

GÉNERO Y
DERECHO PENAL



I N S T I T U T O P A C Í F I C O

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Elvira Álvarez Olazabal • Karen Anaya • Gustavo A. Arocena
• Daniel Andrés Benavides Ortiz • Coline Cardi • Ana Isabel Cerezo
Domínguez • Liliana Rocío Chaparro Moreno • Julieta Di Corleto
• Joseph Dupuit • Hans Fernández Obregón • Olga Fuentes
Soriano • José Hurtado Pozo • Patricia Laurenzo Copello •
Julissa Mantilla Falcón • Elena Martínez García • Luis Navas
Taylor • Lirka Otsuka • María L. Piqué • Diana Carolina
Portal Farfán • Beatriz Ramírez Huaroto • Luz Cynthia
Silva Ticllacuri • Joan W. Scott

JOSÉ HURTADO POZO

Director

LUZ CYNTHIA SILVA TICLLACURI

Coordinadora



BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

346.34

G

Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne / Elvira Álvarez Olazabal, Karen Anaya, Gustavo A. Arocena... [et al.]; director, José Hurtado Pozo; coordinadora, Luz Cynthia Silva Ticllacuri.-- 1a ed.-- Lima: Instituto Pacífico, 2017 (Lima: Pacífico Editores).

591 p.; 25 cm.

Bibliografía: p. 531-591.

D.L. 2016-16667

ISBN 978-612-4328-58-9

1. Schöne, Wolfgang - Aniversarios, etc. 2. Derechos de la mujer - Aspectos legales 3. Mujeres maltratadas - Aspectos legales 4. Mujeres - Crímenes contra 5. Delitos sexuales - Aspectos legales 6. Derechos de los homosexuales 7. Derecho comparado I. Álvarez Olazabal, Elvira, 1959- II. Anaya Cortez, Karen, 1992- III. Arocena, Gustavo A. IV. Hurtado Pozo, José, 1942-, director V. Silva Ticllacuri, Cynthia, 1985-, coordinadora VI. Instituto Pacífico (Lima

BNP: 2016-1899

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Autor:

© José Hurtado Pozo, 2017

Director:

© José Hurtado Pozo, 2017

Coordinadora:

© Luz Cynthia Silva Ticllacuri, 2017

Primera edición Enero 2017

Copyright 2017

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2017

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 332-5766

E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 2000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 31501051601382

ISBN: 978-612-4328-58-9

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º: 2016-16667

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

PAUTAS PARA LA RECOLECCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Julieta Di Corleto / María L. Piqué

Sumario: **I.** Introducción. **II.** La recolección y valoración de la prueba en el proceso penal. **III.** Dificultades probatorias de los hechos de violencia de género. **IV.** Debida diligencia en la recolección de la prueba. **A.** Investigación exhaustiva y amplitud probatoria. **V.** Valoración integral de la prueba. **A.** Valoración de la prueba sin estereotipos de género. **B.** La valoración del testimonio de la víctima. **VI.** Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas dos décadas, numerosos países de América Latina emprendieron procesos de reformas legislativas orientadas a prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres¹. Dentro de estas modificaciones, algunos países redefinieron el concepto de violencia, haciéndolo compatible con lo pautado por la Convención de Belém do Pará, impulsaron la creación de mecanismos destinados a brindar inmediata protección a las víctimas, y otros incluso diseñaron políticas públicas más generales destinadas a dar una respuesta integral a la discriminación².

1 Más allá de sus diferencias y de que no siempre se superponen, a los fines de este trabajo –y para simplificar el lenguaje– utilizaremos de forma intercambiable los conceptos de “violencia de género” o “basada en el género” y “violencia contra las mujeres” (entendiendo este último de acuerdo con la definición del artículo 1, Convención de Belém do Pará —“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”—).

2 CEPAL, 2014.

A pesar de estas conquistas, la lucha por la igualdad de género es compleja pues la discriminación adquiere nuevas formas en distintos estamentos institucionales. En este sentido, si bien en los últimos años los sistemas de administración de justicia de la región se han mostrado más sensibles a la necesidad de hacer realidad la garantía de acceso a la justicia, en la actualidad, su funcionamiento es objeto de un escrutinio estricto por parte de la sociedad civil y de las instancias académicas que han crecido en su formación en temáticas de género.

Sucede que la discriminación de género se ha escurrido a instancias menos evidentes y combatirla exige nuevos argumentos. En materia de derechos de las mujeres, el proverbio “cuanto más cambian las cosas más permanecen igual” se hace fácilmente realidad frente a las iniciativas desplegadas para asegurar la protección frente a la violencia y la discriminación. A la luz de esta problemática, uno de los temas que mayor reflexión precisa es la recolección y valoración de la prueba en los procesos penales.

El Perú no ha sido ajeno a estos desarrollos. El AP N.º 1-2011/CJ-116 sobre valoración de la prueba en delitos sexuales, aprobado por la Corte Suprema del Perú a instancias de la sociedad civil, constituyó el primer pronunciamiento sobre la obligación de incorporar el enfoque de género en el juzgamiento de estos casos. Su impacto fue trascendental para la visibilizar el problema, abrir el debate y contribuir a la formación de los operadores judiciales³. Aun así, en el Perú —y en Latinoamérica en general— las mujeres víctimas de violencia todavía siguen topándose con obstáculos en el acceso a la justicia vinculados con esta temática⁴.

Para trabajar este tema, el desarrollo del texto será el siguiente. En primer lugar (apartado II), con apoyo en la legislación procesal de Perú, se describirá la normativa vinculada con la recolección y valoración de la prueba, la cual es similar en los procedimientos adversariales de la región. A continuación, en el apartado III, se expondrán las dificultades probatorias vinculadas con el juzgamiento de la violencia de género para orientar cuáles pueden ser las vías posibles para poner en marcha una investigación diligente. En los siguientes apartados, por un lado, se presentarán los estándares internacionales en materia de recolección de la prueba y se señalarán algunas medidas para garantizar su cumplimiento, y por el otro, se expondrán los lineamientos de los organismos

3 Cfr. Llaja / Silva, 2016, pp. 5, 7 y 55. Recuperado de <<http://bit.ly/2f1usdT>>.

4 *Ibid.*

internacionales en materia de valoración de la prueba. El objetivo de este último acápite es dar cuenta de la necesidad de valorar el testimonio de la mujer víctima sin concepciones estereotipadas. Por último, se ofrecerán las consideraciones finales.

II. LA RECOLECCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

En el proceso penal, la actividad probatoria está ampliamente reglada. Los operadores judiciales están sometidos a un importante número de normas que codifican cómo se debe llegar al conocimiento de los hechos y bajo qué condiciones⁵. Además, suele haber un modelo que guía la valoración de los medios de prueba que se colectan.

En la actualidad, los códigos de procedimientos en materia penal contienen cláusulas que garantizan la amplitud probatoria. En consecuencia, los hechos pueden ser probados por una amplia gama de medios de prueba, siempre y cuando sean legítimos y no conlleven la vulneración de derechos y garantías. Así, el art. 157 del CPP del Perú establece que “los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley”.

Receptando este principio, las legislaciones procesales se basan en criterios de pertinencia y utilidad, los cuales orientan un análisis sobre la idoneidad de las diligencias propuestas para tener por acreditado los hechos. El art. 337, CPP dispone: “El Fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley”.

