



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: PROPUESTA
PARA UN RAZONAMIENTO JUDICIAL FEMINISTA**

**Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales.**

Isidora Alejandra Donoso Krauss

Profesores guía: María de los Ángeles González Coulon - Cristián Maturana Miquel

Santiago, Chile

2021

ÍNDICE.

| | |
|---|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA POSIBILIDAD Y NECESIDAD DE CONSTRUIR UN RAZONAMIENTO JUDICIAL FEMINISTA..... | 4 |
| II. SUSTENTO INSTITUCIONAL: SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL Y HERRAMIENTAS JURÍDICAS NACIONALES. | 7 |
| 1. Antecedentes preliminares: Principio de igualdad y no discriminación en el marco del Derecho Internacional de Derechos Humanos..... | 7 |
| 2. Marco jurídico aplicable: Normativa internacional universal, regional y nacional..... | 8 |
| 3. Origen de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial. | 11 |
| 4. Resultados del “Proyecto de Estudio Diagnóstico de la perspectiva de igualdad de género en el Poder Judicial chileno” y de los Talleres de Diseño Participativo de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial..... | 14 |
| 5. Principios rectores y ejes estratégicos de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial chileno..... | 17 |
| 6. Segundo eje estratégico: Enfoque de género en el acceso a la justicia..... | 19 |
| 7. Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. | 20 |
| III. SUSTENTO DOCTRINARIO: TEORÍAS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y RAZONAMIENTO PROBATORIO. | 24 |
| 1. Nociones generales sobre el comportamiento judicial. | 24 |
| 2. Razonamiento judicial: Justificación de las decisiones judiciales..... | 26 |
| 3. Tipos de justificación de una decisión judicial: planteamiento de Jerzy Wróblewski. | 28 |
| 4. Modelo analítico de motivación judicial correcta. | 29 |
| 5. Argumentación jurídica. | 31 |
| a. Teorías de la argumentación jurídica..... | 31 |
| b. Argumentos interpretativos..... | 33 |
| c. Tipos de argumentos..... | 35 |
| 6. Razonamiento probatorio..... | 39 |
| a. Momentos probatorios. | 42 |
| i. La conformación del conjunto de los elementos de juicio. | 42 |
| ii. La valoración de los elementos de juicio. | 44 |
| iii. La decisión sobre los hechos probados. | 47 |
| IV. RAZONAMIENTO JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. | 50 |

| | |
|---|-----------|
| 1. Orígenes de la perspectiva de género en los estudios de comportamiento judicial..... | 50 |
| 2. Nociones generales sobre sesgos, roles y estereotipos de género. | 51 |
| 3. Interpretación y argumentación jurídica con perspectiva de género. | 56 |
| 4. Razonamiento probatorio con perspectiva de género..... | 63 |
| V. CONCLUSIONES..... | 76 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA..... | 79 |

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA POSIBILIDAD Y NECESIDAD DE CONSTRUIR UN RAZONAMIENTO JUDICIAL FEMINISTA.

Larga data tiene la crítica feminista “el derecho es masculino”. En la gran mayoría de las sociedades, el punto de vista masculino rige los comportamientos bajo la forma de un estándar objetivo. La consecuencia de ello es que el derecho se ha considerado tradicionalmente como una herramienta por sí misma legítima, invisibilizando la subordinación de la mujer, y el legalismo liberal – con su pretendida igualdad entre hombres y mujeres – ha mantenido esta dominación¹.

En ese sentido, y pese a las consagraciones formales del principio de igualdad y no discriminación que se han realizado en prácticamente todos los instrumentos normativos a partir de 1798, el derecho no se ha hecho cargo de las desigualdades estructurales que someten a situaciones de violencia a la mujer, incluidas, dentro de ellas, las provenientes de los mismos jueces y juezas a la hora de impartir justicia. Sobre este punto, cabe señalar que el androcentrismo en el que se ha basado históricamente el derecho y su consiguiente compromiso con los intereses masculinos está lejos de expresarse única y principalmente a través de su contenido normativo, sino que – y mucho más sutilmente – a través de sus métodos, principios y modos con los que opera. Sesgos, roles y estereotipos de género empapan muchas veces el razonamiento judicial, siendo replicados una y otra vez en la sustanciación del proceso, particularmente, en la redacción y justificación de sus fallos.

Estos estereotipos han representado históricamente fuertes significaciones sociales, normas y valores relativos al rol que debe cumplir la mujer en la sociedad. Por regla general, la figura de ésta se suele enmarcar dentro de categorías ligadas a la inferioridad, la obediencia, la afectividad y, de manera bastante recurrente, la maternidad; todas categorías que han terminado por devaluar y condicionar los atributos y características de la mujer. La mirada androcéntrica que ha permeado las estructuras relacionales ha permitido asegurar la desigualdad entre hombres y mujeres, relegando a éstas a un plano inferior, incluso en el quehacer judicial.

Lo anterior es preocupante ya que en la medida que un Estado, a través de sus diversas prácticas, no impida la aplicación o conservación de un estereotipo de género, lo está proveyendo de un marco legal institucional, dotándolo de la misma fuerza y autoridad que el derecho en general. Así, el ordenamiento jurídico, en su calidad de institución estatal, en lugar de funcionar como una protección hacia la mujer, termina por condonar, legitimar y normalizar una práctica discriminatoria.

¹ MACKINNON, K. (1993). *Hacia una teoría feminista del Derecho*. Universidad de Chile, Revista de Derecho y Humanidades. 155 p.

En razón de ello, es que en las últimas décadas se han evidenciado diversos esfuerzos con el objeto de revertir esta situación, generando herramientas jurídicas que permitan hacerle frente en miras a erradicar los distintos tipos de discriminación y violencia que sufren las mujeres. Si bien dichos esfuerzos han estado liderados, principalmente, por grupos y teóricas feministas, sus planteamientos no se han limitado a ser meramente lo que algunos consideran una mera propuesta de dicho movimiento. Por el contrario, tal como aquí se pretenderá demostrar, la construcción de un razonamiento judicial con perspectiva de género es perfectamente compatible – e incluso exigible – tanto con el sistema internacional de los derechos humanos y las políticas institucionales que ha adoptado el Poder Judicial chileno, como con los planteamientos teóricos que se han levantado desde la argumentación jurídica y el razonamiento probatorio. En este sentido, el objeto de la presente investigación es evidenciar cómo la elaboración de sentencias feministas tiene fuertes sustentos tanto institucionales como doctrinarios para llevarse a cabo, dando cuenta de las herramientas que se disponen para ello y, a su vez, proponiendo lineamientos concretos para que jueces y juezas incorporen la perspectiva de género en los fallos.

