



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

---

**ESTEREOTIPOS, PREJUICIOS Y SESGOS Y SU  
IMPACTO EN LA VALORACIÓN DE PRUEBAS  
DECLARATIVAS EN PROCEDIMIENTOS PENALES Y  
DE FAMILIA**

---

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES**

**DOMINIQUE PACHECO RODRÍGUEZ**

**PROFESORA GUÍA: MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON**

**SANTIAGO, CHILE**

**2021**

*Si cortas la hierba sin arrancar las raíces,  
eventualmente volverá a crecer  
cuando llegue la próxima brisa primaveral.*

Meng Xi Shi “Mil Otoños”

## TABLA DE CONTENIDOS

|  |    |
|--|----|
| RESUMEN.....   | 4  |
| INTRODUCCIÓN.....  | 5  |
| Capítulo I: Los aportes de la psicología social al derecho: Sesgos, estereotipos y prejuicios..... | 6  |
| 1. La racionalidad limitada .....  | 6  |
| 2. Sesgos cognitivos y sesgos implícitos .....   | 10 |
| A. Sesgos cognitivos .....   | 10 |
| B. Sesgos implícitos.....  | 12 |
| 3. Estereotipos.....   | 16 |
| A. Estereotipos en general .....   | 16 |
| B. Estereotipos de género .....  | 19 |
| C. Clases de estereotipos de género .....  | 20 |
| 4. Prejuicios .....  | 24 |
| Capítulo II: Prueba y verdad.....  | 27 |
| 1. Función epistémica del proceso y la prueba .....  | 27 |
| 2. Momentos de la actividad probatoria .....   | 31 |
| A. Primer momento: Etapa de conformación de los elementos de juicio .....                          | 31 |
| B. Segundo momento: la valoración de la prueba.....  | 33 |
| C. Tercer momento: la decisión sobre los hechos probados.....                                      | 39 |
| 3. El derecho a la prueba .....  | 41 |
| Capítulo III: La prueba declarativa .....  | 44 |
| 1. Relación entre los principios de oralidad e inmediación .....                                   | 44 |
| 2. Prueba declarativa oral .....   | 46 |
| A. Declaración del imputado .....  | 47 |
| B. Declaración de parte .....  | 49 |
| C. Los testigos .....  | 51 |

|  |    |
|--|----|
| Capítulo IV: El razonamiento judicial en la valoración de la prueba declarativa..... | 56 |
| 1. La fundamentación de las sentencias.....  | 56 |
| 2. El problema de la credibilidad .....  | 58 |
| 3. El problema de la doble estereotipificación .....                                 | 63 |
| CONCLUSIONES .....   | 69 |
| BIBLIOGRAFÍA .....   | 72 |

## **RESUMEN**

La presente tesis problematiza sobre la expectativa de racionalidad existente respecto de los razonamientos judiciales que subyacen a la valoración de las pruebas declarativas, poniendo de manifiesto que dichos razonamientos con demasiada frecuencia se encuentran basados en ideas preconcebidas de los juzgadores sobre ciertos grupos sociales, especialmente las mujeres.

Este fenómeno se explica por la existencia de una racionalidad limitada inherente a las personas y por el proceso de toma de decisiones que se realiza prácticamente siempre en condiciones de incertidumbre. Es en medio de este escenario en que se reproducen los estereotipos, prejuicios y sesgos como procesos de simplificación cognitiva, procesos que pese a ser tan comunes como contaminantes de los procesos racionales de la actividad judicial, no han sido suficientemente estudiados desde la óptica del derecho, simplemente sustrayéndolos a la hora de analizar sentencias.

Para efectos de visibilizar esta problemática, se comenzará estableciendo una serie de conceptos tomados desde el campo de la psicología social, los cuáles, al ser trasladados al campo del derecho procesal, servirán de base para el estudio de estos fenómenos.

A partir de ello, se revisará el rol que cumple la actividad probatoria en la administración de justicia, y el objetivo que persiguen los procesos judiciales, así como el tratamiento legal de las pruebas declarativas en procedimientos penales y de familia, todo ello en orden de analizar el fenómeno de la estereotipificación de los sujetos y sus efectos prácticos en la valoración de la prueba, para finalmente exponer algunas de sus consecuencias más destacadas.

## INTRODUCCIÓN

Cuando se piensa en las implicancias del proceso de valoración de la prueba, en nuestra mente suele aparecer de manera casi automática la idea de racionalidad como característica esencial de los sistemas probatorios modernos. Confiamos en que los razonamientos judiciales pretenden ser objetivos y que es posible tener cierto grado de confianza en cómo los jueces ejercen la función jurisdiccional.

Este trabajo pretende poner en evidencia el impacto que genera en las decisiones judiciales la utilización –consiente o no– de mecanismos cognitivos basados en creencias que se tienen sobre determinados grupos sociales, especialmente las mujeres; y cómo estas formas de categorización social pueden originar resultados discriminatorios cuando se utilizan por los jueces como elementos para atribuir o despojar de aptitud epistémica a la prueba declarativa debido al error de considerar a la persona que declara y a la declaración misma como un todo indivisible.

Para ello, a través de una investigación teórica y descriptiva, se expondrán y analizarán, en primer lugar, la existencia de vicios en el pensamiento racional, poniendo énfasis en los prejuicios, estereotipos y sesgos, como elementos presentes en la toma de decisiones a nivel general y la manera en que estos se extrapolan a la decisión judicial.

En segundo lugar, se discurrirá sobre la función epistémica que tiene el proceso judicial, y cuáles son los momentos de la actividad probatoria, así como la importancia de la racionalidad como una exigencia del derecho a la prueba.

En tercer lugar, se revisarán las características que comparte la regulación de la prueba en procedimientos penales y de familia en razón de los bienes jurídicos que protegen, el carácter oral e inmediato de la prueba y cómo trata cada sistema a la prueba declarativa.

Finalmente, el trabajo expone cuáles son las situaciones más problemáticas en el marco de la valoración de la prueba declarativa, destacándose dos: el problema de la credibilidad y el mecanismo de doble estereotipificación.

## Capítulo I: Los aportes de la psicología social al derecho: Sesgos, estereotipos y prejuicios

### 1. La racionalidad limitada

Como se mencionó en la introducción de este trabajo, el objetivo del mismo es realizar un análisis sobre estereotipos, prejuicios y sesgos y revisar cómo estos impactan en el razonamiento judicial. Para poder ahondar en esta materia es necesario revisar la relación entre la psicología social y el derecho, pues si bien la relación entre ambas disciplinas no es algo nuevo, la literatura que existe al respecto es escasa.

Mi impresión es que la psicología puede ser un verdadero aporte al derecho, contribuyendo al avance en el desarrollo de las diversas instituciones jurídicas, ello porque ambas ciencias comparten un objeto común: la conducta humana. Cada vez que hablamos de derecho, hablamos de comportamiento normado, lo cual presupone la interacción de las personas en el contexto de una comunidad. El derecho, al poner su enfoque en la conducta exteriorizada de las personas, prácticamente no se interesa por lo concerniente a la conducta interna, personal, de los seres humanos. La relevancia de la psicología en su vinculación con el derecho es precisamente que esta última se encarga del análisis de la conducta tanto de manera exteriorizada como en su aspecto interno. La psicología estudia “el modo de ser del individuo y el conjunto de acciones que lleva a cabo para adaptarse a su entorno”<sup>1</sup>.

Es en este aspecto interno donde pretendo centrar el enfoque. El derecho no solo existe como mandato normativo, sino que necesita ser aplicado en la vida real para cumplir con su objetivo último: ordenar la vida de un grupo social, cumpliendo un mandato de justicia. Para la satisfacción de este objetivo es que los Estados erigen sistemas judiciales y procedimientos capaces de poner en movimiento las reglas legales y resolver conflictos de relevancia jurídica; y es en este contexto que la psicología se vuelve un pilar fundamental. Quienes intervienen en estos procedimientos son personas cuya conducta no solo tiene relevancia desde una perspectiva externa, situación que se vuelve aún más relevante cuando se estudia la figura del juez. El sentenciador, como agente de justicia, toma decisiones para la solución de controversias, creándose así el escenario donde surge la pregunta que pretende resolverse en este capítulo, la cual consiste en dilucidar cómo operan los prejuicios, sesgos y estereotipos en el razonamiento de las personas en general y cómo estas conclusiones pueden extrapolarse al razonamiento

---

<sup>1</sup> Osvaldo Varela, Stella Puhl y Mariel Izcurdia. *Psicología y Derecho: Aportes desde la subjetividad*. (Buenos Aires: JCE Ediciones, 2017), 28.

judicial, partiendo de la premisa de que en la toma de decisiones puede verse contaminada por estos vicios cognitivos enunciados precedentemente.

La toma de decisiones es una de las actividades humanas por antonomasia. Tomar decisiones implica poner en marcha una serie de mecanismos mentales de manera que las personas puedan obtener respuestas que orienten su comportamiento y les permitan desarrollarse en sus comunidades. Para estudiar estos procesos, hasta principios de los años 50 imperaba en el campo de la psicología un modelo racional de toma de decisiones que postulaba la solución de conflictos como una operación directa y sencilla. Sin embargo, al ahondar en el estudio de la materia, la realidad parecía indicar que los procesos de toma de decisiones no eran tan simples como se creía en la época, circunstancia que impulsó el desarrollo del concepto “racionalidad limitada”.

La racionalidad, en sentido amplio, puede conceptualizarse como “1) la capacidad de conocer o concebir lo universal, y 2) La exigencia de conocer el porqué de las cosas, exigencia que lleva al sujeto a argumentar deductivamente, es decir, a establecer relaciones de consecuencia lógica entre enunciados”<sup>2</sup>. Es la segunda forma de considerar la racionalidad la que interesa en este trabajo. En efecto, la racionalidad implica, muy especialmente, la capacidad de establecer relaciones causa-consecuencia entre enunciados, de manera que cuando las conclusiones a las que un sujeto arriba no tienen como fundamento este proceso lógico, se dice que son conclusiones irracionales. En este mismo sentido se expresa CALVO, para quien la racionalidad es la comprensión razonable de la realidad vivida, y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes, por lo cual, necesariamente la racionalidad debe rechazar la incoherencia, la irracionalidad, la arbitrariedad, y el capricho lógico<sup>3</sup>.

Históricamente, la racionalidad se ha dividido en racionalidad teórica y racionalidad práctica. A la primera se atribuye la toma de decisiones analíticamente consciente, mientras que lo no racional comprendería la toma de decisiones emocionales, intuitivas, y de juicios. Siguiendo a MOSTERÍN, una persona cree racionalmente –en sentido teórico– un enunciado X, cualquiera que sea, porque (i) cree que X, y (ii) posee suficiente evidencia de que X es un enunciado analítico; o puede comprobar directamente a través de sí mismo que X; o hay suficientes testimonios fiables de que X; o que X es deducible a través

---

<sup>2</sup> César Londoño. *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*. (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2009). Citado por Ferney Rodríguez y Juan Pablo Tuirán. «La valoración racional de la prueba», *Jurídicas CUC* 7, N°1, (2011): 201.

<sup>3</sup> José Calvo. «Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de hechos disipados)», *Anuario de filosofía del derecho*, N° 18, (2001): 14.



de otros enunciados de los que se posee suficiente evidencia. A lo anterior se le agrega la exigencia de que esta persona deberá contrastar que X no sea contradictorio con alguna otra de sus creencias<sup>4</sup>.

Sin embargo, la cualidad de racional o no racional no solo se aplica a nuestras creencias, sino también a nuestras decisiones. Es por ello que he rescatado el concepto de racionalidad práctica. Este implica que una decisión será racional cuando el individuo que toma la decisión (i) tiene plena conciencia de los fines que persigue al tomar la decisión, (ii) conoce, en la medida de lo posible, los medios necesarios para la concreción de esos fines, (iii) pone en marcha dichos medios en orden de conseguir sus fines, (iv) en caso de conflicto entre fines, prefiere los fines ulteriores y (v) sus fines últimos son compatibles entre sí<sup>5</sup>. Esta conceptualización de la racional en sentido práctico supone que una decisión será más razonable cuanto más el sujeto se detenga a pensar en lo que quiere conseguir y en los medios que utilizará para conseguirlo.

Es así como el modelo clásico de la toma racional de decisiones asume que una persona racional (a) tiene total acceso a la información relacionada con los elementos relevantes del ambiente, (b) realiza una selección decisional de entre todas las alternativas posibles, (c) tiene la capacidad de computar los costos y beneficios de las alternativas de acción posibles, (d) tiene información sobre la probabilidad de cada uno de los resultados de los posibles cursos de acción, anticipando las consecuencias que se originarían al elegir cada una de las alternativas, y (e) tiene la capacidad y habilidad de entender y considerar de forma simultánea las alternativas actuales y potenciales<sup>6</sup>. Es decir, cuando se habla de racionalidad, se presupone un contexto de certidumbre donde las personas pueden basar su decisión en un análisis matemático de probabilidades. Sin embargo, este contexto de certidumbre muy pocas veces existe a la hora de tomar decisiones.

Haciéndose cargo de la utopía que supone el contexto de certidumbre del modelo tradicional de racionalidad es que aparece el concepto de racionalidad limitada, que a su vez desafía los supuestos del análisis económico clásico. El mismo se ha atribuido a SIMON y es empleado para expresar que las decisiones que se toman en el mundo real se producen con frecuencia en contextos donde la racionalidad se encuentra restringida<sup>7</sup>. Dichas restricciones pueden entenderse en tres sentidos, primero, por las destrezas, hábitos y reflexiones inconscientes, segundo, por los valores y concepciones propias del

---

<sup>4</sup> Jesús Mosterín. «El concepto de racionalidad», *Teorema. Revista Internacional de Filosofía* 3, N°4, (1973): 463.

<sup>5</sup> Mosterín, «El Concepto de racionalidad», 471.

<sup>6</sup> Carlos Marino. «Toma de decisión: ¿Teoría racional o de racionalidad limitada?». *Kálathos Revista Transdisciplinaria Metro-Inter* 7, N°1, (2013), [http://kalathos.metro.inter.edu/kalathos\\_mag/publications/archivo5\\_vol7\\_no1.pdf](http://kalathos.metro.inter.edu/kalathos_mag/publications/archivo5_vol7_no1.pdf)

<sup>7</sup> Nuria Cortada de Kohan. «Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones», *International Journal of Psychological Research* 1, N° 1, (2008): 69.

individuo que pueden entrar en conflicto con los establecidos a modo general por la organización social en la que el individuo se desarrolla, y finalmente, por la extensión o limitación de conocimiento e información del individuo<sup>8</sup>.

Así las cosas, los individuos que se encuentran en una situación de toma de decisiones valoran y calculan la calidad de la solución que esperan obtener, y tan pronto como consiguen una alternativa que satisfaga esta aspiración, detienen el proceso de búsqueda, aunque exista la posibilidad de encontrar una solución mejor. Esta actitud es la que SIMON denominó “comportamiento satisfactorio”<sup>9</sup>. Es interesante notar que ocurre aquí un cambio de objetivo: si la teoría clásica tendía a la maximización en la toma de decisiones, en un sentido de eficiencia despersonalizada del sujeto, la teoría de la racionalidad limitada vuelve a este último, poniendo el acento en la satisfacción del individuo, satisfacción que puede no ser un objetivo consciente en las personas.

En esta línea, MARINO señala que, en el contexto de la búsqueda de la satisfacción, debe ocurrir de todas formas una etapa previa de búsqueda de información, la cual tendrá las siguientes características: “El decisor buscará soluciones que no impliquen muchos cambios. 2. Se toman en consideración soluciones utilizadas en problemas similares. 3. La investigación o búsqueda de información seguirá sólo hasta que el decisor encuentre una solución satisfactoria. 4. Se utilizarán los hábitos como alternativas decisionales, reaccionando de la misma forma a situaciones que nos parecen similares. 5. Se realizarán investigaciones selectivas caracterizadas por el uso de heurísticos”<sup>10-11</sup>.

De esta constatación, se puede apreciar la utilidad de la teoría de la racionalidad limitada, pues permite estudiar el pensamiento racional desde una perspectiva crítica, y a partir de la base de que las decisiones no se toman en contextos de laboratorio, sino en situaciones donde existe una multiplicidad de factores, y facilita el reconocimiento de que muchas veces lo que parece racional –entendido en el sentido de la racionalidad práctica– puede estar teñido de una serie de atajos y vicios en el desarrollo del pensamiento deductivo de los cuáles los sujetos pocas veces están conscientes a la hora de tomar decisiones, lo que resulta en la contradicción de los fines que persiguen. Lo anterior se hace

---

<sup>8</sup> Marino. «Toma de decisión: ¿Teoría racional o de racionalidad limitada?», 4.

<sup>9</sup> Marino. «Toma de decisión: ¿Teoría racional o de racionalidad limitada?», 5.

<sup>10</sup> Marino. «Toma de decisión: ¿Teoría racional o de racionalidad limitada?», 6.

<sup>11</sup> La expresión heurísticos se utiliza aquí en el sentido de reglas generales y poco definidas que funcionan como “atajos” mentales para resolver problemas que paso a paso serían en extremo complejos. Ellos son útiles para disminuir la sobrecarga cognitiva y permiten invertir menos recursos mentales en los problemas. Sin embargo, aunque aportan vías para simplificar los problemas pueden llevar a cometer errores al tomar decisiones. Ver: *Infra*. Sección 2.B.

extremadamente problemático cuando este fin es institucional y, sobre todo, cuando este fin es la búsqueda de la verdad en el desarrollo de procesos judiciales, como se verá más adelante.

## **2. Sesgos cognitivos y sesgos implícitos**

Desde 1960 se han comenzado a desarrollar estudios empíricos que han puesto de relieve los errores y sesgos en los que incurren los seres humanos, los cuáles han formado parte del denominado movimiento cognitivo desarrollado<sup>12</sup>. Este movimiento ha hecho hincapié en que, al procesar la información del exterior, los humanos utilizan una serie de procedimientos de simplificación que reducen la complejidad de la misma. A estos mecanismos se les ha denominado procedimientos heurísticos. *A priori*, estos procesos de simplificación son necesarios para la vida corriente y permiten economizar los esfuerzos mentales para ahorrar tiempo y hacer más eficiente la toma de decisiones, sin embargo, pueden originar errores que impactan notoriamente la evaluación de la información y evidencia disponible a la hora de elegir entre una opción determinada<sup>13</sup>, cuestión que también se aplica a la evaluación de pruebas declarativas.

### **A. Sesgos cognitivos**

Desde la década de los 70's fueron los psicólogos TVERSKY y KAHNEMAN quienes, adentrándose en el análisis conductual del derecho, evaluaron las formas en que las personas tomaban decisiones en contextos de incertidumbre. A través de diversos estudios, TVERKY y KAHNEMAN probaron que los presupuestos de racionalidad asumidos por la teoría económica clásica no eran realmente utilizados por las personas, sino que de manera demasiado frecuente las decisiones son tomadas a través de procedimientos heurísticos y sesgos cognitivos<sup>14</sup>.

Los sesgos cognitivos son formas no razonadas de tomar decisiones. Los mismos han sido explicados desde la óptica del análisis económico de la toma de decisiones. A continuación, revisaré algunos de ellos. Para esta selección he tomado como criterios la frecuencia en que aparecen en los razonamientos y el amplio reconocimiento que tiene su existencia:

---

<sup>12</sup> Arturo Muñoz. «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 2, (abril, 2011): 3, <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/241333/323924>

<sup>13</sup> Jaime Gallo. «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N °4, (octubre, 2011): 6-7. <https://indret.com/las-decisiones-en-condiciones-de-incertidumbre-y-el-derecho-penal/>

<sup>14</sup> Gallo. «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», 12.

- a) El sesgo retrospectivo, es aquel que se produce al valorar hechos cuando se conocen las consecuencias de los mismos, e implica que se tiende a considerar que estas consecuencias son más previsibles de lo que son en la realidad<sup>15</sup>. Este sesgo tiene larga data y es de conocimiento general a nivel mundial, así se constata en expresiones idiomáticas como el típico “todos son generales después de la guerra” que implica precisamente que una vez han acaecido las consecuencias de una determinada decisión, la gente parece creer que si ellos hubieran estado en la posición de tomar dicha decisión habrían elegido actuar de manera diferente al poder prever claramente los resultados perniciosos que ocasionó la misma.
- b) Otro caso de sesgo cognitivo es el de la denominada heurística de la disponibilidad. Este sesgo supone la valoración de probabilidad de que un evento ocurra a partir de que tan fácil sea para el agente valorador imaginar situaciones semejantes. Ello puede ser inmensamente indeseable a la hora de valorar riesgos, pues provoca que al imaginar situaciones similares inconscientemente el sujeto piense en un número más elevado de resultados negativos que positivos en razón de que los eventos negativos son más fáciles de recordar<sup>16</sup>. Un ejemplo práctico y útil para entender el funcionamiento de este sesgo cognitivo es el siguiente: una persona X debe decidir si va a votar en las elecciones municipales de su comuna, sin embargo, decide no hacerlo porque en los dos periodos municipales anteriores, los alcaldes de dicha comuna han sido acusados del delito de corrupción. Frente a esta nueva situación, X asume que el resultado será negativo y que el nuevo alcalde será acusado de corrupción también. Como se ve, esta decisión no tiene un proceso racional previo, pues no considera ninguna otra variable, como las implicancias del acto de votación, la legitimidad de las instituciones, o el bien para su propia comuna, tampoco evalúa a los nuevos candidatos ni se molesta en conocer sus nombres, simplemente asume que como las situaciones pasadas que le parecen semejantes han tenido, en su opinión, resultados negativos, entonces concluye que decidir por la votación, tendrá un resultado parecido.
- c) El sesgo de representatividad es otro tipo de sesgo cognitivo que supone un juicio sobre la relación que existe entre una muestra y una población, el cual hace pensar que un evento es más probable si parece representativo de una clase mayor. Es decir, se trata de determinar cuál es la probabilidad de que un objeto X pertenezca a una clase Y, ello bajo la creencia de que esa probabilidad está relacionada con una idea preconcebida de cuánto X representa a Y<sup>17</sup>. En un

---

<sup>15</sup> Gallo. «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», 15.

<sup>16</sup> Gallo. «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», 13.

