

Washington DC, 20 de agosto de 2018

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

Honorable Señor Juez,

Yo, Claudia Martín, 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 545831886 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 por 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 amici curiae se presentan ante tribunales nacionales o internacionales por personas que no tiene

curiaees 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 otros. Esta práctica también ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

I. Interés de las firmantes de este amicus

Claudia Martines 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 postgrado, especialmente en el Programa de LL.M. en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, del cual es además una de sus directoras. 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

Atlacalt, en el curso de una acción militar denominada “Operación Rescate” 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 niños. Durante la mañana procedieron a interrogar, torturar y ejecutar extrajudicialmente a los hombres. Al mediodía y a la tarde continuaron con el asesinato del resto de la población, incluidos las mujeres y los niños. Según surge de la sentencia de la Corte IDH, 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”. Los cuerpos de las personas asesinadas fueron apilados en varios lugares y luego fueron incendiados por los soldados. 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 Ortíz. Corte IDH consideró que existían indicios suficientes de violaciones sexuales perpetradas en la masacre del cantón de la Joya.

La Corte IDH concluyó que el operativo que terminó 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 en el momento de los hechos no había presencia de miembros de la guerrilla ni de personas armadas en los referidos lugares, teniendo en cuenta que la gran mayoría de las víctimas ejecutadas eran niños y niñas, mujeres –algunas de ellas embarazadas y adultos mayores”. El Estado determinó que el número oficial de víctimas de la masacre fue de 978 ejecutados, de los cuales 553 eran niños.

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 reforzó 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 Comisión

de

la

Verdad

Convenios de Ginebra²² y el Protocolo Adicional²³ aplicable al conflicto interno en el ~~al~~use perpetraron las violaciones sexuales

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

Asimismo, varios de los tratados de los cuales El Salvador era parte establecieron obligaciones de garantizar los derechos protegidos en esos instrumentos, sea bajo la obligación de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones a derechos humanos²⁹ o bajo la obligación de investigar,

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 ocupa así porque la perpetración de estos crímenes involucra la violación de derechos inderogables como el derecho a la vida el derecho a la integridad personal. La Corte IDH ha considerado que la obligación de investigar crímenes de lesa humanidad ha alcanzado el estatus de jus cogens. 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 consuetudinario.³⁷

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 delitos.³⁸ 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 CADH.

Por último, la Corte IDH ha señalado en sus sentencias sobre masacres que el Estado tiene la obligación de investigar 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;

su inv-29(d)6(o)-n(n)(s)ot(Ottla 3((a lo)-4(2 14(d)6(o)4(p)6(o)-2(r)10(2)-4(o)5)6-d)6(o)-o)-23)p)-2(s).1(rav2

Estados partes desde su ratificación, aun cuando dichos instrumentos no hubieran sido

Mozote y Lugares Aledaños en el cual este tribunal concluyó que los crímenes perpetrados en la

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 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 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

internacional consisten en tratados y por eso se 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 constituye 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 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 Lieber de 1863, el cual es generalmente considerado el primer intento de legislar las leyes de guerra⁶⁴, los Estados Unidos explícitamente calificaron 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 consue0(drp)8(o)2(ns)6(ue)13(0(drp)8(o)2(r)13((ralme)9(n)-4(t).(e)-1()10(g) Tc 0.0-1()1sL)-4(t))-10

japonés por la omisión de prevenir la comisión de crímenes, incluyendo las violaciones sexuales llevadas a cabo por sus subordinados en las Filipinas. En su decisión, el tribunal expresó que cuando el homicidio la violación sexual u otras acciones vengativas atroces son 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 responsable⁷⁷.

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

humanidad...⁸³. Aunque los cargos penales del “Grupo Tes” no se refieren explícitamente al delito de violación sexual, la acusación formal incluye un apéndice titulado “actos incorporados al Grupo Tes,” 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 enviada 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 claro que ciertos actos pueden caracterizarse como violaciones de derecho internacional humanitario aun si han san9 -0.0014 E Td [(sm 5.77)-1(n9Td (d (d [(e

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

racial o religiosa sea 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 1998 y un año después en el estatuto de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés)⁹⁷ (

Finalmente, aun si se considerase que existe cierta ambigüedad 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 tortura¹⁹¹, el cual ha sido expresamente reconocido como un crimen de lesa humanidad desde la adopción de las Cartas de Londres y Tokio¹⁹². Por ejemplo, mientras que la Cámara del Tribunal Constitucional del ECCC se rehusó a considerar 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 los actos de violación sexual cometidos durante el régimen del Jemer Rojo (Khmer Rouge) podían ser enjuiciados como el crimen de lesa humanidad de tortura¹⁹³. 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 Judicial¹⁹⁴. Por lo tanto, los tribunales de El Salvador pueden utilizar las normas del derecho internacional consuetudinario, incorporado al derecho interno a través de las

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

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 *ius in idem* [y el principio de imprescriptibilidad, entre otros] [...].¹¹⁰

como delitos de lesa humanidad, pero la Corte Suprema ratificó la decisión de la Sala Penal Especial²².

