

MECANISMO DE SEGUIMIENTO
CONVENCIÓN BELÉM DO PARÁ (MESECVI)
Decimoctava Reunión del Comité de Expertas
7 y 8 de diciembre de 2021
Plataforma virtual: Zoom

OEA/Ser.L/II/7.10
MESECVI/CEVI/doc.267/21
7 de diciembre de 2021
Original: español

**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**

INTRODUCCIÓN

En memoria de Paola Guzmán y de todas

**las mujeres, adolescentes y niñas que han tenido que
callar la violencia sexual a la
que han sido sometidas.**

El Mecanismo de Seguimiento de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, mejor conocida como la Convención de *Belem do Pará* (MESECVI) y su Comité de Expertas (CEVI), son responsables del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención en los Estados Parte.

A lo largo de su existencia, el CEVI ha reconocido que la violencia contra las mujeres en la región es una realidad alarmante y que los esfuerzos que se han realizado para su prevención y erradicación son insuficientes ante la magnitud de la violencia que las mujeres y las niñas experimentan en Latinoamérica y el Caribe.

Esta violencia puede presentarse en muchos contextos y formas distintas. Como lo señaló el CEVI en el Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas:

La violencia contra las mujeres ha pasado a ser identificada como una problemática real y sistemática que vulnera el derecho de las mujeres a vivir sin violencia y obstaculiza la realización de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, claves todos para su pleno desarrollo en condiciones de igualdad con los hombres.¹

La violencia contra las mujeres por razones de género se basa en perspectivas culturales y sociales que pretenden justificar las conductas agresoras. Probablemente uno de los tipos de

¹ OEA/MESECVI. *Segundo Informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. Abril de 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf>.

violencia más lesivos para las mujeres es la sexual, pues con ella, el agresor reduce a la mujer a un objeto de deseo y uso para su propia satisfacción, para reflejar dominio o ejercer tortura.

Los organismos internacionales y nacionales han propugnado por desarrollar estándares y políticas públicas que permitan proteger a las víctimas de violencia sexual. También han promovido la elaboración de leyes y políticas públicas en el marco del derecho interno para asegurar la prevención, atención, sanción, investigación y reparación de las víctimas de violencia sexual, como es el caso del CEVI, quien ha insistido en la importancia de generar una ley nacional armonizada con la Convención de Belém do Pará, en la tipificación del tipo penal de trata de personas, en el fortalecimiento de las acciones de Estado para sancionar el acoso y la violencia sexual, así como en la necesidad de tomar acciones necesarias para erradicar la violencia contra las mujeres.²

Al respecto, el Comité ha llamado la atención sobre los altos índices de violencia reportada y los bajos niveles de judicialización de los casos. En ese sentido, el Comité ha señalado el papel que juegan las y los funcionarios del

² OEA/MESECVI. *Recomendaciones del Comité de Expertas (Cevi) del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención De Belém Do Pará (Mesecvi) a los Estados parte*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Round2-FollowUp-ShadowReport-Mexico-CATWLAC.pdf>

sistema de procuración y administración de justicia y el peso de los estereotipos de género en la investigación y procesamiento de estas causas.³

El Comité ha destacado que todos los Estados de Latinoamérica y el Caribe cuentan con leyes que sancionan algunas de las manifestaciones de la violencia sexual,⁴ pero también ha señalado los obstáculos y barreras que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia en estos casos.

El CEVI ha referido también la importancia de atender a la interseccionalidad como una herramienta de análisis que permita abordar las múltiples causas de discriminación a la que se enfrentan la diversidad de mujeres. Así, el Comité ha llamado la atención sobre la forma en que otras interseccionalidades afectan, de manera especial, a las mujeres y niñas a la hora de acceder a servicios especializados y dar continuidad a las denuncias de violencia contra las mujeres por razones de género y, en especial, de violencia sexual.⁵

³ OEA/MESECVI. *Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*. 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/en/mesecvi/docs/tercerinformehemisferico-es.pdf>

⁴ OEA/MESECVI. *Segundo informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. Abril de 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf>.

⁵ OEA/MESECVI. OEA/Ser.L/II.7.10 *Recomendación General No.2 del Comité de Expertas del MESECVI sobre mujeres y niñas desaparecidas en el hemisferio de acuerdo a los arts. 7b y 8 de la Convención de Belém do Pará*. 5 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-CEVI-XV-doc.250-ES.pdf>

Por eso, el Comité reconoce que, a pesar de los avances que se han generado en la materia, todavía hace falta seguir construyendo conocimiento sobre el fenómeno de la violencia sexual, los ámbitos en los que esta ocurre y los derechos que se afectan.

Al mismo tiempo, el Comité considera que una revisión de los elementos constitutivos de la violencia sexual y la manera como ésta es valorada por los sistemas de administración de justicia en la región latinoamericana es una parte sustancial no solo para la comprensión del fenómeno, sino para la prevención de esta violencia, la sanción a los responsables y la reparación a las víctimas, así como para evitar la revictimización.

Un componente fundamental de todo lo anterior es el entendimiento de la figura del consentimiento frente a casos de violencia sexual, entendida como la capacidad de las mujeres de indicar su voluntad de participar en el acto. Este concepto constituye la distinción entre un acto consensuado y un acto de abuso o violación.

El Comité considera de especial relevancia llamar la atención sobre esta figura en tanto que ha sido usada habitualmente como mecanismo de exculpación de la responsabilidad penal del o los imputados de violencia sexual, así como para estigmatizar a la víctima.

En este sentido, el CEVI entiende que los Estados deben crear medidas integrales que permitan reconocer los elementos de desigualdad que desencadenan situaciones de violencia sexual y, sobre todo, conceptualizar el consentimiento como elemento fundamental que permite diferenciar entre una sexualidad libremente ejercida y un acto de violencia.

Así, se coadyuva a atender la situación de violencia sexual en términos de estructuras de desigualdad, pero también en términos de ideologías y de estereotipos sostenidos por las personas administradoras de justicia a partir de la cual las mujeres acceden a los procesos de justicia. También es esencial, construir un marco de protección transparente en materia de violencia sexual por razones de género que se materialice en políticas públicas de prevención, atención, sanción, erradicación y reparación de las víctimas y que tome en consideración todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas para: modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de las violencias contra la mujer.⁶

I. LA VIOLENCIA SEXUAL

A. INTRODUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

⁶ OEA. *Convención de Belem do Pará*, artículo 7, inciso e. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

La situación de violencia contra la mujer es un problema que afecta a todas las sociedades del mundo. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud “35% de las mujeres del mundo han sufrido violencia de pareja o violencia sexual por terceros en algún momento de su vida”.⁷ Además, 30% de las mujeres experimentaron una relación en donde la pareja ha sido agresora.⁸

En la región de América Latina, 26% de las mujeres no pueden decidir libremente sobre su cuerpo por leyes y políticas que restringen sus derechos y libertades.⁹

En el estudio *Estimados de prevalencia de violencia contra la mujer*, la Organización Mundial de la Salud reporta que en América Latina se observan los siguientes datos de prevalencia de violencia física y sexual en toda una vida por país: Bolivia 42%, Perú 38%, Ecuador 33%, Colombia 30%, Argentina 27%, Estados Unidos 26%, México 24%, Uruguay 18%.¹⁰

⁷ OEA/MESECVI. *Segundo Informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. Abril de 2015, párr. 349. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf>.