Una vez colectados, esos medios de prueba deben ser valorados de acuerdo con la sana crítica, es decir, con las reglas de la lógica y la experiencia. En este sentido, los sistemas procesales modernos han paulatinamente abandonado el esquema de las pruebas legales o tasadas, que transformaban la reconstrucción de los hechos en un simple cálculo jurídico cuyo resultado era la solución fáctica del caso. En esta línea, el art. 158 del CPP de Perú dispone que en la valoración de la prueba “el

5 Véase Ferrer, 2007, p. 24.

Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia”⁶.

Al no estar obligados a atenerse a las reglas construidas en abstracto, el juez posee la libertad de establecer el valor probatorio de cada uno de los elementos reunidos. La libertad en la apreciación de la prueba, sin embargo, no debe ser equiparada a la arbitrariedad o a la aceptación de criterios personales no contrastables, sino que debe guiarse por ciertas pautas del sentido común y explicar las conclusiones a las que arriban. El propio Código establece que los jueces, al apreciar la prueba, expondrán “los resultados obtenidos y los criterios adoptados” (art. 158). Por este motivo, la sentencia debe incluir, en su motivación, tanto la descripción del elemento probatorio como su valoración crítica, es decir, la justificación razonada de los hechos, los motivos y las normas que se emplearon para tomar una decisión, en el marco de un juicio contradictorio y bajo las reglas de la inmediación.

Sin embargo, en los procedimientos judiciales que involucran hechos de violencia contra las mujeres basada en el género, estas reglas generales no siempre son plenamente aplicadas. Por el contrario, la recolección de la prueba no suele ser exhaustiva y su valoración no suele ser ni sana, ni crítica, ni racional⁷. Esto sin dudas se erige como uno de los principales obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia, el cual, al estar basado en el género, importa un trato discriminatorio.

III. DIFICULTADES PROBATORIAS DE LOS HECHOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Cuando se reflexiona sobre el trámite de los casos que involucran violencia basada en el género, uno de los primeros temas que surge es el de la prueba ya que, por lo general, se juzgan situaciones que transcurren en espacios cerrados y de intimidad, sin espectadores. Por lo tanto, en la investigación no suele ser fácil recabar los elementos probatorios tra-

6 Véase Corte Suprema de Justicia de la República, AP N.º 4-2015, párr. 16. En la Argentina, el art. 398 del CPP de la Nación (Ley 23.984) establece que “...El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica...” Asimismo, los artículos 241 y 263 remiten al mismo criterio para valorar las declaraciones testimoniales y la prueba pericial.

7 Di Corleto, 2016, en Di Corleto (ed), *Didot*, 2016 (en prensa).

dicionales, que son además aquellos que la doctrina y la jurisprudencia fácilmente validan, tales como testimonios de personas sin relaciones con la víctima o el imputado, registros fílmicos o documentales, o evidencia física⁸.

En consecuencia, en estos supuestos es habitual que el único testimonio directo disponible sea el de la propia víctima. Si bien en algunos casos puede ser posible recabar otras declaraciones, estas suelen ser de personas vinculadas a las partes o que no presenciaron el hecho concreto denunciado, por lo que su valor es muchas veces desestimado o minimizado.

A este problema se suma, por un lado, el aislamiento de la afectada de todas las potenciales fuentes de ayuda; por otro lado, las estrategias de silenciamiento desplegadas por el agresor mediante amenazas, lo cual anula la voluntad de la mujer para resistirse, cuestionar, denunciar⁹ y atestiguar; y finalmente el carácter traumático de estos hechos que puede afectar su memoria¹⁰.

Estos inconvenientes no son exclusivos de estos hechos, sino que afectan a buena parte de los delitos que involucran altos grados de violencia interpersonal, y en particular, a aquellos que configuran violaciones a los derechos humanos¹¹. Sin embargo, en la investigación y juzgamiento de la

8 Sobre el cuestionamiento del uso de la palabra “víctima” respecto de quienes, en rigor de verdad, serían “presuntas víctimas” véase, en general, Fletcher, 2008, p. 178-179; Pastor, 2015, p. 61; Véase también arts. 1.30 y 1.31 del Reglamento de la Corte IDH, según el cual “presuntas víctimas” son aquellas personas cuyos derechos, se alega, han sido violados, mientras que “víctima” es la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con una sentencia de la Corte. Sin perjuicio de esa discusión que excede los límites de este trabajo, nos referiremos a las “presuntas víctimas” como “víctimas”, para simplificar el lenguaje.

9 Copelon, 1997, p. 129.

10 Di Corleto, 2016, en Di Corleto (ed), *Didot*, 2016 (en prensa). Véase también Di Corleto, 2015.

11 La jurisprudencia argentina ha hecho significativos desarrollos en materia del valor del testimonio de las víctimas de violaciones a los derechos humanos ante las dificultades de obtener otras pruebas testimoniales directas, los cuales fueron clave en el denominado “Juicio a las Juntas Militares” de 1985 (CSJN, Fallos 309:319). Asimismo, a efectos de abordar estas dificultades, se han elaborado protocolos que orientan la investigación, como por ejemplo el Manual de investigación y documentación efectiva sobre tortura, castigos y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, conocido como el “Protocolo de Estambul” y el Manual sobre la prevención y la investigación de ejecuciones sumarias, extrajudiciales y arbitrarias, denominado “Protocolo de Minnesota”.

violencia basada en el género, se presentan dificultades adicionales, ya no atribuibles a las características de los hechos, sino basadas en la discriminación de género que permea en los sistemas de administración de justicia.

Al respecto, todavía se advierten resabios de la concepción según la cual el Estado no debe intervenir en estos conflictos porque ocurren en un ámbito supuestamente íntimo, vinculado con la vida familiar o con lo sexual. De acuerdo con esta visión, esas expresiones de violencia antes que un problema sistémico, son un problema individual, que se explica por la disfunción de ciertos vínculos o por patologías psiquiátricas o en razón de un pobre manejo emocional de una o de las dos partes involucradas. Si bien esta “retórica de lo privado” ha devenido incompatible con buena parte de los países de Latinoamérica, cuanto menos de aquellos que suscribieron a la Convención de “Belém do Pará”¹², todavía influye en la administración de justicia y da lugar a investigaciones penales incompletas y sesgadas¹³.

En segundo lugar, en el proceso penal persisten ciertas reglas en apariencia neutrales, es decir, formuladas a la medida de un sujeto universal y sin género, con omisión de la perspectiva y la experiencia de las mujeres. Por lo tanto, cuando son aplicadas a casos que involucran violencia contra las mujeres, pueden tener efectos discriminatorios. Esto es lo que muchas veces sucede con las reglas que rigen la recolección, admisión y valoración de la prueba en los procedimientos penales. Por ejemplo, una regla (sea expresa o tácita) según la cual para considerar por acreditado un hecho se requiere cierta cantidad de testigos ajenos a las partes, impacta de forma desproporcionada en las víctimas de violencia que ven obstaculizada la posibilidad de probar que han sido afectadas por el sexismo.