Así, en un primer momento se abordará el sustento institucional de un razonamiento judicial con perspectiva de género, compuesto, por un lado, por la normativa del sistema internacional de los derechos humanos, en particular, por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Ambos instrumentos, además de ser vinculantes, han consagrado una serie de deberes orientados a brindar protección efectiva a la mujer frente a las distintas manifestaciones que tiene violencia de género, incluyendo, por cierto, la proveniente de los procesos judiciales. En este sentido, se establecen obligaciones concretas para los Estados Partes con miras a erradicar las prácticas discriminatorias hacia las mujeres por parte de los tribunales de justicia. Por otro lado, el sustento institucional está conformado también por las herramientas jurídicas nacionales elaboradas por el Poder Judicial chileno, consistentes, fundamentalmente, en la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial y el Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Ambas iniciativas metodológicas contemplan criterios orientativos para identificar y erradicar las posibles manifestaciones de estereotipos, discriminación o violencia que atenten en contra de la mujer en el ámbito jurisdiccional, consagrando principios y prácticas concretas que se debiesen materializar a la hora de impartir justicia por parte de jueces y juezas.

A continuación, se expondrán nociones básicas relativas al sustento doctrinario de un razonamiento judicial con perspectiva de género, a partir de los planteamientos entregados por las teorías de comportamiento judicial, particularmente en lo que dice relación con la argumentación jurídica y el razonamiento probatorio. En este sentido, se hará alusión a los modelos de jueces elaborados por las teorías

de comportamiento judicial, con especial énfasis en el modelo actitudinal, en virtud del cual se entiende que el razonamiento de las y los jueces se ve influido por criterios extrajurídicos, consistentes en valoraciones morales y políticas que permean las decisiones judiciales. Ello se condice con la constatación de que el derecho es eminentemente indeterminado, por lo que es posible consignar espacios de discrecionalidad, los que se materializan en la serie de decisiones que concurren al momento de fallar. Así, se analizarán los postulados de diversos autores que consignan esquemas para evitar la arbitrariedad en las referidas decisiones, otorgando lineamientos concretos que permitirán dotar de racionalidad a la argumentación e interpretación jurídica. Por su parte, en cuanto al razonamiento probatorio, se planteará una aproximación desde la teoría racionalista de la prueba. Así, se examinarán los distintos momentos probatorios, consistentes en la conformación de los elementos del juicio, la valoración de éstos y la decisión de los hechos probados, comparando las reglas existentes en el ordenamiento jurídico según si se trata del sistema procesal civil o bien del sistema procesal penal. De esta manera, se irá dando cuenta de los requerimientos que exige la teoría antes mencionada, para poder guiar a la o el juez a la hora de razonar sobre la prueba, buscando siempre una aproximación a la verdad sobre los hechos que se buscan probar.

Con posterioridad, se expondrá cómo, de acuerdo con los parámetros teóricos previamente revisados, es posible construir un razonamiento judicial con perspectiva de género. En este sentido, se levantarán propuestas concretas para la incorporación de ésta tanto para una argumentación e interpretación jurídica, como para un razonamiento probatorio feminista. Así, en un primer momento se expondrá sobre los inicios y orígenes de la noción de sentencias feministas, para luego abordar en mayor detalle en qué consisten los estereotipos, particularmente, los de género, ejemplificando con extractos de jurisprudencia el impacto negativo que tienen en el razonamiento de jueces y juezas. Luego, se defenderá la compatibilidad de los esquemas argumentativos e interpretativos previamente analizados con la perspectiva de género, dando cuenta especialmente de las ventajas y desventajas que suponen algunos argumentos interpretativos con dicho cometido, mediante un análisis de sentencias connotadas en la materia. Finalmente, en cuanto al razonamiento probatorio se expondrán diversas propuestas, particularmente en materia penal, que dicen relación con la incorporación de la perspectiva de género en los diferentes momentos probatorios, ilustrando su impacto, también, a través de una revisión de importantes fallos nacionales e internacionales.

A modo de colofón, se hará una breve síntesis de lo expuesto a lo largo del trabajo y mencionarán algunos desafíos pendientes en los que podría profundizarse la evolución de esta materia.

II. SUSTENTO INSTITUCIONAL: SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL Y HERRAMIENTAS JURÍDICAS NACIONALES.

1. Antecedentes preliminares: Principio de igualdad y no discriminación en el marco del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

La noción de la perspectiva de género en la administración de justicia, considerada muchas veces como un mero “aporte” o incluso un “invento” del movimiento feminista, no se remite únicamente a los planteamientos provenientes de esta corriente; tal como ya se adelantó, sus cimientos tienen una raigambre mucho más profunda que abarca tanto al sistema internacional de los derechos humanos como a la institucionalidad nacional en la materia.

En efecto, el principio de igualdad y no discriminación no es un tema reciente en el derecho contemporáneo; es más, su origen se remonta a los inicios de la modernidad, en donde la corriente de la Ilustración desarrolló los cimientos filosóficos en los que se habría de sustentar el Estado Moderno.

Su importancia es tal, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los ha concebido “como principio rector, como derecho y como garantía”², trascendiendo a todos los demás derechos consagrados tanto a nivel interno como a nivel internacional. Asimismo, los ha entendido como “la columna vertebral del sistema universal y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos”³.