<sup>17</sup> Amos Tversky y Daniel Kahneman. «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases», *Science, New Series* 185, N° 4157, (1974): 1124-1125.

estudio de los mismos TVERSKY y KAHNEMAN, los sujetos tenían que valorar la probabilidad de que ciertos individuos fueran abogados o ingenieros según una descripción disponible sobre ellos. En el estudio se les informaba a los sujetos de que habría dos pruebas, en la primera había un 70% de abogados y un 30% de ingenieros mientras que en la segunda las proporciones se invertirían. Si bien la respuesta lógica era que en la primera prueba se identificaran más abogados y en la segunda más ingenieros, en realidad los resultados mostraron que las proporciones fueron casi las mismas en ambas pruebas, ello porque las personas no tomaban en cuenta la probabilidad estadística, sino que se guiaban por la evaluación que hacían sobre si la descripción de los sujetos se parecía más o menos con la idea preconcebida que tenían de la clase “ingenieros” o “abogados”<sup>18</sup>. Es relevante notar la relación directa que tiene este tipo de sesgo cognitivo con la existencia de estereotipos que los sujetos tenían fuertemente arraigados sobre lo que significa ser ingeniero o abogado.

Si bien los estudios sobre la existencia de estos sesgos –y de otros no mencionados aquí<sup>19</sup>– es cada vez más abundante, poco se ha escrito sobre la forma de superar estos vicios cognitivos. Su estudio se ha basado en la constatación más que en el desarrollo de un modelo que explique su operación e incluso algunos autores han sostenido que simplemente no es posible eliminarlos del razonamiento de toma de decisiones. Asimismo, su presencia en las decisiones judiciales ha sido objeto de estudio también y varios trabajos se han pronunciado a este respecto. Sin embargo, no es mi objetivo ahora ahondar de manera exhaustiva en los sesgos cognitivos, y menos aún hallar una solución a los problemas que suponen. En realidad, ellos son una antesala necesaria para discutir sobre otro tipo de sesgos, aquellos que tienen relación con el entorno socio-cultural en que se desarrollan las personas y que impacta directamente nuestra percepción sobre los otros, hablo de los sesgos implícitos.

## **B. Sesgos implícitos**

Si bien la distinción precisa entre los sesgos cognitivos y los sesgos implícitos aun no es tan clara, es posible conceptualizar a los sesgos implícitos como tendencias automáticas e inconscientes del pensamiento que llevan a los sujetos a asociar ciertos rasgos con un determinado grupo de personas, dando como resultado una serie de errores en las conclusiones a las que arriban, juzgando de manera

---

<sup>18</sup> Tversky y Kahneman. «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases», 1124-1125.

<sup>19</sup> Para ver más ejemplos de sesgos cognitivos y su operación en el pensamiento racional ver: Arturo Muñoz. «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano». *Supra*. nota 12.

negativa a miembros que grupos que han sido estigmatizados antes siquiera de hacer un análisis general y amplio de las condiciones previas existentes a la hora de tomar una decisión<sup>20</sup>

Cuando digo que la diferencia entre uno y otro no es tan clara, me refiero a las similitudes entre los sesgos implícitos y el sesgo de la representatividad. Como puede observarse, cuando la evaluación de si un objeto A pertenece a una clase B (siendo A una persona y B un grupo) se basa en una visión estereotipada de lo que significa B, entonces el sesgo cognitivo se convierte al mismo tiempo un sesgo implícito.

SAUL, en un valioso estudio de la materia, ha listado varios de los más típicos sesgos implícitos que operan en el subconsciente de las personas, para lo cual recopila una serie de estudios que avalan la existencia de los sesgos implícitos y que resultan extremadamente útiles para explicar la manera en que los mismos operan.

Un ejemplo de ello es el caso del sesgo de prestigio. Sobre el particular, SAUL cita un estudio de los psicólogos PETERS y CECI<sup>21</sup>. Para el desarrollo de su experimento, ambos psicólogos enviaron una serie de ensayos ya publicados a varias famosas revistas de psicología, sin embargo, los ensayos habían sido firmados con nombres falsos y señalaban afiliaciones de sus autores a instituciones no prestigiosas. Los resultados del estudio fueron sorprendentes: tan solo el 25% de los trabajos fueron identificados por las revistas como trabajos publicados anteriormente, a la vez que del 75% de ensayos restantes, tan solo el 11% de ellos fue aceptado, mientras que el 89% simplemente fue rechazado por los editores, citando una serie de errores metodológicos que los mismos tendrían en lugar de identificar el plagio<sup>22</sup>. Este estudio pone de manifiesto que el prestigio puede jugar un papel determinante en la toma de decisiones. Los ensayos habían sido aceptados perfectamente cuando provenían de profesionales destacados o asociados a instituciones prestigiosas, pero ahora eran rechazados implacablemente por contener “errores metodológicos” cuando los mismos provenían de autores que carecían de reconocimiento. Lo que ocurre es que se conecta un rasgo “afiliarse a una institución prestigiosa” con una consecuencia “quienes se afilian a dichas instituciones son mejores expertos en sus áreas de estudio” o “se presupone que sus trabajos están bien acabados por pertenecer a tal o cuál institución”. No es necesario ahondar demasiado para ver que este tipo de sesgo puede llegar a ser altamente problemático en los escenarios de valoración

---

<sup>20</sup> Jennifer Saul. «Scepticism and Implicit Bias», *Disputatio* 5, N° 37, (noviembre, 2013): 244.

<sup>21</sup> Douglas Peters y Stephen Ceci. «Peer-review practices of psychological journals: The fate of published articles, submitted again», *Behavioral and Brain Sciences* 5, N° 2, (1982): 188-193.

<sup>22</sup> Saul. «Scepticism and Implicit Bias», 245.

de pruebas judiciales, especialmente cuando se trata de informes periciales o con testigos que tienen el carácter de expertos.

Otro ejemplo del papel determinante que pueden tomar los sesgos a la hora de tomar decisiones es el caso del llamado *shooter-bias*<sup>23</sup>, en diferentes estudios se ha demostrado que un objeto cualquiera de contornos ambiguos es más fácil de percibir como un arma cuando se encuentra en manos de una persona afroamericana, que cuando se encuentra en posesión de una persona blanca<sup>24</sup>. Lo mismo ocurre cuando quien posee el objeto es una persona de apariencia musulmana, versus un individuo que no posee tal apariencia<sup>25</sup>. Nótese que en este tipo de sesgo es fácil de trasladar a la evaluación de la prueba de testigos también y, en realidad, a cualquier testimonio que opere como prueba declarativa en un procedimiento judicial. Ello puede producirse en un doble sentido. Supongamos que una persona es testigo de un robo en una calle a altas horas de la noche. El alumbrado público no se encuentra en el mejor estado, por lo que la calle no está bien iluminada. Al pasar por una esquina ve cómo un sujeto le quita su teléfono y billetera a un transeúnte que camina por la vereda de enfrente. La persona de nuestro ejemplo alcanza a ver que el asaltante parece llevar un bulto dentro de los bolsillos de su ropa. Al ser interrogado en un contexto procesal penal, es mucho más probable que el testigo declare que vio al asaltante portar un arma cuando el supuesto sujeto portador sea un individuo afroamericano o, en nuestro caso chileno, tenga una apariencia *flaite*. Pero no termina ahí, porque el evaluador de este testimonio, en este caso, el sentenciador, va a considerar mucho más plausible la hipótesis de que el acusado portaba un arma cuando pueda corroborar que la apariencia del último concuerda con su idea preconcebida de como se ve un *flaite*.

ARENA se ha dedicado a examinar esta materia, y ha dado cuenta de la relevancia que adquiere en la valoración de la prueba ciertas formas de discriminación provocadas por mecanismos cognitivos o psicológicos implícitos de quienes generan esta discriminación<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> *Shooter bias* es un término utilizado para explicar la tendencia de la policía en los EE.UU. a identificar como sospechosos armados con mayor frecuencia a personas afroamericanas que a personas blancas, resultando así, que es mucho más usual que la policía abra fuego contra los primeros en situaciones dudosas. Esta ha sido históricamente una de las demandas de los movimientos antirracistas en el país norteamericano. Para más información sobre este tipo de sesgo, ver: Yara Mekawi y Konrad Bresin. «Is the evidence from racial bias shooting task studies a smoking gun? Results from a meta-analysis», *Journal of Experimental Social Psychology* 61, (2015).

<sup>24</sup> Joshua Correll, Bernadette Park y Charles Judd. «The Police Officer's Dilemma: Using Ethnicity to Disambiguate Potentially Threatening Individuals», *Journal of Personality and Social Psychology by the American Psychological Association, Inc.* 83, N° 6, (2002): 1317-1318.

<sup>25</sup> Christian Unkelbach, Joseph Forgas y Thomas Denson. «The turban effect: The influence of Muslim headgear and induced affect on aggressive responses in the shooter bias paradigm», *Journal of Experimental Social Psychology*, 44, N° 5, (2008): 3-5.

<sup>26</sup> Federico Arena. «Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial», Proyecto CONICET, Universidad Blas Pascal. Borrador no publicado, 3.

[https://www.academia.edu/42262698/Responsabilidad\\_por\\_sesgos\\_impl%C3%ADcitos\\_y\\_decisi%C3%B3n\\_judicial](https://www.academia.edu/42262698/Responsabilidad_por_sesgos_impl%C3%ADcitos_y_decisi%C3%B3n_judicial)

Al parecer, es común que las personas reaccionen frente a ciertos tipos de sujetos en una forma diversa de la que se seguiría de sus declaraciones y razonamiento explícito. Son estos mecanismos los denominados “sesgos implícitos”<sup>27</sup>. La presencia de los mismos es difícil de advertir y evitarlos en el razonamiento judicial es prácticamente imposible. Este tipo de categorización social puede interferir en materias absolutamente determinantes como, por ejemplo, el grado de extensión con que un juez interpretan la ley. ARENA ofrece el siguiente ejemplo:

“En un caso, se solicitó a un grupo de jueces que evaluaran el significado de una hipotética ley, destinada a despenalizar la tenencia de marihuana cuando existiera una declaración jurada de un médico, donde conste que el acusado posee la marihuana por necesidad médica. El problema interpretativo que se proponía era si esa ley cubría también el caso de alguien que, no teniendo la declaración jurada al momento del arresto, la conseguía con posterioridad. De acuerdo con ese estudio, los rasgos del hipotético acusado inciden en la interpretación. Así, los jueces interpretaron restrictivamente la ley cuando el acusado tenía alrededor de 19 años y usaba la marihuana para combatir convulsiones, y la interpretaron de manera extensiva cuando tenía 55 años y la usaba para mitigar los dolores de un cáncer de huesos”<sup>28</sup>.

El sesgo implícito es prácticamente automático, y es el resultado de la educación que reciben los sujetos, su exposición al contexto cultural de una determinada comunidad y el sustrato económico al que pertenecen.

Estos mecanismos son los más peligrosos en el contexto de toma de decisiones, precisamente porque el sujeto que los emplea no es consciente de ellos, operando de manera inconsciente e inadvertida por el juzgador, pero incidiendo profundamente en su decisión.

---

<sup>27</sup> Arena. «Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial», 3.

<sup>28</sup> Arena. «Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial», 4.



### 3. Estereotipos

#### A. Estereotipos en general

Otro tipo de vicios de los procesos cognitivos son los estereotipos. Al detenerse en la basta literatura sobre esta materia puede constatarse que no existe un amplio consenso sobre el concepto de estereotipo, existiendo múltiples definiciones que se enfocan en diferentes rasgos característicos que se le han ido atribuyendo a esta forma de categorización social a través de los años. Sin embargo, he resuelto utilizar en este trabajo una definición amplia propuesta por MACKIE, según la cual los estereotipos son “aquellas creencias populares sobre los atributos que caracterizan a una categoría social y sobre los que existe un acuerdo sustancial”<sup>29</sup>.

Desde un acercamiento cognitivo, los estereotipos son representaciones mentales que operan como simplificaciones de la realidad, haciéndola más comprensible. En este sentido, son el resultado de un proceso de categorización previa de los individuos en grupos, representación mental que tiene por objeto facilitar la socialización e integración de los sujetos en una comunidad, sistematizando y organizado la gran cantidad de información que los sujetos perciben del entorno<sup>30</sup>.

La existencia de estas creencias se explicaría por la percepción subjetiva de semejanzas y diferencias entre diferentes grupos que se asignan entre sí diferentes rasgos<sup>31</sup>. El problema de asumir únicamente el enfoque cognitivista para explicar el fenómeno de la estereotipificación es que simplifica demasiado la manera en que los estereotipos influyen en la toma de decisiones, en el entramado social y en las decisiones de política pública, pues se relega a un simple proceso cognitivo individual, perdiendo su componente social distintivo<sup>32</sup>. En efecto, que los sujetos sean capaces de reconocer la existencia de estereotipos supone *ab initio* que existe un consenso social sobre los mismos, es decir, son el resultado de un actuar colectivo. No se trata de la creencia que tiene un individuo sobre un grupo social, sino lo que cree un grupo, una comunidad, respecto de otro, y es por este carácter de “compartido” que esta idea generalizada pasa a formar parte de la batería de creencias que compone el acervo cultural de cada individuo y actor social.

---

<sup>29</sup> Marlene Mackie. «Arriving at Truth by Definition: Case of Stereotype Inaccuracy», *Social Problems* 20, N° 4, (1973): 435.

<sup>30</sup> María Soledad Rodríguez, José Manuel Sabucedo y Constantino Arce. «Estereotipos regionales y nacionales: del conocimiento individual a la sociedad pensante», *Aprendizaje, Revista de Psicología Social* 6, N° 1, (1991): 8.

<sup>31</sup> Rodríguez et al. «Estereotipos regionales y nacionales: del conocimiento individual a la sociedad pensante», 8.

<sup>32</sup> Rodríguez et al. «Estereotipos regionales y nacionales: del conocimiento individual a la sociedad pensante», 9

Es por todo lo anterior que la forma correcta de acercarnos a los estereotipos debe ser desde el estudio de la psicología social, precisamente porque los estereotipos cumplen funciones sociales y por ello pueden ser definidos también como creencias populares sobre grupos sociales determinados o sobre cierta clase de individuos. Desde el punto de vista de la psicología social, los estereotipos forman parte de las actitudes, se relacionan con el componente cognitivo de las mismas, y se pueden conceptualizar como “verdades” compartidas socialmente y que, la mayoría de las veces, suponen apreciaciones políticamente incorrectas<sup>33</sup>.

Así las cosas, la función –social– más importante que cumplen los estereotipos es que tienen valor adaptativo, de simplificación y de predicción, en el sentido que permiten a los individuos comprender el mundo de manera simple y ordenada, proveyendo de datos para poder predecir un acontecimiento futuro en el entorno cultural en que se desarrollan<sup>34</sup>. En el fondo, la estereotipificación se traduce en un gran ahorro de tiempo y esfuerzo en el análisis de situaciones y frente a la toma de decisiones, –función que comparte con los sesgos, solo que ahora se suma el componente de ser actitudes conscientes– las cuales serían mucho más costosas si cada vez que un sujeto debe tomar una decisión se encontrara en un ambiente completamente nuevo donde no es posible asumir nada de nadie y donde es necesario buscar siempre toda la información disponible –muchas veces muy difícil de conseguir– para poder tomar estas decisiones adaptativas. Una segunda función de los estereotipos es que permiten desarrollar una identidad social, lo cual le permite a los sujetos identificarse con los estereotipos dominantes de un entorno social determinado, permitiéndoles reconocerse como pertenecientes a un grupo.

En conclusión, como menciona GONZÁLEZ GAVALDÓN, de la misma manera que los seres humanos interactúan con su realidad material, lo hacen con las personas y con los grupos, etiquetándolos, diferenciándolos en tipos, asignándoles características uniformes e inmutables y acaban de alguna manera aceptando y creyendo que un individuo debe formar parte de alguna de estas etiquetas. Así, incluso en los escenarios donde no se sabe nada de una persona concreta, al reconocerla como parte de un grupo, el sujeto evaluador aplica sobre esta persona desconocida los conocimientos previos que tiene sobre dicho grupo<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Isabel Pla, Antoni Adam e Isabel Bernabeu. «Estereotipos y prejuicios de género: factores determinantes en Salud Mental», *Norte de salud mental* 11, (2013): 21.

<sup>34</sup> Blanca González. «Los estereotipos como factor de socialización en el género», *Comunicar*, N° 12, (1999): 80-81.

<sup>35</sup> González. «Los estereotipos como factor de socialización en el género», 81.

Como las decisiones judiciales pertenecen al macro conjunto “decisiones”, los procesos necesarios hasta su pronunciamiento pueden dar lugar a discriminaciones cuando las personas involucradas –que esperan que la decisión judicial sea efectuada por el juez– ya sea como partes, testigos, e incluso como peritos, forman parte de algún grupo como extranjeros, mujeres, trabajadoras sexuales, entre otros. Me refiero en concreto al uso de formas problemáticas de categorización social<sup>36</sup>. A veces, esta discriminación se manifiesta de manera explícita, pero otras veces, la discriminación tiene raíces más profundas por lo que su caracterización y eventual solución no está exenta de críticas.

Sin embargo, a este concepto amplio de estereotipos se le debe agregar una característica que a mi juicio es determinante para comprender el fenómeno; me refiero a la vocación que tienen los estereotipos a permanecer en el tiempo y verse inalterables hasta que el grupo estereotipador no se ve en la necesidad de realizar un cambio en estas creencias, ya sea por motivos de adaptabilidad o supervivencia<sup>37</sup>. Si bien, por una parte, esta característica de los estereotipos denota la complejidad de los mismos y lo difícil que es erradicarlos o modificarlos a nivel general –en el sentido de que mientras no existan buenas razones para su erradicación o modificación estos permanecerán inalterables por generaciones– por otro lado, ello da cuenta de que sí es posible, a través de un ejercicio consciente, eliminar estereotipos cuando ellos impliquen connotaciones negativas sobre ciertos grupos sociales y perpetúen la discriminación hacia estos grupos.

Es importante notar que una caracterización estereotípica no es necesariamente negativa. Existen un sinnúmero de generalizaciones que se basan en evidencia estadística y que no tienen asociadas una connotación negativa, pero que de todas formas constituyen estereotipos, un ejemplo de lo anterior es el estereotipo de que los hombres tienen más fuerza física de que las mujeres, lo cual responde a la complejidad física de los varones y el correlato estadístico de los estudios realizados al respecto<sup>38</sup>, aun cuando evidentemente habrá un grupo de hombres que escape de esta generalización.

Al igual como ocurre con los prejuicios, el problema fundamental que se suscita con los estereotipos es que son fenómenos conscientes, a diferencia de los sesgos. Sin embargo, esta relación parece no ser tan simple, ya que, si se asume que una de las funciones de los estereotipos es categorizar y simplificar la información disponible en el mundo, luego los sujetos recordarán más fácilmente

---

<sup>36</sup> Arena. «Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial», 6.

<sup>37</sup> González. «Los estereotipos como factor de socialización en el género», 82.

<sup>38</sup> Rebecca Cook y Simone Cusack. *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales* (Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 2009), 14.

situaciones estereotipadas vividas anteriormente, reforzando la presencia del estereotipo y generando con ello sesgos implícitos en el pensamiento analítico.

## **B. Estereotipos de género**

Particularmente problemáticos en la actualidad son los estereotipos de género, los cuales aluden a un conjunto estructurado de creencias y expectativas compartidas dentro de una sociedad, acerca de las características que poseen y deben poseer mujeres y hombres como grupos diferentes.

Desde una perspectiva únicamente biológica, el sexo se define como una condición propia de los animales sexuados, que diferencia dos subtipos de una especie: machos y hembras, es decir, tiene una explicación reproductiva. El género, por su parte, sería un término fluido, cambiante con el tiempo, que va modificándose a la par que mutan las nociones sobre el rol de las mujeres en la sociedad y que se construye sobre la base del sexo. Sin embargo, en una dimensión social, ambos conceptos son usados indistintamente por las tratadistas en la materia, con el objetivo de hacer hincapié en que ninguna de las dos categorías son neutrales, sino que ambas van transformándose con el tiempo<sup>39</sup>, precisamente porque el concepto de género se ha construido utilizando al sexo como materia prima sobre la cual se erige y cuya explotación como un mandato ordenador de conductas se ha extendido tan ampliamente que su diferenciación actual es prácticamente imposible.

La asignación de estereotipos de género se refiere al proceso mediante el cual se utiliza el conocimiento estereotípico que se tiene sobre un género al formarse una opinión sobre un hombre o mujer en concreto. Como ya se dijo, este proceso no es un problema *per sé*, sino que comienza a serlo cuando la estereotipificación se transforma en un método para ignorar “características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales, de forma tal que se le niegan a las personas sus derechos y libertades fundamentales y se crean jerarquías de género”<sup>40</sup>.

Como bien explican PLA, ADAM y BERNABEU las creencias y expectativas que conforman los estereotipos sociales de género incluyen: rasgos de personalidad (subordinación/dominio), roles (cuidadora/sustentador económico de la familia), profesiones (secretaria/empresario), mandatos (subordinarse a las necesidades y expectativas de los hombres/demostrar siempre potencia y creer que su cuerpo es una máquina invencible), exigencias sociales (silenciar la propia fortaleza/ocultar las

---

<sup>39</sup> Cook y Cusack. *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, 24.

<sup>40</sup> Cook y Cusack. *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, 23.

debilidades), entre otros. En conclusión, la feminidad se identifica con subordinación, entrega, pasividad y seducción, mientras que la masculinidad implica poder, propiedad y potencia<sup>41</sup>.

### **C. Clases de estereotipos de género**

Una primera clasificación que interesa a este respecto, es que los estereotipos en general –y por extensión, los estereotipos de género– pueden ser de tipo descriptivo o normativo.

Un estereotipo es descriptivo cuando la atribución del mismo tiene una dirección estereotipo-grupo. Esto quiere decir que el estereotipo depende de que el actuar del grupo verdaderamente coincida con lo que se predica del mismo. En este sentido, cuando no exista tal correspondencia, existirán razones para modificar el estereotipo, o simplemente abandonarlo<sup>42</sup>. Un ejemplo ilustrativo de esta clasificación es el estereotipo de que “a las mujeres les gustan las flores”.