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem.*, p.26

¹⁰ OMS. *Estimaciones de la prevalencia de la violencia contra las mujeres*. 2018. Disponible en: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240022256>

ONU Mujeres estima que en las Américas, el 25% de las mujeres han sufrido violencia por razones de género en algún momento de su vida.¹¹

Estos datos subestiman la situación si atendemos a que hay un grave problema de cifras ocultas que impiden conocer la magnitud precisa de la situación. Ello trae como consecuencia que no siempre se logra tener acceso a información suficiente que pueda ser desagregada en la base de un amplio rango de factores entrecruzados, que incluyan estatus socioeconómico, raza, etnia, ubicación, género, entre otros factores, que nos permita utilizar un multivariado marco analítico para comprender completamente cómo el género se entrecruza con otros ejes de desigualdad en relación con la experiencia de las mujeres respecto a la violencia contra las mujeres por razones de género.

En el caso de los delitos de violencia sexual, estos no se denuncian debido a los estereotipos de género arraigados en el personal de la policía y por la falta de confianza generalizada en los sistemas judiciales. Las autoridades frecuentemente culpabilizan a las víctimas por la violencia que experimentan en la base de, *inter alia*, su vestimenta inapropiada, su condición social o estado anímico, que resulta en una revictimización y una falta de sensibilidad por

¹¹ ONU Mujeres. *Who Region of the Americas Fact Sheet Violence against women prevalence estimates*. 2018. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/341592/WHO-SRH-21.11-eng.pdf>

parte de las y los operadores de justicia, quienes generan juicios de valor sobre la situación de violencia experimentada por las mujeres.

Esto representa un proceso tortuoso que deja a las víctimas en indefensión y con serias consecuencias en todos los ámbitos de su vida lo que resulta adicionalmente en altos niveles de impunidad. Tal y como se ha señalado en el Segundo Informe emitido por la CEVI, los estereotipos alimentan la violencia y favorecen la impunidad.¹²

En casos de violencia sexual las autoridades responsabilizan a la víctima de la situación de violencia, por lo que puede llegar a generarse un clima de discriminación institucional que vulnera los derechos humanos de las mujeres y las deja en indefensión. En estos casos, se argumenta que la víctima provocó la agresión o que aceptó y consintió el acto, de ahí que la autoridad se abstenga de investigar. En otros casos, no se culpabiliza a la víctima, pero las autoridades normalizan la violencia al ocurrir dentro de una relación de pareja. Es por eso que, el CEVI, ha insistido en la necesidad de sensibilizar a las autoridades¹³ sobre las formas en que los estereotipos arraigados son

¹² OEA/MESECVI. *Segundo Informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. Abril de 2015, párr. 180. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf>.

¹³ OEA/MESECVI. *Comité de Expertas condena la violencia institucional contra una niña de 11 años víctima de violación en Argentina*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/CEVI-ComunicadoArgentina1-2019-ES.pdf>

inadvertidamente utilizados para normalizar la violencia contra la mujer y justificar la impunidad.

Así, el análisis y la conceptualización del consentimiento en casos de violencia sexual ha cobrado cada vez más relevancia para garantizar los derechos de las mujeres, adolescentes y niñas víctimas de violencia sexual. Debido a la discriminación estructural por razones de género, los límites sobre esta temática se han vuelto difusos y muchas veces se basan erróneamente en un entendimiento viciado del consentimiento.

Probablemente, los casos más recurrentes son aquellos en los que los abusos sexuales se producen cuando las relaciones están marcadas por asimetrías de poder, que son utilizadas por la parte dominante para someter a la víctima mediante actos cometidos en escenario institucional, laboral, escolar, y a través de privación económica, entre otros. En estas situaciones, es probable que no exista violencia física y que la víctima no se niegue de manera explícita, pero la violación se da porque el consentimiento se asume en situaciones de poder desigual.

Precisamente por ello, la forma en la que se conceptualiza la figura del consentimiento cobra relevancia, pues cuando se entiende claramente implica la aceptación del ejercicio libre y voluntario de la sexualidad y, entonces, la distinción central entre un acto de libertad y un acto forzado que involucra acoso, abuso o violencia. De ahí que la figura

del consentimiento deba ser analizada, y establecida en la ley e interpretada adecuadamente por parte de las y los funcionarios del sistema de justicia.

B. MARCO NORMATIVO REGIONAL E INTERNACIONAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL

De acuerdo con la Declaración del Comité del MESECVI sobre la violencia contra las niñas, mujeres y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos, la violencia sexual se configura “con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, también pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso, contacto físico alguno”.¹⁴

La Organización Mundial de la Salud define la violencia sexual como: “la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por

¹⁴OEA/MESECVI. *Declaración sobre la violencia contra las niñas, mujeres y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos, la violencia sexual, citando a CorteIDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú.* Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 306. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/DeclaracionDerechos-ES.pdf>.

otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito”.¹⁵

La violencia sexual incluye, *inter alia*, 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 de menores; 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.¹⁶

Asimismo, la violencia sexual no se limita a situaciones como el acoso, la violación o el abuso, también incluye a todas esas prácticas en las cuales se le impide a una mujer decidir sobre el libre ejercicio de su cuerpo, como es el caso de la esterilización forzada. Otras formas o prácticas de la violencia sexual se dan dentro de hospitales psiquiátricos, o con mujeres que presentan ciertas situaciones de discapacidad.

También se advierten las prácticas en donde agentes de Estado o grupos criminales agreden sexualmente a las mujeres. En ese sentido, en la *Guía para la aplicación de la*

¹⁵ OMS. *World Report on Violence and Health*. 2002, p. 149. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615_eng.pdf

¹⁶ *Idem*, p. 21.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el Comité de Expertas señaló que la tutela de la violencia contra las mujeres perpetrada por el Estado es cada vez más relevante, pues continuamente aumenta el número de casos de violencia contra las mujeres, en particular, la violencia sexual, incluida la violación, cometida por agentes estatales en hospitales, centros educativos y centros de privación de la libertad, entre otros.

Igualmente, la proliferación de la violencia sexual en conflictos armados, crisis sociales y violaciones masivas de derechos humanos en América Latina y el Caribe demuestra su uso como arma de guerra y medio de sometimiento de los cuerpos y vidas de las mujeres. A su vez, no hay que dejar de notar que se han presentado casos de violencia sexual en donde los trabajadores encargados de brindar ayuda humanitaria en zonas de conflicto¹⁷ solicitan favores sexuales a cambio de comida, refugio, escuela, y otros servicios que se encuentran obligados a dar en el marco de sus funciones. Ello pone de manifiesto el uso del poder como mecanismo de sometimiento y control del cuerpo de la mujer.

Tomando en consideración los aspectos de género de los desplazamientos forzados y los riesgos que las mujeres desplazadas enfrentan, el Comité también señala que la violencia sexual afecta de forma más aguda a las mujeres

¹⁷ UNFPA. *Gestión de programas contra la violencia de género en situaciones de emergencia*, p. 50. Disponible en: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/GBV%20E-Learning%20Companion%20Guide_SPANISH.pdf

desplazadas, quienes requieren de una protección acorde con sus necesidades únicas y especiales¹⁸. Concretamente en las regiones de Centroamérica y Sudamérica, resulta imperante atender la situación de las mujeres migrantes, quienes al encontrarse lejos de sus redes familiares se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad. Se advierte, por ejemplo, que cerca del 70% de las mujeres migrantes que se encuentran en la frontera entre México y Guatemala han sido víctimas de violencia y de estas el 60% han sido víctimas de violencia sexual.¹⁹ Esto revela el grave problema de violencia al que se enfrentan las mujeres al momento de ser forzadas a dejar su país por las amenazas a sus vidas y a las de sus hijas e hijos.

