

LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS PROCESOS JUDICIALES EN LOS QUE SE INVESTIGAN CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, GENOCIDIO O CRÍMENES DE GUERRA*

MARIANA KOHAN**

Resumen: En el trabajo se observa el rol que cumple la violencia sexual en los procesos de dominación social (genocidios, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), para así poder analizar cómo abordar jurídicamente los crímenes sexuales que se cometen en esos contextos. Para ello, se realiza un breve desarrollo de cómo se ha tratado esta temática en el derecho penal internacional y finalmente se analiza el caso de la Argentina.

Palabras clave: lesa humanidad – genocidio – guerra – violencia sexual – derecho internacional – argentina

Abstract: The aim of this work is to observe the role that sexual violence plays in processes of social domination (such as genocide, crimes against humanity and war crimes), in order to analyze how to legally address the sexual crimes that are committed in those contexts. In this interest, first a brief development of how this subject has been dealt with in international criminal law is carried out and finally the case of Argentina is analyzed.

Keywords: crimes against humanity – genocide – war – sexual violence – international law – argentina

* Este trabajo ha sido seleccionado como una de las mejores tres ponencias del VI Congreso de Derecho Penal para estudiantes y jóvenes graduados.

** Abogada recibida en la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Proyecto DeCyT 1404, UBA. Docente de Derechos Humanos y Garantías en la Universidad Nacional de José C. Paz.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la violencia sexual ha jugado un rol característico en los procesos de dominación social de un grupo sobre otro. Sin embargo, no existe actualmente una respuesta homogénea de los operadores de justicia que investigan crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio a cómo debe ser abordada la violencia sexual cometida en esos contextos. Aquí analizaré dos criterios:

- a) Los delitos sexuales cometidos en contextos de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad son considerados torturas, se encuentran incluidos en ese tipo penal y por lo tanto deben ser calificados y juzgados como tales.
- b) Los delitos sexuales cometidos en contextos de guerra, genocidio o crímenes contra la humanidad son respectivamente crímenes de guerra, crímenes de genocidio o crímenes de lesa humanidad en sí mismos, por formar parte del plan ilícito que supone cada uno de esos tipos penales.

Para ello, haré un breve desarrollo de cómo se ha abordado el caso en el Derecho Penal Internacional y en la Argentina y expresaré luego algunas conclusiones.

II. LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Existen diversos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos referentes a crímenes de guerra, genocidio y/o lesa humanidad en los que se hace referencia a la violencia sexual, ya sea específicamente o a través de expresiones más genéricas donde la violencia sexual queda también comprendida.

En este sentido, pueden mencionarse, por ejemplo, los artículos 6, 7 inc. g, y xx inc. b-XXI del Estatuto de la Corte Penal Internacional; los artículos 4 y 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia; y los artículos 2, 3 y 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda. A su vez, hay varias sentencias de Tribunales Internacionales referentes a los tipos penales mencionados, en las que se ha dado especial tratamiento a los actos de violencia sexual. El Tribunal Penal Internacional

para Ruanda distinguió cuatro elementos esenciales que hacen a los actos inhumanos constituirse como crímenes de lesa humanidad:

- I- el acto debe ser inhumano en naturaleza y carácter, causar sufrimiento grave o daños graves a la salud física o mental;
- II- el acto debe cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático;
- III- el acto debe cometerse contra miembros de una población civil;
- IV- el acto debe cometerse sobre una o más bases discriminatorias, a saber, bases nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas.¹

Por otra parte, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha calificado la violencia sexual como comparable a la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes,² cuando ésta ha sido cometida dentro de una práctica sistemática contra la población civil y con una intención de obtener información, castigar, intimidar, humillar o discriminar a la víctima o una tercera persona.³

Cabe mencionar también que el Tribunal Especial para Sierra Leona, además de entender los actos de violencia sexual –particularmente la violación y la esclavitud sexual– como crímenes contra la humanidad,⁴ realizó algunas consideraciones interesantes acerca de las particularidades de estos crímenes. Así, respecto del delito de violación, manifestó que el consentimiento de la víctima debe ser dado como resultado de su libre voluntad, valorada en el contexto de las circunstancias que la rodean, y que, en situa-

1. Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Causa *Fiscal Vs. Jean Paul Akayesu*; Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 578.

