

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.

**ARTICULANDO RESPUESTAS: ESTÁNDARES SOBRE
VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS
CONCORDANCIAS EN EL PERÚ**

Beatriz Ramírez Huaroto

Sumario: **I.** Género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **II.** Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en violencias contra las mujeres. **A.** Cuestión previa: violencia como forma de discriminación. **B.** Violencia sexual. **1.** Definición de violación sexual. **2.** Alcances de la violencia sexual. **3.** Violencia sexual como tortura. **C.** Violencia contra las mujeres en el ámbito privado. **D.** Femicidio. **E.** Obligaciones procesales. **1.** Impunidad, violencia y discriminación. **2.** Investigación y valoración de la prueba de casos de violencia contra las mujeres. **3.** Aspectos procesales específicos frente al femicidio. **4.** Aspectos procesales específicos frente a la violencia sexual. **III.** Diálogo con el caso peruano. **A.** Normas. **B.** Acuerdos Plenarios. **IV.** A modo de conclusión.

I. GÉNERO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El concepto de género forma parte del cuerpo teórico desarrollado para explicar la histórica ubicación de las mujeres en una posición subordinada de humanidad. Destaca cómo las relaciones sociales están también fundamentadas —y jerarquizadas— a partir de las diferencias biológicas que distinguen los sexos y cómo con ello se estructuran relaciones de

poder¹. Los sistemas sociales se organizan de forma binaria sobre la base de las oposiciones hombre/mujer y masculino/femenino en donde los primeros elementos de cada par son los de posición jerárquica superior.

El derecho es un discurso legitimado que recoge e impone reglas de conducta y organización y las regula desde ese sesgo parcial tanto en el conjunto de normas vigentes (ámbito formal-normativo), al contenido que los/las operadores/as del sistema de justicia dan a las normas en su aplicación concreta (componente estructural) y el que abarca lo que las personas comunes entiende como derecho, más allá de si lo es formalmente o no (componente político-cultural)². Como producto social no es ajeno a las relaciones de poder. Si el género es una variable de poder transversal a las sociedades entonces el discurso jurídico reproduce las relaciones de género. Si las mujeres han sido históricamente relegadas a una posición subordinada de humanidad entonces en el discurso del derecho no ha sido diferente.

Muchas teóricas jurídicas feministas han planteado cuestionamientos críticos al Derecho. Han señalado que el derecho institucionaliza el punto de vista masculino pues como producto de sociedades patriarcales ha sido construido desde la experiencia de los hombres, modelo “naturalizado” de ser humano, y que por eso refleja y protege valores, necesidades e intereses que corresponden solo a esa mitad de la humanidad. Como consecuencia, desde una mirada acrítica del derecho se analiza a las mujeres a partir de un modelo que ha sido estructurado desde un punto de vista masculino —pero que se presenta como neutro—, inclusive cuando se trata de aplicar normas que deconstruyen las relaciones de género y favorecen los derechos de las mujeres³.

El derecho internacional de los derechos humanos no ha escapado de esta mirada crítica. Se ha señalado como observación principal que la formulación inicial de los derechos humanos fue modelada desde una perspectiva masculina y, por ello, han sido necesarios desarrollos interpretativos posteriores para que su aplicación se extienda a la realidad de las mujeres. Incluso, el surgimiento de tratados de derechos humanos especializados en los derechos de las mujeres como la CEDAW y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

1 Scott, 1997, pp. 44-54.

2 Facio, 1999, pp. 108-109.

3 Jaramillo, 2000, pp. 51-53.

contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) no ha estado libre de cuestionamientos. Para algunas autoras su existencia ha favorecido una interpretación restrictiva de los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales como la CADH. En su opinión, por esta vía no se cuestiona la falsa apariencia de neutralidad de los tratados “clásicos” de derechos humanos y se refuerza la idea de que los derechos humanos de las mujeres están por fuera de los mismos. Las críticas destacan un dato objetivo: en los tratados especializados de protección de los derechos humanos de las mujeres hay mayor extensión del uso de las reservas y a sus órganos monitores no se les reconoció la totalidad de competencias disponibles en principio⁴.

En el SIDH, la Comisión IDH, que inició funciones en 1960, fue el primer órgano del sistema en dar cuenta de la necesidad de visibilizar los derechos de las mujeres en el marco de sus competencias de supervisión: lo hizo en su informe anual de 1993 y consolidó esa línea con la creación en 1994 de la Relatoría Especial sobre los Derechos de la Mujer y la inclusión de una sección referida a los derechos de las mujeres en los informes por países que elaboró a partir de esos años⁵. En el desarrollo de su función cuasi-jurisdiccional el primer ejemplo de análisis género-sensitivo lo dio recién en 1996, en el Informe de Fondo del caso de Raquel Martín de Mejía contra Perú por violación sexual⁶.

En cuanto a la Corte IDH, que inició sus funciones en 1979, la primera en que desarrolló una mirada género-sensitiva de los hechos del caso y de las violaciones de derechos humanos bajo análisis se dio recién en el 2006, en el caso del *Penal Castro Castro vs. Perú*⁷. Si bien en el ejercicio de su función consultiva, la Corte tuvo ocasión de desarrollar el contenido de la cláusula de no discriminación en la OC-4/84 solicitada por la Comisión Interamericana de Mujeres para que analice la propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, documento en el que se hicieron importantes desarrollos conceptuales sobre la prohibición de discriminación, éstos no fueron aplicados en el análisis de casos de derechos humanos de las

4 Palacios, 2008, pp. 31-42.

5 Medina, 2003, pp. 119-120; Ramírez / Llaja, 2011, p. 12; Tramontana, 2011, pp. 150-151.

6 Palacios, 2003, p. 122; Ramírez / Llaja, 2011, p. 12; Tramontana, 2011, pp. 151-152.

7 Ramírez / Llaja, 2011, pp. 12-13; Tramontana, 2011, pp. 157.

mujeres sino hasta dos décadas después. En su función contenciosa, la Corte no generó una jurisprudencia género-sensitiva en los primeros casos que así lo ameritaban: en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, sentenciado en 1995, no se destacó el desnudo forzado como forma de violencia sexual y tortura, y en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentenciado en 1996, los hechos de violación sexual se sometieron a un régimen más estricto de prueba que el resto de violaciones de derechos humanos y por ello se desestimaron⁸.

A la fecha, el SIDH ha desarrollado la noción de un *corpus iuris* sobre los derechos humanos de las mujeres. El “*corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”⁹. En materia de niñez¹⁰ e indígenas¹¹ esta noción se desarrolló con anterioridad y de forma más integral; en el caso de las mujeres sólo se ha formulado en relación a la protección de la violencia¹². No obstante los progresos de los que se dará cuenta en este trabajo, aún hay mucho camino por recorrer.

En el marco del proceso de internacionalización del derecho y de “transconstitucionalización”, en el que se produce un diálogo entre orden internacional y orden estatal de forma que se ha ampliado la aplicación del derecho convencional en la esfera nacional a la luz de, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³, tiene sentido explorar la relación entre los estándares desarro-

8 Palacios, 2008, pp. 11-14; Ramírez / Llaja, 2011, pp. 12-13; Tramontana, 2011, pp. 157-159.

9 Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párr. 115.

10 Corte IDH, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) *vs. Guatemala*, párr. 194.

11 Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 163.