La situación del crimen organizado también ha incrementado los niveles de violencia en algunos países de América Latina²⁰ y ello también genera un incremento sistemático en la violación de los derechos humanos de las

¹⁸ OEA/MESECVI. *Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)*. 2014, p. 24. Disponible en: https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Guia_Indicadores_BDP_ESP.pdf.

¹⁹ EXPANSIÓN. *Entrevista a García Coudurier, Laura, directora de Fondo Semillas*. 13 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://politica.expansion.mx/mexico/2019/12/13/el-peligro-de-migrar-6-de-cada-10-mujeres-migrantes-son-violadas-en-mexico>

²⁰ Véase, Universidad del Rosario. *Mujeres y crimen organizado en América Latina: Más que víctimas o victimarias*. Disponible: <https://www.urosario.edu.co/Periodico-NovaEtVetera/Documentos/INFORME-Mujeres-y-crimen-organizado-en-America-Lat.pdf>.

mujeres que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. En este sentido, el CEVI está consciente de que para garantizar los derechos humanos de las mujeres resulta fundamental atender el problema de seguridad pública y establecer medidas de protección que permitan atender la situación de inseguridad y violencia en que se encuentran inmersas las mujeres.

Ahora bien, no todos los países tipifican²¹ adecuadamente todas las manifestaciones de la violencia sexual, es por ello que el CEVI ha señalado de manera reiterada que es fundamental la conformación de:

leyes que protejan los derechos de las mujeres acompañadas de políticas públicas para erradicar la violencia, tomando en cuenta la realidad de la diversidad de las mujeres en la región y la persistencia de patrones socioculturales que entronizan la perspectiva del poder hegemónico a través de prácticas y conductas discriminatorias históricamente aceptadas.²²

²¹ Al respecto, el Comité de Expertas del MESECVI ha expresado en varias ocasiones la importancia de la Armonización de la legislación por casos de violencia sexual: 1.1 La tipificación del delito de violencia sexual, incluyendo la violencia sexual oral y con objetos; 1.2 La tipificación de la violación dentro del matrimonio u otras uniones maritales; 1.3 La tipificación del delito de prostitución forzada de acuerdo al Estatuto de Roma; 1.4 La tipificación del abuso sexual en niñas y adolescentes entre otros. Véase, por ejemplo, OEA/MESECVI *Informe de implementación de las recomendaciones del CEVI segunda ronda (Perú)*, OEA/Ser.L/II.7.10 CONVENCIÓN BELÉM DO PARÁ MESECVI/CEVI/doc.207/14 rev.1.corr1 *Undécima Reunión del Comité de Expertas. 26 de septiembre 2014*, p 4.

²² OEA/MESECVI. *Segundo Informe de seguimiento a la implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. Abril de 2015, párr. 93. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf>.

El Comité de Expertas del MESECVI ha señalado que como parte de sus obligaciones en materia de debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, los Estados deben estar comprometidos a elaborar y aplicar efectivamente un marco de normas jurídicas y de políticas para proteger y promover plenamente los derechos humanos de las mujeres. Como primer paso, los Estados deben tipificar como delito en su derecho interno todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres, incluida la violencia sexual en el contexto conyugal y otras formas de violencia doméstica.²³

El CEVI señaló en el Segundo Informe Hemisférico que hay mucha disparidad en la legislación en los Estados Parte, lo cual impide el pleno acceso de las mujeres a una protección efectiva. De esta forma, por ejemplo, el CEVI encontró que en materia de violación sexual algunos:

Estados incluyen disposiciones para prevenir o sancionar este delito, lo regulan todavía con algunas limitaciones. Por ejemplo, algunos Estados penalizan la violación sexual dentro del matrimonio pero restringiendo la violación sexual al acceso oral, anal o vaginal. En otros casos se trata la violación sexual más no la violencia sexual u otros abusos sexuales dentro del matrimonio. Algunos Estados sancionan dicha violación cuando se da dentro del matrimonio sin incluir las uniones de hecho; o

²³ OEA/MESECVI. *Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)*. 2014, p. 44. Disponible en: https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Guia_Indicadores_BDP_ESP.pdf

la criminalización de esta violación cuando se produce en procesos de separación o divorcio y no en casos de matrimonios o uniones de hecho vigentes.²⁴

Los instrumentos internacionales establecen un marco de referencia a este respecto. Por ejemplo, la *Convención de Belém do Pará* refiere en su artículo primero lo siguiente:

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado²⁵.

Por su parte, la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, de la Asamblea General de la ONU, señala que la violencia contra la mujer abarca la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, en la comunidad en general o que sea perpetrada o tolerada por el Estado (Art. 2):

[...] todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.²⁶

²⁴OEA/MESECVI. *Segundo Informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf>.

²⁵ OEA. *Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém do Pará"*, artículo primero. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>

²⁶ ONU. *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer*, Asamblea General de las Naciones Unidas. 1993, art. 2. Disponible en:

La jurisprudencia internacional establece que la violencia sexual no es un fenómeno aislado, sino que tiene relación con la desigualdad entre hombres y mujeres; tiene que ver con la dominación del hombre a través del uso del cuerpo, y es el resultado de una violencia estructural de género y de patrones socioculturales que discriminan a las mujeres.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha considerado que la violencia sexual se configura con acciones que se cometen contra una persona sin su consentimiento. En particular, la Corte IDH ha establecido que la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias trascienden a la persona de la víctima.²⁷ Por tales motivos, resulta importante comprender los elementos de la violencia sexual, identificarla y establecer políticas públicas y acciones legislativas para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las mujeres.

Así, desde el punto de vista del Derecho existe un amplio margen interpretativo de la violencia sexual. Sin embargo, una de las interpretaciones más completas se encuentra en la jurisprudencia emitida por la Corte

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>

²⁷ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Penal Castro y Castro*,²⁸ *Rosendo Cantú y otra, e Inés Fernández Ortega y otros*,²⁹ en los que se determinó, como se refirió ya con anterioridad, que la violencia sexual se compone de las acciones de naturaleza sexual que se cometen en contra de una persona sin su consentimiento y pueden involucrar la invasión física del cuerpo humano o actos que no necesariamente comprenden penetración o contacto físico alguno.

Algunas legislaciones nacionales de los países de América Latina y el Caribe contemplan como delitos de naturaleza sexual, además de la violación y el estupro, el acoso y el hostigamiento sexual, el incesto, la pornografía, la promoción del turismo con fines de explotación sexual, el proxenetismo, el rapto y las exhibiciones obscenas.