2. Considero de importancia destacar, a los fines de este trabajo, que el mencionado Tribunal no definió a la violencia sexual como tortura, sino como un acto comparable a la tortura, lo que claramente supone una diferenciación entre una y otra, no una subsunción.

3. Cfr. ICTY, Sala de Primera Instancia II. *Prosecutor v. Anto Furundžija*. Sentencia del 10 de diciembre de 1998. párrs. 267.i, 295; ICTY, Sala de Primera Instancia II. *Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići)*. Sentencia del 16 de noviembre de 1998. párrs. 941; ICTY, Sala de Apelaciones. *Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići)*. Sentencia del 20 de febrero de 2001. párrs. 488, 501; y ICTY, Sala de Primera Instancia II. *Prosecutor v. Kunarac et al.* Sentencia del 22 de febrero de 2001. párrs. 656, 670 y 816.

4. Tribunal Especial para Sierra Leona. Cámara de Primera Instancia Sala II. *Prosecutor vs. Taylor Charles Gahnkay*. Sentencia del 18 de mayo de 2012. pp. 2475, 2476 y 2477.

ciones de conflicto armado o detención, la coerción es casi universal.⁵ Finalmente, expresó que "Lo que le sucedió a las niñas y mujeres raptadas en Sierra Leona y forzadas a esa asociación conyugal no fue matrimonio en el sentido universalmente entendido de una unión consensuada y sacrosanta, y debe más bien ser, según la visión de la Cámara, considerada una forma conyugal de esclavitud. Observando que todas las formas de matrimonio forzado son violatorias de derechos humanos conforme el derecho internacional, los abusos perpetrados contra mujeres y niñas en ese contexto son claramente criminales por naturaleza y de la gravedad suficiente como para constituir crímenes contra la humanidad".⁶

Resulta claro entonces, que en el derecho penal internacional la violencia sexual puede constituir crímenes de guerra, lesa humanidad o genocidio en sí misma, cuando se dan los elementos necesarios del tipo en su comisión.

III. EL CASO DE LA ARGENTINA

La subsunción de los crímenes sexuales al delito de tormentos ha sido de las más comunes en los juicios por crímenes de lesa humanidad contra los perpetradores de la última dictadura militar de la Argentina que tuvo lugar entre 1976 y 1984. Entre ellos, podemos mencionar por ejemplo el caso

5. Tribunal Especial para Sierra Leona. Cámara de Primera Instancia Sala II. *Prosecutor vs. Taylor Charles Gahnkay*. Sentencia del 18 de Mayo de 2012. Párrafo 416. Texto original: "416. *The consent of the victim must be given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. This is necessarily a contextual assessment. However, in situations of armed conflict or detention, coercion is almost universal*".

6. Tribunal Especial para Sierra Leona. Cámara de Primera Instancia Sala II. *Prosecutor vs. Taylor Charles Gahnkay*. Sentencia del 18 de Mayo de 2012. Párrafo 427. Texto original: "427. *What happened to the girls and women abducted in Sierra Leone and forced into this conjugal association was not marriage in the universally understood sense of a consensual and sacrosanct union, and should rather, in the Trial Chamber's view, be considered a conjugal form of enslavement. While noting that all forms of forced marriage violate human rights under international law, the abuses perpetrated on women and girls in this context is clearly criminal in nature, and of sufficient gravity as to constitute a crime against humanity*".

