

Lineamientos regionales para la investigación y litigio de casos de violencia sexual

2023

—

Red Especializada en Género
Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos



Lineamientos regionales para la investigación y litigio de casos de violencia sexual

2023

—

Red Especializada en Género
Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos

Índice

Abreviaturas	9
Presentación	11
1. Introducción	13
1.1. Objetivos del documento.....	13
1.2. Alcances y ámbitos de aplicación del documento. Enfoques.	13
2. Entender la violencia sexual	16
2.1. La violencia sexual como violencia basada en el género	16
2.2. La definición de la violencia sexual.....	17
2.3. La connotación sexual de la conducta	18
2.3.1) Características.....	18
2.3.2) Modalidades de violencia sexual.....	19
2.3. El consentimiento.	22
2.3.1) La autonomía o libertad sexual	22
2.3.2) Noción y características del consentimiento	24
2.3.3) Elementos del consentimiento	25
2.4. El análisis contextual de la violencia sexual.....	30
3. Los principios rectores de la investigación y del litigio de casos de violencia sexual. El deber de debida diligencia reforzada	32
3.1. La obligatoriedad del deber de debida diligencia (reforzada)	32

3.2. La integración de la perspectiva de género y de interseccionalidad	33
3.3. La independencia, imparcialidad, oficiosidad, oportunidad, seriedad y exhaustividad de la investigación.....	35
3.3.1) La obligación de independencia.....	35
3.3.2)La obligación de imparcialidad	36
3.3.3)La obligación de investigar de oficio	38
3.3.4)La obligación de iniciar una investigación de manera oportuna.....	38
3.3.5)La obligación de llevar a cabo una investigación seria y exhaustiva.....	39
3.3.6)La investigación integral y la amplitud probatoria	39
3.4. Derechos de las víctimas.....	43

Lineamientos regionales para la investigación y litigios de casos de violencia sexual

REG . AIAMP . ONUMujeres.

Diseño: Dirección de Comunicación Institucional. Procuración General de la Nación
Publicación: diciembre 2023

ABREVIATURAS

AIAMP	Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CEDAW	Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
Comité CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
LGBTIQ+	Lesbianas, gays, bisexuales, trans, intersex, queer
MESECVI	Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará
ONU	Organización de las Naciones Unidas
REG	Red Especializada en Género de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UFEM	Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres del Ministerio Público Fiscal de la Nación de Argentina

PRESENTACIÓN

Este documento se originó a partir de la decisión de la Red Especializada en Género (REG) de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) de generar un instrumento **regional** para la investigación y litigio de casos de violencia sexual en Iberoamérica. En razón de tal carácter, constituye un punto de partida para que cada organismo fiscal (Ministerios Públicos y Fiscalías o Procuradurías Generales –en adelante, por todos, Ministerios Públicos o MP–) retome o adapte las propuestas que aquí se condensan conforme a sus necesidades, competencias, capacidad institucional, marcos normativos vigentes y recursos (humanos y presupuestarios).

Su elaboración responde a las recomendaciones efectuadas por los organismos internacionales de derechos humanos acerca de la necesidad de construir protocolos y reglas concretas para la investigación de delitos de violencia de género y, en particular, de violencia sexual que retomen los principales estándares de derechos humanos en la materia¹. Así mismo se tomó en consideración las Guías de Santiago para la protección de víctimas y testigos, elaboradas por la AIAMP².

Está principalmente destinado a las/os fiscales de Iberoamérica que participan en la investigación y litigio de casos de violencia sexual, a fin de fortalecer su actuación de acuerdo con los lineamientos internacionales de debida diligencia.

Sus pautas pueden colaborar también para el trabajo de otras agencias que intervienen en el proceso penal, entre ellas quienes reciben las denuncias (incluyendo los sistemas de salud o de educación), la policía judicial, las áreas de protección de las víctimas y los/as testigos, las instituciones forenses, el poder judicial.

El documento que aquí se presenta parte de una definición de violencia sexual basada en la falta de consentimiento. A la vez presenta los principios rectores de la investigación y litigio de los casos que se desprenden del deber estatal de debida diligencia reforzada, con un compromiso fundamental para lograr una investigación eficiente y, a la vez, respetuosa de los derechos de las víctimas.

Fue desarrollado con el apoyo del Programa EUROsocial+ y ONU Mujeres y, en particular, con el trabajo articulado con Françoise Roth, experta de esta última agencia internacional. También contó con los aportes de académicas de Washington University; de expertas y litigantes internacionales de

1. Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), Decimoctava Reunión del Comité de Expertas, Recomendación General del Comité de Expertas del Mesecvi (No. 3): *La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género*, OEA/Ser.L/V/II/7.10, MESECVI/CEVI/doc.267/21, 7 de diciembre de 2021. Disponible en https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI_CEVI_doc.267_21.ESP_RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf. En similar sentido, Corte IDH: Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México; Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 16 de noviembre de 2009; Serie C No. 205; párrafo 502. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 20 de noviembre de 2014; Serie C No. 289, párrafo 322. Caso López Soto y otros vs. Venezuela; Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 26 de septiembre de 2018; Serie C No. 362, párrafos 226 y 332. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua; Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 8 de marzo de 2018; párr. 381. Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422., párr. 176; entre otros.

2. Disponible en: <https://www.aiamp.info/index.php/informes-y-guias/guias-de-santiago-sobre-proteccion-de-victimas-y-testigos-actualizacion-octubre-2020>,

la Red Latinoamericana de Litigio Estratégico en Género (RELEG) y de la organización Equality Now; y de la experta Patsilí Toledo.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objetivos del documento

El objetivo de este instrumento es **definir las pautas mínimas que aseguren que los procesos penales en casos de violencia sexual se lleven adelante de conformidad con los estándares internacionales aplicables**, de modo tal que cada Ministerio Público de la región pueda contar con un modelo para replicar y ampliar mediante herramientas internas específicas de acuerdo a las realidades institucionales y jurídicas, así como a las características de los fenómenos criminales de sus países.

Sus objetivos específicos son:

- Asegurar la investigación y judicialización oportuna y eficaz de los delitos de violencia sexual, a fin de que los procesos cumplan con los estándares internacionales de derechos humanos aplicables.
- Aportar herramientas técnicas y jurídicas para la incorporación a los casos de los enfoques de género y de interseccionalidad, y del enfoque centrado en la víctima.
- Contribuir a la superación de los prejuicios y estereotipos de género en el abordaje de los delitos de violencia sexual.
- Asegurar el cumplimiento de los derechos de las víctimas, sus familiares y testigos a lo largo de la investigación y el eventual juicio penal.

1.2. Alcances y ámbitos de aplicación del documento. Enfoques.

En este documento se adoptará una conceptualización amplia de violencia sexual, con el objetivo de abarcar las realidades fácticas y jurídicas de los distintos países en los que está llamado a aplicarse. A esos efectos, se partirá de las siguientes premisas acerca de la violencia sexual:

- **Está constituida por toda acción con connotación sexual que atente contra la autonomía y la libertad sexual de una persona, es decir, que se cometa sin su consentimiento válido y libre.** En este sentido, la figura del consentimiento es uno de los elementos constitutivos de la violencia sexual y determina pautas concretas de actuación para la investigación y el litigio de los casos.
- Abarca **diferentes tipos de manifestaciones y formas de comisión** –incluyendo conductas que no involucran penetración o contacto físico alguno– y puede ocurrir en distintos contextos y tipos de relación entre víctima y victimario.

- En ese sentido, no puede ser excluida del análisis la violencia sexual en “las relaciones bajo coacción en el matrimonio, con la pareja y en las citas; las agresiones o violaciones sexuales por parte de conocidos o extraños; las violaciones sistemáticas que ocurren en los conflictos armados; el acoso sexual; los favores sexuales a cambio de trabajo, acceso a la educación, alimentos y/o ayuda humanitaria; los abusos sexuales contra personas menores de edad; la prostitución forzada; la trata de personas; los matrimonios precoces o las uniones tempranas; y los actos violentos contra la integridad sexual de las mujeres, como son la mutilación genital y las inspecciones obligatorias de la virginidad”³.
- Incluye acciones cometidas **en cualquier ámbito**, tanto privado (p. ej. relaciones de pareja, familiares, ocasionales, laborales) como público (p. ej. instituciones educativas, de salud mental o centros de detención, conflictos armados).
- La autoría puede atribuirse tanto a los **autores materiales, como a otros niveles de autoría y participación**, incluyendo casos de violencia sexual cometidos por agentes estatales y por aparatos organizados de poder (por ej., por redes de crimen organizado).
- Es un **delito contextual**, en el sentido de que cada caso se enmarca en su propio ámbito o historial de violencia y es, a la vez, la expresión de una violencia de género generalizada y sistemática. La comprensión de los diferentes ámbitos y contextos en los que se registra la violencia sexual permite dar cuenta de la relación entre víctimas y agresores, los móviles y las circunstancias en las que ocurren estos delitos.

Puede constituir:

- un **delito ordinario**, cometido por una o varias personas individuales dentro del territorio nacional;
- un **delito ordinario con característica transnacional**, por ejemplo, cuando es cometido por grupos de criminalidad organizada transnacional o cuando tiene implicaciones en varios países, como es el contexto de movilidad humana.
- una **violación a los derechos humanos**, especialmente cuando es desplegada por agentes del Estado, o con su aquiescencia o conocimiento;
- un **crimen internacional**, cuando es ejecutado en situaciones de conflicto armado internacional o interno (crimen de guerra); en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (crimen de lesa humanidad) o como acto de genocidio (algunos códigos

3. MESECVI, Recomendación General (No. 3), ya citada, pág. 12.

penales nacionales prevén crímenes específicos cuando se enmarcan en algunos de esos contextos).

En cuanto a su **alcance y ámbito de aplicación**, se deja aclarado que este documento contiene pautas para casos de violencia sexual cometida **en contra de cualquier persona**⁴ (mujeres o varones de cualquier edad; personas con orientación sexual, identidad y expresiones de género diversas; etc.). No obstante, tomando en cuenta la alta prevalencia de mujeres y LGBTIQ+ que sufren delitos sexuales, se hará particular énfasis en estos casos, sin excluir otras víctimas. El documento no incluye pautas específicas para la investigación de la violencia sexual contra niñas, niños o adolescentes, la cual requiere especificidades que exceden la extensión de este documento. Sin embargo, sus lineamientos podrían servir para el abordaje de estos casos.

El Protocolo tiene varios enfoques: 1) **de derechos humanos**, ya que sus pautas se fundamentan en las normas, los principios y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos; 2) **de género y de interseccionalidad**, ya que parte de que la violencia sexual es una forma de violencia de género; además, considera los otros patrones de discriminación que profundizan el riesgo y el impacto de la violencia sexual; y 3) **centrado en las víctimas** como partícipes centrales en el proceso de justicia penal y dotadas de derechos como tales.