12 Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 276; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párrs. 225, 248; y *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, párr.137. (Ramírez / Llaja, 2011, p. 13).

13 Neves, 2012, p. 42.

llados por el SIDH en materia de violencia contra las mujeres y analizar su recepción en el derecho penal peruano sobre la materia.

II. ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN VIOLENCIAS CONTRA LAS MUJERES

A través de la jurisprudencia de la Corte IDH se han establecido diversos criterios acerca de la violencia contra las mujeres. Abarca una amplia gama de acciones o conductas que causan muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que pueden producirse dentro de las relaciones domésticas y familiares, interpersonales, o en el ámbito de la comunidad tanto por la acción y/o tolerancia de los agentes del Estado, incluyendo a los establecimientos de educación, salud, justicia, entre otros¹⁴. Pese a su prevalencia en la región¹⁵, no existe mucha jurisprudencia del SIDH sobre las diferentes formas de violencia contra las mujeres.

La violencia sexual perpetrada por agentes estatales representa la mayor parte de los casos del sistema. Si bien la mayoría de víctimas de los actos de violencia fueron hombres, desde los inicios del SIDH se reportaron casos por detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales contra mujeres. En muchos de estos casos desde 1977 se denunciaron actos de violencia sexual; no obstante, los pronunciamientos sobre esta problemática son relativamente recientes.

Los casos de vulneración de derechos por actos de violencia en el ámbito privado han sido menos recurrentes en el SIDH. A la fecha solo la Comisión IDH ha emitido informes al respecto, de modo que queda campo para desarrollar en torno a la responsabilidad estatal respecto de violencia contra las mujeres en este espacio.

En el ámbito de la comunidad, el feminicidio es la expresión más emblemática de violencia contra las mujeres que ha sido abordada por el SIDH. Dos sentencias recaídas en casos de México y Guatemala dan elementos sobre las obligaciones estatales de prevención, investigación y sanción frente a la violencia cometida por agentes no estatales en un contexto de violencia social.

Un eje vital que cruza todos los casos presentados en esta sección. Las obligaciones procesales, que forman parte de la obligación general de

14 Convención de Belém do Pará, arts. 1 y 2.

15 CEPAL, 2014.

garantía de todos los derechos son de vital importancia en los casos de violencia contra las mujeres. Este aspecto ha sido analizado en todos los casos que se comentan, y se dedica un apartado para algunas menciones específicas que se desarrollan en la jurisprudencia.

A. Cuestión previa: violencia como forma de discriminación

El sistema interamericano ha subrayado la fuerte vinculación entre los problemas de la discriminación y la violencia contra las mujeres. Siguiendo lo establecido por el CEDAW en su Observación General N.º 19 sobre la materia, la Corte ha señalado que, en sus diferentes modalidades, la violencia contra las mujeres es una expresión y una forma de discriminación. Amerita un análisis particular cuando se dirige contra ellas en razón de su sexo o si las afecta en forma desproporcionada¹⁶.

Existen dos sentencias importantes que establecen pautas para la invocación de vulneraciones a la Convención de Belém do Pará: las de los casos *Ríos y otros*, y *Perozo y otros*, ambas contra Venezuela. La Corte declaró infundada la invocación a la violación de la Convención de Belém do Pará, pues no se demostró que las mujeres periodistas fueran atacadas por su condición de mujeres o que la violencia que se ejerció contra todo el grupo de periodistas las hubiera impactado de forma diferenciada. Así el Tribunal precisó que “no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará”; para ello se requiere demostrar “en qué sentido las agresiones fueron “especialmente dirigid[as] contra las mujeres”, o por cuáles razones “las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque por su condición [de mujer]”, o cómo los impactos “resultaron agravados por su condición de mujer”, o “afectaron a las mujeres de manera diferente [o] en mayor proporción”¹⁷.

Posteriormente, la Corte analizó por primera vez la violencia contra las mujeres en relación al cumplimiento del deber de no discriminación contenido en el art. 1.1 de la CADH, diferenciándolo de los deberes de respeto y garantía allí también reconocidos. Al respecto estableció

16 Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 303; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párrs. 394-395, 402. En el mismo sentido, Corte IDH, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 130 y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 120; *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 223.

17 Corte IDH, *Ríos y otros vs. Venezuela*, párrs. 279-280; y, *Perozo y otros vs. Venezuela*, párrs. 295-296.

que el mandato de no discriminación se vulnera tanto por la falta de acciones para hacer frente a la cultura de discriminación que está a la base de la sistemática violencia contra las mujeres, como para asegurar la investigación de los hechos. El Tribunal constató que la “cultura de discriminación” influyó la violencia contra las mujeres, una cultura basada “en una concepción errónea de su inferioridad”. La Corte definió los estereotipos de género como pre-concepciones “de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”; destacó que “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial”, de forma que “[l]a creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”¹⁸.

Por último, cabe destacar que en el SIDH se ha reconocido que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación en base a más de un factor a lo largo de su vida, en virtud de su corta edad, su raza y su origen étnico, entre otros, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia¹⁹. La vulnerabilidad puede estar asociada a la edad²⁰ o la condición de ser indígena²¹.

B. Violencia sexual

Pese a que en los casos tramitados ante la Comisión IDH desde fines de la década de 1970 se reportaron hechos de violación sexual cometidos por agentes estatales, recién en 1996 la Comisión IDH analizó la implicancia diferenciada de los mismos y estableció que constituían una forma de tortura²². En el informe en el caso de *Raquel Mejía vs. Perú*²³, la Comisión IDH determinó por primera vez que la violación sexual en

18 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párrs. 398-401; y *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párrs. 212-213.

19 Comisión IDH, *Jessica Lenahan y otros vs Estados Unidos*, párrs.113 y 127.

20 Entre otras, Corte IDH, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 134.

21 Entre otras, Corte IDH, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 223; y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 93.

22 Ramírez / Llaja, 2011, pp. 85-86.

23 Comisión IDH, *Raquel Mejía vs. Perú*.

su contra configuraba una violación tanto de su derecho a la integridad personal (art. 5 de la CADH) como del derecho de protección de la honra y la dignidad (art. 11 de la CADH). Muchos años pasaron para que la Corte Interamericana hiciera consideraciones similares. En el caso de la Masacre de Plan de Sánchez contra Guatemala²⁴, la Corte destacó, aunque en la sentencia sobre reparaciones, las consecuencias sociales de la violación sexual contra las mujeres. No obstante, fue recién en el caso del *Penal Castro Castro vs. el Perú*²⁵ en el que la Corte desarrolló por primera vez las implicancias del impacto de la violencia contra las mujeres y dio pautas para el tratamiento de la violación sexual²⁶, lo que se ha desarrollado en posteriores sentencias.

1. Definición de violación sexual

La Corte IDH ha establecido que “la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente”, sino que “[p]or violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”²⁷.

Siguiendo los estándares del derecho penal internacional, posteriormente precisó que “para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea” y que “la penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal”. La violación sexual es una forma de violencia sexual²⁸.

2. Alcances de la violencia sexual

El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus documentos relacionados definen como violencia sexual todo acto de naturaleza sexual contra una o más personas o la imposición de realizar dichos actos tanto

24 Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párr. 116.

25 Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 160.

26 Palacios, 2008, pp. 16-24.

27 Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 310.

28 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 359; Corte IDH, *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 192.

por la fuerza como mediante la amenaza de la fuerza o mediante la coacción causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento. Este estándar fue tardíamente acogido en el SIDH.