Por otro lado, la existencia de estereotipos normativos supone que la atribución se haga en una dirección grupo-estereotipo. Ello supone que es el contenido del estereotipo lo que determina las expectativas sobre el mundo y cuando no existe una correspondencia entre el estereotipo y la realidad, lo que surge es una razón para modificar el actuar del grupo (la realidad) y no el contenido del estereotipo<sup>43</sup>. Se trata de asumir que, porque una persona posee un rasgo o característica determinada, entonces debe asumir cierto rol social. Un caso paradigmático de estereotipos normativos es el de que “las madres deben sacrificarse a sí mismas por el bien de sus hijos”.

Además de esta clasificación, existe otra que resulta interesante para el estudio de estereotipos. Con el objeto de establecer una especie de catálogo sobre los estereotipos que mayormente se encuentran en los razonamientos judiciales es que he tomado la tipología realizada por COOK y CUSACK. Esta clasificación comprende los estereotipos (i) de sexo, (ii) sexuales, (iii) sobre roles sexuales y (iv) aquellos compuestos.

Los estereotipos de sexo ponen el enfoque en las diferencias físicas y biológicas entre hombres y mujeres. Se trata de nociones generalizadas sobre características físicas diferenciadas. Dichas generalizaciones pueden tener una base estadística o no, por ejemplo, el estereotipo de que “los hombres

---

<sup>41</sup> Pla, et al. «Estereotipos y prejuicios de género: factores determinantes en Salud Mental», 23.

<sup>42</sup> Federico Arena. «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual». *Revista de Derecho* 29, N° 1, (2016): 54.

<sup>43</sup> Arena. «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual», 55.

son físicamente más fuertes que las mujeres” que, si bien tiene como base una elaboración estadística, puede ser falso muchas veces. Al mismo tiempo, este estereotipo opera también de forma prescriptiva, es decir, establece que “las mujeres no deben ser más fuertes que los hombres”<sup>44</sup>. Lo anterior tiene una fuerte influencia a la hora de considerar a las mujeres como candidatas para la realización de ciertos trabajos que requieren esfuerzo físico, como ocurre en el caso de las obras de construcción, por ejemplo.

Los estereotipos sexuales, por su parte, se relacionan con la interacción sexual entre hombres y mujeres. Se refieren a ciertas “cualidades sexuales específicas que juegan un papel en la atracción y el deseo sexuales, la iniciación sexual y las relaciones sexuales, la intimidad, posesión y violencia sexuales, el sexo como transacción y la reificación y explotación sexuales”<sup>45</sup>. En general, este tipo de estereotipos suele tener una formulación prescriptiva e impactar significativamente el desarrollo psicosocial de las mujeres. Históricamente, se ha asociado a los hombres con un deseo sexual mucho más fuerte, desenfrenado y difícil de resistir. Ello se explica como una especie de pulsión sobre la cual no se tiene control, justificando muchas veces casos de abuso sexual o violaciones. En cambio, a las mujeres se las ha considerado como carentes de deseo sexual, o subordinando la sexualidad a la consecución de ciertos fines “propios de su naturaleza” como la procreación, o la satisfacción de las necesidades sexuales de sus parejas. Este estereotipo opera como sustrato de varios prejuicios, como la estigmatización de relaciones lésbicas, así como la valoración negativa de las relaciones sexuales fuera del matrimonio, o la opción de tener variadas parejas sexuales.

En tercer lugar, se encuentran los estereotipos sobre roles sexuales, los cuales aluden a los roles y comportamientos que se atribuyen y se esperan de los hombres y las mujeres con base en sus construcciones físicas, sociales y culturales. Aquí se pone de relieve el elemento de qué se considera “apropiado” para hombres y mujeres en base a su sexo y/o género. Como mencionan COOK y CUSACK, el estereotipo paradigmático sobre roles sexuales, se refiere a la idea de que los hombres deben ser los proveedores de las familias en sentido económico, situación que además coincide con el reconocimiento de ser “jefe de hogar”, mientras que a las mujeres se las relega a las tareas domésticas de cuidado y crianza de los hijos<sup>46</sup>, a una función de “ama de casa”.

Otro ejemplo sobre esta clasificación puede observarse en la creencia generalizada de que las mujeres tienen menos aptitudes matemáticas que los hombres. Este es un estereotipo profundamente

---

<sup>44</sup> Cook y Cusack. «Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales», 30-31.

<sup>45</sup> Cook y Cusack. «Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales», 31.

<sup>46</sup> Cook y Cusack. «Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales», 33.

arraigado en el imaginario colectivo, sin embargo, estudios recientes demuestran que, aunque estadísticamente los hombres destacan más en habilidades matemáticas, ello se debe fundamentalmente a la crianza que reciben las niñas y la exposición temprana a este estereotipo más que a una razón biológica<sup>47</sup>. Este estereotipo no solo se agota en el análisis de resultados en las escuelas, sino que permea la sociedad toda, en efecto, el número de profesionales mujeres en las áreas de la física, la ingeniería y otras ciencias matemáticas es notoriamente inferior al número de hombres.

Finalmente, existen los estereotipos compuestos. El término se refiere a que, en la mayoría de los casos, los estereotipos construidos en razón del género interactúan con otro tipo de estereotipos, creando variadas subespecies de estereotipos de género. Dentro de estos rasgos que determinan la creación de estereotipos se encuentra la edad, raza, etnia, capacidad o discapacidad, orientación sexual y clase social, incluyéndose también el estatus de nacional o inmigrante de las mujeres<sup>48</sup>. El reconocimiento de este tipo de estereotipos ha dado lugar al concepto de “interseccionalidad”, el cual supone que las personas se desarrollan a través de identidades complejas, que tienen variadas capas, las cuales son el resultado de la historia, las relaciones sociales y las estructuras de poder dominante. Es decir, como las personas forman parte de varias comunidades al mismo tiempo, se originan múltiples discriminaciones o privilegios de manera simultánea<sup>49</sup>.

Asumiendo esta premisa, el análisis interseccional tiene como fin revelar estas variadas formas en que las personas, y muy especialmente las mujeres, son víctimas de discriminación en diferentes niveles. Es decir, cuando se evalúa el impacto de la discriminación causada en razón de estereotipos de género la situación será radicalmente diferente cuando se trate de una mujer blanca heterosexual y cuando se trate de una mujer indígena lesbiana en la misma sociedad, por ejemplo, la chilena. Ahora, el enfoque interseccional no supone que esta multiplicidad de identidades se traduzca en una suma que incremente la discriminación al ir sumando factores, sino que pone de relieve que al existir estos rasgos operando en forma simultánea, para cada mujer se producirán “experiencias sustantivamente diferentes”<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Un estudio reciente sobre la materia hecho en Chile se puede ver en: María Francisca del Río, Katherine Strasser y María Inés Susperreguy. «¿Son las habilidades matemáticas un asunto de género? Los estereotipos de género acerca de las matemáticas en niños y niñas de kínder, sus familias y educadoras». *Calidad en la Educación*, N°45, (2016).

<sup>48</sup> Cook y Cusack. «Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales», 34.

<sup>49</sup> The Association for Women's Rights in Development (AWID). «Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica», *Derechos de las mujeres y cambio económico*, N° 9, (2004): 1 [https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/interseccionalidad\\_una\\_herramienta\\_para\\_la\\_justicia\\_de\\_genero\\_y\\_la\\_justicia\\_economica.pdf](https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/interseccionalidad_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf)

<sup>50</sup> AWID. «Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica», 3.

Así como en la vida diaria, estas formas de discriminación permean inevitablemente el terreno del derecho, en parte porque el derecho tiene la aptitud de perpetuar los estereotipos de género –piénsese en las leyes que consideraban a las mujeres incapaces, por ejemplo, o las actuales que todavía prohíben a las mujeres ser las administradoras de la sociedad conyugal, salvo en casos excepcionalísimos– y en parte porque son los operadores jurídicos –en concreto, los jueces– aquellos que toman decisiones todos los días que perpetúan estos modelos.

Cuando se mira la evolución histórica del derecho, aparece que desde antaño este sirvió para la perpetuación de estereotipos de género. Se ha creído a las mujeres intrínsecamente mentirosas, o no confiables, lo cual repercute directamente en la forma en que se aprecian sus dichos, ya sea cuando se encuentran en el lugar de víctimas o testigos en procesos judiciales. Producto de esta relación tan estrecha entre el derecho y los estereotipos de género, es que múltiples esfuerzos internacionales, tanto universales<sup>51</sup> como regionales<sup>52</sup> han puesto de relieve el papel transcendental que tiene el derecho en la erradicación de estereotipos de género.

---

<sup>51</sup> La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 es un tratado internacional que cristaliza estos esfuerzos. La convención señala en su preámbulo que “[c]onsiderando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos [...]” y en su artículo 2 que “[l]os Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer [...]”. Asimismo, el artículo 3 dispone que “[l]os Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

<sup>52</sup> Ejemplo de ello es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará” de 1994. Este texto dispone en el preámbulo que se erige “AFIRMANDO que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”. El artículo 7 de la convención es clave para entender el rol del derecho y de las instituciones jurídicas en materia de discriminación contra la mujer. Dicho precepto dispone: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
- h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”.



#### 4. Prejuicios

El prejuicio nace en el campo de la psicología como concepto acuñado por ALLPORT, quien lo definió como la “antipatía basada en una generalización defectuosa e inflexible, que puede ser sentida o expresada, y estar dirigida hacia un grupo entendido como un conjunto, o hacia un individuo particular que es miembro de ese grupo”<sup>53</sup>. De esta definición se desprende que la característica principal de los prejuicios es que suponen un juicio anticipado negativo sobre determinadas personas que no tienen un fundamento racional elaborado, es decir, son prácticamente “frases hechas” que al ser repetidas una y otra vez alcanzan eventualmente el estatus de verdades para quienes las utilizan como justificaciones. Algunos ejemplos de prejuicios son “los judíos son tacaños”, “los musulmanes son peligrosos” o “los homosexuales son promiscuos”, por mencionar algunos.

Como puede anticiparse, los prejuicios parecen tener una relación bastante estrecha con los estereotipos. En efecto, se ha señalado que los estereotipos son el componente cognitivo de los prejuicios, que componen esa dimensión de “lo que yo sé del asunto”<sup>54</sup>, por ello, siempre que un sujeto esté en presencia de un prejuicio, se podrá descomponer esta idea prefijada, identificando cuál es el contenido estereotípico que le da fundamento. Pero no funciona igual en el sentido contrario. Como se señaló en el acápite anterior, muchas veces, generalizaciones estereotípicas no tienen asociadas una valoración negativa y en estos casos no se construyen prejuicios asociados a esos estereotipos.

La relación entre estereotipos y prejuicios se vuelve aún más interesante al incluir en la ecuación el concepto de discriminación. Si los estereotipos operan como el sustrato de creencias acerca de las características de ciertos grupos, el prejuicio viene a ser la evaluación o juicio negativo que se hace sobre los miembros de dicho grupo, o de los miembros que lo componen, lo cual origina como resultado práctico la discriminación, entendida como una desigualdad que se da en el tratamiento a ciertas personas en razón de su pertenencia a determinado grupo<sup>55</sup>.

Sin embargo, varios autores consideran que los prejuicios no solo operan en un sentido negativo, sino que también lo harían en sentido positivo<sup>56</sup>, favoreciendo la opinión que los sujetos se forman de ciertos individuos o grupos por la sola razón de pertenecer a una categoría determinada.

---

<sup>53</sup> Gordon Allport. *The Nature of Prejudice* (Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1954), 9.

<sup>54</sup> González. «Los estereotipos como factor de socialización en el género», 79.

<sup>55</sup> González. «Los estereotipos como factor de socialización en el género», 80.

<sup>56</sup> Ver, por ejemplo, John Dovidio, Glick Miles y Victoria Esses. «Prejudice, stereotyping and discrimination: Theoretical and empirical overview», en: *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination* (London: SAGE Publications

Pese a lo anterior, en este trabajo postulo que distinguir entre prejuicios negativos y positivos no es una discusión relevante desde la perspectiva del proceso judicial –debido a su naturaleza adversarial– porque si esta valoración positiva no tiene más fundamento que la estereotipificación que le subyace, de todas maneras se produce un efecto discriminatorio respecto de la otra parte que espera el resultado de la decisión jurisdiccional. El siguiente es un ejemplo práctico para clarificar este punto. Piénsese en un juicio de familia donde ambos padres de un menor solicitan su cuidado personal luego de haberse divorciado. A través de la prueba rendida en juicio, es dable concluir que la madre ha sido descuidada en el cuidado personal del menor, mientras que no hay evidencia de que el padre haya incurrido en dicho comportamiento. Sin embargo, el juez, en uso del estereotipo “las mujeres tienen mejores aptitudes para la crianza de los niños” decide que en virtud de esta supuesta máxima de la experiencia otorgará el cuidado personal a la madre. En principio, el estereotipo respecto del grupo “mujeres” no tiene asociado un prejuicio negativo, todo lo contrario, lo favorece. Pero como la decisión se produce en el contexto del proceso judicial, inevitablemente el uso del estereotipo irá en detrimento del miembro que no pertenece al grupo “mujeres”, en el caso del ejemplo, el padre.

En conclusión, los prejuicios se generan mediante un proceso por el cual se construye un concepto acerca de una persona o una situación, incluyendo en el mismo ideas, creencias, actitudes, juicios morales u opiniones de manera anticipada, esto es, antes de tener la posibilidad de someter a dicha persona o situación a un enfrentamiento con la evidencia<sup>57</sup> y que tiene como resultado una conclusión negativa respecto de esa persona. Como los prejuicios comparten con los estereotipos el hecho de que se son fenómenos conscientes en el pensamiento, los tribunales de justicia tienen la obligación de poner especial atención en ellos, evitando que se produzcan situaciones discriminatorias entre los sujetos que intervienen en el desarrollo de procesos judiciales.

En los capítulos siguientes, se intentará analizar cómo estas categorizaciones sociales impactan, ya sea de manera consiente o no, en la valoración de las pruebas declarativas y como la jurisprudencia ha construido conceptos alrededor de ellas que resultan determinantes a la hora resolver conflictos de relevancia jurídica.

---

Ltd., 2010), 7. “*Prejudice is an individual-level attitude (whether subjectively positive or negative) toward groups and their members that creates or maintains hierarchical status relations between groups*”.

<sup>57</sup> Pla et al. «Estereotipos y prejuicios de género: factores determinantes en Salud Mental», 22.

Al final del día, prejuicios, estereotipos y sesgos vienen a funcionar como limitantes en el desarrollo de la toma de decisiones, desvirtuando la supuesta racionalidad las resoluciones, y generando con ello profundas discriminaciones, especialmente cuando se trata de las mujeres.

## Capítulo II: Prueba y verdad

### 1. Función epistémica del proceso y la prueba

A continuación, me adentraré en un análisis de la función que tiene la prueba en el proceso judicial al alero de la teoría racionalista y, asimismo, en el rol que debe cumplir el proceso en relación con la búsqueda de la verdad. Esto permitirá sentar las bases para entender desde qué óptica es necesario valorar la prueba declarativa y cómo el desarrollo defectuoso de esta operación puede impactar en la realización de las funciones y objetivos que persigue el proceso.

La función de la prueba dentro del proceso está íntimamente relacionada a la finalidad que se le asigna a este último. En este sentido, la relación entre el proceso y la prueba es de interdependencia. La prueba, en un sentido amplio, puede definirse como “cualquier tipo de dato cognoscitivo, de procedimiento o de medio que produzca informaciones utilizables para la determinación de la verdad de los hechos”<sup>58</sup>. En efecto, la prueba permite la averiguación de la verdad al dotar de evidencia empírica los enunciados de hechos que motivan la controversia, a la vez que el proceso, otorga las condiciones que determinan cómo dicha prueba será puesta a disposición del juez.

Histórica es aquella formulación de la distinción decimonónica entre verdad material y verdad formal que hasta el día de hoy se enseña en las cátedras de derecho procesal de nuestro país. La misma habría encontrado asidero en la constatación de que muchas veces los hechos probados en el marco de un proceso judicial no coincidían con los hechos acaecidos en la realidad, de manera que la distinción venía a responder esta incongruencia<sup>59</sup>. Así, se sostuvo durante mucho tiempo que la verdad material era inalcanzable precisamente porque dependía de su exacta correspondencia con el mundo material. Por otro lado, se asumía que a través del proceso judicial, debido a sus múltiples limitaciones (plazos, medios probatorios, sistema de valoración, etcétera.), la única verdad a la que podría arribarse era la denominada verdad formal, una “verdad no tan verdad” resultado de la actividad probatoria en el contexto del proceso. Si bien se pregonaba que la misma podía coincidir o no con la verdad material, su verdadera importancia radicaba en que esta verdad formal gozaría de autoridad jurídica –de reconocimiento institucional– una vez que la sentencia que la producía hubiere adquirido autoridad de cosa juzgada.

---

<sup>58</sup> Michel Taruffo. *Simplemente la verdad* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 160.

<sup>59</sup> Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2002), 61-64.

Esta dicotomía de verdades se veía reforzada debido a los diferentes fines que se le asignaba a los procesos civiles y penales<sup>60</sup>. Los primeros parecían erigirse como mecanismos de solución de conflictos entre particulares, por lo que la verdad como fin último no era especialmente relevante, siendo suficiente tan solo la búsqueda de una verdad formal. Al contrario, al proceso penal se atribuyó la búsqueda de la verdad material como eje principal, ello por cuanto el derecho penal representa un interés público y su aplicación implica el despliegue del *ius puniendi* estatal. Sin embargo, la doctrina actual se ha orientado a superar esta distinción<sup>61</sup>.

Hoy en día, tanto para la doctrina como la jurisprudencia, el proceso judicial aun es concebido como una herramienta a través de la cual se resuelven controversias de relevancia jurídica, de manera que siempre que se pueda eliminar un conflicto de intereses el proceso estará cumpliendo su función<sup>62</sup>. En este sentido, la prueba operaría como el conjunto de operaciones necesario para formar el convencimiento del juez en orden de resolver la controversia en uno de los sentidos posibles ofrecidos por las partes. Sin embargo, la función del proceso no debe acotarse a su aptitud para resolver conflictos jurídicos, sino que el mismo debe tener como objetivo la satisfacción de exigencias de contenido y calidad de la decisión jurídica, es decir, debe orientarse a la búsqueda de una decisión justa por parte del juez y, sobre todo, debe considerarse al proceso como una herramienta para la averiguación de la verdad<sup>63</sup>.

El problema que subyace a esta pretensión es que la prueba solo puede ser valorada en un contexto institucional<sup>64</sup>, es decir, la averiguación de la verdad “se desarrolla a través de un más o menos estricto sistema de reglas y cauces institucionales que muchas veces limitan y otras claramente impiden la consecución de ese objetivo”<sup>65</sup>, por lo que su función epistémica desde el inicio se encontrará en cierta forma limitada. A lo anterior se le suma una cuestión insuperable, y es que es imposible manejar los hechos desde su realidad material; los mismos solo pueden participar en el proceso a través de enunciados descriptivos, como hipótesis de hechos que se deben probar, puesto que lo que se pretende en el contexto del proceso judicial es establecer la verdad de estas descripciones, su correspondencia con la realidad<sup>66</sup>. Las consideraciones anteriores, sin embargo, no son óbice para atribuirle una función epistémica al

---

<sup>60</sup> Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, 62.

<sup>61</sup> Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, 70.

<sup>62</sup> Michel Taruffo. *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2005), 37-38.

<sup>63</sup> Michel Taruffo. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. (México: Tribunal Electoral del Poder judicial de la Federación, 2013), 13.

<sup>64</sup> Jesús Ezurmendia. «Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia», *Revista Chilena de Derecho* 47, N° 1 (2020): 103.

<sup>65</sup> Marina Gascón. «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, (2005): 128.

<sup>66</sup> Michel Taruffo. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, 20.

proceso, pues su objetivo consiste, precisamente, en descubrir la verdad de estas narraciones sobre los hechos que motivan la controversia. Como menciona TARUFFO, ninguna decisión judicial podría considerarse justa si se fundamenta en una reconstrucción falsa de los hechos, aun cuando la interpretación y aplicación de la norma jurídica en el caso concreto sean correctas e impecables *in abstracto*<sup>67</sup>.

En esta línea, para este trabajo tomaré las asunciones de la concepción racionalista de la prueba que FERRER ha resumido de forma sucinta y clara<sup>68</sup>. Habiéndosele reconocido al proceso una función epistémica, inevitablemente es necesario referirse al concepto de verdad. El proceso, entendido como una actividad regulada, no puede perseguir buscar verdades absolutas, por ello es que el foco debe moverse a la verdad procesal, que es siempre relativa.

El objetivo del proceso es ofrecer una instancia en la que sea posible establecer una relación entre los hechos y la prueba aportada por las partes. Se trata de establecer la posibilidad de que un enunciado sea verdadero o falso, es decir, declarar si un hecho determinado ocurrió o no, lo cual depende de la cantidad y calidad de la prueba<sup>69</sup>. Así las cosas, es indispensable mirar al proceso no solo como un medio de resolución de controversias, sino como una actividad cuya finalidad es resolver controversias adoptando soluciones justas. Pero ¿qué es una decisión justa? Evidentemente una decisión justa presupone que la misma pase el test de legalidad, en el sentido de que la misma no puede ser contraria a derecho; pero además la solución debe ser veraz, reconstruyendo procesalmente los hechos para alcanzar su realidad empírica o histórica<sup>70</sup>.

Así, la prueba cumple con su función epistémica cuando sirve como medio o instrumento a través del cual el juez puede descubrir la verdad de los hechos de la causa o, mejor dicho, atribuir un determinado grado de confirmación o de probabilidad acerca de que un hecho es verdadero<sup>71</sup>.

Con todo, pese a reconocer que la verdad es el fin y objetivo último del proceso, este no es el único de sus objetivos. Muchos otros fines pueden convivir con este, los cuáles pueden operar como límites a la función epistémica del proceso judicial<sup>72</sup>, entre ellos se encuentra el respecto a los derechos

---

<sup>67</sup> Michel Taruffo. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, 84.

<sup>68</sup> Jordi Ferrer. «Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea» en *Filosofía del Derecho Privado*, eds. Diego Papayannis y Esteban Pereira (Madrid: Marcial Pons, 2018), 402-403.