4. El Protocolo utilizará el término “víctima” desde la óptica del proceso penal y usa la definición internacional del término contenida en la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*: “personas que, individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financieras o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencias de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. [...] se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tenga relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”. No obstante, cabe reconocer que las personas que han sido agredidas sexualmente pueden sentirse más cómodas o auto-identificarse con términos como “sobrevivientes” o “denunciantes”.

2. ENTENDER LA VIOLENCIA SEXUAL

2.1. La violencia sexual como violencia basada en el género

La **violencia de género** puede ser definida como aquella que se dirige contra las personas en razón de sus orientaciones sexuales, identidades o expresiones de género, o por no adecuarse a los roles, estereotipos o atributos socialmente construidos en función del género. Puede ejecutarse por acción u omisión, tanto en el ámbito privado como en el público. Afecta en forma desproporcionada a las mujeres y las personas LGBTIQ+, causándoles muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. El término se utiliza para subrayar las diferencias estructurales de poder basadas en el género que colocan principalmente a las mujeres y personas LGBTIQ+ en situación de riesgo frente a múltiples formas de violencia⁵.

La violencia sexual es una de las formas más paradigmáticas de violencia de género. Se dirige especialmente contra las mujeres y las personas LGBTIQ+, y opera, en términos estructurales, como un mecanismo de dominación, control y humillación. Debe analizarse a partir de relaciones de desigualdad, en tanto constituye la expresión de una construcción de la sexualidad basada en el poder masculino y en el sometimiento y cosificación de lo femenino o lo que se representa como femenino⁶.

Entendiendo la violencia sexual como una manifestación de la violencia de género, conviene considerar que:

- La gratificación o satisfacción sexual de la persona perpetradora no siempre es la motivación del acto sexual, sino que ésta puede centrarse en la expresión de poder y dominación sobre la víctima⁷.
- En ciertos contextos, las normas sociales de género arraigadas hacen que sea difícil para las víctimas revelar que han sido agredidas sexualmente. Los obstáculos que enfrentan mujeres y varones cis, así como personas con orientaciones sexuales, identidad o expresión de género diversas en el ejercicio de la denuncia de esos tipos de delitos, pueden ser distintos.

5. Esta definición parte de una reformulación de la ofrecida por la Convención de Belém do Pará. Si bien la orientación sexual y la identidad de género no están expresamente incluidas en la Convención de Belém do Pará, la CIDH considera que la Convención de Belém do Pará es un “instrumento vivo” y que, al referirse a la obligación del Estado de tener especialmente en cuenta factores de vulnerabilidad, estos otros factores “necesariamente incluyen la orientación sexual y la identidad de género” (ver CIDH, *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAE/Ser.LN/II.rev.2, Doc. 36, 12 noviembre 2015, párr. 52; disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>.)

6. Ver: *Protocolo de investigación y litigio de casos de violencia sexual*, elaborado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), del Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina, 2023, pág.14, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2023/04/UFEM-Protocolo_de_investigacion_y_litigio_de_casos_de_violencia_sexual.pdf.

7. Etienne G. Krug, Linda L. Dahlberg, James A. Mercy, Anthony B. Zwi and Rafael Lozano, *World Report on violence and health*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2002, p. 149, disponible en: <https://www.who.int/publications/i/item/9241545615>

- Los varones también son víctimas de violencia sexual y pueden enfrentar desafíos e impactos específicos basados en el género debido a las actitudes sociales y a los estereotipos que existen en una sociedad sobre las masculinidades. Muchos varones no denuncian por temor al estigma social, y es común que la violencia sexual contra varones no sea caracterizada como tal, sino como tortura, golpes u otras categorías similares.
- La violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes está cruzada por factores de género y por el ejercicio de poder, manipulación y control de la persona perpetradora sobre la víctima, lo cual puede dificultar la denuncia del delito. Se añade que a menudo el hecho delictivo es cometido por alguien del círculo de confianza del niño, de la niña o adolescente.
- Los factores de género también motivan la violencia sexual en contra de personas con orientaciones sexuales e identidad o expresiones de género diversas. Pueden responder a una motivación “correctiva” de la persona agresora cuando considera que la orientación sexual o la identidad de género de la víctima transgrede las normas sociales de género o los códigos morales. Motivaciones de castigo, humillación y dominación integran esos tipos de delitos. Mutilaciones o lesiones corporales (en las partes genitales, en los senos, etc.) son a menudo asociadas a la conducta sexual.

2.2. La definición de la violencia sexual

A nivel internacional, no existe una definición jurídica consensuada de los términos “violencia sexual” ni de “violación”. Por ello, a los efectos del presente Protocolo **la violencia sexual** se definirá conceptualmente como:

Toda acción con connotación⁸ sexual que atente contra la autonomía y la libertad sexual de una persona, es decir que se comete sin su consentimiento.

La ausencia de consentimiento libre y voluntario de la víctima transforma un acto sexual en una conducta de violencia, al restringir o anular la autonomía sexual de la persona⁹.

8. Se ha preferido utilizar la palabra “connotación”, en vez “naturaleza” sexual de un acto. Esto, ya que el concepto de “naturaleza” es cuestionado porque “tiende a naturalizar lo que se entiende por sexual y sexualidad, cuando se trata de cuestiones mucho más culturales que “naturales””, véase Patsilí Toledo, De què parlem quan parlem de violències sexuals: Des dels conceptes, les lleis i els drets humans, in Maria Freixanet Mateo, Violències sexuals: Política pública perseguint-ne l'erradicació, Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS), Barcelona, 2022, p.35].

9. Para la construcción de esta definición se ha tomado la jurisprudencia de la Corte IDH y los acuerdos alcanzados en la IV Reunión plenaria de la Red Especializada en Género (REG) de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP). En este sentido, ver Acta de la IV Reunión Plenaria de la Red Especializada en Género (REG), 14, 15 y 16 de noviembre de 2022, disponible en: <https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-violencia-de-genero/documentos/acta-iv-reunion-plenaria-de-la-red-especializada-en-genero-14-15-y-16-de-noviembre-de-2022>. Cfr. También las nociones alcanzadas en: Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160., párr. 306; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225, párr. 109; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 224, párr. 119. Véase también: Tribunal Penal para la ex Yugoslavia (TPIY), Fiscal vs. Karadžić, Caso ICTY-IT-95-5/18-T, Sentencia de Primera Instancia, 24 de marzo de 2016, párr. 513; Tribunal Penal para Ruanda (TPIR), Fiscal vs. Akayesu, Sentencia, Caso No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 598.

La ausencia de consentimiento puede resultar de la falta de voluntad de la víctima, de su falta de capacidad para brindar un consentimiento libre y voluntario, o del uso de la fuerza, violencia, amenaza, coacción o aprovechamiento de un contexto coercitivo (ver abajo).

Esta definición permite poner foco en dos elementos constitutivos fundamentales. Por un lado, la determinación de aquellas **conductas que poseen una connotación sexual** y, por el otro, la **falta de consentimiento** como elemento que transforma una conducta sexual en una conducta violenta. Las fiscalías deben realizar un análisis integral de ambos y del contexto en que se inscriben, ya que son conceptos dinámicos que deben tener en cuenta también las experiencias de las víctimas.

2.3. La connotación sexual de la conducta

Una **conducta tiene connotación sexual** si, tomada en su contexto, es percibida por la víctima, la persona perpetradora y/o sus respectivas comunidades como un acto sexual¹⁰. Para determinar el carácter sexual de una conducta el equipo fiscal debe considerar las circunstancias y el contexto del hecho (incluyendo la percepción de la víctima).

La conducta sexual será una manifestación de **violencia sexual** cuando sea ejecutada **sin el consentimiento** de, por lo menos, una de las personas involucradas.

Es decir, en términos conceptuales, el único elemento que transforma una conducta con connotación sexual en un acto de violencia sexual es la falta de consentimiento, más allá de los móviles o motivación que puedan estar detrás de la conducta del autor (satisfacción sexual, venganza, represalia, abuso de poder, control o humillación sobre la víctima, etc.).

2.3.1) Características

Una acción constitutiva de violencia sexual:

- Puede incluir tanto una **conducta única como actos múltiples o intermitentes**.
- Incluye actos sexuales cometidos **en contra de una persona o varias personas**.
- Puede ser cometida por **una o varias personas**, ordenada o facilitada por un grupo, una entidad estatal u otra organización.
- **Su duración** no constituye una exigencia para caracterizar la conducta y no se puede desestimar su ocurrencia en razón de la fugacidad o mínima permanencia.

10. The Hague Principles on Sexual Violence, 2019, General Principles 1.

- Incluye acciones tendientes a obligar a una persona a cometer un acto de carácter sexual:
 - en contra de ella misma (en su cuerpo),
 - en contra de un tercero (o de un animal), o sobre un cadáver,
 - o a ser receptora de actos sexuales realizados por un tercero.
- Incluye actos de penetración, tocamiento o roce (inclusive por encima de la ropa), y actos sin **contacto físico entre la persona perpetradora y la víctima (ver capítulo que sigue).**

2.3.2) Modalidades de violencia sexual

La violencia sexual, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, puede incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno¹¹. Una conducta puede afectar la autonomía y libertad sexual de una persona aun **en ausencia de contacto físico** o si no deja huellas en el cuerpo de la víctima.

En general, las partes del cuerpo consideradas sexuales son: los glúteos, el ano, los senos, los testículos, el pene, la vagina, la vulva (incluyendo el clítoris). Sin embargo, según el marco sociocultural, también pueden considerarse otras partes del cuerpo como sexuales, tales como la parte baja de la espalda, las orejas, el pelo, los labios, la boca, la nuca y las piernas.

A continuación, se mencionan diferentes manifestaciones de la violencia sexual a partir de un listado no taxativo¹²:

a. Violencia sexual con contacto corporal:

El caso más paradigmático de violencia sexual con contacto corporal es la violación¹³. A los efectos de este documento, se considera que:

11. Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, ya citado, párr. 306; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, ya citado, párr. 109; Caso Fernández Ortega y otros contra México, ya citado, párr. 119. Véase también: Tribunal Penal para la ex Yugoslavia (TPIY), Fiscal vs. Karadžić, Caso ICTY-IT-95-5/18-T, Sentencia de Primera Instancia, 24 de marzo de 2016, párr. 513; Tribunal Penal para Ruanda (TPIR), Fiscal vs. Akayesu, Sentencia, Caso No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, párr. 598.