La Corte IDH ha definido la violencia sexual como las acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno²⁹; este estándar se ha repetido en posterior jurisprudencia³⁰.

La primera vez que se hizo esta consideración fue en el caso del Penal Castro Castro contra el Perú en el que se consideró como violencia sexual el desnudo forzado de mujeres que fueron constantemente observadas por hombres agentes del Estado. Once años antes, en el caso Caballero Delgado y Santana contra Colombia, sentenciado en 1995, se denunció entre otros hechos que María del Carmen Santana fue sometida a desnudo forzado durante su detención por parte de agentes del Estado; no obstante, en dicha oportunidad, pese a existir tres testimonios que daban cuenta de esta situación, la el Tribunal no consideró que estuviera probado que la víctima hubiera sufrido tortura o trato cruel, inhumano o degradante³¹.

3. Violencia sexual como tortura

En el SIDH se ha dado una evolución de la consideración de la violación sexual como forma de tortura. En el informe en el caso de *Raquel Mejía vs. Perú*³², la Comisión IDH determinó por primera vez que la violación sexual era una forma de tortura considerando tres elementos: en primer lugar, que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales; en segundo, que sea cometido con un fin; y, por último, que el/la agente por un/a funcionario/a público o una persona privada a instigación del primero.

29 Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 306.

30 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 119; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 216, numeral 109; *J. vs. Perú*, párr. 358; *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 191.

31 Palacios, 2008, pp. 18-24.

32 Corte IDH, *Raquel Mejía vs. Perú*.

Casi diez años después, en el caso del *Penal Castro Castro* la Corte consideró como tortura los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna en una inspección vaginal dactilar. Se puso el énfasis en los efectos de la violencia sexual, pero no se desarrolló la justificación en torno a los elementos de la tortura. En la sentencia se destacó que la violación sexual “es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas”. Citando el informe de la Relatora Especial de la ONU para la Violencia contra las Mujeres, la Corte señaló que las agresiones sexuales se usan como “medio para humillar al adversario” y que produce consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para las mujeres³³.

Recién en los casos de *Inés Fernández Ortega y familiares*, y de *Valentina Rosendo Cantú e hija*, ambos contra México, la Corte IDH desarrolló la argumentación los actos de violación sexual perpetrados por agentes del Estado como actos de tortura. Para ello, en contraste con lo evaluado en su oportunidad por la Comisión IDH, consideró tres requisitos: en primer lugar, si hubo intención; en segundo lugar, si se causó severos sufrimientos físicos o mentales; y en tercer lugar si se cometió con determinado fin o propósito³⁴.

A diferencia de lo evaluado por la Comisión en 1996, para la Corte no fue relevante el que participe un/a agente estatal para la configuración de la tortura, sino que exista intención, que sea “deliberadamente infligido en contra de la víctima”³⁵. Respecto del sufrimiento físico o mental severo se señaló que “es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas”, pues “no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales”. Para la Corte las mujeres víctimas de violación sexual “experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales”³⁶. En cuanto a la finalidad, la Corte anotó que

33 Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párrs. 311-313.

34 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 120; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 110.

35 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 121; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 111.

36 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 124; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 114.

la violación sexual “persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre”³⁷.

En estos casos, la Corte IDH dejó sentado que “una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales”; esto en tanto “los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto”³⁸.

Estos estándares se han reiterado en posterior jurisprudencia³⁹. A la fecha, todas las sentencias de la Corte son sobre hechos de violación sexual perpetrados por agentes pertenecientes a las fuerzas armadas o policiales; no existen sentencias aún sobre casos de violación sexual perpetrados por agentes del Estado de otras áreas como los servicios públicos de salud o el sistema educativo público. Tampoco hay jurisprudencia sobre violencia sexual por parte particulares no agentes del Estado fuera del contexto del feminicidio.

C. Violencia contra las mujeres en el ámbito privado

La Convención de Belém do Pará señala que los Estados tienen obligaciones respecto de la violencia contra las mujeres “que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual”⁴⁰. Aunque este tipo de violencia está bastante extendida en nuestra región, y existen graves incumplimientos de las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar adecuadamente estos actos⁴¹, a la fecha no existen sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solo informes de fondo de la Comisión.

37 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 127; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 117.

38 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 128; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 118.

39 Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, párr. 132; *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, párr. 165; *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, párr. 273; *J. vs. Perú*, párr. 364; *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 195.

40 Convención de Belém do Pará, art. 2.b.

41 Comisión IDH, 2007.

El primero es el informe de fondo en el caso de *Maria da Penha Maia Fernandes contra Brasil*⁴². No obstante, este informe no se refirió a los hechos de violencia en sí mismos, sino a la falta de cumplimiento de las obligaciones estatales de investigación y sanción de los hechos de agresión ocurridos en 1983 que incluyeron un doble intento de homicidio, uno de los cuales le causó a la víctima una paraplejía irreversible. Por ello, los desarrollos realizados en este pionero informe se comentan en el apartado de obligaciones procesales.

El segundo es el informe de fondo en el caso de *Jessica González y otros vs. Estados Unidos*. En esta oportunidad la Comisión IDH señaló que los Estados tienen obligaciones en la prevención y la erradicación de la violencia contra las mujeres por lo que, en ciertas circunstancias, existe responsabilidad por no proteger a las mujeres de actos de violencia doméstica perpetrados por particulares. Destacó que la inacción de los Estados en la esfera de la violencia doméstica no sólo una forma de discriminación, sino que también afecta el derecho a la vida de las mujeres⁴³.

Como en el caso previo, la Comisión IDH se concentró en los estándares de debida diligencia que serán desarrollados más adelante a propósito de la jurisprudencia de la Corte, pero uno de los aspectos más importantes en relación a la violencia en las relaciones familiares de este informe es la consideración que le da a las órdenes de protección. Para este órgano del SIDH, el otorgamiento de una medida de protección “refleja un reconocimiento por parte del Estado del riesgo enfrentado por sus beneficiarios de daño a causa de actos de violencia doméstica que pueden ser cometidos por la parte restringida, y de la necesidad de protección estatal”; esto en la medida de que existe “una determinación de una autoridad judicial de que un beneficiario —una mujer, sus hijos y/u otros familiares— sufrirán daño sin la protección de la policía”⁴⁴.

D. Femicidio

El femicidio ha sido definido por la Corte IDH como el “homicidio de mujer por razones de género”⁴⁵. Puede producirse en el ámbito de las relaciones de pareja o familiares a lo que se denomina como femicidio

42 Comisión IDH, *Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil*.

43 Comisión IDH, *Jessica Lenahan y otros vs Estados Unidos*, párrs. 102-121.

44 Comisión IDH, *Jessica Lenahan y otros vs Estados Unidos*, párr. 142.

45 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 143.

íntimo, o puede ser cometido por otras personas (particulares o agentes del Estado) a lo que se denomina feminicidio no íntimo.

Ante el SIDH se han tramitado varios homicidios de mujeres. La determinación de si estos casos involucraron “razones de género” se ha hecho en tres casos. El primero fue el caso conocido como *Campo Algodonero*; por las características compartidas se determinó que el género fue un “factor significativo del crimen influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen como en la forma de violencia a la que las víctimas fueron sometidas”⁴⁶. Los otros son casos de feminicidio en Guatemala en los que se denunció la desaparición y muerte de dos mujeres jóvenes.