En tercer lugar, los prejuicios y estereotipos discriminatorios también obstaculizan la recolección y valoración de la prueba. Se entiende por prejuicio aquel preconcepto que podría llevar al juez a resolver sobre la base de razones equivocadas y discriminatorias. En este campo, los estereotipos suelen girar en torno a las categorías de “mujer honesta”, “mujer mendaz”,

12 De acuerdo con el preámbulo de la Convención de Belém do Pará, la desigualdad y la violencia contra las mujeres son una violación a los derechos humanos y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre varones y mujeres.

13 Para un análisis cualitativo de cómo esta retórica sigue influyendo en decisiones judiciales en la Argentina, véase AA. VV. 2010, disponible en: <http://bit.ly/2eLP0mY>

“mujer instrumental”, “mujer corresponsable” y “mujer fabuladora”¹⁴. Esta categorización no solo resulta peyorativa y denigrante, sino que lo más grave es que lleva a la minimización de la violencia¹⁵. Así, al trasladar la culpa de lo acontecido a la víctima, se cuestiona su credibilidad (por su estilo de vida, la ropa que usa, las horas en las que está en la calle o sus relaciones sentimentales anteriores¹⁶), se resta importancia a los hechos (por considerarlos una cuestión “privada” o “pasional”), y determina la inacción de fiscales, policías y jueces, quienes obturan líneas posibles de investigación¹⁷.

Finalmente, las normas y prácticas de victimización secundaria y de discriminación con las que se topan las mujeres durante el procedimiento judicial también socavan la actividad probatoria¹⁸. Por ejemplo, la adopción de medidas trascendentales sin que se escuche la opinión de la víctima, el sometimiento a peritajes e indagaciones que las obligan a ventilar su vida íntima, las múltiples citaciones a declarar por los mismos hechos, la falta de espacios adecuados para ser escuchadas, y la prolongada duración de los procedimientos, son algunas de las prácticas que transforman al procedimiento judicial en una ordalía difícil de sostener en el tiempo.

Teniendo en cuenta estas dificultades, en el SIDH se elaboraron ciertos estándares que buscan incorporar la perspectiva de género en las investigaciones penales referidas a hechos de la violencia contra las mujeres.

IV. DEBIDA DILIGENCIA EN LA RECOLECCIÓN DE LA PRUEBA

A partir del caso *Penal Castro Castro vs. Perú*¹⁹, donde se discute la responsabilidad internacional en virtud de la violencia sexual sufrida por

14 Cfr. *Ibid.*

15 Corte IDH, *Velázquez Paíz y otros vs. Guatemala*, párrs. 182 y 183.

16 Véanse, Comisión IDH, *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, párrs. 13 y 170 [en adelante, Informe 2011], y *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007 [en adelante, Informe 2007], párr. 176 [con cita de CIDH, Comunicado de Prensa, N.º 20/04, “La Relatoría Especial de la CIDH evalúa la vigencia del derecho de la mujer guatemalteca a vivir libre de violencia y discriminación”, Washington D.C., 18 de septiembre de 2004, párr. 26].

17 Cfr. AA. VV., 2015, Recuperado de <<http://bit.ly/2f1rSV5>>.

18 Véase para más detalle, Piqué, 2016, en Di Corleto (ed.), *Didot*, 2016 (en prensa).

19 La sentencia de la Corte es del 25 de noviembre de 2006. Cabe aclarar que no

un grupo de mujeres en una prisión, la Corte Interamericana comenzó a trazar un camino en la incorporación de la perspectiva de género en sus decisiones. El punto de inflexión llegó un poco más tarde, con la sentencia dictada en el caso *Campo Algodonero vs. México*²⁰, en la que sentó las bases del deber de investigar con perspectiva de género.

De acuerdo con la interpretación que la Corte y la Comisión IDH han realizado de la obligación del deber de respetar y garantizar los derechos protegidos por el artículo 1.1, CADH, y del derecho de acceso a la justicia que se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 8 y 25, CADH, las investigaciones de violaciones a los derechos humanos deben realizarse por todos los medios legales disponibles, estar dirigidas a procurar la verdad y ser efectivas²¹. Esto implica que deben ser conducidas tomando en cuenta su complejidad, su contexto, los patrones sistemáticos que permitieron su comisión y la estructura en la cual se ubican las personas involucradas. Este deber compromete a toda institución estatal, tanto a las judiciales como a las encargadas de la investigación previa, cuya obligación es velar porque el Estado ejerza su facultad acusatoria y lleve adelante el proceso judicial en forma adecuada²².

La obligación de investigar es de medio (o “comportamiento”), por lo que no se viola meramente ante la inexistencia de un resultado satisfactorio, siempre y cuando la investigación, en su conjunto, haya sido cumplida diligentemente para evitar la impunidad²³. El Estado está obligado a asumirla como un deber propio²⁴, a desarrollarla de manera

siempre los criterios de los tribunales internacionales fueron receptivos a los estándares de igualdad y no discriminación en materia de género. Por ejemplo, en el caso del desnudo forzado de María del Carmen Santana, la Corte IDH no tuvo en consideración la violencia sexual sufrida por la víctima previo a su muerte (Cfr. Corte IDH, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, párr. 36). Luego, en *Loayza Tamayo vs. Perú*, donde se había recabado prueba de la violencia sexual sufrida por las mujeres detenidas y la propia víctima lo había afirmado, la Corte consideró que, dada “la naturaleza del hecho” no estaba en condiciones de tener por acreditados los abusos sexuales (Cfr. Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, párr. 3 b).

20 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*.

21 Corte IDH, *Velásquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 145; *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 378 y *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 241.

22 Corte IDH, *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, párr. 135 y 143; y sus citas. Véase también Comisión IDH, *Derecho a la Verdad en las Américas* (Informe temático), OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2, 13 de agosto de 2014, párr. 78 y sus citas.

23 Corte IDH, *García Ibarra vs. Ecuador*, párr. 136 y sus citas, entre muchos otros.

24 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 177.

seria, imparcial y efectiva; y a orientarla a la determinación de la verdad y a la sanción de sus responsables²⁵. Esta obligación rige incluso si la violación a los derechos humanos es atribuida a un particular pues, según la Corte, si sus actos no son investigados con seriedad, resultarían en cierto modo auxiliados por el poder público y comprometería la responsabilidad internacional del Estado²⁶.

En el caso *Campo Algodonero vs. México*, la Corte IDH se refirió específicamente a este deber de investigar con debida diligencia cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. En estos casos, las obligaciones generales derivadas de la CADH se complementan y refuerzan con las derivadas de la Convención de Belém do Pará, particularmente de los artículos 7.b y 7.c, que obligan a utilizar la debida diligencia en la prevención, sanción y erradicación del fenómeno. En otras palabras, el deber de investigar con debida diligencia tiene “alcances adicionales”²⁷ cuando se trata de violencia contra las mujeres pues de lo contrario se propiciaría un ambiente de tolerancia y aceptación y, en última instancia, de impunidad²⁸. En consecuencia, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades puede constituir en sí misma una forma de discriminación²⁹.

A. Investigación exhaustiva y amplitud probatoria

Los estándares desarrollados en el sistema interamericano reconocen que la violencia de género presenta ciertas particularidades que deben ser tenidas en cuenta para recolectar y valorar el material probatorio disponible. A la falta de testigos externos, se suma que en supuestos intrafa-

25 Cfr. Entre otros, Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, párr. 127; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, párr. 146; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, párr. 173.

