



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

Las deficiencias que presenta el derecho procesal penal al abordar el
delito de violación en víctimas mujeres mayores de 18 años

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Claudia Osorio Lavín

Profesora guía:

Flavia Carbonell Bellolio

Santiago, Chile

2020

A todas.

Índice

Resumen	1
Introducción	2
CAPÍTULO I. La violencia sexual contra las mujeres	4
1. La violencia de género como un fenómeno sistémico	4
2. La violencia sexual contra las mujeres	9
CAPÍTULO II. El Derecho, su neutralidad y la crítica feminista	12
1. El derecho y su pretensión de imparcialidad, neutralidad y universalidad	12
2. Posiciones feministas críticas ante el Derecho	14
3. El derecho penal y procesal penal	20
CAPITULO III. Los delitos sexuales y el derecho penal y procesal penal	24
1. Regulación jurídica y caracterización dogmática de los delitos sexuales	24
2. La dimensión psico-social de los delitos sexuales	31
3. El rol de la violencia institucional	33
4. Más allá de los operadores de justicia: el derecho penal y procesal penal ante los delitos sexuales	35
CAPÍTULO IV. Análisis de aspectos problemáticos del proceso penal chileno al abordar los delitos sexuales	37
1. La víctima en el proceso penal chileno	38
2. Discusiones en torno a la posición de las víctimas de delitos sexuales en el proceso penal	40
3. Alternativas para abordar los delitos sexuales en el proceso penal chileno	47
4. Las especificidades de la prueba en los delitos sexuales	51
5. La investigación en los delitos sexuales	54
6. La recolección de la prueba	56
7. La implementación de la prueba testimonial en los delitos sexuales	61
Conclusiones	66
Bibliografía	68

Resumen

El presente trabajo, en primer lugar, caracteriza y define el sistema capitalista patriarcal, ilustrando la forma en que la violencia sexual de género opera como un mecanismo de producción y reproducción de este. Luego, ilustra el modo en que el derecho se encuentra atravesado por el mencionado sistema, revisando las teorías y críticas feministas respecto a su configuración y el lugar que le corresponde al derecho penal en el combate de la violencia de género. Posteriormente, analiza la forma en que el derecho penal y el procesal penal abordan los delitos sexuales y, particularmente, la violación propia, dando cuenta de los aspectos psicosociales que debiesen ser considerados en este ámbito y la forma en que el sistema ejerce violencia institucional al ignorarlos. Finalmente, realiza una revisión de aspectos del proceso penal que se identifican como problemáticos para las mujeres mayores de 18 años que interponen una denuncia por el delito de violación, cuestionando su pertinencia y proponiendo alternativas que contribuyan a su superación.

Introducción

Lunes 25 de noviembre de 2019. En las inmediaciones de un Santiago bullente de personas ocupando las calles, el llamativo sonido de un bajo comienza a ganar protagonismo por sobre los gritos de protesta. A su ritmo, un numeroso grupo de mujeres envueltas en lentejuelas y trajes de fiesta se mueven a paso coordinado, captando la atención de quienes en aquel momento transitan frente al Palacio de Justicia.

Segundos después, decenas de voces comienzan a entonar el himno que no solo marcaría aquel Día Internacional de la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, sino que también las jornadas venideras. “Un violador en tu camino”, creado por el colectivo “Las Tesis”, puso en marcha la denuncia a viva voz respecto a la responsabilidad y tolerancia atribuible al Estado y sistema de justicia en la producción y reproducción de la violencia sexual de género.

El impacto de la escena iniciada en el corazón de la ciudad capitalina no tardó en hacerse notar. Rápidamente fue replicada en las más diversas partes del mundo, contribuyendo a evidenciar una problemática que según datos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) afecta a un tercio de las mujeres del planeta¹, pero que solo en los últimos años ha conseguido visibilización en la opinión pública.

La sociedad chilena actual se encuentra estructurada bajo un sistema que condiciona la subyugación femenina respecto a la masculina a través de diversos mecanismos, entre los que se encuentra la violencia sexual de género, que opera principalmente a través de la coacción de los cuerpos de las mujeres. En el ordenamiento jurídico nacional, este fenómeno es abordado por la rama del derecho penal, que se encarga de perseguir su cometimiento a través de la tipificación de los delitos sexuales.

Según cifras del Ministerio Público, en Chile se cometen 13 violaciones al día². Sin embargo, distintas investigaciones dan cuenta de un número real mucho más elevado y sub registrado, puesto que solo un minoritario porcentaje de víctimas deciden recurrir al sistema de justicia cuando se ven afectadas por este tipo de agresiones.

Entre los diversos factores que explican este suceso se encuentra el hostil trato que despliega el proceso penal sobre las mujeres que acuden al él, ejerciendo una sistemática victimización secundaria. Tal hecho desencadena una importante desconfianza en el sistema, obstaculizando aún más el acceso de las mujeres

¹ “Infografía: Violencia contra las mujeres”, ONU Mujeres, <http://www.unwomen.org/es/digital-library/multimedia/2015/11/infographic-violence-against-women>, 6 de noviembre de 2015.

² Javiera Canales et al., *Violencia Sexual* (2018), 18.

víctimas a la justicia, en circunstancias en que desde un inicio se encuentran en una posición de desprotección estructural en sus derechos.

Ante ello, se vuelve necesaria la revisión, desde la perspectiva de las víctimas, del proceso penal que enfrentan tras la denuncia de una agresión sexual, con el objeto de identificar los aspectos que contribuyen a perpetuar este fenómeno y de explorar alternativas que permitan combatirlo.

En atención a la diversidad de delitos que caben en la esfera sexual, el ejercicio se efectuará específicamente respecto a la violación, por tratarse del ilícito más gravoso contemplado por el Código Penal en este ámbito. Asimismo, se centrará en mujeres mayores de 18 años considerando los criterios de diferenciación que utiliza el derecho para la tipificación del delito y la forma en que los estereotipos de género operan especialmente sobre estas.

Todo ello, a través de una concepción que comprenda al derecho como un producto de las relaciones sociales y, por tanto, condicionado por las estructuras machistas, al tiempo que considere las limitaciones del sistema penal en el combate de la violencia de género, propias de su carácter de última *ratio*.

De este modo, el trabajo comenzará definiendo y caracterizando el sistema capitalista patriarcal, para dar paso a ilustrar la forma en que la violencia de género y, en específico, la violencia sexual de género, operan como mecanismo de producción y reproducción de este.

Posteriormente, se procederá a abordar la forma en que el derecho se encuentra atravesado por el mencionado sistema, revisando las teorías y críticas feministas respecto a su configuración, y el lugar que le corresponde al derecho penal en el combate a la violencia de género.

Tras ello, se analizará la forma en que el derecho penal y procesal penal abordan los delitos sexuales y, particularmente, la violación propia, incorporando los aspectos psicosociales que debiesen ser considerados en este ámbito y la forma en que el sistema ejerce violencia institucional al ignorarlos.

Finalmente, se realizará una revisión de algunos aspectos del proceso penal que se identifican como problemáticos para las mujeres mayores de 18 años que interponen una denuncia por el delito de violación, cuestionando su pertinencia y proponiendo alternativas que contribuyan a su superación.

CAPÍTULO I. La violencia sexual contra las mujeres

1. La violencia de género como un fenómeno sistémico

La agenda social de los últimos años ha sido escenario de numerosas campañas y protestas impulsadas por mujeres de las más diversas latitudes del mundo, a raíz de las cuales han encontrado la oportunidad de rebelarse ante la subyugación a la que identifican son sometidas, a pesar de constituir poco más de la mitad de la población del planeta³.

Esta ola de multitudinarias manifestaciones ha permitido visibilizar problemáticas que afectan a una cantidad considerable de mujeres, pero que hasta el momento no habían sido capaces de penetrar en la opinión pública. Particularmente, es lo que ha ocurrido con las agresiones sexuales, que debido a diversos factores entre los que destaca la naturalización de la violencia de género, el conservadurismo impuesto por instituciones como la iglesia, y los estereotipos que pesan sobre las víctimas que la sufren, habían permanecido invisibilizadas, careciendo de políticas públicas que le hicieran frente.

Pero el escenario ha cambiado. Y aunque las movilizaciones han propiciado una intensa disputa para que las problemáticas sean verdaderamente resueltas, suele ocurrir que las propuestas se enfrentan a una inquebrantable barrera que esfuerzos limitados al ordenamiento formal son incapaces de traspasar. Esta realidad ha sido por largos años experimentada y estudiada por gran parte de grupos feministas, que han explicado las razones de la dificultad por medio de la evidencia de que las desigualdades y opresión no son fenómenos aislados o esporádicos, sino que corresponden a la expresión de una estructura sistémica que atraviesa a la sociedad en su conjunto⁴. Sin embargo, la caracterización de esta estructura no está totalmente consensuada dentro del movimiento, por lo que es denominada, descrita y explicada de forma distinta dependiendo de la corriente feminista en que se desarrolle.

En ese sentido, la filósofa feminista Cinzia Arruzza en su artículo “Reflexiones Degeneradas: sobre Patriarcado y Capitalismo”, realiza un estudio en el que repasa la producción teórica feminista que se centró en explicar y definir qué era y cómo funcionaba este sistema estructural de opresión denominado generalmente “patriarcado”, y el modo en que se relacionaba con otros sistemas opresivos, entre los que destaca el capitalismo. Este estudio en torno a un debate que fue particularmente generoso en las décadas de los 70 y 80, se posicionaba, para esta autora y las pensadoras que en aquella época lo impulsaron,

³ Julieta Paredes, *Hilando Fino desde el Feminismo Comunitario*, 2º ed. (Ciudad de México: Comunidad Mujeres Creando 2014), 47 – 49.

⁴ Cinzia Arruzza, *Reflexiones Degeneradas: Sobre Patriarcado y Capitalismo*, comp. por Grupo De Estudios Feministas en Género y Capitalismo. *Debate en Torno a Reflexiones Degeneradas*. (Santiago: Grupo de Estudios Feminista, 2017), 22.

como un ejercicio especialmente crucial en miras a comprender cómo funciona la sociedad y el sistema que la constituye, en qué se sostiene y fundamenta y, en consecuencia, cuáles son las claves para enfrentarlo y superarlo.

Así, Arruzza comienza indicando que el término “patriarcado” se ha utilizado, en general, “para subrayar que la opresión de género es un fenómeno que no puede reducirse a las relaciones interpersonales, sino que tiene un carácter y una consistencia social mayor”⁵. Sin embargo, alerta que esta definición sigue siendo genérica y poco precisa, requiriendo de una mayor conceptualización teórica. Es por ello por lo que la autora, tras estudiar el debate y analizar las diversas propuestas que fueron construidas desde el feminismo para su contestación, llega a concluir que este ordenamiento al que se le ha denominado “sistema patriarcal” no debe asumirse como una estructura autónoma de relaciones únicamente contingentes con otros sistemas de opresión como el capitalismo. Más bien, resulta fundamental comenzar a asimilarlo con relación al capitalismo como una misma identidad o una unidad, pues ambos ordenamientos son indisolubles y conforman una totalidad. Esta perspectiva, entendida como la Teoría Unitaria, denomina y caracteriza a esta estructura como sistema *capitalista patriarcal* al que concibe como “una totalidad viviente de relaciones sociales, en la que las relaciones de clase trazan líneas de demarcación e imponen limitaciones que afectan a todas las formas de relación. Entre ellas, también encontramos las relaciones de poder conectadas con el género, la orientación sexual, la raza, la nacionalidad y la religión”⁶ que son, finalmente, “momentos concretos de esta totalidad articulada”⁷, de modo que su tratamiento y combate no resulta efectivo si es aislado o abstraído de la estructura que lo sostiene⁸.

Estas relaciones de poder presentes a lo largo de la historia e identificadas por la Teoría Unitaria, tienen expresiones más o menos evidentes que influyen en el desenvolvimiento de la vida de las personas. Entre ellas destacan las relaciones de poder del género, que en su especificidad encuentran en la violencia de género uno de sus mecanismos sociales fundamentales para forzar a las mujeres a una situación de subordinación con respecto a los hombres, tal como lo reconoce la Organización de Naciones Unidas en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer del año 1993⁹.

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*, 39.

⁷ *Ibíd.*, 51.

⁸ Este aspecto es el que, precisamente, vuelve imprescindible la Teoría Unitaria. La comprensión que otorga sobre la violencia de género enmarcada en una totalidad más amplia permite concebir que, en la práctica, no basta con reformas al derecho vigente para hacer frente a la violencia de género, sino que es necesario un cuestionamiento a la institución en su conjunto.

⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer* (1993).

En ese sentido, para comprender el concepto de la violencia de género es necesario detenerse en la definición misma de género, cuyo debate también cuenta con una amplia historia dentro del feminismo. En él destaca especialmente el aporte realizado en las últimas décadas por la vertiente posmoderna, que ha venido a desarrollar con mayor amplitud y profundidad la teoría de género, proponiendo a través de una de sus más importantes representantes, Judith Butler, una definición que lo comprende no como una identidad estable, sino como una identidad instituida por una repetición estilizada de actos.

Para explicar esta tesis, Butler deja atrás la vieja distinción entre el sexo y el género, el primero entendido como un concepto que describe lo natural e invariable, y el segundo entendido como su interpretación cultural. Afirma que esta diferenciación resulta en realidad ficticia, pues el sexo, al estar establecido como una posibilidad dual y limitada, es ya de por sí una categoría dotada de género y, por ende, está también construido culturalmente. En base a esta premisa, la autora explica que el sexo, por definición, siempre fue género, resultando fundamental para comprender la categoría género el hecho de que no exista ninguna base anterior prediscursiva y políticamente neutral sobre la que actúe la cultura, por lo que, en consecuencia, nunca ha existido una *naturaleza* sexuada que determine las identidades de las personas¹⁰.

“Esta producción del sexo como lo prediscursivo debe entenderse como el resultado del aparato de construcción cultural nombrado por el género”¹¹. De este modo, Butler explica que el género es aquella asignación social de identidad que se le ha otorgado a las personas en base a ciertas diferencias de sus cuerpos, establecidas arbitrariamente con una significación tal, que llegan a configurar la piedra angular de su identidad. Esto implica que, como no existe una base sustancial de identidad respecto al género, pues no hay una esencia -o sexo- desde donde este provenga, la significación se otorga a través de la repetición de prácticas discursivas reguladoras, que en la medida en que son prácticas, tienen la potencialidad de variar. Precisamente es la falta de identidad preexistente lo que concede a estas prácticas el carácter de performativas, puesto que no pueden medirse como verdaderas o falsas, ni reales ni distorsionadas, ya que carecen de un modelo sobre el cual basar su parámetro. “Los géneros no pueden ser ni verdaderos ni falsos, ni reales ni aparentes, ni originales ni derivados”¹², esto explica que, contrario a lo que rezan los fundamentos de la heteronormatividad, el género no responda únicamente a lo masculino y a lo femenino ni ligue dichos comportamientos a la sexualidad de las personas, sino que

¹⁰ Judith Butler, *El Género en Disputa: El Feminismo y la Subversión de la Identidad*. (Buenos Aires: Paidós 2017), 55 y 56.

¹¹ *Ibíd.*, 56.

¹² *Ibíd.*, 275.

también pueda ser una alternativa distinta al binarismo impuesto, pudiendo incluso mantenerse en tránsito o ser múltiple.

Así como el género puede variar en sí mismo, también lo puede hacer de sociedad en sociedad, al ser su expresión, estatus y prestigio un fenómeno cultural¹³. Esto lleva a comprender cómo el género opera en una relación primaria de poder y dominación en la estructura social capitalista patriarcal, transformándose en una categoría política que crea y perpetúa relaciones asimétricas entre los sujetos¹⁴.

Por su parte, el concepto de violencia hace alusión a actos que implican el uso de la fuerza -física, psicológica, verbal o simbólica, entre otros mecanismos- con el objetivo de forzar u obligar a un otro a algo a lo que voluntariamente no accedería.

Así, es posible concluir que el concepto de violencia de género puede ser comprendido como el ejercicio de dominio hacia las personas designadas como mujeres, quienes pertenecen a la escala inferior de la jerarquía social por estar arbitrariamente asociadas con el constructo de género femenino. En esa línea, la reconocida antropóloga feminista latinoamericana Rita Segato afirma que debido al sistema de género las mujeres históricamente han sido consideradas como lo inferior y despreciable y que, por ende, en la violencia hacia todo lo que representa lo femenino estaría reafirmando la asociación de aquello¹⁵.

El hecho de que la desigualdad de género sea parte de la organización social en la que se desenvuelven nuestras vidas, y que la violencia de género se presente ante esto como un fenómeno que busca el mantenimiento de esta desigualdad, es lo que nos permite entenderla como un fenómeno estructural, puesto que se inscribe en la propia sociedad, es decir, en las relaciones sociales mismas¹⁶. De este modo, ciertas esferas de la vida pasan a tener un rol preponderante en el control y sometimiento, tal como ocurre con la sexualidad o la familia, relegadas a un espacio privado que se constituye como centro de dominación proclive al abuso y la coerción¹⁷.

Que la violencia de género sea estructural conlleva una serie de implicancias que la convierten en un fenómeno especialmente difícil de identificar y, más aún, de combatir. En la medida en que su existencia

¹³ *Ibíd.*, 84 y 85.

¹⁴ María Luisa Maqueda Abreu, “La Violencia de Género: Entre el Concepto Jurídico y la Realidad Social”, *Artículo 14, Una Perspectiva de Género: Boletín de Información y Análisis Jurídico*, n.14 (2016): 6.

¹⁵ Rita Segato, *La Guerra contra las mujeres* (Madrid: Traficantes de Sueños, 2016).

¹⁶ Claudia Vallejo Rubinstein, *Representaciones de la Violencia Contra las Mujeres en la Prensa Española (El País/El Mundo) Desde una Perspectiva Crítica de Género: Un análisis crítico del discurso androcéntrico de los medios* (Barcelona, 2005), en Estefanía Martynowskyj, “Locos, Psicópatas, Anormales... o de las Estrategias Discursivas Para Invisibilizar el Carácter Estructural de la Violencia de Género”, *Temas y Debates: Revista Universitaria de Ciencias Sociales*, n.30 (2015): 162.

¹⁷ María Luisa Maqueda Abreu, “¿Es la Estrategia Penal una Solución a la Violencia Contra las Mujeres? Algunas Respuestas Desde un Discurso Feminista Crítico”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4 (2007): 4.

es parte intrínseca de la organización social, le es otorgada una legitimidad que incluso llega a ser muchas veces avalada de manera totalmente explícita por el derecho¹⁸, lo que la vuelve mucho más resistente a la crítica y a los cambios, llegando incluso a negarse su existencia. Y en la misma línea, aun cuando no goza del respaldo explícito de la legalidad, su carácter estructural sigue permitiendo que sea mucho más tolerada y, por ende, notoriamente más extendida de lo que muchas veces se cree. Un individuo que ejerce la violencia de género no hace más que llevar al extremo conductas que se consideran *normales*, volviendo aún más complejo el enfrentamiento al fenómeno¹⁹.

Hablar de violencia de género permite evitar limitarse a un concepto que solo se remita a agresiones físicas, ampliándolo a uno que dé cuenta de un fenómeno que sustenta, y a la vez sostiene, un régimen estructural de desigualdad. Y aunque en la práctica se trata de un fenómeno que puede ejercerse tanto contra quienes han sido categorizados como hombres como también contra quienes han sido categorizadas como mujeres, su prevalencia es considerablemente mayor contra estas últimas. Esto se explica, tal como desarrolla Segato, porque los cuerpos feminizados, por su condición de desigualdad en la jerarquía social ya mencionada, son los que se ven más expuestos como territorio de dominio y conquista, de modo que el ejercicio de la violencia de género, sobre todo en su vertiente sexual, principalmente recae contra ellos²⁰.

Las estadísticas confirman esta prevalencia, tal como lo ilustran la cuenta pública del Fiscalía de Chile del año 2013, donde el porcentaje de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar es de un 79%, versus el 21% de víctimas hombres, cifras que se replican en los delitos sexuales, donde el 82% de las víctimas son mujeres frente a un 18% de hombres²¹.

¹⁸ Existe una amplia diversidad de ejemplos de legitimización de la violencia de género en distintas ramas del ordenamiento jurídico chileno. En materia civil, particularmente en el derecho de familia, se puede mencionar el proceso de divorcio, donde el juez tiene la obligación de llamar a conciliación a las partes con el fin de que conserven el vínculo matrimonial (art. 67 Ley 19.947), sin importar si las razones que fundan la demanda se basan, por ejemplo, en un divorcio sanción imputable a malos tratos graves físicos o psicológicos del cónyuge demandado o su intento de prostituir a la demandante. En ese mismo ámbito, el art. 1749 del Código Civil constituye otra expresión de legitimización de la violencia, al establecer explícitamente que el marido es el jefe de la sociedad conyugal y, en consecuencia, administrador de los bienes propios y de la mujer, en circunstancias en que dicho sistema patrimonial es el definido por defecto en el matrimonio a falta de especificación de las partes. En cuanto a la materia penal, es relevante mencionar la tolerancia institucional a los casos aislados de maltratos físicos o psicológicos en contexto de violencia intrafamiliar, en la medida en que la Ley 20.066 establece que las agresiones de este tipo solo serán consideradas delitos únicamente cuando se ejerzan con habitualidad por parte del agresor.

¹⁹ Raquel Osborne, *Apuntes sobre violencia de género* (Barcelona: Bellaterra, 2009), 48.

²⁰ Rita Segato, “Las Nuevas Formas de la Guerra y el Cuerpo de las Mujeres”, *Sociedad e Estado* 29, n.2 (2014).

²¹ Fiscalía Nacional, *Informe Cuenta Pública Fiscal Nacional: Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar* (2014).

2. La violencia sexual contra las mujeres

El concepto de violencia de género es concebido como un constructo complejo que cuenta con una gran variedad de dimensiones, entre las que destacan la violencia física, la violencia psicológica, la violencia sexual, la violencia económica, la violencia simbólica y la violencia institucional. Todas ellas son formas de expresión diversas de este mecanismo de mantenimiento de la desigualdad de género y tienen definiciones específicas, comprendiendo acciones, omisiones y actuaciones determinadas y diferenciadas.

El estudio de este trabajo se centra en la violencia de género de tipo sexual, definida como aquella coerción para realizar prácticas sexuales indeseadas²². En específico, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, la conceptualizan como: “todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo”²³.

La misma OMS señala que la coacción puede abarcar grados variables de fuerza, intimidación psicológica, extorsión o amenazas y también involucrar situaciones en que la persona no está en condiciones de dar su consentimiento, como por ejemplo cuando está ebria o dormida²⁴.

De esta forma, la violencia de tipo sexual encuentra múltiples formas de expresión, varias de las cuales están recogidas como figuras delictivas en el Código Penal. Así, es posible encontrar la tipificación de la violación, el estupro, el abuso sexual, la corrupción de menores y el abuso sexual indirecto.

La definición de este tipo de violencia hace evidente que en la existencia de una agresión sexual se encuentra, por un lado, una persona -o más- que es catalogada como agresor y, por otro lado, otra catalogada como la víctima. El agresor es quien lleva a cabo las conductas de tipo violentas como el uso de la fuerza física, intimidación, coerción, engaño, obligación del secreto, entre otras, tendientes a la consecución de metas sexuales deseadas por esa o esas personas. Por su parte, la víctima es afectada por

²² Alejandra Morales y Renata Sandrini, “Lesiones y violencia de género frente a la jurisprudencia”, (Memoria Para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010), 18.

²³ Organización Mundial de la Salud, & Organización Panamericana de la Salud, *Comprender y Abordar la Violencia contra las Mujeres: Violencia Sexual* (2013), 2, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=

²⁴ *Ibíd.*

estas conductas que consiguen afectar su espectro de opciones posibles y la involucran contra su voluntad en una situación sexual en la que no desea estar²⁵.