No obstante, en el ámbito de procuración e impartición de justicia suele protegerse al hombre por sí mismo y a su “honor”, más que la libertad de decisión de la propia mujer (de ahí, por ejemplo, que muchos códigos penales en el mundo todavía no tienen legislación que prevea el delito de violación en el matrimonio o el acoso sexual). Por ello, la

²⁸ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 305. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

²⁹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf y *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

CEVI en el Segundo Informe insta a los Estados a tipificar la violencia y la violación sexual “dentro del matrimonio o unión de hecho y revisar las normas de procedimiento penal a fin de remover los obstáculos que podrían impedir a las mujeres obtener justicia en esos casos”.³⁰

C. EFECTOS EN LAS VÍCTIMAS

Los sucesos traumáticos de la violencia sexual tienen un impacto determinante en la psique de las víctimas y son capaces de producir una sensación de pérdida de la creencia en sí misma y en la propia identidad, en la seguridad del mundo y en la confianza hacia los demás.

Además de ello se generan graves problemas en la consolidación de la identidad personal, de la vida familiar, de la actividad laboral o escolar y en la capacidad de desarrollarse en entornos sociales.

Asimismo “en el momento del trauma, la víctima se ve indefensa ante una fuerza abrumadora”.³¹ Ante el trauma se producen diferentes respuestas, que “movilizan a la persona para que lleve a cabo una acción, luchar o huir”.³² Sin embargo, cuando la persona se percata que es inútil cualquier

³⁰OEA/MESECVI. *Segundo Informe de seguimiento a la implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. Abril de 2015, párr. 68. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mese cvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf>.

³¹ Herman Judith, *Trauma y Recuperación: cómo superar las consecuencias de la violencia*, Espasa, España. 2004, p.63.

³² *Idem*, p.65.

forma de resistencia puede llegar a un punto de abandono y, donde escapan de la situación “no por una acción en el mundo real, sino alterando su estado de conciencia”.³³ Esto resulta en un sentido de embotamiento, que, a cambio, le ocasiona una especie de parálisis.

En cuanto a las afectaciones a las víctimas de violencia sexual, la Corte Interamericana ha señalado que ésta es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causar gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima "humillada física y/o emocionalmente"; situación difícilmente superable por el paso del tiempo.

Las mujeres víctimas de violación sexual experimentan severos daños y secuelas psicológicas y sociales. Así, en términos generales la violación sexual, al igual que la tortura, tiene el efecto, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la experimenta.³⁴ Así, en muchas formas, la violencia sexual, en muchas ocasiones, constituye tortura.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha sostenido que:

[...] Al igual que la tortura, la violación se usa para propósitos como la amenaza, la degradación, la humillación, la discriminación, el castigo, el control o la destrucción de una persona. Como la tortura, la

³³ *Idem*, p.77.

³⁴ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 117. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

violación es una violación de la dignidad personal y la violación, en efecto, constituye una tortura cuando la comete un funcionario público u otra persona con un puesto oficial o instiga a alguien para que la cometa o da su consentimiento.³⁵

Por otro lado, la Corte Interamericana estableció que la violación sexual también constituye una transgresión del derecho a la vida privada, contemplado en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta forma, vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada, supone una intromisión en la vida sexual y anula el derecho de la víctima a tomar libremente las decisiones respecto de con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.³⁶ Por lo anterior, es común encontrar retraimiento y silencio en las víctimas de violencia sexual.

Este tipo de experiencia dañan el desarrollo psicoemocional de la víctima. Al respecto, el CEVI ha establecido que algunos de las consecuencias graves son efectos psicológicos, como falta de autonomía volitiva, miedo, angustia, depresión, estrés postraumático, ansiedad y un

³⁵ Tribunal Penal Internacional para Ruanda. *Caso N° ICTR-96-4-T, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*. 2 de septiembre 1998, párr. 597. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4936/6.pdf>

³⁶ CorteIDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Sentencia de 28 De noviembre de 2018, párr. 179. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf

mayor riesgo de suicidio. El CEVI ha insistido en la importancia de:

Incorporar personal profesional dedicado a la atención de las víctimas, tanto en los ámbitos de atención médico legal, como en el procesamiento de las causas judiciales correspondientes a violaciones de los derechos de las mujeres cualquiera que sean sus niveles de gravedad o agravio.³⁷

Por su parte, el *Manual para el personal de asistencia profesional* de la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud agrupa doce grandes cambios sufridos por la víctima que pueden presentarse aproximadamente desde el primer día hasta los tres meses posteriores: la negación de lo sucedido; cambios en los sistemas de creencias; cambios en la "creencia de control"; cambios en la "creencia del mundo justo"; los sentimientos negativos; ruptura de la vida cotidiana; pérdida de la autoestima; deseos de autodestrucción y efectos psicofisiológicos como lo son las alteraciones en la alimentación, pérdida de apetito, alteraciones de los procesos del sueño, insomnio y pesadillas, entre muchos otros.³⁸

³⁷ OEA/MESECVI. *Tercer informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará*, párr. 567. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TercerInformeHemisferico-ES.pdf>.

³⁸ OPS/OMS. *Manual para el personal de asistencia profesional de la de la salud*. 2000. Disponible en: <https://www.paho.org/es>. Citado por el Protocolo de atención eficiente de los delitos sexuales de la Procuraduría General de Justicia de Colima. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Colima/wo100766.pdf>

Además de los efectos psicológicos, también se presentan diversos efectos físicos que pueden generar graves consecuencias a la salud, pues pueden ir desde un embarazo no deseado hasta la adquisición de alguna enfermedad de transmisión sexual. Así, de acuerdo con la OMS, a corto plazo las mujeres pueden presentar lesiones leves o graves; en caso de violación, puede aparecer sangrado vaginal o dolor pélvico, lo que indicaría alguna lesión interna.

Otra consecuencia física constituye la adquisición de alguna enfermedad de transmisión sexual, entre las que destaca, *inter alia*, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH), papiloma humano, sífilis, y hepatitis B.³⁹

Por estas razones, los Estados tienen la obligación de otorgar una protección reforzada en el acceso a determinados derechos como es el caso de la salud reproductiva, pues, a causa de la violencia sexual vivida, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

D. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA FIGURA DEL CONSENTIMIENTO EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO INTERNACIONAL

El concepto del consentimiento en casos de violencia sexual constituye, como se mencionó, una figura jurídica que

³⁹ OMS. Guedes Alessandra, *Violencia Contra las Mujeres y Salud Sexual y Reproductiva*. Disponible en: <https://www.paho.org/clap/dmdocuments/RetiroCLAPFeb2014GuedesAViolencia.pdf>

permite discernir entre la conformación de un delito contra la libertad sexual de una persona y la realización de un acto consensuado.

Desde el plano de la teoría penal, Claus Roxin, advierte que cuando se hace referencia al consentimiento se “renuncia al bien jurídico que tendría fuerza justificante desde el punto de vista jurídico consuetudinario como consecuencia del derecho de autodeterminación individual o sobre la base jurídico-constitucional de la libertad de acción”.⁴⁰

En los últimos años se ha utilizado la figura del consentimiento como excluyente de una actividad penal para eludir investigaciones relacionadas con los delitos cometidos en contra de las mujeres, adolescentes y niñas por razones de género, lo que ha permitido, junto con otras circunstancias, un alto índice de impunidad en materia de delitos contra la libertad sexual en América Latina y el Caribe. Esto es porque la conceptualización jurídica del concepto en los Códigos penales parte de una visión en donde la violencia se concibe únicamente a través del ejercicio de la fuerza y la violencia física, lo cual genera una visión limitada de lo que representa la libre decisión del ejercicio de un acto sexual. Así, la falta de una conceptualización de situaciones como la violencia psicológica o la intimidación dificulta la posibilidad de

⁴⁰ Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, t. I, “Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”, trad. de la 2.ª ed. alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa, reimpr., Madrid, Civitas. 2000, pág. 512.

investigar las violaciones porque como tal, no se comprenden del todo los vicios en el consentimiento.