En todos los casos de feminicidio, el análisis de la Corte se ha dividido en dos tiempos. Uno primero antes de la desaparición de las víctimas en el que no se considera que la falta de prevención de la desaparición conlleve *per se* la responsabilidad internacional del Estado si no había conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para las víctimas. En un segundo momento, luego del reporte y antes del hallazgo de los cuerpos, la Corte considera que el Estado, dado el contexto, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas y que tenía un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. En este momento la Corte señala que se debe presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido⁴⁷.

E. Obligaciones procesales

Como se ha señalado previamente, las obligaciones procesales son un elemento trasversal a todos los casos de violencia. La Comisión Interamericana ha elaborado un informe que da cuenta de las recurrentes deficiencias en este aspecto y tanto este órgano como la Corte han tomado muy en cuenta este punto en cada contencioso que han tenido

46 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párrs. 228-231 y 133 al que se hace referencia sobre la intervención de la variable género.

47 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párrs. 282-286; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párrs. 138- 158; *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párrs. 110-135.

bajo conocimiento y, por eso, se declara constantemente la vulneración de la obligación general de garantía, en relación al derecho a las garantías judiciales y derecho a la protección judicial respectivamente (arts. 1.1, 8 y 25 de la CADH). Asimismo, ambos órganos califican concurrentemente las obligaciones procesales consagradas en tratados especializados, principalmente la Convención de Belém do Pará (art. 7).

Los alcances de las obligaciones procesales frente a la violencia contra las mujeres tienen su expresión más precisa en este tratado. En el caso de *Maria da Penha* la Comisión tuvo la primera ocasión de pronunciarse al respecto. En el informe de este caso, la Comisión IDH señaló que la falta de juzgamiento y condena de la persona responsable constituía un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia, y que la omisión de los tribunales de justicia agravaba las consecuencias directas de las agresiones sufridas. Se destacó que la tolerancia de los órganos estatales no era exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática, una tolerancia de todo el sistema que perpetúa las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer⁴⁸.

Ampliando esa consideración inicial, la Corte IDH ha destacado la necesidad de recurrir a este tratado para entender la real dimensión de la obligación de investigar hechos de violencia contra las mujeres desde una perspectiva de género. Así se ha sentado que en estos casos las obligaciones genéricas establecidas en la Convención Americana se complementan y refuerzan con las obligaciones derivadas de la Convención de Belém do Pará que en su art. 7.b obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer⁴⁹.

1. Impunidad, violencia y discriminación

La Corte ha destacado que la “cultura de discriminación” de las mujeres contribuye a que los actos de violencia “no [sean] percibidos en

48 Comisión IDH, *Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, párrs. 57-58.

49 Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párrs. 276 y 292; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 177 y *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 193; *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, párr. 243; *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, párr. 275; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 182; *Espinoza González vs. Perú*, párr. 241; *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párr. 145.

sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”⁵⁰.

Asimismo, se ha establecido que, al momento de investigar dicha violencia, la indiferencia e inacción estatal “por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia”. La impunidad de los delitos es muestra de la aquiescencia del Estado frente a la violencia, “envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”⁵¹. Así, “cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género”⁵².

Retomando consideraciones de la Comisión IDH (2007), el Tribunal interamericano destacó que “[l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos”. Esta influencia no es neutral porque “puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales”⁵³.

En esa misma línea, la Corte “reconoce y rechaza el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de procesos judiciales. Al respecto, la Corte

50 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 398.

51 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párrs. 399-400.

52 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párrs. 388-400; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 208; *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párr. 176.

53 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párrs. 398-400.

ha aseverado que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres”⁵⁴.

Asimismo, se “reconoce, visibiliza y rechaza el estereotipo de género por el cual en los casos de violencia contra la mujer las víctimas son asimiladas al perfil de una pandillera y/o una prostituta y/o una “cualquiera”, y no se consideran lo suficientemente importantes como para ser investigados, haciendo además a la mujer responsable o merecedora de haber sido atacada”. Por ello “rechaza toda práctica estatal mediante la cual se justifica la violencia contra la mujer y se le culpabiliza de esta, toda vez que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición y/o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer. Consecuentemente, la Corte considera que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos donde se presenten”⁵⁵.

2. Investigación y valoración de la prueba de casos de violencia contra las mujeres

El Tribunal ha señalado respecto de los casos de violencia contra las mujeres que “las autoridades estatales deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual”. Esta debe ser llevada “con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”⁵⁶.

El deber de investigar “tiene alcances adicionales 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 casos de violencia contra la mujer, “ciertos instrumentos internacionales resultan útiles para precisar y dar contenido a la obligación estatal refor-

54 Corte IDH, *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 272.

55 Corte IDH, *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párr. 183.

56 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 193; *J. vs. Perú*, párr. 342; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 185; *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 241; *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párr. 147.

zada de investigarlos con la debida diligencia”⁵⁷; particularmente la Corte ha referido a éstos en casos de violencia sexual como se anotará luego.

Asimismo, ha precisado que “la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género”⁵⁸. Se ha valorado como fallas de la investigación “la falta de voluntad, sensibilidad y capacidad” de varios de los servidores públicos que intervinieron inicialmente en las denuncias⁵⁹.

3. Aspectos procesales específicos frente al feminicidio

Para los casos de feminicidio, “las autoridades estatales tienen la obligación de investigar *ex officio* las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual de algún tipo o evidencias de ensañamiento contra el cuerpo de la mujer (por ejemplo, mutilaciones), o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto de violencia contra la mujer que se da en un país o región determinada”⁶⁰.

Esta investigación “incluye el deber de ordenar de oficio los exámenes y pericias correspondientes tendientes a verificar si el homicidio tuvo un móvil sexual o si se produjo algún tipo de violencia sexual”. Así, la investigación sobre un supuesto feminicidio “no debe limitarse a la muerte de la víctima, sino que debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual”⁶¹.

Se ha destacado que “las primeras fases de la investigación pueden ser especialmente cruciales en casos de homicidio contra la mujer por razón de género, ya que las fallas que se puedan producir en diligencias tales como las autopsias y en la recolección y conservación de evidencias físicas

57 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 293; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 186; *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 242.

58 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 455; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 188; *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 242.

59 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 197 y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 181.

60 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 293; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párrs. 186-187.

61 Corte IDH, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 188; *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párr. 147.

pueden llegar a impedir u obstaculizar la prueba de aspectos relevantes, como por ejemplo, la violencia sexual. Sobre las autopsias en un contexto de “homicidio por razón de género, la Corte ha especificado que se debe examinar cuidadosamente 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 víctima”⁶².

Para la Corte IDH hay tres aspectos fundamentales como consecuencias derivadas de la falta de un enfoque de género en la investigación penal. “Primero, la invisibilización de las circunstancias previas a la muerte, siendo que los indicios indican la existencia de un acto de violencia ocurrido previo a la muerte. Segundo, la invisibilización de la forma en que ocurrió la muerte, a pesar que de los indicios se desprende la presunta comisión de un acto de violencia ocurrido con posterioridad a la muerte. Tercero, la invisibilización de la posible violencia sexual”. Esto constituye una “reiteración de la violencia ejercida en contra de la víctima ocurrida durante el tiempo de su desaparición, y adicionales al hecho de darle muerte”⁶³.