En este sentido, se dice que el sistema internacional de los derechos humanos responde a la premisa básica de la igualdad entre todas las personas, por lo que el principio en cuestión constituye la base fundamental de todos los instrumentos normativos en la materia⁴. Ahora bien, dado el carácter estructural de la violencia a la que ha sido sometida históricamente la mujer, el ordenamiento jurídico internacional ha debido hacer importantes esfuerzos para lograr dar solución a los conflictos que la involucran. En razón de ello es que los organismos responsables de velar por la protección de los derechos humanos han desarrollado diversas herramientas cuyo propósito ha sido el de superar la desigualdad, discriminación y violencias para con la mujer, en sus diferentes formas y manifestaciones.

² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019). *Compendio Igualdad y No Discriminación. Estándares Internacionales*.

³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2016). *Informe No. 50/16. Caso 12.834. Fondo. Trabajadores indocumentados. Estados Unidos de América*, párr. 72.

⁴ SECRETARÍA TÉCNICA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN. (2018). *Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial*. Santiago, Poder Judicial. 13 p.

2. Marco jurídico aplicable: Normativa internacional universal, regional y nacional.

Dentro de las mencionadas herramientas es posible encontrar una serie de instrumentos desarrollados tanto en el plano universal como en el regional o interamericano, entre los cuales, más de veinte involucran al Estado de Chile, a saber: dos Pactos Internacionales, diez Protocolos Facultativos, once Convenciones Internacionales, y un Estatuto⁵. En consecuencia, es su deber como Estado promover la garantía, respeto y protección de los derechos fundamentales de todas las personas sin distinción alguna.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en sus artículos 1 y 2, señala, respectivamente, que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole”. Además, en su artículo 21 establece la igualdad en el acceso a las funciones públicas del país.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece en su artículo 2.1 que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole”. Particularmente importante es el artículo 3, en el cual se consagra que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en su artículo 3 reconoce que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”. Además, en relación con el derecho al trabajo su artículo 7 consagra la equidad y no discriminación en materias de salario y condiciones de trabajo.

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 1.1 señala que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole”. Asimismo, en su artículo 24 establece que “todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección”.

⁵ VARGAS, A. (2020). *Tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile sobre Derechos Humanos. Recomendaciones internacionales con incidencia constitucional*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria.

Ahora bien, pese a las menciones expresas relativas a la prohibición de discriminación en razón del sexo, los acuerdos mencionados no consideran las condiciones estructurales, económicas, sociales y culturales de la sociedad⁶. Sobre este punto, ALDA FACIO señala que los referidos instrumentos “prohíben que se haga discriminación en el goce de los derechos que establecen, pero la forma como establecen los derechos humanos es androcéntrica. Es decir, los derechos que se establecen en esos instrumentos son pensados desde las necesidades de los hombres”⁷. La protección establecida, en tanto encuentra su sustento en las pretensiones abstractas y universales del liberalismo moderno, centra su foco de actuación en el hombre y, por tanto, asimila lo humano a hombre, asumiendo los intereses de éste como universales, basándose en esta premisa para el diseño de sus instrumentos y organismos⁸.

En la medida que dichas falencias del sistema fueron quedando a descubierto, se generó la necesidad de contar con normas específicas que permitieran el real y efectivo goce de los derechos humanos por parte de las mujeres, considerando no solamente la igualdad y no discriminación como premisas esenciales, sino que incluyendo, a su vez, medidas relativas a combatir la violencia estructural que las afectaba⁹.

Gracias a la presión de grupos activistas feministas, y en el marco de un proceso de especialización normativa tanto de la temática, como de los grupos sociales abordados, surgió en 1979 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁰, la cual fue antecedida por diversos esfuerzos – sin mayor éxito –, constituyéndose actualmente como el trabajo más relevante a nivel internacional en esta materia. Su objetivo consiste en la erradicación de “todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad de jure y de facto entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos”¹¹. De esta manera, en su artículo 1, define a la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer (...) de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Asimismo, entre los artículos 2 al 5, y en el artículo 24, consagra una serie de obligaciones para los Estados, disponiendo especialmente – en lo que a este trabajo respecta – el compromiso de los Estados Partes a “establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales

⁶ ROTH, B. (2002). *The CEDAW as a collective approach to women's right*. Michigan Journal of International Law, Volume 24 Issue 1, University of Michigan Law School. 192 p.

⁷ FACIO, A. (1998). *La Carta Magna de todas las mujeres*. Costa Rica, Módulo sobre la CEDAW. ILANUD. 542p.

⁸ TRONCOSO, C. (2016). *Derecho internacional de los Derechos Humanos de las mujeres y su recepción por los tribunales superiores de justicia*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 12 p.

⁹ TRONCOSO, C. (2016). *Derecho... op. cit.* 13 p.

¹⁰ Ratificada por Chile el 7 de diciembre de 1989.

¹¹ COMITÉ CEDAW (2004). *Recomendación General N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW*. Naciones Unidas, párr. 4.

competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”¹² ¹³. Como se sostendrá a lo largo de este trabajo, es este deber el que, en la actualidad, supone el mayor desafío en la práctica jurídica nacional.

Asimismo, a nivel regional se encuentra la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (también conocida como Convención Belém do Pará)¹⁴, la cual reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y, por tanto, centra su objetivo en el aseguramiento de una vida libre de violencia para las mujeres. Entre los deberes que establece para los Estados Parte, se encuentra el de “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”¹⁵, así como el de “fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer”¹⁶, ambos deberes relacionados directamente con el desarrollo de un razonamiento judicial con miras a garantizar el efectivo acceso a la justicia de las mujeres.

Como es posible observar, los instrumentos mencionados han dotado de importante contenido, tanto conceptual como jurídico, al sistema de protección de los derechos humanos; gozando, a la vez, de una posición preferente a la hora de velar por el reconocimiento y amparo de los derechos de las mujeres. Es por ello que, en pos de profundizar los avances en la materia, desde finales del siglo XX – particularmente 1995, luego de la Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer – se fue instalando en el debate público la idea de una “perspectiva de género” en la administración de justicia, para de esta manera hacerle frente a la concepción histórica que ha tenido el derecho androcéntrico y patriarcal¹⁷.