12. Listado tomado de: UFEM. *Protocolo de investigación y litigio de casos de violencia sexual*, ya citado, pág. 17.

13. La Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias ha subrayado que “[l]a violación es una vulneración de una serie de derechos humanos, como el derecho a la integridad corporal, el derecho a la autonomía y a la autonomía sexual, el derecho a la intimidad, el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, el derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y el derecho a no sufrir violencia, discriminación, tortura y otros tratos crueles o inhumanos”, Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Dubravka Simonovic, Informe: *La violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, un delito y una manifestación de la violencia de género contra las mujeres y las niñas, y su prevención*, 19 de abril de 2021, A/HRC/47/26, párr. 20, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/reports/ahrc4726-rape-grave-systematic-and-widespread-human-rights-violation-crime-and>

Una violación implica una penetración corporal, por superficial que sea, mediante uso de un órgano sexual o en un órgano sexual sin el consentimiento de la víctima¹⁴. Incluye entonces un acto:

* de **penetración vaginal o anal** (incluyendo los labios mayores o menores de la vulva) realizado sin el consentimiento de la víctima, mediante la utilización del miembro viril u otras partes del cuerpo (por ej. dedos, boca) u objetos;

* de penetración de otras partes del cuerpo (por ej. la boca o las orejas) **con el miembro viril** sin el consentimiento de la víctima.

La **violación** no necesariamente implica un contacto entre la persona agresora y la víctima. Puede constituirse cuando la víctima es obligada a realizar actos de penetración sobre sí misma, o sobre una tercera persona.

Además de la violación, también deben considerarse como **casos de violencia sexual con contacto corporal**:

- la esclavitud sexual¹⁵;
- la mutilación genital femenina;
- la prostitución forzada o explotación sexual;
- el retiro o no utilización de preservativo sin el consentimiento de la otra persona, en un acto sexual consentido;
- los tocamientos, caricias, masturbación, manoseo de genitales, glúteos, ano, senos¹⁶ (incluso encima de la vestimenta);
- el obligar a adoptar posturas, en el marco del acto sexual, que la persona considera degradantes;
- la inspección de los genitales (internos y externos), ano, senos, glúteos, de alguien sin finalidad médica;

14. Corte IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 182.

15. Corte IDH, Caso López Soto y otros Vs. Venezuela, ya citado, párr. 176.

16. Corte IDH, Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 358-360.

- las requisas corporales vejatorias¹⁷;
- el herir, atacar, agredir físicamente durante el acto sexual, usando objetos o armas a nivel vaginal, anal y oral;
- las conductas mediante las cuales una persona obliga a que otra realice en contra de su voluntad actos sexuales sobre sí misma o de un tercero;
- la *sextorsión*: cuando personas en posiciones de autoridad en cualquier ámbito, público o privado, buscan obtener sexo a cambio de algo cuya concesión esté en su poder. Se trata de una modalidad de corrupción en la cual el sexo es la moneda de cambio y las mujeres son las principales víctimas en estos casos¹⁸.

b. Violencia sexual que no implica contacto corporal:

La violencia sexual **no necesariamente requiere el contacto físico entre la víctima y la persona agresora**. De este modo, también pueden configurar violencia sexual las siguientes conductas con connotación sexual:

- la desnudez forzada¹⁹;
- la divulgación o producción de imágenes, vídeos o grabaciones de audio de una persona en estado de desnudez o semidesnudez, o llevando a cabo actos sexuales (ya sea de manera forzada o consensuada), incluyendo la comunicación a través de internet o redes sociales;
- el acoso sexual, llevando a cabo un comportamiento sexual inadecuado que puede ser interpretado como ofensivo, humillante o intimidante, según las circunstancias (como enviar mensajes sexualmente explícitos, utilizar teléfonos u otros dispositivos con el fin de invadir la privacidad, realizar declaraciones y gestos con connotaciones sexuales);

17. Las revisiones vaginales practicadas en total ausencia de regulación, por personal policial (o penitenciario) y no de salud, y como una medida primera y no de último recurso configuran violencia sexual y por sus efectos pueden constituir tortura (Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, ya citado, párr. 98, 306, 309, 312).

18. Esta definición de “sextorsión” fue acuñada por la Asociación Internacional de Mujeres Juezas al respecto ver: International Association of Women Judges, 2012, Toolkit. Naming, Shaming, and Ending. Sextortion. También ha efectuado una definición sobre la temática la Red Iberoamericana de Fiscales contra la Corrupción de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) en la Recomendación sobre la tipificación de la práctica de “sextorsión”, dictada en la XXIX Asamblea General de la AIAMP. En igual sentido, ver Solano López, A.L. (2019), *Mujer y corrupción: estrategias para abordar los impactos diferenciados de la corrupción en América Latina. Problemática de género y corrupción en América Latina*; Eldén, A., Calvo, D., Bjarnegard, E., Lundgren, S., y Jonsson, S. (2020), *Sextortion: Corruption and Gender Based Violence*, disponible en https://eba.se/wp-content/uploads/2020/11/Sextortion_webb.pdf; Roteta L. y Mazzaferrri, L. “Sextorsión. Cuando se cruzan la corrupción y la violencia de género”, en: Lauría Masaro, M, Ordoñez, P: *Corrupción, Tomo 1: Tópicos de la justicia penal federal*, Editores del Sur, 2022. Esta modalidad de violencia sexual también puede ocurrir sin contacto corporal.

19. Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, ya citado, párr. 308.

- los gestos y palabras obscenas; insultos sexistas con connotación sexual; proposiciones sexuales; lenguaje o insinuaciones sexuales explícitas o implícitas;
- la exposición de una persona a presenciar desnudos, especialmente partes sexuales del cuerpo desnudas o presenciar actos sexuales, incluyendo ver o escuchar este tipo de actos a través de imágenes, descripciones, vídeos, grabaciones de audio.

2.3. El consentimiento.

2.3.1) La autonomía o libertad sexual

Una conducta debe ser considerada como violencia sexual si afecta la autonomía o la libertad sexual de la víctima.

La determinación de los bienes jurídicos protegidos tiene vital importancia para la conceptualización de la violencia sexual y de los elementos típicos exigidos por las respectivas legislaciones. Las nociones **de autonomía y libertad sexual** permiten priorizar la falta de consentimiento como elemento definitorio.

En contraposición, el paradigma más antiguo que explicaba la violencia sexual como afectación a la “honestidad” y exigía la resistencia de la víctima era utilizado “como mecanismo de exculpación de la responsabilidad penal del o los imputados de violencia sexual, así como para estigmatizar a la víctima”²⁰.

La autonomía o libertad sexual es la posibilidad concreta de que una persona ejerza su sexualidad sin condicionantes ni restricciones. Esto implica:

- realizar actividades sexuales de acuerdo a su propia voluntad y según sus preferencias, sin injerencias;
- escoger libremente cuándo, cómo, con quién (o quiénes) tener relaciones sexuales o de intimidad;
- no consentir relaciones sexuales;
- gozar de un normal desarrollo del proceso de formación de la sexualidad, sin interferencias.

20. Mesecvi, Recomendación General (No. 3), ya citada, p. 5.

Tradicionalmente, los sistemas penales exigían que la conducta sexual haya sido realizada mediante el **uso de la fuerza física** para caracterizar algunos abusos sexuales, en particular la violación. Sin embargo, las personas agresoras no necesariamente recurren a la fuerza física para cometer violencia sexual. El desbalance de poder entre la persona perpetradora y la víctima, las amenazas u otras formas de coerción pueden ser suficientes para someter a esta última.

Por otra parte, a menudo se exigía para dar por configurado el delito (es decir para tener por acreditado que faltó el consentimiento) que la víctima **hubiera resistido físicamente el ataque**. Aquí también la experiencia ha mostrado que no es realista requerir una reacción física, que con frecuencia no es ejercida por la víctima, por ejemplo, cuando se encuentra en situación de desventaja física, o si la persona agresora está en posición de autoridad, si existe un contexto coercitivo, en caso de sorpresa, de intimidación, o si la víctima está bajo la influencia de alcohol o drogas, o en general de una intoxicación psicofarmacológica, o en estado de inconsciencia. Además, como se explicará más adelante, el proceso traumático del acto delictivo entrena generalmente la falta de reacción física de la víctima.

Por ello, **no es necesario comprobar el uso de la fuerza o la resistencia de la víctima**²¹, una vez demostrado el carácter **coercitivo o abusivo del acto y del contexto** en que es practicado²², como por ejemplo cuando la víctima ha sido objeto de abuso, violencia, coacción, engaño, detención, opresión psicológica o intimidación que contribuya a la subyugación o a la aquiescencia de la víctima; o si la víctima ha sido objeto de amenaza (expresa o implícita)²³.

21. TEDH. M.C. contra Bulgaria, demanda no.39272/984, diciembre de 2003: “Cuando se utiliza la evidencia física como mecanismo para indicar la existencia o no de una violación sexual, se abre la posibilidad de dejar impune los actos de violencia y poner en peligro a la víctima” (Parr. 85, 127, 138. 159 y 163).

22. Corte Penal Internacional, Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, disponible en https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Publications/Compendium/RuleOfProcedureEvidence-SPA.pdf; Relatoría Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Informe sobre la violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, párr. 33, A/HRC/47/26, de fecha 19/4/2021 y la Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (no. 3) ya citada. Sobre contexto coercitivo en casos de violencia sexual se sugiere considerar las siguientes sentencias y dictámenes: Corte IDH. **Caso Angulo Losada Vs. Bolivia**. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475 párr. 148 y 149. **TEDH, M.C. v. Bulgaria**, ya citado, donde el Tribunal afirmó que estaba “convencido de que cualquier enfoque rígido para el enjuiciamiento de delitos sexuales, como exigir pruebas de resistencia física en todas las circunstancias, corre el riesgo de dejar impunes ciertos tipos de violación y, por lo tanto, poner en peligro la protección efectiva de la autonomía sexual. De acuerdo con los estándares en este área, se debe considerar que las obligaciones positivas de los Estados miembros en virtud de los artículos 3 y 8 de la Convención requieren la penalización y el procesamiento efectivo de cualquier acto sexual no consentido, incluso en ausencia de resistencia física por la víctima” (párr. 166). **En el caso Gacumbitsi (2006)** del Tribunal Internacional para Ruanda, la Cámara de Apelación afirmó que: “La Fiscalía puede probar la falta de consentimiento más allá de toda duda razonable demostrando la existencia de circunstancias coercitivas bajo las cuales es imposible un consentimiento significativo” (cfr. TPIR, Fiscal v. Gacumbitsi, Caso No. ICTR-2001-64-A, 7/07/2006, párr. 153). **En el caso “Kunarac”** del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, la Cámara de Apelación expresó que los centros de detención en los que las víctimas habían permanecido cautivas constituían “circunstancias de coerción al punto de negar toda posibilidad de consentimiento” (cfr. TPIY, Fiscal v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, Casos No. IT-96-23-A e IT-96-23/1-A, 12/06/2002). **En el caso Vertido c. Filipinas**, el Comité de la CEDAW señaló que no se debe exigir que la víctima haya opuesto resistencia física para dar credibilidad a la denuncia de violación (Vertido c. Filipinas).

23. Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, informe ya citado.