Como se acaba de constatar, para el ejercicio de la violencia sexual se requiere de uno o varios sujetos perpetradores concretos que a lo largo de la historia han sido posicionados en el sentido común como casos excepcionales y no corrientes, siendo calificados como individuos locos, psicópatas o anormales. Sin embargo, no se puede perder de vista que se trata de un fenómeno que no está exento del carácter estructural ya estudiado de la violencia de género y, como tal, su ocurrencia no es azarosa ni inesperada, sino que más bien responde a la forma en como está estructurada nuestra sociedad²⁶.

Así también lo han demostrado diversos estudios, como los efectuados por Segato en prisiones de Brasil, en los que en base a entrevistas realizadas a condenados por ataques sexuales perpetrados en el anonimato de las calles y contra víctimas desconocidas, es posible concluir que sus acciones son “expresiones de una estructura simbólica profunda que organiza nuestros actos y nuestras fantasías y les confiere inteligibilidad. En otras palabras: el agresor y la colectividad comparten el imaginario de género, hablan el mismo lenguaje, pueden entenderse”²⁷.

Tener en cuenta esta característica resulta fundamental para cualquier trabajo en torno a las agresiones sexuales y los delitos que la componen, sobre todo cuando este se realiza en el marco del derecho penal. Ello, porque esta rama centra su acción en los individuos concretos que llevaron a cabo la acción punible, lo que la devela como una herramienta limitada en el tratamiento del problema en la medida en que únicamente actúa sobre el último eslabón -que, sin embargo, resulta ser muchas veces el más expresivo- de una cadena de violencia que tiene un origen mucho más intrincado.

En esa misma línea, existen otras razones que relevan la necesidad de cuestionar el posicionamiento del derecho penal y procesal penal como la herramienta más idónea para enfrentar la violencia sexual. Una de ellas es la existencia de las múltiples formas en que las agresiones sexuales son enfrentadas por las víctimas, dependiendo del interés que persigan y la historia personal que arrastren. En la práctica, el proceso penal ha demostrado cuantitativamente no ser una de las herramientas a las que más recurren las ofendidas. Y aunque esto tiene como explicación fundamental las barreras que impone el ordenamiento capitalista patriarcal a las víctimas, impidiendo su acceso a la justicia -lo que será desarrollado más adelante-, es necesario tener en consideración que legítimamente, para algunas de ellas, no concita interés la utilización de la justicia estatal punitiva propia del derecho moderno contra los agresores, pudiendo

²⁵ Policía de Investigaciones, *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales: Cavas Metropolitano: 16 años de Experiencia* (Santiago, 2003), 58.

²⁶ Estefanía Martynowskyj, “Locos, Psicópatas, Anormales”, ob. cit.

²⁷ Rita Segato, *La Guerra Contra las mujeres*, ob. cit., 38.

surgir otras alternativas más idóneas para su tratamiento, lo que demuestra que no siempre la respuesta para hacer frente a las problemáticas de la violencia sexual será el robustecimiento del derecho penal y de los procesos que lo ordenan.

El trabajo en curso centra sus estudios en la violencia de tipo sexual ejercida a través de la violación sobre víctimas mujeres que, como se ha expuesto, representan la gran mayoría de las víctimas de este delito. Se limitará, además, a aquellas víctimas que son mayores de 18 años y se buscará revisar algunas de las deficiencias que presenta el derecho penal y procesal penal cuando estas deciden recurrir a él, teniendo siempre presente una perspectiva que considere las aprehensiones que presenta el ordenamiento jurídico, cuyas incidencias serán desarrolladas en las próximas páginas.

CAPÍTULO II. El Derecho, su neutralidad y la crítica feminista

1. El derecho y su pretensión de imparcialidad, neutralidad y universalidad

El sistema jurídico, constituido de la forma en que actualmente lo conocemos, surge a partir de la Ilustración, basándose en métodos, principios y modos de proceder inspirados en el racionalismo, que son presentados como patrimonio de la imparcialidad y garantes del interés general²⁸. Así, este derecho construido a partir del ideario liberal y la teoría contractualista, presenta entre sus principales principios rectores la denominada igualdad formal, que realiza una esperanzadora promesa, afirmando que tratará “de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales”²⁹.

Sin embargo, esta afirmación ha permanecido incapaz de traspasar la barrera de lo meramente formal. El mismo John Rawls, uno de los principales promotores del desarrollo del sistema de derecho tal como es actualmente conocido, ha señalado que no puede existir “garantía alguna de un tratamiento sustantivo igual”³⁰, puesto que hasta sistemas extremos como los de esclavitud podrían afirmarse en la premisa del principio de la igualdad ya aludido.

En efecto, las carencias de la promesa hecha por la Ilustración han sido evidenciadas de las formas más diversas por múltiples sectores de la población. Uno de ellos es el caso de las mujeres, quienes han sido testigas de primera fuente y en la práctica, de la inexistencia de un trato igualitario por parte del ordenamiento jurídico debido a la persistencia social de la discriminación sexual³¹.

Ello, porque la estructura capitalista patriarcal que se impone transversalmente a la sociedad no es indiferente al derecho³². En el proyecto jurídico de la modernidad esto se reflejó de forma explícita en la legislación, que negaba abiertamente derechos básicos a las mujeres. No obstante, la situación varió progresivamente producto de las diversas olas de protesta feminista, que consiguieron, entre otras cosas, la conquista de derechos que pasaron a ser reconocidos en el mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo, esto no impidió que la desigualdad siguiera existiendo, pasando a cristalizarse de una forma predominantemente implícita, pudiendo ser identificada en las múltiples dificultades que las mujeres encuentran a la hora de recurrir a los tribunales de justicia para hacer frente a las vulneraciones que las

²⁸ Juan Antonio García Amado, “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 9 (1992), 14.

²⁹ Iván Díaz García, “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, Iusfundamentalidad y Consecuencias”, *Revista Ius et Praxis* n. 2 (2012): 41.

³⁰ *Ibid.*, 42

³¹ Daniela Heim, *Mujeres y Acceso a la Justicia*, (Barcelona: Didot, 2016), 89.

³² Frances Olsen, *El Sexo del Derecho*, en *Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, compilado por Alicia E. C. Ruiz, (Buenos Aires: Biblos, 2000), 25-42, en David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York: Pantheon, 1990), 452- 467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.

afectan, así como también en las respuestas total o parcialmente insatisfactorias que obtienen una vez que logran ser atendidas³³. En ese sentido, un estudio de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación del Poder Judicial realizado el año 2020, estableció que en Chile las mujeres víctimas de violencia, una vez superadas las dificultades anteriores al sistema, deben enfrentar distintos tipos de barreras de acceso a la justicia tales como aquellas referentes al trato recibido; aquellas de tipo jurídicas, referidas a la falta de perspectiva de género y desconocimiento del derecho internacional por parte de jueces y operadores; y las de tipo institucional, relacionadas con la falta de coordinación de los organismos que intervienen en estos casos³⁴.

Comprender desde una perspectiva feminista la forma en que el capitalismo patriarcal estructura el mundo es lo que permite analizar las reglas del derecho desde una visión crítica, entendiendo que este se encuentra inserto en un escenario material distinto al descrito por el contractualismo liberal. En la sociedad no existe igualdad de condiciones de existencia, producción y reproducción de los seres humanos, y es precisamente ahí donde yace el impedimento fundamental para el funcionamiento de las lógicas del liberalismo, así como el de la obtención de sus ideales. Es por ello por lo que el feminismo jurídico sostiene que el combate de la desigualdad no se limita a hacer frente a un mero problema de discriminación, sino que debe abordar la ordenación capitalista patriarcal que cruza al derecho en su conjunto, teniendo como desafío “reconstruir el mundo para eliminar el sexismo de las estructuras sociales, económicas y políticas”³⁵.

En su artículo “¿Tienen sexo las normas?”, el filósofo del derecho José Antonio García Amado realiza una revisión de las críticas feministas al derecho, concluyendo que desde esta visión se identifican como los principios estructurantes básicos del sistema jurídico liberal a la imparcialidad, la neutralidad y la universalidad. Estos principios son fundamentales, porque el derecho liberal se argumenta como el idóneo para regir nuestra sociedad en base al supuesto hecho de ser conformado por ellos. Sin embargo, desde la perspectiva feminista, en la medida en que estos principios se establecen a partir de una valoración eminentemente masculina, que desoye la voz de las mujeres, surge el cuestionamiento en torno a si efectivamente pueden establecer el régimen que prometen e, incluso, si es que es realmente deseable que existan³⁶.

³³ Daniela Heim, *Mujeres y Acceso a la Justicia*, ob. cit., 90.

³⁴ Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación del Poder Judicial, *Acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial* (Santiago: Isónoma, 2020), 214 – 217.

³⁵ Encarna Bodelón, *Feminismo y Derecho: Mujeres que Van Más Allá de lo Jurídico*, en Gemma Nicolás Lazo (coord.), et al., *Género y Dominación: críticas feministas del derecho y el poder* (Barcelona: Anthropos, 2009), 111.

³⁶ Juan Antonio García Amado, “¿Tienen sexo las normas?”, ob. cit., 31.

La producción académica feminista relacionada con el análisis del derecho comienza a ver su explosión en los Estados Unidos en torno a los años 70, en el marco de un área denominada *feminist jurisprudence*, *feminist legal theory* o *feminist legal thought*³⁷. Naturalmente, y en línea con lo ya expuesto, no se trata de un ámbito que esté exento de discusiones; sin embargo, es posible afirmar que se asienta sobre el presupuesto general de que el discurso jurídico tradicional es percibido como problemático, pues tiende a “ignorar a las mujeres, sus experiencias, sus intereses y todas sus contribuciones a la vida”³⁸. Teniendo ello en cuenta, García Amado es certero en formular el desafío que surge naturalmente de esta problemática: la búsqueda de su superación.

Para ello, el autor esboza las respuestas que han surgido desde el feminismo jurídico, constatando lo disímiles que ellas son. Así, las diferencia en un primer grupo, que se centra en la idea de que basta con cambiar el contenido de las normas que regulan la situación de las mujeres para que la discriminación termine, y un segundo grupo, que releva fundamentalmente la necesidad de “cambiar también las formas y procedimientos que en nuestra cultura jurídica se tienen por garantes de la objetividad, imparcialidad y neutralidad en la resolución de los conflictos jurídicos”³⁹.

2. Posiciones feministas críticas ante el Derecho

La profesora de derecho de la Universidad de California y miembro de la Escuela del Feminismo Legal, Frances Olsen, realiza una detallada categorización de las corrientes que recorren el pensamiento feminista del derecho⁴⁰, agrupándolas en torno a las estrategias que aplican para enfrentar los problemas que el actual ordenamiento representa para las mujeres, las que variarán debido a las diversas formas que tienen de concebir el origen del fenómeno y la forma en que este opera. Para realizar esta clasificación, parte por la noción de que nuestra sociedad se ha pensado estructurada en una serie de dualismos dicotómicos y complementarios, que han procedido a ser sexualizados y posteriormente jerarquizados, naciendo de ello la oposición masculino-femenino, en la que los valores asociados a lo femenino se subordinan a los rasgos asociados con el varón. Así, identifica a la corriente del reformismo legal; a la corriente que define al derecho como un orden patriarcal y eminentemente masculino; y a la corriente de la teoría jurídica crítica, cuyas comprensiones son a las que adscribe este trabajo.

³⁷ Malena Costa. “El Pensamiento Jurídico Feminista en América Latina. Escenarios, Contenidos y Dilemas”, *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba*, n.2 (2014): 1.

³⁸ *Ibíd.*, 12.

³⁹ Juan Antonio García Amado, “¿Tienen sexo las normas?”, *ob. cit.*, 31.

⁴⁰ Frances Olsen, *El Sexo del Derecho*, *ob. cit.*

Respecto a la primera categoría, reformismo legal, Olsen explica que engloba a las estrategias que reconocen y aceptan la visión dualista y jerarquizada de la sociedad, donde lo racional se opone, y por ende se posiciona, por sobre las emociones, la cultura sobre la naturaleza y el poder sobre la sensibilidad, entre otras características. Pero discute contra la aceptada idea de que la mujer debe ser identificada con el lado menos valorado socialmente -emoción, naturaleza, sensibilidad-. Contrariamente a ello, esta corriente busca que las mujeres también sean asimiladas con el lado que es efectivamente favorecido por este orden, es decir, la razón, la cultura o el poder.

El reformismo legal, relacionado principalmente con el ideario del feminismo liberal, sostiene que las mujeres han sido sistemáticamente *entrenadas* para cumplir con los atributos de la dualidad socialmente menos valorada, por lo que resulta menester revertir tal situación con el objeto de conseguir que los roles del sexo sean cuestión de elección del individuo y no una imposición⁴¹. En consecuencia, funda una crítica al derecho señalando que este sí debería ser racional y objetivo, puesto que efectivamente estas características tienen un valor jerárquico mayor, pero que en la medida en que no se haga cargo de los reclamos de las mujeres llevando a cabo políticas para beneficiarlas, será incapaz de cumplir ese horizonte. Así, la estrategia del reformismo legal se afianza en la denuncia de cómo, por las razones ya señaladas, la aspiración de neutralidad del derecho fracasa cuando se enfrenta a las mujeres. Ante ello, plantea como tarea primordial el impulso de reformas legales que sean capaces de hacerse cargo de esta deficiencia, asumiendo la subordinación de las mujeres y elaborando “normas cuidadosamente diseñadas para rectificar y superar esta injusta desigualdad”⁴².

En la segunda categoría detallada por Olsen se encuentra una posición radicalmente distinta, basada en la aceptación de la sexualización de los dualismos, pero que es crítica frente a su jerarquización, defendiendo que los rasgos inferiores identificados históricamente con lo femenino pueden ser igual o mejores que los masculinos. Esta corriente, relacionada principalmente con el feminismo de la diferencia, caracteriza al derecho “como una institución fundamentalmente patriarcal”⁴³, al asumir que se construye y funda desde los rasgos asociados a lo masculino: racional, objetivo, abstracto y universal, a los que rechaza otorgarles una valoración que los posicione jerárquicamente por sobre lo femenino.

Esta afirmación decanta en un cuestionamiento de los fundamentos, métodos y categorías de la ciencia jurídica oficial y encuentra entre sus principales exponentes a Catharine MacKinnon, una de las primeras y más decisivas teóricas jurídico-feminista en sostener el carácter masculino que conforma y presenta el Derecho en todas sus facetas: creación, interpretación, modificación y aplicación de sus normas y

⁴¹ *Ibíd.*, 142.

⁴² *Ibíd.*, 147.

⁴³ *Ibíd.*, 150.

principios⁴⁴. Para ella, el feminismo “pone en discusión la idea misma de objetividad, imparcialidad, universalidad, en cuanto a estrategias masculinas de hegemonía. En suma, no existe una realidad o una perspectiva neutra respecto del género, no obstante, su afirmación permite negar la desigualdad entre los sexos y por lo tanto contribuye a construir la realidad desde el punto de vista de quien tiene el comando”⁴⁵.

Según Olsen, las concepciones del Derecho de esta vertiente asumen una visión mucho menos optimista sobre las posibilidades de reforma legal. Un ejemplo de ello son las palabras de una de las desarrolladoras de esta corriente, Diane Polan, quien señala que los cambios legislativos únicamente serán efectivos “cuando son emprendidos en un contexto de cambios económicos, sociales y culturales más amplios”⁴⁶.

Finalmente, la tercera categoría identificada por Olsen asienta una comprensión aún más disruptiva con las concepciones reinantes. Denominada como la corriente de la “teoría jurídica crítica”, se caracteriza por elaborar una profunda diferencia tanto con la idea de la sexualización de los dualismos como con la jerarquización existente entre ellos. De esta forma, combate ideas básicas del pensamiento moderno, negándose a seguir un modelo de comprensión basado en la existencia de dualismos que se contraponen, lo que, en consecuencia, refuta la idea de existencia de rasgos que se puedan asociar a uno u otro sexo o a una mayor o menor valoración al hecho de tenerlos. Al contrario, y en concordancia con los aportes postmodernos de Butler⁴⁷, afirma que es ficticio asegurar que las personas o las relaciones sociales se conforman monóticamente, sin matices. “Ser irracional es racional y la objetividad es necesariamente subjetiva”⁴⁸. Plantear que en los seres humanos solo puede existir una única línea de atributos vuelve arbitrariamente reduccionista la visión sobre estos y sus relaciones sociales.

Esta corriente, vinculada con el feminismo y las teorías de género postmodernas, afirma que el derecho no puede definirse como racional, ni objetivo, ni universal, porque no es posible corresponderlo completamente con ninguno de los dos lados que plantea el dualismo.

En particular, defiende que el derecho no puede ser totalmente universal puesto que se trata de un conjunto de normas muy específicas, precisas y contextuales, que cubren una cantidad muy baja de casos como para ser establecidas como universalidades. Contiene principios que buscan regular su aplicación, pero que muchas veces se contraponen entre sí, surgiendo resultados muy diversos de la preponderancia entre uno u otro. “El sistema legal fluctúa en su fundamento entre normas y principios, pero su aspiración

⁴⁴ Alessandra Facchi, “El pensamiento feminista sobre el Derecho: Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stand Dahl”, *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, n.6 (Buenos Aires, 2005), 37.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ Frances Olsen, *El Sexo del Derecho*, ob. cit. 151.

⁴⁷ Vid. *Supra*, capítulo I, apartado 1, 2 y 3.

⁴⁸ Frances Olsen, *El Sexo del Derecho*, ob. cit., 146.

de ser universal jamás se ha concretado. El derecho no es más abstracto y universal que personalizado y contextual⁴⁹.

Asimismo, sostiene que el derecho tampoco puede considerarse totalmente racional, porque es incapaz de presentar por sí mismo argumentos racionales que permitan escoger qué garantías reconocer y proteger en cada caso particular ante un escenario de colisión. La elección entre derechos se trata, más bien, de una cuestión política, y es esto último lo que a su vez niega el supuesto carácter eminentemente objetivo del ordenamiento jurídico.

Resulta relevante detenerse en estas últimas afirmaciones con el objeto de destacar dos aspectos. En primer lugar, lo certera que se vuelve esta corriente para identificar el papel fundamental que tiene la política en el derecho, su conformación y modos de operar. Cuando desde el liberalismo se presenta un derecho que tiene una pretensión de universalidad y objetividad, asentándose en principios que lo buscan posicionar como si existiera ese único camino posible para llegar a un ordenamiento verdaderamente justo, lo que hace es, tras un disfraz de falsa neutralidad y objetividad, negar la existencia de otras alternativas que también son posibles. Y cuando niega la existencia de otras alternativas, también desconoce que el orden jurídico, tal como lo conocemos, es en sí mismo una elección entre esas posibilidades, factibles de debatir en la medida en que como sociedad optamos por la consecución de objetivos nuevos.

En segundo lugar, la afirmación que realizan algunos sectores de la teoría jurídica crítica en torno a que el ordenamiento carece verdaderamente de racionalidad, también merece una reflexión. Ello, porque la tesis mencionada se sostiene en la concepción de que la racionalidad es una suerte de regla de consecuencia lógica entre una premisa y otra. Esto implica que, en un ordenamiento jurídico como el chileno, en el que existen varias alternativas para actuar y que las decisiones que optan entre una u otra se basan en inclinaciones que finalmente son políticas, la racionalidad así entendida no existe.

Una premisa como la descrita, sostiene una lógica que contrapone necesariamente la política a la racionalidad, lo que resulta altamente cuestionable. Siguiendo a Olsen, la teoría jurídica crítica no pretende plantear que una decisión política carece de racionalidad. Al contrario, establece que una de las condiciones necesarias es que precisamente la tenga. Lo debatible es que desde el ordenamiento y métodos jurídicos actuales se nos presente la racionalidad como una sola, cuando en realidad existen múltiples tipos de racionalidades bajo las cuales se puede crear y aplicar el derecho, siendo la teoría jurídica crítica una muestra de ello.

⁴⁹ *Ibíd.*, 153.

Por otro lado, esta categoría feminista del derecho reconoce que se trata de un ordenamiento patriarcal en la medida en que con frecuencia es opresivo para las mujeres, pero niega que, como afirman otras corrientes, tenga una esencia o naturaleza inmutable que lo defina como un sistema inherentemente masculino. Al contrario, sostiene como aspecto fundamental que el derecho es una forma de actividad humana. Esto significa que su configuración tiene relación con las lógicas con las que funciona materialmente la sociedad y las personas que se involucran en las prácticas sociales. Por ello, el derecho, en su dimensión de práctica social, puede variar. No existe algo parecido a una “esencia”, menos aún en el derecho. Lo conocido es producto de la materialidad histórica y esta cambia en la medida en que transcurre el devenir. En consecuencia, el derecho también puede hacerlo.

La teórica socio-jurídica feminista y académica de la Universidad de Manchester, Carol Smart se posiciona en esta corriente a partir de la necesidad de encontrar una noción que no exija fijar una categoría ni un referente empírico que sea “varón” o “mujer”. De esta forma, postula la noción de que el derecho crea el género, identificándolo con procesos que pueden operar en más de una dirección, de modo que no se puede presumir que *haga lo que haga*, inexorablemente favorecerá al hombre y explotará a la mujer. “Lo que deseo sugerir es que el derecho es parte del proceso de fijación de género y constituye, más de lo que lo hacen las ciencias biológicas, un discurso que insiste en la rígida distinción entre macho y hembra, masculino y femenino”⁵⁰. Así, invita a dejar atrás en el análisis crítico del derecho el objetivo de la neutralidad respecto del género y en vez de ello propone preguntarse “¿Cómo opera el género dentro del derecho y cómo opera el derecho para producir el género?”⁵¹.

Esta tercera categoría de estrategias feministas adopta una postura ecléctica para abordar el problema, apreciando los beneficios obtenidos a través de las reformas legales surgidas como respuesta a las diversas movilizaciones feministas, pero cuestionando la idea de que sea la teoría jurídica en abstracto la que por sí sola cumpla un papel muy relevante y profundo en la solución de la opresión de género. Esto, porque como se ha planteado, el derecho es indisoluble de la forma en que está estructurada la sociedad y, por tanto, sus transformaciones no son más que expresiones de los cambios que generan las luchas sociales que se desarrollan a lo largo la historia. “Las leyes son más reflexivas que constitutivas de realidades sociales y generalmente siguen la huella de los lineamientos existentes del poder”⁵².

Los objetivos de este trabajo y el análisis del derecho a partir de los cuales se desarrolla se enmarcan en la perspectiva de la *teoría jurídica crítica* y, específicamente, desde el análisis de Smart, que afirma que

⁵⁰ Carol Smart, *La teoría feminista y el discurso jurídico*, en *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Haydée Birgin (Compiladora), (Buenos Aires: Biblos, 2000), 68.

⁵¹ *Ibíd.*, 40.

⁵² Alda Facio, *Hacia otra teoría crítica del derecho*, en Lorena Fries y Alda Facio (comp. y selección), *Género y Derecho*, (Santiago: LOM, 1999), 17.

el Derecho -entendido como aquel ordenamiento de la sociedad, sus principios, procedimientos y normas jurídicas- crea género. En palabras de la autora, este enfoque “supone al derecho como un mecanismo *fijador* de diferencias de género que construye la femeneidad y la masculinidad como modalidades opuestas. Así, el derecho ya no es analizado como aquello que *actúa sobre* sujetos de un género predado; por el contrario, la ley constituye una parte del proceso de la continua reproducción de la difícil diferenciación del género”⁵³.

Esta teoría acierta en la forma de integrar la comprensión correcta de qué es el género y la forma en que opera. Ello porque, en concordancia con las ideas ya explicadas de Butler, el género es un proceso, una serie de acciones performativas, que no existe en ningún lugar externo a la esfera de la actividad cultural, por ende, no es posible encontrar el género como algo que esté *ahí fuera*, en estado puro⁵⁴. No existen las esencias, tampoco en el género. Son las relaciones sociales las que lo construyen, entre ellas el derecho.

