática, crímenes notorios e incluso se referían a la violencia sexual como parte de estos crímenes. De este modo no puede alegarse que resultaba desconocido para los perpetradores de estos delitos que la gravedad y naturaleza de las conductas cometidas durante ese período podrían acarrearles consecuencias penales serias, conmensurables con la caracterización de estos hechos como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra en el derecho internacional. Esto fue reconocido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador en su sentencia declarando la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz al concluir que no resulta violatorio del principio de retroactividad la persecución de los crímenes graves cometidos durante el conflicto armado en El Salvador, pues “junto con la obligación convencional vigente de abstenerse de tales conductas, éstas fueron precedidas, además, por la descripción típica de la legislación penal correspondiente, de modo que los responsables o autores mediatos e inmediatos de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad estaban en condiciones de conocer el carácter delictivo de su comportamiento, y tenían la obligación de impedir su realización”¹⁹³.

De modo similar, otros tribunales de América Latina han reconocido no sólo que la caracterización de un tipo particular de conducta como criminal bajo derecho nacional no impide la caracterización de ese tipo de conducta como criminal bajo derecho internacional, pero también que se puede usar el derecho internacional como parte del sistema jurídico y darle efectos como ley previa, a fines de enjuiciar y condenar un acusado por conducta reconocida como criminal bajo derecho internacional sin violar el principio de legalidad¹⁹⁴. Por ejemplo, la justicia penal uruguaya ha señalado que “[s]e puede, según el derecho internacional, llevar a juicio y condenar sin violar el principio de irretroactividad de la ley penal [a] un autor de un acto criminal, aun cuando ni al momento de cometerse ni posteriormente

¹⁹⁰ *Id.*, págs. 41, 139, 185.

¹⁹¹ *Id.*, pág. 42.

¹⁹² *Id.*, pág. 125.

¹⁹³ Sala Constitucional Corte Suprema de El Salvador, Sentencia del proceso de inconstitucionalidad No. 44-2013/145-2013, *supra* nota 15, pág. 13.

¹⁹⁴ Digesto, DPLF, *supra* nota 105, págs. 178-179.

ese acto no era ni es delito según la legislación nacional, si ese acto al momento de su comisión ya era considerado delito por el Derecho Internacional”¹⁹⁵. En ese sentido, continuó afirmando que los Estados no pueden invocar la ausencia de tipos penales nacionales para evitar reprimir un crimen bajo el Derecho Internacional y así no cumplir con su obligación de juzgar y castigar a los autores del delito “si al tiempo de su comisión ya era delito bajo el Derecho Internacional o considerado delictivo según los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional”¹⁹⁶.

Esta interpretación es consistente con las normas de tratados internacionales de derechos humanos que protegen el principio de legalidad. Por ejemplo, el artículo 15 del PIDCP establece que no se viola el principio de legalidad cuando los actos u omisiones perpetrados por el acusado fueran considerados al momento de su perpetración “delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”¹⁹⁷. Igualmente, el Artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos excluye de la aplicación del principio de legalidad a los actos u omisiones que fueran considerados delito por el derecho interno o el derecho internacional¹⁹⁸. También establece que no se “impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”¹⁹⁹. Aunque el artículo 9 de la CADH no es explícito como los otros instrumentos citados, algunos consideran que al referirse a “derecho aplicable”, este lenguaje incluye las normas de derecho internacional consuetudinario²⁰⁰.

¹⁹⁵ *Id.*, pág. 169 (citando *Caso “Plan Cóndor”* en Uruguay (José Nino Gavazzo Pereira y otros) – Sentencia No. 036, Ficha 98-247/2006, Juez Penal 19° Turno, 26 de marzo de 2009, considerando 8.)

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ El artículo 15 del PIDCP establece: 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

¹⁹⁸ El artículo 7(1) del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos prevé: Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

¹⁹⁹ El artículo 7(2) del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos establece: El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

²⁰⁰ El artículo 9 de la CADH prevé: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En conclusión, al momento de la perpetración de los hechos de la Masacre de El Mozote estaba documentado por parte de organizaciones internacionales gubernamentales y no-gubernamentales la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, incluidos casos de violencia sexual, que podían calificarse como crímenes internacionales en el marco del conflicto armado interno en El Salvador. La perpetración de dichos crímenes fue luego confirmada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador y por la sentencia de la Corte IDH en el caso de la Masacre de El Mozote. También fueron reconocidos internacionalmente por El Salvador en el procedimiento ante ese tribunal. La caracterización de conductas como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra trae aparejado la aplicación de un régimen jurídico ampliamente aceptado por el derecho internacional y la práctica de los tribunales internos de la región, que incluye la obligación de sancionar a los perpetradores con penas conmensurables con la gravedad de los hechos, la imprescriptibilidad de la acción penal para perseguir a los responsables y el respeto al principio de irretroactividad de la ley penal, cuando se demuestra que los hechos materia de la investigación eran calificados como crímenes internacionales bajo el derecho internacional consuetudinario al momento de su comisión.