<sup>69</sup> Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, 70.

<sup>70</sup> Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, 98.

<sup>71</sup> Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 27.

<sup>72</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 31.

fundamentales, la superación de la discriminación hacia la mujer, la celeridad en la toma de decisiones, la economía procesal, entre otros.

Para el caso del proceso penal, por ejemplo, el cambio de sistema de un proceso principalmente inquisitivo a uno acusatorio implicó una disminución de las facultades del juez en el contexto de la averiguación de la verdad. Sin embargo, hoy prácticamente nadie se atrevería a decir que un proceso inquisitivo es la mejor opción, y esto se debe a que en un país respetuoso de las garantías fundamentales existen una serie de exigencias y presupuestos ineludibles que deben ser respetados por los Estados de derecho –piénsese en valores como el respeto a la dignidad humana, la presunción de inocencia, o los derechos del imputado. Sin embargo, estas garantías procesales no necesariamente deben ser vistas simplemente como límites a la averiguación de la verdad o como una renuncia a esta pretensión, sino como un presupuesto básico del sistema que permite alcanzar el conocimiento de la verdad<sup>73</sup>.

Para el caso de los procedimientos de familia, por su parte, si bien se encuentran dentro del ámbito del derecho privado, los intereses que están en juego, al no ser únicamente patrimoniales, como ocurre en los procesos civiles, también generan una serie de fines conexos que conviven al lado de la averiguación de la verdad como fin último, y ello en ningún caso implica la renuncia a la verdad como eje transversal de los procesos, ni disminuye el nivel de exigencia que se le reclama a los tribunales a la hora de alcanzar soluciones justas en el sentido precedentemente descrito.

De lo anterior se colige que la verdad debe ser el faro que oriente las decisiones judiciales. El juez como detentador del poder estatal democrático está investido de una responsabilidad que consiste en tomar decisiones para resolver conflictos y tales decisiones solo serán justas en la medida que se correspondan a la verdad. No hay que ser ilusos, no se trata de pensar en un juez infatigable que no descansa hasta encontrar la verdad –lo cual es imposible si lo que se pretende es ser una sociedad respetuosa de los derechos humanos– pero es innegable que los jueces deben hacer lo posible por adecuarse a las exigencias de la verdad, respetando siempre los principios fundantes de un Estado de Derecho, y es por ello que los procesos de deliberación en los que participan deben ser hechos de la manera más conforme con esta pretensión.

---

<sup>73</sup> Alberto Bovino. «De la verdadera no hay derecho. Ingeniería de la verdad. Procedimiento Penal Comparado». Acceso el 29 de diciembre de 2020, <http://nohuboderecho2.blogspot.com/2008/12/ingeniera-de-la-verdad.html>

## 2. Momentos de la actividad probatoria

Atendiendo a la idea de que la verdad es el principio rector que debe orientar el actuar judicial, la figura del juez se erige como el elemento central, puesto que la prueba solo alcanza su función epistémica cuando logra ser aportada y evaluada en el contexto del proceso por el sentenciador. Para ello, la prueba debe someterse a los tres momentos de la actividad probatoria<sup>74</sup>. Estos son: (i) conformación de los elementos de juicio; (ii) valoración judicial de dichos elementos; y (iii) adopción de una decisión. Este trabajo pondrá énfasis en los momentos de valoración y decisión judicial.

### A. Primer momento: Etapa de conformación de los elementos de juicio

La etapa de conformación consiste en aquel momento del proceso en donde se deben aportar las pruebas que constituirán el conjunto de elementos de juicio que se tendrá en consideración para dar por probados los enunciados sobre hechos que se alegan por las partes<sup>75</sup>.

Desde una perspectiva epistémica, la regla general que subyace a este momento es que deben incluirse todos los elementos que tengan aptitud para conocer la verdad sobre los hechos, regla que se conoce como principio de inclusión probatoria. Si, como se ha dicho, el objetivo del proceso es el conocimiento de la verdad, entonces una mayor cantidad de elementos probatorios es sin duda la mejor manera de cumplir con este objetivo, ello en concordancia con el principio de libertad probatoria que implica eliminar limitaciones legales innecesarias en orden de dotar al juzgador de todos los elementos disponibles en el proceso, maximizando las posibilidades de arribar a decisiones justas y que se acerquen lo más posible a la verdad de los hechos que motivan la contienda entre las partes<sup>76</sup>. Lo anterior se refleja en el artículo 28 de la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia (en adelante “LTF”), el cual dispone que “[t]odos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley”.

De la misma manera, en materia penal, una regla de redacción similar se puede apreciar en el artículo 295 del Código Procesal Penal (en adelante, “CPP”): “Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por

---

<sup>74</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 41.

<sup>75</sup> Michel Taruffo. *La prueba*, (Madrid: Marcial Pons, 2008), 37-38.

<sup>76</sup> Ezurmendia. «Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia», 103.



cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”. Ambos preceptos tienen el mismo enfoque, esto es, permitir que en el proceso las decisiones judiciales sean tomadas en base a la mayor cantidad de prueba posible, siendo un mandato de función epistémica.

Esta etapa de conformación implica tanto la aportación como la exclusión de la prueba. Los criterios de exclusión pueden estar justificados en relación a la persecución de otros fines conexos a la averiguación de la verdad, así como por otro tipo de barreras como los plazos y la celeridad. Es por ello que la libertad de prueba, pese a ser la regla general, se ve morigerada por ciertos filtros de naturaleza contra epistémica.

El primero de ellos es el filtro de la relevancia. Solo se debe admitir la incorporación de prueba que resulte útil para determinar la veracidad del hecho; y aquello que resulte inútil para este fin debe ser excluido<sup>77-78</sup>, lo mismo puede desprenderse *a contrario sensu* de la redacción de los artículos 28 de la LTF y 295 del CPP citados precedentemente. De esta manera, la prueba rendida debe satisfacer una exigencia relacional respecto de las alegaciones hechas por las partes y de aquello que el tribunal ha catalogado como hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos<sup>79</sup>.

El segundo filtro de la etapa de exclusión es la admisibilidad<sup>80</sup>. Para garantizar que el resto de los fines que el derecho protege no se vean vulnerados es que los sistemas de derecho procesal contienen reglas que pueden ser contra epistémicas. Este tipo de reglas pueden ser definidas como aquellas instituciones que cumplen una función fundacional en los sistemas procesales pese a que su objetivo no consiste en la averiguación de la verdad, debido a que su carácter contra epistémico deviene de la

---

<sup>77</sup> Varios autores han reconocido la pertinencia como sinónimo de relevancia en un sentido epistémico. Véase: Alex Carocca. «Etapas intermedia o de preparación del juicio oral en el nuevo proceso penal chileno» en Carocca et al. *Nuevo Proceso Penal*. (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 2000), 202: “[...] *Las anteriores exigencias, llevan a que se ordene al Juez de Garantías excluir todos aquellos medios de prueba ofrecidos por los intervinientes, que sean –manifiestamente impertinentes, es decir, que se dirijan a acreditar hechos o circunstancias que no tienen importancia para la resolución final del juicio*”. Y también Jorge Correa. *La Prueba en el proceso penal*. (Santiago: Editorial Punto Lex, Thomson Reuters, 2009), 31: “[...] *la función del Juez de Garantía en la materia, como una depuración de la prueba ofrecida y, para tales fines, debe: b) Excluir todos los medios de prueba ofrecidos por los intervinientes que sean manifiestamente impertinentes, es decir, que apunten a acreditar hechos que no tienen importancia para la resolución del juicio. El Código habla de –manifiestamente– impertinentes, por lo que su falta de importancia para la decisión final no es evidente y clara, sino que, dudosa, se debe permitir que se rinda y será el Tribunal del Juicio Oral el que sufra las consecuencias de una errada decisión*”. Ambos citados por Pablo Durán. «El concepto de pertinencia en el Derecho Probatorio en Chile» (Tesis de Magister, Universidad Austral de Chile, 2016), 23 y ss.

<sup>78</sup> En cuanto a la relevancia de la prueba en materia de familia, esta también se equipara a la pertinencia, en los mismos términos expresados en la nota anterior. Ello se deduce de la lectura del artículo 28 de la Ley 19.968 al señalar sobre la libertad de prueba “*Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley*”. También, el artículo 31 de la Ley 19.968, referente a la exclusión de la prueba señala que el juez de familia, al finalizar la audiencia preparatoria, “*ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes [...]*”.

<sup>79</sup> Rodrigo Coloma. *Conceptos y razonamientos probatorios*. (Revista de Derecho. Vol. 30. N°2, diciembre 2017), 37.

<sup>80</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 41 y ss.

circunstancia de proteger los otros valores que orientan el proceso judicial. El carácter fundacional de las reglas contra epistémicas, por su parte, implica que este tipo de instituciones delimitan el contenido de los rasgos distintivos que componen un determinado sistema procesal<sup>81</sup>.

Un ejemplo concreto sobre el particular es la norma del artículo 31 de la LTF que señala que “[e]l juez de familia [...] ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas [pruebas] que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva”<sup>82</sup>. Asimismo, el artículo 276 del CPP, en un sentido incluso más amplio agrega a la lista que se eliminarán las pruebas documentales y testimoniales que tengan únicamente efectos dilatorios y aquellas declaradas nulas (las cuáles pueden subsumirse en el criterio de pertinencia, en todo caso).

Así, se reconocen como criterios de exclusión por admisibilidad en estos sistemas, la pertinencia, la notoriedad de los hechos, la sobreabundancia y la prueba obtenida con infracción a las garantías fundamentales. En palabras de COLOMA, “[e]l razonamiento preferente para evaluar la admisibilidad es dogmático, pues de lo que se trata es de depurar disposiciones legisladas. Acorde a ello, el juicio de admisibilidad es fallido si en el caso concreto hizo posible la producción de prueba contraria a las reglas, y a la inversa, si restringió el ingreso de prueba que no debió excluirse desde la perspectiva de las disposiciones legales interpretadas”<sup>83</sup>.

## **B. Segundo momento: la valoración de la prueba**

Una vez que se ha conformado el conjunto de elementos de juicio disponibles, estos deberán valorarse. Como este trabajo se centra en lo concerniente a las pruebas declarativas en procedimientos penales y de familia, descartaré del análisis la valoración en sistemas de prueba legal o tasada<sup>84</sup>. La etapa de valoración permite al juez hacer una evaluación racional del apoyo empírico con el que cuenta cada una de las proposiciones de hecho, de manera que se logre establecer las probabilidades de que un hecho “p” haya ocurrido, es decir, se les habrá otorgado un cierto grado de confirmación a los enunciados

---

<sup>81</sup> Jesús Ezurmendia. *Definitividad y Cosa Juzgada como reglas contra-epistémicas en el proceso civil* (no publicado), 12.

<sup>82</sup> Esta norma debe ser concordada con lo dispuesto por el art. 61 N°8 de la LTF “*En la audiencia preparatoria se procederá a [...] 8) Determinar las pruebas que deberán rendirse al tenor de la propuesta de las partes y disponer la práctica de las otras que estime necesarias*”.

<sup>83</sup> Coloma. «Conceptos y razonamientos probatorios», 41.

<sup>84</sup> Además, se tiene en consideración que este sistema de valoración está en declive y que, una vez que la reforma procesal civil vea la luz, el mismo quedará obsoleto en nuestro sistema.

emitidos por las partes. En los sistemas de valoración libre de la prueba, no existiendo reglas jurídicas que limiten la valoración, la misma debe hacerse de manera amplia, igual a como se haría en cualquier otro ámbito del conocimiento<sup>85</sup>.

Con todo, sin importar lo amplio que logre ser un conjunto de elementos de juicio, este nunca podrá ofrecer certezas racionales sobre la verdad de una proposición de hecho. Así, inevitablemente las conclusiones a las que es posible arribar a la hora de valorar la prueba son de carácter probabilístico. En este sentido, se deben tener presentes la probabilidad lógica y los patrones de razonamiento inferencial. Siguiendo en este tema a GASCÓN, valorar va a consistir en determinar si puede darse por probado un hecho controvertido o no. Consiste entonces, en evaluar el grado de certeza o probabilidad de la hipótesis que se pretende confirmar a la luz de las pruebas y antecedentes de que se dispongan en el proceso y decidir si las mismas son suficientes para poder aceptar la hipótesis como verdadera. Es por ello que el mayor desafío que enfrenta la valoración racional de la prueba es la medición de la probabilidad, y por este motivo los modelos de valoración han de proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis, o su aceptabilidad<sup>86</sup>.

La valoración de la prueba depende del sistema de valoración establecido para un determinado proceso. En Chile no hay duda de que en la actualidad, el sistema imperante es el de la sana crítica, y no porque la normativa así lo establezca –el procedimiento ordinario civil sigue siendo el régimen supletorio de los procedimientos especiales, el cual valora la prueba en conformidad con las reglas de la prueba legal o tasada– sino por la cantidad de procedimientos en los que el legislador le ha conferido al juez la facultad de apreciar la prueba conforme con las reglas de la sana crítica<sup>87</sup>. La LTF en su artículo 32 así lo consagra: “Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”. Mientras que, para el caso de los procedimientos penales, el artículo 297 del CPP señala en el mismo sentido que “[l]os tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

---

<sup>85</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 45.

<sup>86</sup> Gascón. «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», 129.

<sup>87</sup> A modo de ejemplo, pueden citarse las siguientes materias donde la sana crítica se aplica: materias que conocen los tribunales de familia (art. 32 de la Ley 19.968); proceso penal (art. 297 del CPP); procedimientos laborales (art. 456 del Código del Trabajo); medio ambiente (art. 35 de la Ley 20.600); procedimientos ante los juzgados de policía local (art. 14 de la Ley 18.287); protección de los derechos de los consumidores (art. 51 de la Ley 19.469); copropiedad inmobiliaria (art. 33 de la Ley 19.537); libre competencia (arts. 22 y 30 del Decreto Ley N°211); recurso de protección (Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación de dicho recurso, N° 5); entre otros.

La sana crítica se configura como un sistema de valoración libre con límites establecidos. No solo opera para los procedimientos penales y de familia, también lo hace respecto de todos los modernos procedimientos especiales<sup>88</sup>. Como ha señalado CARBONELL, se trata de un sistema limitado objetivamente, donde se ha erigido la figura de un “juez argumentativo” que tiene como tarea principal la justificación de la premisa normativa y no tan solo la operación de subsunción<sup>89</sup>. Estos límites objetivos que delimitan el sistema se dividen en tres categorías o criterios: los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El respeto de las reglas de la lógica puede suponer variadas cosas, no existiendo una conceptualización uniforme al respecto. Así, mientras que algunos los han asimilado a los principios de la lógica aristotélica (principio de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), otros los han percibido como razones de autoridad cuyo único fin es el cierre del debate. También se ha indicado que los mismos buscan dar solución a problemas lingüístico-interpretativos, así como el planteamiento de la utilidad que representaría su utilización para el control de las inferencias que conforman el razonamiento judicial<sup>90</sup>.

Sin embargo, en este trabajo es particularmente relevante poner el énfasis en las máximas de la experiencia y para ello, tomaré como referencia los trabajos realizados por GONZÁLEZ LAGIER<sup>91</sup> en el entendido de que, tanto en los procedimientos penales como los de familia, los intereses en juego adquieren una relevancia superior que en procedimientos civiles donde el interés es únicamente patrimonial.

Cuando un juez valora la prueba, lo que hace es ponerse en una situación de toma de decisiones, pues lo que se decide es el valor que se le otorga a cada medio de forma particular en orden de acreditar cada uno de los enunciados de hecho que han emitido las partes en el contexto del proceso. Para ello, el juez realiza un enlace entre los hechos que se quieren probar y las pruebas o indicios disponibles en el proceso.

---

<sup>88</sup> Otros ejemplos se encuentran en el Código del Trabajo, artículo 456 “*El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, Técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime*”; y en el Auto Acordado de la E. Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección, inciso 2° del número 5°: “*La Corte apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica los antecedentes que se acompañen al recurso y los demás que se agreguen durante su tramitación*”.

<sup>89</sup> Flavia Carbonell. «Sana crítica y razonamiento judicial» en *La Sana crítica bajo sospecha*, eds. Johann Benfeld y Jorge Larrocau (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018), 38.

<sup>90</sup> Carbonell. «Sana crítica y razonamiento judicial», 43.

<sup>91</sup> Daniel González Lagier. «Hechos y conceptos». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 15 (2007). <https://www.uv.es/~afd/CEFD/15/lagier.pdf>

Estos enlaces pueden ser de distinto tipo. Hay veces donde el enlace corresponderá a una inferencia probatoria epistémica, y otras veces a una inferencia probatoria normativa. Las primeras suponen el ejercicio lógico inferencial por el cual un sujeto llamado a decidir construye una regla en función de la observación reiterada de un fenómeno. A este tipo de inferencia probatoria se le ha denominado “máxima de la experiencia”, la cual consiste en una generalización a partir de experiencias previas a través de la cual se asocian hechos o situaciones del tipo del que se quiere probar con hechos del tipo de los constituyen las pruebas o indicios<sup>92</sup>. Señala GONZÁLEZ LAGIER que:

“Estas máximas de experiencia, por tanto, tienen como fundamento la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos y su finalidad es tratar de aproximarse en la mayor medida posible –dadas las circunstancias de la prueba– a la verdad acerca de los hechos que se infieren. Su fuerza viene determinada por la solidez del argumento inductivo en el que descansan”<sup>93</sup>.

Para el caso de las inferencias probatorias normativas, estas suponen una regla dirigida al juez que le obliga a aceptar como probado un hecho, toda vez que se den ciertos hechos previos. En este sentido, una inferencia probatoria normativa puede tener como fundamento la observación regular de un hecho, en cuyo caso se parecería a las máximas de la experiencia; o bien, pueden tener su base en algún valor o principio que se considera jurídicamente relevante. Así, en el primer caso, su fuerza emana de su valor epistémico, mientras que, en el segundo caso, la fuerza está determinada por el carácter normativo del derecho<sup>94</sup>.

No obstante, las inferencias probatorias no solo operan como límite negativo en la valoración de la prueba, ellas juegan un papel doble, pues permiten construir el relato de las partes sobre los enunciados de hecho cuando cumplen con determinados requisitos como son: estar bien fundamentadas, en el sentido de que deben ser la conclusión de un argumento inductivo bien constituido; y que, si las mismas constituyen una regularidad probabilística, esta probabilidad sea bastante elevada<sup>95</sup>, permitiéndole al juez construir el razonamiento necesario para arribar a una conclusión.

---

<sup>92</sup> González Lagier. «Hechos y Conceptos», 1.

<sup>93</sup> González Lagier. «Hechos y Conceptos», 1.

<sup>94</sup> González Lagier. «Hechos y Conceptos», 1-2.

<sup>95</sup> Daniel González Lagier. «Presunción de inocencia, verdad y objetividad» en *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho, debates sobre abducción*. Coords. Juan García y Pablo Bonorino. (Madrid, Editorial Comares, 2014), 87-88. Citado en Jesús Ezurmendia. «Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia», 107.

Es la creación de inferencias epistémicas por parte del juez el momento clave de la valoración de las pruebas. Como puede apreciarse, la exigencia que se hace en su utilización es que, desde un punto de vista lógico, las mismas se encuentren bien construidas, o sea, que la relación entre los casos observados y la regla que se produce en base a ellos debe tener un proceso racional inferencial de fondo. Sin embargo, como se mencionó en el primer capítulo de este trabajo, la racionalidad a la hora de tomar decisiones se encuentra, por regla general, restringida. Por ello, es usual que los razonamientos judiciales sean fácilmente permeables y se contaminen con prejuicios, estereotipos y sesgos, los cuales generan conclusiones que tienen una “apariencia racional” y que se justifican como máximas de la experiencia, pero que en realidad solo son razonamientos defectuosos basados en generalizaciones y heurísticos.

Lo anterior es concordante con lo señalado por TWINING, quien ha puesto de relieve el concepto de “*stock of knowledge*” o “stock de conocimiento” y ha identificado que es en este sustrato de información de los sujetos donde residen los peligros de basar inferencias probatorias en información anecdótica, mitos y prejuicios<sup>96</sup>. Este acervo prefijado de los sujetos puede contaminar su decisión sobre el caso, afectando la imparcialidad y construyendo razonamientos erróneos, ocasionando comúnmente la vulneración de ciertos grupos.

En último lugar, se encuentra el conocimiento científicamente afianzado. No me detendré demasiado sobre este respecto. Baste decir que es aquel que se obtiene mediante comprobación empírica de una hipótesis que afirma una regularidad o una relación causal de eventos. Opera como regla de distribución de trabajo, en el sentido que relevan al juez de su responsabilidad de producir conocimiento de calidad y fiable, trasladándolo a las comunidades científicas<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> William Twining. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 338 “A ‘stock of knowledge’ does not consist of individual, empirically tested, and readily articulated propositions; rather, both individually and collectively, we have ill defined agglomerations of beliefs that typically consist of a complex soup of more or less well-grounded information, sophisticated models, anecdotal memories, impressions, stories, myths, proverbs, wishes, stereotypes, speculations, and prejudices. Fact and value are not sharply differentiated. Nor are fact, fantasy and fiction. Nor can one take for granted either consistency or coherence within an individual’s or a society’s ‘stock of knowledge’.

*The content of a ‘stock of knowledge’ does not consist solely or mainly of readymade generalizations, still less of empirical laws. Beliefs may be embedded in stories, examples, and experiences that are particular and may not have been articulated in general terms. There is often considerable indeterminacy about what moral or general lesson or other generalization(s) may or will be extrapolated from such material.*

*A high degree of consensus about the contents of the social ‘stock of knowledge’ or beliefs cannot be taken for granted, especially in a plural or a stratified society. Moreover, so much of ‘common sense’ that is indeed common in a given society is relative to time, place, and subject matter. Beliefs vary and beliefs change. We may treat ideas such as ‘story’ and ‘stock of beliefs’ as cultural near universals, while recognizing their fluidity over time and space. Even within subgroups, this gives plenty of scope for diversity and hence ‘relativism’, at least in a weak sense”.*

<sup>97</sup> Carbonell. «Sana Crítica y razonamiento judicial», 42.