Tener esta noción permite comprender la profundidad del problema que representa el derecho desde la óptica feminista y, en consecuencia, la intensidad e intencionalidad de las estrategias que se utilicen para resolverlo. Pero, por sobre todo, implica entender que no todo lo que se haga con esta herramienta será por sí mismo explotador o degradante para las mujeres, a diferencia de lo que sostiene la corriente que define al derecho como eminentemente masculino. El derecho no es esencialmente patriarcal o masculino y, en consecuencia, existe la posibilidad real de que intervenirlo se traduzca en el mejoramiento de la vida de las mujeres hoy⁵⁵.

Sin perjuicio de ello, resulta fundamental no perder de vista que para terminar con la opresión de género siempre será necesaria una estrategia final transformadora de las condiciones sociales y económicas imperantes, por lo que la utilización del derecho dentro de las condiciones actuales debe comprenderse en un sentido táctico e instrumental, y no como el objetivo final. Es esto a su vez, lo que diferencia a la teoría jurídica crítica de la corriente del reformismo legal.

La epistemología y metodología de la teoría jurídica crítica no ignora métodos jurídicos tradicionales. Sin embargo, los interpela y busca reorientar para revelar el androcentrismo que adolece la creación o interpretación de leyes, o las limitaciones de la justicia centrada en aspectos formales. Todo con el fin de construir soluciones que no se limiten únicamente a la proposición o modificación de ciertas normas de forma restringida y aislada, sino a intervenciones a los cimientos del derecho impuesto⁵⁶. Ante ello es

⁵³ Carol Smart, *La teoría feminista*, ob. cit., 67

⁵⁴ *Ibíd.*, 68.

⁵⁵ Encarna Bodelón, *Feminismo y Derecho*, ob. cit., 109.

⁵⁶ Daniela Heim, *Mujeres y Acceso a la Justicia*, ob. cit., 101.

que resulta primordial el análisis crítico que se realiza sobre los principios rectores del derecho, abriendo la posibilidad de cuestionarlos y “entender que la justicia está constituida por problemas que no tienen una solución unívoca, sino varias alternativas posibles de las que hay que escoger una. Significa saber qué es lo justo para cada caso concreto. Cuestionar la lógica jurídica significa abrirse a nuevas posibilidades de relaciones de convivencia entre los seres humanos sin reproducir las lógicas que hasta el día de hoy limitan el ejercicio y goce del potencial humano de mujeres y hombres”⁵⁷. El derecho es susceptible a diversas interpretaciones, y la creación de sus normas y procedimientos, así como también su aplicación, está en manos de personas que deben escoger cuál de todas ellas seguir. Debido a que esta actividad no es neutra, es que en las justificaciones que se utilizan para la toma de decisiones se encierra un aspecto fundamental a la hora de pensar el ordenamiento jurídico.

3. El derecho penal y procesal penal

Como se ha revisado, la violencia sexual ocupa un importante lugar en el mecanismo de control y disciplina de los cuerpos, oprimiendo principalmente a aquellos feminizados. Aunque algunas de sus formas de expresión, como la violación, están tipificadas como delitos, no han podido ser abordadas de modo adecuado por el derecho penal y procesal penal, que han sostenido un trato sistemáticamente discriminatorio y opresivo sobre las víctimas, en su mayoría mujeres, tal como se revisará en los siguientes capítulos. Así, el objeto de este trabajo es analizar aspectos problemáticos del derecho penal y, especialmente, procesal penal al abordar el delito de violación en mujeres víctimas mayores de 18 años. Considerando que este ilícito se encuentra íntimamente relacionado con la violencia sexual de género, el estudio no puede sino situarse desde una óptica feminista que sea capaz de reconocer la posición de opresión a las que han sido relegadas las mujeres, además de comprender cómo esta opresión envuelve al sistema del derecho en su totalidad y al derecho penal y procesal penal en su particularidad. La teoría jurídica crítica, como ya se ha planteado, contribuye a este objetivo, permitiendo develar el modo en que estas ramas del derecho expresan las problemáticas de la institución en su conjunto.

Desde la criminología feminista se ha estudiado el derecho penal en la línea de lo expuesto en este capítulo, llegando a la conclusión de que “el sexismo no solo está en el lenguaje y en las decisiones judiciales, sino en el mismo Derecho Penal”⁵⁸. Esta afirmación se sostiene, tal como ya ha sido revisado en el análisis al derecho en su conjunto, sobre la denuncia de que no existe verdadera neutralidad en su discurso. Para Raúl Zaffaroni, criminólogo argentino, el derecho punitivo no es más que un poder de

⁵⁷ Alda Facio, *Hacia otra teoría crítica*, ob. cit., 29.

⁵⁸ Carmen Antony, “Perspectivas de la Criminología Feminista en el Siglo XXI”, *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, n.3 (2001): 251.

vigilancia cuya consolidación frente a las mujeres implica su “reducción de los espacios vitales, la posibilidad de diálogo, de coalición y de resistencia”⁵⁹. En su artículo “El discurso feminista y el poder punitivo”, ilustra que la experiencia histórica ha probado que el poder punitivo ha estado siempre y de forma invariable del lado del más fuerte y explica que la discriminación tiene formas inorgánicas, orgánicas y oficiales de operar, que en conjunto conforman una idéntica estructura ideológica con una misma función de poder, consistente en la mantención estructural de la discriminación que afecta a las mujeres. Así, el poder punitivo en su forma actual, al ejercer su vigilancia y eventual coerción disciplinante contra los inferiores, es una de las “tres vigas maestras” de esta función de poder, que también asienta sus cimientos en el *pater familiae* y en el saber de la ciencia señorial. El primero, entendido como la expresión de poder cuya función es constituirse como la policía de la mujer, mientras que el segundo, entendido como la expresión de poder que se basa en la acumulación de la capacidad instrumental de dominio⁶⁰.

Aunque la distinción que hace el autor de las tres vigas maestras resulta muy absoluta y puede debatirse si es que en realidad es posible separar de forma tan clara los mecanismos sociales con los que opera la opresión, sí es claro que hay formas explícitas e implícitas en las que esta actúa en la sociedad. Una de ellas es el derecho punitivo, que constituye una forma orgánica de discriminación y jerarquización que, en la medida en que funciona como modo de disciplinamiento y control social, no ha estado del lado de las mujeres. Las innumerables dificultades que estas tienen para acceder a la justicia así lo demuestran.

En ese sentido, para el autor resulta fundamental la forma en la que opera poder punitivo. Es decir, la lógica de aplicación totalmente selectiva con la que funciona, que se impone sobre los diversos grupos de personas conforme a la vulnerabilidad que presentan y que termina por afectar siempre a quienes son más vulnerables. Zaffaroni describe este fenómeno como el de *selección criminalizante*, caracterizándolo como el producto último de todas las discriminaciones. El problema es que esta selección criminalizante no solo la padecen las mujeres, sino también diversos sectores de la sociedad, como las clases populares o comunidades racializadas. En suma, aquellos sectores vulnerados, marginalizados y posicionados en el nivel más bajo de la escala social. En esa línea, las reflexiones de Zaffaroni desarrollan nuevamente la pregunta respecto a qué estrategia tomar como feministas ante el derecho, pero ahora en específico en

⁵⁹ Eugenio Zaffaroni, *La mujer y el Poder Punitivo*, en *Vigiladas y castigadas. Comité Latinoamericano y del Caribe para la defensa de los derechos de la Mujer*, (Lima, 1993), en Carmen Antony, “Perspectivas de la Criminología”, ob. cit., 251.

⁶⁰ Eugenio Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en *Las trampas del poder punitivo* (Buenos Aires, Biblos, 2000), 20 y 21.

torno a su rama penal: ¿es posible utilizar uno de los instrumentos institucionales -a sus ojos- más violentos de discriminación como una herramienta de lucha contra esta?⁶¹

Ante este cuestionamiento, el autor llega a conclusiones en la línea de lo que se ha expuesto a lo largo de este capítulo: meras reformas puntuales a las leyes vigentes, sin mayores cambios sociales que las respalden o sin transformaciones profundas, no pasan de ser más que críticas limitadas, que incluso llegan a beneficiar al sistema al legitimarlo en la medida en que reafirman su utilidad. Debido a ello, señala que el feminismo legítimamente puede hacer uso del poder punitivo, pero siempre “como un recurso táctico y con el alcance limitado y prudente que esto implica, es decir, en la medida en que no obstaculice su estrategia. Para ello, no necesita brindarle al poder punitivo un elemento de legitimación general”⁶².

Hoy las víctimas de delitos sexuales, en su mayoría mujeres, no solo son vulneradas en sus derechos por el autor del crimen, sino también por las acciones y actuaciones de los operadores de la justicia, la legislación machista y la configuración misma del proceso penal, que genera una serie de instancias revictimizadoras. Todos estos aspectos cumplen un rol fundamental en el ejercicio de esta violencia, pues no es posible realizar una separación aceptable entre el derecho penal sustantivo y el adjetivo cuando se habla de la afectación de las víctimas en el proceso. Al contrario, se trata de dos aspectos que están unidos indisolublemente, tratándose de un problema político al que debe dar solución el sistema en su conjunto⁶³.

Por ello, la existencia de un análisis con perspectiva de género, que considere el padecer de la víctima del delito sexual y la respuesta que otorga la justicia a su perpetración, permite levantar una intervención integral que posibilita cuestionar aspectos del ordenamiento jurídico que parecieran imprescindibles e indebatibles, pero que bajo este análisis, podrían romper con su mito de neutralidad y demostrar que en ellos subyace también una forma de opresión de género que sigue perpetuando la injusticia contra las mujeres y cuerpos feminizados. Esto explica por qué la existencia sostenida, sobre todo en las últimas décadas, de reformas legales que buscan combatir esta realidad, no han logrado traducirse en un mejoramiento de las condiciones de las mujeres dentro de la finita posibilidad que puede otorgarles el cambio jurídico.

⁶¹ *Ibíd.*, 28.

⁶² *Ibíd.*, 36

⁶³ Julio Maier, *La víctima y el sistema penal*, en Alberto Bovino, *La participación de la víctima en el Procedimiento Penal*, en *Problemas del Derecho Penal Contemporáneo* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998), 88.

En esa línea, este trabajo se plantea, en un primer momento, como un análisis a los procedimientos ya existentes, con el objetivo central de repensarlos para que puedan constituirse en una real alternativa de acceso a la justicia para las mujeres.

CAPITULO III. Los delitos sexuales y el derecho penal y procesal penal

Los puntos problemáticos del derecho que visualizan las teorías feministas toman especial importancia a la hora de abordar los delitos sexuales. Para poder identificarlos, es necesario realizar una distinción en torno a en qué nivel del derecho penal y procesal penal corresponde enmarcarlos, ejercicio que será efectuado a lo largo de este capítulo y del próximo. Desde luego, en la medida en que se comprende el fenómeno de la violencia sexual de género como uno estructural, la mencionada diferenciación de niveles no puede sostenerse de forma absoluta, puesto que se encuentran íntimamente ligados entre sí, tal y como se podrá apreciar a lo largo de este trabajo.

Teniendo esto en cuenta, es posible diferenciar, en primer lugar, el nivel correspondiente a los problemas relacionados con el área legislativa y de regulación, que dice relación principalmente con el tipo penal de la violación, regulado en el artículo 361 del Código Penal.

En el segundo nivel, surgen los problemas del ámbito psico-social que obstaculizan el acceso a la justicia de las víctimas, así como la eficacia con que esta actúa, en una serie de aspectos ligados a las lógicas patriarcales que cruzan a la sociedad y que, por tanto, determinan la forma en que allí opera la violencia sexual de género.

El tercer nivel, corresponde al de los problemas que presenta para las víctimas la implementación de la normativa procesal penal actualmente vigente, que a su vez está influenciada por las problemáticas psico-sociales que presentan los delitos sexuales y con el área legislativa, en la medida en que las reglas del proceso encuentran su fuente en la ley. Así, el análisis de este ámbito, a realizarse en el próximo capítulo, permitirá concluir dónde se originan las falencias del proceso y, en consecuencia, los aspectos que debiesen ser intervenidos.

1. Regulación jurídica y caracterización dogmática de los delitos sexuales

La rama del derecho penal se ha encargado de recoger, desde la perspectiva jurídica, la violencia sexual de género, tipificando como punibles las conductas a través de las que aquella se ejerce. Regulados en el Libro II, título III del Código Penal, correspondiente a “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, los delitos sexuales conforman un sistema autónomo que obedece a un mismo esquema valorativo, cuya característica común es que “todas las

conductas sancionadas representan formas concretas de manifestación del impulso sexual o tienen con él algún grado de vinculación”⁶⁴.

La legislación contempla un variado número de delitos con estas características, siendo la violación propia e impropia las de interés para este trabajo. Tipificadas en el párrafo 5, arts. 361 y 362 del Código, se define violación como el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal a una persona. Para constituir violación impropia, basta con que la acción sea realizada por un mayor de edad sobre una víctima menor de 14 años; sin embargo, la violación propia solo puede concurrir respecto de personas mayores de 14 años, siempre y cuando: (a) medie fuerza o intimidación para cometer el acto, (b) la víctima se halle privada de sentido, o sea aprovechada su incapacidad para oponerse, o (c) se abuse de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

La tipificación de este delito y las circunstancias necesarias para su configuración han sido analizadas ampliamente por la dogmática penal, centrando la discusión principalmente en torno a tres temas: el bien jurídico que el delito busca proteger; la descripción que el Código Penal hace de la acción punible, que es la que en consecuencia definirá lo que se entiende por violación; y, por último, la determinación acerca de quién puede constituirse como el sujeto activo de la contravención.

Siguiendo a la dogmática, en primer lugar, es necesario detenerse en la discusión en torno a cuál es el bien jurídico que protege el delito, pues su determinación contribuirá a evaluar en qué medida las conductas que describe el Código abarcan todas las hipótesis que deberían ser sancionadas como violación, entendiendo a esta desde una perspectiva de género. Hoy en día son diversas las instancias internacionales que incorporan la perspectiva aludida, entre las que se encuentran la Corte Penal Internacional, volviéndola cada día una directriz más ineludible.

Tradicionalmente, la doctrina ha entendido que el bien jurídico protegido por el delito de violación propia es el de la libertad sexual, concebida como el “derecho de toda persona de determinar libremente el uso de las funciones sexuales, con las limitaciones que dicen relación con el sentimiento ético de la comunidad o con los derechos de los demás”⁶⁵.

No obstante, en el trabajo “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”⁶⁶, el académico Juan Pablo Mañalich se

⁶⁴ Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, 2a. ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 2016), 93.

⁶⁵ Vivian Bullemore y John MacKinnon, *Curso de Derecho Penal*, 2° ed. Vol. 3 (Chile: Lexis Nexis, 2007), 144, en Catalina Allende y María Varela, “La mujer como sujeto activo del delito de violación” (Memoria de título para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2012), 17.

⁶⁶ Juan Pablo Mañalich, “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Revista Ius et Praxis*, n.2 (2014): 21 - 70.

dedica a analizar, a la luz de las 3 circunstancias que se describen en la tipificación del delito de violación, si efectivamente ese es el bien jurídico protegido. Para ello, explica que en la medida en que en las hipótesis se describen solamente acciones que constituyen una imposición coercitiva sobre la víctima, la norma estaría salvaguardando únicamente la “libertad sexual negativa” de las personas, entendiendo a esta noción como la intromisión que un tercero efectúa a su esfera sexual sin que medie su consentimiento. En efecto, la norma no aborda en ninguna de las tres circunstancias casos en que se perturbe la “libertad sexual positiva” o, lo que es lo mismo, acciones que estén destinadas a impedir que se concrete la voluntad de la víctima de llevar a cabo una acción sexual, puesto que, para hacerlo, tendría que necesariamente describir impedimentos coercitivos que tengan este objetivo.

En otras palabras, el autor señala que en el artículo 361, únicamente se está protegiendo casos en que la víctima es invadida físicamente mediante fuerza, intimidación o un número limitado de condiciones bajo las que no es capaz de dar su consentimiento. Estas circunstancias son determinadas por la norma misma, y dejan fuera todas aquellas otras situaciones en que la libertad sexual de la agredida también pueda ser lesionada, tanto en el ámbito negativo, como por sobre todo en el positivo, tal y como ocurre cuando la víctima desea realizar una actividad sexual y esta es perturbada por la acción de un tercero que le impide intencionalmente concretarla. En ese sentido, Mañalich razona que resulta inconsistente que el ordenamiento jurídico proteja solo un aspecto de la libertad sexual -dícese, el negativo- y no su totalidad, por lo que no puede entenderse que este sea efectivamente el bien jurídico protegido por el delito. Concluye así que, en realidad, lo que hace nuestra legislación con el ilícito de violación propia es proteger el bien jurídico de la “indemnidad sexual”, “entendida como la propiedad situacional exhibida por una persona actualmente no involucrada en contacto sexual alguno con una o más personas”⁶⁷.

Este análisis crítico del autor, además de concluir la determinación de un bien jurídico protegido distinto al señalado de forma tradicional por la dogmática, resulta muy útil para mostrar el limitado alcance que tienen las hipótesis descritas por el Código Penal para la configuración de una violación propia. Así, se arriba necesariamente al segundo aspecto debatido por la doctrina en torno a este delito: la descripción que da el Código a la conducta típica y que configura lo que es comprendido como violación desde el punto de vista legal. Naturalmente, una discusión de este tipo enfrenta las concepciones sociales existentes en torno a las agresiones sexuales y la violación, cuyo entendimiento ha evolucionado en la medida en que han sido introducidas mayores comprensiones sobre la violencia de género o el consentimiento, evidenciando que el debate excede ampliamente lo estrictamente jurídico.

⁶⁷ *Ibíd.* 43.

En el trabajo ya citado, y en un ejercicio que permite acercarse de forma más estrecha a una definición correcta de la conducta típica que debiese configurar la violación, Mañalich realiza una exploración en torno a cuál es el fundamento de su ilicitud. Así, apoyado en los autores Gardner y Shute, concluye que el delito de violación se basa en “el paradigma de la reducción de la valía del cuerpo de otro a su mero valor de uso. Y puesto que el cuerpo de una persona es un componente de lo que esa persona es, lo que el padecimiento de una penetración constitutiva de violación siempre conlleva es la ‘objetualización’ de la persona de la víctima”⁶⁸.

Por su parte, el estudio del artículo 361 del Código Penal permite develar que, en la conducta típica de la violación propia, lo relevante no es la relación sexual en sí misma ni la forma de realizarla, sino la falta de voluntad de la víctima⁶⁹. En esa línea, resulta fundamental la forma en que el artículo se encarga de describir muy precisamente en qué hipótesis se entiende que esta está ausente, señalando que ello ocurre cuando el acceso carnal se efectúa por fuerza o intimidación o por el abuso de circunstancias de vulnerabilidad de la víctima, como su falta de sentido o de capacidad⁷⁰.

Esto conllevará, tal y como explica Mañalich, a que toda conducta que no pueda subsumirse en las hipótesis descritas en el artículo 361, centradas en la violencia e intimidación ejercidas por el sujeto activo sobre la víctima, se entenderán como no sometidas a la prohibición violación, “precisamente porque la autonomía de la persona penetrada es aquí reconocida como criterio de desprotección de su propia indemnidad sexual”⁷¹. Es decir, en todas las situaciones que no puedan ser subsumidas en alguna de las tres hipótesis, se asumirá que existe consentimiento. Ante ello, surge la pregunta respecto a si es que las tres circunstancias descritas por el Código abarcan de forma suficiente todos los casos posibles en que falta la voluntad de la víctima, o si, por el contrario, resultan restringidas a la hora de identificarlos.

Desde una perspectiva de género sobre el delito de violación, la respuesta a esta pregunta es negativa⁷². La descripción que el artículo 361 del Código Penal realiza del delito de violación propia construye una idea de consentimiento limitada, en la que la agencia de la mujer no es absoluta, sino que se posiciona como complementaria a la idea de la iniciativa masculina⁷³. Catherine MacKinnon, en su obra “Hacia una Teoría Feminista del Estado”, resume esta idea a través de la consigna “el hombre propone, la mujer

⁶⁸ John Gardner y Stephen Shute, “The Wrongness of Rape” (2000), en Juan Pablo Mañalich, “La violación como delito contra la indemnidad sexual”, ob. cit., 38 y 39.

⁶⁹ Catalina Allende y María Varela, “La mujer como sujeto activo” ob. cit., 18.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Juan Pablo Mañalich, “La violación como delito contra la indemnidad sexual”, ob. cit., 55.

⁷² Camila Guerrero, *Minuta “Boletín 11714-07: Consideraciones sobre la ‘no oposición’ de la víctima en del delito de violación en Chile”*, ABOFEM (2019).

⁷³ Catharine MacKinnon, *Hacia una Teoría Feminista del Estado* (España: Ediciones Cátedra Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1995), 312.

dispone”, en la que, tal como ocurre con el tipo chileno, no se contemplan escenarios en que las mujeres tengan el control respecto a la posibilidad de verse situadas en una situación de coito. En realidad, se presume que *siempre* estarán disponibles sexualmente, en una provocación constante ante la que dependerá exclusivamente de los hombres tomar la iniciativa. Sin embargo, la autora explica que a pesar de que la agencia de las mujeres se reduce únicamente a si deciden o no involucrarse en la situación propuesta, las consecuencias de las relaciones sexuales que tengan se les atribuyen únicamente a ellas “como si los dos sexos comenzaran uno frente al otro en terreno neutro, como en la ficción de un contrato”⁷⁴. De este modo, MacKinnon profundiza que, “fundamentalmente, el deseo del hombre se interpreta como forma de poder de la mujer porque ella puede despertarlo y denegar su satisfacción. A la mujer se le atribuyen la causa de la iniciativa del hombre y la negativa a su realización. Así, se racionaliza la fuerza. El consentimiento en este modelo se convierte más en una calidad metafísica del ser de la mujer que en una elección que hace y comunica. El ejercicio del presunto poder de la mujer presupone una impotencia social más fundamental”⁷⁵.

La comprensión del consentimiento anteriormente descrita es la que se encuentra presente en el Código Penal chileno y responde íntegramente a la mirada restrictiva propia de una comprensión machista de la sexualidad. Con ella, no es posible vislumbrar cómo la objetualización de la persona víctima puede configurarse en circunstancias en las que no necesariamente medie fuerza o intimidación, y aun así no exista el consentimiento.

Un clásico ejemplo de ello lo constituyen los casos de violaciones conyugales, penalizadas en Chile recién desde el año 1999 a través de la promulgación de la Ley 19.617, que modificó el art. 369 del Código Penal⁷⁶. En este tipo de situaciones, existe un mandato social cruzado por la estructura patriarcal, que obliga a la mujer a tener relaciones sexuales con su marido aun cuando no quiere, debido a que la intimación sexual aparece como un deber marital incuestionable, en el que la voluntad de la mujer no tiene relevancia y debe perpetrarse a toda costa, sin importar si no media su consentimiento. MacKinnon explica que este tipo de casos ilustran cómo “en la medida en que el acusado conoce a la mujer y ambos mantienen relaciones sexuales, se deduce el consentimiento de ella. La inmunidad para la violación en el matrimonio es coherente con la suposición que subyace en casi todas las sentencias de violación: en la medida en que las partes están relacionadas no fue en realidad violación, sino algo personal”⁷⁷. En Chile, a pesar de las modificaciones al artículo 369 del Código Penal, este problema sigue existiendo

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *Evolución experimentada en el período 1990-2015 por los delitos sexuales contemplados en el Código Penal chileno* (2015), 16.

⁷⁷ Catharine MacKinnon, *Hacia una Teoría Feminista*, ob. cit., 315.

hasta el día de hoy, siendo incluso complejo para las propias mujeres ver estos hechos como formas de violencia sexual propiamente tales⁷⁸. Es por ello por lo que la incorporación del concepto consentimiento al tipo de violación se vuelve fundamental para ayudar a jueces y partes a entender cuándo este delito efectivamente ocurre.