VII. Algunas consideraciones sobre la prueba en casos de violación sexual en contextos de conflicto o graves violaciones a los derechos humanos

Dada la naturaleza de la violación sexual la obtención de evidencia directa de los hechos es en la mayoría de los casos muy difícil de lograr, razón por la cual la admisión de pruebas y la valoración de las mismas requieren de una consideración especial. Si esta afirmación resulta aplicable para cualquier violación sexual, es todavía más relevante en contextos de conflicto o de graves violaciones a los derechos humanos. Por ello la Corte IDH ha afirmado consistentemente que en casos de violación sexual “no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales, y por ello la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”²⁰¹. En casos en los cuales la víctima no puede proveer el testimonio, la existencia de otros testigos ostenta el mismo rol central. En este sentido la *Guía de actuación para los Ministerios Públicos en la investigación penal de casos de violencia sexual perpetrados en el marco de crímenes internacionales, en particular de crímenes de lesa humanidad*, sostiene en relación a la prueba testimonial que “[l]as declaraciones de testigos y víctimas de violencia sexual ocurridos en el contexto de crímenes internacionales son las

²⁰¹ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 25, párr. 89; *Caso Fernández Ortega y otros v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 25, párr. 100; *Caso J. v. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 48, párr. 323; *Caso Espinoza Gonzáles v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 31, párr. 150.

pruebas centrales para acreditarlos”²⁰². De igual manera, los tribunales argentinos han otorgado un valor central a los testimonios de personas privadas de libertad en centros clandestinos de detención para acreditar la violación sexual de otra detenida que aún continúa desaparecida²⁰³. La consistencia del testimonio en estos casos es relevante para convalidar los hechos que se alegan. Sin embargo, tanto la Corte IDH como los tribunales nacionales han concluido que esto no implica que no puede haber variaciones en lo declarado por el testigo puesto que se admite que este tipo de experiencias traumáticas pueden en algunos casos afectar la memoria de lo ocurrido, sobre todo cuando se requiere que el testigo declare sobre lo sucedido en numerosas ocasiones y sobre hechos que han ocurrido hace mucho tiempo.²⁰⁴

Además de la declaración de la víctima, o de otros testigos cuando ésta no está disponible para prestarla, y a los efectos de corroborar lo denunciado, los tribunales nacionales y la Corte IDH han tomado en consideración otros elementos de convicción como pruebas circunstanciales, indicios o presunciones. En este sentido, la Corte IDH ha aceptado la legitimidad de estos medios de prueba “siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”²⁰⁵.

En el caso de violaciones sexuales perpetradas en conflicto armado o en situaciones de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos el contexto en que ocurrieron los hechos ha sido considerado una prueba esencial para corroborar las alegaciones de víctimas o testigos. Por ejemplo, en los casos de *J. v. Perú y Espinoza González v. Perú*, la Corte IDH valoró el informe elaborado por Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR) documentando un contexto de práctica sistemática de violencia sexual en el conflicto interno en Perú a los efectos de convalidar las declaraciones de las víctimas en estos casos²⁰⁶. En particular la Corte IDH destacó que “la CVR concluyó que la violencia sexual ‘fue una práctica generalizada o

²⁰² *Guía de actuación para los Ministerios Públicos en la investigación penal de casos de violencia sexual perpetrados en el marco de crímenes internacionales, en particular de crímenes de lesa humanidad*, (aprobada por la XVII Reunión Especializada de Ministerios Públicos de Mercosur y Estados Asociados –REMPM-), Artículo 5, Actividad Probatoria.

²⁰³ Juzgado Federal de Primera Instancia de Resistencia Chaco, *Causa “Residual Caballero, Humberto Lucio y Otros s/tormento agravado de concurso real con privación ilegal de la libertad (agravada) desaparición forzada de persona*, 23 de mayo de 2011.