Miara,⁷ el caso Barcos⁸ y la sentencia que condenó a Jorge Rafael Videla a cadena perpetua por los crímenes cometidos en el "Pozo de Banfield".⁹

Si bien este criterio se ha aplicado en varios casos en la Argentina, cabe destacar que la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por Violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado de la Procuración General de la Nación, en su informe "Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado"¹⁰ expresó que "El delito de tormentos no expresa de ninguna manera la esencia particular que tiene una agresión de índole sexual y, por ende, nada autoriza a dejar de aplicar las figuras penales que sí lo hacen. Precisamente, el modo de expresar la especificidad de la afectación a la libertad sexual sufrida por la víctima es aplicar efectivamente los tipos penales previstos con ese fin".¹¹ Sin embargo, en los últimos años comenzó a aparecer en algunos tribunales argentinos el criterio sostenido por los tribunales penales internacionales. El 17 de febrero de 2012, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal dictó sentencia en la causa seguida contra Gregorio Molina,¹² suboficial de la Fuerza Aérea durante la última dictadura militar, por violaciones a los de-

7. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la Capital Federal, causas Nos. 1668 "Miara, Samuel y otros s/ inf. arts. 144 bis inc. 1° 6 y último párrafo -ley 14.616-, en función del 142 inc. 1° -ley 20.642- del C.P.; 144 bis, último párrafo en función del art. 142 inc. 5° del C.P., en concurso real con inf. arts. 144 ter, primer párrafo -ley 14.616- del C.P." y 1673 "Tepedino, Carlos Alberto Roque y otros s/inf. arts. 80 inc. 2°, 144 bis inc. 1° y 142 inc. 5° del C.P." Registro de Sentencias N°158

8. "Barcos, Horacio Américo S/ Inf. art.144 bis inc. 1°, 142 inc. 1°, 144 ter. 2do. Párrafo y 55 del C.P.". Expte. n°43/08 de la Secretaría de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe. Sentencia n° 08/10 de fecha 19 de abril de 2010, p. 99.

9. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la Capital Federal. Sentencia del 17 de septiembre de 2012 sobre las causas n° 1351, 1499, 1584, 1604, 1730 y 177, p. 506.

10. UNIDAD FISCAL DE COORDINACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS CAUSAS POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS COMETIDAS DURANTE EL TERRORISMO DE ESTADO DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN, *Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado*, pp. 10-12, consultado en [https://www.mpf.gov.ar/docs/RepositorioW/DocumentosWeb/LinksNoticias/Delitos_sexuales_terrorismo_de_Estado.pdf] el 11/12/2016

11. *Ibid.*, p. 12.

12. Causa N° 12821 del Registro de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal caratulada "Molina, Gregorio Rafael s/ Recurso de Casación". Sentencia del 17 de febrero de 2012.

rechos humanos en el Centro de Detención Clandestino "La Cueva" de la ciudad de Mar del Plata. Allí, el tribunal consideró que los delitos sexuales perpetrados por Molina hacia las víctimas formaban parte de un contexto represivo dentro del cual estas conductas constituían otra de las formas que adquiriría el ataque generalizado de represión ilegal orquestado por la última dictadura militar. El precedente que ha sentado la Cámara Federal de Casación Penal en el caso "Molina" es de gran importancia, ya que se aparta –por primera vez en la Argentina– de los criterios jurisprudenciales anteriores en los que los tribunales intervinientes en los procesos relacionados con las violaciones de derechos humanos durante la última dictadura militar, consideraban los hechos de violencia sexual como parte de las torturas, y no como crímenes de lesa humanidad en sí mismos.¹³

Luego del caso "Molina", la interpretación de los delitos sexuales cometidos en los centros clandestinos de detención como crímenes de lesa humanidad en sí mismos se replicó en otros dos casos, con algunas diferencias en su alcance: primero en la sentencia condenatoria por los crímenes perpetrados en el CCD "El Vesubio",¹⁴ y luego en la sentencia de la causa N° 2829 seguida contra integrantes de las fuerzas armadas por los delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del llamado circuito "Mansión Seré".¹⁵