2.3.2) Noción y características del consentimiento

El consentimiento es una decisión libre, voluntaria y actual de participar en una práctica o acto sexual, con una o más personas, pactada en un escenario de autonomía y libertad sexual²⁴. Debe ser considerado según las circunstancias del hecho²⁵.

La ausencia de consentimiento, por vulnerar la autonomía y libertad sexuales de la víctima, **es el elemento constitutivo de los delitos de violencia sexual**. Constituye una línea que divide jurídicamente un acto lícito de una conducta abusiva, y distingue una sexualidad libremente ejercida de un hecho de violencia²⁶.

El consentimiento debe abarcar **todos los actos y características** de la práctica sexual. Debe existir al **inicio y durante todo su desarrollo** y puede ser retirado en cualquier momento²⁷.

En algunas ocasiones, puede existir un **consentimiento diferenciado**, donde se acepta un acto sexual con un determinado contenido, pero durante su realización sobreviene el disenso sobre alguna actividad, su modalidad o su continuidad, en cuyo caso faltará el consentimiento y habrá violencia sexual²⁸. Dar el consentimiento para la realización de un acto sexual –por ejemplo, sexo vaginal– **no significa darlo para cualquier acto y en cualquier condición** (por ejemplo, sexo anal). El matrimonio, convivencia o relación de hecho (reconocida o no por el Estado), noviazgo u otra relación sexo-afectiva, previa o concomitante, no conlleva un consentimiento continuo o tácito para los actos sexuales.

24. Ver Acta de la IV Reunión plenaria REG- AIAMP 2022, ya citada y UFEM. *Protocolo de investigación y litigio de casos de violencia sexual*, ya citado, pág. 20. Asimismo se sugiere ver la definición de consentimiento presente en el último informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias en el que recomienda a los Estados Parte “incluir de manera explícita la falta de consentimiento como elemento fundamental de su definición de la violación. El uso de la fuerza o la amenaza de usarla constituyen una prueba clara de la falta de consentimiento, pero la fuerza no es un elemento constitutivo de la violación. Los Estados deben especificar que el consentimiento ha de darse voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la persona, teniendo en cuenta el contexto de las circunstancias que lo rodean”, A/HRC/47/26, del 19 de abril de 2021, párr. 85, a., disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/090/02/PDF/G2109002.pdf?OpenElement>. Ver también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, M.C. contra Bulgaria, ya citado, párrs. 163 y 166.).

25. Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, informe ya citado. Ver también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, M.C. contra Bulgaria, ya citado, párrs. 163 y 166.

26. MESECVI, Recomendación General No.3, ya citado, ps. 5 y 6.

27. La Corte IDH considera que es fundamental que la normativa concerniente a delitos de violencia sexual disponga que el consentimiento no puede ser inferido, sino que siempre debe ser ofrecido de manera expresa, libre y previa al acto, y que éste puede ser reversible. Ver: Corte IDH. Caso Angulo Losada Vs. Bolivia, ya citado, párr. 149 y Comité de Expertas del MESECVI, Recomendación General No. 3, ya citado. Los casos donde la persona retira el condón sin la aquiescencia de la otra persona pueden ser mencionados (si se considera útil hacerlo).

28. Ver Acta de la IV Reunión plenaria REG- AIAMP 2022 y UFEM. *Protocolo de investigación y litigio de casos de violencia sexual*, ya citado, pág. 20.

2.3.3) Elementos del consentimiento

Para consentir plenamente al acto sexual, la víctima debe:

- tener la **capacidad** de brindar su consentimiento, es decir si tiene la edad y la posibilidad de comprender si desea participar o no en la actividad sexual en el momento en cuestión.
- tener la **libertad** de consentir, es decir si estaba en condiciones de tomar esa decisión libremente y no estaba limitada de ninguna manera; y
- tener la **voluntad** de consentir, es decir haber aceptado voluntaria, genuina e inequívocamente la realización del acto por elección propia²⁹.

La persecución de la violencia sexual requiere una **evaluación sensible al contexto de la conducta**, para establecer, caso por caso, si la víctima ha consentido libremente el acto sexual realizado. Esa evaluación debe evitar cualquier interpretación sobre la presencia o ausencia de consentimiento basada en estereotipos de género³⁰. Además, a partir de una perspectiva de género y de interseccionalidad, se debe reconocer la amplia gama de respuestas a la violencia sexual que exhiben las víctimas y ello no debe basarse en suposiciones de un comportamiento “típico” o “normal” en tales situaciones. En algunos casos, la víctima puede haber dado un consentimiento aparente mientras que las circunstancias y el contexto del hecho permiten establecer que fue coaccionada a hacerlo.

En algunos supuestos, las características del hecho, o las condiciones o situación en la que se encuentra la víctima permiten descartar que el acto sexual se haya llevado a cabo con su consentimiento válido y libre, lo que lo transforma en un caso de violencia sexual³¹. La existencia de esas circunstancias vicia de facto el consentimiento. Por lo tanto, no es necesario probar la falta de consentimiento de la víctima, sino que éste se presume. **Ese enfoque se aparta del énfasis puesto sobre la víctima, sus actos y comportamientos para focalizarse sobre la conducta de la persona agresora y el contexto.**

29. Un ejemplo clásico de libertad, pero de falta de voluntad es el siguiente: Si A (una persona capaz) acepta voluntariamente ir al apartamento de B pero se rehúsa a tener relaciones sexuales con B, A tiene la capacidad, la libertad pero no la voluntad para el acto sexual.

30. Véase Relatoría Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Informe sobre la violación como una vulneración grave, sistemática y generalizada de los derechos humanos, párr. 73, A/HRC/47/26, de fecha 19/4/2021 y la Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (no. 3): “la figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género”. OEA/Ser.L/II/7.10, 7 de diciembre de 2021. disponible en: https://www.oas.org/es/mesecevi/docs/MESECVI_CEVI_doc.267_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf

31. TEDH, M.C. contra. Bulgaria, ya citado, párr. 181; Corte Penal Internacional, Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba; En el caso Gacumbitsi (2006) del Tribunal Internacional para Ruanda, la Cámara de Apelación afirmó que: “La Fiscalía puede probar la falta de consentimiento más allá de toda duda razonable demostrando la existencia de circunstancias coercitivas bajo las cuales es imposible un consentimiento significativo” (cfr. TPIR, Fiscal v. Gacumbitsi, Caso No. ICTR-2001-64-A, 7/07/2006, párr. 153). En el caso “Kunarac” del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, la Cámara de Apelación expresó que los centros de detención en los que las víctimas habían permanecido cautivas constituían “circunstancias de coerción al punto de negar toda posibilidad de consentimiento” (cfr. TPIY, Fiscal v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, Casos No. IT-96-23-A e IT-96-23/1-A, 12/06/2002). Ver también: MESECVI, Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 19 de septiembre de 2014, página 5.

No habrá capacidad de la víctima para consentir cuando:

- La víctima no tenga la edad para consentir de acuerdo a las legislaciones de cada país. En todos los países de la región se establece una edad por debajo de la cual no es posible considerar válido el consentimiento prestado, en ningún caso. A partir de ella, se penalizan también actos sexuales si se dan en un rango etario determinado por cada legislación en tanto pueda presumirse que se ha aprovechado la inmadurez sexual de la víctima (en razón de la mayoría de edad de la persona agresora, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente)³².
- Existan discapacidades físicas o psíquicas temporales o permanentes que anulen o limiten la capacidad de consentir la actividad sexual (dificultades para comunicarse, trastornos mentales, alteraciones cognitivas y/o emocionales, etc.). En estos supuestos, deberá determinarse en el caso concreto si la discapacidad tuvo la entidad suficiente para impedir la toma o manifestación de la decisión respecto de la actividad sexual. La falta de capacidad para consentir no podrá inferirse exclusivamente de esa condición de acuerdo a las exigencias en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad³³.
- Haya una restricción temporal o permanente de la persona para consentir basada en estado de inconsciencia o limitación física por efecto de:
 - » La administración forzada o suministro bajo engaño de sustancias estupefacientes o alcohol con la finalidad de disminuir las posibilidades de resistencia a la agresión sexual.
 - » El consumo voluntario de sustancias estupefacientes o alcohol. En estos casos, la concurrencia de consentimiento debe ser evaluada con relación a la posibilidad de autodeterminación real que tenía la persona respecto de la práctica sexual y no sobre su voluntad de consumir estupefacientes o alcohol. Esta evaluación debe realizarse caso por caso, conforme a las circunstancias y las condiciones de las víctimas. El consentimiento puede desaparecer incluso a niveles bajos de intoxicación y antes de que la persona se vuelva inconsciente. Deben ser rechazados los argumentos que pretendan responsabilizar a la persona por exponerse a la agresión sexual tras la ingesta de tales sustancias.

32. Según surge de un informe elaborado por Unicef "La edad mínima de consentimiento sexual es la edad en que uno se considera capaz de consentir la actividad sexual (...) El objetivo es proteger a los y las adolescentes de los abusos y de las consecuencias que pueden darse al no ser plenamente conscientes en el momento de iniciar la actividad sexual temprana." (...) "La edad mínima de consentimiento sexual en América Latina y el Caribe oscila entre 12 a 18 años de edad. La edad promedio es de 15 y la mediana es de 16 años. Tres países en la región han configurado límites de consentimiento sexual por debajo de los 14 años de edad. Entre ellos Argentina, Costa Rica y Uruguay". UNICEF, "Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe, 2016, pág. 23 y ss, disponible en <https://www.unicef.org/lac/media/6766/file/PDF%20Edades%20m%C3%ADnimas%20legales.pdf>

33. ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General del 13 de diciembre de 2006 (Ley 26.378, 2008) y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 3 *Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad*, CRPD/C/GC/3, 25 de noviembre de 2016.

- » Estados de sueño, desmayos o cualquier estado de inconsciencia, o una limitación física para oponerse.

No habrá libertad de la víctima para consentir cuando:

- Medie el uso de fuerza (puede tratarse de una víctima maniatada, golpeada, lesionada u otros mecanismos de disminución o anulación de la capacidad de resistencia):
- Medie coacción³⁴ o amenaza (expresa o implícita)³⁵ sobre la víctima o personas cercanas. Este último caso puede incluir la amenaza de causar un daño, divulgar información confidencial (como la orientación sexual de la víctima, su condición de portadora de VIH, su estado migratorio, hacer públicas imágenes íntimas en redes sociales o medios de comunicación), dañar la reputación de la víctima de modo de poder afectar sustancialmente su vida (privada o profesional) entre muchas otras.
- Haya aprovechamiento del contexto coercitivo en que es practicado el acto sexual (por ejemplo, durante conflictos armados, contextos represivos, situaciones de detención, encierro o confinamiento, intervención de múltiples personas agresoras, entre otros).
- Exista una relación de dependencia, autoridad o poder que obligue a la víctima al acto por temor a sus consecuencias³⁶. Ello se verifica, por ejemplo, en las relaciones jerárquicas laborales; en establecimientos educativos o religiosos; en el ejercicio de tareas de cuidado; cuando la persona agresora tenga a su cargo la custodia de la víctima (como en el supuesto del control de la libertad condicional); cuando la persona agresora, por su posición de autoridad (pública o privada), es quien puede disponer del ejercicio de un derecho o petición de la víctima (conocido como *sextorsion*); cuando la víctima estaba en situación de *grooming* (es decir cuando se establece un vínculo emocional con una persona menor de edad para abusar de ella).
- Haya aprovechamiento de alguna otra circunstancia o factor de vulnerabilidad por el cual la persona afectada no haya podido consentir libremente una práctica sexual (por ejemplo, la víctima que se encuentre en situación de calle, sea una persona migrante, tenga un trabajo estigmatizado, etc.).