¿Pero por qué es importante la valoración de la prueba declarativa? Para responder a esta pregunta es necesario volver un poco más atrás. Cada vez se toma una decisión judicial, lo que se busca es derrotar un estándar de prueba. El estándar de prueba es relevante pues se encarga de objetivizar la labor de la valoración judicial<sup>98</sup>. Sin embargo, derrotar un estándar de prueba no es lo único que necesita hacer el juez al emitir un pronunciamiento judicial que pretenda ser justo. Por una parte, el sentenciador necesita demostrar que se ha alcanzado el grado de prueba que demanda el estándar, pero también necesita esgrimir argumentos que expliquen por qué se ha confirmado una determinada hipótesis fáctica<sup>99</sup>. Estos argumentos deben ser objetivos, permitiendo un control racional de la decisión judicial. Es precisamente este elemento el que diferencia un sistema de sana crítica de un sistema de íntima convicción.

Muchas veces se presenta el problema de que el estándar de prueba se convierte en una formulación que no aporta nada en la valoración de la prueba y la decisión judicial. Ejemplo de ello es el estándar que se utiliza en los procedimientos penales “más allá de toda duda razonable”. En realidad, no existe consenso sobre lo que pueda significar en concreto esta locución, de manera que la convicción del juez depende finalmente de la labor interpretativa que realiza de conceptos indeterminados y de su propia inclinación hacia lo que debería sobrepasar el estándar probatorio<sup>100</sup>.

Sin embargo, este tema no es el objetivo central de este trabajo, pues aun en el escenario en donde el estándar probatorio operara como un verdadero orientador de objetividad en las decisiones judiciales, aparece un problema que se aloja en el paso anterior a la decisión judicial: me refiero a los vicios que pueden afectar la valoración judicial de la prueba. Se trata de identificar los problemas que se presentan a la hora de reconocer los requisitos que se exigen a cada uno de los medios de prueba, contaminando los procesos racionales que se suscitan en este momento probatorio y afectando, en consecuencia, la posterior fase de decisión judicial<sup>101</sup>.

Si bien la sana crítica se contrapone a la prueba legal o tasada, ello no es –ni puede ser– un pase libre para que el juez tome decisiones en base a sentimientos o intuiciones. Al final, el enfoque se ha puesto en la prueba declarativa porque en la práctica, su valoración implica tomar en consideración una serie de elementos además de la declaración misma, y muchas veces los jueces, en este proceso evaluativo utilizan falsas máximas de la experiencia que están fundadas, ya sea en estereotipos sobre la

---

<sup>98</sup> Mercedes Fernández. «La valoración Judicial de las Pruebas Declarativas», *Jueces para la Democracia*, N° 64, (2009): 2.

<sup>99</sup> Fernández. «La valoración Judicial de las Pruebas Declarativas», 3-4.

<sup>100</sup> Fernández. «La valoración Judicial de las Pruebas Declarativas», 4-5.

<sup>101</sup> Fernández. «La valoración Judicial de las Pruebas Declarativas», 4-5.

persona del declarante, o sobre estereotipos y prejuicios que existen en el propio acervo cultural de los jueces y que luego son subsumidos en los estereotipos contenidos en las declaraciones mismas. Más adelante, se verá cómo esta circunstancia tiene connotaciones incluso más problemáticas cuando se trata de prueba declarativa oral, debido a la intermediación que existe entre los juzgadores y los agentes productores de las declaraciones.

### **C. Tercer momento: la decisión sobre los hechos probados**

Finalmente, el último momento de la actividad probatoria corresponde a la toma de una decisión. La actividad probatoria culmina con la declaración de si con determinado grado de confirmación un enunciado de hecho puede darse por probado o no<sup>102</sup>. La valoración de la prueba habrá otorgado a cada hipótesis en conflicto un cierto grado de confirmación, el cual nunca será igual a certeza absoluta. Por ello, el juez en esta etapa debe decidir si una determinada hipótesis “p” puede o no declararse como probada<sup>103</sup>.

Este momento tiene íntima relación con la existencia del estándar de prueba que rige cada uno de los procedimientos. La valoración de la prueba realizada en el momento probatorio anterior no implica nada sobre la decisión que tomará el juez hasta que no medie un estándar de prueba. Por ejemplo, un estándar de prueba muy elevado, como el que existe en el derecho penal, esto es, “más allá de toda duda razonable” provocará que la decisión sobre una hipótesis específica (en este caso, la culpabilidad del imputado) necesite de más y mejores elementos de juicio disponibles que apoyen dicha hipótesis y no basta solo que la prueba de cargo cuente con un apoyo empírico superior que la de la defensa<sup>104</sup>.

Los estándares de prueba fijan el umbral a partir del cual se puede dar por probada una hipótesis. A través de su aplicación se busca obtener una actitud proposicional de aceptación en el juez, logrando la equivalencia semántica entre el enunciado “está probado que p” y “hay elementos de juicio suficientes a favor de p”<sup>105</sup>.

Para cada proceso el estándar de prueba será diferente. Ello es así porque desde un punto de vista epistemológico, la racionalidad exige un grado de probabilidad mínimo para poder declarar que un hecho se tiene por probado. Mientras más elevado sea un estándar de prueba, más racional es la decisión,

---

<sup>102</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 47.

<sup>103</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 47.

<sup>104</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 48.

<sup>105</sup> Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*, 35.



reduciendo la probabilidad de errores y maximizando la probabilidad de aciertos<sup>106</sup>. Sin embargo, construir un estándar probatorio no solo depende de consideraciones racionales, sino también de poderosas razones de política pública ya que los estándares de prueba operan como mecanismos de distribución de errores<sup>107</sup>. Los errores que se producen en el proceso pueden ser a) falsos positivos (casos en donde se absuelve o no se condena a quien es culpable/responsable); y b) falsos negativos (casos en que se condena/se hace responsable a una persona que es inocente desde un punto de vista material).

Así, el estándar de prueba va a distribuir el riesgo de ocurrencia de estos errores de dos maneras: simétrica o asimétricamente. La distribución simétrica opera por defecto y se relaciona con el reconocimiento del principio de igualdad de las partes, sin embargo, hay veces donde el legislador encuentra razones poderosas que justifican la inversión de esta distribución. La decisión de optar por lo uno o lo otro a través de la fijación de un estándar de prueba tiene que ver con si existen bienes jurídicos que permitan alterar la regla de distribución simétrica del riesgo, lo cual se conoce como “el dilema del castigo del inocente”<sup>108</sup>. Los efectos prácticos de esta distribución que busca la reducción del error judicial, es guiar al juez en la toma de decisiones y permitir a la sociedad controlar la decisión del juez, a la vez que funciona como directriz sobre el tipo de actividad probatoria que deben desarrollar las partes para superar el estándar.

En el caso de los procesos penales el estándar de prueba se encuentra claramente enunciado en el artículo 340 del CPP cuya redacción dispone que “[n]adie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”. Sin embargo, no ocurre lo mismo en los procedimientos de familia.

No existe norma alguna en la LTF ni en otro cuerpo legal que lo señale, y tampoco existe un consenso en la jurisprudencia o en la doctrina al respecto. Con todo, trabajos recientes como el de EZURMENDIA, a través de la revisión de la jurisprudencia de los tribunales de familia, han señalado que pese a la multiplicidad de materias que se resuelven en esta jurisdicción, el estándar que se utiliza comúnmente es uno medio y que es el estándar de probabilidad prevaleciente aquel que los tribunales

---

<sup>106</sup> El error en este sentido se produce a la hora de tomar una decisión cuando se dan por probados hechos que no tienen correlativo fáctico, es decir, cuando los mismos no se condicen con lo acaecido en el mundo material.

<sup>107</sup> Gascón. «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», 130 y ss.

<sup>108</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 143 y 144.

creen que debe aplicarse en el derecho de familia<sup>109</sup>, sin embargo, coincido con el autor que es precisamente por esta multiplicidad de materias que los estándares en procedimientos de familia deberían establecerse en atención a las mismas, en virtud de las características y consecuencias de cada uno de esos procesos, es difícil pensar que la prueba necesaria para decidir sobre un proceso de divorcio unilateral pueda equipararse a un proceso de medidas de protección o de violencia intrafamiliar.

### **3. El derecho a la prueba**

Las reglas de epistemología y de racionalidad presentadas anteriormente son el resultado de las exigencias que impone el propio sistema jurídico a través de la configuración del derecho a la prueba. Este se refiere al derecho que tiene un ciudadano de demostrar la verdad de los hechos en que funda una pretensión jurídica. Al respecto, la doctrina ha diferenciado cuatro elementos que componen el derecho a la prueba, los cuales operan de forma interdependiente<sup>110</sup>.

El primero de los elementos corresponde al derecho de utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan su pretensión<sup>111</sup>. Este elemento guarda una estrecha relación con el principio de inclusión probatoria citado precedentemente, el cual ha sido ampliamente acogido en los procedimientos judiciales chilenos al establecer como sistema de valoración la sana crítica.

El segundo elemento es el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso<sup>112</sup>. La prueba no solo debe ser admitida cuando cumple con los requisitos de relevancia (pertinencia) y admisibilidad, sino que la misma debe ser rendida en el marco del proceso judicial, respetando siempre los principios que informan los procedimientos, especialmente el de contradicción, bilateralidad de la audiencia e inmediación, cuando se trata de procedimientos orales.

Ilustrativa sobre ambos elementos es la sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca de fecha 2 de abril de 2015. En dicha oportunidad, a propósito de un recurso de casación en la forma la Corte resolvió que:

---

<sup>109</sup> Ezurmendia. «Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia», 112.

<sup>110</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 54-59.

<sup>111</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 54.

<sup>112</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 55.

“La solicitud de exhibición de documentos planteada por la parte ejecutada se enmarca dentro del derecho que le concede el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil respecto de documentos que se encuentran en poder de la parte ejecutante, y tal diligencia probatoria tiene relación directa con la cuestión debatida en virtud de las excepciones opuestas por dicha parte, no revistiendo los referidos documentos el carácter de secretos o confidenciales según se desprende de la relación que de ellos se realiza en el respectivo escrito.

Entonces, al acoger el sentenciador el recurso de reposición deducido por la parte ejecutante, y negar lugar a la exhibición de los mencionados documentos, se ha dejado a la parte ejecutada en la indefensión, impidiéndole probar sus excepciones en el juicio”<sup>113</sup>.

El tercer elemento se compone del derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas. Este elemento constituye un mandato para que las pruebas sean tenidas en consideración a la hora de adoptar una decisión y, además, supone que la valoración de la prueba se haga de manera racional. Se deben considerar como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que las pruebas admitidas no sean tomadas en consideración al momento de la decisión<sup>114</sup>, asimismo, sería una contravención del derecho a la prueba que la valoración de la misma se vea entorpecida por consideraciones que forman parte del citado “stock de conocimiento” del juez en el sentido de que la valoración tome como baremo la utilización de prejuicios y estereotipos y sesgos que son o puedan ser conscientes y que generan una discriminación de los sujetos.

El último de los elementos que conforma el derecho a la prueba tiene que ver con la obligación de motivar las decisiones judiciales. Es menester poder obtener del juez una decisión que sea “suficiente y expresamente justificada”<sup>115</sup>. En nuestro país esta obligación puede deducirse del artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Carta Fundamental<sup>116</sup>, pero también tiene reconocimiento legal en los artículos 32, 65 y 66 de la LTF y los artículos 1°, 36 y 342 del CPP, así como en la legislación procesal especial. El

---

<sup>113</sup> Sentencia pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 2 de abril de 2015, Rol N°108-2014. ID Vlex: VLEX-577690622 [Énfasis agregado].

<sup>114</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 57.

<sup>115</sup> Ferrer. *La valoración racional de la prueba*, 57.

<sup>116</sup> La disposición constitucional sostiene que “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”.

problema que surge en esta materia es la falta de control de la racionalidad, lo cual se explica por la inexistencia de una teoría que establezca criterios de racionalidad para la valoración libre de la prueba, a lo cual se suma el hecho de que muchas veces los tribunales se enfrentan a la toma de decisiones con una noción de prueba y de hecho probado que no distingue entre que un hecho “p” haya sido probado y que se haya declarado probado por el juez, lo cual, como se vio, depende del estándar de prueba.

Cuando se trata de pruebas declarativas, los elementos en los que debe ponerse mayor interés son el derecho a la valoración racional y a la fundamentación de las sentencias, porque los dos primeros elementos operan como presupuestos anteriores a estos últimos. Uno podría pensar que el reconocimiento del derecho a la prueba como una exigencia de racionalidad aportaría algún tipo de directriz a la actividad judicial, y se traduciría en una mayor conciencia de los jueces sobre su función, así como en el incremento de la calidad de las decisiones judiciales, sin embargo, esto no es así necesariamente.

Que un juez no admita cierta prueba en el proceso, no teniendo motivos legales para ello, es una violación directa del derecho a la prueba, pero todavía cuando la prueba haya sido admitida y el juez se haya pronunciado sobre ella, la valoración no racional de la misma, podría tener efectos incluso más perniciosos que la no admisión. Se debe tener siempre a la vista que las sentencias tienen efectos sociales, en el sentido de que los juristas no operan simplemente el derecho, sino que asumen en esa tarea “un compromiso con las visiones de la sociedad que subyacen a un texto positivo, dogmático o de una sentencia”<sup>117</sup>, en ese sentido, al estar el juez inserto en una sociedad que se orienta al reconocimiento valores como la libertad, la igualdad y la no discriminación arbitraria, la función jurisdiccional que ejerce debe ser respetuosa de estos valores, por lo que poner atención al impacto de estereotipos y prejuicios y buscar maneras de evitarlos es una de las formas de perseguir estos objetivos.

---

<sup>117</sup> Andrés Blanco. «La ideología en el Derecho y una sentencia uruguaya acerca del IVA». *Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica de la Universidad Autónoma de Puebla*, 12, N°23, (2018): 197.

### Capítulo III: La prueba declarativa

El estudio de las pruebas declarativas es sin duda hoy uno de los temas relevantes de la ciencia jurídica. Esto es así, por cuanto la transición hacia procesos orales ha implicado que el juez tenga acceso directo a las declaraciones, sin depender que un agente externo (como la figura del receptor judicial), al mismo tiempo que la valoración de este tipo de prueba ya no se encuentra restringida al peso que le otorgue la ley, sino que depende íntimamente del convencimiento que se forme el órgano judicial. Así, temáticas como la credibilidad del testigo y la psicología del testimonio y de otro tipo de declaraciones han comenzado a ganar interés en la producción jurídica moderna.

En este acápite se pretende hacer una revisión del tratamiento que le da la legislación chilena a la prueba declarativa, en concreto, revisar la regulación respecto de los procesos de familia y penales.

#### 1. Relación entre los principios de oralidad e intermediación

En este trabajo he decidido circunscribir el análisis a la prueba declarativa por ser la más idónea para el objetivo que persigo. Y entenderé por pruebas declarativas aquellos “medios de prueba [que] tienen como denominador común alguna declaración (del imputado, del coimputado, del testigo, etcétera)”<sup>118</sup>. Debe pensarse en este concepto amplio, debido a que, tanto en procesos escritos como orales, es posible la rendición de pruebas declarativas, sin embargo, los caracteres que tomará este tipo de prueba en un escenario u otro son bastante disímiles.

Por una parte, en los procesos escritos, así como en la tramitación de recursos que atacan sentencias judiciales, el conocimiento que tiene el juez de la prueba declarativa es mediato. En estos procesos, no existe contacto directo entre la persona que emite la declaración y el sentenciador, sino que el acceso a las declaraciones se realiza a través de la transcripción de sus dichos, de manera que la prueba declarativa se relacionará íntimamente no solo con el principio de la mediación, sino también con el de la escrituración.

Por otro lado, al poner el foco de análisis en procedimientos orales, la prueba declarativa adquiere una relevancia mayor, ya que lo que se persigue es que las declaraciones sean hechas delante del juez, produciéndose un escenario donde el emisor y el receptor de la actividad comunicativa comparten el mismo espacio físico, por lo que este acto comunicativo estará permeado no solo de lo que

---

<sup>118</sup> Juan Igartua Salaverría. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. (Lima: Palestra Editores, 2009), 54.

el declarante diga, sino de cómo se mueva, el volumen y el tono que utilice, su vestimenta, si titubea, o si suda, circunstancias de que una u otra manera impactarán, con mayor o menor grado, la actitud del juez sobre este tipo de prueba.

Como señala IGARTUA, cuando se trata de las pruebas en comento, es de aceptación universal que la valoración de las mismas presente dos fases, la acreditación (o desacreditación) del declarante y la acreditación (o desacreditación) de la declaración. Sin embargo, en la valoración “se acostumbra a contar más lo primero que lo segundo, dándose primacía a la sinceridad de fuente de prueba (a la correspondencia entre lo que piensa y dice el declarante) sobre la veracidad (la adecuación entre lo que se dice y la realidad)”<sup>119</sup>. Y respecto de lo segundo, se otorga importancia tanto a lo verbal como a lo no verbal que acompaña a las declaraciones.

En este sentido, la decisión de poner el enfoque en procedimientos penales y de familia, responde precisamente a que estas fases de la valoración de la prueba declarativa y la problemática que le subyace adquiere una dimensión mayor por tratarse de procedimientos orales.

La LTF expresamente en su artículo 10 señala que “todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en dicha ley”, y el artículo 12, por su parte, establece la inmediación como principio fundamental indicando que “[l]as audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez, quedando prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones. El juez formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido y con las que se reciban conforme a lo dispuesto en el numeral 9) del artículo 61”.

Asimismo, la oralidad e inmediación son principios transversales a todo el proceso penal. Los mismos tienen reconocimiento en el CPP, en el artículo 266 respecto de la audiencia de preparación del juicio oral<sup>120</sup>. Todavía más importante es la caracterización que se realiza de los mismos en la regulación que rige la audiencia de juicio oral. En este sentido, el artículo 291 del CPP señala respecto del principio de oralidad –y por extensión del principio de inmediación– que: “la audiencia del juicio se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella”.

---

<sup>119</sup> Igartua. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 122

<sup>120</sup> El Artículo 266 del CPP señala: “Oralidad e inmediación. La audiencia de preparación del juicio oral será dirigida por el juez de garantía, quien la presenciará en su integridad, se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos”.

La oralidad es el método al que se le ha confiado el cuidado de ciertos valores como son la publicidad de los actos procesales y la inmediación como garantías de un proceso penal transparente y con un objetivo público. Podría decirse que la oralidad y la inmediación constituyen una buena garantía para la consecución de estos objetivos ya que se transforman en un presupuesto de la realización del proceso de manera que derechos como el de defensa o los relativos a la rendición de prueba quedan cautelados por la presencia directa del juez, además de hacer la delegación de funciones inconcebible, facilitando que la decisión sobre la controversia esté mejor fundamentada y razonada<sup>121</sup>, pero al mismo tiempo aumenta la probabilidad de que aspectos paraverbales y/o circunstanciales puedan producir más o menos impacto en la forma en que posteriormente el juez valorará la prueba.

## 2. Prueba declarativa oral

La oralidad como principio formativo de los procesos aparece en los sistemas continentales como respuesta a los vicios generados por la sustanciación escrita de los mismos en razón de que muchas veces eran los funcionarios del tribunal los que tomaban las pruebas, por lo que el conocimiento que obtenía el juez de las mismas se verificaba solo a través de intermediarios. Para poder superar esta problemática es que los sistemas fueron evolucionando hasta los procedimientos orales<sup>122</sup>. En Chile, la oralidad informa el proceso penal desde que se instaló el nuevo proceso penal en el año 2000, extendiéndose también hacia los procedimientos de familia desde la entrada en vigencia de la LTF, y a otras jurisdicciones especiales, como la laboral<sup>123</sup>.

El mandato de oralidad se extiende a todas las intervenciones en el proceso, incluyendo la prueba, circunstancia que es conteste con el objetivo que deben perseguir los procedimientos judiciales, esto es, la resolución de controversias a través de decisiones justas, correctas y equitativas<sup>124</sup>. Y si bien estos propósitos pueden o no lograrse, aun así, los mismos deben orientar el funcionamiento de órganos judiciales<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> Riego, Cristián. *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos* (Santiago, Universidad Diego Portales, Cuaderno de Análisis Jurídico, 1994), 40.

<sup>122</sup> Diego Palomo. *Sobre la oralidad en los procesos civiles y penales véase: Y ahora, tras la Experiencia Procesal Penal ¿La Oralidad al Proceso Civil? Algunas Claves y Criterios a Seguir.* (Revista Ius et Praxis. Vol. 10, N°2, 2004). [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122004000200008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000200008)

<sup>123</sup> A modo de ejemplo, los procedimientos laborales (art. 425 del Código del Trabajo); procedimiento penal (arts. 266 y 291 del CPP; y procedimiento de familia (art. 10 de la LTF).

<sup>124</sup> *Supra.* n. 75.

<sup>125</sup> Michel Taruffo. «Orality and Writing as factors of efficiency in civil litigation». Ponencia presentada en el coloquio *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, (Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008). <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>

Es en este paradigma que se encuentran las pruebas orales. En el sistema del *civil law*, son varios los tipos de pruebas que integran esta categoría. Todas ellas tienen en común el hecho de que consisten en “declaraciones orales hechas –en general, aunque no necesariamente, en respuesta a preguntas formuladas en el curso de un interrogatorio *ad hoc*– por una persona que supuestamente sabe algo que puede ser útil para establecer la verdad de los hechos en disputa”<sup>126</sup>. Con todo, las diferencias específicas de cada uno de los medios de prueba que integran esta clasificación dependen de si las declaraciones son efectuadas por los testigos, las partes o los peritos.

Conviene hacer una prevención en este punto. Como se expresó en la sección anterior, la circunstancia de que la prueba declarativa no sea oral, no implica que los errores judiciales respecto de su valoración no ocurran, de hecho, en el siguiente capítulo se verá que una decisión basada en estereotipos o prejuicios puede tener perfectamente como fundamento una prueba declarativa escrita o transcrita<sup>127</sup>. De lo que se trata aquí, es dar cuenta de cuando la prueba declarativa es además oral, se crea una situación mucho más favorable para que estereotipos y prejuicios asociados a la persona que declara, acaben viciando y morigerando la pretensión de racionalidad de la decisión judicial.