²⁰⁴ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 25, párrs. 91-92; *Caso Fernández Ortega y otros v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 25, párrs. 104-106; *Caso J. v. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 48, párr. 325; *Caso Espinoza González v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 31, párr. 150. Véase también Cámara Federal de Casación Penal, *Causa Riveros, Santiago Omar y otros s/ recurso de casación*, 16 de mayo de 2018, pág. 37.

²⁰⁵ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Fondo, *supra* nota 32, párr. 130; *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 25, párr. 102.

²⁰⁶ *Caso J. v. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 48, párr. 68; *Caso Espinoza González v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 31, párrs. 62-66.

sistemática' y 'subrepticamente tolerada, pero en casos abiertamente permitida por los superiores inmediatos, en determinados ámbitos'. Tuvo lugar en el desarrollo de incursiones militares, pero también en el interior de ciertos establecimientos del Ejército y de las Fuerzas Policiales. Según las conclusiones de la CVR, la violencia sexual contra las mujeres afectó a un número importante de las mujeres detenidas a causa de su real o presunto involucramiento personal en el conflicto. Afectó también a aquéllas cuyas parejas eran miembros reales o supuestos de los grupos subversivos. Incluso, como castigo o represalia, fueron víctimas de formas de violencia sexual mujeres que realizaban una labor de búsqueda y/o denuncia de los casos de violaciones de derechos humanos de sus familiares. A la luz de la información recogida, la CVR concluyó que la violación sexual se trató de una práctica reiterada y persistente que se produjo en el contexto de la violencia sexual antes descrita"²⁰⁷.

De igual manera varios tribunales penales nacionales de América Latina han valorado la existencia de un contexto de conflicto o violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos como un elemento de convicción adicional a las declaraciones de víctimas o testigos denunciando la perpetración de violación sexual. En Perú, en el caso de las incursiones militares en las *provincias de Antabamba en Apurímac y Chumbivilcas en Cusco*, la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia corroboró las declaraciones de víctimas de violación sexual y de otros testigos a partir de la existencia de un contexto de violencia contra los campesinos quechua hablantes considerados como terroristas o colaboradores con la subversión. En particular la Sala señaló que "[lo] que se hizo en el presente caso fue una intervención militar marcadamente arbitraria y de grave violación de los derechos humanos. No se puede calificar lo acontecido como un acto aislado o efectuado por personas desequilibradas, sino como la materialización de una línea de conducta que consistió en intervenir con acciones desproporcionadas a los pobladores de esos lugares lejanos, bajo la sospecha de ser terroristas o colaboradores con ellos, y, desde esa óptica, someterlos a privaciones de libertad, torturas, violaciones y ejecuciones extrajudiciales, claro está en el contexto de una actuación ciertamente terrorista e indiscriminada de Sendero Luminoso. El conjunto de la prueba testifical que se actuó es coincidente y apunta en esa dirección. En estas condiciones y contexto es que debe valorarse la prueba, así como tomar en cuenta el tiempo transcurrido entre los hechos y la realización de los actos de prueba, y de los numerosos problemas que se presentaron en la ejecución y consolidación en los actos de esclarecimiento de los mismos"²⁰⁸.

Asimismo, en la *causa Aliendo*, en Argentina, se determinó que la violación sexual de una detenida en un centro clandestino de detención estaba acreditado por la declaración de la

²⁰⁷ *Caso Espinoza González v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra* nota 31, párr. 63.

²⁰⁸ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad No 2184, *supra* nota 132, párr. trigésimo segundo.

víctima, a la que se sumaron para corroborarlo los testimonios de otras personas que compartieron el mismo cautiverio y que permitieron demostrar la existencia de un contexto de torturas, tormentos y violaciones de mujeres por parte de agentes de seguridad y en el marco de dependencias controladas por el estado²⁰⁹. Igualmente, en la causa *Residual Caballero, Humberto Lucio y Otros s/Tormento agravado en concurso real con privación ilegal de la libertad (agravada) desaparición forzada* se concluyó que la violación sexual reiterada de S.F. A. en dependencias de una brigada de investigación, quien no pudo testificar en el juicio por encontrarse desaparecida, quedaba corroborada por los testimonios de otras víctimas que compartieron su cautiverio. Estos testimonios fueron analizados “con especial consideración al contexto histórico que ocupó la vida de los declarantes, extrayéndose los aspectos más relevantes a los efectos de la dilucidación de los hechos investigados, ... siendo testigos directos de los distintos hechos, y que finalmente resultan concordantes sobre aspectos sustanciales de la investigación como ser lugares de cautiverio, personal involucrado, formas de alimentación, interrogatorios. Con tales testimonios, sumados a las constancias documentales incorporadas al proceso, ha sido posible llegar a reconstruir los sucesos históricos...Finalmente quedan incorporados como elemento de análisis el estado de clandestinidad de la detención de S.F.A.”²¹⁰