Así, se entendió que la perspectiva de género importaba una “herramienta de análisis destinada al estudio de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres y mujeres, identificando en su trasfondo, aquellas formas de interacción que marcan pautas de desigualdad y

¹² Artículo 2, letra c) del mismo.

¹³ Sin embargo, a la fecha el Estado de Chile no ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, el cual ya habiendo sido aprobado por el Congreso en diciembre del año 2019, aún no es promulgado por el Presidente de la República.

¹⁴ Ratificada por Chile el 15 de diciembre de 1996.

¹⁵ Artículo 7, letra e) del mismo.

¹⁶ Artículo 8, letra c) del mismo.

¹⁷ Concepto que alude al orden socio-moral y político que mantiene y perpetúa la jerarquía masculina. Véase en VALCÁRCEL, A. (2001). *Memoria colectiva y los retos del feminismo*. Santiago, CEPAL. 34 p. (Serie Mujer y Desarrollo 31)

discriminación entre los géneros”¹⁸. En consecuencia, su objetivo radica en enfatizar la especial situación en la que se encuentra la mujer en el sistema de protección de los derechos humanos, para que sea tenida en cuenta a la hora de elaborar, iniciar, controlar y evaluar las diferentes políticas que se desarrollen, de tal manera que se asegure la tutela de los derechos de todas y todos, y así garantizar un acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

En razón de lo anterior, y para continuar con el esfuerzo que se había ido desarrollando en el plano internacional y regional en pos de establecer a las mujeres y los grupos en situación de vulnerabilidad como destinatarios específicos de los derechos y garantías contenidas en los respectivos acuerdos, cumpliendo con lo mandado por los instrumentos señalados, es que se profundizó a nivel nacional la incorporación de estas ideas¹⁹.

En el plano nacional, los principios de igualdad y no discriminación se encuentran reconocidos en la misma Constitución Política de la República, tanto en el capítulo sobre las Bases de la Institucionalidad como en el de Derechos y Deberes Constitucionales (artículos 1 y 19, respectivamente). A su vez, el ordenamiento jurídico chileno ha extendido su catálogo legal en esta materia en los últimos años, elaborando diversas leyes que han permitido ampliar la cobertura de la protección de la mujer a diferentes áreas del derecho. A modo meramente ilustrativo, es posible señalar las Leyes N° 20.820, que crea el Ministerio de la Mujer, N° 20.609 que establece medidas en contra de la discriminación, N° 20.940, que moderniza las relaciones laborales, entre otras. Sin embargo, como ya se adelantó, la necesidad de contar con herramientas específicas y un mayor desarrollo de la idea de incorporar la perspectiva de género en el mundo jurídico-legal llevó a la creación de una Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial (indistintamente, la “Política”) y, posteriormente, un Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias (indistintamente, el “Cuaderno de Buenas Prácticas”). A continuación, se analizarán ambos instrumentos.

3. Origen de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial.

“En nuestra cultura, las generalizaciones respecto de lo que significa ser hombre y lo que significa ser mujer, están fuertemente arraigadas. Los roles y estereotipos de género, esto es, lo que se espera que seamos, pensemos, hagamos, y que están determinados históricamente por nuestras características biológicas, si bien simplifican la forma en que entendemos el mundo, pueden tener graves consecuencias cuando afectan los

¹⁸ SECRETARÍA TÉCNICA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN (2019). *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Santiago, Poder Judicial. 60 p.

¹⁹ Cabe señalar que, en el plano nacional, los principios de igualdad y no discriminación se encuentran reconocidos en la misma Constitución Política de la República, tanto en el capítulo sobre las Bases de la Institucionalidad como en el de Derechos y Deberes Constitucionales (artículos 1 y 19, respectivamente).

derechos y libertades de los y las integrantes de nuestra comunidad”²⁰. Con esta frase de REBECCA COOK y SIMONE CUSACK inicia la Política, aprobada por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema en su resolución AD-1450-2017 del cinco de febrero del año 2018. Este trabajo, conducido por la Ministra Andrea Muñoz Sánchez, se encuentra dentro del marco del Plan Estratégico 2015-2020 del Poder Judicial el que – en línea con su agenda de modernización – incorporó oficialmente en octubre del año 2017, durante las Jornadas de Reflexión de los Ministros de la Excelentísima Corte Suprema, la temática de la perspectiva de género como parte de la planificación antes mencionada²¹.

Esta iniciativa surgió debido al creciente interés por parte de la comunidad jurídica regional en la incorporación de la perspectiva de género en el acceso a la justicia. De esta manera, en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos realizada el año 2001 en Canarias, España, en la cual se adoptó el Estatuto del Juez Iberoamericano, se consagraba lo siguiente:

“Considerando la necesidad de incrementar e impulsar los esfuerzos de los Estados para institucionalizar la perspectiva de género en las políticas públicas que desaliente la actual situación de marginalidad de la mujer y crear mecanismos encargados de formular políticas de equidad e igualdad, labores en las cuales deben participar los Poderes Judiciales;

Adoptamos la siguiente resolución:

1. Promover la incorporación e institucionalización de la perspectiva de género en la administración de justicia, y en los programas curriculares de capacitación judicial (...).
2. Hacer conciencia sobre la situación de la mujer como usuaria, víctima, delincuente, y como administradora y operadora del sistema de justicia, iniciando esta acción con un diagnóstico sobre discriminación por razón de género en la administración de justicia.
3. Incluir en las próximas cumbres de Presidentes de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia el tema de incorporación transversal en la administración de justicia de la perspectiva de género y presentar el resultado del diagnóstico sobre discriminación por razón de género en los Poderes Judiciales de Iberoamérica.”²²

Un año después, en la VII Cumbre llevada a cabo en Cancún, México, se contempló un capítulo especial de “Acceso de las Mujeres a la Justicia”, en el cual se decretaron diez acciones distintas para

²⁰ SECRETARÍA TÉCNICA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN (2018). *Política ... op. cit.* 5 p.

²¹ Sin embargo, el trabajo del Poder Judicial chileno en materia de género es anterior, ya que en julio del año 2014 la Ministra Muñoz, encargada de estos asuntos, presentó ante el Pleno de la Corte Suprema un Plan de Trabajo sobre la Perspectiva de Género; dentro del cual se encontraba la realización del Estudio de Diagnóstico señalado más adelante.