Existe una obligación adicional, “adoptar normas o implementar las medidas necesarias, conforme al art. 2 de la Convención Americana y al art. 7.c de la Convención de Belém do Pará, que permitan a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia en casos de supuesta violencia contra la mujer”⁶⁴.

4. Aspectos procesales específicos frente a la violencia sexual

La Corte IDH ha destacado la importancia de instrumentos internacionales como el Protocolo de Estambul⁶⁵ y las Directrices de la Organización Mundial de la Salud para la atención médico-legal de víctimas de

62 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 455; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 188; *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párr. 148.

63 Corte IDH, *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, párr. 197.

64 Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, párr. 388 y Corte IDH, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párrs. 189 y 210.

65 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Serie de Capacitación Profesional*, N.º 8, Protocolo de Estambul, *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Nueva York y Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001. Recuperado de <<http://bit.ly/2fSEJJZ>>.

violencia sexual⁶⁶ para precisar y dar contenido a la obligación reforzada de investigar los hechos de violencia contra la mujer con la debida diligencia. En este sentido, ha señalado que, entre otros aspectos, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que:

- la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza;
- la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición;
- se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación;
- se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea;
- se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia;
- se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso⁶⁷.

Sobre los medios probatorios en estos procesos, la Corte IDH ha señalado pautas para evaluar el testimonio de la víctima, al que considera prueba fundamental de los hechos pues “es evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales [...]”⁶⁸.

66 OMS, *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud., 2003. Recuperado de <<http://bit.ly/2ekLBi8>>.

67 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 194; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 178; *J. vs. Perú*, párr. 344; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 188; y *Espinoza González vs. Perú*, párr. 242.

68 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 100; y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 89.

La declaración de la víctima en casos de violencia sexual “deberá contener, con el consentimiento de la presunta víctima: i) la fecha, hora y lugar del acto de violencia sexual perpetrado, incluyendo la descripción del lugar donde ocurrió el acto; ii) el nombre, identidad y número de agresores; iii) la naturaleza de los contactos físicos de los que habría sido víctima; iv) si existió uso de armas o retenedores; v) el uso de medicación, drogas, alcohol u otras sustancias; vi) la forma en la que la ropa fue removida, de ser el caso; vii) los detalles sobre las actividades sexuales perpetradas o intentadas en contra de la presunta víctima; viii) si existió el uso de preservativos o lubricantes; ix) si existieron otras conductas que podrían alterar la evidencia, y x) detalles sobre los síntomas que ha padecido la presunta víctima desde ese momento⁶⁹.

El Tribunal indica frente a los conocidos prejuicios del sistema frente a delitos sexuales que “el inicio de la investigación no puede estar condicionado por quien realiza la denuncia ni por la creencia de las autoridades, antes de iniciar la investigación, de que las alegaciones realizadas son falsas”⁷⁰.

Evaluar adecuadamente el testimonio de una víctima de violencia sexual implica para la Corte valorar adecuadamente las posibles inconsistencias en sus relatos, la necesidad de descartar todos los elementos que afecten la credibilidad de sus declaraciones, considerar su edad y otros elementos que definan su condición, la necesidad de evaluar el contexto en que se produjeron los hechos y la pertinencia de tomar en cuenta como elementos adicionales de convicción los dictámenes médicos físicos, psicológicos y psiquiátricos y las declaraciones de testigos/as indirectos de los hechos, sobre todo de quienes acompañaron a la víctima en los momentos posteriores a los hechos de violencia⁷¹.

Otorgar adecuado valor al testimonio de la víctima no significa, sin embargo, que la investigación deba centrarse únicamente en ella. La Corte ha señalado que las autoridades a cargo de la investigación no deben enfocar sus esfuerzos en citar a declarar diversas veces a las víctimas, sino en la obtención y aseguramiento de otras pruebas. Resaltó que “en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la

69 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, párr. 249.

70 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 352.

71 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párrs. 102-116 y *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párrs. 91-106.

revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido⁷². Para que surja la obligación de investigar no es necesario que la presunta víctima denuncie los hechos más de una vez⁷³.

En estos procesos son inadmisibles “las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima”, de forma que “la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género”⁷⁴.

Es importante la consideración de que “la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima. En tales casos, no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de violencia o violación sexual en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de dichos exámenes”⁷⁵.

Sobre los exámenes médicos, siguiendo a la OMS, el Tribunal ha precisado que “el peritaje ginecológico debe realizarse lo más pronto posible”. Prescribe así, tomando como referencia también los plazos previstos en protocolos de otros países, que “el peritaje ginecológico y anal debe ser realizado, de considerarse procedente su realización y con el consentimiento previo e informado de la presunta víctima, durante las primeras 72 horas a partir del hecho denunciado, con base en un protocolo específico de atención a las víctimas de violencia sexual”. La Corte destaca que el peritaje ginecológico puede realizarse “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”, de forma que “los plazos límite establecidos para la realización de un examen de esta naturaleza deben ser considerados como guía, más no como política estricta” pues “la procedencia de un peritaje ginecológico debe ser considerada sobre la base de un análisis realizado caso por caso, tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se alega que ocurrió la violencia sexual”. De este

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

73 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 351.

74 Corte IDH, *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 209.

75 Corte IDH, *J. vs. Perú*, párrs. 329 y 333; y *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 153.

modo, “la Corte considera que la procedencia de un peritaje ginecológico debe ser motivada detalladamente por la autoridad que la solicita y, en caso de no ser procedente o no contar con el consentimiento informado de la presunta víctima, el examen debe ser omitido, lo que en ninguna circunstancia debe servir de excusa para desacreditar a la presunta víctima y/o impedir una investigación”⁷⁶.

Para la ejecución de estas medidas, el Tribunal destaca la necesidad de contar con recursos materiales médicos elementales y del uso de un protocolo de acción por parte del personal de salud estatal y del Ministerio Público pues su ausencia tiene consecuencias negativas en la atención debida a la víctima y en la investigación legal de la violación⁷⁷.

Por último, “la Corte considera pertinente resaltar que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas”⁷⁸.

III. DIÁLOGO CON EL CASO PERUANO

Los estándares del SIDH innovan en el ámbito nacional a partir del estatus normativo propio de los tratados de derechos humanos. Pueden ser la base de “un cambio normativo radical” al imponer “no sólo un límite a lo que se puede castigar”, sino también porque obliga “a juzgar y castigar ciertos actos”. Y además, en las normas convencionales y los pronunciamientos del sistema interamericano que las han aplicado “han revolucionado el concepto mismo de garantía, tradicionalmente entendido como freno y escudo frente al poder estatal que ampara al imputado, para dar pie al concepto de garantías judiciales de las víctimas, cuyo contorno y alcance todavía no está plenamente definido”⁷⁹.

En el ordenamiento nacional esto tiene plena vigencia por el estatus que se le da a los tratados de derechos humanos y a la jurisprudencia internacional. El TC ha establecido que los tratados sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte no solo conforman nuestro or-

76 Corte IDH, *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 256.

77 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros. vs. México*, párr. 197; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 181; y *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 210.

78 Corte IDH, *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 280.

79 Maxit, 2012, pp. 560-561.

denamiento jurídico sino que, además, detentan rango constitucional⁸⁰. Esto implica que dichos tratados “han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional”⁸¹. Complementariamente, los tratados internacionales sirven también para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución⁸² y, en esta medida, contribuyen en la determinación del contenido del parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades⁸³.