Por otro lado, es importante señalar que aunque la prueba médica, sea ésta física o psicológica, es un medio de convicción para acreditar afectaciones a la integridad personal o sexual, existe una posición uniforme en la jurisprudencia internacional y entre los expertos en la materia de que este tipo de evidencia no puede ser considerada la única prueba o la prueba exclusiva que sirva para demostrar la perpetración de un hecho de esa naturaleza²¹¹. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH al señalar que “en casos donde se alegue[n] agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima. En tales casos, no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de violencia o violación sexual en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de dichos exámenes”²¹². De hecho los casos mencionados con anterioridad demuestran que la práctica de los tribunales nacionales

²⁰⁹ Causa No 960/11 caratulada *Aliendro, Juana Agustina y otros s/desaparición forzada de personas, violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, tormentos, etc., Imputados: Musa Azar y otros*, del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, 5 de marzo de 2013, pág. 223.

²¹⁰ Juzgado Federal de Primera Instancia de Resistencia Chaco, *Causa “Residual Caballero, Humberto Lucio y Otros, supra nota 203*, págs. 54-55.

²¹¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Serie de Capacitación Profesional No. 8, *Protocolo de Estambul*, Manual para la investigación y documentación eficaces para la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, 9 de agosto de 1999, Capítulos V y VI, párr., párr. 160; *Action against Torture, A practical guide to the Istanbul Protocol for lawyers*, IRCT, Second Edition 2007, pág. 37.

²¹² Corte IDH, *Caso J. v. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra nota 48*, párr. 329; *Caso Espinoza González v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, *supra nota 31*, párr. 152.

que han resuelto casos de violaciones sexuales en el marco de conflictos armados o situaciones generalizadas de violaciones a los derechos humanos no contemplan la posibilidad de que exista prueba médica dado que, al igual que en el caso de El Mozote, la investigación de estos hechos ha tenido lugar luego del transcurso de muchos años y en situaciones en las cuales la prueba había sido destruida por las mismas autoridades que debían protegerla.

En suma, la obtención y valoración de la prueba en casos de violación sexual perpetradas en situaciones de conflicto armado o de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos presentan desafíos y características diferenciadas que deben ser tomadas en consideración por el tribunal a su cargo. En primer lugar, tanto los tribunales internacionales como los nacionales han otorgado centralidad a la declaración de la víctima de violación sexual, o a testigos directos cuando ésta no está disponible, utilizando el conjunto de otras pruebas existentes, sean estas circunstanciales, presunciones o indicios para corroborar la credibilidad de los testimonios. Aunque la prueba médica puede ser relevante para demostrar la afectación de la integridad personal o sexual de una víctima, su inexistencia no disminuye ni resta credibilidad sobre lo denunciado por la víctima u otros testigos. En la práctica, y como se demostró anteriormente, los tribunales nacionales que han resuelto casos de violencia sexual similares a los que se investigan en la masacre de El Mozote han recurrido al contexto en el que éstas ocurrieron como medio adicional de convicción para acreditar la existencia de los hechos denunciados. Ello así porque en muchos casos, al igual que en el caso bajo su consideración, el transcurso del tiempo ha borrado cualquier evidencia médica u otro tipo de prueba documental que hubiera podido obtenerse si se hubiera procedido a su investigación con debida diligencia luego de ocurridos los hechos.

VIII. La obligación de investigar a los autores materiales e intelectuales en casos de violación sexual

La jurisprudencia consistente de la Corte IDH ha indicado que para ser efectiva la investigación de crímenes graves, incluidos los crímenes de guerra y de lesa humanidad, requiere que se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la perpetración de esos delitos²¹³. Además, “[e]n aras de garantizar su efectividad, la investigación debe ser conducida tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en los mismos, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de

²¹³ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala*, supra nota 33, párr. 140; *Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala*, supra nota 33, párr. 194; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, supra nota 8, párr. 257; Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal v. Guatemala*, supra nota 33, párr. 212.

investigación”²¹⁴. Ello implica que la investigación debe alcanzar no sólo a los perpetradores directos sino también a los altos oficiales y funcionarios estatales que actuaron como autores intelectuales de la comisión de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra²¹⁵. Para ello, el Estado deberá garantizar que las autoridades judiciales que adelanten la investigación cuenten con todos los recursos logísticos y científicos para recabar la prueba y puedan además acceder a toda la documentación, incluida aquella en manos del estado, para investigar los hechos que se denuncian.²¹⁶ También los operadores judiciales, víctimas y testigos deben contar con garantías de seguridad suficientes para asegurar su independencia, imparcialidad y cooperación²¹⁷.