26 Cfr. Corte IDH, *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 177; *Espinoza González vs. Perú*, párr. 238; *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 143.

27 Cfr. Corte IDH, “*Campo Algodonero*”, párr. 293. Véase también *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 193; *Espinoza González vs. Perú*, párr. 241; *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 146.

28 Cfr. Corte IDH, “*Campo Algodonero*”, párrs. 388 y 400; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 208; *Espinoza González vs. Perú*, párr. 281.

29 Cfr. Corte IDH, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 208; *Espinoza González vs. Perú*, párr. 281; *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 176.

miliares, la violencia de género se da bajo fuertes esquemas de sumisión, y la denuncia puede tener serias implicancias personales para la víctima y su entorno. Por esta razón, la indagación sobre el contexto del hecho se torna fundamental.

La Corte IDH ha reconocido que, en la práctica, puede ser difícil probar que un homicidio o acto de agresión contra una mujer ha sido perpetrado en razón de su género³⁰. Sin embargo, ha sostenido que dicha dificultad deriva no tanto de los hechos en sí, sino más bien de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte del Estado. En consecuencia, para ser seria y efectiva, la investigación debe abarcar las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual o evidencias de ensañamiento (por ejemplo, mutilaciones), o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto más amplio de violencia contra las mujeres³¹.

A la luz de los estándares internacionales, la amplitud probatoria que rige en el proceso penal obliga a recolectar prueba vinculada con el contexto de los hechos. En función de las “circunstancias especiales” en las que se desarrolla esta forma de violencia, la investigación tiene que tener un rendimiento específico³². En especial la violencia intrafamiliar no se constituye por una sucesión de actos puntuales sino que tiende a ser un continuum que se prolonga en el tiempo y que se expresa en distintas formas (violencia sexual, física, psicológica, económica y simbólica), no todas ellas tipificadas penalmente. En otras palabras:

“[L]a violencia contra la mujer, en importante cantidad de casos, no está constituida por un hecho aislado que se resume en los elementos de la tipicidad, sino por una situación dinámica y más o menos perdurable, multiforme, y no necesariamente típica, que debe ser aprehendida de modo contextual como un continuum, aunque para la punibilidad sólo

30 Cfr. Corte IDH, *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 146.

31 *Ibid.*, Corte IDH, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 187.

32 En el caso de Argentina, la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada el 11 de marzo de 2009, ha establecido como uno de los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos de las mujeres víctimas de violencia, el derecho “A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos” (art. 16.i).

sea lícito tomar en cuenta los hechos aislados que satisfacen una figura legal determinada”³³.

En consecuencia, esta indagación sobre el contexto habilita una amplia gama de medios de prueba que va mucho más allá del testimonio de la víctima pues no sería prudente que se investigue un solo acto o un hecho concreto, sino que la prueba debería remitirse a una sucesión de actos en el tiempo. Para dar un ejemplo, los agentes que acuden al llamado de la víctima son testigos calificados y por tanto podrán declarar sobre el estado físico y emocional en el que encontraron a la mujer, y también sobre el contenido de su primera denuncia. Con independencia del carácter que le asignen las respectivas legislaciones a este tipo de declaración, no se podría negar su carácter de testigo directo respecto del estado de ánimo de la víctima al momento de tomar contacto con ella.

También en estos supuestos puede ser necesario escuchar a algunas personas cuyos testimonios, en otras situaciones, no serían tenidos en cuenta por ser considerados “parciales” o testigos “de oídas”. En temas de violencia de género los testigos suelen ser personas con vínculos afectivos o familiares, o profesionales de la salud o de organismos de asistencia a víctimas, o personas a quienes la víctima acudió inmediatamente después del hecho, o quienes presenciaron situaciones de violencia, aunque no necesariamente el hecho puntual objeto de la acusación. Dadas las particularidades de la violencia de género, estos testimonios pueden ser relevantes para acreditar el contexto y para reforzar con prueba indiciaria el testimonio de la víctima.

La determinación del contexto puede realizarse por medio de la constatación de denuncias previas en el ámbito de la justicia civil o penal, de la obtención de datos vinculados a la atención de la mujer en hospitales públicos, en servicios de psicología, o por la verificación de su asistencia a refugios. Los registros de las instituciones educativas a las que asisten sus hijos pueden completar un exhaustivo estudio social. Las relaciones de la víctima y el agresor con su grupo social, la existencia de hijos y el vínculo con ellos, los antecedentes familiares, sanitarios, educativos y laborales también permitirán examinar las circunstancias del maltrato

33 Tribunal Oral en lo Criminal 9 de la Capital Federal, República Argentina, –Causa 3.674— J. C. W. – sentencia del 23/08/2012, publicado en Ministerio Público Fiscal, 2013. Recuperado de <<http://bit.ly/2eyZWs9>>.

y la reacción del entorno familiar y social de modo de abordar todo el espectro de conductas abusivas.

El *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)* incluye exigencias similares en materia de recolección de prueba³⁴. En este documento se recomienda que en las primeras etapas de la investigación se recabe toda la información relacionada con los hechos que precedieron o fueron concomitantes a la muerte violenta (párr. 174). Asimismo, en casos de femicidio íntimo, el *Modelo de protocolo* recomienda indagar en los signos, indicios y circunstancias que rodean la muerte, en particular los antecedentes de la relación y la posible existencia de violencia de género previa (párr. 224 y ss.). Así, se indica que deberá tenerse en cuenta la historia de la mujer víctima para contextualizar la investigación y poder resolver adecuadamente el crimen (párr. 227) y su historial clínico-sanitario (párr. 232)³⁵.

La identificación de las consecuencias físicas y psíquicas de la violencia también puede ser una vía para rescatar que no se trata de hechos comunes, azarosos o naturales, sino que constituyen conductas devastadoras. Por ejemplo, ante un homicidio violento, la investigación no debe limitarse a la muerte de la víctima, pues también debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual; de allí que deben ordenarse de oficio los exámenes y peritajes dirigidos a ese fin³⁶. En la constatación de la evidencia física, los informes sobre este tipo de lesiones pueden ser un indicador preferencial de la agresión sufrida, pues parecería que es más sencillo remitirse a datos objetivos (lesiones comprobadas, fotos de la víctima o de los destrozos realizados en el hogar) que a las declaraciones, siempre sujetas a valoraciones variables.

Sobre la evidencia física, la Corte IDH ha advertido las fallas que se pueden producir en su conservación³⁷. Por eso, en lo que atañe a este tipo de

34 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina Regional para América Central y ONU Mujeres, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Recuperado de <<http://bit.ly/1Je3y6g>>.

35 Para un análisis sobre los estándares de debida diligencia que surgen del Modelo de Protocolo, véase AA. VV, *Femicidio y debida diligencia*, cit.

36 Cfr. Corte IDH, *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 147 y *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 188.

37 Cfr. Corte IDH, *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 148 y sus citas.

prueba, la celeridad en la investigación es clave, ya que la falta de diligencia tiene como consecuencia que, conforme el tiempo transcurra, se afecte la posibilidad de obtenerla y presentarla³⁸. En los casos que involucren femicidios, la recolección de la evidencia física debe alcanzar las áreas genital y para-genital en búsqueda de señales de abuso sexual, así como preservar líquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima³⁹.