²² VI CUMBRE IBEROAMERICANA DE PRESIDENTES DE CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES SUPREMOS (2001). *Declaración de Canarias*. Canarias. 30 – 31 p.

propiciar el cumplimiento de tres objetivos, a saber: (i) la necesidad de promover la igualdad de género como una política institucional transversal, tanto en la organización interna como externa del aparato judicial; (ii) el deber de garantizar una administración de justicia eficiente y acorde con las exigencias tanto de sus usuarias, como de sus usuarios, considerando las diferencias tocantes a sus “necesidades, intereses, funciones y recursos, con el fin de eliminar todas aquellas prácticas y costumbres que tengan un efecto o resultado discriminatorio”²³; y, por último, (iii) de la importancia de adoptar una “Política de Igualdad de Género” por parte de los órganos superiores del Poder Judicial, basada en la identificación de las desemejanzas entre mujeres y hombres, y la necesidad de contemplarlas en toda acción posible, para, de esta manera, garantizar el “respeto a sus derechos, las oportunidades reales para su pleno desarrollo humano y la voluntad institucional de un verdadero acceso a la justicia”²⁴.

Estos objetivos, además de ser particularmente relevantes para el tema aquí tratado, denotan que la necesidad de adoptar un sistema institucional con miras a la incorporación de la perspectiva de género se encuentra latente hace varios años dentro de la comunidad jurídica regional, siendo ya una preocupación a principios del siglo. Sin embargo, en la actualidad es posible observar que aún se debe avanzar en la materia.

Posteriormente, ya en el año 2014, la XVII edición de la Cumbre Iberoamericana realizada en Santiago, Chile, aprobó el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para garantizar el acceso a la justicia de personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad y el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para casos de violencia de género en contra de las mujeres. En esta línea, en la declaración final de la Asamblea se consagró la creación de una Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial, cuyo objetivo consiste en “dar seguimiento al proceso de incorporación de la perspectiva de género en todo el quehacer de la Cumbre Judicial Iberoamericana”²⁵.

En virtud de todo lo anterior, en el año 2015 el Pleno de la Corte Suprema chilena aprobó una propuesta de trabajo (en adelante, el “plan”) configurada por múltiples acciones a corto y mediano plazo cuyos objetivos consistían en dar cumplimiento a lo mandado para el Poder Judicial chileno. Dentro de estas actividades, el plan consideró la realización de un estudio de diagnóstico sobre la concepción y percepción de los principios de igualdad de género y no discriminación dentro del aparato jurisdiccional del país, para de esta manera entregar los lineamientos generales que sirvieran de base para la construcción de la Política sobre la materia. El fin de este estudio era facilitar la obtención de la mayor información posible a efectos de poder incorporar la perspectiva de igualdad de género tanto en el ámbito administrativo como

²³ VII CUMBRE IBEROAMERICANA DE PRESIDENTES DE CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES SUPREMOS (2002). *Declaración de Cancún*. Cancún. 15 p.

²⁴ *Ibid.*, 14 p.

²⁵ XVII CUMBRE IBEROAMERICANA DE PRESIDENTES DE CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES SUPREMOS (2014). *Declaración de Santiago de Chile*. Santiago. 4 p.

jurisdiccional. La referida investigación se denominó “Estudio de Diagnóstico de la perspectiva de igualdad de género en el Poder Judicial chileno”, y se adjudicó a la empresa *Management and Research Chile S.p.A.* Además, se dio inicio a un proceso colaborativo – con miembros internos y externos al Poder Judicial – para permitir la recolección de diferentes propuestas, en virtud del cual se impartieron talleres en todas las Cortes de Apelaciones del país, así como también se llevaron a cabo acciones con actores relevantes vinculados a la labor judicial.

4. Resultados del “Proyecto de Estudio Diagnóstico de la perspectiva de igualdad de género en el Poder Judicial chileno” y de los Talleres de Diseño Participativo de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial.

El sondeo en cuestión es el primero, a nivel institucional, sobre la presente temática. El trabajo en terreno se desarrolló durante los meses de septiembre del año 2015 y enero del año 2016. Como señala en su presentación, se consideró la necesidad de estudiar la realidad de la institución; la apreciación de las y los funcionarios, sus expectativas y las necesidades de formación y capacitación para tenerlos los lineamientos basales de una Política de Igualdad de Género y No Discriminación “suficientemente representativa y que apunte (...) a impulsar el desarrollo de acciones dirigidas a garantizar la igualdad y no discriminación de todas las personas en el acceso a la justicia.”²⁶.

Con respecto a la metodología, esta fue de carácter mixta, realizada en distintas fases, lo que en definitiva importó un análisis de fuentes para conocer el marco normativo, con más de 400 documentos; entrevistas con 17 actores claves; 12 grupos focales en todo el país y una encuesta online, respondida por 4.294 integrantes del Poder Judicial (36% del total). De esta manera, el objetivo era realizar una calificación del Poder Judicial chileno, analizando sus políticas actuales, para así evaluar la integración de la perspectiva de género tanto en el ordenamiento interno, como también en la visión de las propias funcionarias y funcionarios, permitiendo además individualizar sus buenas prácticas y los perfeccionamientos necesarios²⁷. El proceso de sistematización y de desarrollo técnico del estudio estuvo a cargo, principalmente, de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema.

Dentro de los principales resultados obtenidos se encuentran, primeramente, un marco de categorías conceptuales en el cual se vislumbran nociones relativas a la perspectiva de género propiamente tal, la identidad de género y orientación sexual, y la relación entre género y derecho. Asimismo, se realizó un análisis sobre la recepción y aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el

²⁶ MANAGEMENT AND RESEARCH CHILE S.P.A (2016). *Proyecto de Estudio Diagnóstico de la perspectiva de igualdad de género en el Poder Judicial chileno*. Santiago. 4 p.