Por ello, el CEVI recomienda que se incluyan en los Códigos Penales los criterios que se han desarrollado desde la dogmática penal y la jurisprudencia internacional para determinar la ausencia del consentimiento en un acto sexual,⁴¹ entre ellos:

Uso de la fuerza o amenaza de usarla. El uso de la fuerza o de la amenaza de la fuerza es la circunstancia más obvia en la que no se ejerce la autonomía sexual: es un "indicio claro de no consentimiento".

La coacción o el temor a la violencia o a las consecuencias. La coacción sexual es todo tipo de presión que se ejerce sobre alguna persona para obligarla a ejecutar un acto sexual contra su voluntad; incluyen el temor, la intimidación, la detención, la opresión psicológica y el abuso de poder.

El temor a la violencia o a las consecuencias, hace referencia al impacto que la situación de violencia genera en la vida de la víctima. Al estar bajo un estado inminente de sometimiento, la víctima modifica su comportamiento y accede a ciertos actos o situaciones por miedo a las consecuencias que se derivan de no aceptar. En el caso de

⁴¹ Sentencia de la apelación Kunarac, Cita de *Violación y violencia sexual: Leyes y normas de derechos humanos en la Corte Penal Internacional*, Amnistía Internacional, IOR 53/001/2011, p. 17. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/2021/07/ior530012011en.pdf>

una relación de pareja violenta, por ejemplo, la víctima intentará contener a la pareja y acceder a las amenazas o peticiones con la expectativa de que no se genere un episodio violento.

Así, las víctimas se someten con consentimiento viciado o sin consentimiento a los actos sexuales por temor a las consecuencias o a que el victimario ejerza conductas coercitivas y más violencia si no accede.

Intimidación. Suele interpretarse como una conducta o circunstancia que representan una amenaza para la vida o la seguridad de la víctima o de un tercero. La intimidación puede incluir la extorsión y puede ser directa o indirecta.

Detención y/o privación de la libertad. Aquí se hace referencia a cualquier acto de violencia sexual que se lleve a cabo en el contexto de una detención realizada por elementos de seguridad o cualquier otra autoridad.

Opresión psicológica. Puede ser empleada cuando, por ejemplo, existe una relación entre la víctima o el victimario y existen lazos afectivos o psicológicos entre ambos (profesores, alumnos, médicos, pacientes, líderes religiosos y creyentes, familiares y niños, entre otros), que generan un abuso en relación con la psique de la víctima.

Abuso de poder. Puede coincidir con la coacción, la detención o la opresión psicológica, pero fundamentalmente hace relación a la influencia que una persona puede ejercer sobre otra al encontrarse en una posición de poder.

Incapacidad de entender la violencia sexual. Existe violación u otros delitos sexuales cuando la víctima no comprende el acto que se está llevando a cabo o no se encuentra posibilitada de consentir libre y voluntariamente.

Precisamente por lo anterior, ONU Mujeres ha referido la importancia de que la ley defina el consentimiento como un acuerdo voluntario e inequívoco en donde quede de manifiesto el acto consensuado, libre de todo tipo de coacción.⁴² Así, por ejemplo, de acuerdo con el informe *La violación como violación grave y sistemática de los derechos humanos y violencia de género contra la mujer* de la ONU, la falta de consentimiento es el elemento central para poder diferenciar entre una situación de violación o un acto de libertad. Los Estados Parte, por ello tienen la obligación de conceptualizar y analizar de manera clara el concepto de consentimiento en la legislación pertinente.

Sin embargo, se advierte que muchas legislaciones penales no ajustan su definición de violación y de violencia sexual con base en el consentimiento sexual, lo cual genera un problema en la conceptualización de todos los delitos relacionados con ese tipo de violencia⁴³.

⁴² ONU MUJERES. *Consentimiento*. 11 de enero de 2011. Disponible en: <https://www.endvawnow.org/es/articles/469-consent.html>.

⁴³ ONU. *La violación como violación grave y sistemática de los derechos humanos y violencia de género contra la mujer*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRVAW.aspx>

Al respecto, cabe citar el caso de Paola del Rosario Guzmán Albarracín quien, siendo una adolescente, quedó embarazada del vicerrector de su escuela.⁴⁴ La defensa del acusado alegó la existencia de una relación consensuada entre Paola y el victimario. Sin embargo, por la edad y la situación desigual de poder y subordinación en el ámbito educativo en el que se enmarcó el incidente, se advirtió un vicio en el consentimiento y el acto se tradujo claramente en un delito sexual que terminó con la vida de la víctima.

Ante tal situación, aunque se acusó al vicerrector de acoso, violación e incitación al suicidio, la investigación penal no se realizó de manera diligente; a pesar de que se dictó prisión preventiva para el acusado, esta nunca se ejecutó y además, se suspendió el proceso en tanto este no compareció y nunca se presentó. El Estado tampoco realizó las diligencias necesarias para presentarlo ante la justicia, el delito terminó por prescribir. Además, el caso estuvo plagado por estereotipos de género que operaron para “apoyar” la versión del agresor sin analizar el vicio en el consentimiento y la evidencia circunstancial, lo que llevó a la Corte Interamericana a establecer que: los “estereotipos de géneros perjudiciales, tendientes a culpabilizar a la víctima, [al considerarla ‘provocadora’] facilitaron el ejercicio del poder y el aprovechamiento de la relación de confianza, para

⁴⁴ *Paola Rosario Guzmán Albarracín y Familiares*. Relatoría de Mérito N° 110/18.

naturalizar actos que resultaron indebidos y contrarios a los derechos de la adolescente”.⁴⁵

Adicionalmente, la Corte señaló que dichos estereotipos influyeron en los procesos judiciales debido a que estos no aplicaron la perspectiva de género conforme lo dispone la Convención de Belém do Pará.⁴⁶

Así, durante el desarrollo del caso, y antes de la prescripción, la Corte Suprema de Ecuador reclasificó el delito de violación por *estupro* porque consideró que la relación entre el vicerrector y la adolescente era consensuada. Esta situación devela formas en las que la interpretación jurídica que se hace del consentimiento puede ser totalmente errónea y por tanto la inminente necesidad de establecer su regulación que establezca el consentimiento en el contexto de relaciones desiguales de poder que involucran dominación y sumisión basadas en edad y jerarquía, pues la relación inició cuando Paola tenía 14 años y se estableció bajo una situación de dominación, en la cual, dada la edad y la relación de poder, no había posibilidad de que ella pudiera consentir. En el caso, el sometimiento alude a una violación, pues no había posibilidad de que pudiera consentir.

La Corte concluyó que “Paola del Rosario Guzmán Albarracín fue sometida, por un período superior a un año, a una situación que incluyó acoso, abuso y acceso carnal por el

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otros*. Sentencia de 24 de junio de 2020, párr. 131. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf

⁴⁶ *Ídem*, párr. 189.