En aquellos casos donde se cuenta con la declaración de la víctima, la recepción de ese testimonio, a la luz de los estándares interamericanos, debe realizarse con determinados recaudos: a) en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza. Deberá contener (con su consentimiento); b) la fecha, hora y lugar del acto de violencia sexual perpetrado, incluyendo la descripción del lugar donde ocurrió el acto; c) el nombre, identidad y número de agresores; d) la naturaleza de los contactos físicos de los que habría sido víctima; e) si existió uso de armas o retenedores; f) el uso de medicación, drogas, alcohol u otras sustancias; g) la forma en la que la ropa fue removida, de ser el caso; h) los detalles sobre las actividades sexuales perpetradas o intentadas en contra de la presunta víctima; i) si existió el uso de preservativos o lubricantes; j) si existieron otras conductas que podrían alterar la evidencia, y k) detalles sobre los síntomas que ha padecido desde entonces⁴⁰.

Estas prevenciones son particularmente importantes ante mujeres que integran también otros grupos en condición de vulnerabilidad, como las mujeres de poblaciones indígenas⁴¹. Al respecto, en los casos *Rosendo Cantú* y *Fernández Ortega*, ambos contra México, la Corte Interamericana destacó como una de las fallas, el hecho de que a ninguna de las dos víctimas — que pertenecían a comunidades indígenas y que no hablaban con fluidez español— se les hubiera proveído de un intérprete al momento de hacer la denuncia. Como consecuencia de esa omisión, ambas debieron ser asistidas por su marido y por una amiga, respectivamente, lo que estuvo lejos de ser,

38 Cfr. Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 286, y sus citas.

39 Cfr. Corte IDH, *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 148, con cita del Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas (Protocolo de Minnesota), UN Doc. E/ST/CSDHA/12 1991; “*Campo Algodonero*”, párr. 310; Veliz Franco y otros vs. Guatemala, párr. 188.

40 Organización Mundial de la Salud, Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, supra, inter alia, pp. 36 y 37, citado por la Corte IDH en *Espinoza González vs. Perú*.

41 Cfr. Corte IDH, *Fernández Ortega vs. México*, párr. 78.

a criterio de la Corte IDH, un procedimiento respetuoso de su identidad cultural, ni resultó adecuado para asegurar la calidad del contenido de sus declaraciones ni para proteger la confidencialidad de las denuncias⁴².

La declaración deberá ser registrada de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición y las preguntas vinculadas con su comportamiento sexual y social anterior no pueden ser aceptadas⁴³. El objetivo de estos recaudos es reducir las posibilidades que se vuelva a victimizar o a repetir la reexperimentación de la profunda experiencia traumática⁴⁴ y proteger su intimidad y dignidad⁴⁵.

En relación con los exámenes médicos, en particular, el ginecológico y anal, deberán realizarse lo más pronto posible —preferentemente durante las primeras 72 horas a partir del hecho denunciado— por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique y con su consentimiento previo e informado⁴⁶. Además, la víctima podrá ir acompañada de alguien de su confianza⁴⁷.

No obstante, la decisión de ordenar un peritaje ginecológico debe estar motivada y no podrá adoptarse automáticamente, sino después de un análisis sobre su pertinencia. En caso de no ser procedente o no contar con el consentimiento informado de la víctima, el estudio debe ser omitido, lo cual no puede servir de excusa para desacreditar a la denunciante o impedir una investigación⁴⁸.

42 *Ibid.*, párr. 175 y Corte IDH, *Rosendo Cantú vs. México*, párr. 179.

43 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 194; *J. vs. Perú*, párr. 344; *Espinoza González vs. Perú*, párr. 249.

44 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 196; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 180; *Espinoza González vs. Perú*, párr. 256; *J. vs. Perú*, párr. 351.

45 Cfr. Comisión IDH, Informe 2007, párr. 19; Informe 2011, párr. 266.

46 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 256, con cita de Organización Mundial de la Salud, Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence. Refiere la Corte IDH que los siguientes países de la región han adoptado la pauta de las 72 horas para la recolección de evidencia forense en casos de violencia sexual: Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú y Estados Unidos. La Corte aclara que estos plazos son una guía, con lo que nada impide que el peritaje ginecológico se realice con posterioridad a este período, con el consentimiento de la presunta víctima, toda vez que evidencias pueden ser encontradas tiempo después del acto de violencia sexual, particularmente con el desarrollo de la tecnología en materia de investigación forense.

47 Cfr. Corte IDH, *Fernández Ortega vs. México*, párr. 194; *Espinoza González vs. Perú*, párr. 252; *J. vs. Perú*, párr. 344

48 Cfr. Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 256.

La Corte IDH ha advertido, no obstante, sobre los riesgos de sobrevalorar las pruebas médicas en casos de violencia sexual. De hecho, la investigación no puede limitarse a la evidencia física vinculada con los cuerpos de las víctimas pues en el caso *Masacres de El Mozote y alrededores vs. El Salvador*, la Corte IDH tuvo por probada la violencia sexual y la posterior muerte gracias al testimonio de Rufina Amaya, quien declaró sobre lo ocurrido en diferentes instancias. En esta oportunidad, no se contaba ni con peritajes forenses sobre los cuerpos de las víctimas, ni con documentos o informes de la Comisión de Verdad salvadoreña, la cual nunca incluyó en sus registros los casos de violencia sexual⁴⁹.

Pero además, la ausencia de señales físicas no necesariamente implica que la violencia de género no haya existido, ni le resta credibilidad al testimonio de la víctima, ya que no todos los casos ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de un examen médico⁵⁰. Las investigaciones también deben reparar en las consecuencias psíquicas, ya que muchas veces los rastros pueden ser daños a su salud mental⁵¹, violencia que, en general, suele terminar invisibilizada⁵².

49 Cfr. Zelada y Ocampo, 2012, p. 138 y ss.

50 Cfr. Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párrs. 273 y 277. La Corte se basó en el peritaje de María Jennie Dador, quien afirmó ante la Corte que en la investigación de casos de violencia sexual y tortura denunciados en el Perú, las autoridades judiciales incurrieron “en la sobrevaloración de la pericia médico legal, en la integridad del himen o ‘pérdida de la virginidad’ y en la acreditación de las huellas físicas de la violencia. Sin considerar que para ello no se contaba ni se cuenta hasta ahora, con recursos técnico-científicos ni humanos, que permitan al sistema de justicia reunir pruebas necesarias para acusar a los agresores” (Declaración rendida ante fedatario público por la perita María Jennie Dador el 25 de marzo de 2014, expediente de fondo, folios 961 a 990). Véase también *J. vs. Perú*, párr. 329, 332 y 333; *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 124; *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, párr. 132; TEDH, *M.C. vs. Bulgaria*, n.º 39272/98, § 166, 2003-XII; *Rosendo Cantú vs. México*, párr. 103. La Corte a su vez cita numerosos precedentes del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

51 Casas / Mera, “Violencia de género y reforma procesal penal chilena”, 2004, p. 65. Véase también Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 332.