²⁷ Ibid.

ordenamiento jurídico chileno; en el cual, se concluye que estos deben aplicarse, pues son parte del ordenamiento interno, y al mismo tiempo, gozan de un lugar preeminente, priorizando las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación. En esta línea, se contemplan, además, seis dimensiones relativas al desarrollo institucional de la perspectiva de género en el Poder Judicial basadas en textos internacionales y recomendaciones específicas, considerando también un Estudio de Derecho Comparado denominado Marcos Referenciales de la Unión Europea.

Por otro lado, se desarrolló un análisis normativo nacional, desde el enfoque de una perspectiva de género, en el cual se concluyen, entre otras cosas, el predominio de un criterio de antigüedad a efectos del ascenso profesional; la masculinización de determinados cargos y profesiones; en la documentación, pese a denotar un esfuerzo por propiciar la igualdad formal, de todas formas se contienen elementos que propugnan una segregación material; y, por último, la inexistencia de un eje estratégico relacionado con la igualdad material entre mujeres y hombres en los procesos de modernización del Poder Judicial. A su vez, pero siendo situación que escapa el fin de este trabajo, se denota un serio déficit en el reconocimiento como sujetos explícitamente protegidos a las y los miembros de la comunidad LGBTIQ+.

Finalmente, se hizo un levantamiento de información, cuantitativa y cualitativa, mediante fuente primaria, es decir, desde los mismos funcionarios al interior del Poder Judicial. Esta sección, de suma importancia para los efectos de este trabajo, se organizó en base a ocho dimensiones de análisis²⁸, destacándose como principales resultados: la ausencia de una mirada igualitaria al momento de impartir justicia, la mayor presencia masculina en cargos de alta jerarquía dentro de la estructura institucional, la falta de claridad conceptual relativa a ideas esenciales de una perspectiva de género²⁹, la presencia de roles y estereotipos de género tradicionales, la existencia de casos de discriminación – en razón tanto del sexo como, particularmente, de la orientación sexual –, un consenso sobre la necesidad de un clima laboral equitativo entre mujeres y hombres, entre otras cosas.

Estos resultados evidencian la falta de atención que se ha dado a la normativa mencionada previamente por parte de las juezas y jueces al momento de impartir justicia, lo que se condice con una de las conclusiones del estudio, en la que se destaca el hecho de que se percibió desconocimiento e incluso

²⁸ Las respectivas dimensiones son: (i) Evaluación global de la igualdad de trato y género; (ii) Desigualdades, roles y estereotipos de género; (iii) Acceso a cargos de mayor responsabilidad; (iv) Discriminación; (v) Acoso sexual y situaciones que pueden constituir acoso; (vi) Impartición de justicia desde la perspectiva de magistradas y magistrados; (vii) Formación, perfeccionamiento y habilitación; (viii) Atención de usuarios.

²⁹ En el referido estudio se alude a la poca o nula diferenciación que los participantes tiene sobre conceptos como la igualdad de género y trato, con la igualdad salarial, igualdad ante la promoción o acoso laboral y sexual, o bien con la discriminación. Véase *Proyecto de Estudio ... op cit.* 13 p.

indiferencia al momento de cumplir con las obligaciones que la normativa internacional en la materia impone³⁰.

El estudio finaliza con una serie de conclusiones y recomendaciones clasificadas en diferentes apartados a efectos de perfeccionar las falencias denotadas.

A mediados del año 2016, tras la realización del estudio y la posterior difusión de sus resultados, se iniciaron los talleres de diseño participativo de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación en todas las Cortes de Apelaciones del país. Además, se realizó un minucioso examen de la normativa aplicable en la materia y de las políticas elaboradas por otros aparatos judiciales de la región, para así poder determinar las obligaciones relativas a la igualdad de género, y, a su vez, poder comparar y enriquecer el trabajo realizado³¹. Los referidos talleres se impartieron con el objeto de integrar a las y los funcionarios del Poder Judicial en el proceso de definición de acciones concretas, objetivos y prioridades que debían abordarse en la Política.

En la impartición de estas actividades participaron miembros tanto de la Mesa de Género de la Jurisdicción, así como monitores de los Talleres de Sensibilización, además de integrantes de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema. En total, se realizaron 23 talleres, con un promedio de 30 personas por Corte, con la participación de miembros del Escalafón Primario y de Empleados, además de profesionales, administradoras y administradores, consejeras y consejeros técnicos, funcionarias y funcionarios de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y representantes de las asociaciones gremiales³².

Los talleres contemplaron los siguientes objetivos: (i) La entrega de un marco teórico básico sobre conceptos fundamentales relacionados con los principios de igualdad de género y no discriminación, con el objeto de que las y los participantes pudiesen reconocer el origen sociocultural de los estereotipos de género y el impacto correlativo en las relaciones interpersonales; (ii) Informar sobre los principales resultados del “Estudio de Diagnóstico sobre la perspectiva de igualdad de género y no discriminación en el Poder Judicial”; (iii) Acoger las expectativas y planteamientos de las y los funcionarios del Poder Judicial relativos a las medidas centrales que debiese abordar la Política de Igualdad de Género y No Discriminación. Lo anterior, condujo a que se recogieran más de novecientas propuestas, las que, tras un proceso de sistematización y análisis exhaustivo, devinieron en los cimientos principales de la Política³³.

³⁰ MANAGEMENT (2016) ... *op. cit.* 10 p.

³¹ SECRETARÍA (2018). *Política ... op. cit.* 25 – 27 p.

³² *Ibid.*

³³ Los grupos de trabajo en cada Taller, compuestos representativamente por las diferentes funciones institucionales, abordaron los cuatro ejes centrales del Estudio de Diagnóstico: Discriminación, Acoso, Labor Jurisdiccional y Capacitación.

5. Principios rectores y ejes estratégicos de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial chileno.

Con el objeto de incorporar los mandatos ya revisados de la normativa internacional de derechos humanos relativos a la igualdad y no discriminación, violencia de género y acceso a la justicia es que la referida Política propone la incorporación de la perspectiva de género en todo el aparato judicial, “a efectos de identificar las brechas y no perpetuar, con su accionar, desigualdades y discriminaciones existentes que obstaculizan el acceso efectivo a la justicia³⁴, haciendo de esta manera del Poder Judicial un agente transformador de la sociedad, con miras a erradicar todo tipo de desigualdad y violencia hacia la mujer.