La obligación del estado de investigar no sólo a los autores materiales sino también a los mandos o superiores en la respectiva cadena jerárquica que permitieron, favorecieron, aceptaron u ocultaron la comisión de actos de violencia sexual surge no sólo de la CADH sino también de otros tratados de los cuales El Salvador es parte, incluida la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura). El Artículo 3 de la CIPST prevé la obligación de sancionar la tortura perpetrada, *inter alia*, por “los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan”²¹⁸. En forma similar el artículo 1 de la Convención contra la Tortura establece que se entenderá por tortura todo acto que cumpliendo con el requisito de severidad y de haberse perpetrado con un fin sea infligido “por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.²¹⁹ La práctica del Comité contra la Tortura y la interpretación

²¹⁴ Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala*, supra nota 33, párr. 194.

²¹⁵ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala*, supra nota 33, párr. 152; *Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala*, supra nota 33, párr. 194; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, supra nota 8, párr. 257; Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal v. Guatemala*, supra nota 33, párr. 212.

²¹⁶ *Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala*, supra nota 30, párr. 235; *Caso de la Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala*, supra nota 33, párr. 233; *Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213, párr. 216.

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ El Artículo 3 de la CIPST prevé: Serán responsables del delito de tortura:

- a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

²¹⁹ El texto completo del artículo 1.1 de la Convención de la Tortura establece:

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

que ha hecho de esta frase permiten concluir que la obligación de los Estados de investigar actos de esta naturaleza alcanza no sólo a los perpetradores de los hechos de tortura sino también a sus superiores en la cadena de mando. En su Observación General No. 2 el Comité contra la Tortura ha señalado claramente que bajo esta disposición es “esencial investigar y establecer la responsabilidad tanto de los integrantes de la cadena jerárquica como de los autores directos”.²²⁰ Asimismo, el Comité ha dejado claro que “los superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos, no pueden eludir la culpabilidad, ni sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo”.²²¹ También para el Comité es fundamental “que la responsabilidad de todo superior jerárquico por haber instigado o alentado directamente la tortura o los malos tratos, o por haberlos consentido o tolerado, sea investigada a fondo por órganos fiscales y jurisdiccionales competentes, independientes e imparciales”.²²²

Por otro lado, el concepto de responsabilidad de mando se reconoce desde hace mucho tiempo en el derecho internacional. Los tribunales posteriores a la Segunda Guerra Mundial afirmaron la validez de la responsabilidad de mando condenando a numerosos dirigentes por no prevenir los crímenes de sus subordinados, incluyendo funcionarios políticos que, aunque no ordenaron o autorizaron los crímenes, tampoco los investigaron²²³ ni los hicieron cesar²²⁴ y aceptaron promesas de otros según las cuales los abusos se detendrían aun sabiendo que estas promesas no se estaban cumpliendo²²⁵. La responsabilidad de mando también ha sido incluida en los estatutos de todos los tribunales penales internacionales modernos²²⁶, varios de los cuales han afirmado que la responsabilidad de mando refleja el derecho internacional consuetudinario

²²⁰ Comité contra la Tortura, *Observación General Nº 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párr. 7 [de aquí en adelante Observación General del CAT No. 2], <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8782.pdf?view>.

²²¹ *Id.*, párr. 26.

²²² *Id.*

²²³ Estados Unidos v. Brandt et al. (*The Medical Case*), *reimpreso en* II TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS 171, 189-98 (1949) (que responsabilizaba al Comisario de Salud y Servicios Médicos de Alemania por crímenes cometidos por sus subordinados ya que recibió informes sobre los abusos pero no los investigó ni los hizo cesar), https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-II.pdf.

²²⁴ Estados Unidos v. Wilhelm Frick, *reimpreso en* 22 TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINALS BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL 544, 546-47 (1948) (encontrando que aunque el acusado recibió informes sobre crímenes cometidos por subordinados bajo su jurisdicción, no hizo nada para detenerlos) https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-XXII.pdf.