A continuación, se revisará las pruebas de las partes y los testigos.

### **A. Declaración del imputado**

La declaración del imputado es la expresión de su derecho a defensa material –el derecho a ser oído– el cual se circunscribe dentro de las garantías que componen el debido proceso<sup>128</sup>. Implica la manifestación de su versión de los hechos frente al tribunal que conoce de la acusación en su contra, y supone la comunicación de un relato que tiene la pretensión de ser creído<sup>129</sup>.

El artículo 93 del CPP en su letra g) establece que la declaración del imputado no puede recibirse bajo juramento<sup>130</sup>. Este es el resultado de que la declaración se conciba como un derecho y como medio

---

<sup>126</sup> Taruffo. *La Prueba*, 62.

<sup>127</sup> *Infra*. Sección IV.3.

<sup>128</sup> Véase, por ejemplo, el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala en el su número 1 que “*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente [...]*”.

<sup>129</sup> Cristián Riego. «La Declaración del imputado en el Juicio Oral». *Biblioteca Virtual del Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, (2015), 3.

<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2378/ladeclaraciondelimputadoeneljuiciooral.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>130</sup> El art. 93 del CPP señala: “*Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial, tendrá derecho a: g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser*



de su defensa. Dependiendo del estado del procedimiento, la misma puede rendirse ante la policía<sup>131</sup>, el fiscal<sup>132</sup>, el juez de garantía, o ante el tribunal de juicio oral en lo penal<sup>133</sup>.

Como se mencionó, de acuerdo con el artículo 98 del CPP, el imputado tiene derecho a declarar en cualquier momento, pues la regla en cuestión está redactada en términos amplios. Sin embargo, cuando se trata de la declaración en el juicio oral, parece haber un problema con la regla del artículo 326, la cual señala en su inciso tercero que la declaración del imputado se realizará al inicio del juicio, una vez finalizados los alegatos de apertura, sin embargo, en el inciso cuarto siguiente, la regla establece que en el imputado en cualquier momento posterior puede solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos<sup>134</sup>.

Para resolver esta aparente antinomia, tomaré la opinión de RIEGO, en tanto sostiene que la regla del artículo 98 es plenamente aplicable a la declaración del imputado en el juicio oral, cuestión que se ve confirmada por lo dispuesto en el artículo 338 inciso final, norma que no es más que una reiteración de la propia regla del artículo 98, por cuanto una vez terminado el alegato de clausura, el tribunal dará la palabra a los intervinientes, y en último lugar al acusado para que manifieste lo que considere relevante,

---

*informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: 'Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra'.*

<sup>131</sup> Art. 91 del CPP: “Declaraciones del imputado ante la policía. La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto”.

<sup>132</sup> Art. 194 del CPP: “Declaración voluntaria del imputado. Si el imputado se allanare a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra”.

<sup>133</sup> Art. 98 del CPP: “Declaración del imputado como medio de defensa. Durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere.

*La declaración judicial del imputado se prestará en audiencia a la cual podrán concurrir los intervinientes en el procedimiento, quienes deberán ser citados al efecto.*

*La declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento. El juez o, en su caso, el presidente del tribunal, se limitará a exhortarlo a que diga la verdad y a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formularen. Regirá, correspondientemente, lo dispuesto en el artículo 326”; y el art. 338 del CPP: “Alegato final y clausura de la audiencia del juicio oral. Concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular, al actor civil y al defensor, para que expongan sus conclusiones [...] Por último, se otorgará al acusado la palabra, para que manifestare lo que estimare conveniente. A continuación se declarará cerrado el debate”.*

<sup>134</sup> Art. 326 del CPP: “Defensa y declaración del acusado. Realizadas las exposiciones previstas en el artículo anterior, se le indicará al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8°.

*Al efecto, se ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien podrá exponer los argumentos en que fundare su defensa.*

*Asimismo, el acusado podrá prestar declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas. Luego, podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden. Finalmente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos.*

*En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos”.*

declarándose luego cerrado el debate. Esta idea es concordante con lo expresado en el CPP en los artículos 7 y 8, los cuales dejan de manifiesto que la declaración del imputado es una concreción de la noción de defensa material<sup>135</sup>.

Otra forma de prestar declaración directa ante el juez es el caso del artículo 93 letra d) a través del cual se reconoce el derecho de “solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá recurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación”.

Con todo, es relevante hacer la salvedad de que declarar en una oportunidad posterior al inicio del juicio podría traer consecuencias desfavorables. Como bien menciona RIEGO, podría verse morigerada la credibilidad del acusado. Si un juez sabe que el acusado ha escuchado y se ha impuesto de la prueba de cargo, y posteriormente ha decidido prestar declaración es posible que se vea menos inclinado a creer en sus dichos que si los mismos hubieren sido enunciados al inicio del juicio<sup>136</sup>. En este escenario la operatividad de un sesgo implícito podría permear la decisión del juez sobre la credibilidad del imputado, al considerar que el rasgo “emitir declaración luego de los alegatos de clausura” se asocia con el grupo “imputados mentirosos”.

Si bien se ha establecido que la declaración del imputado es un medio de defensa, la misma tiene un carácter ambiguo por cuanto, si el acusado decide declarar, su declaración se convierte en un medio de prueba, en el sentido de que se convierte en información que los jueces deberán valorar en la sentencia, siendo plenamente aplicable para tal efecto las normas de libertad de prueba de los artículos 295 y 297 del CPP<sup>137</sup>, atribuyéndole o no credibilidad a la declaración.

## **B. Declaración de parte**

Se señaló anteriormente que la regla general en materia de familia es la libertad probatoria, sin embargo, hay una excepción relevante. Si bien la ley procesal no prohíbe un medio de prueba en particular, para el caso de la declaración de parte se constata la existencia de ciertas limitaciones. La

---

<sup>135</sup> Art. 7 dispone que las garantías del imputado se pueden hacer valer “desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”. A su vez, el art. 8 señala que el imputado puede formular cualquier planteamiento que considere oportuno e intervenir “en todas las actuaciones judiciales”.

<sup>136</sup> Riego. «La Declaración del imputado en el Juicio Oral», 8.

<sup>137</sup> Riego. «La Declaración del imputado en el Juicio Oral», 12.

principal es que la LTF solo permite que una parte declare a instancia de la contraria, no permitiendo la declaración como un medio de prueba autónomo, según lo señalado por los artículos 50 a 53.

El sentido de esta regulación es confuso, pues al ser el sistema de valoración la sana crítica, el juez puede darle valor probatorio a todo lo que la parte declare, ya fuere en su contra o a su favor<sup>138</sup>. Con todo, cabe destacar que la declaración de parte debe cumplir con lo señalado por el artículo 52 de la LTF, es decir, si la contraria ha solicitado la declaración de parte, esta última está obligada a concurrir a la audiencia de juicio y los efectos de su no comparecencia son los mismos apercibimientos que señala el Código de Procedimiento Civil para la absolución de posiciones, es decir, el juez puede dar por reconocidos ciertos hechos<sup>139</sup>.

Además, de la normativa se desprende que es el juez quien tiene preeminencia en la interrogación de la parte, pudiendo rechazar de oficio, incluso, las preguntas que considere impertinentes o inútiles<sup>140</sup>. Esta amplia gama de prerrogativas que tiene el juez, sumada a la imposibilidad de que la parte declare a instancia propia pueden ser un fuerte catalizador de vicios en la valoración de este tipo de prueba.

Notoriamente, para el caso de este medio de prueba en los procedimientos de familia, la circunstancia de que la declaración sea hecha previa solicitud de la contraparte no contribuye a salvaguardar que el juez no incurra en una valoración deficiente basada en estereotipos, prejuicios y sesgos. Ello en el entendido de que quien declara se circunscribirá a las preguntas que se han formulado por su contendor para ser respondida y, pese a la facultad del tribunal para hacer las preguntas que considere pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, el hecho de que no pueda rendir su declaración de manera voluntaria y libre podría de alguna manera influenciar la predisposición del juez sobre su credibilidad como agente productor de testimonio.

---

<sup>138</sup> Para más información sobre este tema ver: Felipe Marín. «La Declaración de la parte como medio de prueba». *Revista Ius et Praxis* 16, N° 1 (2010): 125-170.

<sup>139</sup> Art. 52 de la Ley 19.968: “*Sanción por la incomparecencia. Si la parte, debidamente citada, no comparece a la audiencia de juicio, o compareciendo se negase a declarar o diese respuestas evasivas, el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración. En la citación se apercibirá al interesado acerca de los efectos que producirá su incomparecencia, su negativa a declarar o si diere respuestas evasivas*”.

<sup>140</sup> Art. 53 de la Ley 19.968: “*Facultades del tribunal. Una vez concluida la declaración de las partes, el tribunal podrá dirigir todas aquellas preguntas destinadas a obtener aclaraciones o adiciones a sus dichos.*

*Asimismo, cuando no sea obligatoria la intervención de abogados, las partes, con la autorización del juez, podrán efectuarse recíprocamente preguntas y observaciones que sean pertinentes para la determinación de los hechos relevantes del proceso.*

*El juez podrá rechazar, de oficio, las preguntas que considere impertinentes o inútiles”.*

### C. Los testigos

En palabras de CASARINO, la prueba testimonial se refiere a la prueba de testigos, la cual “[c]onsiste en la declaración que hacen personas extrañas al juicio, las cuales reúnen las condiciones exigidas por la ley, y que deponen en la forma que ella establece acerca de los hechos substanciales y pertinentes controvertidos por las partes”<sup>141</sup>. Este es el concepto clásico de la prueba testimonial, que no distingue entre la figura de quien produce la declaración y la declaración misma <sup>142</sup>. Esta conceptualización de la prueba testimonial es sin duda insuficiente desde que los procesos orales han eliminado los mecanismos de tachas, posicionando el elemento de la credibilidad del testigo como una condición *sine qua non* para que el tribunal otorgue valor probatorio al testimonio en apoyo de una de las hipótesis fácticas del proceso.

Es por lo anterior que utilizaré el concepto de GONZÁLEZ COULON en esta materia, para quien el testimonio, en un ámbito jurídico, puede definirse como “un acto de comunicación en que el hablante traspasa o expresa conocimientos, información o creencias mediante dicho acto”<sup>143</sup>. En este acto de comunicación existe una diferenciación clara entre el agente que expresa la información, es decir, el testigo, y aquello que expresa, esto es, el testimonio<sup>144</sup>.

Me parece fundamental hacer una distinción entre el agente y su producto. El agente “es un sujeto que conoce algo, pudiendo ser un productor de cambios en el mundo si se cuenta con las capacidades para realizar voluntariamente, entender y explicar dichos cambios, resultando entonces un factor clave la voluntariedad”<sup>145</sup>. El producto, por su parte, corresponde a la creencia que el agente es capaz de transmitir a través de la actividad de declaración y que operará como uno de los antecedentes que se valorará con objetivo de tomar una decisión que resuelva la controversia<sup>146</sup>. Esta distinción permite al juez hacer un análisis separado y valorar el producto de la declaración por lo que es, un relato que comunicará antecedentes sobre una afirmación de hecho y sobre el cual se aplicará el posterior test de veracidad.

---

<sup>141</sup> Mario Casarino. *Manual de Derecho Procesal*. Tomo IV (Santiago: Editorial Jurídica, 2012), 73.

<sup>142</sup> María de los Ángeles González. «Repensando el testimonio: La distinción entre agente y producto» *Revista chilena de Derecho*, N°3, (2019): 794.

<sup>143</sup> González. «Repensando el testimonio: La distinción entre agente y producto», 799.

<sup>144</sup> González. «Repensando el testimonio: La distinción entre agente y producto», 799.

<sup>145</sup> González. «Repensando el testimonio: La distinción entre agente y producto», 800.

<sup>146</sup> González. «Repensando el testimonio: La distinción entre agente y producto», 800.

Esta distinción es útil cuando se piensa conceptualizar al testimonio como una herramienta epistémica. Muchas veces, los antecedentes con los que más se cuenta en un proceso son precisamente el conocimiento de ciertas personas sobre ciertos hechos determinantes para la resolución del conflicto. Esto es todavía más importante en los procedimientos de familia y también en los procedimientos penales cuando se trata de delitos cometidos en clandestinidad, como el caso de los delitos contra la libertad sexual y en aquellos casos de violencia de género<sup>147</sup>.

Como menciona PÁEZ, la actitud epistémica más adecuada frente a una declaración es aceptar los testimonios de los demás, a menos que aparezcan razones poderosas para creer lo contrario<sup>148</sup>. ¿Por qué una persona podría no creer en un testimonio? La respuesta puede fundarse en razones psicológicas y razones normativas.

Las razones normativas pueden describirse como dudas o experiencias que el oyente debería tener dada la evidencia que posee<sup>149</sup>. Trasladando esta hipótesis al contexto del proceso, si la versión del testimonio ofrecido por un testigo se ve confrontada con el resto de la prueba aportada, entonces un sujeto puede concluir que existen buenas razones para no aceptar la veracidad de este testimonio. Sin embargo, son las razones psicológicas las que parecen mucho más problemáticas. Estas se conceptualizan como “creencias, dudas, o experiencias que el oyente posee y que pueden llevarlo a creer que el testimonio que está a punto de aceptar es falso o que ha sido formado a través de medios poco confiables”<sup>150</sup>. Estas creencias pueden adquirir la forma de supuestas máximas de la experiencia, pero una vez analizadas a conciencia, demuestran que no son más que los estereotipos, prejuicios y sesgos de los que he hablado en este trabajo, por lo que su estudio ayuda a identificar que muchas veces un oyente no está dispuesto a creer un testimonio por la percepción que tiene del sujeto que lo emite, y esta identificación puede evitar posibles vicios en la valoración de este tipo de prueba.

En lo que respecta a los procesos de familia, la regulación de la prueba testimonial se encuentra en el título III, párrafo 3° número 2 de la LTF, entre los artículos 33 a 49. La regulación de este medio de prueba trata sobre el deber de comparecer y declarar, además de las disposiciones que se refieren a la forma de citación de los testigos. El artículo 35 trata de las excepciones de la obligación de comparecencia y luego el artículo 38 señala una exigencia de validez que es el juramento o promesa de decir la verdad sobre lo que se le preguntare al testigo.

---

<sup>147</sup> Fernández. «La valoración Judicial de las Pruebas Declarativas», 11.

<sup>148</sup> Andrés Páez. «La prueba testimonial y la epistemología del testimonio». *Revista ISONOMÍA*, N° 40, (2014): 99.

<sup>149</sup> Páez. «La prueba testimonial y la epistemología del testimonio», 99.

<sup>150</sup> Páez. «La prueba testimonial y la epistemología del testimonio», 99.

Prosigue el artículo 39, el cual es relevante ya que dispone la individualización del testigo. La norma señala que “[l]a declaración del testigo comenzará por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio”. En efecto, la relación de estos antecedentes podría conducir a que se vea mermada la declaración del testigo, pues cuestiones como profesión o industria o domicilio, podrían predisponer al juez a adoptar determinada actitud ante la declaración.

Igualmente relevante en la materia es el artículo 40 de la LTF que señala:

“En el procedimiento de familia no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, las partes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguna de las partes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad”.

Es usual que en la práctica se utilicen estrategias para desacreditar la credibilidad del testigo que muchas veces tienen el objetivo de guiar al juez a identificar a la persona del declarante dentro de un determinado grupo, o traer a colación prejuicios de manera que la predisposición del juez desde el inicio sea desfavorable y que nada tienen que ver con la idoneidad del testigo.

En materia penal, la regulación de la prueba testimonial se encuentra en el Párrafo 5° del Libro II del CPP. Los testigos, por regla general, rendirán su declaración en la audiencia de juicio oral, según lo dispuesto por el artículo 296 del CPP que versa sobre la oportunidad para la recepción de la prueba, y dispone que “[l]a prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia de juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley”<sup>151</sup>. La disposición es la concreción del principio de inmediación, pues supone que la prueba –y en este caso concreto, la prueba de testigos– debe rendirse en presencia directa de los jueces que integran el tribunal de juicio oral en lo penal.

Según lo dispuesto por el artículo 298 del mismo cuerpo legal, los testigos tienen el deber de comparecer y declarar la verdad sobre aquello que se le preguntare y no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración. Los artículos siguientes se refieren a las excepciones

---

<sup>151</sup> El art. 296 se refiere en su parte final a los casos de prueba anticipada que regula el art. 280 del CPP.

del deber de comparecencia<sup>152</sup>, y la facultad de no declarar por motivos personales<sup>153</sup> o por razones de secreto<sup>154</sup>.

Respecto de la declaración de los testigos, el artículo 309 del CPP es la piedra angular. El mismo dispone que:

“En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar si imparcialidad, algún otro defecto de idoneidad”.

La redacción de esta norma es prácticamente igual a la formulada en el artículo 40 de la LTF, y por ello, las consideraciones hechas al respecto son igualmente aplicables. Lo mismo acontece con el artículo 307 del CPP que señala la individualización del testigo, cuya redacción en el inciso 1° es exactamente la misma que la del artículo 39 de la LTF, con todo, el inciso 2° otorga la posibilidad de que el domicilio del testigo no sea divulgado en sala por motivos de seguridad, pero ello no le impide al tribunal su conocimiento a través de otros medios. Lo mismo puede decirse de la situación que consagra el artículo 308 del CPP<sup>155</sup>.

¿Puede la víctima ser considerada testigo en el proceso penal? La ley le otorga a la víctima ciertos derechos, a la vez que la reconoce como interviniente en el mismo<sup>156</sup>. Sin embargo, paralelamente

---

<sup>152</sup> Art. 300 y 301 del CPP.

<sup>153</sup> Art. 302 del CPP.

<sup>154</sup> Art. 303 del CPP.

<sup>155</sup> Art. 308 del CPP: “*Protección a los testigos. El tribunal, en casos graves y calificados, podrá, por solicitud de cualquiera de las partes o del propio testigo, disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad de este último, las que podrán consistir, entre otras, en autorizarlo para deponer vía sistema de video conferencia, separado del resto de la sala de audiencias mediante algún sistema de obstrucción visual, o por otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.*

*De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección.*

*Se entenderá que constituye un caso grave y calificado aquel en que la solicitud se fundamente en la existencia de malos tratos o amenazas en los términos del artículo 296 del Código Penal. Para adoptar esta decisión, el tribunal podrá oír de manera reservada al testigo, sin participación de los intervinientes en el juicio”.*

<sup>156</sup> Art. 12 CPP: “*Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas*” y el art. 109 CPP “*Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:*

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;*
- b) Presentar querrela;*
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;*

a estos derechos la ley le impone ciertos deberes, como lo son la comparecencia ante el tribunal y prestar declaración testimonial, ello por cuanto en su calidad de ciudadana, la víctima debe contribuir a la persecución penal<sup>157</sup>, de esta manera, la declaración de la víctima se expone a las mismas circunstancias que podrían ocasionar que su credibilidad se vea mermada por factores externos, o creencias –consientes o no– del juez.

- 
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;*
  - e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y*
  - f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento”.*

<sup>157</sup> María Inés Horvitz, «Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema», *Revista de Estudios de justicia*, N°3, (2003): 139.



## Capítulo IV: El razonamiento judicial en la valoración de la prueba declarativa

Habiendo hecho un recorrido de la legislación sobre los diferentes medios de prueba orales ha quedado de manifiesto que en ambos sistemas –penal y de familia– se hace un tratamiento similar. O a lo menos ello se desprende de la letra de la ley. Los jueces, en primer lugar, realizan un examen de credibilidad de la persona que declara, y posteriormente valoran el contenido de la declaración. Ambas partes del examen deben o deberían quedar plasmadas en lo expresado por sus sentencias, razón por la cual en este capítulo revisaré el razonamiento judicial a través de ellas.

### 1. La fundamentación de las sentencias

En un sistema democrático la figura del juez adquiere especial relevancia pues se le encomienda la más alta labor en la resolución institucional de conflictos jurídicos, esto es, emitir una sentencia. Pero esta dinámica de distribución de poder implica para el juez una facultad y un deber: el juez tiene el poder de decidir, pero al mismo tiempo tiene el deber de fundamentar su decisión.

La fundamentación de las sentencias en los sistemas donde impera la sana crítica cumple, en estricto rigor, cuatro funciones básicas<sup>158</sup>. La primera de ellas tiene como objetivo permitir el control de las decisiones jurisdiccionales. En efecto, la existencia de recursos en los sistemas penales y de familia se justifica en el reconocimiento que realiza el legislador sobre la posibilidad de que los jueces yerren en la aplicación de la ley, es decir, que al valorar la prueba, el juez se aparte de las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica<sup>159</sup>. De esta manera, el control solo puede ser efectivo en cuanto los tribunales superiores puedan tener acceso al razonamiento judicial que se controla. De no existir esta exigencia de justificación racional de las decisiones, los tribunales *ad quem* no cumplirían una tarea revisora, sino renovadora, iniciando una especie de nuevo juicio al final del cual señalarían si están de acuerdo o no con la decisión del tribunal *a quo*.

---

<sup>158</sup> Minor Salas. «¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica». *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N°13, (2006). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2208001>

<sup>159</sup> Javier Maturana. *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. (Santiago: Thomson Reuters, 1° ed. 2014), 322.

En segundo lugar, la fundamentación se relaciona con la pretensión de racionalidad que se espera tengan los razonamientos judiciales<sup>160</sup>. Como ya se ha dicho, en la búsqueda de la verdad como objetivo principal de los procesos judiciales es necesaria una operación de toma de decisiones lógica y razonada, de manera que la fundamentación aparece como una exigencia que permite dar prueba de que este proceso de toma de decisiones efectivamente siguió estas características.

En tercer lugar, la fundamentación de las decisiones judiciales permite la legitimación del poder estatal que se ejerce sobre los ciudadanos por cuanto las sentencias operan como actos de autoridad que justifican la toma de decisiones en un contexto institucional, al mismo tiempo que justifican la necesidad de cumplimiento<sup>161</sup>.

En cuarto y último lugar, la fundamentación de las sentencias legitima la administración de justicia frente a la sociedad, ya sea frente a las partes, los tribunales superiores, los juristas y sobre todo, frente a la opinión pública.<sup>162</sup>.