En los fundamentos de la sentencia de "El Vesubio", los jueces del Tribunal Oral Federal N° 4 consideraron a las violaciones sexuales cometidas en ese Centro Clandestino de Detención como crímenes de lesa hu-

13. En nuevo criterio que ha establecido la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal ya había sido aplicado en diferentes casos en el ámbito jurídico internacional, pero en ninguno en el ámbito nacional de la Argentina, y lamentablemente tampoco fue replicado en otros fallos posteriores, hasta el 18 de septiembre de 2015 en la causa N° 2829 seguida contra integrantes de las fuerzas armadas por los delitos de lesa humanidad cometidos en el marco del llamado circuito Mansión Seré.

14. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4. Causa N° 1838, caratulada "Cacivio, Gustavo Adolfo y otros s/inf. art. 144 bis inciso 1° y último párrafo de la ley 14.616 en función del art.142 inc.1° ley 20.642, art. 144 bis último párrafo en función del art.142 inc.5° y art.144 ter, párrafo 1°de la ley 14.616". Sentencia del 18 de diciembre de 2014.

15. Tribunal Oral Federal N° 5 de San Martín, provincia de Buenos Aires. Causa FSM 1861/2011/ TO1 (RI N° 2829) caratulada "Barberis, Marcelo Eduardo y otros s/inf. art. 79, 144 bis inc. 1° y último párrafo (Ley 14.616) en función del 142 inc. 1° y 5° (Ley 20.642) y 144 ter primer párrafo (Ley 14.616) del Código Penal"; Sentencia del 18 de septiembre de 2015.

manidad, esgrimiendo fundamentos similares a los del fallo que condenó a Gregorio Rafael Molina. Pero los magistrados realizaron una distinción entre las violaciones y otras agresiones de índole sexual, subsumiendo estas últimas a la figura de tormentos.¹⁶

En el caso de Mansión Seré, la sentencia fue un poco más allá que el fallo Molina, (allí Gregorio Rafael Molina había sido él mismo el perpetrador de la violencia sexual). En este caso, no solo se consideró a los delitos sexuales como crímenes de lesa humanidad en sí mismos, sino que además se responsabilizó penalmente como coautores a tres de los imputados por de los crímenes sexuales cometidos por sus subalternos en Mansión Seré, sorteando así el obstáculo que podía suponer el concepto de "delito de mano propia".

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Un gran dilema de la justicia en los períodos transicionales es que el derecho se ve atrapado entre el pasado y el futuro, entre la retrospectiva y la perspectiva, y que en la transición las instituciones y normas jurídicas ordinarias simplemente no aplican.¹⁷ Incluso se puede pensar que para el sistema jurídico internacional, el hecho de tomar conciencia sobre la magnitud y consecuencias de estos crímenes, y de su repetición a través de la

16. "En cuanto a los sucesos de agresión sexual padecidos por la víctima del presente caso, caracterizados por el Ministerio Público Fiscal y las querellas como constitutivos del delito de abuso deshonesto y por el cual formularon imputación con relación a ciertos procesados, se debe destacar que a criterio de los suscriptos dichos acontecimientos, contrariamente a lo que sucede con las violaciones—extremo que será analizado en la parte pertinente de la presente, no han tenido como finalidad afectar la integridad sexual sino que revisten suficiente contenido de ilicitud como para integrar aquellas vejaciones que habrán de ser considerados como una especie de tormento, al igual que la exposición a la desnudez y restantes padecimientos de tal índole, que caracterizaron la permanencia de los cautivos dentro del CCD objeto de autos". Fundamentos de la sentencia condenatoria del 18 de diciembre de 2014 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 en la causa N° 1838 de su registro, caratulada "CACIVIO, Gustavo Adolfo y otros s/inf. art. 144 bis inciso 1° y último párrafo de la ley 14.616 en función del art.142 inc.1° ley 20.642, art. 144 bis último párrafo en función del art.142 inc.5° y art.144 ter, párr. 1° de la ley 14.616". Fundamentos publicados por el Tribunal el 26 de marzo de 2015, p. 416.