En esta línea, los principios rectores de la Política buscan entregar el marco analítico correspondiente a los objetivos antes mencionados, en tanto pretende posicionar a la perspectiva de género como un mecanismo eficaz y necesario para asegurar el acceso a la justicia de todas y todos los usuarios del sistema. El primero de los principios corresponde a la igualdad. El tratamiento conceptual que se le da a este principio es uno de carácter sustantivo, por lo que el foco se encuentra en su goce y ejercicio real y efectivo, independiente del sexo, género, identidad de género y/u orientación sexual; no limitándose únicamente a su consagración formal.

Posteriormente, se consagra la no discriminación de género. A este respecto, la Recomendación General N° 28 del Comité CEDAW señala que los Estados Partes tienen “la obligación de respetar, proteger y cumplir con el derecho de no discriminación de la mujer y asegurar el desarrollo y adelanto de la mujer a fin de mejorar su situación y hacer efectivo su derecho a la igualdad de jure y de facto o sustantiva con el hombre”³⁵. Para efectos de la Política en cuestión, este principio se refiere a la prohibición de toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, género, identidad de género y/u orientación sexual que provoque un detrimento en el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos.

Luego, la Política alude al principio de enfoque de género en el acceso a la justicia. En este sentido, se cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sido enfática en señalar que la garantía del acceso a la justicia dice relación con la consideración de todos los factores de desigualdad real que pudiesen afectar a los justiciables, obligando a adoptar medidas compensatorias que permitan reducirlos o bien eliminarlos definitivamente³⁶. Así, se pretende incorporar dicho enfoque en todos los niveles de la labor judicial, ya sea tanto en el ejercicio de la función jurisdiccional, como en la atención al público. Este

³⁴ SECRETARÍA ... *op. cit.* 29 p.

³⁵ COMITÉ CEDAW, (2010). *Recomendación General N° 28, sobre el artículo 2 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*. Naciones Unidas. párr. 16.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006). *Caso Baldeón García vs. Perú*, 06 de abril del año 2006. Costa Rica. párr. 202.

principio resulta trascendental para el objeto que en el presente trabajo se trata, ya que impone un mandato a las juezas y jueces de identificar y erradicar los posibles sesgos, roles o estereotipos de género que puedan conculcar el derecho de las mujeres a acceder a la justicia.

En línea con lo anterior, y con la misma importancia, el siguiente principio consiste en la no violencia de género. Basándose en la definición entregada por el artículo 1 de la Convención De Belém Do Pará, la Política entiende a la violencia contra la mujer como toda aquella conducta o acción que, en razón del género, provoque la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer³⁷. Asimismo, este principio contempla una doble dimensión, en tanto opera a nivel institucional, en las relaciones interpersonales entre funcionarias y funcionarios, y a nivel externo, en la impartición de justicia.

Finalmente, el quinto principio dice relación con la participación e inclusión. Como ya se enunció precedentemente, este aspecto resultó fundamental para el proceso de elaboración de la presente Política, toda vez que sus bases generales se construyeron a partir de las actividades colaborativas realizadas. De esta manera, tanto el acceso a la información, como el establecimiento de mecanismos participativos que permitan recoger todas las opiniones relativas al diseño, implementación y evaluación de la Política son esenciales en su estructura. Este principio importa la participación e inclusión de funcionarias y funcionarios del Poder Judicial, así como también de las usuarias y usuarios del sistema de justicia³⁸.

Con respecto a los ejes estratégicos propuestos, estos se refieren a medidas concretas para implementar la Política. Dichas medidas actúan en niveles específicos, propios del quehacer institucional, de manera de poder entregar guías orientadoras para lograr el efectivo cumplimiento tanto de los objetivos, como de los principios ya mencionados. La construcción de los presentes ejes se dio a partir de las propuestas e ideas recibidas, durante el proceso colaborativo, por parte las y los integrantes del Poder Judicial, complementadas posteriormente con directrices emanadas tanto de la normativa internacional, como de las recomendaciones de la Comisión de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Cabe señalar que en cada uno de los ejes en cuestión se contempla una serie de dimensiones relativas a maneras de modificar o mejorar la situación actual de la institución en dicha materia mediante líneas de acción específicas y determinadas.

³⁷ SECRETARÍA ... *op. cit.* 39 p.

³⁸ Como es posible observar, todos los principios mencionados se encuentran reconocidos como elementos fundamentales de un Estado de Derecho Moderno

De esta manera, los ejes estratégicos planteados tienen estrecha relación con los principios ya mencionados, y conforman un total cuatro: tres de carácter temático y uno de carácter transversal³⁹. El primero de ellos es la no discriminación de género, el cual tiene como objetivo eliminar todo obstáculo que, por motivos de sexo, género, identidad de género y/u orientación sexual, haga una distinción, exclusión o restricción del adecuado goce y ejercicio de los derechos humanos, tanto de integrantes del Poder Judicial, como de sus usuarias o usuarios. Las dimensiones contempladas a este respecto importan, por ejemplo, la institucionalización de la perspectiva de género en la cultura organizacional, para poder así incorporarla de manera progresiva en todos los ámbitos de trabajo del Poder Judicial.

El segundo eje – y para efectos de este trabajo el más relevante – radica en el enfoque de género en el acceso a la justicia, el cual tiene por objeto transversalizar la incorporación de la perspectiva de género. Su análisis en detalle será tratado en el siguiente apartado.

A continuación, se encuentra el eje tocante a la no violencia de género, el que busca erradicar del Poder Judicial “todas las acciones o conductas basadas en el género que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a todas las personas, tanto en el ámbito público como en el privado, en particular aquellas que impliquen acoso sexual y laboral por motivos de género”⁴⁰. De esta manera, se establecen dos dimensiones, relativas, por un lado, a la violencia de género propiamente tal, y, por otro, a la violencia dentro del espacio laboral.