²²⁵ Estados Unidos v. Araki et al., Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, Sentencia, 1160-61 (4 de noviembre de 1948) (concluyendo que el acusado "no cumplió con su deber" porque aceptó promesas que los abusos se detendrían incluso después de que quedó claro que esas promesas no se estaban cumpliendo, y no insistió en tomar acciones inmediatas para poner fin a los abusos), <http://www.ibiblio.org/hyperwar/PTO/IMTFE/>.

²²⁶ Estatuto de Roma de la CPI, [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf), art. 28; Estatuto del TPIR, *supra* nota 58, art. 6(3); Estatuto del TPIY, *supra* nota 58, art. 7(3); Estatuto del SCSL, *supra* nota 58, art. 6(3); [Ley que establece el ECCC](#), *supra* nota 58, [art. 29](#).

vigente mucho antes de los acontecimientos de la masacre de El Mozote²²⁷. El Estatuto de Roma de la CPI también incluye disposiciones para la responsabilidad de un superior²²⁸.

De la misma manera, los tribunales nacionales de América Latina han resuelto consistentemente sobre la responsabilidad penal no sólo de los autores materiales sino también de los mandos superiores en caso de violación sexual caracterizada como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad. En Perú, en el caso de las incursiones militares en las provincias de Antabamba en *Apurímac* y *Chumbivilcas* en Cusco, la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia condenó a los integrantes de una patrulla militar como co-autores de la violación sexual de varias mujeres durante una incursión militar por haber actuado “de consuno con competencias específicas, repartiéndose las tareas, incluso intercambiándolas en determinados momentos y situaciones, de incursión en los centros poblados, vigilancia armada, amedrentamiento generalizado, agresión a los poblados, disparos contra las víctimas y actos de violación sexual... Todos ellos estaban al tanto de lo que harían, ocurría y hacían, por lo que no resulta necesaria su identificación plena para dilucidar cada acto específico... y tampoco individualizarlos para la sanción del delito de violación...”²²⁹. Asimismo, confirmó la condena del capitán que tenía el dominio funcional y operativo de la patrulla por considerar que sus miembros no podrían haber actuado sin la existencia de la estructura organizacional castrense y las violaciones sexuales no se hubieran podido perpetrar sin la planificación, directivas y conocimiento suyo²³⁰.

También los tribunales penales de Argentina han seguido una interpretación similar en relación a los superiores jerárquicos responsables de centros clandestinos de detención, o incluso aquellos que se encontraban más alto en la cadena de mando, y los han responsabilizado penalmente por la violación sexual de mujeres que se encontraban privadas de su libertad

²²⁷ Véase, e.g., Fiscal v. Hadžihasanović, Caso No. IT-01-47-AR72, Decisión sobre la Apelación Interlocutoria contestando la jurisdicción en relación con la Responsabilidad de Mando, párr. 29 (TPIY Sala de Apelaciones 16 de julio de 2003) (“La Sala de Apelaciones reafirma la opinión de la Sala de Primera Instancia de que la responsabilidad de mando era parte del derecho internacional consuetudinario relativo a los conflictos armados internacionales antes de la aprobación del Protocolo I” de los Convenios de Ginebra, adoptado en los años setenta), http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/acdec/en/030716.htm; Muvunyi Sentencia de Juicio, *supra* nota 52, párr. 473 (“El párrafo 3 del artículo 6 del Estatuto establece el principio de la responsabilidad superior o de mando que está bien establecido en el derecho internacional consuetudinario y específicamente mencionado en los Convenios de Ginebra sobre derecho internacional humanitario.”) (traducción propia); Kaing Sentencia de Juicio, *supra* nota 59, párrs. 470-78 (concluyendo que la responsabilidad de mando existía como una cuestión de derecho internacional consuetudinario para el 17 de abril de 1975); Fiscal v. Nuon & Khieu, Caso No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Caso 002/01 Sentencia, párr. 714 (ECCC Sala de Primera Instancia 7 de agosto de 2014) (“La responsabilidad de mando, aplicable tanto a los militares como a los superiores civiles, se encontraba reconocida en el derecho internacional consuetudinario para 1975.”) (traducción propia), <https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/documents/court/2017-06-16%2009:01/E313.pdf>.