34. Corte Penal Internacional, Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, Disponible en https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Publications/Compendium/RulesOfProcedureEvidence-SPA.pdf.

35. Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, informe ya citado.

36. MESECVI, Recomendación General No.3,ya citada, p. 32.

No habrá voluntad de la víctima para consentir en situaciones tales como las siguientes:

- la persona perpetradora obtuvo el consentimiento de la víctima mediante engaño,
- el acto sexual realizado no fue acorde con la voluntad de la víctima (por ej., sexo vaginal pero no anal; o sexo que involucra actos agresivos –“rough sex”–),
- el consentimiento de la víctima fue anterior al acto sexual y no contemporáneo (el hecho de haber mantenido relaciones sexuales con el acusado antes no puede hacer presumir el consentimiento para cualquier acto sexual posterior),
- algunas condiciones para la realización del acto sexual no fueron respetadas (por ej. el uso del condón o preservativo),
- la víctima retira su consentimiento y la persona agresora sigue el acto (por ej. una persona (A) puede no cometer una violación en contra de (B) al momento inicial de la penetración; pero si en cualquier momento (B) retira su consentimiento, se constituirá una violación si (A) no desiste).

La afirmación de la existencia de circunstancias coercitivas que podrían configurar un acto de violencia sexual exige una evaluación contextual que implica conocer y reconstruir las condiciones –sobre todo, condiciones relacionales entre víctima y persona agresora– en las cuales se ha puesto a ésta en una situación en la cual **no consiente o no puede consentir el acto sexual**; aun cuando los actos que conforman el contexto coercitivo no sean contemporáneos o no se verifiquen amenazas o coerción al momento de cometer la violencia sexual. En estos supuestos es fundamental probar la posición de poder desigual o de autoridad, o las condiciones de dependencia entre la persona agresora y la víctima.

La correcta apreciación y valoración de estas circunstancias coercitivas permite a las fiscalías impedir la inferencia del consentimiento, aun cuando no se verifiquen conductas evidentes o que se esperan de la persona agresora para anularlo (con base en estereotipos sobre la dinámica de los actos sexuales), como puede ser el uso de la violencia física o la resistencia de la víctima. En ese marco,

El consentimiento no podrá inferirse de:

Ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario o libre³⁷.

El silencio o la falta de resistencia de la víctima. Es frecuente que ante los ataques sexuales las personas guarden silencio y/o no ofrezcan resistencia frente al ataque por una serie de razones, entre otras:

- d. el miedo a represalias (por ejemplo, en contra de la persona o de sus hijos/as o familiares);
- e. la voluntad de proteger a otras personas allegadas (por ejemplo, evitar que sus hijos/as escuchen o que sean víctimas);
- f. la circunstancia de que la persona agresora contaba con armas u otros elementos que podrían poner en riesgo la vida o integridad de la víctima;
- g. la víctima fue sorprendida o estaba demasiado confusa para exteriorizar una resistencia, lo cual aparece con frecuencia en los casos de una violencia cometida por un conocido, en cuyo caso puede sentirse confundida, sorprendida y traicionada por la actitud de su agresor;
- h. la víctima decide no ofrecer resistencia para que el hecho termine lo antes posible;
- i. las características del hecho provocan en la víctima la sensación de indefensión inhibiendo su capacidad de respuestas asertivas;
- j. la persona agresora tiene una ascendencia o poder sobre la víctima que logra inhibir su resistencia, por manipulación psicológica o de otras características.

37. Corte Penal Internacional, Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, ya citado.

A estos supuestos se suman aquellas otras consideraciones que deben hacer las fiscalías para impedir la presunción de consentimiento con base en estereotipos sobre la conducta de la víctima en los casos de violencia sexual, incluyendo los referidos a la conducta de la víctima antes, durante o después del hecho.

De este modo, no podrá inferirse un consentimiento válido a partir de:

- El consumo voluntario de la víctima de sustancias estupefacientes o alcohol.
- Las reacciones fisiológicas frente a la agresión³⁸.
- El comportamiento sexual pasado de una persona o de su relación pasada o presente con el supuesto agresor o con tercera(s) persona(s)³⁹.

En síntesis, la investigación de estos delitos requerirá una evaluación de las pruebas sensible al contexto para establecer caso por caso si la víctima ha dado su consentimiento libre al acto sexual realizado.

Tal evaluación debe reconocer la amplia gama posible de respuestas conductuales a la violencia sexual que exhiben las víctimas y no debe basarse en suposiciones de comportamientos típicos antes, durante o de manera posterior.

2.4. El análisis contextual de la violencia sexual

Los contextos son espacios o universos en los cuales se despliegan habitualmente las agresiones sexuales. Su identificación posibilita considerar las conductas reprochadas como expresiones de una violencia estructural y no como “desviaciones” o actos excepcionales. Se trata de situaciones o marcos que propician la violencia sexual, que la facilitan o en los cuales, por distintos factores, ésta se produce con regularidad. Una investigación sensible al contexto toma en cuenta cómo las dinámicas (determinadas por factores sociales, culturales, religiosos, históricos, políticos, normativos, pertenencia lingüística, etc.) impactan en la realización de hechos de violencia sexual como causas, determinantes o facilitadoras.

38. Las reacciones fisiológicas de la víctima del acto sexual no deben interpretarse como señal de consentimiento o inferencia de que las circunstancias no fueron coercitivas.

39. Ver: Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 209.

Requiere tener una comprensión de cómo, en una sociedad determinada, diferentes tipos de discriminaciones, así como las diferencias de roles, estatus, poderes, necesidades y vulnerabilidades entre personas identificadas como masculinas, como femeninas o como personas con orientaciones sexuales, identidades o expresiones de género diversas o no normativas, interactúan sobre la comisión y el desarrollo del delito (incluyendo tanto los antecedentes como los actos posteriores). Algunos ejemplos de contextos de violencia sexual son: familiar, íntimo, laboral, sanitario, educativo, encierro, criminalidad organizada y conflicto armado.

3. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA INVESTIGACIÓN Y DEL LITIGIO DE CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL. EL DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA REFORZADA.

3.1. La obligatoriedad del deber de debida diligencia (reforzada)

El deber de diligencia debida que los Estados tienen en la prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos surge de las obligaciones que contrataron bajo los principales instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos. Este estándar ha sido usado por las instancias internacionales para evaluar si un Estado ha cumplido con su obligación general de garantía, incluso cuando actos violatorios son imputables a particulares.

Los Estados pueden ser reconocidos como responsables internacionalmente por los actos privados de las personas “si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de la violencia e indemnizar a las víctimas”⁴⁰.

Respecto a la **violencia ejercida en contra de las mujeres**, el **estándar de debida diligencia** fue integrado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, en la Plataforma de Acción de Beijing, en la Convención de Belém do Pará (artículo 7, apartado b) y en el Convenio de Estambul del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (artículo 5).

En situaciones donde prevalecen contextos estructurales discriminatorios y violentos en contra de las mujeres, la Corte IDH ha establecido que las obligaciones internacionales imponen a los Estados una **“responsabilidad reforzada”**.

De la jurisprudencia internacional⁴¹, se desprende que:

- El deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse ni condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole.
- El deber de investigar es una obligación de medios, no de resultados⁴².

40. Así fue establecido por el Comité CEDAW en su informe de 1992, párr. 19; Comité CEDAW, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

41. Ver UFEM, *Dossier de jurisprudencia y doctrina N° 8: Violencia Sexual (Actualización)*, 2022, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2023/03/Dossier_UFEM_N8-Violencia-Sexual.pdf y *Dossier de jurisprudencia y doctrina N° 2: Debida diligencia reforzada en la investigación de crímenes de género*, 2017, disponible en: https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2017/08/Ufem_Dossier-2.pdf.

42. Corte IDH, Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México, ya citado, párr. 191.

- Esa obligación debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios⁴³.
- Una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad⁴⁴.
- Las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus familiares tienen derecho a ser escuchadas y participar activamente durante el proceso de investigación y el trámite judicial⁴⁵.

3.2. La integración de la perspectiva de género y de interseccionalidad

En la construcción de un caso de violencia sexual, los equipos fiscales deben incluir la perspectiva de género⁴⁶ y de interseccionalidad⁴⁷ desde el inicio y a lo largo de la investigación como parte de las obligaciones derivadas del deber de debida diligencia reforzada.

La perspectiva de género permite examinar las características, dinámicas y formas en las que se expresa el fenómeno de la violencia de género para poder realizar un análisis contextualizado de los hechos, que incluya un examen integral de su entorno⁴⁸. Permite:

43. Ídem, párr. 191.