Vicerrector de su colegio, lo que conllevó el ejercicio de graves actos de violencia sexual contra ella en el ámbito institucional educativo. Lo anterior tuvo lugar mediante el aprovechamiento de una relación de poder por parte del funcionario estatal y de una situación de vulnerabilidad en que se encontraba la víctima, y lesionó el derecho de Paola, como mujer adolescente, a vivir una vida libre de violencia y su derecho a la educación en un ambiente libre de acoso sexual y violencia”.⁴⁷

Tomando en consideración el *amicus curiae* presentado por el CEVI en el caso de referencia y tomando como base lo establecido por la Corte Penal Internacional, se recomienda que se incluya en la legislación reglas de investigación y en la interpretación judicial, diversos elementos para establecer la falta de consentimiento, como los siguientes:

- a. 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 y libre.
- b. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima

⁴⁷ *Ídem*, párr. 143.

cuando esté imposibilitada de dar un consentimiento libre.

- c. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual.
- d. El consentimiento no podrá inferirse cuando exista una relación de poder que obligue a la víctima al acto por temor a las consecuencias del mismo, aprovechando un entorno de coacción.

En este sentido, la sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha interpretado con respecto al consentimiento lo siguiente:

[... A]sí pues, la carencia de consentimiento no tiene que ser probada por el Fiscal como elemento del tipo [...]. [La existencia de] circunstancias que puedan hacer que el consentimiento no se pueda expresar pueden ser suficientes para presumir la ausencia de consentimiento.⁴⁸

Por su parte, en la sentencia de Kunarac se consideró que “todas las jurisdicciones examinadas por la Sala de Primera

⁴⁸ *La ausencia de consentimiento no debe ser probada como elemento del tipo del delito de esclavitud.* Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia TPIY, *Prosecutor vs. Kunarac y otros*, Sentencia en apelación de 12 de junio de 2002.

Instancia requieren un elemento de fuerza, coacción, amenaza o actuar sin el consentimiento de la víctima”.⁴⁹

Ante ello, el CEVI considera que una vez que se encuentra cualquier tipo de circunstancia coercitiva ya no es necesario que se dé la figura del consentimiento porque esa circunstancia eliminó, sin lugar a dudas, el consentimiento. De acuerdo con ello, las instancias internacionales han reiterado que la violencia sexual se produce cuando una persona es sometida a un acto que no desea libremente.⁵⁰

La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia introdujo dos precisiones importantes cuando descartó expresamente que la ausencia de resistencia por parte de la víctima supusiera automáticamente que ésta sí hubiera consentido la relación sexual. En este sentido la Sala sostuvo que:

[A]unque el uso o la amenaza de fuerza sea una prueba evidente de la ausencia de consentimiento por parte de la víctima, el uso o la amenaza de fuerza no es un elemento definidor del crimen de violación, ya que la concurrencia de otros factores distintos puede hacer que la penetración sexual sea un acto no consentido o no voluntario por parte de la víctima.⁵¹

⁴⁹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TIPY) tuvo en cuenta el siguiente párrafo de la *Sentencia Furundžija*, pár. 80.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de 22 de febrero de 2001, *The prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*. N° IT-96-23-T& IT-96-23/1-A, párr. 460. Disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>.

El tribunal complementó su propia definición a través de dicha resolución, fundamentando *el actus reus* del delito no en la «coacción, fuerza, o amenaza del uso de fuerza», sino en la ausencia de consentimiento: «en la cual dicha penetración ocurre sin el consentimiento de la víctima. La víctima debe dar su consentimiento para que se lleven a cabo estos propósitos de forma voluntaria, como resultado de su voluntad, y debe evaluarse este consentimiento dentro del contexto de las circunstancias que rodean al hecho».⁵²

Es así como, retomando el *amicus curiae* presentado por este Comité en el caso *Guzmán Albarracín y otros*, es claro que la conceptualización del consentimiento es más compleja a lo que pudiera atenderse a simple vista. En ese caso, la asimetría de edad y la situación de una relación de poder desigual donde existe una subordinación, así como la falta de educación sexual y reproductiva, entre otros factores, constituyen elementos centrales que conforman violencia por razones de género y un estado de sometimiento que no admite la conformación de una decisión libre y, por lo tanto, debe asumirse como un consentimiento viciado.

El CEVI ha advertido que, en el marco de la conceptualización del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual, las niñas y adolescentes son especialmente vulnerables en América Latina y el Caribe.⁵³ De esta forma, el

⁵² *Idem*.

⁵³ OEA/MESECVI. *Segundo Informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará*. Disponible en:

CEVI remarca que no es necesaria la existencia de evidencia física para afirmar un acto de violencia sexual, pues, como ocurrió en el caso de Paola Guzmán, cuando se encuentran situaciones de poder y dominación acentuadas por factores como la diferencia de edad o un contexto coercitivo, se advierte la falta de consentimiento.

De esta forma, en el caso de Paola Guzmán, donde se alegó la relación mutua, se advierte que no es posible establecer que existió consentimiento simplemente porque la víctima no se encontraba en una condición de igualdad frente a su victimario.

Por lo tanto, durante la investigación delictiva en materia de violencia sexual no necesariamente deberá existir evidencia física que lo acredite, pues podrá existir el delito sin que se encuentran indicios de violencia física. Por esta razón, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado que 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.⁵⁴

159. [E]s importante destacar que en la jurisprudencia y la teoría legal, es la falta de

<http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf>.

⁵⁴ TEDH. *Caso M.C. v Bulgaria*. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo en 2003 que el factor decisivo en el delito de violación era la falta de consentimiento y no la prueba de fuerza del sujeto activo ni la resistencia de la víctima. *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2003 N.º. 39279/98, (M.C. v Bulgaria)*, ECHR 2203XII, párrafos 85, 127, 138, 159 y 163, entre otros.

consentimiento, no la fuerza, la que es considerada el elemento que constituye el delito de violación.

163. En el derecho penal internacional, se ha reconocido recientemente que la fuerza no constituye un elemento de la violación y que aprovecharse de las circunstancias coactivas para llevar adelante un acto sexual también se puede penalizar. La Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia encontró que en derecho penal internacional, cualquier penetración sexual sin el consentimiento de la víctima constituye el delito [...].⁵⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas resoluciones también ha buscado conceptualizar la situación del consentimiento.⁵⁶ Así, en el caso J. contra Perú, la Corte estableció que las circunstancias del acto permiten determinar la existencia o no del consentimiento. Es por ello que debe atenderse a las declaraciones de la víctima y al contexto en el que se presentaron las agresiones sexuales.

En el documento los *Elementos del Crimen complementario al Estatuto de Roma*, se refiere que una de las características de la prostitución forzada es:

Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf

de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.⁵⁷

En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que no se puede hacer referencia al consentimiento de la víctima para sostener relaciones sexuales cuando el victimario ostenta una figura de autoridad en cualquier sentido. Esto es porque se genera una desigualdad de poder que se agrava con la diferencia de edades entre la víctima y el victimario.⁵⁸ Si bien lo que puede parecer consentimiento, por parte de la víctima puede establecerse como no válido precisamente por las desigualdades de poder en la relación que se materializan en un sometimiento por parte de la víctima.