Sumado a lo expuesto, un estudio con perspectiva de género del artículo 361 del Código Penal permite problematizar lo señalado en la letra a), en la que se describe como violación al acceso carnal en que media fuerza o intimidación. Ello porque a pesar de que se trata de una hipótesis específica en que la norma señala que no existe consentimiento, el legislador no deja en claro qué es lo que los tribunales y diversos operadores de justicia deben comprender como “fuerza” o “intimidación”. Esta ambigüedad acarrea una problemática fundamental, en la medida en que la tarea de establecer qué es y cuándo existe fuerza en un acceso carnal puede condicionar que el juez considere o no los hechos como constitutivos de violación, volviéndose un punto primordial a dilucidar dentro del juicio.

El problema es que la concepción del elemento de la “fuerza” o la “intimidación” está íntimamente atravesado por los sesgos de género que cruzan la sociedad machista. Tal como explica MacKinnon, en la sociedad impera una noción patriarcal en torno a la sexualidad basada en la dominación masculina, donde fuerza y deseos no se excluyen mutuamente, porque “en tanto se erotice el dominio, no se excluirán jamás”⁷⁹. En ese sentido, señala que el análisis efectuado a diversas causas legales de delitos sexuales permite constatar cómo “los casos de violación en los que no se encuentran pruebas suficientes de fuerza revelan que el sexo aceptable, en la perspectiva legal, puede implicar mucha fuerza”⁸⁰. Es decir, que aun cuando la fuerza exista, en la medida en que esta sea percibida como aceptable para un juez, no será suficiente para probar la falta de consentimiento de la víctima. Así, en algunas ocasiones, bajo los ojos de un juez, se puede volver prácticamente imposible subsumir los hechos a la hipótesis descrita en la letra a) del artículo 361.

Los aspectos comentados en torno a la discusión sobre el consentimiento surgidos del análisis del artículo 361 del Código Penal se encuentran plenamente vigentes. Basta dar cuenta que en mayo del año 2018 fue ingresado a la Cámara de diputados y diputadas el boletín N°11714-07, con el proyecto de ley que modifica el Código Penal en materia de tipificación del delito de violación. Esta moción parlamentaria busca incorporar el consentimiento a la tipificación del delito, con el objeto de combatir la visión tradicional que conserva el Código Penal en el que “se pone en manos de la víctima la aptitud de repeler la agresión, y sólo una vez constatada la imposibilidad de resistir se plantea la existencia de la

⁷⁸ Red Chilena Contra La Violencia Hacia Las Mujeres, *Violencia sexual contra las mujeres*, 3.

⁷⁹ Catharine MacKinnon, *Hacia una Teoría Feminista*, ob. cit., 318.

⁸⁰ *Ibíd.*, 308.

violación”⁸¹, centrándose en su capacidad o no de resistir y no, en cambio, en la decisión de un tercero de vulnerarlas.

La noción respecto al consentimiento del artículo 361, que invita a presumir su existencia en toda circunstancia distinta a las tres prescritas, sumada a la ambigüedad ya analizada en torno al concepto de fuerza o intimidación, resultan sumamente relevantes para el análisis del ordenamiento jurídico chileno. Esto, porque se trata de aspectos que no solo afectan lo que los jueces consideren como hechos que efectivamente constituyen delitos, sino que también contribuyen a condicionar cómo los diversos operadores de la justicia se relacionan con las víctimas y la forma en que se estructuran las reglas del proceso que abordan el delito. Tal como explica Carol Smart, esto ocurre porque las categorías de hombre y mujer hoy ya no resultan evidentes por sí mismas y, por tanto, no son reductibles a cuestiones biológicas. Al contrario, en la medida en que se intenta originar una categoría homogénea de Mujer -en mayúscula-, se recurre a diversas estrategias sociales que dan lugar a ella⁸². Una de estas estrategias es el Derecho. De esta forma, ante la pregunta ya planteada en el capítulo anterior sobre cómo opera el género dentro del Derecho y cómo opera el Derecho para producir el género en los casos de violación, es posible observar que el proceso penal que debe enfrentar una mujer mayor de 18 años como víctima de violación contribuye a construir la idea de esta como la responsable del acto de significación sexual en el que se vio envuelta.

Por último, es necesario agregar que respecto al artículo 361 del Código Penal surge el debate en torno a quién puede constituir el sujeto activo de la violación, atendiendo a que la definición de la acción exige que esta se dará cuando exista “acceso carnal”. Para la posición mayoritaria de la doctrina, este hecho únicamente resulta de la penetración del pene u órgano sexual masculino a la vía bucal, anal o vaginal de la víctima, lo que solamente puede realizar una persona de sexo biológico masculino⁸³. Al respecto, es minoritaria la doctrina que defiende que las mujeres también pueden ser sujetos activos, en la medida en que actúen como agentes en los atentados sexuales que involucren penetración⁸⁴. Esta discusión vuelve más patente la centralidad de los hombres como los principales sujetos activos del delito, reafirmando su caracterización como una forma de expresión de la violencia sexual de género. En concordancia con ello, las cifras informadas por la Subsecretaría de Prevención del Delito sindicaron que

⁸¹ Karol Cariola Oliva, *Modifica el Código Penal en materia de tipificación del delito de violación*. Boletín N°11714-07 (2018), 2.

⁸² Carol Smart, *La Teoría feminista*, ob. cit., 42.

⁸³ Catalina Allende y María Varela, “La mujer como sujeto activo”, ob. cit., 70.

⁸⁴ *Ibíd.*, 71

más del 90% de los denunciados por violación pertenecen al sexo masculino⁸⁵.

2. La dimensión psico-social de los delitos sexuales

Como ya ha sido desarrollado⁸⁶, que la violencia de género responda a una estrategia de poder y control de los hombres sobre las mujeres⁸⁷ es coherente con el hecho de que estas últimas sean las principales afectadas por los delitos sexuales en Chile, correspondiendo al 82% del total de víctimas⁸⁸. Esta carga de género se refleja en particular en la violación, donde el porcentaje de mujeres víctimas supera el 85%⁸⁹. Al alero de estas proporciones, cobra relevancia la profundización que Catharine MacKinnon realiza sobre el rol que tiene la violación en particular como ejercicio de dominio y conquista de un género por sobre otro, puntualizando que no se trata meramente de “un hecho dual que ha salido mal, sino un acto de terrorismo y tortura en contexto sistémico de sometimiento en grupo, como el linchamiento”⁹⁰. Con ello, busca ilustrar la carencia de real entendimiento sobre este delito si es que se lo reduce únicamente a la conducta punible de un sujeto individual. Tener presente su derivación de la violencia sexual de género es lo que permite la consideración de una serie de características que debido a ello presentará, relacionadas con la posición de poder de las personas involucradas en el delito, que impregnan tanto los ámbitos que rodean la comisión de este, como también las investigaciones, juicios y sanciones que eventualmente se den con posterioridad a él desde la esfera institucional.

En la correcta caracterización de los individuos denunciados por el delito de violación, además del hecho de que en su gran mayoría se trate de hombres, es necesario destacar el primordial rol que toma el nivel de cercanía que estos tienen con la ofendida. Según datos recabados el año 2015 por el Ministerio de Justicia, el 67% de los agresores son conocidos de las víctimas. De hecho, la mayoría de ellos (40,9%) pertenece a su círculo familiar y cuenta con un fácil acceso a esta⁹¹, quedando en evidencia el alto nivel de exposición y vulnerabilidad en el que se encuentran las afectadas.

Por otro lado, según cifras del Ministerio Público, entre los años 2012 y 2016, en el país existieron un total de 22.763 términos ingresados por el delito de violación y, en promedio, entre los años 2009 y 2019

⁸⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, María Lampert y Lizette García, *Informe. Delitos que afectan la seguridad ciudadana de las mujeres* (2014), 6.

⁸⁶ Vid. supra capítulo I, apartado 1.

⁸⁷ María Luisa Maqueda, “¿Es la estrategia penal...?”, ob. cit., 4.

⁸⁸ Fiscalía Nacional, *Informe Cuenta Pública Fiscal Nacional*, ob. cit.

⁸⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, et al., *Informe. Delitos que afectan la seguridad*, ob. cit. 5.

⁹⁰ Catharine MacKinnon, *Hacia una Teoría Feminista*, ob. cit., 306.

⁹¹ Erwin Nahuelpan y José Varas, *Informe estadístico anual perspectiva de género homicidios y agresiones sexuales en Chile Año 2015*, Servicio Médico Legal (2016), 18.

se cometían 13 de estas agresiones al día⁹². A pesar de ello, se estima que el recuento corresponde aproximadamente a solo el 25% del total de las violaciones que realmente son perpetradas en ese periodo. Estas estadísticas evidencian la notoria tendencia que tienen los delitos sexuales a no ser denunciados, ostentando unas de las más altas cifras negras del sistema judicial. Así, el 75% de estos delitos no son nunca alertados, en un porcentaje solamente comparable con la cifra negra levemente menor que posee la violencia intrafamiliar que, coincidentemente, es también una forma de manifestación de violencia de género⁹³. Según estudios alternativos, la cifra negra de los delitos sexuales es aún mayor, llegando a afirmar que el 91,3% de las violaciones en Chile no son denunciadas⁹⁴. La “Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales” de julio del 2013 -en adelante, ENDS 2013-, realizada para el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, corrobora estas cifras, apuntando que solo un 12% de las mujeres víctimas de delitos sexuales, sin considerar a niñas y adolescentes, afirma que decidió denunciar, en contraste a un 88% que optó por no hacerlo⁹⁵.

Según lo demuestran las estadísticas, el porcentaje de denuncia de los delitos sexuales varía según el nivel de cercanía entre la víctima y el victimario. Así, 4 de cada 12 mujeres denuncian cuando se trata de un agresor desconocido; sin embargo, en caso de tratarse de un familiar, solo 1 entre cada 12 se atreve a hacerlo⁹⁶. Esto no hace más que develar el factor central que juega en estos delitos la sensación de vulnerabilidad de la víctima con respecto a su entorno y agresor, y lo dificultoso que se vuelve el camino de la denuncia: ante una situación tan extrema, las mujeres deben enfrentarse a su círculo más cercano, quebrando la aparente armonía que este tenía, lo que en consecuencia les generará una culpabilidad que poco contribuirá a la reparación que como víctimas requieren.

Los datos presentados otorgan un panorama respecto a lo que deben enfrentar las víctimas de violencia sexual una vez han sido ofendidas, permitiendo analizar algunas de las razones por las que es tan poco frecuente que la experiencia sea denunciada, en un fenómeno que contribuye a generar la invisibilización e impunidad en este tipo de delitos. En efecto, no es coincidencia que, según datos de la medición ENDS 2013, ya anteriormente referida, solo un 17,4% de las mujeres víctimas de violencia declaren su deseo de recibir ayuda de una institución como la policía, tribunales y servicios de salud y que el 38,9% esté

⁹² Javiera Canales et al., *Violencia Sexual* (2018), ob. cit., 18.

⁹³ Subsecretaría Prevención del Delito, *Víctimas de delito en Chile*, ob. cit., 19.

⁹⁴ Ministerio de Salud, *Norma General Técnica para la Atención de Víctimas de Violencia Sexual lanzada por el Ministerio de Salud* (Chile, 2016), 14.

⁹⁵ Adimark, *Principales Resultados “Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales”* Para: Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2013) http://www.seguridadpublica.gov.cl/filesapp/Presentacion%20VIF_adimark_final.pdf

⁹⁶ Carolina Navarro, *Seminario Internacional, La realidad de la violencia contra niños en América Latina: Los casos de Brasil, Paraguay y Chile*, www.facso.uchile.cl/documentos/presentacion-carolina-navarro_85038_2_4758.ppt

“nada dispuesta” a participar en un proceso judicial⁹⁷. Esta realidad cobra más fuerza cuando se devela el llamativo hecho de que dentro de la reducida cantidad de mujeres que denuncia un delito sexual -solo el 12% del total de las víctimas-, el 67% de estas acaba decidiendo no seguir con el procedimiento, desistiéndose de la denuncia⁹⁸.

La revisión de estos datos permite concluir que las mujeres víctimas de violencia sexual poseen una muy negativa percepción del sistema judicial. Para ellas, las instancias legales se perciben como un espacio hostil y difícil de enfrentar, lo que muchas veces provoca que ni siquiera sean considerados como una opción válida a la que recurrir, o que sean abandonadas.

Un análisis de las deficiencias del marco jurídico a la hora de abordar el delito de violación debe hacerse cargo de la pregunta sobre por qué las mujeres que son víctimas de delitos sexuales no consideran como una alternativa viable acudir al derecho penal y procesal penal. La falta de denuncia constituye una barrera fundamental en el acceso de las mujeres a la justicia y es por ello por lo que resulta tan relevante la búsqueda de fórmulas para que esto cambie.

3. El rol de la violencia institucional

Uno de los aspectos que pueden entregar pistas para comprender la percepción que tienen las mujeres víctimas de violación sobre el proceso penal se encuentra en las consecuencias que trae para las ofendidas el fenómeno de la violencia de género institucional, entendida como las afectaciones no deseables sobre las personas, que perpetúan la desigualdad de género, y que son generadas por el Estado y sus agentes, redundando “en el establecimiento de importantes barreras de acceso a la justicia que afectan categorialmente a las mujeres”⁹⁹.

Este tipo de violencia ha sido reconocida a nivel mundial en múltiples instancias, tal como ocurre con el art. 2 de la Declaración Contra la Violencia Hacia la Mujer de la Organización de Naciones Unidas. En ella, se regula la violencia institucional como una de las formas de afectación contra las mujeres, al igual como lo hace en México la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que define a la de tipo institucional como “los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio

⁹⁷ Adimark, *Principales Resultados “Encuesta Nacional de victimización”*, ob. cit., 27.

⁹⁸ *Ibíd.*, 23.

⁹⁹ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia sexual contra niñas y mujeres. Los casos de la violación con resultado de embarazo y de la violencia sexual contra las mujeres migrantes en la ruta hacia Chile* (2018), 10.

de los derechos humanos de las mujeres así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia”¹⁰⁰.

Si bien en Chile no se ha incorporado el reconocimiento de la violencia institucional a la legislación, esto no significa que el marco jurídico que la estructura se encuentre exento de desencadenarla. En el país, al igual que en el resto del mundo, es posible observar diversas expresiones de la violencia institucional de género, cuya existencia genera numerosas consecuencias negativas para las mujeres. En específico, para aquellas que al ser víctimas de otras formas de violencia acuden a solicitar ayuda a la institucionalidad, se trata de una problemática especialmente delicada, en la medida en que sobre ellas se desata el fenómeno denominado “victimización secundaria”.

Esta noción se define precisamente como las “consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal”¹⁰¹, conceptualizando la forma en que el propio ordenamiento jurídico al que la persona acudió para su auxilio, defensa y reparación, vuelve a victimizarla, contribuyendo a través de los malos tratos a los que la somete, a añadir frustración respecto a sus expectativas de protección y justicia, aumentando en consecuencia su sufrimiento a través de una estigmatización que la responsabiliza por lo ocurrido¹⁰².

Este hecho se desencadena a lo largo de todas las etapas del proceso penal: la de denuncia, la de toma de declaración a la víctima e investigación, la de atención en salud y toma de exámenes médicos, el juicio y la sentencia¹⁰³. Dentro de cada uno de ellos, se ha identificado como uno de los agentes fundamentales de la existencia y perpetuación del fenómeno de la victimización secundaria a los operadores de justicia, entendidos como todos aquellos individuos que trabajan en el aparato jurídico y atienden o interactúan con la víctima dentro de las etapas mencionadas. Entre ellos, destaca el rol de los policías, médicos, jueces, fiscales y abogados, sobre quienes se ha estudiado la forma en que sus actuaciones suelen discriminar y descalificar a las víctimas, transformando la denuncia del delito en una instancia de profundización del dolor que muchas veces termina por inhibir la denuncias¹⁰⁴.

Así, aunque existen formas de incurrir en victimización secundaria transversales a todos los operadores de la justicia, tales como la responsabilización a la víctima por la ocurrencia del hecho denunciado, también existen algunos otros prototipos que se encuentran estrechamente ligados a la etapa del proceso

¹⁰⁰ Decreto por el que se expide la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Diario Oficial de la Federación, 1 de febrero de 2007.

¹⁰¹ Carolina Gutiérrez et al., “Revisión teórica del concepto revictimización”, *Liberabit revista de psicología* 15, n.1 (2009): 50.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ *Ibíd.* 52.

¹⁰⁴ Lidia Casas y Alejandra Mera, *Delitos Sexuales y Lesiones: La Violencia de Género en la Reforma Procesal Penal en Chile* (2011), 7.

en el que estos intervienen y a las funciones que cumplen en su interacción con la víctima. De esta forma, respecto a operadores como médicos o policías, es más habitual el desencadenamiento de consecuencias negativas sobre las víctimas debido a su desconocimiento de los derechos que a estas les corresponden, tendiendo a producir una inhibición en sus denuncias, principalmente cuando la revictimización se genera desde el rol de los policías. Por su parte, operadores judiciales como los fiscales o jueces suelen desencadenar prototipos de victimización secundaria más relacionados con la frustración de las expectativas que tienen las víctimas respecto a su paso por la justicia¹⁰⁵.

Teniendo esto en cuenta, en una reacción paliativa, la autoridad ha buscado intervenir esta realidad centrándose en la capacitación y educación de los operadores de justicia, con el fin de aminorar los efectos negativos que pudieran producir sus actitudes y tratos a la hora de interactuar con las víctimas. A partir de ello, se han generado diversas guías y reglamentos de atención para evitar la incidencia de los operadores de la justicia en la victimización secundaria, surgiendo documentos como la Norma General Técnica para la Atención de Víctimas de Violencia Sexual, dictada por el Ministerio de Salud el año 2016¹⁰⁶. Sin embargo, hasta el día de hoy, la capacitación sigue siendo reducida e insuficiente, siendo incapaz de cambiar de forma transversal la cultura de actuación de los operadores de la justicia.

4. Más allá de los operadores de justicia: el derecho penal y procesal penal ante los delitos sexuales

Como se ha desarrollado, los operadores jurídicos juegan un importante rol en el desencadenamiento de la revictimización en los procesos por agresiones sexuales, pero no por ello son el único factor por considerar. El estudio de la violencia institucional demuestra que esta se expresa de diversas formas necesarias de analizar.

En efecto, es posible enmarcar el alto porcentaje de cifra negra de los delitos sexuales como una forma de expresión de la violencia institucional, en la medida en que, a pesar de que el derecho penal aparece como el espacio destinado por el sistema jurídico para externalizar el problema de la violencia sexual, en la práctica esa tarea no logra ser cumplida. Esta impotencia tiene como consecuencia que el sistema no consiga posicionarse como una verdadera alternativa para que las mujeres acudan a él, provocando “la ausencia de denuncias o su ‘retirada’ [que] suponen una reprivatización del conflicto, una vuelta al espacio privado”¹⁰⁷, coartando los derechos de las víctimas.

¹⁰⁵ Carolina Gutiérrez et al., “Revisión teórica”, ob. cit.

¹⁰⁶ Ministerio de Salud, *Norma General Técnica*, ob., cit.

¹⁰⁷ Encarna Bodelón, “Violencia institucional y violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 48 (2014): 151.

Pero, además, las características propias del fenómeno de la violencia de género y el nivel de afectación de bienes fundamentales que se desencadena en las víctimas de violencia sexual, estrechamente relacionados con su dignidad e integridad física y mental, resultan de tal magnitud que incluso hechos tan primarios como la mera interposición de la denuncia causan un significativo impacto negativo en ellas. “El iniciar como víctimas de un hecho criminal un proceso judicial es ya en sí una situación estresante, que revive además las emociones que generó el hecho; asimismo, las necesidades relacionadas con la salud mental de las víctimas (apoyo social, comprensión, sentido de control y poder sobre su vida, escucha, respeto y privacidad) resultan muchas veces opuestas a los requerimientos del proceso judicial (que la víctima responda las preguntas, que se le realicen públicamente, que demuestre la credibilidad de su testimonio, que siga las reglas y procedimientos, que recuerde su experiencia con el fin de confrontar al perpetrador...)”¹⁰⁸. Teniendo en cuenta que la ENDS 2013, revela la “vergüenza” a contar la situación como el principal motivo esgrimido por las mujeres para no denunciar la agresión sexual de la que fueron víctimas -40%-¹⁰⁹, los detalles acerca de lo que les espera en el proceso judicial tras la interposición de una denuncia no hacen más que persuadirlas en el desistimiento de su intención.

Por ello, resulta imperioso realizar un análisis sobre el proceso que se haga cargo de cómo, en los ámbitos relacionados con la violencia a la mujer, “las intervenciones jurídicas, especialmente las que provienen del ámbito penal, pueden incluir prácticas de violencia institucional hacia las víctimas”¹¹⁰, de modo que a la hora de pensar el derecho penal y procesal penal de estos delitos, se entienda que “la intervención jurídica debe realizarse partiendo de la consideración de que el Estado mismo es una agente que puede producir y reproducir violencia hacia las mujeres”¹¹¹. Solo el posicionamiento desde esta visión es lo que permitirá desarrollar de mejor modo soluciones a las problemáticas que enfrentan las víctimas de delitos sexuales cuando su conflicto es abordado por el sistema jurídico.

¹⁰⁸ María Domínguez, “Violencia de género y victimización secundaria”, *Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia* 6, n.1 (2016): 15, http://www.psicociencias.com/pdf_noticias/Violencia_de_geneo_y_victimizacion_secundaria.pdf

¹⁰⁹ Adimark, *Principales Resultados “Encuesta Nacional de Victimización”*, ob. cit., 24.

¹¹⁰ Encarna Bodelón, “Violencia institucional”, ob. cit., 138.

¹¹¹ *Ibíd.*

CAPÍTULO IV. Análisis de aspectos problemáticos del proceso penal chileno al abordar los delitos sexuales

Como se ha revisado, solo un porcentaje muy menor del total de los delitos sexuales perpetrados llegan a ser abordados por el sistema penal. Específicamente, tratándose del delito de la violación propia, los arts. 369 del Código Penal y 54 letra g) del Código Procesal Penal exigen para que esto ocurra la existencia de una denuncia o querrela interpuesta por la propia víctima de los hechos, constituyéndolo como uno de los pocos delitos de acción penal pública previa instancia particular. Esto significa que la facultad de poner en movimiento el proceso penal depende únicamente de la voluntad de la víctima, pero que una vez que esta pone en conocimiento de lo sucedido a las autoridades competentes, será el Ministerio Público el encargado de llevar a cabo la persecución siguiendo las reglas que rigen a todos los ilícitos cuya acción es pública.

A raíz de ello es que a este organismo le corresponde dirigir de forma exclusiva la investigación, con todas las facultades y deberes que ello conlleva¹¹². De este modo, podrá hacer uso del principio de oportunidad en su sentido extenso en aquellos casos en que se cumplan las condiciones determinadas por la ley que autoricen a cerrar la etapa de investigación sin judicializarla, tal y como ocurre a través de la facultad de no iniciar la investigación¹¹³, que da término a la causa de forma permanente, o con el archivo provisional¹¹⁴, en el que el proceso se encuentra propenso a ser reabierto en caso de que existan nuevos antecedentes del hecho. Si bien en algunos delitos también existe la posibilidad de cerrar la investigación cuando ya existe intervención judicial a través del principio de oportunidad en sentido estricto¹¹⁵, esta facultad no resulta aplicable al delito de violación propia por tratarse de un ilícito que compromete gravemente el interés público.