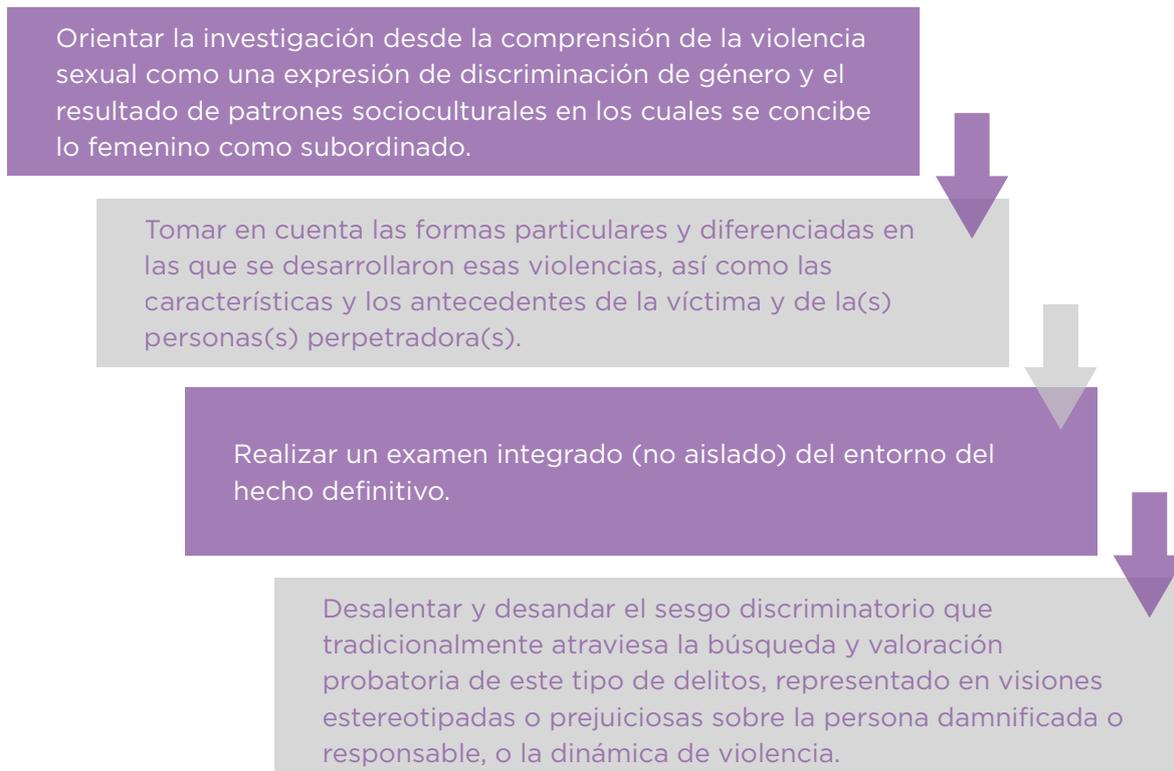
44. Ídem, párr. 191.

45. Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, ya citado, párr. 251.

46. La perspectiva de género es una manera de observar e interpretar la realidad que permite comprender cómo la diferencia en los roles, funciones y atributos asignados en una sociedad determinada a lo femenino y a lo masculino (y la subordinación de unos respecto de los otros) influye sobre los comportamientos sociales e institucionales. Además, permite problematizar y desnaturalizar el entramado de relaciones de poder y opresiones que subyacen en el binomio sexo- género y, en particular, la desigualdad y las consecuentes discriminaciones y violencias específicas contra las mujeres cis y las personas LGBTQI+. Para profundizar sobre el concepto de género, su origen y la perspectiva de género ver: Facio, Alda y Lorena, *Fries; Feminismo, género y patriarcado*; Academia, Año 3, número 6, 2005, págs. 259-294; Lamas, Marta: *La construcción cultural de la diferencia sexual*. Ciudad de México, PUEG, 1996; Scott, Joan: "El género: una categoría útil para el análisis histórico" En: James S. Amelang y Mary Nash (eds.) *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*, Edicions Alfons el Magnanim, 1990; entre otras.

47. Bajo este análisis, se puede considerar cómo las diferentes discriminaciones (económicas, étnicas, culturales, etarias, etc.) interactúan con otros múltiples y complejos factores de exclusión, lo cual debe ser valorado durante el proceso penal y meritudo como factor determinante de los hechos a la hora de analizar su gravedad. Ver: ONU Mujeres/ONU Derechos Humanos, *Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género -femicidio/feminicidio*, pág. 43, párr. 120 y ss; https://acnudh.org/wp-content/uploads/2014/08/Modelo_de_Protocolo.pdf.

48. Di Corleto, Julieta y Piqué, María, "Pautas para la recolección de prueba y valoración de prueba con perspectiva de género, en Género y Derecho Penal" Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 425.



El enfoque de interseccionalidad permite comprender que existen factores que pueden aumentar el grado de vulnerabilidad frente a delitos de violencia sexual (tales como la edad, la orientación sexual, la identidad de género, la situación de pobreza, el rol social, las discapacidades, la pertenencia a comunidades indígenas, a el estatus migratorio o la condición de movilidad humana, la pertenencia a grupos políticos, religiosos, o nacionales, los trabajos estigmatizados, etc.)⁴⁹.

La incorporación de estos enfoques permite:

- entender que los delitos de violencia sexual pueden impactar de formas diversas en las víctimas,
- emplear estrategias para priorizar e investigar adecuadamente la violencia sexual y calificar las conductas criminales de forma apropiada,
- producir la prueba y sostener una valoración probatoria contextual que tenga en cuenta la importancia de fortalecer el testimonio de la víctima a través de la visibilización de los factores que pudieran haber influido en su imposibilidad de brindar un consentimiento válido y

49. De acuerdo con las Guías de Santiago, ya mencionadas, “se considerarán en especiales condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, en razón de sus características personales o de otros factores concurrentes, presentan especiales dificultades para abordar las consecuencias del delito o para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia”, pág. 22.

- adoptar las medidas necesarias para evitar que se agraven las circunstancias de vulnerabilidad de las víctimas o que éstas se traduzcan en verdaderos obstáculos por discriminación y/o exclusión, que afecten su participación en la investigación o el juicio.

3.3. La independencia, imparcialidad, oficiosidad, oportunidad, seriedad y exhaustividad de la investigación

El deber estatal de debida diligencia exige una serie de obligaciones que, en las investigaciones de casos de violencia sexual, adquieren una significancia específica para el sistema de justicia. Entre ellas:

3.3.1) La obligación de independencia

El involucramiento de agentes de fuerzas armadas o de seguridad (agentes de la policía, policía militar, ejército, servicio penitenciario, entre otros) en delitos de violencia sexual puede poner en duda la independencia del sistema de justicia. Por ello, es clave asegurar que el proceso penal se lleve adelante sin restricciones ni influencia alguna no sólo en la actuación judicial⁵⁰, sino también en el organismo de investigación⁵¹.

Ello exige, en primer lugar, excluir la intervención de la justicia militar en tanto, como se ha establecido, “la violación sexual de una persona por parte de personal militar no guarda, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense y debe ser excluida de la competencia de la jurisdicción militar”⁵².

Además, las fiscalías deben considerar la posibilidad de que los propios perpetradores puedan realizar acciones para lograr la contaminación o alteración de la prueba. En este sentido, la obligación de debida diligencia exige que se excluya de la investigación a los órganos que pueden haber estado involucrados en los hechos, en la primera oportunidad en la que surjan indicios de su participación. Si se tratara de hechos cometidos por miembros de una fuerza de seguridad, deberá apartarse a esta fuerza y designar a otra que pueda llevar adelante la investigación.

50. ONU, “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary#:~:text=El%20principio%20de%20la%20independencia,los%20derechos%20de%20las%20partes>. Ver también ONU, “Directrices sobre la función de los fiscales”, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990), disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/guidelines-role-prosecutors>.

51. La Corte IDH remarcó la incompatibilidad de la Convención Americana con la intervención del fuero militar en casos violatorios de los derechos humanos, y específicamente en casos de violencia sexual, y señaló que tal incompatibilidad no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación, dado que su actuación constituye el inicio y el presupuesto necesario para la posterior intervención de un tribunal incompetente. Corte IDH; Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México, ya citado, párr. 177.

52. Ídem.

3.3.2) La obligación de imparcialidad

En los casos de violencia sexual, el deber de imparcialidad implica, entre otras cuestiones generales, la exigencia de que las actuaciones judiciales no se vean afectadas por prejuicios o nociones estereotipadas sobre la sexualidad femenina y masculina⁵³. La Corte IDH resalta que la utilización de estereotipos por parte de las autoridades judiciales en sus providencias puede constituir un elemento indicativo de la existencia de falta de imparcialidad⁵⁴.

Muchas investigaciones judiciales sobre violencia sexual suelen estar atravesadas por prejuicios preexistentes asociados a la sexualidad y a la discriminación contra las mujeres y personas LGBTIQ+, que llevan a descreer del relato de quienes resultan afectadas por estos delitos, a negar la existencia de las conductas denunciadas o su carácter delictual, o incluso a justificarlas. En todas las esferas de la ley, los estereotipos discriminatorios⁵⁵ comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de administración de justicia, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de quienes ya han sufrido violencia⁵⁶.

Consecuencias prácticas del uso de estereotipos discriminatorios en la investigación y judicialización de los delitos de violencia sexual:

Las percepciones o creencias erradas y prejuicios sobre la víctima, sobre las circunstancias que rodean la violencia sexual y sobre la persona agresora impiden que las y los fiscales aprecien la existencia y gravedad de estos delitos y desarrollen una investigación efectiva y eficaz que permita probar sus elementos constitutivos.

A continuación, se mencionan algunos efectos de la aplicación de estereotipos de género o de otra índole discriminatorios en la administración de justicia:

- responsabilizar a la víctima por los hechos (por su forma de vestir, ocupación laboral, conducta sexual, etc.⁵⁷ o justificar el accionar de la persona agresora);
- brindar un trato revictimizante de la víctima o de las personas que ofician de testigo;

53. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación 18/2008, K.T. Vertido c. Filipinas, 16/07/2010.

54. Corte IDH, Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 196.

55. La asignación de estereotipos es el proceso de atribución de características o roles a una persona en razón de su aparente pertenencia a un grupo particular, en detrimento de las habilidades, características y circunstancias individuales. En el caso de las mujeres, los roles devaluados en la sociedad exacerbaban un clima de impunidad con respecto a las violaciones de sus derechos (ver Rebecca J. y Cusak, Simone, *Estereotipos de género Perspectivas Legales Transnacionales*, University of Pennsylvania Press, 2009, Introducción).

56. Comité CEDAW, Recomendación General núm. 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, 03/08/2015, párr. 26.

57. Corte IDH, Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala, ya citado, párr. 202.

- considerar que no hubo violencia sexual por la existencia de una relación íntima o parentesco con la persona agresora⁵⁸;
- justificar la no recepción de la denuncia, su archivo o la interrupción de la investigación;
- impedir o sesgar el recaudo probatorio adecuado y realizar una investigación parcial o incompleta;
- determinar la credibilidad de la persona (víctima, perpetrador o testigo) en función de ideas preconcebidas sobre la forma en que debería haber actuado antes, durante o después del ataque sexual (falta de resistencia física, denuncia tardía, entre otras),⁵⁹ o de alguna característica de la víctima (por ej. su orientación sexual, identidad de género, pertenencia étnica, su *modus vivendi*);
- justificar o patologizar las acciones de los varones refiriéndose a la sexualidad de la víctima o del perpetrador⁶⁰.

Deber de la/el fiscal a cargo de la investigación de evitar el uso de estereotipos:

La utilización de estereotipos de género por parte de funcionarios/os y autoridades del sistema de justicia durante un proceso judicial vulnera la referida obligación que tienen los Estados de adoptar una perspectiva de género en las investigaciones y procesos penales⁶¹. El equipo fiscal debe ser capaz de identificar esos estereotipos y abordarlos cuando surjan (por ej., durante la investigación, presentación de la evidencia o el desarrollo del juicio). En particular, debe:

- Garantizar la recepción de la denuncia sin intromisión de estereotipos discriminatorios.
- Prevenir la utilización de los atributos personales, la historia o los antecedentes de la víctima para cuestionar la existencia del hecho de violencia sexual denunciado.
- Impedir interrogatorios a víctimas y testigos permeados por estereotipos de género.
- Rechazar la realización de medidas o diligencias probatorias, como peritajes, que estén

58. CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. 2007, disponible en <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>. Ver en el mismo sentido, Corte IDH; Caso Angulo Losada Vs. Bolivia, ya citado, párr. 164 y 165.