²²⁸ [Estatuto de Roma de la CPI](#), *supra* nota 226, art. 28. Los elementos para la responsabilidad civil superior bajo el Estatuto de Roma son similares, pero el Estatuto también requiere explícitamente que (a) los crímenes concernieran actividades que estaban bajo la responsabilidad y el control efectivos del superior, y (b) que los crímenes fueron cometidos como resultado de la omisión del superior de ejercer un control adecuado sobre tales subordinados. *Id.*, Art. 28 b). La formulación del *mens rea* es un poco distinto: el superior debe saber, o “deliberadamente [hacer] caso omiso de información que indicase claramente”, la comisión de crímenes. *Id.*, art. 28(b)(i).

²²⁹ Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, *supra* nota 35, párr. Vigésimoquinto C.

²³⁰ *Id.*, párr. Vigésimosexto.

ilegalmente y en forma clandestina. Por ejemplo, en la *causa Riveros, Santiago Omar y otros s/recurso de casación*, la Cámara Federal de Casación Penal confirmó la sentencia por violación sexual agravada contra Santiago Riveros y Rodolfo Feroglio, quienes detentaban los cargos de Comandante de Institutos Militares de Campo de Mayo y Director de la Escuela Caballería y Jefe del Área Militar 430, respectivamente, por hechos que ocurrieron en la Comisaría de Villa Ballester, dependencia que se encontraba bajo el control operacional de ambas instituciones²³¹. La sentencia fundó la responsabilidad penal sobre la base de que los condenados proporcionaron los medios necesarios para la consecución de los hechos y tuvieron dominio sobre éstos, los que ocurrieron en la Comisaría de Villa Ballester en cuanto a las detenciones arbitrarias y violaciones entre otros delitos²³². En particular señaló el tribunal que “por la posición que ocuparon cada uno en la Zona de Defensa IV en el marco de un ataque generalizado y sistemático de la población civil, configuraron el contexto delictivo en el que tuvieron lugar los hechos que fueron materia de este debate, entre ellos las violaciones y los abusos por los que resultaron condenados....Ello así pues en el marco del plan sistemático ‘los cuadros inferiores gozaron de una gran discrecionalidad y libertad, teniendo la posibilidad de abusar sexualmente de las personas detenidas, con lo que la supuesta eventualidad no fue tal, los abusos sexuales no fueron caprichos o excesos de los subordinados que pudieran resultar imprevisibles [a los imputados] sino que integraron la política de desmoralización y humillación de las víctimas²³³.”

Las normas y jurisprudencia internacional reseñadas demuestran que la obligación de investigar la violación sexual, particularmente cuando puede caracterizarse como un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, alcanza no solo a los autores materiales sino también a los mandos o superiores en la respectiva cadena jerárquica que permitieron, favorecieron, aceptaron u ocultaron la comisión de esos actos. La práctica de los tribunales internos de América Latina que han resuelto casos de violación sexual perpetrada en contextos de conflicto o situaciones graves de violaciones a los derechos humanos han seguido dichas normas y jurisprudencia internacional al momento de determinar las responsabilidades penales correspondientes. El tribunal a su cargo que se encuentra investigando las violaciones sexuales perpetradas contra las víctimas de la masacre de El Mozote debe tomar en consideración las normas y jurisprudencia internacionales, así como la práctica de los otros tribunales nacionales al momento de investigar y sancionar a los responsables de este delito.

IX. Conclusión

El Estado salvadoreño a través de sus órganos judiciales tenía la obligación de investigar la violación sexual perpetrada contra las víctimas de la Masacre de El Mozote al momento en que los hechos ocurrieron y esa obligación se ha reforzado con el transcurso del tiempo. Además, la obligación de investigar estos hechos fue ordenada por la Corte IDH en la sentencia del *Caso*

²³¹ Cámara Federal de Casación Penal, *Causa Riveros, Santiago Omar y otros s/ recurso de casación*, supra nota 204, págs. 47 y 51, respectivamente.

²³² *Id.*

²³³ *Id.*, pág. 53.

Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador. Esta obligación fue subsecuentemente confirmada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador en la sentencia del proceso de inconstitucionalidad No. 44-2013/145-2013 Ac, declarando la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993.

Por otro lado, al momento de la comisión de los hechos de la Masacre de El Mozote, el derecho internacional consuetudinario consideraba a la violación sexual como un crimen de lesa humanidad y como un crimen de guerra. La Constitución de El Salvador de 1950, vigente al momento en que sucedieron los hechos reconocía al “derecho de gentes” (o derecho internacional consuetudinario) como fuente de derecho en su artículo 178, dentro del capítulo X sobre Régimen de Derechos Individuales y dentro de las atribuciones del Poder Judicial. Así, los tribunales de El Salvador pueden utilizar las normas del derecho internacional consuetudinario, incorporado al derecho interno a través de las disposiciones constitucionales citadas, a fin de caracterizar las violaciones sexuales perpetradas en la Masacre de El Mozote como crímenes internacionales.