17. RUTI, T., "Transitional Rule of Law", en *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Central European University Press, Budapest, 2005, p. 279.

historia, supuso la necesidad de un cambio de paradigma,¹⁸ de un contexto dentro del derecho internacional público donde exista la posibilidad de juzgar –además de a los Estados– a las personas físicas responsables de dichos crímenes.

En relación con la violencia sexual cometida como parte de un contexto de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, a las dificultades mencionadas se le suman otros impedimentos relacionados con la discriminación de género. La conciencia sobre el derecho de género es también algo relativamente nuevo en términos históricos y su implementación continúa siendo hoy en día problemática, a pesar de todos los estándares reconocidos en los sistemas nacionales e internacionales.

En distintas normas internacionales vigentes relativas a los crímenes de Genocidio, Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, los delitos de índole sexual se encuentran contemplados de forma autónoma dentro del tipo penal correspondiente. Podemos entonces entender que en la tipificación de esos crímenes internacionales, ya se han tenido en cuenta las razones que podrían ser ponderadas para excluir los delitos sexuales de esos tipos penales o de subsumirlos en la figura de torturas, y que esas razones han sido excluidas de forma definitiva, quedando constituidos los delitos sexuales cometidos en esos contextos como crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra en sí mismos.

Incluso apartándonos de lo que son los crímenes de guerra, genocidio o contra la humanidad, en los supuestos "comunes" se reconoce jurídicamente la diferencia entre los delitos sexuales y otros delitos violentos. Me refiero a que los delitos sexuales tienen autonomía en cuanto a su tipificación en el Código Penal Argentino, son distintos a otros delitos que implican violencia (como por ejemplo las lesiones). La violencia sexual tiene una naturaleza distinta a otras violencias.¹⁹ Subsumirla en la figura

18. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su preámbulo expresa: "Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia".

19. MEINJES, S. y GOLDBLATT, B., en su presentación ante la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica respecto de la problemática de género durante los crímenes del Apartheid explicaron que "[s]i bien mujeres y hombres son torturados por igual, es claro desde los registros de Sudáfrica y las experiencias internacionales paralelas que las diferentes construcciones de género dan forma a su experiencia y tratamiento. Aunque lo estudios

de torturas o tormentos desconoce sus particularidades y opaca sus significancias.

Entre los años 1976 y 1984 la violencia sexual fue utilizada en la Argentina como práctica de creación de terror, como método de violencia sistemática y de quebrantamiento de la voluntad de las víctimas en pos de una dominación estructural por parte de un grupo político (que detentaba la fuerza pública) sobre otros. Fue, al igual que las desapariciones forzadas, torturas, homicidios y apropiaciones de niños, parte del ataque generalizado y sistemático llevado adelante por la dictadura, un ataque donde presumiblemente las "herramientas" de sometimiento fueron elegidas por sus –macabras– probabilidades de eficacia.

sobre violencia política no resaltan la vivencia de género de los hombres en su tortura, estudios sobre prisioneros ordinarios revelan ataques sistemáticos a su masculinidad. Una hipótesis interesante introducida por Inger Agger sugiere que la tortura sexual de los hombres intenta inducir pasividad sexual y abolir el poder político y la potencia, mientras que detrás de la tortura de las mujeres se encuentra la activación de la sexualidad para inducir vergüenza y culpa" (GOLDBLATT, B. y MEINTJES, S., *Gender and the Truth and Reconciliation Commission. A submission to the Truth and Reconciliation Commission*, consultado en [<http://www.justice.gov.za/trc/hrvtrans/submit/gender.htm>] el 11/12/2016).