59. Comité CEDAW, Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, UN Doc. CEDAW/C/46/D/18/2008 (22 sept 2010), párr. 8.5.

60. Comité CEDAW, Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, párr. 8.6 que, con relación a la sexualidad masculina, destacó que “Pueden hallarse otras ideas falsas en la decisión del Tribunal, que contiene varias referencias a estereotipos sobre la sexualidad masculina y femenina que apoyan más la credibilidad del presunto violador que la de la víctima. A este respecto, preocupa al Comité la conclusión de la magistrada de que es increíble que un sexagenario fuera capaz de llegar hasta la eyaculación cuando la autora estaba resistiéndose al ataque sexual. Otros factores que se tienen en cuenta en el fallo, como el valor que se da al hecho de que la autora y el acusado se conocieran, también constituyen ejemplo de falsedades y prejuicios de género”.

61. Corte IDH, Caso Ángulo Losada Vs Bolivia, ya citado, párr. 163.

basados en estereotipos (por ejemplo, aquellos destinados a acreditar la incapacidad psíquica, la mendacidad personal, la tendencia a la fabulación, etc.)

- Garantizar el recaudo adecuado de las pruebas pertinentes desprovisto de estereotipos de género y/o de otra índole discriminatorios.
- Garantizar que el archivo de la denuncia o la interrupción de la investigación no se base en esos estereotipos.
- Dirigir los recursos de la investigación a la acreditación de los hechos denunciados, no a la comprobación de la credibilidad de la víctima.

3.3.3) La obligación de investigar de oficio

Si bien esta obligación debe ser entendida de acuerdo al régimen legal que regula en cada uno de los países el ejercicio de la acción penal (en algunos países los delitos que involucran violencia sexual son de acción privada y en otros de acción pública), lo cierto es que es importante identificar una serie de obligaciones que poseen las fiscalías a la hora de investigar la violencia sexual:

- › En los casos especialmente graves (por ej. cuando la víctima es menor de 18 años o se encuentra en condición de particular vulnerabilidad; cuando hay varias víctimas; en casos que implican temáticas complejas; etc.), la actuación fiscal deberá intensificar sus esfuerzos a partir de los compromisos internacionales o leyes locales para la protección de las víctimas.
- › La fuente de la denuncia nunca podrá ser un obstáculo para iniciar la investigación.
- › Aun cuando la víctima decida no instar la acción (en aquellos países donde las legislaciones así lo permitan), deberán adoptarse medidas para preservar las pruebas hasta el momento en que el proceso se reinicie. En estos casos, es importante asegurar que la víctima tome la decisión libremente, conociendo sus derechos, los tiempos de los procesos y las opciones de la investigación, y que su decisión no haya sido adoptada bajo coacción o amenaza.

3.3.4) La obligación de iniciar una investigación de manera oportuna

En los casos de violencia sexual esto implica que la investigación debe:

- › iniciarse de manera inmediata para garantizar la recolección y preservación de pruebas

que pueden resultar fundamentales para la determinación de responsabilidades;

- » ser propositiva, lo que implica que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa⁶² y
- » realizarse en un plazo razonable, ya que la inactividad manifiesta en la investigación de este tipo de delitos puede evidenciar una infracción al principio de diligencia debida y puede ser un detonante de que la víctima desista de continuar participando en el proceso.

El retardo además tiene efectos perjudiciales en el propio material probatorio, especialmente en los testimonios de la propia víctima y los testigos, pues su relato se puede ver afectado con el paso del tiempo.

3.3.5) La obligación de llevar a cabo una investigación seria y exhaustiva

La Corte IDH considera que la tutela de los derechos fundamentales protegidos en la Convención Americana exige que las investigaciones sean exhaustivas, esto es, que sean realizadas por todos los medios legales disponibles y orientadas a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos⁶³.

La debida diligencia en la investigación de un delito de violencia sexual implica, entre otras cosas, recabar la evidencia con exhaustividad, de forma seria e imparcial, haciendo especial hincapié en el contexto en el cual sucedieron los hechos. Esta indagación sobre el aspecto contextual permitirá abarcar una amplia gama de pruebas, robustecer el plexo probatorio y fortalecer el relato de la persona denunciante⁶⁴.

3.3.6) La investigación integral y la amplitud probatoria

La amplitud probatoria aplicada a los casos de violencia sexual

El principio de amplitud o libertad probatoria implica la posibilidad de las partes de incorporar al proceso toda prueba lícita que resulte pertinente para sostener su petición.

62. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina, CEJIL, 2010, pág.24, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf>

63. CEJIL, *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*, ya citado, pág. 32.

64. Ver, entre otros, CEDH, M.C. contra Bulgaria, ya citado y CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*, diciembre de 2011, párr. 97.

En los casos de violencia sexual, este principio propicia la búsqueda y análisis de los medios probatorios con enfoque de género e interseccionalidad, es decir, teniendo en cuenta las formas particulares en las que se desarrollan estos hechos. En ese sentido, en varios de los contextos antes señalados es habitual que el delito se cometa en espacios privados y sin más testigos directos que la propia víctima⁶⁵.

La investigación puede requerir la búsqueda, identificación y documentación de los indicios y medios de prueba (evidencia médico legal, criminalística, pruebas testimoniales, pruebas documentales, peritajes, etc.) para comprobar la existencia del delito. Dada la complejidad de algunos casos, se debe tener en cuenta el contexto y los escenarios, las circunstancias, el *modus operandi* (formas de ejecución del delito), las posibles manifestaciones de violencia anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, la investigación de amenazas de violencia, las características de la víctima y de la persona perpetradora, los testimonios del entorno cercano a la víctimas, o de personas que tuvieron contacto con ella y/o con su relato de manera cercana a los hechos, o del personal policial, etc.

Si bien en los casos de violencia sexual el testimonio de la víctima constituye una prueba fundamental, debido a que las circunstancias de comisión de gran parte de estos delitos conllevan a la carencia de pruebas directas⁶⁶, la construcción de lo ocurrido a partir de testimonios indirectos y otras pruebas contribuye al cumplimiento del deber de debida diligencia. Esto no implica una flexibilidad de los estándares probatorios, sino que promueve que se amplíe y diversifique la búsqueda de los elementos probatorios para reforzar la investigación del delito, más allá de la declaración de la víctima. Por ende, el o la fiscal no debe invocar las dificultades probatorias para desestimar los casos, sino extremar las medidas para realizar una investigación completa y profunda que comprenda una valoración integral de todos los elementos probatorios.

No todos los delitos de violencia sexual se prueban de la misma manera. La posibilidad de basar el caso en otras pruebas más allá del testimonio de la víctima (o incluso sin su relato), aumenta la probabilidad de éxito, reduce el riesgo de represalias por parte de la persona acusada y evita poner todo el peso del éxito del proceso sobre ella como sujeto de prueba. En múltiples ocasiones, por las consecuencias de estos delitos, las víctimas no desean declarar o, habiendo declarado, deciden alejarse del proceso para no seguir en contacto con un hecho que les ocasionó un daño psicológico de alta gravedad.

El diseño de la investigación mediante un plan metodológico con enfoque de género e interseccional permitirá orientar la investigación y producción de prueba, y construir luego la acusación que sostendrá la fiscalía en el juicio oral. Las preguntas tradicionales del quién, a quién, cuándo, dónde y cómo que guían la construcción de cualquier teoría del caso deben ser formuladas con enfoque de género

65. Sobre amplitud probatoria en estos y otros delitos por razones de género ver: Di Corleto Julieta: "Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género", en Julieta Di Corleto (comp.), *Género y justicia penal*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2017.

66. Rosendo Cantú y otra vs. México, ya citado párr. 89; Fernández Ortega y otros contra México, ya citado, párr. 100.

para lograr un encuadre de los marcos fáctico, probatorio y jurídico que visibilicen los elementos característicos de estos delitos.

De este modo, la investigación puede requerir que el equipo fiscal investigue a:

- **La persona agresora (quién).** Entre otros aspectos, se debe examinar:
 - El vínculo con la víctima (si tienen una relación sexo afectiva, relación jerárquica de poder de hecho o simbólica, aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad o discriminación, relación de dependencia, entre otros).
 - Los antecedentes de comisión de actos de violencia de género en contra de la misma víctima o de otras personas.
 - La conducta antes de cometer el delito, incluyendo las amenazas de violencia.
 - La existencia de antecedentes asociados a otros delitos de violencia sexual u otras violencias (física, psicológica, económica o de otra índole).
 - La conducta posterior a la comisión del hecho de violencia sexual.
 - Si la conducta tuvo algún componente discriminatorio contra la víctima.
- **La víctima (a quién).** Investigar la situación de la víctima reviste un carácter fundamental para contextualizar los hechos.
 - Es importante incorporar información relevante sobre su situación personal, familiar, laboral, de salud, etc. para acreditar las circunstancias del hecho.
 - La investigación debe estar dirigida a examinar los elementos de vulnerabilidad de la víctima, incluyendo aquellos derivados de su relación con la persona agresora y las circunstancias de ocurrencia del delito.
 - Esta información en ningún caso puede ser usada para responsabilizar a la víctima por lo ocurrido, ni atribuir la agresión sexual a aspectos vinculados con su vida privada/sexual, su comportamiento, vestimenta, hábitos de vida, etc.

- **Las circunstancias y las modalidades de la ejecución del delito (cómo).** Es necesario completar la información que surge del contexto de la violencia con un examen minucioso de las circunstancias en las que el crimen se perpetró y la forma en que se llevó a cabo:
 - Las circunstancias propias del hecho.
 - La existencia de fuerza, violencia física, amenazas, aprovechamiento de una situación de coerción, o aprovechamiento de una relación de poder.
 - Los métodos que se utilizaron para disminuir o atenuar el consentimiento o doblegar a la víctima o anular su capacidad de autonomía.
 - La posibilidad de la víctima de resistir el ataque, entre otros.
- **Los antecedentes del hecho delictivo (cuándo).** Recolectar información sobre los antecedentes del delito es crucial para entender no sólo el contexto de la violencia (incluyendo los hechos anteriores) sino el desarrollo mismo del delito y los acontecimientos posteriores a éste. De este modo, se debe considerar:
 - Cuándo o desde cuándo ocurrieron los hechos de violencia sexual.
 - Si fueron situaciones periódicas o extendidas en el tiempo.
 - Si ocurrieron con regularidad o en el marco de una relación ocasional.
 - Cuál fue la circunstancia o momento específico del hecho.
 - Si existieron incidentes previos y/o posteriores de otras violencias por motivos de género.
- **El espacio de ocurrencia del hecho delictivo (dónde):** aquí se debe considerar si el espacio donde ocurrió el hecho de violencia era conocido o desconocido para la víctima, si era público o privado, si el hecho ocurrió en un espacio institucional, entre otros.
- **El contexto y los escenarios de la violencia.** El análisis del contexto y de los escenarios de la comisión de un delito de violencia sexual puede apoyar la búsqueda probatoria y el análisis de las evidencias, facilitar la identificación de las personas agresoras, entender los entornos (sociales, comunitarios, familiares, dependiendo de las circunstancias de ocurrencia) que pudieron facilitar o incidir en la ejecución de la violencia, identificar patrones de ocurrencia; definir rutas de atención apropiada para la víctima y las particularidades de la tipificación penal.