Conviene detenerse en la segunda de las funciones. Si lo que se pretende en los procesos judiciales son decisiones racionalmente justas, la fundamentación de las sentencias innegablemente tiene el papel principal. Como se vio en el segundo capítulo de este trabajo, el juez, al valorar la prueba y tomar una decisión sobre el caso concreto, debe tomar como base la prueba en el proceso y construir sobre ella una serie de inferencias probatorias que tienen una estructura deductiva. Como se ha repetido incansablemente en este trabajo, la supuesta racionalidad que debería sustentar los razonamientos judiciales –y plasmarse en la sentencia judicial como mecanismo discursivo que sirve como medio para comunicar esos procesos cognitivos– muchas veces no opera en el sentido deseado. A continuación, revisaré algunas sentencias y dichos de jueces que ilustran el abandono de la exigencia de racionalidad en la valoración de la prueba.

---

<sup>160</sup> Salas. «¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica», 4.

<sup>161</sup> Salas. «¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica», 5.

<sup>162</sup> Salas. «¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica», 5.

## 2. El problema de la credibilidad

En el capítulo anterior, al señalar el tratamiento legal que se le da a la prueba declarativa, se dio especial énfasis a la conceptualización de la prueba testimonial y, sobre todo, a la distinción entre el agente y el testimonio cuando se mencionó la prueba de testigos. Lo que se plantea aquí es que, a la hora de analizar la existencia de estereotipos y prejuicios en los razonamientos judiciales, esta distinción debe tenerse a la vista no solo cuando se trata de los testigos, sino que también se hace aplicable a las declaraciones de las partes y a las de las víctimas y los imputados en el caso de los procedimientos penales, ello por cuanto una vez que dichas declaraciones se han vertido en el contexto del proceso judicial, pasan a formar parte del conjunto probatorio que el juez deberá valorar necesariamente a la hora de resolver un problema jurídico<sup>163</sup>.

Es por ello, que en lugar de hablar de “testigo” y “testimonio”, utilizaré la denominación de “agente” y “declaración”, con el objetivo de diferenciar al sujeto que produce la declaración en el juicio y la declaración misma, ya sea que lo haga en calidad de imputado, parte, víctima o testigo.

Por supuesto, hacer confluir a la prueba declarativa en general, como un macro conjunto bajo este mismo esquema agente/declaración, no estará exento de críticas, pero esta simplificación será necesaria para entender cómo operan los vicios en las tomas de decisiones a nivel general.

Como la declaración no suele diferenciarse de la persona que la emite, la credibilidad durante mucho tiempo se asociaba a la declaración y al agente indistintamente y se definía como la valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo<sup>164</sup>. Sin embargo, la credibilidad en realidad se relaciona con la persona emite la declaración más que con el testimonio en sí mismo.

Al hacer esta distinción, el elemento de la credibilidad adquiere especial relevancia al ser entendida como la aptitud que tiene algo para ser creído<sup>165</sup>. “Creer” puede considerarse una actitud proposicional, en el sentido de que se le atribuye a un enunciado “p” una mayor probabilidad subjetiva que a al enunciado “no p”<sup>166</sup>. La creencia, en este sentido, se predica sobre los enunciados: para creer

---

<sup>163</sup> González. «Repensando el testimonio: La distinción entre agente y producto», 803.

<sup>164</sup> Antonio Manzanero. *Realidad y Fantasía: Credibilidad, Metamemoria y Testimonio*. (Madrid: Departamento de Psicología Básica de la Universidad Autónoma de Madrid, 1991), 29-30.

<sup>165</sup> La Real Academia Española define la credibilidad como: 1. “cualidad de creíble” y 2. “que puede o merece ser creído”.

<sup>166</sup> Tobies Grimaltos y Sergi Rosell. «Creer que P. Consideraciones en torno a la creencia» en *Ágora. Papeles de Filosofía* 31, N° 1 (2012): 86.

que “p”, necesito tener buenas razones para considerar que la probabilidad de “p” está por encima de la probabilidad de “no p”<sup>167</sup>.

¿Pero entonces por qué los jueces dicen no creerles a las personas? Si el juicio de credibilidad se efectuara sobre las declaraciones –sobre los enunciados fácticos que se relatan por parte de los agentes– reproducir este esquema parece bastante adecuado, pero cuando un sentenciador señala que no le cree a un imputado o a un testigo, lo que está haciendo es tomar en consideración sus circunstancias personales, trasladando estas circunstancias que le disgustan como razones para invalidar *a priori* los enunciados que producen los agentes.

Por ejemplo, COLOMA, PINO y MONTECINOS, en un estudio empírico sobre la fundamentación de las sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos, pusieron de relieve que la calidad epistémica que los jueces le atribuían a la prueba declarativa en procedimientos penales dependía, en parte, de la actitud de quien declaraba<sup>168</sup>. Este estudio demuestra que la tarea que los jueces llevan a cabo es un juicio sobre las características del emisor del mensaje, y no del contenido del mismo. Dicho estudio especificó que estas actitudes podían ser concretas, como son los comportamientos producidos en la audiencia, por ejemplo –cuestión que se produce por la inmediatez y la oralidad–, o pueden derivarse de la pertenencia de la persona que declara a “cierta categoría de personas respecto de las cuales parece esperable que ciertos comportamientos se presenten con mayor frecuencia”<sup>169</sup>, o sea, porque los jueces aplican ciertos estereotipos sobre las personas que declaran.

En el primer grupo de actitudes, las concretas, se encuentran sobre todo el lenguaje no verbal de los agentes. En el artículo de COLOMA, PINO y MONTECINOS, se cita a uno de los jueces entrevistados quien, al ser interrogado sobre cómo podía darse cuenta de si el agente decía la verdad, respondió que lo sabía por “las facciones que pone, la forma como contestan, la forma como se expresan”<sup>170</sup>. Asimismo, otro de los jueces señaló:

“¿A cuál prueba le creo más? ¿A qué testigo le creo más? Esa es una cuestión meramente, podríamos decir, de inmediatez, vuelven de nuevo, los mismos

---

<sup>167</sup> Grimaltos y Rosell. «Creer que P. Consideraciones en torno a la creencia», 99.

<sup>168</sup> Rodrigo Coloma, Mauricio Pino y Carmen Montecinos. «Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 33, (2009): 328.

<sup>169</sup> Coloma et al. «Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal», 328.

<sup>170</sup> Coloma et al. «Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal», 329.

factores que te dije, quién se mantuvo en sus dichos, quién no titubeó, quién fue empático, quién no sudó. Comparo uno con otro [...], uno con otro”<sup>171</sup>.

Los propios autores señalan que basar la credibilidad de un agente en este tipo de consideraciones no verbales o paraverbales parece resultar riesgoso<sup>172</sup>. No solo parece riesgoso, sino que es altamente indeseable. Atribuir o restar valor epistémico a una declaración solo por la “intuición” de que el lenguaje paraverbal parece ser contradictorio, resulta a todas luces una práctica poco racional. Un ejemplo simple puede ilustrar esta idea. Imagínese que la declaración es emitida por una persona que nunca ha estado en el ambiente hostil de un juicio –como suele serlo en los procedimientos de familia y, sobre todo, los penales– la probabilidad de que se ponga nervioso y “sude” en el estrado, es bastante alta. Si el juez le va a restar credibilidad a esa declaración por esta circunstancia, al final resulta que la parte con más probabilidades de probar sus dichos no es aquella que aporte declaraciones más coherentes, sino aquella que pueda presentar agentes con un temple sereno o con experiencia en juicio.

Ahora, no es que este tipo de consideraciones esté siempre mal, en realidad, la experiencia del juez en materia de interrogatorios puede hacerlo arribar a la conclusión correcta observando estas actitudes, pero el riesgo es, a mi juicio, demasiado elevado. Además, este tipo de consideraciones puede incluirse en la valoración de la prueba declarativa a través de otros mecanismos, como las pericias psicológicas, por ejemplo.

En este sentido, conviene tener presente lo expresado por otro de los jueces entrevistados en el estudio en comentario que reconoce esta circunstancia en razón de su propia experiencia como juzgador:

“Entonces, desde ese día, yo aprendí que lo que me entraba por los sentidos podría ser equívoco, me entiendes, entonces le quito el valor [...] Entonces si yo me enfrento a un testigo [...] y como te dije, emocionalmente le creo, y yo digo esta señora, efectivamente, me está diciendo lo que dijo, yo me acuerdo siempre del bizco [El bizco era un imputado que un momento le pareció que mentía porque se cubría el ojo. Sólo una vez que hubo dictado la sentencia tuvo conocimiento de que era bizco]”<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Coloma et al. «Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal», 330.

<sup>172</sup> Coloma et al. «Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal», 330.

<sup>173</sup> Coloma et al. «Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal», 331.

Al revisar el segundo tipo de actitudes que morigeran la credibilidad de los agentes y con ello restan de calidad epistémica a las pruebas declarativas, es donde aparecen los estereotipos, prejuicios y sesgos sobre las personas que emiten dichas declaraciones.

Un ejemplo ilustrativo sobre la materia es un fallo pronunciado por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 3 de abril de 2007, citado por AGÜERO, ZAMBRANO, ARENA y COLOMA en un estudio sobre la presencia de estereotipos en una sentencia penal que condenó al acusado como autor del delito de robo con violencia<sup>174-175</sup>. El trabajo de los autores citados utiliza un modelo de análisis lingüístico a través del cual se explica cómo los jueces utilizan su propia experiencia e ideología, para la valoración de los testimonios que fueron presentados como prueba en el caso concreto.

De este análisis lo que más interesa es el tratamiento que da el tribunal al testimonio de la madre del acusado. Al respecto, la sentencia en comento expresa:

En cuanto a la prueba de la defensa, referente a la credibilidad de la misma, primero la declaración de la madre del acusado, obviamente tiene interés y cariño por su hijo, sin embargo, si ella tuvo conocimiento que el día de los hechos su hijo estuvo con ella en otra ciudad, debió decirlo antes al [sic] Fiscalía o al defensor, debió “poner el grito en el cielo”, esperó que su hijo estuviera tres meses en prisión preventiva sin realizar ninguna diligencia, esta conducta no resulta lógica<sup>176</sup>.

[...]

Según se desprende de la declaración de la testigo Basic Jaque, esta sitúa al acusado, en el lapso de tiempo en que se cometió el ilícito motivo de este juicio, en el domicilio común de ambos ubicado en San Francisco de Mostazal, resulta así, ser la única testigo de tal circunstancia, testimonio este que se desestimaré en esta parte, teniendo para ello presente la calidad de madre del acusado, lo que hace aparecer dicha declaración carente de la imparcialidad

---

<sup>174</sup> Claudio Agüero, Juan Pablo Zambrano, Federico Arena y Rodrigo Coloma. «Análisis lingüístico y estereotipos en una sentencia penal chilena». *Literatura y Lingüística*, N° 41, (2020):

<sup>175</sup> Sentencia pronunciada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, de fecha 3 de abril de 2007, RIT N° 28-2007.

<sup>176</sup> Sentencia pronunciada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, de fecha 3 de abril de 2007, RIT N° 28-2007. Considerando 7°. [énfasis agregado]

necesaria como para lograr que el tribunal adquiriera más allá de toda duda razonable la convicción necesaria para una decisión absolutoria en cuanto a la participación que le cupo en el referido ilícito, ya que no es posible asegurar que no hayan existido motivaciones subjetivas que pudieran haber enturbiado su testimonio en el sentido de beneficiar a su hijo, lo que no es objetivamente posible ni razonable reprochar a una madre en las circunstancias en que aquellas pudieron producirse, considerando además la falta de precisión en cuanto a la hora de llegada del hijo<sup>177</sup>.

Quiero poner atención a las partes resaltadas. En primer lugar, es posible advertir la existencia de un prejuicio sobre cierto grupo determinado. Este prejuicio puede explicarse como “las madres no son creíbles en sus dichos cuando estos tienen relación con sus propios hijos”. En efecto, aunque la experiencia pueda llevar a pensar que las madres protegerán a sus hijos por sobre todas las cosas, definitivamente no es una conclusión que se puede extraer desde un juicio de probabilidades, y ello responde al hecho de que a este prejuicio le subyace un estereotipo normativo. El tribunal utiliza la expresión “obviamente”, la cual equivale en este caso a decir que es evidente<sup>178</sup>, que no necesita prueba alguna y con ella, da cierta apariencia de razonabilidad a la crítica que enuncia inmediatamente luego, esto es, que la madre no actuó “como debería”.

El tribunal, entonces, parte de la idea de que el cumplimiento o incumplimiento de lo que él mismo considera “el deber de madre” de alguna manera fundamentaría la credibilidad que se le concede a la testigo. Al efecto, utiliza un estereotipo sobre roles sexuales que al mismo tiempo opera como estereotipo normativo: “las (buenas) madres no pueden omitir realizar oportunamente toda gestión útil para evitar un daño a sus hijos”<sup>179</sup>. De esta manera, los jueces seleccionan el estereotipo, considerándolo como “máxima de la experiencia”, y frente a la pregunta sobre lo que debió hacer la madre, la respuesta es que “debió comunicarle las circunstancias a la Fiscalía o al defensor” o que “debió poner el grito en el cielo”, ahora, como ninguna de estas circunstancias aconteció en la realidad, entonces los sentenciadores concluyen que el relato es poco creíble.

El ejemplo anterior resulta útil para demostrar cómo el juicio que se hace sobre la madre, es decir, sobre el agente, es el que determina *ab initio* que la prueba carecerá de aptitud para ser considerada

---

<sup>177</sup> Sentencia pronunciada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, de fecha 3 de abril de 2007, RIT N° 28-2007. Considerando 12° [énfasis agregado].

<sup>178</sup> Agüero et al. «Análisis lingüístico y estereotipos en una sentencia penal chilena». 250.

<sup>179</sup> Agüero et al. «Análisis lingüístico y estereotipos en una sentencia penal chilena». 254.

relevante dentro del conjunto de los elementos probatorios. En el caso concreto, el haberle restado mérito al testimonio de la madre del imputado en función la atribución del prejuicio “mala madre” provocó que el imputado careciera de coartada y resultó condenado en la sentencia. El problema es que estos procesos estereotipificadores y discriminatorios se reproducen de manera constante en nuestro sistema judicial.

### **3. El problema de la doble estereotipificación**

Cuando se trata de pruebas declarativas, un fenómeno relevante que se produce al observar algunas sentencias es aquel que he resuelto denominar “mecanismo de la doble estereotipificación”. Con ello me refiero a una situación en donde el agente que produce la declaración emite juicios valorativos sobre los hechos que ha podido apreciar y sobre los cuales declara; juicios que tienen como fundamento estereotipos y/o prejuicios sobre determinado grupo de personas. El fenómeno se produce cuando el sentenciador comparte los mismos estereotipos y prejuicios que llevan al agente a emitir dicha declaración y, mediando un sesgo de representatividad, utiliza esta declaración para dar por confirmado el hecho que pretende probarse, porque considera que la declaración tiene mayor aptitud epistémica, en el sentido de que le parece más razonable.

Es decir, es la declaración misma la que está cargada de un fuerte contenido estereotipado, el juez toma la declaración viciada, y en lugar de depurarla y hacer presentes estos vicios en su razonamiento judicial –nótese que la apreciación del agente podría ser perfectamente razonable y servir como base a la fundamentación de la toma de decisiones, si es que la misma se puede explicar por otros motivos además de los estereotipos que subyacen a la declaración– toma aquellas declaraciones como fundamentos para justificar su propia decisión sesgada o prejuiciosa, generando con ello una situación de discriminación.

Para entender el fenómeno a cabalidad, tomaré como ejemplo un caso bastante polémico y famoso en Chile, relacionado tanto con el derecho de familia como con los estereotipos y prejuicios que operan en el razonamiento judicial. Me refiero a la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia con fecha 31 de mayo de 2004, en el conocido caso “López contra Atala”.

La sentencia resuelve un recurso de queja deducido en el marco de un procedimiento de familia por cuidado personal de las hijas que tenían en común Jaime López Allende y Karen Atala Riffo<sup>180</sup>. El

---

<sup>180</sup> Sentencia pronunciada por la E. Corte Suprema de Justicia, de fecha 31 de mayo de 2005, Rol N° 1193-2003.



recurso se presentó contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, confirmatoria de primera instancia que otorgaba la tuición de las niñas a la madre, Karen Atala.

El fallo es a lo menos escandaloso. La Corte acoge el recurso de queja interpuesto basándose enteramente en un prejuicio respecto a la forma de vida de las personas homosexuales y utiliza para ello falsas construcciones basadas en la experiencia.

Lo interesante del caso Atala, desde esta perspectiva de estudio, es que el máximo tribunal denuncia que los jueces de la instancia habrían prescindido de la valoración de la prueba testimonial. La Corte señala:

“[...] se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi cesado de un año a otro. Por su parte el testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”<sup>181</sup>.

De la lectura de este fragmento se puede evidenciar el problema de la doble estereotipificación en el sentido de que las declaraciones de los testigos están claramente influenciadas por un prejuicio hacia las personas homosexuales; luego el tribunal lo que hace es rescatar estos elementos (pese a haber sido repudiados por los jueces de la instancia), utilizándolos como fundamento de su propio juicio estereotipado, sobre el cual construye una falsa máxima de la experiencia, la cual es “las niñas sufrirán discriminación producto de la condición homosexual de la madre”. El análisis sobre este caso puede hacerse en sentido amplio. Primero, existe aquí un estereotipo compuesto sobre el rol que ocupa la madre en la vida de las niñas, al cual se le suma la consideración de su orientación sexual, creando un estereotipo

---

<sup>181</sup> Sentencia pronunciada por la E. Corte Suprema de Justicia, de fecha 31 de mayo de 2005, Rol N° 1193-2003. Considerando 15°. [Énfasis agregado].

prejuiciado sobre el cual “vivir con una madre homosexual provocará un tipo de discriminación en las niñas la cual no se produciría si la madre fuera heterosexual”.

Para poder sustentar esta “conclusión” el tribunal denuncia que se ha restado mérito a la prueba de testigos, según la cual se habría constatado la discriminación denunciada. Esta conclusión es falsa por dos motivos, primero, que las visitas a la casa de la madre hayan disminuido no tiene por qué tener relación con la circunstancia de que la madre es homosexual. Este antecedente no se menciona en ninguna parte de la sentencia, simplemente es una inferencia que realiza el juez respecto de la menor cantidad de visitas. ¿Satisface esta inferencia un estándar probabilístico de confirmación? Evidentemente no. Y todavía más, ¿es aceptable que el juez, en lugar de velar por la erradicación de la discriminación de las personas homosexuales genere una sentencia que facilite la perpetuación de la discriminación? Es decir, aun en el escenario de que efectivamente se demuestre que las visitas a la casa de Karen Atala han disminuido por su orientación sexual, este es un prejuicio que tiene la sociedad sobre la materia, y los jueces, al pronunciarse como lo hicieron en la sentencia, crean las condiciones para que el prejuicio se siga reproduciendo sin más. Incluso, el tribunal reconoce que los informes de expertos señalan que no existe ningún perjuicio hacia las niñas por vivir en un hogar con su madre homosexual y que no existía evidencia alguna de algún tipo de inhabilidad parental<sup>182</sup>.

Otro ejemplo desde la vereda del derecho penal corresponde a la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena de fecha 12 de octubre de 2010, sentencia que condenó al acusado como autor del delito de parricidio en grado de tentativa. En los hechos del caso, se hace referencia a que el autor habría golpeado múltiples veces y con variados objetos a su conviviente, con intención de causarle la muerte, objetivo que no se consiguió debido a los conocimientos de la víctima en materia de defensa personal, los cuales le permitieron escapar del inmueble donde tuvieron lugar los hechos, y pudo ser socorrida por vecinos de su pasaje, así como por carabineros<sup>183</sup>.

En esta sentencia, el juez resume la declaración del imputado y de la víctima. Son relevantes los fragmentos que se transcriben a continuación. El primero de ellos, trata de la declaración del imputado, el que señaló que la víctima le habría dicho que:

---

<sup>182</sup> Sentencia pronunciada por la E. Corte Suprema de Justicia, de fecha 31 de mayo de 2005, Rol N° 1193-2003. Considerando 15°: “*Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico*”.

<sup>183</sup> Sentencia pronunciada el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena, de fecha 12 de octubre de 2010, RIT N° 367-2010.

“Con Luis Jeraldo tenía una relación de pareja desde hacía 2 años. Le manifestó que si era así se podían separar, pero que si era pasajero la podía esperar, porque la quería mucho, pero ella le respondió que aquello era definitivo, añadiendo que hacía poco rato había tenido relaciones sexuales con Luis Jeraldo y que había disfrutado al máximo, mientras que con él, no sentía nada.”<sup>184</sup>

Posteriormente, al señalar lo expresado por la víctima, la sentencia cita que:

“[El acusado] bajó del segundo piso y la acarició en la cara, diciéndole que subieran para ver si podían arreglar las cosas. Ella subió primero, entrando al dormitorio y se sentaron en la cama, Wilson obstruyéndole el paso. Este le preguntó si iba a seguir con Luis Jeraldo o con él, respondiéndole que no sentía nada. En ese momento, le pegó un puñetazo y la tiró para atrás.”<sup>185</sup>

Más adelante, cuando el juez se pronuncia sobre la procedencia de la atenuante de arrebató y obcecación señala:

“DECIMOSEXTO: Que favorece al encartado la atenuante del N° 5 del artículo 11 del Código Penal, esto es, la de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación, la cual se encuentra acreditada con los dichos de la propia víctima, quien, reconoció en la audiencia, al ser contrainterrogada por el defensor, que dijo a Wilson Torres que, ese mismo día 5 de mayo de 2.005, durante la tarde, en horas previas a la agresión, había tenido sexo con su amante Luis Jeraldo, lo que provocó un arrebató y obcecación en el imputado, siendo esta confesión de la ofendida, tan cruel, que más que decir la verdad, con lo que se justificó, fue una verdadera agresión al acusado, en lo más íntimo de su ser, como varón y como pareja, lo que provocó de inmediato su reacción con las consecuencias referidas, acogiéndose así la solicitud del defensor a este respecto, formulada en su alegato de clausura. De esta manera, se descarta las alegaciones de la

---

<sup>184</sup> Sentencia pronunciada el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena, de fecha 12 de octubre de 2010, RIT N° 367-2010. Considerando 4°.