Cuando en opinión del persecutor así lo amerita, la denuncia podrá dar paso a la formalización de la investigación¹¹⁶, que se concretará a través de una audiencia frente al juez de garantía en que el/la fiscal comunicará al imputado la actual realización de una investigación en su contra por el delito que indica. Tras ello, y dependiendo de los resultados que la investigación arroje a su término, el Ministerio Público podrá pedir el sobreseimiento definitivo¹¹⁷ o temporal¹¹⁸ de la causa o comunicar su decisión de no

¹¹² Art. 1 Ley 19.640 que establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

¹¹³ Art. 168 del Código Procesal Penal.

¹¹⁴ Art. 167 del Código Procesal Penal.

¹¹⁵ Art. 170 del Código Procesal Penal.

¹¹⁶ Art. 229 del Código Procesal Penal.

¹¹⁷ Art. 250 del Código Procesal Penal.

¹¹⁸ Art. 252 del Código Procesal Penal.

perseverar en el procedimiento¹¹⁹. Esta será también la oportunidad en que podrá ofrecer, si es que se cumplen los requisitos, la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento¹²⁰, alcanzada en base a un acuerdo con el imputado. Sin embargo, en aquellos casos en que, a partir de las indagaciones, el/la fiscal alcanza una convicción suficiente, procede a acusar¹²¹ o requerir para procedimiento abreviado¹²², con el fin de seguir adelante hasta arribar a una sentencia.

Así, puede ocurrir que un delito de violación a mayor de 14 años decante en un juicio abreviado o un juicio oral en lo penal, los cuales deberán prepararse según las normas que correspondan, culminando en una sentencia.

De esta forma, el proceso que recorrerá una denuncia de violación propia se regirá por las mismas normas que ordenan todo el resto de los delitos, lo que, tal como se revisará en las páginas siguientes, desencadena especiales implicancias en las víctimas de ilícitos sexuales debido al contexto de violencia de género.

1. La víctima en el proceso penal chileno

La reforma procesal penal del año 2000 introdujo una serie de cambios al sistema penal chileno que lo consolidaron como un régimen acusatorio atenuado, en una transformación de gran importancia que puso formalmente fin al sistema de carácter inquisitivo que, por largos años, había sido objeto de repetidos cuestionamientos.

Las críticas se centraban tanto en el exacerbado protagonismo del órgano juzgador, a quien le correspondía intervenir desde el inicio del procedimiento asumiendo “por sí mismo y para sí la totalidad de la actividad procedimental”¹²³, como también en el carácter secreto de la etapa de sumario, debido a la cual las personas interesadas se encontraban con serios impedimentos para conocer detalles del litigio y menos aún intervenir en él. Estos atributos generaban grandes vulneraciones en los derechos fundamentales de quienes se sometían al rigor del sistema, especialmente cuando lo hacían en calidad de imputados.

No obstante, los imputados no eran los únicos perjudicados por las reglas del procedimiento penal antiguo. Las víctimas, por su parte, también resultaban en notoria desventaja dentro del sistema

¹¹⁹ Art. 248 letra c) del Código Procesal Penal.

¹²⁰ Art. 237 del Código Procesal Penal.

¹²¹ Art. 259 del Código Procesal Penal.

¹²² Arts. 406 y ss. del Código Procesal Penal.

¹²³ Javier Castro. “Los Principios Fundamentales del Sistema Acusatorio”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 26, n.1 (2005): 344 y 345

inquisitivo. A raíz de su fundamentación en un esquema de persecución penal público centrado en la idea del control estatal del proceso, el estado acaparaba el lugar de la víctima por medio de la figura del juzgador, negándole toda posibilidad de intervención o derechos dentro del mismo¹²⁴.

Esta posición era reflejo de una concepción del hecho punible desde la perspectiva del interés público, en el que en su cometimiento se encuentra la justificación de la decisión de castigar por parte del estado, dejando de lado el daño concreto sufrido por la víctima. De esta forma, lo que en un principio se concebía como un conflicto entre particulares, pasaba a ser redefinido como un desencuentro “entre autor del hecho y sociedad o, dicho de otro modo, entre el autor del hecho y el Estado”¹²⁵.

El término de la dictadura militar en la década de los 90’ trajo consigo un intenso debate en el que se abrió paso a una refundación del poder judicial, permitiendo la entrada en vigencia de la reforma procesal penal. Con ella, se buscó solucionar los problemas del sistema anterior, instaurando un nuevo modelo de corte acusatorio en que se mandata la realización de juicios orales y públicos; la clara separación del órgano persecutor con la del juzgador, originando así el nacimiento del Ministerio Público; y se reglamenta la separación del proceso en tres momentos debidamente diferenciados, correspondientes a la investigación, preparación y juicio¹²⁶.

Los cambios se realizaron con la intención de actualizar las normas chilenas en función de las convenciones de derechos humanos suscritas por el país y se tradujeron en un importante avance en la materia para el sistema judicial. Sin embargo, habiendo ya transcurrido veinte años desde la reforma, y encontrándose el proceso asentado y en pleno funcionamiento, se vuelve necesario evaluar las dinámicas, desenvolvimiento e impactos que este ha generado en la sociedad con el fin de hacerse cargo de las nuevas problemáticas que naturalmente abre¹²⁷.

En ese sentido, la historia del proceso penal chileno y las implicancias que genera en las víctimas que los delitos sexuales se enmarquen en el contexto de la violencia de género, vuelven necesario analizar la posición que fue asignada en la reforma a las personas ofendidas.

¹²⁴ Alberto Bovino, *La Participación de la Víctima en el Proceso Penal: Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo* (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1998), 91.

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ María Inés Horvitz, “El Nuevo Proceso Penal Chileno”, *Informativo Jurídico Editorial Jurídica de Chile*, n. 24 (2000): 4.

¹²⁷ Frente a esta necesidad ya han surgido diversos análisis, entre los que destaca la publicación, en el año 2018, del informe del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, denominado “*Los efectos de la violencia sexual contra niñas y mujeres*”. En él, a través de una revisión estadística y la realización de una serie de entrevistas a diversos operadores de la justicia que serán parcialmente reproducidas en este trabajo, se da cuenta del funcionamiento del sistema en el abordaje del delito de violación propia, otorgando luces respecto a las deficiencias y fortalezas de su estructura.

En ese ejercicio, es posible advertir que la entrada en vigencia de la modernización del proceso les significó un importante cambio y reposicionamiento. Con ella, pasaron a ser reconocidas como parte importante del esclarecimiento del delito, llegando a asignárseles el lugar de intervinientes incluso sin el requisito de constituirse como querellantes. De esta forma, las víctimas son titulares de diversos derechos tales como el de ser informadas de los resultados del proceso, solicitar medidas cautelares en torno al mismo y a ser oídas antes de la toma de decisión de la suspensión o terminación de la causa¹²⁸.

Desde esta perspectiva, el cambio puede ser valorado como positivo. No obstante, se trata únicamente de un primer paso en el avance del resguardo de sus necesidades. Actualmente, el sistema sigue configurándose explícitamente distanciado de las víctimas, al concentrar en el Ministerio Público la mayoría de las facultades para incidir en el proceso. Este hecho, ha permitido el sostenimiento de afirmaciones que han derivado en políticas muy perjudiciales con las personas ofendidas, tales como que no está entre los objetivos de la fiscalía el perseguir sus intereses ni actuar como su abogado¹²⁹. A pesar de que esto es jurídicamente correcto, se trata de una postura extrema que evidencia cómo la tradición inquisitiva permeó en la reforma y condicionó marcadamente el sistema de rasgos acusatorios resultantes.

De esta manera, tal y como da cuenta la doctrina, algunos de los problemas que persisten para la víctima tras la reforma son principalmente aquellos enmarcados en el acceso a la justicia, o su necesidad de reparación, cuya perspectiva es escasa o nulamente incorporada al sistema¹³⁰. Ambas carencias, además, están fuertemente relacionadas con la victimización secundaria¹³¹.

2. Discusiones en torno a la posición de las víctimas de delitos sexuales en el proceso penal

Si bien los problemas que presenta el sistema procesal penal chileno actual en torno a la víctima son observables en todos los tipos de ilícitos que aborda¹³², se trata de un aspecto que resulta particularmente conflictivo respecto de los delitos sexuales, tal y como reconoce la ONU en su manual de implementación de la resolución 40/34, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas¹³³. Ello, porque en estos ilícitos, al igual que en los diversos delitos derivados de la violencia de género, se suele

¹²⁸ María Inés Horvitz, “El Nuevo Proceso Penal Chileno”, ob. cit., 5.

¹²⁹ Mauricio Duce et al., “La víctima en el sistema de justicia penal: Una perspectiva jurídica y criminológica”, *Política criminal* 9, n.18 (2014): 746.

¹³⁰ Ibid. 747.

¹³¹ Sebastián Salinero, “La génesis de la víctima en Chile”, en Mauricio Duce, et al., “La víctima en el sistema de justicia”, ob. cit., 811.

¹³² Mauricio Duce, et al., “La víctima en el sistema de justicia”, 743.

¹³³ Naciones Unidas, *Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la declaración de principios básicos de justicia para víctimas de delito y abuso de poder* (1996).

reconocer el papel trascendental de la ofendida para el esclarecimiento de los hechos¹³⁴, de modo que un sistema fundado con perspectiva indiferente a las necesidades de esta, influye de forma negativa “en la comprensión que esta persona tendrá del proceso, en la posterior colaboración que prestará al mismo y también en últimas (*sic*) en la sensación de haber sido útil o no el recurso al mismo”¹³⁵.

Las investigaciones ya revisadas en este trabajo secundan este planteamiento, en la medida en que develan la gran desconfianza que existe por parte de las mujeres víctimas de violencia de género para recurrir a la justicia. Según concluye la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la falta de protecciones y garantías judiciales para proteger su dignidad, seguridad y privacidad durante el proceso son una de las principales razones por las que esta se desencadena¹³⁶. En palabras de un/a fiscal de la zona Centro de Santiago: “llegan pocos casos de adultas porque ellas no denuncian, porque no quieren seguir o porque tienen una percepción de que la justicia no las acoge, no las trata bien, las victimiza, muchas veces tienen pareja, entonces no quieren generar un conflicto. Hay muchas incomprendiones que hacen que las mujeres prefieran tomarse la píldora del día después y quedarse calladas”¹³⁷.

Si bien en la actualidad existe un relativo consenso en torno a la necesidad de reconocimiento de las víctimas en el proceso penal, sigue latente una pugna respecto a la extensión de su inclusión, que se basa en diversos argumentos.

El primero de ellos sostiene que las víctimas no debiesen tener lugar en el proceso debido a que su intervención está motivada por “deseos oscuros de venganza y retribución”¹³⁸ que no corresponde que sean considerados.

Esta postura es ampliamente debatida en la doctrina tradicional¹³⁹, entre otros motivos, por carecer de sustento empírico¹⁴⁰. Sumado a ello, desde la corriente de la teoría jurídica crítica, se evidencia que este argumento se basa en principios de supuesta neutralidad que buscan imponerse de forma universal sobre el sistema en su conjunto, sin reparar en los particulares efectos que esto puede tener en fenómenos como

¹³⁴ Sebastián Salinero, “La génesis de la víctima en Chile”, comentario de María Cecilia Ramírez, en Duce et al., “La víctima...”, ob. cit., 814.

¹³⁵ Elena Larraurri, “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.12 (2003): 284 - 285.

¹³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas* (Washington, DC, 2007), 75.

¹³⁷ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia sexual*, ob. cit., 81.

¹³⁸ Mauricio Duce et al., “La víctima en el sistema de justicia”, ob. cit., 744.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ Un estudio realizado por el Ministerio del Interior revela que la principal demanda de las víctimas de delitos violentos es la de recuperación de bienestar psicológico, con un 38,3%, mientras que solo un 13,5% busca obtener acceso a la justicia. Gobierno de Chile, Ministerio del Interior, *Necesidades y Demandas. Víctimas de delitos violentos atendidas en centros del Ministerio del Interior, Corporación de Asistencia Judicial RM y Servicio Nacional de la Mujer* (2011).

la violencia sexual de género. En ese sentido, para esta perspectiva, cuando se censura el eventual deseo de una víctima de obtención de sanciones, se está considerando solo una cierta forma de racionalidad como la correcta y aceptada, en circunstancias en que, en casos como este, el anhelo de retribución de la agredida resulta una respuesta bastante *razonable* ante lo acontecido. En esa línea, para la académica de Derecho Penal y Criminología, Elena Larraurri, lo increíble sería que una víctima de este tipo de delitos “no actuara movida por la ira o venganza”¹⁴¹. Los fenómenos sociales a los que busca dar respuesta el derecho penal son producto de las relaciones humanas, con las complejidades y subjetividades que ello conlleva. Hasta ahora, el derecho penal se ha negado asumirlo, privando de espacios a las víctimas y, consecuentemente, alienándolas del sistema¹⁴².

Un segundo argumento utilizado por la doctrina altamente recelosa de la inclusión de las víctimas en el proceso penal, se centra en criticar la cantidad de derechos que estas tienen actualmente en él. Ello, a partir de la supuesta existencia de una dicotomía entre cualquier política a favor de las víctimas y las garantías del imputado, que se verían siempre, en cambio, notoriamente afectadas¹⁴³.

Este punto se sustenta principalmente en torno a la consideración de la posición que ocupa el imputado dentro del derecho penal, caracterizada como notoriamente débil en la medida en que es objeto de la persecución y ejercicio del aparato punitivo del Estado, cuyos recursos humanos y económicos son evidentemente inalcanzables. Ante ello, las garantías procesales fueron establecidas con el fin de contribuir a otorgarle igualdad de armas, en la búsqueda de combatir este importante desequilibrio. Sin embargo, para esta doctrina, ese esfuerzo se vería gravemente afectado con el involucramiento de un tercero cuyos intereses pudiesen ser contrarios a los del imputado, tal y como ocurriría con la intervención de la víctima¹⁴⁴.

Es variada la doctrina que discute esta última afirmación, criticando la “escena de lucha”¹⁴⁵ que supone entre víctima e imputado y defendiendo que los derechos de ambos no tienen por qué necesariamente disputar espacio entre sí. Si bien es efectivo que el denunciado ocupa un lugar notoriamente débil frente al estado, extender las implicancias de ello sin matices a todo el sistema da cuenta de la imposibilidad de vislumbrar que la justicia penal no desencadena los mismos efectos sobre todos los grupos que componen la sociedad, especialmente cuando se trata de aquellos vulnerados.

¹⁴¹ Elena Larraurri, “¿Por qué retiran las mujeres...?”, ob. cit., 290

¹⁴² *Ibid.* 274.

¹⁴³ Mauricio Duce et al., “La víctima en el sistema de justicia”, ob. cit., 746 y 747.

¹⁴⁴ Mauricio Duce et al., “La víctima en el sistema de justicia penal: Una perspectiva jurídica y criminológica”, comentario de Leonardo Moreno, ob. cit., 154.

¹⁴⁵ Mauricio Duce et al., “La víctima en el sistema de justicia” ob. cit., 747.

En ese sentido, los delitos sexuales no solo presentan los presupuestos generales de toda causa penal -un imputado objeto de persecución de un *mayúsculo* estado-, sino que también, al derivar de la violencia de género, un fenómeno de desequilibrio de poder entre imputado y víctima que, sumado a la violencia institucional del propio aparato jurídico, genera condiciones que favorecen la impunidad del denunciado. De este modo, cuando parte de la doctrina se niega a confeccionar regulación a favor de las víctimas a partir de la defensa de los imputados, basa su comprensión y estructuración del proceso penal en las necesidades de un modelo masculino, lo que evidentemente damnifica a todos aquellos grupos que no se ajustan a él¹⁴⁶.

Como ya se ha esbozado en este trabajo, la generalidad de los autores del delito de violación rompe con el clásico mito del agresor inesperado y desconocido, que ataca a víctimas aleatorias por sorpresa, utilizando una fuerza excesiva para someterlas en una única e indeseada ocasión. Estadísticamente, la mayoría de los agresores sexuales son conocidos por la víctima y pertenecen a sus círculos familiares consanguíneos o políticos. Estudios en América señalan que existe una prevalencia entre el 5% y 47% de agresiones sexuales cometidas por las parejas amorosas de las víctimas¹⁴⁷. En Chile, las investigaciones disponibles dan cuenta de que un 40,9% de los agresores en los delitos sexuales son pareja o familiares de las víctimas¹⁴⁸. Es decir, personas que sostienen importantes vínculos sociales y afectivos con las agredidas y que, incluso, en muchas ocasiones no llegan si quiera a ser considerados un peligro por el entorno o la misma ofendida. Por otro lado, existe una posibilidad cierta de que la denuncia implique un enfrentamiento con quien también oficia de sostenedor económico de la familia y/o la víctima, lo que genera una presión adicional respecto a las implicancias que supone condenar con privación de libertad a quien representa el sustento familiar¹⁴⁹.

Todo ello contribuye a tornar más lejana la posibilidad de denuncia, al verse aumentada la carga de culpabilidad que esta conlleva para las víctimas, tal como lo demuestra el hecho de que los niveles de reporte de estos delitos bajen de un 30% a tan solo un 8,3% del total, cuando el agresor es parte de su círculo¹⁵⁰. La denuncia frecuentemente acarrea consecuencias negativas respecto a los tratos y relaciones interpersonales de la víctima, cambiando dinámicas familiares o amistades, incluso dividiéndolas entre partidarios de la denunciante y partidarios del denunciado. A esto se suma que, en la medida en que ambos comparten relaciones en común con otras personas, la credibilidad del relato es más propensa a ser puesta en duda por externos, aduciendo la confianza previa que se tenía sobre el acusado.

¹⁴⁶ Ver supra vid. Cap. II, apartado 1.

¹⁴⁷ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia sexual*, ob. cit., 58.

¹⁴⁸ Erwin Nahuelpan y José Varas, *Informe estadístico anual*, ob. cit., 18.

¹⁴⁹ Elena Larraurri, “¿Por qué retiran las mujeres...?”, ob. cit., 277.

¹⁵⁰ Adimark, *Principales Resultados “Encuesta Nacional de Victimización”*, ob. cit.

Todo lo anteriormente señalado genera barreras de acceso a la justicia para las víctimas, de forma que es la propia institución la que, ante un agresor que de forma previa detenta una superioridad de poder que se ve expresada en la propia ejecución del delito¹⁵¹, contribuye a perpetuar la impunidad del victimario, favoreciéndolo en sus intereses de absolución.

Es por ello por lo que, para subsanar los problemas expuestos, en primer término, se vuelve necesario resguardar las necesidades de las mujeres víctimas de delitos sexuales con una política que no solo consagre una serie de derechos a su favor tales como los de información, protección, dignidad, reparación o participación, sino que también tenga una real y satisfactoria forma de ser implementada, lo que hasta el momento no ha ocurrido¹⁵².

En segundo término, y con el fin de atender de forma efectiva a las necesidades de las víctimas de delitos sexuales, se vuelve necesario profundizar el ejercicio de revisión preguntándose por los objetivos que estas persiguen a la hora de recurrir a la herramienta del derecho penal. Tradicionalmente, y en concordancia con la binaria alternativa que ofrece el sistema punitivo en torno a la posibilidad de condena o absolución, la respuesta a aquella pregunta suele ser que quienes recurren a él, lo hacen en la búsqueda de justicia a través de la imposición de una pena. Sin embargo, según constata la Subsecretaría de Prevención del Delito, los intereses de las víctimas de delitos sexuales se centran en “ser tratadas con dignidad y recibir credibilidad y confirmación de que no son culpables, sentirse seguras y apoyadas, no sentirse víctimas, recibir apoyo, sentirse en control y tomar decisiones informadas”¹⁵³.

Estas pretensiones contradicen a las voces que argumentan contra el involucramiento de la víctima en el proceso, puesto a que iría en directo perjuicio de los derechos del imputado. En realidad, “(...) se dispone de mucha investigación a partir de la cual se muestra claramente que no siempre la víctima demanda más severidad (...) esto depende de cómo se maneje el interés de la víctima. Cuando una víctima se encuentra con un Estado fuerte, que tiene capacidad de entregar ayuda efectiva, económica, psicológica (...) esa víctima no tiene una demanda fuerte de penalidad (...) Por tanto, la víctima tiene dos caras distintas, según sea la reacción social institucional”¹⁵⁴.

Ser capaz de observar este extendido abanico de intereses que pueden perseguir las víctimas de delitos sexuales lleva, a su vez, a preguntarse si las alternativas que ofrece hoy el derecho penal son suficientes

¹⁵¹ Lidia Casas, *Introducción a los problemas de género en la justicia penal en América Latina* (Santiago: CEJA, 2010), 123.

¹⁵² Mauricio Duce et al., “La víctima en el sistema de justicia”, ob. cit., 746.

¹⁵³ Subsecretaría Prevención del Delito, *Víctimas de delito en Chile*, ob. cit. 35.

¹⁵⁴ Massimo Pavarini. “Entrevista a Massimo Pavarini”, *Nova Criminis*, n.3 (2012): 32, en Mauricio Duce et al., “La víctima en el sistema de justicia”, ob. cit.

por sí mismas para satisfacer aquellas demandas o, al contrario, se deben abrir nuevas posibilidades¹⁵⁵. Hasta ahora, al negarse a esta exploración, el proceso penal ha perpetuado un funcionamiento que “parece estar más interesado en servir su propia lógica interna que en servir a las víctimas, a las cuales se las presenta como alguien que hace perder el tiempo y distrae a la institución de realizar su *auténtico* cometido”¹⁵⁶, entendiéndose este último como el de perseguir y castigar a un culpable.

En ese sentido, el académico de derecho penal, José Cid, en su artículo “Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal”¹⁵⁷ realiza una revisión en torno a las soluciones que tradicionalmente el derecho penal ha ofrecido, con el fin de caracterizar los paradigmas que lo cruzan y analizar formas alternativas que pudiesen lograr la solución de los conflictos, deteniéndose principalmente en el modelo de justicia restaurativa.

De esta forma, identifica que las filosofías más influyentes de la tradición penal occidental son la tradición retributiva y la utilitarista, las que, tal como el modelo acusatorio reformado chileno, conciben que el delito supone un conflicto entre el perpetrador y la sociedad en su conjunto, sin considerar primariamente a la víctima. Ambas perspectivas se valen del principio de proporcionalidad para la imposición de la pena, que se aplicará, en el sistema retributivo, según la culpabilidad del imputado mientras que, en el sistema utilitarista, en función de la prevención necesaria para impedir la realización de ciertas conductas.

A pesar de que, a ojos del autor, el principio de proporcionalidad es exitoso en diferenciar las penas en atención a los delitos, advierte que no lo es en evitar la imposición de una sanción excesiva respecto a un ilícito. En esa línea, identifica un estrecho vínculo entre su utilización y el ejercicio de la pena de prisión, a la que releva como el objetivo último de la intervención penal, dejando como secundario cualquier otro aspecto. Esto último es lo que explica la relegación a segundo plano de la víctima y el poco interés que suscita para el sistema formas de mediación-reparación como respuesta alternativa a la comisión de un delito.

Frente a ello, el autor procede a explorar el sistema de la justicia restaurativa. Explica que se trata de una propuesta distinta a la justicia penal actual, en el que las partes que tienen interés en el delito determinado

¹⁵⁵Elena Larraurri. “Justicia restauradora y violencia doméstica”, en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 8 (España, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, 2007), 21.

¹⁵⁶ Elena Larraurri, “¿Por qué retiran las mujeres...?”, ob. cit., 272.

¹⁵⁷ José Cid, “Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.9 (2011): 111-130.

se reúnen para decidir cómo resolverlo, con las implicancias que ello tendrá a futuro¹⁵⁸. En esta reunión, participan agresor, víctima y sus familias, además de facilitadores. El agresor no niega los hechos de los que se le acusa y a través de un diálogo respetuoso con la ofendida, buscan llegar a un objetivo restaurador. En aquellos casos en que esto no se cumpla, entrará a operar la justicia penal tradicional con el objeto de hacer frente a la inobservancia del acuerdo.