52 Estudios de campo han demostrado el proceso de “desmaterialización de la violencia”, de acuerdo con el cual las violencias psíquicas prácticamente desaparecen del proceso penal y sólo queda la violencia física, que a su vez se ve fragmentada en episodios aislados. Véase Bodelón, 2012 y Bodelón, 2015, disponible en: <http://bit.ly/1trPpRW>

En esta línea, el AP N.º 4-2015 de la Corte Suprema de Perú reconoce que el delito de violación sexual “genera un daño psicológico en la víctima que implica a su vez lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento (...) y por otro, a las secuelas emocionales que persisten en forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana”⁵³. Asimismo, con cita de la OMS, se alude a que estos hechos pueden producir stress post traumático, “una alteración psíquica que aparece cuando la persona ha sufrido una agresión física o una amenaza para la vida propia o de otra persona. Asimismo, cuando la reacción emocional experimentada implica una respuesta intensa de miedo, horror o indefensión”⁵⁴.

En consecuencia, una vez realizada la denuncia los peritajes psicológicos sobre la víctima pueden contribuir a obtener mayor información sobre lo ocurrido⁵⁵. Para que estos estudios sean fiables, deben ser realizados por profesionales especializados, que incorporen perspectiva de género. Ello es así porque la dinámica de estos hechos exige conocer, por ejemplo, que la respuesta individual subjetiva de la víctima varía pues puede haber mujeres que sean más resilientes o, por el contrario, que estén atravesadas por otras variables de vulnerabilidad; que es común que la violencia —particularmente la intrafamiliar— esté naturalizada; o que el paso del tiempo puede atemperar algunas de sus secuelas. En este sentido, no parece acertado prescindir de información sobre cómo se designa al perito, ni asumir sin más que, en función de su lugar institucional, ya cuenta con los conocimientos específicos⁵⁶. Por el contrario, en el marco de los procedimientos adversariales es esencial procurar un debate sobre la formación, capacidad y experiencia del especialista⁵⁷.

Otro tipo de estudio psicológico que puede ser empleado para acreditar los hechos es el de “credibilidad” o “veracidad”. Según el AP N.º 4-2015 de la Corte Suprema de Perú, este tipo de informe está dirigido a “establecer el grado en que cierto relato específico respecto de los hechos investigados cumple, en mayor o menor grado, con criterios preestablecidos que serían característicos de relatos que dan cuenta de

53 Cfr. AP N.º 4-2015, párr. 32.

54 Cfr. AP N.º 4-2015, párr. 33.

55 Cfr. Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 103; Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 449.

56 Cfr. AP N.º 4-2015, párr. 8.

57 Sobre esta cuestión, Duce, 2013.

forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los hechos”⁵⁸. Se trata de un informe psicológico que sirve como “apoyo periférico” o mera corroboración, pero no tiene un carácter definitivo ni sustituye la convicción sobre la credibilidad del testigo⁵⁹.

No obstante, si bien en algunos casos puede haber razones que pongan en jaque la credibilidad de la víctima, lo cierto es que la realización automática de estos peritajes, particularmente respecto de aquellos casos donde no hay elementos que indiquen que el relato no es creíble, debe ser enfáticamente cuestionada. En efecto, el peligro de este tipo de examen reside en que puede convertirse en una actividad probatoria común y corriente, incluso cuando además de contar con el testimonio de la víctima, la investigación puede direccionarse a obtener otro número importante de prueba que vincule al imputado con la infracción. Al automatizarse, el peritaje “pierde la fuerza que pueda tener en un caso particular, pues se transforma en un mero trámite (‘todas’ las víctimas cuentan con peritajes de veracidad)”⁶⁰. Adicionalmente, su realización irreflexiva puede aparejar una mirada prejuiciosa sobre las mujeres, en el sentido de que tienen razones para inventar o tergiversar los hechos denunciados⁶¹, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de un estudio que tiende a ordenarse en la investigación de estos hechos y no en la investigación de otro tipo de delitos.

En síntesis, las exigencias de debida diligencia en la investigación de estos casos, se plasman en la exhaustividad y en el principio de amplitud probatoria, el cual cristaliza una regla de los estudios de género consistente en sospechar de las evaluaciones abstractas alejadas de su contexto. Una determinada situación problemática no puede ser aislada de su entorno, y para ello será necesario mirar más allá del hecho puntual restringido por la ley penal, aunque con la prevención de evitar nuevas prácticas discriminatorias.

58 Cfr. AP N.º 4-2015, párr. 28.

59 Cfr. AP N.º 4-2015, párr. 31.

60 Cfr. Casas, 2010, p. 160.

61 Cfr. Casas Becerra / Nera, 2004, p. 150. En Argentina, todavía se advierten investigaciones penales por delitos sexuales en los que se ordena peritar psicológicamente a la víctima a los fines de que se establezca si tiene una “personalidad fabuladora” lo cual demuestra aún más el vínculo que puede haber entre este tipo de estudios y el estereotipo de las mujeres como personas “fabuladoras”. Véase AA. VV., 2010, especialmente p. 87 y ss.

V. VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA

En relación con la valoración de la prueba en general, la Corte IDH ha recogido la idea de que las pruebas deben ser “apreciadas en su integridad”, es decir, “teniendo en cuenta sus relaciones mutuas y la forma como se prestan soporte unas a otras o dejan de hacerlo”⁶². Si bien en el derecho internacional de los derechos humanos siempre se han procurado criterios amplios de valoración de las pruebas de las violaciones a los derechos humanos, para los casos de violencia contra las mujeres se han desarrollado estándares singulares, principalmente a la medida de sus particularidades y en cómo impacta en esta actividad la discriminación de género⁶³.

La jurisprudencia interamericana advierte sobre la necesidad de erradicar estereotipos en la valoración de la prueba, y sobre las particularidades que presenta la evaluación del testimonio de la víctima, temas que se abordan a continuación.

A. Valoración de la prueba sin estereotipos de género

La Corte IDH ha destacado la importancia de que los sistemas jurídicos internos prevean reglas que eviten afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas⁶⁴, dado que muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer⁶⁵. La persistencia de estos prejuicios en el sistema de administración de justicia penal afecta al derecho de la mujer a un juicio justo y evita la plena aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en tanto impone obstáculos que los hombres no enfrentan⁶⁶.

En el SIDH se ha hecho hincapié también en cómo los estereotipos discriminatorios afectan especialmente a determinados grupos de mujeres. Por ejemplo, aquellas mujeres que son asimiladas al perfil de

62 Cfr. Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, párr. 232.

63 Cfr. AA. VV, 2015.

64 Cfr. Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 277, con cita de la declaración rendida ante fedatario público por la perita Rebecca Cook el 27 de marzo de 2014.

65 Corte IDH, *Velásquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 183.

66 Cfr. peritaje de la experta Christine Mary Chinkin en *Velásquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 182.

una “pandillera” o “prostituta” o una “cualquiera”⁶⁷, aquellas mujeres sospechosas de haber cometido un delito⁶⁸, o grupos de mujeres que enfrentan discriminación múltiple y superpuesta, como las mujeres indígenas⁶⁹, o las personas pertenecientes al colectivo LGBTI⁷⁰ o las mujeres afrodescendientes⁷¹.