<sup>185</sup> Sentencia pronunciada el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena, de fecha 12 de octubre de 2010, RIT N° 367-2010. Considerando 5°.

fiscal como de la querellante, en el sentido que esta reacción había sido tardía, por cuanto, el día 2 de mayo de 2.005, la víctima sólo reconoció a Wilson Torres que tenía otra relación, y el día 5 del mismo mes y año, no sólo le dijo que su nueva relación era Luis Jeraldo, sino que, añadió, que horas antes, había tenido sexo con esta persona, lo que provocó la reacción de Wilson Torres.<sup>186</sup>

En esta sentencia, la doble estereotipificación se construye sobre el testimonio del imputado y las alegaciones de su defensa. Como se puede observar de los fragmentos aquí citados, el imputado justifica la ocurrencia de los hechos en la circunstancia de que la víctima le habría confirmado que en el día en que aconteció el hecho delictivo, ella había mantenido relaciones sexuales con otra persona. El tribunal toma esta declaración y la utiliza como fundamento para la decisión de favorecer al acusado con la atenuante del artículo 11 N°5 del Código Penal.

Como ya se ha dicho, el derecho institucionaliza y naturaliza los estereotipos que provocan discriminaciones, especialmente cuando se trata de las mujeres. No es correcto simplemente suponer que una infidelidad pueda provocar naturalmente un nivel tal de arrebato y obcecación como para intentar quitarle la vida a alguien. Un simple juicio de razonabilidad aquí da cuenta de que no existe proporcionalidad entre el comportamiento que habría inducido la obcecación y resultado. Como bien señalan COUSO y VILLAVICENCIO, la única manera de arribar a esta conclusión es aceptando que las mujeres son objetos que se poseen sexualmente por los hombres, es decir, que pueden ser cosificadas; porque solo si se acepta que la libertad sexual de las mujeres le pertenece a los hombres, entonces podría llegarse a pensar que un hombre se sintiera de tal manera vulnerado cuando otro ha “ocupado ilegítimamente” aquello que le pertenece<sup>187</sup>. Este tipo de razonamiento solo es posible cuando existe como sustrato de fondo un estereotipo de género sobre roles sexuales que supone que la sexualidad femenina es propiedad y derecho exclusivo del hombre, siendo este nivel subordinación de tal entidad que este tipo de respuestas son esperables por hombres promedio.

De hecho, esto es lo que ocurre en el considerando que se cita, el juez señala que la confesión de la víctima fue muy “cruel”, aunque para ello se basa en la sola declaración del imputado, pues no hay más prueba sobre la entidad de los dichos de esta, el juez simplemente asume que “debió” ser cruel, y

---

<sup>186</sup> Sentencia pronunciada el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena, de fecha 12 de octubre de 2010, RIT N° 367-2010. Considerando 16° [énfasis agregado].

<sup>187</sup> Jaime Couso y Luis Villavicencio. «Opinión: ¿Es menos grave el femicidio cometido por infidelidad?» en la web oficial del Observatorio de Género y Equidad (OJE), acceso el 29 de diciembre de 2020, <http://oge.cl/opinion-es-menos-grave-el-femicidio-cometido-por-infidelidad/#>

luego señala que esta confesión “fue una verdadera agresión al acusado, en lo más íntimo de su ser, como varón y como pareja”. Nótese aquello que se desprende las expresiones “verdadera agresión” y “como varón”. La utilización de la primera indica el reconocimiento de la vulneración del imputado y al agregar que lo agredido fue su condición de hombre (y no la de persona, como podría pensarse), se deja entrever que, bajo la óptica del sentenciador, el poder que se ejerce sobre el cuerpo de las mujeres es tan importante para los hombres que justifica un intento de asesinato cuando ya no se es el único que detenta ese poder.

Con ambos ejemplos es posible evidenciar la ocurrencia de este fenómeno y el hecho de que ni los más altos tribunales de justicia están exentos de caer en este tipo de errores en la valoración de la prueba. En este escenario, las sentencias son el retrato de estos procesos mentales, operando como confiables indicadores de cómo ciertos estereotipos y/o prejuicios siguen siendo plenamente funcionales en el stock de conocimiento de los jueces a la hora de tomar decisiones judiciales.

Sin duda ser capaces de identificar estos fenómenos es el primer paso para pensar en diseños institucionales, de educación judicial, y regulatorios que permitan la minimización de estas situaciones de discriminación y orienten el desarrollo de la función judicial hacia un horizonte que se acerque cada vez más a los objetivos que persiguen las sociedades democráticas y que se establecen como ejes orientadores de los procesos judiciales, esto es, identificar la verdad y la racionalidad como condiciones básicas de una decisión judicial justa.

## CONCLUSIONES

El objetivo principal de este trabajo consistía en poner de manifiesto la existencia e influencia de los estereotipos, prejuicios y sesgos en el razonamiento judicial cuando el decisor se enfrentaba a la valoración de pruebas declarativas. Al respecto, se tomó como ejemplo la prueba declarativa rendida en procedimientos penales y de familia, en parte por las similitudes que presentan sus regulaciones en lo que a la prueba se refiere, y también atendiendo a que comparten como principios rectores del procedimiento la oralidad e inmediación.

En primer lugar, se comprobó que, al resolver un conflicto jurídico, los jueces, como todas las personas, se encuentran una situación de incertidumbre a la hora de tomar decisiones. Asimismo, que este contexto de racionalidad restringida se caracteriza, tanto por la naturaleza institucional de los procedimientos (que supone que no toda la prueba con aptitud epistémica esté disponible) como por las ideologías propias de los jueces, valores que no siempre están en línea con el fin institucional que persiguen los procesos judiciales, esto es, el conocimiento de la verdad, como objetivo principal.

En segundo lugar, se puso de relieve el concepto de stock de conocimiento, el que funciona como un sustrato casi automático en la toma de decisiones, y dentro del cual se encuentran los sesgos, estereotipos, y prejuicios. Se observó que, por un lado, estos funcionan como elementos de categorización social y simplificación del mundo, supliendo la información que se desconoce, ahorrando tiempo y esfuerzo en la toma de decisiones; y que, al mismo tiempo, los mismos pueden provocar situaciones discriminatorias, las cuales se tornan especialmente problemáticas cuando se trata de discriminación en razón del género, especialmente porque el derecho históricamente ha perpetuado el estereotipo de las mujeres como sujetos no creíbles o intrínsecamente mentirosos.

En tercer lugar, se demostró cómo estos vicios del pensamiento racional también se reproducen en los razonamientos judiciales, específicamente cuando se trata de pruebas declarativas orales. En efecto, cuando la valoración de la prueba se realiza sin distinguir la declaración del agente que la produce, el juicio sobre la aptitud epistémica de las pruebas se convierte en un juicio de credibilidad sobre la persona y no sobre sus dichos, lo cual trae como consecuencia que la valoración de la prueba deje de ser racional, en el sentido que se exige desde la consideración del derecho a la prueba como derecho fundamental, produciendo la indefensión de la parte que aporta la prueba declarativa en el juicio.

En cuarto lugar, que el uso de estereotipos para fundamentar decisiones judiciales suele tener como consecuencia la perpetuación de situaciones de discriminación, dejando la puerta abierta para que sea el prejuicio el que gobierne la fundamentación de las sentencias, desentendiéndose de la exigencia de justicia que supone la función jurisdiccional. Situación que se ve agravada por la existencia de los estereotipos compuestos, que crean escenarios de discriminación interseccional extremadamente complejos.

En quinto lugar, pudo apreciarse cómo la fundamentación de las sentencias, entendida como otro de los elementos del derecho a la prueba, puede constituir una herramienta fundamental para el estudio y control de los razonamientos judiciales, pues solo de esta manera es posible cumplir con la exigencia de racionalidad que se predica sobre la prueba en general, y en concreto, respecto de la prueba declarativa oral que, como vimos, es la más proclive a perder calidad epistémica debido a la intrusión de estereotipos, prejuicios y razonamientos sesgados debido a la inmediatez que existe entre el agente que declara y el juez.

En sexto lugar, se discutió sobre la importancia de diferenciar entre agente y declaración como una operación básica necesaria a la hora de valorar testimonios. También, que esta separación entre la persona que declara y el producto de su declaración debe aplicarse a todas las pruebas declarativas y no solo a la prueba de testigos, pues solo así se cumple con el mandato de justicia, al realizar un verdadero análisis de los datos con aptitud epistémica que los agentes pueden aportar, en lugar de eliminarlos del conjunto de elementos probatorios a considerar por la sola circunstancia de haber etiquetado, conscientemente o no, a la persona que los produce dentro de algún estereotipo determinado o por poner demasiado énfasis en su lenguaje paraverbal, que como se vio, puede conducir demasiado fácilmente a equívocos.

En séptimo lugar, se expuso al final de este trabajo el mecanismo de la doble estereotipificación y sus implicancias, evidenciando cómo con el mismo, el juez es capaz de construir falsas máximas de la experiencia de apariencia racionales, pero que no son más que la reproducción de estereotipos y prejuicios, ampliando el efecto discriminatorio de las resoluciones. Al no ser consciente de esta situación, para el juez puede llegar a ser un proceso casi automático tomar una declaración que coincide con su propio stock de conocimiento y otorgarle a la misma una mayor aptitud epistémica que a aquellas declaraciones que desafían su propia batería de conocimientos y sobre las que tendría que llevar a cabo un análisis mucho más acabado y prolijo.

Finalmente, como respuesta a todas estas constataciones que han puesto de relieve el peligro de las generalizaciones en torno a grupos sociales, –ya sea que operen en sentido descriptivo o normativo– puesto que son la materia prima de prejuicios y sesgos implícitos, la conclusión a la que se arriba es que es necesario un modelo de razonamiento probatorio menos ingenuo, que oriente la toma de decisiones de los jueces, ello porque el derecho tiene un compromiso con las sociedades a las que ordena, y los jueces son los actores principales encargados de cumplir esos imperativos de justicia.

Es por lo anterior que es útil pensar en aprovechar el rol que cumple la Academia Judicial como instancia formativa de los sentenciadores, ya que, no solo les permitiría tener una mayor preparación en esta materia, sino que al verse desde el comienzo familiarizados con estas problemáticas puede contribuir a un aumento en la calidad de la fundamentación de las sentencias. Pero no solo la formación jurisdiccional es el camino para evitar los vicios sistemáticos que se encuentran en los razonamientos judiciales, sino que los mecanismos de control jurisdiccional también tienen un rol fundamental. La existencia de tribunales superiores genuinamente preparados para hacer una revisión crítica de la valoración de la prueba previene de que vean la luz fallos tan escandalosos como la sentencia del referido “Caso Atala”, y puede ser quizá la vía más idónea para corregir los errores judiciales, al menos en el corto plazo.



## BIBLIOGRAFÍA

- Arena, Federico. *Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial*. Proyecto CONICET, Universidad Blas Pascal. Borrador no publicado. Disponible en: [https://www.academia.edu/42262698/Responsabilidad\\_por\\_sesgos\\_impl%C3%ADcitos\\_y\\_decisi%C3%B3n\\_judicial](https://www.academia.edu/42262698/Responsabilidad_por_sesgos_impl%C3%ADcitos_y_decisi%C3%B3n_judicial)
- \_\_\_\_\_. «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual». *Revista de Derecho* 29, N°1 (2016): 51-75.
- Agüero Claudio, Zambrano, Juan Pablo, Arena Federico y Coloma, Rodrigo. «Análisis lingüístico y estereotipos en una sentencia penal chilena». *Literatura y Lingüística*, N° 41, (2020): 237-262.
- Allport, Gordon. *The Nature of Prejudice*. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1954.
- Blanco, Andrés. «La ideología en el Derecho y una sentencia uruguaya acerca del IVA». *Revista de investigación en Derecho, Criminología y consultoría Jurídica de la Universidad Autónoma de Puebla* 12, N° 23 (2018): 195-210.
- Bovino, Alberto. «De la verdadera no hay derecho. Ingeniería de la verdad. Procedimiento Penal Comparado», 2008. <http://nohuboderecho2.blogspot.com/2008/12/ingeniera-de-la-verdad.html>
- Calvo, José. «Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de hechos disipados)». *Anuario de filosofía del derecho*, N°18 (2001): 13-33.
- Carbonell, Flavia. «Sana crítica y razonamiento judicial». En *La Sana crítica bajo sospecha*, eds. Johann Benfeld y Jorge Larrocau, 35-47. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2018.
- Caroca, Alex. *Manual de Derecho Procesal. Tomo II: Los procesos declarativos*. Santiago: Editorial Nexis Lexis, 2003.
- Casarino, Mario. 2012. *Manual de Derecho Procesal*. Tomo IV. 6° Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Coloma, Rodrigo. «Conceptos y razonamientos probatorios». *Revista de Derecho* 30, N°2, (diciembre, 2017): 31-56.
- Coloma, Rodrigo, Pino, Mauricio y Montecinos, Carmen. «Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal» *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 33, (2009): 303-344.
- Cook, Rebecca y Cusack, Simone. *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*. Pennsylvania: Pennsylvania University Press, 2009.
- Correll, Joshua, Park, Bernadette y Judd, Charles. «The Police Officer's Dilemma: Using Ethnicity to Disambiguate Potentially Threatening Individuals». *Journal of Personality and Social Psychology by the American Psychological Association, Inc.* 83, N° 6, (2002): 1314-1329.

- Cortada de Kohan, Nuria. «Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones». *International Journal of Psychological Research* 1, N°1 (2008): 68 – 73.
- Del Río, María Francisca, Strasser, Katherine y Susperreguy, María Inés. «¿Son las habilidades matemáticas un asunto de género? Los estereotipos de género acerca de las matemáticas en niños y niñas de kínder, sus familias y educadoras». *Calidad en la Educación*, N°45 (2016): 20-53.
- Dovidio, John, Hewstone, Miles, Glick, Peter y Esses, Victoria. «Prejudice, stereotyping and discrimination: Theoretical and empirical overview» en: *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*. London: SAGE Publications Ltd., 2010.
- Durán Leiva, Pablo. «El concepto de pertinencia en el Derecho Probatorio en Chile». Tesis de Magister, Universidad Austral de Chile, 2016.
- Ezurmendia, Jesús. «Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia». *Revista Chilena de Derecho* 47, N° 1 (junio, 2020): 101-118.
- \_\_\_\_\_. *Definitividad y Cosa Juzgada como reglas contra-epistémicas en el proceso civil*. Prueba, proceso y epistemología. Tirant. Lo Blanch. Borrador no publicado. Fuente Privada.
- Fernández, Mercedes. «La valoración Judicial de las Pruebas Declarativas». *Jueces para la Democracia*, N°64 (2009): 95-116.
- <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2016/valorpruebapresencial/modulo/M%C3%B3dulo%20I%20Mercedes%20Fern%C3%A1ndez/valoraci%C3%B3n%20de%20pruebas%20declarativas.pdf>
- Ferrer, Jordi. «Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del estado por prisión preventiva errónea», En *Filosofía del Derecho Privado*, editado por Diego Papayannis y Esteban Pereira, 401-430. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- \_\_\_\_\_. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Fuentes, Claudio. «La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 18, N°1 (2011): 119-145.
- Gallo, Jaime. «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal». *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 4, (octubre, 2011).
- Gascón, Marina. «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28 (2005): 127-139.
- \_\_\_\_\_. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. 3° Ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- González, Blanca. «Los estereotipos como factor de socialización en el género». *Comunicar*, N°12 (1999): 79-88.

- Gonzalez Lagier, Daniel. «Presunción de inocencia, verdad y objetividad». En *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, debates sobre abducción. Coords. Juan García y Pablo bonorino, 85-116. Madrid: Editorial Comares, 2014.
- \_\_\_\_\_. «Hechos y conceptos». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 15 (2007). <https://www.uv.es/~afd/CEFD/15/lagier.pdf> <https://www.uv.es/~afd/CEFD/15/lagier.pdf>
- González, María de los Ángeles. «Repensando el testimonio: La distinción entre agente y producto». *Revista Chilena de Derecho* 46, N°3 (2019): 791-819.
- Grimaltos, Tobies y Rosell, Sergi. «Creer que P. Consideraciones en torno a la creencia». *Ágora. Papeles de Filosofía* 31, N° 1 (2012): 85-101.
- Horvitz, María Inés y López, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Horvitz, María Inés. «Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema», *Revista de Estudios de Justicia*, N°3 (2003): 133-143. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15006>
- Igartua, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra Editores, 2009.
- Mackie, Marlene. «Arriving at Truth by Definition: Case of Stereotype Inaccuracy». *Social Problems* 20, N°4, (1973): 431-447.
- Manzanero, Antonio. *Realidad y Fantasía: Credibilidad, Metamemoria y Testimonio*. Madrid: Departamento de Psicología Básica de la Universidad Autónoma de Madrid, 1991.
- Marín, Felipe. «La Declaración de la parte como medio de prueba». *Revista Ius et Praxis* 16, N° 1 (2010): 125-170.
- Marino, Carlos. «Toma de decisión: ¿Teoría racional o de racionalidad limitada?» *Kálathos Revista Transdisciplinaria Metro-Inter* 7, N°1 (2013). [http://kalathos.metro.inter.edu/kalathos\\_mag/publications/archivo5\\_vol7\\_no1.pdf](http://kalathos.metro.inter.edu/kalathos_mag/publications/archivo5_vol7_no1.pdf)
- Maturana, Cristián. *Aspectos generales de la prueba*. Apuntes de clase. Santiago, Chile, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Introducción al Derecho Procesal, la Jurisdicción y la Competencia*. Apuntes de clase. Santiago, Chile, 2009.
- Maturana, Javier. *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. 1° Ed. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- Mekawi, Yara y Bresin, Konrad. «Is the evidence from racial bias shooting task studies a smoking gun? Results from a meta-analysis». *Journal of Experimental Social Psychology* 61, (2015): 120-130.
- Mosterín, Jesús. «El concepto de racionalidad». *Teorema. Revista internacional de filosofía*.3 N° 4 (1973): 455-480.

- Muñoz, Arturo. «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano». *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N°2, abril, 2011), <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/241333/323924>
- Páez, Andrés. «La Prueba testimonial y la epistemología del Testimonio». *ISONOMÍA*, N°40 (2014): 95-118. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S14050218201400010000&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S14050218201400010000&lng=es&nrm=iso)
- Palomo, Diego. «Sobre la oralidad en los procesos civiles y penales véase: Y ahora, tras la Experiencia Procesal Penal ¿La Oralidad al Proceso Civil? Algunas Claves y Criterios a Seguir». *Revista Ius et Praxis*, 10, N°2 (2004): 225-265. [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122004000200008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000200008)
- Peters, Douglas y Ceci, Stephen. «Peer-review practices of psychological journals: The fate of published articles, submitted again». *Behavioral and Brain Sciences* 5, N° 2 (1982): 187-195.
- Pla, Isabel, Adam, Antoni y Bernabeu, Isabel. «Estereotipos y prejuicios de género: factores determinantes en Salud Mental». *Norte de salud mental* 11, N° 46 (2013): 20-28.
- Riego, Cristián. *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales, Cuaderno de Análisis Jurídico, 1994.
- \_\_\_\_\_. «La Declaración del imputado en el Juicio Oral». *Biblioteca Virtual del Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, 2015. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2378/ladeclaraciondelimputadoeneljuiciooral.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rodríguez, María Soledad, Sabucedo, José Manuel y Arce, Constantino. «Estereotipos regionales y nacionales: del conocimiento individual a la sociedad pensante». *Aprendizaje, Revista de Psicología Social* 6, N° 1, (1991): 7-22.
- Rodríguez, Ferney y Tuirán, Juan Pablo. «La valoración racional de la prueba». *Jurídicas CUC* 7, n° 1 (2011): 191-208.
- Salas, Minor. «¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica». *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N°13 (2006). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2208001>
- Saul, Jennifer. «Scepticism and Implicit Bias». *Disputatio* 5, N° 37 (noviembre, 2013): 243-263. <https://content.sciendo.com/view/journals/disp/5/37/article-p243.xml?language=en>
- Taruffo, Michel. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder judicial de la Federación, (Serie: Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral), 2020.

- \_\_\_\_\_. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- \_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Trotta, 2005.
- \_\_\_\_\_. «Orality and Writing as Factors of Efficiency in Civil Litigation». Ponencia presentada en el Coloquio *Oralidad y escritura en un proceso Civil Eficiente* organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Gandía-Valencia, 2008.  
<https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>
- \_\_\_\_\_. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Varela, Osvaldo, Puhl, Stella y Izcurdia, Mariel. *Psicología y Derecho: Aportes desde la subjetividad*. Buenos Aires: JCE Ediciones, 2017.
- Tversky, Amos y Kahneman, Daniel. «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases». *Science, New Series* 185, N° 4157, (1974): 1124-1131.
- Twining, William. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Unkelbach, Christian, Forgas, Joseph y Denson, Thomas. «The turban effect: The influence of Muslim headgear and induced affect on aggressive responses in the shooter bias paradigm». *Journal of Experimental Social Psychology*, 44. N°5 (2008).  
<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.623.6895&rep=rep1&type=pdf>

### **Informes y documentos de instituciones**

- Association for Women's Rights in Development (AWID). «Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica», *Derechos de las mujeres y cambio económico*, N° 9, (2004).  
[https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/interseccionalidad\\_una\\_herramienta\\_para\\_la\\_justicia\\_de\\_genero\\_y\\_la\\_justicia\\_economica.pdf](https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/interseccionalidad_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf)

### **Jurisprudencia citada**

- Corte Suprema de Justicia, Recurso de queja. Sentencia de fecha 31 de mayo de 2005, Rol N° 1193-2003.
- Corte de Apelaciones de Talca. Recurso de casación en la forma. Sentencia de fecha 2 de abril de 2015. Rol N° 108-2014. Disponible en: <https://ajuntament.barcelona.cat/bcn-portal-juridic/#vid/banco-chile-duran-apablaza-577690622>

Tercer Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, Robo con violencia. Sentencia de fecha 3 de abril de 2007, RIT N° 28-2007.

Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena. Parricidio en grado de tentativa. Sentencia de fecha 12 de octubre de 2010, RIT N° 367-2010