Asimismo, el TC ha destacado que el Estado peruano no solo ha ratificado la CADH, sino que “ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...], para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana” y, por ello, “las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extiendan al contenido normativo de la Convención *strictu sensu*, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte a través de sus decisiones”⁸⁴. Esto último está incluido como norma en el Código Procesal Constitucional⁸⁵. La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana “no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi* y así “la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”⁸⁶.

80 STC N.º 047-2004-AI/TC, f. j. 61 y N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f. j. 26.

81 STC N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f. j. 33.

82 Const. *Cuarta Disposición Final*: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

83 STC N.º 5854-2005-AA/TC, f. j. 23 y N.º 00007-2007-PI/TC, ff. jj. 13-16.

84 STC N.º 2730-2006-AA/TC, ff. jj. 10-11.

85 Const. *Art. V*. Interpretación de los Derechos Constitucionales: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

86 STC N.º 2730-2006-AA/TC, f. j. 12.

En este marco conviene contrastar si los estándares de violencia contra las mujeres desarrollados en el SIDH tienen concordancias en el Perú a nivel de dos de los componentes del fenómeno jurídico: las normas vigentes (ámbito formal-normativo), y el contenido que se da desde el sistema de justicia a las normas en su aplicación concreta (componente estructural)⁸⁷.

A. Normas

En la legislación nacional sobre violencia tiene especial relevancia la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar⁸⁸, que amplió los alcances de la legislación preexistente, y que estuvo vigente por veintidós años, la Ley N.º 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar.

Por una parte, esta norma regula la violencia que se produce contra las mujeres en razón de la discriminación por sexo en cualquier espacio, conforme los estándares internacionales contenidos en la Observación General N.º 19 del Comité CEDAW y la Convención de Belém do Pará. Y, junto con ello, incluye la violencia en el marco de las relaciones familiares que no se dirige contra las mujeres, sino entre otros/as integrantes de las familias, lo que era básicamente el alcance de la legislación previa.

La norma, que tiene vocación de integral, incluye disposiciones para el trámite de las denuncias por estos hechos, pero también contiene disposiciones estructurales para el Estado en su conjunto frente a esta problemática. La ley incluye diversos estándares del SIDH en la materia entre los que destacan:

- La consideración del principio de debida diligencia, de intervención inmediata y oportuna y de sencillez y oralidad en el trámite de las denuncias (art. 2).
- La inclusión de los enfoques de género e interseccionalidad, entre otros, como relevantes para la aplicación (art. 3).
- Los derechos de las víctimas a la asistencia y protección integrales (art. 10).

87 Facio, 1999, pp. 108-109.

88 Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* (23.11.2015).

- Un proceso célere orientado a la protección de las víctimas de forma prioritaria y previa al proceso de sanción para las personas agresoras (arts. 13-17).
- El mandato de evitar la doble victimización de las personas agraviadas a través de declaraciones reiterativas y de contenido humillante, de forma que se eviten procedimientos discriminatorios (art. 18 y 25).
- Pautas para la declaración de la víctima (art. 19).
- El énfasis en la ejecución de las medidas de protección (arts. 22-24) y la valoración del riesgo como elemento de análisis (art. 28).
- La consideración de servicios de promoción, prevención y recuperación de víctimas de violencia (art. 27) y la creación de un sistema nacional de respuesta (arts. 33-45).
- La elaboración de guías y protocolos para la actividad científico-forense y en los procesos judiciales, siendo responsable de su difusión a efectos de uniformar criterios de atención y valoración (art. 45.13)

En el reglamento de la norma, aprobado por D. S. N.º 009-2016-MIMP⁸⁹, se desarrollan estos aspectos:

- Regla sobre la valoración de medios probatorios para evitar en todo momento la aplicación de criterios basados en estereotipos que generan discriminación (art. 10).
- Reglas sobre la declaración de la víctima priorizando la posibilidad de que sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia si es que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones y acerca de la importancia de que la retractación de la víctima se evalúe tomando en cuenta el contexto de coerción propiciado por el entorno familiar y social próximo del que proviene la víctima y la persona denunciada (arts. 11-12).
- La no exigencia para interponer una denuncia de presentar resultados de exámenes físicos, psicológicos, pericias de cualquier naturaleza o mostrar huellas visibles de violencia (art. 19).
- La prohibición al recibir la denuncia de realizar referencias innecesarias o juicios de valor respecto de la vida íntima, conducta, apariencia, relaciones de la víctima (art. 20).

89 Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* (27.6.2016).

- Pautas detalladas para la emisión y ejecución de las medidas de protección, sobre todo en casos de riesgo severo (arts. 36-37 y 45-47).
- Reglas especiales para los casos de violación sexual entre lo que se incluye: (i) la inmediata atención y la práctica de un examen médico y psicológico completo y detallado por personal especializado, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; (ii) la atención de urgencia y emergencia de la víctima; (iii) que el examen médico sea idóneo al tipo de agresión denunciada por la víctima para evitar procedimientos invasivos y revictimizadores; (iv) la evaluación psicológica para apoyar la declaración de la víctima; (v) los recursos para atención y el derecho a recibir tratamiento frente a infecciones de transmisión sexual, antiretrovirales, anticonceptivo oral de emergencia y otros; (vi) que la víctima reciba atención médica y psicológica tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, siguiendo un protocolo de atención para reducir las consecuencias de la violación; (vii) la preservación de las pruebas garantizando la correcta cadena de custodia a cargo de profesionales capacitadas/os; (viii) la indicación de que el consentimiento no puede inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, amenaza de fuerza, coacción o aprovechamiento de un entorno coercitivo han disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre, cuando no sea capaz de dar un consentimiento libre, ni inferirse del silencio o de la falta de resistencia; (ix) la prohibición de que la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no pueden inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un/a testigo; (ix) la evaluación de la retractación y no persistencia en la declaración inculpativa de la víctima, siempre que ésta sea creíble y confiable (arts. 57-63).
- El desarrollo de los derechos a la asistencia jurídica y defensa pública (art. 70-73).
- Lineamientos para la prevención, atención de la violencia y recuperación de las víctimas (arts. 78-82).

Como se desprende de la síntesis de la legislación nacional especializada en violencia contra las mujeres realizada, es importante anotar que sigue en general los parámetros establecidos en la jurisprudencia interamericana, y en el caso de la violencia sexual precisa con detalle sus estándares.

B. Acuerdos Plenarios

El Poder Judicial peruano ha adoptado en los últimos años un importante rol de identificación, análisis y selección de los principales problemas jurídicos de orden interpretativo y normativo en el ejercicio de la judicatura en materia penal. Con participación ciudadana y de organismos de la sociedad civil se ha puesto en agenda tres temas relevantes en materia de violencia contra las mujeres.

En el AP N.º 1-2011/CJ-116⁹⁰, la Corte Suprema de la República aborda la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. En este pronunciamiento, el Poder Judicial rechaza los prejuicios o estereotipos de género al momento de juzgar los delitos sexuales (f. j. 8). Citando la sentencia del caso *Gonzales y otras* de la Corte IDH, destacó la especial relevancia de implementar la perspectiva de género para la intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal; se estableció la adopción y aplicación de la perspectiva de género en la administración de justicia (f. j. 9).