El hecho de que estas conductas no se encontraran tipificadas como crímenes de lesa humanidad en el derecho penal interno al momento de su comisión no impide su persecución penal como tales, tal como han hecho los tribunales latinoamericanos en casos paradigmáticos como, por ejemplo, el seguido contra Alberto Fujimori. Para ello estos tribunales latinoamericanos han utilizado la técnica de la “doble subsunción” para calificar los crímenes locales como delitos de lesa humanidad, tanto en casos penales como en casos de extradición de presuntos responsables de crímenes internacionales. Esto significa tener en cuenta que el nombre del delito constituye simplemente un “*nomen iuris*” siendo lo relevante el hecho que describe. A su vez, los tribunales han considerado válido utilizar la norma de derecho internacional para calificar conductas, cuando los hechos no se encuentran tipificados en el derecho local. Esta interpretación también ha sido aceptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador.

Al momento de la perpetración de los hechos de la Masacre de El Mozote estaba documentado por parte de organizaciones internacionales gubernamentales y no-gubernamentales la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, incluidos casos de violencia sexual, que podrían calificarse como crímenes internacionales en el marco del conflicto armado interno en El Salvador. La perpetración de dichos crímenes fue luego confirmada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador y por la sentencia de la Corte IDH en el caso de la Masacre de El Mozote. Asimismo, fue aceptado internacionalmente por El Salvador en el trámite del caso ante ese tribunal. Cuando los hechos juzgados pueden caracterizarse como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra según el derecho internacional, ni el principio de

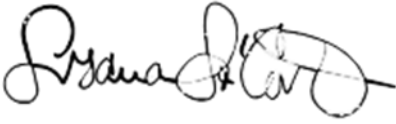
legalidad y su derivación, el de irretroactividad de la ley penal, ni la prescripción, podrían válidamente constituir un límite a la condena de los responsables como perpetradores de crímenes de lesa humanidad.

También como se ha demostrado la obtención y valoración de la prueba en casos de violación sexual perpetradas en situaciones de conflicto armado o de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos presentan desafíos y características diferenciadas. Por ello tanto los tribunales internacionales como los nacionales han otorgado centralidad a la declaración de la víctima de violación sexual, o a testigos directos cuando ésta no está disponible, utilizando el conjunto de otras pruebas existentes, sean estas circunstanciales, presunciones o indicios para corroborar la credibilidad de los testimonios. Aunque la prueba médica puede ser relevante para demostrar la afectación de la integridad personal o sexual de una víctima, su inexistencia no disminuye ni resta credibilidad sobre lo denunciado por la víctima u otros testigos. En la práctica, los tribunales nacionales que han resuelto casos de violencia sexual similares a los que se investigan en el contexto de la masacre de El Mozote han recurrido al contexto en el que ocurrieron los hechos como medio adicional de convicción para acreditar la existencia de los hechos denunciados.

Por último, las normas y la jurisprudencia internacional establecen que la obligación de investigar la violación sexual, como un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, alcanza no solo a los autores materiales sino también a los mandos o superiores en la respectiva cadena jerárquica que permitieron, favorecieron, aceptaron u ocultaron la comisión de esos actos. La práctica de los tribunales internos de América Latina que han resuelto casos de violación sexual perpetrada en contextos de conflicto o situaciones graves de violaciones a los derechos humanos han condenado no solo a los autores materiales sino también a los autores intelectuales de estos delitos al momento de determinar las responsabilidades penales correspondientes.

Las normas y prácticas reseñadas en este documento sobre el alcance de la obligación de investigar violaciones sexuales como las perpetradas en la masacre de El Mozote tienen por objeto asistirlo en su tarea, en el contexto del proceso a su cargo, de establecer los hechos, identificar la prueba y proceder a valorarla así como determinar las responsabilidades penales correspondientes respecto de aquellos que perpetraron delitos que por su naturaleza y gravedad pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Sin otro particular, lo saludamos muy atentamente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Susana SáCouto' in a cursive style.

Prof. Susana SáCouto

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudia Martin' in a cursive style.

Prof. Claudia Martin