A los ojos de Cid, la justicia restauradora se vuelve una opción a considerar, por su capacidad de otorgar “un papel central a la víctima en la resolución del conflicto, a la vez que privilegia respuestas distintas a la prisión y procura la rehabilitación del/a delincuente”¹⁵⁹. En torno al primer punto, ahonda en que, comparativamente, las evaluaciones demuestran que los acuerdos de este tipo de procedimientos se respetan más que los de la justicia penal tradicional, lo que en consecuencia se traduce en mejores perspectivas para la víctima. Además de ello, destaca la gran potencialidad de este tipo de justicia para cumplir con los fines de la prevención general del delito.

Por su parte, en el texto “Justicia restauradora y violencia doméstica”¹⁶⁰, Elena Larraurri explora la discusión desarrollada desde el feminismo respecto a este tipo de justicia y su pertinencia para abordar delitos derivados de la violencia de género. Al respecto, explica que la justicia restaurativa debe entenderse como una alternativa al sistema penal tradicional debido a que tiene principios divergentes a aquel, tales como el acento en la participación de la comunidad, la reintegración del agresor, mayor énfasis en la capacidad de decisión de la víctima, o la consideración de la satisfacción de esta como un parámetro fundamental que considerar. No obstante, puntualiza que esto tampoco significa que la justicia restaurativa prescindiera de todos los principios del derecho penal. Al contrario, en ella se sigue tratando al delito como un problema de carácter público, pues la decisión de persecución no se basa exclusivamente en el deseo de la víctima de hacerlo. A ello se suma que se trata de un proceso sometido a principios legales, en el que interviene un tercero imparcial en el rol de mediador, de modo que los acuerdos alcanzados tampoco dependen únicamente de la voluntad de la víctima.

De esta forma, a raíz de sus encuentros y diferencias, Larraurri explica que la relación entre la justicia restauradora y el derecho penal es variada, aplicándose en ciertos países bajo la tutela del proceso penal tradicional, en otros como la inspiradora de los principios que rigen todo el sistema punitivo y, en unos cuantos últimos, usándose a modo puntual en determinadas ocasiones, tales como a la hora de procesar a un imputado primerizo.

¹⁵⁸Tony Marshall, *Restorative Justice, An Overview* (Londres, Home Office, 1999), en José Cid, “Medios alternativos de solución de conflictos”, ob. cit., 123.

¹⁵⁹ José Cid, “Medios alternativos de solución de conflictos”, ob. cit., 122.

¹⁶⁰ Elena Larraurri. “Justicia restauradora”, ob. cit.

Teniendo todos estos antecedentes en cuenta, con el objeto de pensar procesos de justicia que respondan a una mayor sensibilidad para con la víctima¹⁶¹ y eviten el desencadenamiento de violencia institucional en su contra, es que es posible observar cómo algunos elementos de la justicia restauradora pueden resultar de utilidad para satisfacer las necesidades de las víctimas de delitos sexuales, particularmente las reparatorias.

3. Alternativas para abordar los delitos sexuales en el proceso penal chileno

Dentro del sistema procesal penal chileno, las salidas alternativas incorporadas en la reforma procesal penal, incluyendo entre ellas al procedimiento abreviado, son figuras con potencialidad para asumir este desafío, especialmente teniendo en cuenta que se trata de mecanismos que se concibieron en la búsqueda de otorgar soluciones diversas al sistema procesal tradicional.

La primera de ellas, el acuerdo reparatorio, se encuentra regulado por el artículo 241 del Código Procesal Penal, como aquél establecido libremente entre el imputado y la víctima, con aprobación del juez, respecto a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, constituyeren lesiones menos graves o configuraren delitos culposos. Los mencionados requisitos hacen en la actualidad inaplicable esta salida para los delitos sexuales, aun cuando para algunas víctimas podría representar una gran oportunidad para resolver su conflicto.

Por su parte, la segunda salida alternativa dice relación con la suspensión condicional del procedimiento, definida en el artículo 237 del Código Procesal Penal como la solicitud que realiza el fiscal, en acuerdo con el imputado, al juez de garantía para que suspenda condicionalmente el procedimiento, siempre y cuando el imputado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, no tuviere vigente otra suspensión al momento en que se verificaran los hechos y que la pena a imponer al imputado, en el evento de dictar sentencia, no excediere en concreto la de tres años de privación de libertad. Es precisamente este último punto el que torna improbable su aplicación en el delito de violación, debido a que, legalmente, le es asignada una pena mínima de presidio mayor en su grado mínimo, es decir 5 años y un día, que solo en situaciones muy específicas podría ajustarse a la duración requerida. Entre otras cosas, esto explica que, para el año 2019, esta salida representara alrededor de tan solo un 3% del total de términos de los delitos sexuales¹⁶².

Sin perjuicio de ello, un estudio acerca del funcionamiento del proceso penal en los delitos de violencia de género pudo identificar que la suspensión condicional del procedimiento suele utilizarse como un

¹⁶¹ *Ibíd.*, 21.

¹⁶² Fiscalía, Ministerio Público de Chile, *Boletín Estadístico Anual. Enero - diciembre 2019* (2020), 25.

intento de medio de reparación para las víctimas¹⁶³. No obstante, y a pesar de sus potencialidades, su aplicación se evidencia como insuficiente para este objetivo, en la medida en que la caracterización que actualmente le otorga el sistema penal la aleja notoriamente de la víctima, tal y como ocurre cuando determina que no se requiere ni siquiera de su acuerdo para la realización de esta salida. Naturalmente, esto condiciona el comportamiento judicial de los/las magistradas, tal y como uno/a de ellos/as expresa: “Se debe mantener la imparcialidad. Sobre las salidas alternativas es de la esencia el respeto de los acuerdos, donde, y en estricto rigor, no está presente la víctima. Es un acuerdo entre fiscalía e imputado y sólo después viene la víctima y su eventual protección”¹⁶⁴.

Por su parte, es posible advertir que el criterio general de la fiscalía en torno a esta temática ha progresado en otorgar lugar a la persona ofendida y sus necesidades, tal como lo demuestra la Instrucción General que imparte criterios de actuación del Ministerio Público en delitos sexuales. En ella, el fiscal es mandado a sopesar la suspensión condicional del procedimiento en aquellos casos en que la declaración en juicio de la víctima se considere pernicioso para su estado físico o psíquico¹⁶⁵. Asimismo, también se le impone como requisito la obligación de escuchar la opinión de la ofendida antes de solicitar la salida¹⁶⁶, lo que, de todas formas, no impide que, aun cuando esta se oponga, el/la fiscal pueda realizar igualmente la petición de la suspensión en base a su propio criterio, que por definición no está regido por los intereses de la agredida.

En ese sentido, en la medida en que la caracterización legal de esta salida siga determinándola como una alternativa indiferente a las necesidades y deseos de las víctimas, su utilización seguirá reproduciendo los diversos problemas de violencia institucional y victimización secundaria ya analizados en este trabajo.

De este modo, se evidencia la necesidad del reconocimiento por parte de la institucionalidad de que, más allá de que el delito sexual supone un conflicto en el que conviven intereses públicos, también existe una persona concreta que ha sufrido el daño producido. Ante ello, la justicia debe estar dispuesta a ayudar a la víctima a superar las consecuencias generadas¹⁶⁷, lo que difícilmente puede lograrse ignorando su opinión respecto a la mejor forma de alcanzar este cometido.

Es por ello por lo que se vuelve primordial el respeto a la autonomía de la agredida, lo que implica considerar su acuerdo como requisito fundamental para la realización de un determinado proceso penal.

¹⁶³ Lidia Casas y Alejandra Mera, *Delitos Sexuales y Lesiones*, ob. cit., 28

¹⁶⁴ *Ibid.* 28.

¹⁶⁵ Fiscalía, Ministerio Público de Chile, *Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales* (Santiago, 2015), 20.

¹⁶⁶ Fiscalía, Ministerio Público de Chile, *Instrucción General que imparte criterios*, ob. cit., 20.

¹⁶⁷ José Cid, “Medios alternativos de solución de conflictos”, ob. cit., 118.

De esta forma, en caso de que se oponga, el sistema debe ofrecer mecanismos alternativos a los que pueda recurrir para perseguir sus pretensiones.

En la actualidad, existe una notoria tendencia por parte de la institución a imponer limitaciones a la agencia de la ofendida, en un fenómeno en que -a juicio de Larraurri-, el poder del maltratador es sustituido por el del Estado¹⁶⁸. Esto puede observarse en aspectos tales como la imposibilidad legal que estas tienen para acceder a la figura del acuerdo reparatorio, aun cuando eventualmente pudiese ser conveniente para sus intereses. Del mismo modo, institucionalmente se ha vetado para las víctimas del delito sexual de violación toda opción de recibir una indemnización pecuniaria por parte del agresor. Así lo señala el ya citado Instructivo General de la Fiscalía respecto a la investigación de estos ilícitos, señalando que en la suspensión condicional del procedimiento “nunca deberá estipularse como condición el pago de una suma de dinero a la víctima”¹⁶⁹, esto es la letra e) del artículo 238 del Código Penal. Así, se limita únicamente la posibilidad de entrega de una suma cuando esta se enmarca en la letra h) del mismo artículo, en función del costeo de un tratamiento psiquiátrico o psicológico a su favor.

Tal determinación, con el pretexto de proteger a la víctima, niega derechamente su capacidad de elección. Sumado a ello, cierra no solo la posibilidad de la imposición de una sanción significativa contra el autor, sino que también la de la obtención de un beneficio legítimo para esta¹⁷⁰ que, en aquellos casos en que el agresor tiene un vínculo parental o de pareja con la ofendida, además resulta indispensable a raíz de la estructural dependencia económica que muchas veces presentan las mujeres. Que el sistema penal no considere una necesidad tan relevante para las víctimas, negándose a contribuir en su independencia económica en caso de que denuncien, trae como consecuencia una natural desconfianza de estas en las “posibilidades de mejorar su situación recurriendo al sistema penal”¹⁷¹, por lo que no parece extraño que terminen decidiendo no hacerlo.

Por otro lado, el análisis de mecanismos alternativos en este tipo de delitos abre la pregunta respecto a cómo podrían funcionar en ellos una mediación. En primer lugar, es necesario despejar aquellas nociones que identifican el ejercicio de mediar con el de ceder o pactar, en circunstancias en que estos no constituyen sinónimos, y que las víctimas de estos delitos no tienen por qué ceder ni sentirse en el deber de perdonar a los agresores. En ese sentido, la mediación refiere al “diálogo con el responsable de la infracción el cual debe precisamente admitir el hecho y el daño”¹⁷².

¹⁶⁸ Elena Larraurri. “Justicia restauradora”, ob. cit., 11.

¹⁶⁹ Fiscalía, Ministerio Público de Chile, Instructivo General que imparte criterios, ob. cit., 20.

¹⁷⁰ Lidia Casas, *Delitos Sexuales y lesiones*, ob. cit., 28.

¹⁷¹ Elena Larraurri, “¿Por qué retiran las mujeres...?”, ob. cit., 279.

¹⁷² Elena Larraurri. “Justicia restauradora”, ob. cit., 6.

Sin perjuicio de ello, y teniendo presente que el enfrentamiento de la víctima con su agresor en muchas ocasiones constituye una forma de victimización secundaria debido al desequilibrio de poder existente entre ambos¹⁷³, es primordial que cualquier mecanismo utilizado para procesar estos delitos se adapte a las necesidades propias de las ofendidas. De este modo, no debiesen ser obligadas a participar directamente en el mismo, teniendo siempre la opción de ser sustituidas por personas cercanas¹⁷⁴. En aquellos casos en que la víctima sí decida hacerlo, siempre debe existir un tercero imparcial que vele porque no sea sometida por el agresor, además de disponer de las medidas cautelares que se requieran para su protección durante el proceso¹⁷⁵.

Como último punto, es relevante establecer que la estructuración de un proceso con elementos de justicia restaurativa no necesariamente excluye la posibilidad de determinación de respuestas punitivas contra el imputado¹⁷⁶. La extensa discusión doctrinal en torno a esta materia no se encuentra definida y, en atención a la gravedad de los bienes jurídicos que están en juego, es preferible no descartar de lleno la opción. Sin perjuicio de ello, lo que sí resulta indispensable es que en estos mecanismos puedan imponerse reglas de conducta a los imputados, con el fin de asegurar la protección de las personas que fueron objeto de sus agresiones. En ese sentido lo expresa un/a psicóloga/o que trabaja este tema: “no es posible un tratamiento reparatorio para la víctima si no va aparejado de lejanía del agresor y protección frente a nuevas agresiones. La reparación del daño psíquico y la mejoría de la salud mental de la víctima avanzará en la medida que no exista riesgo de nuevas violencias”¹⁷⁷.

Regulado en el artículo 406 y siguientes del Código Procesal Penal, el procedimiento abreviado también aparece como un mecanismo que puede incorporar las observaciones analizadas con el fin de atender a las necesidades de las víctimas. Actualmente, su realización frente al delito de violación propia es poco probable, puesto que la pena privativa de libertad que se le asigna excede el requisito de 5 años como máximo para acceder al procedimiento, de forma en que solo puede utilizarse en los casos en que operen las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal necesarias. Sin embargo, que cuente con aspectos tales como la aceptación por parte del imputado de los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que lo fundaren, lo hace prescindir de la existencia de un proceso centrado en el cuestionamiento del relato de la víctima, evitando un aspecto sumamente victimizante para esta¹⁷⁸. Con todo, para su pertinencia a la hora de abordar estos delitos, sería necesario la incorporación de los

¹⁷³ *Ibíd.*, 9.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 10.

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ José Cid, “Medios alternativos de solución de conflictos”, *ob. cit.*, 124.

¹⁷⁷ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia sexual*, 78.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 97.

elementos que ya se han mencionado, especialmente la exigencia de la anuencia de la víctima para realizarlo, que hoy no es necesaria, o tener como uno de los objetivos principales el de su reparación¹⁷⁹.

Hasta ahora, la persecución penal ha sido caracterizada como altamente victimizante con las ofendidas por tratarse de un proceso que las obliga “a ventilar su intimidad, a ser inspeccionadas en forma invasiva y ser periciadas psiquiátricamente. Finalmente, todo esto puede ser en vano si el caso termina en impunidad, incluso negándoles su estatus de víctima, porque no se les cree o porque se les culpa de lo ocurrido”¹⁸⁰. Así, en muchas ocasiones se las priva de cualquier posibilidad de protección, además de dificultar su reparación en torno a hechos que posiblemente ocurrieron, pero que, por las complejidades ya expuestas, son difíciles de sancionar por el derecho penal tal y como está pensado en la actualidad para estos delitos.

Debido a ello es que es necesario considerar la creación de procedimientos que, más allá de la condena o absolución del imputado, incorporen la justicia restauradora como un criterio rector en los procesos de violencia sexual de género. Solo así se abrirán las posibilidades de hacerse cargo de las diversas falencias que presenta la persecución penal, permitiendo avanzar en la búsqueda de acceso a la justicia de las personas agredidas.

4. Las especificidades de la prueba en los delitos sexuales

Como ya se ha descrito, una vez interpuesta la denuncia por el delito de violación propia se pone en movimiento el proceso penal iniciando su primera etapa, regulada en los artículos 166 y siguientes del Código Procesal Penal, que consiste en la investigación sobre los hechos constitutivos de delito y la identificación de los responsables del mismo. Se trata de una tarea de gran complejidad, cuya dificultad fluctúa en atención a las características del tipo de ilícito que se investiga.

Al respecto, es extendida la noción en torno a los diversos contratiempos que presenta el ejercicio probatorio en los delitos sexuales, cuyas implicancias pueden observarse tanto en la etapa de investigación, como en la de preparación del litigio y en la del juicio oral en lo penal propiamente tal. Este problema dice relación con la dificultad de recabar pruebas sobre los hechos a raíz del contexto en que las situaciones transcurren: espacios cerrados y de intimidad en los que no hay espectadores, de

¹⁷⁹ A ello se suma el desafío de hacer frente a las críticas que apuntan al procedimiento abreviado como un mecanismo que aumenta el riesgo de las condenas a inocentes, lo que sin duda constituye una importante preocupación a la hora de aplicarlo en estos delitos, vid. Mauricio Duce, “Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 26 (2019).

¹⁸⁰ María Luisa Pique “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional” (2017), 310, en Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia sexual*, ob. cit., 100.

forma que habitualmente el único testimonio directo disponible es el de la propia víctima, “convirtiéndose en la principal prueba de cargo contra el agresor”¹⁸¹. A su vez, es frecuente que el relato presente ciertas imperfecciones a raíz de la imposibilidad de poder ser recordado perfectamente debido al carácter traumático de los hechos, o el largo tiempo transcurrido desde la perpetración hasta su develación. A todo ello se suma la circunstancia de que, en aquellas ocasiones en que también existen testimonios provenientes de otras fuentes, generalmente se tratan de los expedidos por personas que no presenciaron el hecho concreto denunciado y además presentan vínculos con las partes, lo que recurrentemente produce que estas pruebas sean desestimadas en su valor o minimizadas por parte de los operadores jurídicos¹⁸².

La caracterización de la violencia de género desarrollada en este trabajo explica en parte lo señalado, así como otros fenómenos que agudizan la problemática, tales como el aislamiento que la afectada sufre de fuentes de ayuda o su relación de dependencia o sumisión con el agresor, que en un gran número de casos hacen a la víctima adoptar actitudes pasivas¹⁸³, inhibiendo la denuncia y, en consecuencia, aumentando los niveles de sub reporte del delito. Sin embargo, la mencionada caracterización no es suficiente para sostener que la falta de respuesta eficaz del proceso para con las víctimas, se sostiene en el hecho de que los delitos sexuales son *especialmente* difíciles de acreditar.

En ese sentido, en el texto “Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género”¹⁸⁴, Julieta Di Corleto y María Luisa Piqué ilustran cómo los rasgos ya mencionados de la prueba en los ilícitos sexuales no están presentes exclusivamente en ellos, sino que son propios de todos los “delitos que involucran altos grados de violencia interpersonal, y en particular, a aquellos que configuran violaciones a los derechos humanos”¹⁸⁵. No obstante, explican cómo a pesar de esto, solo en los casos que abordan violencia sexual estos rasgos desencadenan notorios problemas a la hora de generar convicción del tribunal, reflejando que más bien se trata de una consecuencia de la discriminación de género que atraviesa a todo el sistema de justicia.

En función de ello, las autoras identifican a lo largo de su texto las diversas aristas en las que se expresa y reproduce esta discriminación. Así, en el mismo sentido en que lo hace la teoría jurídica crítica, señalan, en primer lugar, que en los casos de violencia contra las mujeres se aplican reglas que tienen apariencia de neutrales, pero que, al estar formuladas a la medida de un sujeto universal masculino -puesto que no

¹⁸¹ Ana Montesinos García, “Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.17 (2017): 128.

¹⁸² Julieta Di Corleto y María Luisa Piqué, “Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género” en *Género y Derecho Penal*, José Hurtado (Lima: Pacífico Editores, 2017), 413.

¹⁸³ Ana Montesinos García, “Especificidades probatorias”, ob. cit., 128.

¹⁸⁴ Julieta Di Corleto y María Luisa Piqué, “Pautas para la recolección”, ob. cit.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, 413

considera en absoluto la perspectiva y experiencia de las mujeres-, su aplicación en estos casos genera efectos negativos en las víctimas. Estos problemas pueden radicarse tanto en la propia formulación de las normas -por ejemplo, en el art. del Código Procesal Penal que no permite el acuerdo reparatorio en los delitos sexuales-, como también en el momento de su aplicación. Ejemplo de esto último es el que los intervinientes en el proceso penal de un delito sexual posean la expectativa de encontrarse con tipos de pruebas igual a las que es posible recolectar en cualquier otro ilícito, sin considerar las particularidades que presentan por derivar de la violencia de género, valorándolas con parámetros que impactan desproporcionadamente en las víctimas, obstaculizando su posibilidad de probar la denuncia que alegan.

En segundo lugar, Di Corleto y Piqué explican que otro aspecto que dificulta el ejercicio probatorio en los delitos sexuales dice relación con la existencia de estereotipos de género que, al tener efectos discriminatorios, obstaculizan la recolección y valoración de la evidencia.

En ese sentido, se pueden comprender los estereotipos “como enunciados que asocian a un grupo de personas (identificado mediante un rasgo X) un rasgo Y”¹⁸⁶ y, específicamente, los estereotipos de género como aquellos referidos a “creencias sobre los atributos de mujeres y hombres que cubren desde rasgos de personalidad (las mujeres son más subjetivas y emocionales, los hombres son objetivos y racionales), comportamientos (las mujeres son más pasivas sexualmente, los hombres son más agresivos en ese plano), roles (las mujeres deben asumir las tareas de cuidado y el hombre ser el proveedor), características físicas (las mujeres son más débiles que los hombres), y de apariencia (los hombres deben ser masculinos), ocupaciones (las carreteras de armas no son para las mujeres, los hombres no pueden ser parvularios) y supuestos de orientación sexual (las lesbianas son egoístas y no priorizan el interés de sus niños; los gays son promiscuos)”¹⁸⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos explica cómo la creación y uso de los estereotipos, reflejada implícita o explícitamente en políticas y prácticas tales como el razonamiento o lenguaje de autoridades estatales, son a la vez causa y consecuencia de la violencia contra la mujer¹⁸⁸. Así, reflejan y refuerzan “la distribución desigualitaria de poder que pone a un colectivo en lugar de subordinación y al otro, nuevamente por la asignación de roles sociales, en lugar de aventajado o de privilegio”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Federico José Arena, “Estadísticas, estereotipos y grupos desfavorecidos. Algunos límites del apoyo estadístico a los estereotipos”, en Anuario XVII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad de Córdoba (Córdoba: CIJS, 2017), 1.

¹⁸⁷ Verónica Undurraga, “¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias)”, *Revista Corte Suprema*, (2017), en Laura Clérico, “Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos”, *Redea*, n.5 (2017): 212.

¹⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México” (2009), párrafo 401.

¹⁸⁹ Laura Clérico, “Derecho constitucional y derechos humanos”, ob. cit., 215.

Los estereotipos de género se encuentran presentes en la actuación de los operadores jurídicos, incorporados en los conceptos y las relaciones que establecen, e incluso en las decisiones judiciales¹⁹⁰, pero también en la configuración del sistema penal mismo, que al ser indiferente con las vivencias de las mujeres, favorece y propicia su creación, tal como ocurre en la tipificación del delito de violación¹⁹¹. Es por ello por lo que el combate a los estereotipos no debe enfocarse solo en la capacitación y educación de quienes cumplen roles en el proceso, sino también en repensar la estructura del sistema que aborda los delitos derivados de la violencia de género.

Así, las principales razones por las cuales los delitos sexuales son difíciles de probar se enquistan en la aplicación de lógicas y reglas sin perspectiva de género, además de la persistencia de estereotipos discriminatorios, producidos y reproducidos por el sistema en su conjunto y sus operadores, cuyos efectos e implicancias pasarán a ser analizados en las siguientes páginas.

5. La investigación en los delitos sexuales

Según ilustra el Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público, de un total de 35.011 delitos sexuales que llegaron a término en el año 2019, el 64% lo hicieron a través de salidas no judicializadas tales como la decisión de no perseverar en el procedimiento, el principio de oportunidad o el archivo provisional. A su vez, este último se constituye como la principal forma de finalización del proceso, representando el 55% en estos ilícitos¹⁹². El alto porcentaje de salidas no judicializadas en las agresiones sexuales contrasta con las cifras de otros delitos violentos tales como el homicidio, donde en tan solo en un 9% se decreta el archivo provisional¹⁹³.