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

planteos de la defensa contra de esta calificación¹²⁷. Por su parte, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de 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, un preparo legal alguno para que los hechos subsumidos en el artículo 16 del Código Penal (delitos de lesa humanidad) sean imprescriptibles”¹³¹.

tanto consu

marco del conflicto armado interno que se desarrollaba en ese país.¹³⁶ Este consenso se extendía a la perpetración de violaciones sexuales.¹³⁷ En particular varias instituciones internacionales intergubernamentales o gubernamentales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Americas Watch y Amnistía Internacional reportaron sobre graves violaciones a los derechos humanos durante esa época e instaron al El Salvador a investigar dichos crímenes y erradicar esta violencia generalizada.¹³⁸ Posteriormente 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 sistemática.¹³⁹ También el Gobierno de El Salvador reconoció responsabilidad nacional 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 sexual.¹⁴⁰ 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 a la época del conflicto se documentan violaciones

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

graves hechos para esclarecer la responsabilidad de su perpetración¹⁶⁵. En el caso de la Masacre de las Hojas, la CIDH envió repetidamente solicitudes solicitando "información respecto a las investigaciones internas por hechos denunciados, y pese a la gravedad de los hechos (artículo número 1 de la Convención) 4143(2)70(037(12)8.001)3((19(224(y)3(s)24(p)-4(Ve3(

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 vitatorios 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 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 podían constituir violaciones a las Convenciones de Ginebra¹⁷⁷.

Previo a los Acuerdos de Paz, la CIDH reiteró, pero con más énfasis, que durante el periodo del 1990 a 1991 persistían graves violaciones a los derechos humanos y que los mismos 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 es

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 y la CIDH reconocieron que éstas eran víctimas de graves violaciones de derechos humanos al ser desaparecidas durante el conflicto armado. 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 impunidad. La Corte reiteró lo dicho en Velásquez Rodríguez sobre la necesidad de una sociedad de conocer la verdad sobre graves violaciones de derechos humanos. 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 prácticamente o tolerada por el Estado¹⁸⁶. 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 repetición.¹⁸⁷

El mandato de la CEe I

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 la violencia perpetrada en el conflicto armado interno como graves violaciones a los derechos humanos, violencia generalizada y sistemática, crímenes notorios e incluso se incluía 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 del Tribunal Supremo de Elecciones en el caso de El Mozote, sentencia de 2003-1(c)4(To0(n)-4(me)-1(n)-4a/Bo)-2(n-2(n)-4(s)2(e)4(h)-zo)8sexu

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 Internacional¹⁹⁵. 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

En conclusión, al momento de la perpetración de los hechos de la Masacre de

pruebas centrales para acreditarlos²⁰². 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 a la detenida que aún continúa desaparecida²⁰³. La consistencia del testimonio en estos casos es relevante para convalidar los hechos que se alega. 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 tiempo²⁰⁴.

Además de la declaración de la víctima y 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 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) que documentan 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 . bno1v sn

sistemática' y 'subrepticamente tolerada, pero en casos abiertamente permitida por los

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 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 a 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 ocurrieron como medio adicional de convicción para acreditar la existencia de los hechos denunciados. Ello

investigación²¹⁴. Ello implica que la investigación debe alcanzar no sólo a los perpetradores directos sino también a los ~~as~~ oficiales y funcionarios estatales que actuaron como autores intelectuales de la comisión de crímenes de lesa humanidad o crímenes de ~~guerra~~²¹⁵. Para ello, el Estado deberá garantizar que las autoridades judiciales que adelanten la investigación cuenten ~~on~~ 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 denuncia~~n~~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 Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura). El Artículo 3 de la CIPST prevé la obligación de sancionar la tortura perpetrada ~~ter 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 haga~~n~~²¹⁸. En forma similar el artículo 1 de la

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 impedirlos”.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 investigaron ni los hicieron cesar²²³ y aceptaron promesas de otros según las cuales los abusos se detendrían aun sabiendo que estas promesas no se estaban cumpliendo.²²⁴ La responsabilidad de mando también ha sido incluida en los estatutos de todos los tribunales penales internacionales modernos, varios de los cuales han afirmado que la responsabilidad de mando refleja el derecho internacional consuetudinario

²²⁰ Comité contra la Tortura, Observación General N° 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*, impreso en TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE NURNBERG MILITARY TRIBUNAL 71, 18998 (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_warcrimials_VolII.pdf.

²²⁴ Estados Unidos v. Wilhelm Frick, reimpreso en TRIALS OF THE MAJOR WAR CRIMINALS BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL 544, 54647 (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_VolXXII.pdf.

²²⁵ Estados Unidos v. Araki et al., Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, Sentencia 1, (1960-1971) 1160-1161.

vigente mucho antes de los acontecimientos de la masacre de El Mozote. 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 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 autores de la violación sexual de varias mujeres durante una incursión militar por haber actuado “de consuno con compañías 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 sexual²²⁹”. 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 se hubieran podido perpetrar sin la planificación, directivas o 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. *U & J v. X*, *17-AR-72* 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); *Prings* Sentencia de Juicio, supra nota 59, párrs. 477-478 (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. 002/19-2007/ECCC, 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

ilegalmente y en forma clandestina. Por ejemplo, en la causa Riveros, ~~Sard~~ 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 ~~May~~ Director de la Escuela Caballería y Jefe

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. 2013/1452013 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 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 el derecho de gentes (o derecho internacional consuetudinario) como fuente de derecho en su artículo 178, dentro del ca0.007-(ue)3(n

Sin otro particular, lo saludamos muy atentamente.



Prof. Susana SáCouto



Prof. Claudia Martin