Ejemplo de este tipo de práctica se observó en el caso *Espinoza González Vs. Perú*, en el cual la Corte IDH cuestionó el tratamiento de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú, quien había descalificado la denuncia de violencia sexual de Espinoza González fundándose en un estereotipo de género vinculado con la falta de confiabilidad en las declaraciones de las mujeres sospechosas de haber cometido un delito⁷². En ese caso, la perita Rebecca Cook señaló:

“Una cultura de impunidad [...] perpetúa la idea de que las mujeres consideradas sospechosas, por defecto, tienen un valor menor que los hombres [...]. La respuesta inadecuada de los Estados y los jueces ante la violencia basada en el género que las mujeres sufren cuando se encuentran en custodia policial o en prisiones refleja y perpetúa el punto de vista en el cual dicha violencia contra las mujeres no es crimen serio. En resumen, la violencia contra las mujeres consideradas sospechosas es [ocultada] y sub-penalizada, permitiéndole continuar con impunidad”⁷³.

También en un caso contra Perú, la Corte consideró que las alegaciones del Estado, en el sentido de que “ha sido usual que las procesadas por terrorismo aleguen indebidamente haber sido víctimas de violaciones sexuales u otros actos de contenido sexual”, asumía automáticamente que las denuncias de violencia sexual son falsas —lo cual es contrario al deber

67 Corte IDH, *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 177.

68 Corte IDH, *J. vs. Perú*, y *Espinoza González vs. Perú*, cit.

69 Cfr. Comisión IDH. *Mujeres Indígenas Desaparecidas y Asesinadas en Colombia Británica*, Canadá. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30/14, 21 de diciembre de 2014.

70 Véase, e.g., Comisión IDH, 2015.

71 Véase, por ejemplo, Comisión IDH, 2011, en particular párr. 69 y ss.

72 La Corte tuvo en cuenta la aseveración de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema respecto de que la víctima manipulaba la realidad a su conveniencia y sostuvo que eso se derivaba de una estereotipación por razón de género en la valoración de la prueba en la que incurrieron en casos de violencia sexual las autoridades judiciales en el Perú, que las llevaba a restarle valor a las declaraciones de mujeres víctimas de estos hechos (véase párr. 277).

73 Declaración rendida ante fedatario público por la perita Rebecca Cook el 27 de marzo de 2014.

de iniciar una investigación de oficio— y mostraba un criterio discrecional y discriminatorio sobre la base de la situación procesal de las mujeres⁷⁴.

En relación con las mujeres indígenas, al analizar la situación de Canadá, la CIDH ha detectado que las actitudes prevalentes de discriminación —principalmente relacionadas con el género y la raza— contribuyen a su vulnerabilidad, lo cual motiva actos de violencia porque contribuye con las percepciones estereotipadas y discriminatorias según las cuales las mujeres indígenas son inferiores, sexualmente disponibles o víctimas fáciles, y porque dan a los perpetradores la confianza de que su desaparición no será investigada. Estas actitudes se manifiestan a través de las respuestas desdeñosas de la policía y de la sociedad en general, y en las omisiones al momento de prestar ayuda cuando es requerida, lo que hace que las mujeres indígenas sean más vulnerables, y por tanto más atractivas como potenciales víctimas.

En esta línea de razonamiento, el AP N.º N° 1-2011 de la Corte Suprema de Perú reconoce que el importante número de absoluciones en delitos contra la libertad sexual de mujeres adultas y adolescentes tiene relación con la remisión a estereotipos de género de las agencias de seguridad y los operadores judiciales. El AP resulta una herramienta ejemplar para impedir la utilización de juicios estereotipados al destacar, por ejemplo, que el consentimiento de la víctima no podrá derivar, entre otros, del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual, ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando estas pretendan fundarse en comportamiento anterior o posterior, de naturaleza sexual de la víctima o de un testigo.

La inadecuada simplificación detrás del uso de estereotipos da cuenta de las dificultades para aprehender la complejidad de la violencia y, fundamentalmente, la imposibilidad de comprender las experiencias de las mujeres. Por tal razón, es necesario contar con ciertos lineamientos que eviten la discriminación en la valoración de la prueba, en particular cuando se evalúa la declaración de la víctima.

B. La valoración del testimonio de la víctima

La Corte IDH ha reconocido que las agresiones sexuales se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima

74 Cfr. Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 352.

y el agresor o los agresores y que, ante la falta de pruebas gráficas o documentales, la declaración de la víctima es fundamental⁷⁵. Esto mismo bien puede trasladarse a otras modalidades de violencia de género, sobre todo la que ocurre en el ámbito intrafamiliar, donde generalmente las únicas personas que pueden declarar sobre lo ocurrido son la víctima y el denunciado, ambos con versiones contrapuestas.

Entre las dificultades en la valoración de la prueba en supuestos de violencia de género se destacan, por un lado, las eventuales alteraciones o contradicciones en el relato de la víctima; y por el otro, su actitud en relación con la denuncia y el proceso penal en su totalidad.

En cuanto a las supuestas inconsistencias en el contenido, estas deberían ser contrastadas con la cantidad de veces que las víctimas son llamadas a declarar. La ausencia de mecanismos de registros de denuncia o la impericia de los operadores judiciales que no agotan la totalidad de las preguntas son algunos de los factores que determinan que las mujeres sean citadas en un sinnúmero de oportunidades y que se observen modificaciones en el relato.

También deben ser tenidas en cuenta las consecuencias que estos hechos pueden producir en la memoria de las víctimas. En esta línea, en los casos *Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega Vs. México*, en los que el Estado de México cuestionaba la credibilidad de las declaraciones de las víctimas de violencia sexual, la Corte IDH reiteró la importancia de los dichos de las mujeres y exigió que se fuera cuidadoso con el examen de las posibles inconsistencias en sus relatos. De allí que haya advertido que lo traumático del momento padecido repercute en ciertas imprecisiones en la memoria y que, en la medida en que estas no recaigan sobre aspectos sustanciales, no deben afectar la credibilidad de la mujer⁷⁶.

El contexto en el que se brindan los testimonios también es una variable a tener en cuenta. En los casos citados contra México, por ejemplo, se trataba de mujeres indígenas víctimas de violencia que no manejaban con fluidez el español y que, al momento de sus declaraciones, no habían sido asistidas por intérpretes oficiales de su lengua natal. En casos así, para la Corte IDH, “las diferencias de relato, más que un problema de consistencia, pueden deberse a obstáculos en la expresión, a la intervención

75 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 100, y *J. vs. Perú*, párr. 323; *Espinoza González vs. Perú*, párr 150.

76 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 91 y *J. vs. Perú*, párr. 325.

de terceros, o producto del uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones”⁷⁷.

En sentido similar, en el caso *J. vs. Perú*, la Corte IDH consideró que las imprecisiones en los relatos de la víctima se explicaban por el hecho de que habían sido rendidos como parte de la misma declaración instructiva realizada dentro del proceso penal, la cual había sido suspendida y continuada en varias oportunidades. Por lo tanto, no resultaba razonable exigir que la víctima declarara sobre todos los maltratos y la violencia sexual que habría padecido en cada oportunidad en que se dirigía a las autoridades estatales. Además, ciertas manifestaciones habían sido hechas ante funcionarios policiales mientras ella estaba detenida en la DINCO-TE en condiciones de incomunicación. Ninguna de estas condiciones garantizaba un ambiente cómodo y seguro, que brindara privacidad y confianza para relatar los alegados maltratos en forma detallada⁷⁸.