El artículo 167 del Código Procesal Penal señala como fundamentación para que el Ministerio Público adopte este tipo de término, que en la investigación no aparecieran antecedentes que permitieran desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. En ese sentido, la académica de Derecho Penal e investigadora, doctora Lidia Casas en su trabajo “Los desencuentros del sistema criminal y las mujeres víctimas”, destaca lo llamativas que resultan estas cifras considerando que, en la mayoría de los delitos sexuales, tal como en el 62,27% de los casos ocurridos en 2019¹⁹⁴, el imputado denunciado es conocido de la víctima, lo que en teoría debiese facilitar la persecución. A esto agrega lo incoherente que resulta la gran cantidad de archivos en contraste con la aparente relevancia social que se

¹⁹⁰ Encarna Bodelón, “Violencia institucional” ob. cit., 141.

¹⁹¹ Elena Larrauri, “¿Por qué las mujeres...?”, ob. cit., 275.

¹⁹² Fiscalía, Ministerio Público de Chile, Ministerio Público, *Boletín estadístico anual*, ob. cit., 25.

¹⁹³ *Ibíd.*, 27.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, 11.

afirma tienen estos delitos. Ante ello, concluye que la presunta importancia obedece más bien a un doble discurso, puesto que, aunque en la agenda o declaraciones de organismos y autoridades así aparezca, en la práctica no hay disposición para investigar la violencia sexual, ni tampoco recursos humanos entrenados para ello¹⁹⁵.

En efecto, si tras la denuncia la acción penal pública es entregada a la Fiscalía para que sea ejercida persiguiendo el interés de la sociedad, pero esta facultad generalmente no llega a concretarse, el mensaje entregado por la institución es que la violencia sexual de género no reviste de una real preocupación para la colectividad. Se advierte así “un resabio de la concepción según la cual el Estado no debe intervenir en estos conflictos porque ocurren en un ámbito supuestamente íntimo”¹⁹⁶, comprendiéndolos como un problema individual que, como consecuencia, da lugar a investigaciones penales “incompletas y sesgadas”¹⁹⁷.

De este modo, la alta cantidad de archivos refleja un porcentaje desproporcionadamente elevado de causas que no son investigadas o en las que no se agotan todos los medios posibles para ello, frustrando el acceso a la justicia de las víctimas y alimentando la idea de la supuesta existencia de una baja densidad probatoria en los delitos sexuales¹⁹⁸.

Todo lo anteriormente expuesto da cuenta de que la dificultad de probar los delitos sexuales yace en las propias reglas del proceso y las actuaciones de quienes intervienen, además de evidenciar de que parte importante de los problemas se configuran en la etapa de investigación, por tratarse del momento en que se recolectan los antecedentes conducentes a acreditar los hechos y participación del imputado. Esto la constituye como el principal filtro para sustentar la posibilidad de enjuiciamiento de lo ocurrido, revistiéndola como una instancia crucial en el devenir de las causas. De esta forma, es ahí donde, o se define el término inmediato para la mayoría de ellas, o se determinan las condiciones en que las restantes avanzarán a las siguientes etapas.

A raíz de ello, surge la necesidad de revisar la etapa de investigación respecto a los delitos sexuales, con el fin de analizar los fenómenos que en ella ocurren y las consecuencias que tienen para las mujeres víctimas de violencia.

¹⁹⁵ Lidia Casas, “Los desencuentros del sistema criminal y las mujeres víctimas”, cap. 3 en *Introducción a los problemas de Género*, ob. cit., 129.

¹⁹⁶ Julieta Di Corleto y María Luisa Piqué, “Pautas para la recolección”, ob. cit., 414.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ Ana Montesinos García, “Especificidades probatorias”, ob. cit., 162.

6. La recolección de la prueba

Cuando una mujer denuncia una violación ante las autoridades pertinentes, las primeras diligencias investigativas quedarán sujetas a múltiples factores, entre los que destacan el tipo de acogida que le otorgue la institución que toma conocimiento de los hechos y la propia iniciativa de la víctima.

Debido a ello, en las próximas páginas se revisarán los roles que cumplen las diversas instituciones que intervienen en la etapa de la investigación, correspondientes a las policías, el Ministerio Público y otros colaboradores, tales como el Servicio Médico Legal, con el fin de identificar y analizar las razones que propician la alta cifra de salidas no judicializadas en este tipo de delitos.

En ese sentido, en primer lugar, es necesario detenerse en Carabineros de Chile, puesto que se trata de la principal institución a la que acuden las víctimas para reportar un delito. Un estudio realizado en el año 2020 por la Red Chilena Contra la Violencia Hacia las Mujeres muestra, a partir de una encuesta realizada a un universo constituido casi en su totalidad por mujeres mayores de 18 años, que un 81% de ellas tiene una percepción negativa de su intento o denuncia efectiva de violencia de género ante Carabineros¹⁹⁹. Esta mala experiencia no se limita únicamente al sufrimiento de tratos victimizantes o acusadores por parte de los policías, que por sí mismos contribuyen a inhibir el impulso de las víctimas a seguir adelante con el proceso. Se extiende también a la existencia de prácticas sistemáticas en las que Carabineros se arroga la potestad de filtrar qué denuncias merecen o no ser registradas en el sistema con el fin de iniciar una investigación²⁰⁰, en una tarea que por mandato legal no les corresponde realizar y que expresa la concepción de que el sistema penal no debe intervenir en este tipo de conflictos²⁰¹.

Un ejemplo de lo señalado lo constituyen aquellos casos en donde la agresión sexual fuere perpetrada poco tiempo antes de la denuncia, en los que dependerá de la asesoría entregada por los y las funcionarias, la oportunidad que la víctima tenga para acceder a la recolección de prueba que marque la diferencia en la posibilidad de seguir adelante con el proceso. De esta forma, en los reportes debidamente tratados, la denunciante tendrá acceso a ser sometida al examen ginecológico efectuado por el Servicio Médico Legal, instancia en la que también podrán obtenerse las eventuales muestras biológicas del agresor que aún pueda presentar la víctima en su cuerpo. Debido a los parámetros investigativos carentes de perspectiva de género, esta evidencia es altamente valorada por los intervinientes en desmedro de otras, lo que demuestra las profundas implicancias negativas que podría tener en los intereses de la víctima el actuar negligente y discriminatorio de los operadores jurídicos.

¹⁹⁹ Red Chilena Contra la Violencia Hacia las Mujeres, *Respuestas de Carabineros frente a denuncias realizadas por Mujeres que sufrieron violencia* (Santiago: 2020), 7.

²⁰⁰ *Ibíd.*, 9.

²⁰¹ Lidia Casas, “Los desencuentros del sistema criminal”, *ob. cit.*, 136.

En segundo término, es necesario revisar el ejercicio del Ministerio Público en la etapa de investigación, puesto que tal como lo prescribe el artículo 180 del Código Procesal Penal, una vez que toma conocimiento de los hechos, tiene a su cargo los avances de esta fase, dirigiendo con el apoyo de las policías la recolección de diversas pruebas, convirtiéndose en el responsable del curso de la investigación.

Para este ejercicio, resulta necesario detenerse en la forma de funcionamiento del Ministerio Público, cuya base se asienta en un modelo de metas a partir de las que adopta un Compromiso de Gestión Institucional según el cual, al alero de la Ley N°20.240, se establecen incentivos salariales a fiscales y funcionarios con el objeto de que alcancen ciertos resultados en un periodo determinado.

Tal como explica Casas en su texto²⁰², aunque en sí mismo esto no represente un conflicto, sí lo es que el criterio de eficiencia de rendimiento, por regla general, se mida en términos de duración de los procesos o cantidad de sentencias de condenatorias. Estos parámetros no tienen en cuenta las particularidades de los delitos sexuales y llevan a la institución a tomar decisiones priorizando su cumplimiento en desmedro de otros aspectos cuya concurrencia sí resulta fundamental para el éxito estos casos, tales como el nivel de satisfacción respecto al proceso que sienta la persona ofendida por el delito o la reducción de su victimización secundaria.

Así, la autora ilustra cómo en los delitos sexuales las metas centradas en la obtención de condena afectan de forma directa a las víctimas, en la medida en que “las fiscalías se orientan a llevar a juicio solo aquellos casos en que sea ‘seguro’”²⁰³ el resultado condenatorio, en el entendido de que en este tipo de ilícitos es difícil contar con altos grados de certeza al respecto.

De esta forma, los persecutores acaban optando por abandonar la investigación al no lograr recabar evidencia que cumpla con las características que, según sus creencias personales, debe tener la prueba capaz de convencer a un juez sobre la condena de este delito²⁰⁴. Esta decisión resulta problemática en la medida en que en los ilícitos sexuales la evidencia que suele ser recolectada no cumple con aquellos parámetros, por lo que la opción de los fiscales se constituye como una práctica en que estos “determinan si ciertos hechos encuadran en los hechos jurídicamente relevantes a través de criterios que no serían

²⁰² Lidia Casas, “Los desencuentros del sistema criminal”, ob. cit., 137.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la Justicia para Mujeres*, ob. cit., 67.

neutros”²⁰⁵, trayendo su aplicación, como consecuencia, una discriminación de género por parte del órgano persecutor²⁰⁶.

Un ejemplo de ello es que la Fiscalía decida archivar las causas por contar únicamente con el testimonio de la víctima y ningún otro testigo directo, alegando no tener más antecedentes para conducir una investigación. Considerando que, debido al contexto de la violencia de género, la falta de testigos es regla general en este tipo de delitos²⁰⁷, resulta discriminatorio pretender avanzar en el proceso exclusivamente en los casos donde excepcionalmente sí haya más testimonios.

Por otro lado, la autora también desarrolla cómo, aun contando con una cantidad de evidencias mayor, el Ministerio Público opta por abstenerse de seguir intentando acreditar la denuncia, en la medida en que, basado en estereotipos de género, exige un estándar mayor del necesario a la prueba con la que cuenta.

Un ejemplo de ello es que los y las fiscales descarten perseverar en una causa de violación si no es posible probar la existencia de señales de fuerza física en el cuerpo de la víctima. Aun cuando el art. 361 del Código Penal no exige tal condición²⁰⁸, los estereotipos de género en torno al consentimiento y lo que se espera idealmente de una víctima instalan la concepción respecto a que esta debe resistirse al ataque al punto de llegar a sufrir daños con tal de demostrar que no consiente el acceso carnal de la que es objeto²⁰⁹. De este modo, si en los antecedentes no existe comprobación de marcas físicas, el o la fiscal optarán por no arriesgarse en llevar el caso a un juicio o, en su defecto, por recalificar los hechos bajo un tipo penal que en su opinión no requiera de tal prueba, como lo es el delito de abuso sexual, tipificado en el artículo 366 del Código Penal²¹⁰ y considerado menos gravoso.

Sin embargo, esta lógica del persecutor es problemática puesto que invisibiliza aquellos casos en que las víctimas puedan preferir no oponer resistencia física para primar el resguardo de su integridad por sobre el de su honra²¹¹, que discuten la creencia de que la ausencia de huellas físicas de la agresión debe traducirse como una señal de consentimiento.

Casas explica que una investigación que incorpore perspectiva de género a la estrategia de recabar antecedentes contribuye a desmontar estereotipos de género como los ejemplificados, permitiendo a la fiscalía no imponer como condición para seguir adelante en el proceso una barrera de prueba con estándar

²⁰⁵ Raymundo Gama, “Creer a las mujeres. Sobre la conexión entre prueba y perspectiva de género”, *Quaestio facti*, n.1 (2020): 293 y 294

²⁰⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la Justicia para Mujeres*, ob. cit., 67.

²⁰⁷ Lidia Casas, “Los desencuentros del sistema criminal”, ob. cit., 138.

²⁰⁸ Vid. supra. capítulo III, apartado 1.

²⁰⁹ Lidia Casas, “Los desencuentros del sistema criminal”, ob. cit., 123.

²¹⁰ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia*, ob. cit., 80.

²¹¹ Lidia Casas, “Los desencuentros del sistema criminal”, ob. cit., 124.

desmesurado. En materia de acceso a la justicia, se trata de un aspecto esencial para las víctimas, en la medida en que deja de negarles el derecho a probar la denuncia realizada, especialmente cuando son ellas mismas quienes asumen los costos que esa decisión pueda traer²¹².

Como tercer y último punto, es necesario dar cuenta del rol de los operadores de justicia distintos a carabineros o el Ministerio Público, debido a que de sus actuaciones también depende la exhaustividad que se alcance en la investigación.

Diversos estudios han constatado que la persistencia de los estereotipos de género que conforman sus criterios²¹³ se traduce en baja disposición para actuar, que redundará en importantes problemas de la recolección de la prueba en la etapa investigativa.

Una muestra de ello es el actuar del personal de salud convocado para realizar exámenes físicos a las víctimas, que en muchas ocasiones no atiende adecuadamente dicho requerimiento. En ese sentido, existe una tendencia notoria a negarse a la realización de estas revisiones, a producir informes con la suficiente minuciosidad que requiere la fase probatoria, o a hacerse cargo de las implicancias que tendrá la atención de una víctima de agresión sexual, sobre todo en cuanto a la exigencia de tiempo que esta implica. Una matrona de atención primaria de salud evidencia que esta disposición responde a la falta de claridad y carencia de instructivos que normen cómo debe proceder un equipo médico, así como a la nula planificación en torno a una interacción armónica de los mismos con el sistema de justicia. “La sensación que uno tiene es que se busca evitar la denuncia [...] Porque significa que te van a llamar, hay que ir a tribunales, hay que ir a declarar, no tienes tiempo, etc. Al final, el que tiene que hacer la denuncia es el director, pero él dice que tiene que denunciar el que atendió”²¹⁴

Todos los puntos anteriormente expuestos, evidencian la importancia de que las instituciones que toman parte de la investigación en el proceso penal adquieran una perspectiva de género que comprenda las particularidades de la violencia sexual al momento de abordar los delitos, actuando en coherencia para aplicar la debida diligencia necesaria en estos casos.

Para ello, resulta pertinente clarificar qué implica este ejercicio. En el texto “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”²¹⁵, el Magistrado español José Ramírez Ortiz, plantea que su adopción no debiese mal entenderse como aquella propiedad que le otorga mayor peso a

²¹² *Ibíd.*, 159.

²¹³ Claudia Hasanbegovic, “Violencia basada en el género y el rol del Poder Judicial”, *Revista de la facultad de Derecho*, n.40 (2016): 132.

²¹⁴ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia*, ob. cit., 64.

²¹⁵ José Ramírez Ortiz, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio facti*, n.1 (2020): 201 - 246.

evidencias tales como la del testimonio de la víctima, al punto de permitir que por sí sola desvirtúe la presunción de inocencia sin la necesidad de corroboración externa. Más bien, lo que en realidad debe significar, es la ampliación de la mirada del investigador a la recolección de elementos que permitan una “una adecuada reconstrucción histórica del suceso”²¹⁶, así como también la identificación de estereotipos que puedan impedir una evaluación justa del testimonio y los hechos investigados.

En un comentario a este trabajo²¹⁷, Federico Arena señala que, si bien la posibilidad de condenar a un imputado en base al único testimonio de la víctima no es algo que debiese ser siempre descartado, uno de los aportes de la perspectiva de género subyace, precisamente, en reducir a la menor cantidad posible este tipo de casos, permitiendo que la mayoría cuente con más evidencia en la que apoyarse.

Esto devela la relevancia de integrar, tal como ha verificado la propia CIDH²¹⁸, que en las pesquisas investigativas resulta esencial y necesaria la recolección de evidencia vinculada con el contexto de los hechos²¹⁹, ya que una expresión de violencia de género “no puede ser aislada de su entorno, y para ello será necesario mirar más allá del hecho puntual restringido por la ley penal”²²⁰.

Según explican Di Corleto y Piqué, lo que esto implica no es más que dar una debida aplicación a la garantía de amplitud o libertad probatoria que, en el caso del Código Procesal Penal chileno, se encuentra establecida en el artículo 295 como aquella que indica que los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso *podrán ser probados por cualquier medio* producido e incorporado en conformidad a la ley. En concreto, esto significa poner énfasis en la recolección de pruebas que hasta entonces no han sido debidamente estimadas por el ente persecutor y los operadores jurídicos que lo apoyan²²¹, tales como las de tipo indirectas o las indiciarias²²², las cuales contribuyen al juez a valorar “los posibles indicios incriminatorios que se le puedan plantear”²²³, y que emanan de la combinación de diversas fuentes, como la información que otorgan amigos, familiares o vecinos, o los propios policías que recibieron la denuncia o acudieron al lugar de los hechos.

²¹⁶ *Ibíd.*, 231.

²¹⁷ Federico José Arena, “Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género”, *Quaestio facti*, n.1 (2020): 247 – 258.

²¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la Justicia para Mujeres*, ob. cit., 57.

²¹⁹ Julieta Di Corleto y María Luisa Piqué, “Pautas para la recolección”, ob. cit., 418.

²²⁰ *Ibíd.*, 425.

²²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la Justicia para Mujeres*, ob. cit., 54.

²²² La incorporación de este tipo de prueba conlleva asimismo combatir la creencia que sostiene una notoria diferencia entre la prueba directa y la indiciaria, al suponer que esta última permite un grado menor de certidumbre acerca de si los hechos efectivamente ocurrieron. No siempre la prueba de indicios es menos sólida que la directa, por lo que es equivocado generalizar. Véase Daniel González Lagier, “La prueba de intención y el principio de racionalidad mínima”, *Jueces para la democracia*, n.50 (2004): 41-51.

²²³ Ana Montesinos García, “Especificidades probatorias”, ob. cit., 160 y 161.

Todo ello, permitirá la corroboración de la declaración de la víctima, comprendido como el ejercicio de probar “no directamente la acción que da contenido a la imputación, sino un hecho relacionado con ella y con el inculpado, cuya producción en determinadas circunstancias abonaría en términos de la experiencia la certeza de que, en efecto, la misma ha tenido lugar con intervención de aquél”²²⁴.

Asumir estos lineamientos en la estrategia indagatoria del Ministerio Público, se traduciría en mejores resultados en la recolección de evidencia, lo que a su vez permitiría desmentir percepciones que han servido de justificación para la denegación de justicia a las mujeres, tales como la de la supuesta baja densidad probatoria de estos delitos. La multitud de datos externos objetivos que puedan ser recogidos, permiten la corroboración de la declaración de la víctima al tiempo que reducen el número de casos en que su testimonio es la única prueba para acreditar el delito²²⁵, evitando la problemática que ello conlleva.

La revisión de la etapa de investigación y el rol que cumplen las instituciones que intervienen en ella, evidencian que la carencia de preparación de los operadores jurídicos, la falta de coordinación interinstitucional a la hora de la realización de diligencias investigativas cruciales para la administración de justicia y la ausencia de consideración por parte del ente persecutor del contexto de la violencia de género en los delitos sexuales, inciden en la realización de pesquisas incompletas y sesgadas, lo que redundará en resultados insatisfactorios en base a los cuales las denuncias son archivadas. Ante ello, se vuelve crucial la integración de perspectiva de género en esta etapa, que permita asumir investigaciones adecuadas en este tipo de delitos, en los que debe existir una amplia recolección de prueba que permita acreditar los hechos ante el juzgador.

Una investigación más exhaustiva permitiría abrir las posibilidades de acceso a la justicia para las víctimas, combatiendo las altas cifras de salidas no judicializadas en estos procesos y aumentando las posibilidades de alcanzar términos que les resulten satisfactorios. Todo ello, en coherencia con el artículo 7 de la Convención Belém Do Pará, suscrita por Chile en el año 1996, que dispone en su letra b) que el Estado debe actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

7. La implementación de la prueba testimonial en los delitos sexuales

Habiéndose ya efectuado un análisis en torno al rol que ocupa el testimonio de la víctima en el proceso,

²²⁴ Andrés Ibáñez, “La supuesta facilidad de la testifical” en *Prueba y convicción judicial en el proceso penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2009), 124, en José Ramírez Ortiz, “El testimonio único de la víctima”, ob. cit.

²²⁵ Elena Larrauri, “¿Por qué las mujeres...?”, ob. cit., 291.

se vuelve necesario abordar el tratamiento que le es otorgado por parte de las instituciones que intervienen en el sistema de justicia.

Tal como lo reconoce la CIDH²²⁶ y ha sido expuesto a lo largo de este trabajo, los delitos sexuales se caracterizan por producirse en ausencia de personas distintas del agresor o la víctima, de modo que la declaración de esta constituye una de las pocas, sino la única, fuente directa de los hechos, lo que la configura como evidencia fundamental en el proceso.

A raíz de ello, son recurrentes las afirmaciones que señalan como una de las grandes dificultades probatorias en los delitos sexuales el que en ellos exista un enfrentamiento entre la declaración de la mujer víctima y la versión del denunciado, razón por la cual las instituciones del sistema deben actuar con especial cautela²²⁷. En ese sentido lo expresa un fiscal de la zona centro: “Este tipo de delitos tiene la particularidad en que tenemos víctima e imputado, no hay más. Entonces son los dichos de uno contra los dichos del otro. Por eso es de muy difícil prueba”²²⁸.

Sin embargo, reconociendo la efectividad de la importancia de la declaración de la víctima en el proceso, Elena Larraurri se pregunta por qué ello produce una especial complicación en la violencia sexual, teniendo en cuenta que la circunstancia del enfrentamiento de declaraciones también está presente en muchos otros delitos tales como los robos.

Considerando que en los mencionados ilícitos este aspecto no se posiciona como una característica particularmente problemática y que, incluso, la declaración de la víctima puede llegar a constituirse como prueba de cargo suficiente para la condena en ellos, la autora concluye que lo que ocurre en los delitos derivados de la violencia de género, y que hace especialmente difícil la prueba, es que los operadores jurídicos presentan serias dudas respecto a la veracidad del testimonio de la mujer que denuncia. De este modo, mantienen una percepción de credibilidad de sus testimonios mucho menor que la que ostentan las víctimas afectadas en un bien jurídico distinto como lo es el de la propiedad²²⁹, basados en estereotipos de género que sostienen que en estos casos muchas de ellas realizan denuncias por despecho, venganza, enemistad u oscuros intereses²³⁰.

En ese sentido, es posible observar que la credibilidad del testimonio de las víctimas al interior del proceso varía notoriamente dependiendo de factores tales como su edad, haber iniciado o no actividad

²²⁶ Julieta Di Corleto y María Luisa Piqué, “Pautas para la recolección”, ob. cit., 429.

²²⁷ Elena Larraurri, “¿Por qué las mujeres...?”, ob. cit., 289.

²²⁸ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia sexual*, ob. cit., 83.

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ Elena Larraurri, “¿Por qué las mujeres...?”, ob. cit., 289.

sexual, el entorno de vida y el contexto en que se produjo la agresión²³¹, aun cuando estudios demuestran que tan solo un 5% de los delitos sexuales denunciados resultan ser falsos²³². Así, las denuncias de las mujeres adultas se explican con la intención de encubrir infidelidades, mientras que las realizadas por adolescentes y jóvenes, con el objeto de justificar relaciones sexuales consentidas que deben explicarles de algún modo a sus progenitores²³³.

Sin perjuicio de ello, en el segmento en que los estereotipos de género se expresan de manera más encarnizada es en aquél correspondiente al de mujeres adultas-jóvenes, sobre las cuales, tal como lo expresa un/a abogado/a, pesa a plenitud el estereotipo de que “la víctima es responsable. Es terrible lo que le pasó, pero veamos lo que hizo ella para provocar un hecho de esta naturaleza”²³⁴.

Debido a los motivos ya expuestos es que el proceso penal en los delitos sexuales tendrá como punto central el debate en torno a la credibilidad de la víctima y la veracidad de sus dichos respecto del ataque que denuncia, el que se efectúa en base a una serie de prácticas que le son profundamente victimizantes.

Una de ellas es la constante solicitud de reiteración del testimonio, que lleva a la denunciante a reproducirlo a lo largo del proceso hasta cinco o seis veces, ante distintos operadores y diversas instituciones involucradas en el proceso.²³⁵

Esta práctica encuentra entre sus principales motivaciones la ausencia de mecanismos de registros de denuncia; la impericia de los operadores judiciales, incapaces de agotar la totalidad de las preguntas en la toma de declaración²³⁶; la falta de coordinación rápida y eficaz entre las instituciones que forman parte del derecho penal; y, especialmente, el cuestionamiento a la credibilidad de la víctima, apoyado en la frecuencia con que estas se retractan de lo denunciado²³⁷, en un fenómeno que los operadores juzgan duramente basados en estereotipos de género que les impiden comprender las razones por las que ocurre.