La Corte Interamericana ha señalado que, en casos de violencia sexual el Estado deberá, una vez conocidos los hechos, brindar asistencia inmediata y profesional, tanto médica como psicológica y/o psiquiátrica, a cargo de un profesional específicamente capacitado en la atención de víctimas de este tipo de delitos y con perspectiva de género y niñez. En cuanto al examen físico, la Corte sostuvo que las autoridades deberán evitar en la medida de lo posible que las víctimas sean sometidas a más de una evaluación física, ya

⁵⁷ ONU. *Estatuto de Roma*, “Elementos del Crimen”. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/a851490e-6514-4e91-bd45-ad9a216cf47e/283786/elementsofcrimesspaweb.pdf>.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y Otras Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2020, párr. 92. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf

que podría ser revictimizante. El examen médico en estos casos debe ser realizado por un profesional con amplio conocimiento y experiencia en casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes, quien buscará minimizar y evitar causarles un trauma adicional o revictimizarlos. Es recomendable que la víctima, o, de corresponder, su representante legal, pueda elegir el sexo del profesional y que el examen esté a cargo de un profesional de salud especialista en ginecología, con formación específica para realizar los exámenes médicos forenses en casos de abuso y violación sexual. Asimismo, el examen médico deberá llevarse a cabo luego del consentimiento informado de la víctima o de su representante legal, según su grado de madurez, en un lugar adecuado, y se respetará su derecho a la intimidad y privacidad, permitiendo la presencia de un acompañante de confianza de la víctima.⁵⁹

La Corte también ha establecido que es un derecho humano el recibir educación con respecto a la salud reproductiva, derecho a la autonomía y consentimiento informado.⁶⁰

Con relación a las niñas y adolescentes, el CEVI, en el *Informe hemisférico sobre violencia sexual y embarazo infantil* ha

⁵⁹ Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y Otros Vs. Nicaragua*, Sentencia de 8 de Marzo de 2018, párrs. 168 y 169. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y Otras Vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2020, párr. 92. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf

señalado que los abusos sexuales de niñas menores de 14 años constituyen un delito grave y que todo embarazo en una niña menor de 14 años debe considerarse como no consentido y, por tanto, producto de violencia sexual, excepto en los casos en donde las relaciones sexuales consentidas se dan entre pares.

La ausencia de políticas públicas destinadas a abordar de manera consistente el derecho a que las niñas puedan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos libres de violencia ha traído como consecuencia una alta tasa de mortalidad materna; así como graves secuelas en la vida de las mujeres y las niñas que no tuvieron acceso a servicios de salud o de educación dirigidos a atenderlas de manera libre e informándolas sobre sus derechos sexuales y reproductivos.

E. ACREDITACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL

Los casos de violencia sexual suelen darse en contextos en los que se establece una relación de poder y subordinación entre la víctima y el o los victimarios. El elemento central de tales actos ilícitos se relaciona con el control y el dominio sobre la víctima. Además, al ser situaciones de índole sexual, suelen perpetrarse en condiciones de aislamiento por lo que no siempre resulta sencillo obtener pruebas.

Es precisamente por eso que, como se mencionó anteriormente, uno de los elementos centrales en los que se

debe insistir es la conformación de una investigación que prevea y analice el testimonio de la víctima, el contexto en el que ocurrieron los hechos y la existencia o no del consentimiento, incluyendo la existencia de circunstancias coercitivas o en relaciones de poder.

Es común que el testimonio de la víctima en casos de violencia sexual se minimice o se cuestione. Cuando las autoridades no se encuentran sensibilizadas suelen incurrir en estereotipos de género que les alejan de la historia de la víctima y en cambio culpabilizan a la víctima por la violencia sexual que experimenta. De ahí que sea fundamental contar con personas capacitadas y sensibilizadas que partan de la veracidad del testimonio de la víctima para el inicio y desarrollo de las investigaciones y del juicio de estos casos, en el entendido de que el testimonio, por sí mismo, es la prueba central del proceso penal.

Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que en las investigaciones relacionadas con la violencia sexual de mujeres existen muchos prejuicios que vulneran los derechos humanos de las víctimas. De ahí que se han identificado diversos criterios que permiten el reconocimiento de los hechos de violencia sexual y entonces la conformación de una investigación apropiada del incidente.

Así, uno de los primeros elementos que la Corte ha señalado tiene que ver con evitar la revictimización o

reexperimentación de los hechos traumáticos.⁶¹ Para ello, la autoridad deberá atender a la víctima con respeto y deberá informarle sobre las acciones que deberá realizar obteniendo en todo momento un consentimiento informado.

La Corte también establece que el peritaje ginecológico deberá realizarse lo más pronto posible e informar durante las primeras 72 horas a partir del hecho denunciado.⁶²

Además, el CEVI refiere, en el Segundo Informe Hemisférico, que “el personal especializado no se limita al que atiende a la víctima cuando presenta la denuncia o que administra justicia, sino comprende también a los peritos y forenses que recolectan y analizan las pruebas de la violencia, sobre todo sexual y femicidio, y a quienes realizan los peritajes psicológicos de las víctimas en todas las etapas del proceso”.⁶³

Pero como se advirtió anteriormente, el acto de violencia sexual, no es el único elemento de prueba, más aún cuando la evidencia no siempre es determinante para realizar un análisis adecuado del incidente y para determinar la presencia o ausencia de consentimiento.. Como se

⁶¹ CorteIDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párr. 286. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf

⁶² *Ibidem*.

⁶³ OEA/MESECVI. *Segundo Informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belem do Pará*, párr. 62. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf>.

mencionó, debe atenderse al testimonio de la víctima y al contexto en el que ocurrieron los hechos.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, entonces, refiere que se debe atender con particular atención a las expresiones utilizadas por la parte actora, porque ello permite atender la situación de violencia sexual.⁶⁴ En este sentido, la primera determinación es tomar adecuadamente el testimonio, evitando los prejuicios y estereotipos de género.

Igualmente, la Corte Interamericana considera pertinente resaltar que una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas.⁶⁵

Cabe destacar también que la Corte Penal Internacional ha establecido una serie de reglas centradas en el procedimiento y la prueba que:

[...] La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.⁶⁶

⁶⁴ Comité de DDHH. *Comunicación.1610/2007*. 18 de julio de 2011, párrs. 13.3 y 13.7. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhspbttFNxTkgvXTPJWIZn3vmwV1yl7XWSmcGXq8WxXwU8MYjTFIMdhFfWhPM3sc4Un54LamwZNFwBVnuqPj5rjZdcQLjD5j2lkhffe8LDjWHIzSoROWBRlejOhX6vdzDisg%3D%3D>

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Espinoza González vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 278. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf

⁶⁶ CPI. *Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional*: reglas 70-71. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/resource->

De acuerdo con lo anterior, uno de los elementos centrales en la investigación es la palabra de la víctima sobre la cual debe centrarse el proceso. Resulta fundamental proceder en la premisa de que es verdad y buscar acreditarla. Para lo anterior, esto debe de ir acompañado con peritajes psicológicos y ginecológicos, siempre que la víctima acepte explícitamente el examen médico y que sea necesario para el caso concreto.

Es de tomar en cuenta que muchas veces se suele desacreditar el testimonio de la víctima porque puede llegar a presentar inconsistencias, lo cual no significa que la información proporcionada sea poco fiable. Más bien las inconsistencias en el testimonio tienen que ver con situaciones de estrés postraumático y otro tipo de afectaciones derivadas de su condición de víctima. De ahí que, aún y con tales situaciones, la investigación deberá partir, siempre de la veracidad del testimonio, haciendo irrelevantes las inconsistencias naturales que surgen como consecuencia de la violencia sexual.

Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras

[library/documents/rulesprocedureevidencespa.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf). CEDAW. Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género por la que se actualiza la Recomendación General N° 19, párr. 29.e. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Sin perjuicio de la calificación jurídica de los hechos [...], la Corte considera que dicho estándar es aplicable a las agresiones sexuales en general.⁶⁷

Con respecto al consentimiento, se establece que este no puede ser inferido, sino que siempre se debe dar de manera expresa, libre y de manera previa al acto y que éste puede ser reversible.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como se ha advertido, la *Declaración sobre la violencia contra las niñas, mujeres y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos*, emitida por el Comité de Expertas del MESECVI, advierte que la violencia sexual constituye todas las “acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso, contacto físico alguno.”⁶⁸

La violencia sexual constituye una forma de violencia que genera graves afectaciones a las mujeres, no sólo porque se trata de un atentado contra los derechos a la integridad, a la vida, a la libertad sexual y al libre desarrollo de la personalidad, sino porque dichos actos se encuentran estrictamente vinculados con una relación desigual de poder. Este tipo de actos parten del principio de transformar a las víctimas en un objeto de uso y placer para otros. Los perpetradores despojan a las víctimas de toda posibilidad de

⁶⁸OEA/MESECVI. *Declaración sobre la violencia contra las niñas, mujeres y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos, la violencia sexual*, citando a Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 306. Disponible en <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/DeclaracionDerechos-ES.pdf>

decisión y construyen una relación de sometimiento que lastima la integridad de la persona.

Precisamente por tales motivos la violencia sexual es considerada como todos aquellos actos que vulneran a las personas y de ahí que resulte fundamental respetar y proteger la libertad de decidir de las mujeres. En este sentido, el CEVI reconoce que todavía existen muchos estereotipos y prejuicios que someten a las mujeres a violencia sexual e institucional cuando son víctimas de ésta.

El sistema patriarcal que sostiene y justifica la violencia se perpetúa en los sistemas de justicia y las demás estructuras de Estado como los servicios de salud, en los que siguen culpabilizando a las víctimas de la situación de violencia vivida y desalentando las denuncias de violencia sexual.

En este sentido, el CEVI llama a los Estados a desarrollar políticas públicas y acciones legislativas que permitan construir sociedades igualitarias. Una de esas políticas debiera estar encaminada a tomar en cuenta los elementos para regular expresamente el consentimiento y la falta del mismo en los Códigos Penales, tomando en cuenta las relaciones de poder, coacciones y demás contextos que eliminan el consentimiento:

-Intimidación. Suele interpretarse como una conducta o circunstancia que representan una amenaza para la vida o

la seguridad de la víctima o de un tercero. La intimidación puede incluir la extorsión y puede ser directa o indirecta.

-Detención y/o privación de la libertad. Aquí se hace referencia a cualquier acto de violencia sexual que se lleve a cabo en el contexto de una detención realizada por elementos de seguridad o cualquier otra autoridad.

-Opresión psicológica. Puede ser empleada cuando, por ejemplo, existe una relación entre la víctima o el victimario y existen lazos afectivos o psicológicos entre ambos (profesores, alumnos, médicos, pacientes, líderes religiosos y creyentes, familiares y niños, entre otros), que generan un abuso en relación con la psique de la víctima.

-Abuso de poder. Puede coincidir con la coacción, la detención o la opresión psicológica, pero fundamentalmente hace relación a la influencia que una persona puede ejercer sobre otra al encontrarse en una posición de poder.

-Incapacidad de entender la violencia sexual. Existe violación u otros delitos sexuales cuando la víctima no comprende el acto que se está llevando a cabo o no se encuentra posibilitada de consentir libre y voluntariamente.

Asimismo, se debe regular e interpretar la figura del consentimiento como uno de los elementos fundamentales de valoración de la prueba en el marco de los delitos contra la libertad sexual, tomando en cuenta los estándares y las reflexiones establecidas en esta recomendación.

Esto va de la mano de la generación de políticas que aseguren que dichos criterios se apliquen, en la práctica, bajo el estándar del interés superior de las mujeres, las adolescentes y las niñas, con miras a ir cerrando los caminos que permiten dos categorías de seres humanos: los hombres, con todos los privilegios de protección ante la ley, y las mujeres, adolescentes y niñas quienes, por los estereotipos de género y la visión patriarcal, no cuentan con esa protección. Las mujeres y niñas, son percibidas como responsables de las aberrantes agresiones sexuales que sufren a lo largo de sus vidas.

Es sumamente relevante que este concepto amplio sobre el consentimiento se incluya dentro de la currícula educativa en materia de educación sexual y salud reproductiva en todos los niveles de los sistemas educativos. En este sentido, además de lo expuesto, se recomienda a los Estados Parte:

a. Generar cambios legislativos, procedimentales y desarrollo jurisprudencial para que se introduzca, en los términos de esta recomendación, la definición de consentimiento para los delitos de violencia sexual en los que se tome en cuenta, por lo menos, que:

1. 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 y libre.

2. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esté imposibilitada de dar un consentimiento libre.
3. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual.
4. El consentimiento no podrá inferirse cuando exista una relación de poder debido a la influencia indebida.

En todos los casos, debe tomarse en cuenta que el consentimiento es reversible.

b) Generar o adecuar los protocolos de investigación de delitos sexuales para que, además de las reglas establecidas en esta recomendación, las investigaciones partan del principio de credibilidad del primer testimonio de las presuntas víctimas de violencia sexual y, en la valoración de la prueba, se analice la falta de consentimiento o el consentimiento viciado, en los términos de esta recomendación. Asimismo, que la falta de congruencia en los

diversos testimonios de las víctimas de violencia sexual, se entienda como un factor asociado al estrés post traumático y no como una prueba fehaciente de la falta de credibilidad de la víctima.

c) Capacitar y sensibilizar a las y los operadores de justicia para evitar los estereotipos de género asociados con estos casos, en los que tradicionalmente se han utilizado elementos para concluir que la falta de resistencia de la víctima es una prueba de consentimiento del acto sexual o darle relevancia al supuesto comportamiento sexual anterior de la víctima, a su forma de vestir o a cualquier otro elemento estereotipado, para atribuir un consentimiento asumido al abuso o a la violación sexual.

d) Asegurarse que en la investigación o juzgamiento de casos de violencia sexual se realice un análisis de contexto que profundice en las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres para analizar, en todos los casos, la posible falta de consentimiento u otros factores que pudieran presentarse en el mismo, como lo son, *inter alia*, la diferencia de edad, la superioridad jerárquica, la influencia de líderes religiosos o de otra índole, la necesidad económica, etcétera, así como el uso de la fuerza o la amenaza de usarla, la coacción, el temor a la violencia o a las consecuencias, la intimidación, la detención, la opresión psicológica, el abuso

de poder, la incapacidad o edad de la víctima, en los términos de esta recomendación.

e) Brindar herramientas a toda la población y especialmente a las niñas, adolescentes y mujeres para poder identificar ,y con base en ello, denunciar hechos constitutivos o riesgos de violencia sexual.

f) Establecer todas las medidas necesarias para otorgar una educación sexual integral adecuada para su edad, sobre derechos sexuales o reproductivos, incluyendo la importancia del consentimiento en las relaciones sexuales.