En este punto, es interesante mencionar el AP N.º 2-2005, que presenta qué variables considerar para evaluar la declaración de un testigo víctima. Entre estos criterios se referencia la necesidad de analizar la coherencia y persistencia de la declaración. De un lado, se sugiere analizar la verosimilitud entendiendo por ello, no solo la coherencia interna y solidez de los dichos, sino también la existencia de algún tipo de corroboración periférica; de otro lado, se hace alusión a la constancia y firmeza de la denuncia. Integrado este acuerdo, con el AP N.º 1-2011, la solidez o fragilidad del testimonio inculpativo debe medirse en función de la exhaustividad del relato, sin llegar al extremo de requerir detalles que alteren la esencia. No se trata de asumir la verdad de lo declarado en todos los casos, sino de que se examine en relación con la totalidad de los datos que aporta, pero también con el resto de las evidencias que conforman el proceso. La nitidez, persistencia, la falta de alteraciones sustanciales y el vínculo de esos datos con los demás, lo convierte en la ficha central de la investigación.

En consecuencia, se reconoce que la declaración de la víctima debe valorarse teniendo en cuenta si entre ella y su agresor existe o existió una relación asimétrica de poder. En este examen deberían tenerse en cuenta, por un lado, los posibles contactos entre la víctima y su victimario y la existencia de amenazas o manipulaciones que alteren el relato; y por el

77 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 105.

78 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 325 y 351.

otro, la gravedad de las consecuencias negativas generadas por la denuncia en el plano económico, afectivo o familiar. Para estos supuestos, es el relato de la propia víctima el que brindará información sobre estos indicadores. En ningún caso la retractación o variación de las declaraciones procesales de la víctima pueden ser invocadas como un indicio contingente de falsedad de la imputación⁷⁹.

Sumando a la evaluación de la declaración de la víctima, en el caso *Penal Castro Castro*, la Corte IDH sostuvo que el testimonio de las mujeres tenía que ser valorado especialmente como prueba “necesaria y suficiente”. Esta interpretación no exime de recabar otros elementos de prueba, pues que un testimonio sea necesario y suficiente no significa que sea excluyente, ni que se deba alterar el concepto de investigación exhaustiva que obliga a recolectar todos los medios de prueba disponibles.

En efecto, esta observación cobra más relevancia cuando se advierte que en muchos casos el fallecimiento de la víctima obliga a buscar otros medios de prueba. Por otra parte, las estadísticas sugieren que hay una alta tasa de abandono y que las víctimas se retractan o bien retiran la denuncia, con lo cual muchas veces no son tomadas en serio.

En este sentido corresponde advertir que el miedo o la vergüenza pueden funcionar como obstáculos subjetivos para la denuncia, más si no existe una tradición de escucha activa por parte de las agencias policiales o judiciales. En muchos casos de violencia sexual el agresor conoce a la víctima y generalmente existe una cercanía ya sea por su pertenencia al mismo círculo de amigos, al mismo ámbito educativo o laboral. En los casos de violencia intrafamiliar, la existencia de un vínculo afectivo entre el agresor y la víctima, la dinámica circular de la violencia, la dependencia emocional y económica son aspectos que pueden explicar por qué se tomó cierto tiempo antes de denunciar o por qué se retractó.

En cuanto a la actitud de la víctima, en el sentido de denunciar o no el delito, o bien desistir de una denuncia, el sistema interamericano ha propuesto que sea interpretada a la luz del contexto en el que se desarrolla la agresión y de las particularidades de la violencia de género⁸⁰. Asimismo se ha reconocido que el miedo, la revictimización y la estigmatización que conlleva la denuncia operan como desincentivos para el inicio de un

79 Cfr. AP N.º 1-2011/CJ-116.

80 Comisión IDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivada del conflicto armado en Colombia*, Informe del 18 octubre 2006 párr. 216.

proceso legal o para su sostenimiento a lo largo del tiempo⁸¹. En cuanto a la retractación, se ha afirmado que la negación de la ocurrencia de una agresión sexual no invalida las declaraciones previas⁸².

Estos lineamientos de interpretación se ajustan a la realidad de las mujeres que acuden a la justicia y luego son reticentes a declarar o retiran la denuncia, o deciden no presentarse en el juicio. Los estudios de campo realizados señalan que esto se da con frecuencia porque temen las consecuencias de sus actos, porque creen que la situación para ellas o sus hijos no mejorará, y tampoco las hará sentir más seguras⁸³. Sin embargo, en lugar de que el dato permita reflexionar sobre qué es lo que debería modificarse del sistema penal para que esto no ocurra⁸⁴, la información se blande como un indicador de que las mujeres realizan denuncias falsas.

De esta manera se soslaya la burocracia, la lentitud extrema de la justicia, la ausencia de medidas de protección adecuadas, o la falta de coordinación de los diferentes actores y servicios, todo lo cual importa una forma de maltrato muy difícil de sobrellevar. Mientras el sistema de justicia penal no modifique sus prácticas en el sentido de las demandas y las necesidades de las mujeres, con una intervención interdisciplinaria y con adecuadas medidas de protección, no debería cargarse a las mujeres la responsabilidad de esta relación ambivalente con la administración de justicia.

En síntesis, en el marco del proceso penal, y con independencia de los indicios que puedan corroborar la declaración de una víctima, su testimonio debe ser evaluado libre de imágenes estereotipadas que simplifican sus vivencias, y con criterios centrados en la coherencia interna y externa de su declaración.

81 Comisión IDH, Informe 2007, párr. 172-175; Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 323 y 337; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 95.

82 Cfr. Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 324; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 95, con cita de TEDH, *Teslenko vs. Ucrania*, n.º 55528/08, §§ 88, 95 y 96, 20 de diciembre de 2011, y Organización de Naciones Unidas. Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 9 de agosto de 1999, párr. 99.vii

83 Hester, 2012, p. 238.

84 Naredo *et al.*, 2012, en Bodelón, comp., 2012, p. 27.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

En los casos que involucran violencia basada en el género, suele afirmarse que la actividad probatoria es compleja. Esto sucede, en parte, porque se estudia la cuestión en función de los parámetros de investigación tradicionales, que no han sido actualizados teniendo en cuenta la cantidad de hechos de violencia que son denunciados ante la justicia.

A pesar de que en estos delitos no siempre hay registros documentales o fílmicos, si la justicia penal incorpora perspectiva de género y ubica los hechos dentro de su contexto, lo cierto es que se puede realizar una investigación exhaustiva, cuya recolección de la prueba derive en la identificación de un sinnúmero de medidas. En este sentido, las legislaciones procesales habilitan a recurrir a diferentes medios de prueba y no existe impedimento alguno para ampliar el espectro de las diligencias probatorias.

La valoración de la prueba es otro de los puntos que merece un estudio más profundo. Los estándares internacionales advierten sobre la necesidad de estar atentos a argumentaciones que justifiquen la violencia de género, porque la conciben como una cuestión “privada” en importancia o porque contengan estereotipos sexistas. De allí que se hayan desarrollado estándares singulares, que repercuten en la forma en la que se escucha y se interpreta a las mujeres. Una mayor reflexión crítica sobre el funcionamiento de administración de justicia permitirá, por un lado, no responsabilizar a las mujeres por sus dificultades para sostener una denuncia penal, y por el otro, y elaborar pautas de valoración de sus declaraciones sensibles a sus experiencias.