En ese sentido, un/a sicólogo/a tratante de víctimas de delitos sexuales ilustra los efectos que esta práctica genera en las mujeres ofendidas: “nuestro ‘pero’ es la declaración constante porque es una constante revictimización. Entonces, para nosotros como intervinientes, es un obstaculizador. Estamos súper con

²³¹ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia...* ob. cit., 83.

²³² Kimberley Lonsway, “Trying to Move the Elephant in the Living Room: Responding to the Challenge of False Case Reports”, en *Violence Against Women* 16, n.12 (2010): 1366-1367, en Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia sexual*, ob. cit., 100.

²³³ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia sexual*, ob. cit., 95.

²³⁴ *Ibíd.*, 86.

²³⁵ *Ibíd.*, 86 y 87.

²³⁶ Julieta Di Corleto y María Luisa Piqué, “Pautas para la recolección”, ob. cit., 429.

²³⁷ Ana Montesinos García, “Especificidades probatorias”, ob. cit., 134.

las víctimas, saliendo, y les toca declarar. [...] El sistema penal está súper claro en que revictimiza, pero pareciera ser que no hay otra forma de poder investigar”²³⁸.

Ante ello, es posible observar la existencia de alternativas que resultan eficaces para dar solución con la problemática de la reiteración de testimonio. Una de ellas es la del empleo de la videoconferencia como medio a través del cual la víctima pueda entregar su declaración dentro del proceso²³⁹.

La doctora en derecho penal, Ana Montesinos, quien ha estudiado la utilización de la video conferencia como instrumento probatorio, explica que este mecanismo puede mermar el sufrimiento psicológico de la víctima evitando que deba enfrentarse a su agresor a la hora de prestar declaración en el juicio, además de tener como efecto la posible disminución del número de retractaciones o la dispensa de declaración en estos delitos, ya que permite que la víctima entregue su testimonio en una sala distinta a la del autor del delito, evitando posibles intimidaciones²⁴⁰. Este último punto es especialmente relevante para combatir las relaciones de poder existentes en estos casos, teniendo en cuenta que, a diferencia de gran parte de los delitos, en las agresiones sexuales un gran porcentaje de las víctimas e imputados se conocen previamente y forman parte de los mismos círculos sociales o familiares²⁴¹.

La propuesta de la videoconferencia no resulta extraña al ordenamiento jurídico chileno. En efecto, en el año 2018 fue promulgada la Ley N°21.057 (Diario Oficial 20/01/2018), que “Regula entrevistas grabadas en video, y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales”. En ella, con objeto de resolver las deficiencias analizadas en torno a la innecesaria reiteración de testimonios y exposición de la denunciante ante el agresor, el legislador determinó establecer la realización de dos entrevistas a la víctima: una para su utilización en la etapa de investigación y otra adicional para su empleo como declaración en juicio, lo que reduce notoriamente la cantidad de testimonios que debe entregar ante el sistema.

Si bien esta ley en sus artículos 1° y 2° reconoce abiertamente la necesidad de su promulgación para la prevención de todos los efectos negativos que la victimización secundaria genera en las personas denunciadas, limita su ámbito de aplicación únicamente a los niños, niñas y adolescentes, dejando a la deriva a las personas mayores de 18 años que de igual forma se ven afectadas por las implicancias que conlleva la violencia institucional.

La toma de esta decisión por parte del legislador es explicada en el mensaje de la Ley bajo el argumento de la especial vulnerabilidad de los menores de edad ante los delitos sexuales, debido al impacto nocivo

²³⁸ Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, *Los efectos de la violencia sexual*, ob. cit., 77.

²³⁹ Ana Montesinos García, “Especificidades probatoria”, ob. cit., 143.

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ *Vid supra*. Cap. IV, apartado 2.

que en ellos genera y la profundización que efectúa el proceso penal “en tanto que el sistema requiere de ellos información detallada sobre la experiencia de abuso, situación que en muchos casos se contrapone con sus necesidades de reparación y sus posibilidades psicológicas de hacer frente a la experiencia vivida”²⁴².

Sin embargo, tal y como ha sido desarrollado a lo largo de este trabajo, este fenómeno se presenta de igual forma en las víctimas mayores de 18 años, quienes, además, en su mayoría pertenecen a un grupo sistemáticamente vulnerado en sus derechos: las mujeres.

En ese sentido, la exclusión de este grupo en la aplicación de una ley que mejora ostensiblemente las condiciones de las víctimas no deja de presentarse como una medida cuya justificación adolece de estereotipos de género discriminatorios con las mujeres, en la línea de la responsabilización a las víctimas tanto de los hechos ocurridos, como de las consecuencias que estos generan. De este modo, su determinación se constituye como una forma de violencia institucional, en la medida en que el Estado la tolera y promueve legislativamente²⁴³, volviendo urgente la necesidad de su revisión y replanteamiento, con el objeto de combatir una de las principales problemáticas que presenta el proceso penal de los delitos sexuales.

Todo lo anteriormente revisado da cuenta de cómo los estereotipos de género influyen en el proceso penal que debe enfrentar una víctima de violencia sexual, condicionando su desarrollo de formas que les son discriminatorias. Estos estereotipos se encuentran presente tanto en las prácticas institucionales de los operadores de justicia que intervienen en el sistema, como en las mismas reglas que configuran los procedimientos, que producen y reproducen los fenómenos que han sido revisados.

Sin embargo, en la medida en que se vislumbra que las razones para que el proceso se desenvuelva de la forma en que lo hace dicen relación con una falta de comprensión amplia respecto a la violencia de género, se abren posibilidades de cambiarlo. Para ello, es necesario que el sistema en su conjunto adopte medidas en torno a las prácticas y normativas que configuran el litigio. Hacerlo se vuelve un desafío cada día más urgente, puesto que solo la creación y aplicación de regulaciones y prácticas que consideren el fenómeno de la violencia de género en su conjunto podrán avanzar en la búsqueda de la mejora del acceso a la justicia y las condiciones de vida de todas las mujeres del territorio.

²⁴² Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°21.057 “Regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales” Primer trámite constitucional: Senado* (2018), 4.

²⁴³ Encarna Bodelón, “Violencia institucional” ob. cit., 141.

Conclusiones

El análisis realizado al proceso penal que aborda el delito de violación en mujeres víctimas mayores de 18 años, permite concluir que este adolece de una serie de deficiencias originadas en su estructura sexista y carente de perspectiva de género, en un fenómeno que se extiende a la totalidad de los ilícitos sexuales.

Esto se ve reflejado en la existencia y/o aplicación de una normativa discriminatoria y permeada de estereotipos de género, en función de la cual se desencadena violencia institucional y victimización secundaria sistemática sobre las ofendidas. Este hecho las lleva a descartar el sistema penal como una herramienta a la cual acudir una vez han sido agredidas, constituyéndose para la mayoría de las mujeres como una importante barrera de acceso a la justicia, tal como lo demuestran los bajos porcentajes de denuncia.

Lo señalado puede identificarse, en primer término, en la configuración de un proceso penal que no considera lo suficiente a las víctimas y las necesidades que les surgen tras la concreción de estos delitos, concernientes en la reparación y evitamiento de la victimización secundaria.

En segundo lugar, en la equivocada concepción en torno a que estos delitos adolecen de una baja densidad probatoria, en circunstancias en que son las instituciones las que efectúan investigaciones sesgadas y poco exhaustivas, debido a las cuáles la gran mayoría de los procesos ante las denuncias de agresiones sexuales llegan a su fin antes de ser judicializados.

En tercer lugar, en las demandas realizadas a la víctima a lo largo del proceso, entre las que se encuentra la exigencia de prestar testimonio en repetidas ocasiones, incluso estando en presencia del agresor, con el objeto de verificar su credibilidad permanentemente puesta en tela de juicio.

En último término, y en el marco del derecho penal sustantivo, en el sesgo machista que adolece la regulación penal del delito de violación propia, cuya definición de consentimiento comprende a las mujeres como siempre disponibles a los requerimientos sexuales, contribuyendo a condicionar actuaciones de los operadores de justicia que responden al señalado estereotipo.

Ante ello, se advierte que la incorporación de la perspectiva de género permite construir alternativas con el objeto de superar las problemáticas mencionadas.

Así, es posible establecer la relevancia de generar mecanismos que consideren las necesidades de las víctimas que acuden al sistema tras ser objeto de un delito sexual, ampliando la cantidad de herramientas de las que estas puedan valerse. Esto se traduce en la incorporación a los procesos de los principios y elementos de la justicia restaurativa, alejándolos de la tradicional tendencia al cuestionamiento a la

víctima y su credibilidad. En ellos, se debe primar la consecución de objetivos como la reparación y respeto a la autonomía de las ofendidas, y tratamientos considerados que no las obliguen a experimentar situaciones victimizantes tales como otorgar testimonio frente al imputados. Además, determinar la posibilidad de resolver la aplicación de normas de conducta sobre estos e, incluso, sanciones punitivas en aquellos casos en que se requiera. En ese sentido, las salidas alternativas como la suspensión condicional del procedimiento o el juicio abreviado poseen grandes potencialidades para servir de base a esta línea de acción.

Respecto a las investigaciones penales, la perspectiva de género implica la adopción de una comprensión amplia del fenómeno de violencia sexual que sufren las mujeres, a partir del cual se le otorgue la correspondiente relevancia a la necesidad de comprobación del hecho y su contexto por medio de pruebas indirectas e indiciarias. Esto exige la ampliación y debida diligencia en las investigaciones, permitiendo ampliar las posibilidades de corroboración de los hechos, lo que redundará en una disminución de denegación de justicia por parte del sistema a las víctimas. Asimismo, una revisión de los objetivos que guían la actuación del órgano persecutor.

Finalmente, se vuelve necesario revertir las prácticas victimizantes en torno al testimonio de la denunciante, originadas a partir del estereotipo de género que cuestiona su credibilidad y la obliga a repetir el relato en numerosas ocasiones. Ante ello, reviste de trascendental importancia la adopción de medidas tales como la incorporación de todas las víctimas a la Ley que regula entrevistas únicas grabadas en video, que asimismo contribuye a resguardar la calidad de una prueba que se define como fundamental en el proceso.

El trabajo realizado evidencia el deficiente desempeño por parte de la institucionalidad en el aseguramiento del bienestar de las mujeres. Esto se ve reflejado no solo en la alta prevalencia de los delitos sexuales, sino que también en las alternativas que otorga el sistema a las víctimas una vez estos ocurren. En ese sentido, los elementos señalados buscan contribuir concretamente en la adopción de procesos que no reproduzcan la violencia institucional y victimización secundaria que aleja a las víctimas de la obtención de respuestas ante lo acontecido. En la actualidad, se trata de una deuda que persiste completamente abierta. Resulta urgente que el sistema judicial chileno asuma seriamente el desafío de saldarla.

Bibliografía

- Adimark. *Principales Resultados “Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales” Para: Ministerio del Interior y Seguridad Pública.* 2013. http://www.seguridadpublica.gov.cl/filesapp/Presentacion%20VIF_adimark_final.pdf
- Allende, Catalina, y María Varela. “La mujer como sujeto activo del delito de violación”. Memoria de título para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2012.
- Antony, Carmen. “Perspectivas de la Criminología Feminista en el Siglo XXI”. *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, n.3 (2001).
- Araya, Marcela. “Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n.32 (2020): 35 - 69.
- Arena, Federico José. “Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género”. *Quaestio facti*, n.1 (2020): 247 – 258.
- Arena, Federico José. “Estadísticas, estereotipos y grupos desfavorecidos. Algunos límites del apoyo estadístico a los estereotipos”, en Anuario XVII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad de Córdoba. Córdoba: CIJS, 2017.
- Arruzza, Cinzia. *Reflexiones Degeneradas: Sobre Patriarcado y Capitalismo*, comp. por Grupo De Estudios Feministas en Género y Capitalismo. *Debate en Torno a Reflexiones Degeneradas.* Santiago: Grupo de Estudios Feminista, 2017.
- Biblioteca del Congreso Nacional. *Evolución experimentada en el período 1990-2015 por los delitos sexuales contemplados en el Código Penal chileno.* 2015.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Lampert, María, y Lizette García. *Informe. Delitos que afectan la seguridad ciudadana de las mujeres.* 2014.
- Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N°21.057 “Regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales” Primer trámite constitucional: Senado.* 2018.
- Bodelón, Encarna. *Feminismo y Derecho: Mujeres que Van Más Allá de lo Jurídico*, en Gemma Nicolás Lazo (coord.), Encarna Bodelón (coord.), Roberto Bergalli (coord.), Iñaki Rivera Beiras (coord.). *Género y Dominación: críticas feministas del derecho y el poder.* Barcelona: Anthropos, 2009.

- Bodelón, Encarna. “Violencia institucional y violencia de género”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Vol. 48, 2014.
- Bovino, Alberto. *La Participación de la Víctima en el Proceso Penal: Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1998.
- Bullemore, Vivian, y John MacKinnon. *Curso de Derecho Penal*, 2º ed. Tomo 3. Chile: Lexis Nexis, 2007.
- Butler, Judith. *El Género en Disputa: El Feminismo y la Subversión de la Identidad*. Buenos Aires: Paidós, 2017.
- Canales, Javiera. Arianna D’Angelo. Claudia Dides. Constanza Fernández. *Violencia Sexual*. 2018.
- Cariola Oliva, Karol. *Modifica el Código Penal en materia de tipificación del delito de violación*. *Boletín N°11714-07*. 2018.
- Carbonell Belloio, Flavia. *Informe en derecho. Teoría y método para el estudio del razonamiento y comportamiento judicial con perspectiva de género*. 2020.
- Casas, Lidia, y Alejandra Mera. *Delitos Sexuales y Lesiones: La Violencia de Género en la Reforma Procesal Penal en Chile*. 2011.
- Casas, Lidia. *Introducción a los problemas de género en la justicia penal en América Latina*. Santiago: CEJA. 2010.
- Castro, Javier. “Los Principios Fundamentales del Sistema Acusatorio”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 26, n.1 (2005).
- Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. *Los efectos de la violencia sexual contra niñas y mujeres. Los casos de la violación con resultado de embarazo y de la violencia sexual contra las mujeres migrantes en la ruta hacia Chile*. 2018.
- Cid, José. “Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n.9 (2011).
- Clérico, Laura. “Derecho constitucional y derechos humanos: haciendo manejable el análisis de estereotipos”. *Redea*, n.5 (2017).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. Washington, DC, 2007.

- Comisión de Seguridad Ciudadana, Cámara de Diputados. *Informe de la comisión de seguridad ciudadana recaído en el proyecto de ley que modifica el código penal en materia de tipificación del delito de violación*, boletín n.11714-07. 2019.
<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/informes.aspx?prmID=12233&prmBOLETIN=11714-07>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso González y otras (‘Campo Algodonero) vs. México”. 2009.
- Costa, Malena. “El Pensamiento Jurídico Feminista en América Latina. Escenarios, Contenidos y Dilemas”. *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba*, n.2 (2014).
- Decreto por el que se expide la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Diario Oficial de la Federación, 1 de febrero de 2007.
- Díaz García, Iván. “Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, Iusfundamentalidad y Consecuencias”. *Revista Ius et Praxis*, n.2. (2012).
- Di Corleto, Julieta, y María Luisa Piqué. “Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género” en *Género y Derecho Penal*, José Hurtado. Lima: Pacífico Editores, 2017.
- Domínguez, María. “Violencia de Género y Victimización Secundaria”. *Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia* 6, n.1 (2016).
http://www.psicociencias.com/pdf_noticias/Violencia_de_geneo_y_victimizacion_secundaria.pdf
- Duce, Mauricio et al., “La víctima en el sistema de justicia penal: Una perspectiva jurídica y criminológica”. *Política criminal* 9, n.18 (2014).
- Duce, Mauricio. “Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 26 (2019).
- Facchi, Alessandra. “El pensamiento feminista sobre el Derecho: Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stand Dahl”. *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, n.6 (2005).
- Facio, Alda. *Hacia otra teoría crítica del derecho*, en Lorena Fries y Alda Facio (comp. y selección). *Género y Derecho*. Santiago: LOM, 1999.
- Fiscalía, Ministerio Público de Chile. *Boletín Estadístico Anual. Enero - diciembre 2019*. 2020.

- Fiscalía Nacional. *Informe Cuenta Pública Fiscal Nacional: Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar*. 2014.
- Fiscalía, Ministerio Público de Chile. *Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales*. Santiago, 2015.
- Gama, Raymundo. “Crear a las mujeres. Sobre la conexión entre prueba y perspectiva de género”. *Quaestio facti*, n.1 (2020).
- García Amado, Juan Antonio. “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho”. *Anuario de Filosofía del Derecho* 9, (1992).
- Gardner, John, y Stephen Shute. “The Wrongness of Rape”. 2000.
- Guerrero, Camila. Minuta “Boletín 11714-07: Consideraciones sobre la ‘no oposición’ de la víctima en del delito de violación en Chile”. ABOFEM, 2019.
- Gobierno de Chile, Ministerio del Interior. *Necesidades y Demandas. Víctimas de delitos violentos atendidas en centros del Ministerio del Interior, Corporación de Asistencia Judicial RM y Servicio Nacional de la Mujer*. 2011.
- González Lagier, Daniel. “La prueba de intención y el principio de racionalidad mínima”. *Jueces para la democracia*, n.50 (2004): 41-51
- González Lagier, Daniel. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, casualidad y acción*. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2013.
- Gutiérrez, Carolina et al., “Revisión teórica del concepto revictimización”. *Liberabit revista de psicología* 15, n.1 (2009).
- Hasanbegovic, Claudia. “Violencia basada en el género y el rol del Poder Judicial”. *Revista de la facultad de Derecho*, n.40 (2016).
- Heim, Daniela. *Mujeres y Acceso a la Justicia*. Barcelona: Didot, 2016.
- Horvitz, María Inés. “El Nuevo Proceso Penal Chileno”. *Informativo Jurídico Editorial Jurídica de Chile*, n. 24 (2000).
- Ibáñez, Andrés. “La supuesta facilidad de la testifical”. En *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

- Larraurri, Elena. “Justicia restauradora y violencia doméstica”. En *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol.8. España, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea: Servicio de Publicaciones, 2007.
- Larraurri, Elena. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.12 (2003).
- Lonsway, Kimberley. “Trying to Move the Elephant in the Living Room: Responding to the Challenge of False Case Reports”, en *Violence Against Woman* 16, n.12 (2010).
- MacKinnon, Catharine. *Hacia una Teoría Feminista del Estado*. España, Ediciones Cátedra Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer. 1995.
- Maier, Julio. *La víctima y el sistema penal.*, en Alberto Bovino, *La participación de la víctima en el Procedimiento Penal*, en *Problemas del Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- Mañalich, Juan Pablo. “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”. *Revista Ius et Praxis*, n.2 (2014): 21 - 70.
- Maqueda Abreu, María Luisa. “La Violencia de Género: Entre el Concepto Jurídico y la Realidad Social”. *Artículo 14, Una Perspectiva de Género: Boletín de Información y Análisis Jurídico*, n.14 (2016).
- Maqueda Abreu, María Luisa. “¿Es la Estrategia Penal una Solución a la Violencia Contra las Mujeres? Algunas Respuestas Desde un Discurso Feminista Crítico”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.4 (2007).
- Estefanía Martynowskyj “Locos, Psicópatas, Anormales... o de las Estrategias Discursivas Para Invisibilizar el Carácter Estructural de la Violencia de Género”. *Temas y Debates: Revista Universitaria de Ciencias Sociales*, n.30 (2015).
- Marshall, Tony. *Restorative Justice, An Overview*. Londres: Home Office, 1999.
- Ministerio de Salud. *Norma General Técnica para la Atención de Víctimas de Violencia Sexual lanzada por el Ministerio de Salud*. Chile, 2016.
- Montesinos García, Ana. “Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.17 (2017).

- Morales, Alejandra, y Renato Sandrini. “Lesiones y violencia de género frente a la jurisprudencia”. Memoria Para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2010.
- Naciones Unidas, Asamblea General. *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer*. 1993.
- Naciones Unidas. *Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la declaración de principios básicos de justicia para víctimas de delito y abuso de poder*. 1996.
- Nahuelpan, Erwin, y José Varas. *Informe estadístico anual perspectiva de género homicidios y agresiones sexuales en Chile Año 2015*. Servicio Médico Legal. 2016.
- Navarro, Carolina. *Seminario Internacional, La realidad de la violencia contra niños en América Latina: Los casos de Brasil, Paraguay y Chile*. www.facso.uchile.cl/documentos/presentacion-carolina-navarro_85038_2_4758.ppt
- ONU Mujeres, “Infografía: Violencia contra las mujeres”. <http://www.unwomen.org/es/digital-library/multimedia/2015/11/infographic-violence-against-women>. 6 de noviembre de 2015.
- Organización Mundial de la Salud, & Organización Panamericana de la Salud. *Comprender y Abordar la Violencia contra las Mujeres: Violencia Sexual*. 2013. http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=
- Olsen, Frances. “El Sexo del Derecho”, en *Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, compilado por Alicia E. C. Ruiz. (Buenos Aires: Biblos, 2000), 25-42. En David Kairys (ed.), *The Politics of Law* (Nueva York: Pantheon, 1990). 452- 467. Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis.
- Osborne, Raquel. *Apuntes sobre violencia de género*. Barcelona: Bellaterra. 2009.
- Paredes, Julieta. *Hilando Fino desde el Feminismo Comunitario*. 2º ed. Ciudad de México, 2014.
- Pavarini, Massimo. “Entrevista a Massimo Pavarini”. *Nova Criminis*, n.3 (2012).
- Piqué, María Luisa. “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”. En *Género y Derecho Penal*, coordinado por Julieta Di Corleto. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2017.
- Policía de Investigaciones. *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales: Cavas Metropolitano: 16 años de Experiencia*. Santiago, 2003.

- Ramírez Ortiz, José. “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”. *Quaestio facti*. n.1 (2020): 201 - 246.
- Red Chilena Contra La Violencia Hacia Las Mujeres. *Violencia sexual contra las mujeres*.
- Red Chilena Contra la Violencia Hacia las Mujeres. *Respuestas de Carabineros frente a denuncias realizadas por Mujeres que sufrieron violencia*. Santiago, 2020.
- Rodríguez Collao, Luis. *Delitos Sexuales*, 2a. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2016.
- Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación del Poder Judicial. *Acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia usuarias del Poder Judicial*. Santiago: Isónoma, 2020.
- Segato, Rita. “Las Nuevas Formas de la Guerra y el Cuerpo de las Mujeres”. *Sociedad e Estado* 29. N.2 (2014).
- Segato, Rita. *La Guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2016.
- Smart, Carol. *La teoría feminista y el discurso jurídico*, en *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Compilado por Haydée Birgin. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- Subsecretaría Prevención del Delito. *Víctimas de delito en Chile: Diagnóstico Nacional*. Santiago, 2015.
- Undurraga, Verónica. “¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias)”. *Revista Corte Suprema* (2017).
- Vallejo Rubinstein, Claudia. *Representaciones de la Violencia Contra las Mujeres en la Prensa Española (El País/El Mundo) Desde una Perspectiva Crítica de Género: Un análisis crítico del discurso androcéntrico de los medios*. Barcelona, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio. “El discurso feminista y el poder punitivo” en *Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos, 2000.
- Zaffaroni, Eugenio. *La mujer y el Poder Punitivo*”, en *Vigiladas y castigadas. Comité Latinoamericano y del Caribe para la defensa de los derechos de la Mujer*. Lima, 1993.