Se definió la violación sexual sin la necesidad de que produzca lesiones (f. j. 13), y precisó, siguiendo a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Fernández Ortega*, que ésta persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (f. j. 15).

El acuerdo señaló la irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual pues “lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, consentido”; así, la “falta de exigencia de resistencia de la víctima como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble: de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo del delito; y, de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima” (f. j. 18). El delito “se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal”; por tanto, “la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con

90 Adoptado el 6 de diciembre de, 2011 y publicado el 10 de febrero de 2012.

amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual”. Además, “se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física” (f. j. 21).

Asimismo, el acuerdo establece pautas para la valoración de la declaración de la víctima y específicamente indica que la validez de la retractación de la víctima está en función tanto de una evaluación interna como externa cuyos pasos se detalla, y recuerda que la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un/a testigo/a no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior (ff. jj. 22-27).

El acuerdo ofrece pautas sobre las pruebas en estos delitos. Indica que, conforme a las particularidades de cada caso, se debe establecer la relevancia de la prueba conforme a la declaración de la víctima o testigo, y se debe adecuar la misma a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual evaluando su necesidad e idoneidad. Eso supone que no siempre sea exigible que el examen médico arroje lesiones genitales, sino que se acuda a otros medios de corroboración como la pericia psicológica u otras que se adecúen a las peculiaridades del hecho; y será la declaración de la víctima la que oriente la dirección de la prueba corroborativa. Se recuerda que el principio de pertinencia y el derecho de las víctimas a su intimidad transforman en constitucionalmente inadmisibles las pruebas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social anterior o posterior al hecho denunciado, siempre que esas pruebas impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Con esto se busca evitar cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género que rechazarían la imputación penal por su comportamiento sexual (ff. jj. 28-36).

Por último, el acuerdo señala que el Estado tiene una función tuitiva respecto de la víctima y establece como reglas para evitar la estigmatización secundaria de las víctimas, sobre todo de menores de edad: “a) reserva de las actuaciones judiciales; b) preservación de la identidad de la víctima; c) promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima.

Esta regla última es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración”. Solo excepcionalmente se podrá disponer un nuevo examen en juicio “cuando se estime que la declaración o exploración pre procesal de la víctima: a) no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa; b) resulte incompleta o deficiente; c) lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito; d) ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión; e) evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera” (ff. jj. 37-38).

Este AP trabaja de forma detallada varios estándares desarrollados en la jurisprudencia. Es una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual porque incluye reglas para la valoración de la prueba orientadas a evitar afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas. Por eso, la Corte IDH valoró que su inexistencia previa “favoreció el uso de estereotipos de género” en la valoración del sistema de justicia⁹¹.

En el AP N.º 1-2015/CJ-116⁹², la Corte Suprema de la República abordó la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado en los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes. En este pronunciamiento, el Poder Judicial destacó que la mayoría de estos delitos que tienen como autores a integrantes de comunidades campesinas y amazónicas del país guardan “relación con la existencia de patrones culturales tradicionales que inciden en la potenciación de la vulnerabilidad sexual de niñas y adolescentes menores de 14 años” (numeral 7). Frente a la impunidad o penas simbólicas que el sistema ha dado a estos casos amparándose en el error de comprensión culturalmente condicionado, la Suprema precisa los alcances del art. 15 del Código Penal⁹³.

91 Corte IDH, *Espinoza González .vs. Perú*, párr. 278.

92 Adoptado el 2 de octubre de 2015 y publicado el 21 de junio de 2016.

93 CP *Error de comprensión culturalmente condicionado*: “Artículo 15. El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”.

La Corte Suprema destaca que “[e]n el ámbito jurídico confluyen múltiples declaraciones regionales especializadas e instrumentos internacionales, suscritos por el Perú, que demandan, también, que las conductas y costumbres que afectan a las mujeres, niñas y adolescentes en entornos interculturales sean modificadas o removidas por constituir estas modalidades graves de discriminación y violencia de género”, y se cita la Convención de Belém do Pará, entre otras (numeral 11) y se cita la novedad de la Ley N.º 30364 que incluye el enfoque de interculturalidad y la existencia de un protocolo de actuación en procesos que involucren a ronderos (numeral 12).

El AP señala como riesgo de una aplicación indebida o distorsionada de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado que se proyecte un “equivocado mensaje psicosocial de tolerancia o validación judicial de un acto delictivo. Esto es, transmiten o promueven una sensación colectiva de impunidad frente a la cual solo se esgrime como justificación el origen cultural del infractor, lo cual, por su insuficiencia o argumentación aparente, resiente toda concesión razonable de tutela jurisdiccional efectiva para los derechos fundamentales de las víctimas” (numeral 16).

Para una correcta aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado se precisan cuatro reglas. En primer lugar, “deben excluirse de los alcances de dicha disposición y reprimirse penalmente, toda forma violenta de abuso o prevalimiento que hayan utilizado los imputados para someter a la víctima menor de catorce años de edad a un acceso carnal”. Se aclara que “no es excusa suficiente el aval posterior de tales actos por parte de familiares o la aceptación por estos de cualquier forma de compensación, toda vez que la vulneración de derechos fundamentales, especialmente en casos de violencia sexual de menores de catorce años de edad, no admite compensación ni conciliación alguna”. Al respecto, se debe valorar “las notorias diferencias de edad entre el autor y la víctima, la oportunidad y las circunstancias del hecho, la condición de vulnerabilidad de la menor agraviada, el estado civil del agresor al momento del hecho, la existencia de formas de negociación o arreglo para la entrega con fines de prácticas sexuales de la menor al margen de su voluntad y consentimiento, la aceptación de formas posteriores de composición o indemnización, la constitución y duración forzada de un estado de convivencia posterior a los hechos, el grado de aculturación adquirido por el imputado, entre otros análogos” que deberán ser apreciados y motivados

en cada caso por la jueza o juez para decidir su relevancia intercultural o su significado de género (f. j. 16.i).

En segundo lugar, el AP señala que “[l]a pericia antropológica es obligatoria e imprescindible” y que el órgano jurisdiccional “debe, además, supervisar que la pericia sea practicada por [...] profesional idóneo y con experiencia acreditada en la materia”. Indica que “debe centrarse en el origen de la costumbre invocada y en su validez actual, procurando auscultar la presencia de vetas de ilustración en el entorno cultural de los sujetos involucrados, las cuales evidencien procesos de cuestionamiento o rechazo del sometimiento de menores de catorce años a prácticas sexuales tempranas”; también la pericia debe centrarse en “la existencia de normas, procedimientos o formas de sanción que se apliquen a las agresiones sexuales en agravio de niñas y adolescentes o que no brinden a estas una tutela jurisdiccional efectiva o que discriminen su acceso a la justicia”, advirtiendo la jueza o juez a quien hace la pericia “sobre lo impertinente de todo contenido o conclusión pericial que pronuncie por aspectos de carácter jurídico o de naturaleza procesal o punitiva, o que descalifique a la víctima” (f. j. 16.ii).

En tercer lugar, el órgano jurisdiccional “puede solicitar o aceptar informes (*amicus curiae*) o testimonios complementarios o supletorios provenientes de las autoridades comunales o ronderiles, que coadyuven a la validación, contraste crítico o reemplazo de las pericias antropológicas requeridas” y que “debe abstenerse de resolver sobre la aplicación de dicha norma penal si no cuenta con ningún medio de prueba de naturaleza intercultural idóneo para ello” (f. j. 16.iii).