3.4. Derechos de las víctimas

Los Ministerios Públicos tienen un especial deber en materia de acompañamiento, asistencia y protección a personas que sufrieron violencia sexual, de acuerdo con los estándares internacionales desarrollados sobre el punto⁶⁷. Esto incluye especialmente la intervención con perspectiva de género e interseccional. En la actuación fiscal, la víctima debe ser considerada como sujeto de derechos. Esto supone poner en valor un sistema integral de atención y trato procesal basado en un mecanismo multidisciplinar de evaluación y atención, que permita un temprano diagnóstico de sus necesidades, establezca las bases de la comunicación con la fiscalía y evite la victimización secundaria o revictimización⁶⁸.

Aplicar un enfoque que considere las previsiones y derechos vinculados a la víctima en casos de violencia sexual implica en particular:

- (1) **Comprender los impactos, reacciones y necesidades diferenciales** que pueden tener las víctimas de violencia sexual ante hechos traumáticos.
- (2) **Actuar con sensibilidad y profesionalismo hacia las víctimas**, así como con respeto de su dignidad, su diversidad y características identitarias.
- (3) **Asegurar las instancias y rutas de atención integral pertinentes para víctimas**, garantizando la atención médica, sanitaria y psicológica oportuna de la víctima, de acuerdo a sus necesidades particulares (siempre contando con su consentimiento informado). En los casos que correspondiera, procurar **el traslado urgente** a un centro de salud para la aplicación de tratamiento sanitario integral, preventivo y/o la recolección y preservación del material probatorio.
- (4) **Garantizar a la víctima una protección adecuada** a lo largo del procedimiento penal en función de sus necesidades y las características del delito perseguido. El fenómeno de la violencia de género presenta una serie de características que exigen no sólo la investigación eficaz del hecho ya cometido, sino también la neutralización de los riesgos de comisión de nuevos ataques contra la víctima o su entorno. Es por ello que en casos de urgencia y riesgo que así lo amerite, se deben disponer medidas de seguridad que garanticen tanto la protección de su integridad física y psíquica como la de las personas cercanas a ella, antes, durante y después del proceso. Estas medidas deberán ser revisadas periódicamente, pues los niveles y tipos de riesgo se van modificando a lo largo del proceso judicial⁶⁹.

67. En especial, ver AIAMP, “Guías de Santiago para la protección de víctimas y testigos”, versión actualizada 2020, disponible en: <https://www.aiamp.info/index.php/informes-y-guias/guias-de-santiago-sobre-proteccion-de-victimas-y-testigos-actualizacion-octubre-2020>

68. Guías de Santiago, ya citado, pág. 5.

69. Ver: UFEM. Protocolo de investigación y litigio de casos de violencia sexual, ya citado, pág. 105 y Guías de Santiago, ya citadas, art. 18 “Derecho a la seguridad” y art. 28, 3.d.

(5) Tener en consideración el potencial efecto revictimizante del proceso penal y tomar medidas para reducirlo:

- a. optimizar la tarea investigativa para acotar la necesidad de que la víctima tenga que repetir su testimonio, a sabiendas de que puede experimentar más dificultades al reeditar su declaración;
- b. evitar que, durante los procedimientos penales, la víctima y la persona perpetradora tengan contacto⁷⁰;
- c. tener consciencia de las reacciones posibles de la víctima frente al trauma;
- d. velar por que su intervención en el proceso se realice en las condiciones ambientales y psicológicas más adecuadas, promoviendo cuando es necesario y posible, que sea asistida o acompañada por profesionales⁷¹. Cuando existan los recursos y si la víctima lo necesita y lo requiera, ofrecerle la posibilidad de seguir una terapia psicológica para su bienestar y para fortalecer sus declaraciones.

(6) Mantener a las víctimas informadas⁷². El derecho a la información de la víctima comprende el de ser informada de su condición de sujeto de derecho en el proceso penal.

Ello implica, en concreto y como mínimo, ser informada:

- a. De su condición de víctima, de los derechos y deberes que ello comporta y de la manera de hacerlos efectivos.
- b. Del alcance de su intervención y participación en el proceso.
- c. De su derecho a acceder a la justicia formulando denuncia y del estatuto procesal que ello comporta.
- d. Del derecho a actuar en un marco de seguridad y de las medidas de protección que se pueden adoptar si concurren las circunstancias pertinentes.
- e. Del marco de atención y acompañamiento al que tenga acceso, en caso de concurrir los presupuestos.

70. Guías de Santiago, ya citado, art.18, 2.b.

71. Guías de Santiago, ya citado, art. 28, 3.b.

72. Guías de Santiago, ya citado, art. 16.

- f. De su derecho a la reparación efectiva del daño causado y del modo de hacerlo.
- g. Del papel del Ministerio Público en el proceso, y su rol para hacer efectivos los derechos de las víctimas, así como el que pueda corresponder a tales fines a otros actores o instituciones.
- h. De su derecho a la protección de sus datos de carácter personal y de la forma de hacerlo efectivo.

Asimismo, el Ministerio Público instará a que todas las resoluciones que afecten la atención, el trato procesal, la protección de la víctima, así como la ejecución de las penas privativas de libertad, le sean debidamente notificadas, especialmente las que acuerden la libertad de la persona agresora y puedan por ello constituir un riesgo para la víctima⁷³.

(7) Garantizar que las víctimas puedan participar de manera efectiva en el procedimiento penal⁷⁴. Esto implica, como mínimo:

- a. El derecho a ser oída y a participar en la fase de investigación, proporcionando pruebas e informando de las consecuencias del delito, en términos respetuosos con su dignidad e intimidad,
- b. Durante todas las fases procesales, tiene derecho a conocer el curso de las actuaciones, accediendo al expediente de su denuncia y a las informaciones y resoluciones judiciales y, en general, a todo aquello que pueda referirse a la protección de su seguridad e intereses,
- c. Durante todo el proceso, tiene derecho a ser oída antes de la adopción de las resoluciones judiciales que puedan afectar sus derechos, entre otros.

(8) Proteger la privacidad de las víctimas y prevenir la diseminación de cualquier información que pueda llevar a identificarlas;

(9) Promover el derecho a la reparación integral⁷⁵. El deber de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos ha sido reconocido en varios instrumentos y pronunciamientos de organismos internacionales. Si bien se trata de principios del derecho internacional de los derechos humanos, sus criterios pueden ser de utilidad en los procesos judiciales internos.

73. Guías de Santiago, ya citado, art. 28, 3.f.

74. Guías de Santiago, ya citado, art. 17.

75. Ver UFEM. *Protocolo de investigación y litigio de casos de violencia sexual*, ya citado, pág. 106 a 109

En particular, respecto de mujeres que atravesaron una situación de violencia sexual existen normas que establecen el deber estatal de garantizar los mecanismos judiciales y administrativos necesarios; y acceder a un resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (arts. 4.d de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y 7.g de la Convención de Belém do Pará). Estos mecanismos de compensación incluyen no sólo la restitución y la indemnización sino también otro tipo de medidas como la satisfacción y las garantías de no repetición.

Las medidas de reparación deben ser valoradas por los tribunales atendiendo a las necesidades concretas de cada caso y a la posición en que se encuentran las personas que han sido afectadas por episodios de violencia sexual. Los tribunales regionales de derechos humanos y, en particular, la Corte IDH⁷⁶ han desarrollado un enfoque de carácter transformativo que atienda de manera adecuada las violaciones a los derechos humanos, sobre todo cuando debe darse respuesta a los altos niveles de violencia con base en discriminaciones estructurales⁷⁷.

El derecho a la reparación integral involucra, entre otros:

- a. El acceso a la justicia y desarrollo de una investigación judicial en un plazo razonable y respetuoso de los derechos de la víctima a ser oída y a una investigación seria e imparcial.
- b. La implementación de acciones diferenciales que respondan a los daños particulares que ha causado la violencia sexual sobre las personas que han sido afectadas por este delito, contribuyendo a la reconstrucción de sus proyectos de vida desde la dimensión psicosocial y económica.
- c. Medidas al interior de las instituciones públicas y de servicio de justicia, asegurando la protección de la persona agredida, de su integridad, de su dignidad e identidad, evitando la victimización secundaria.

76. Ver Corte IDH, Caso Campo Algodonero vs. México, Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, y Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, entre otros. En el caso Campo Algodonero, la Corte IDH hizo un avance importante en este tema al acoger el concepto de reparaciones con perspectiva de género y vocación transformadora (párrs. 450-451). Dentro del conjunto de reparaciones, ordenó medidas específicas que permitieran el acceso a la justicia de los familiares de las víctimas. En concreto, ordenó adelantar una investigación penal que permitiera identificar y sancionar a los responsables de las desapariciones, la cual debía ser adelantada desde una perspectiva de género (párr. 455). La decisión además establece medidas de reparación que van más allá de la compensación económica. Bajo el concepto de garantías de no repetición, la Corte IDH ordenó la estandarización de todos sus protocolos, manuales, servicios periciales y de impartición de justicia utilizados para investigar los delitos de desapariciones, violencia sexual y homicidios conforme al Protocolo de Estambul; la implementación de programas de búsqueda y localización de mujeres desaparecidas; la creación de bases de datos que contengan información personal y genética y la capacitación de funcionarios/as judiciales en perspectiva de género.

77. La reparación integral, en los términos de la Corte IDH puede comprender la restitución, la indemnización, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y las medidas de no repetición.

- d. La garantía de goce de los derechos básicos de la persona que ha sufrido una situación de violencia sexual y de sus familiares, como tratamiento para la prevención de infecciones de transmisión sexual, tratamiento sobre el trauma físico y emocional; medidas especiales de protección a la seguridad, vida privada e intimidad.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL | PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
Av. de Mayo 760 (C1084AAP) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(54-11) 4338-4300
www.mpf.gob.ar | www.fiscales.gob.ar