Y en cuarto lugar, se indica que “[l]a inserción en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales, de la doctrina internacional y nacional sobre enfoque de género, interés superior del niño y compensación de la vulnerabilidad de las mujeres, niñas y adolescentes en contextos pluriculturales”. Esto implica que jueces y juezas “deben insertar en su razonamiento y toma de decisiones jurisdiccionales, sobre todo en aquellos casos sobre la efectividad del artículo 15 del Código Penal, las normas, reglas y principios vinculantes regulados por la legislación internacional y nacional alusiva a la proscripción de toda forma de discriminación y violencia física o sexual contra la mujer y los menores de edad” y “también los efectos jurídicos, culturales y sociales de la prevalencia del interés superior del niño en condiciones de vulnerabilidad” (f. j. 16.iv).

Este AP sigue también los estándares del SIDH y, en esa medida, representa un aporte para la aplicación de la justicia de género en clave intercultural. No obstante, caso distinto es el del último emitido en la misma fecha.

En el AP N.º 4-2015/CJ-116⁹⁴, la Corte Suprema de la República abordó la valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual. En este pronunciamiento, se plantean pautas para el examen médico legal tanto vaginal, (numeral 25) y procológico (numeral 26) y se pautan requisitos mínimos para la realización de la evaluación física integral de acuerdo a la guía médico-legal para la evaluación de la integridad sexual del Ministerio Público: “a) El examen debe ser realizado por dos peritos como mínimo, en ausencia de otro y/o en caso de urgencia podrá ser realizado solo por un perito. b) Para su realización deberá ser asistido por un personal auxiliar capacitado, y de preferencia femenino. c) Se podrá contar además con la presencia de cualquiera de las siguientes personas según voluntad expresa del evaluado: i) familiar, ii) personal femenino de la PNP, iii) personal femenino acompañante (custodio, tutores, asistentes sociales), d) si se realiza por un solo perito debe realizar la perennización del examen, previo consentimiento del evaluado, o, en su caso, de su familiar si es menor de edad, y según la logística disponible (cámara fotográfica o video cámara), e) debe contarse con un ambiente o consultorio adecuado, con buena iluminación, mobiliario e instrumental (numeral 27).

Posteriormente la Suprema se pronuncia por la credibilidad del testimonio y la pericia psicológica forense. Señala que ésta tiene por finalidad “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 forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los hechos” (numeral 28). La pericia debería centrarse en determinar respecto del testimonio “si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad” (numeral 30).

El AP señala que la finalidad de la pericia debería centrarse en determinar respecto del testimonio “si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad” (numeral 30).

No obstante, en contraste con lo que indica, y siguiendo el Protocolo de Estambul que la Corte IDH refiere en sus sentencias, se precisa que

94 Adoptado el 2 de octubre de 2015 y publicado el 21 de junio de 2016.

el objetivo general de un peritaje psicológico es “explorar la afectación en el proyecto de vida de las mujeres que fueron víctimas de violencia sexual”. Así el peritaje “valora las repercusiones que el daño ha producido en la víctima, tomando en cuenta su singularidad individual, cultural e histórica así como la vigencia actual de los efectos de la violación a los derechos humanos del sujeto evaluado”. Su función es “traducir el lenguaje subjetivo de la víctima en uno objetivo que transmita al juez y/o fiscal involucrado en el proceso, la singularidad de la vivencia de la víctima, el impacto del mismo y la forma en la que ésta puede ser reparada”. Por el contrario, “si se reduce al hecho de señalar si la víctima dice la verdad o no, se estaría revictimizando a la mujer, en tanto sería reducida a una categoría de víctima de violación sexual sin dar cuenta de la singularidad de su caso, su afectación y su vida antes y después del evento de violencia”⁹⁵.

Se señala además que se debe evaluar que la víctima pueda “aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia [cursivas propias]” (numeral 29). Para analizar el análisis de credibilidad se pide una evaluación cognitiva de la persona sobre su “habilidad para relatar los hechos con precisión y exactitud. Considera de manera particular los factores generales que influyen en la adquisición, retención, recuperación y comunicación verbal de la información (exactitud) [cursivas propias]” (numeral 30). Aunque esta última referencia a los factores que influyen en el testimonio debe entenderse en concordancia al AP N.º 1-2011/CJ-116, la literalidad no se asemeja a la protección de las víctimas que se incluye en los estándares del SIDH expuestos.

Asimismo, se indica 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 —que en algunos casos puede requerir con el paso del tiempo de un apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado— 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” (numeral 32). Se señala que “[l]a lesión psíquica incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social, por tanto su presencia es medible. Las lesiones más frecuentes son los trastornos adaptativos, el trastorno de estrés postraumático o la descompensación de una personalidad anómala” (numeral 33). Y que “las

95 Escribens, 2010, pp. 4-5.

secuelas emocionales que se presentan se refieren a la estabilización del daño psíquico, es decir, a una discapacidad permanente que no remite con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado; es una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico habitual”: De esto es que se concluye que “la pericia psicológica forense es la idónea para determinar el daño causado” en tanto “es un procedimiento metodológico, realizado por un perito psicológico, con la finalidad de esclarecer la conducta y determinar el estado de salud mental de personas implicadas en procesos de investigación policial y/o judicial” (numeral 34). Esto contrasta también con la redacción del Protocolo de Estambul que la Corte IDH cita pues allí se indica que “no todas las personas que han sido torturadas [y la violación es una forma de tortura] llegan a padecer una enfermedad mental diagnosticable. Pero muchas víctimas experimentan profundas reacciones emocionales y síntomas psicológicos”⁹⁶.

El AP termina precisando que el procedimiento con el que deben desarrollarse las pericias: “i) observación de la conducta, se debe registrar indicadores como tics, movimientos o temblores del cuerpo, etcétera, ii) historia clínica psicológica, que es un documento biográfico del pariente basado en sus vivencias y experiencias, así como de la familia; esencialmente deben anotar datos de la filiación y el problema actual, iii) *examen mental que es una herramienta que permite detectar alguna patología mental la que será corroborada con los otros instrumentos*, iv) reactivos psicométricos (pruebas psicológicas) [cursivas propias]”. Como puede verse, esta mención a la detección de patologías difiere de lo anotado en el estándar internacional.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos en relación con el derecho penal “ha proveído de nuevas respuestas, más justas y humanas, a las tres preguntas esenciales que, según Luigi Ferrajoli, interpelan a todo sistema de justicia penal: qué se puede y se debe castigar, cómo se debe juzgar y cómo se puede castigar”⁹⁷. Este diálogo enriquece la aplicación del derecho en sus tres componentes —normativo, estructural y social— humanizándolo. Y desde que el SIDH ha incorporado el enfoque de género, el ordenamiento nacional peruano, penal y de todas las ramas, se nutre

96 Escribens, 2010, p. 5.

97 Maxit, 2012, p. 562.

de estándares que combaten la falsa neutralidad jurídica y contribuyen a mejorar la protección de la mitad de la humanidad, las mujeres.

Una mirada del derecho penal desde los estándares sustantivos y procesales del SIDH en delitos sexuales es una apuesta por hacer efectivo a través del derecho el mandato de igualdad, haciéndole frente a una de las más perniciosas y prevalentes expresiones de discriminación por sexo-género que aún es parte de nuestro mundo.