Finalmente, el último eje abordado es sobre la capacitación, cuyo fin radica en la contribución a la “difusión, sensibilización y socialización”, entre las y los funcionarios del Poder Judicial, de materias relativas a la igualdad y no discriminación de género, contemplando la realización de acciones específicas para este cometido, y una estrategia eficiente de comunicación con el medio, entre otras cosas. Con este último punto, se da por finalizada la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial.

6. Segundo eje estratégico: Enfoque de género en el acceso a la justicia.

Como ya se adelantó, y para una mejor comprensión de lo que se examinará en el presente trabajo de investigación, es necesario atender primeramente a las dimensiones planteadas por el eje estratégico ya mencionado.

Por un lado, se consagra la idea de incorporar la perspectiva de género en la atención y comunicación con usuarias y usuarios, lo que en términos prácticos importa, por ejemplo, la promoción del

³⁹ Al ser numerosas las líneas de acción señaladas en el documento para cada una de las dimensiones de los Ejes respectivos, se ha preferido omitirlas del trabajo. Véase en *Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial*, p. 48 y siguientes.

⁴⁰ SECRETARÍA ... *op. cit.* 50 p.

uso de lenguaje inclusivo en todos los aspectos relacionados con la atención en cuestión, incluyendo, por supuesto, las sentencias. Además, se propone la implementación de protocolos y procedimientos que fomenten la incorporación de un enfoque de género en la asistencia prestada. Por último, se contempla como lineamiento la realización de acciones de difusión del derecho a la no discriminación.

A su vez, debiendo considerarse con especial atención, se contempla la incorporación de la perspectiva de género en el ejercicio de la administración de justicia. Sobre este punto resulta del todo relevante destacar las líneas de acción que se erigieron. En primer lugar, se busca promover la incorporación de la perspectiva de género en la labor jurisdiccional con el fin de permitir que juezas y jueces sean capaces de detectar las condiciones que propician una vulneración a los derechos humanos, especialmente de las mujeres, en razón de su género, sexo, identidad de género, etc., generando de esta manera dificultades en su acceso a la justicia. Por otro lado, se considera la creación y desarrollo de herramientas teóricas y prácticas para poner a disposición de las y los magistrados, que permitan fomentar y contribuir a la incorporación de un enfoque de género y derechos humanos en la administración de justicia. Por último, se encuentra la creación y difusión de protocolos, compendios o cuadernos de buenas prácticas que permitan entregar criterios para la resolución de casos reales, pudiendo así desarrollar las capacidades necesarias para identificar los estereotipos de género, discriminaciones y desigualdades que permitan justificar la aplicación diferenciada del derecho que corresponda en cada situación.

Estos lineamientos evidencian claramente cómo las herramientas metodológicas que ha generado el Poder Judicial entregan una justificación más que suficiente para posibilitar la construcción de sentencias feministas. Así, y para profundizar este cometido dando cumplimiento a la tercera línea de acción antes señalada, consistente en el desarrollo de instrumentos específicos que entreguen criterios concretos para incorporar la perspectiva de género en las sentencias, es que se elaboró el Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias.

7. Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias.

Todos estos planteamientos esgrimidos en torno al sustento institucional que tiene la incorporación de la perspectiva de género en el quehacer jurisdiccional se materializaron, como herramientas conceptuales y metodológicas, en el Cuaderno de Buenas Prácticas dictado el año 2019 por la Secretaría Técnica del Poder Judicial, mediante el cual se dio cumplimiento a lo mandatado por la Política recién analizada.

La importancia del documento en cuestión radica en la matriz de análisis que contempla para aplicar los principios de igualdad, no discriminación y perspectiva de género en las sentencias (indistintamente, “la matriz”), con el fin de asistir a la magistratura en la tarea de emitir pronunciamientos que garanticen sin

distinción el acceso a la justicia de todas y todos los usuarios del sistema. Esta matriz constituye una gran y significativa innovación en la materia, siendo bastante útil y efectiva para poder lograr el objetivo aquí propuesto.

Esta herramienta, sin gozar el carácter de vinculante, resulta un importante apoyo metodológico a la hora de impartir justicia con perspectiva de género, al adecuarse a los estándares internacionales y ofrecer una ruta jurídica sistematizada para el examen de cada caso⁴¹. La estructuración de la matriz otorga criterios coincidentes con la normativa e instrumentos ya señalados precedentemente, permitiendo auxiliar a la hora de reconocer e identificar elementos propios de situaciones de desigualdad, vulnerabilidad, o discriminación de alguna de las partes, así como la existencia de prejuicios, roles o estereotipos de género, asimetrías de poder o fenómenos de discriminación interseccional⁴², acompañando a las y los juzgadores en todas las etapas del proceso decisorio. El documento pone énfasis en el hecho de que, en caso de ignorar o desconocer alguno de los aspectos allí tratados, se estaría negando el acceso a la justicia y, por ende, vulnerando derechos humanos básicos en esta materia⁴³.

La referida matriz posee una configuración esquemática, contemplando una serie de siete pasos o etapas, las que, a su vez, engloban un listado de criterios o lineamientos a seguir. En este sentido, el primero de los pasos mencionados importa la identificación del caso, luego viene el análisis y desarrollo de éste, para posteriormente pasar a la etapa de revisión probatoria, seguida de un examen normativo y de una revisión de jurisprudencia y fuentes del derecho, para arribar finalmente a la etapa de la sentencia.

En cada una de las fases anteriores, la matriz propone diversas técnicas que invitan a las juezas y jueces a reflexionar sobre la situación que fue sometida a su conocimiento. De esta manera, se busca que puedan ser capaces de identificar, entre otras cosas, la presencia de roles, estereotipos o prejuicios tanto en la visión de la o el juez, o entre las partes; las relaciones de poder existentes; la presencia de una parte perteneciente a una “categoría sospechosa” – dicho de otro modo, perteneciente a un grupo en situación de vulnerabilidad –, o bien la manifestación de expresiones sexistas en la presentación del caso.

Además, algo que llama la atención, es que invita a actuar con observancia de la debida diligencia judicial para garantizar el acceso a la justicia, imperativo que debe regir durante todo el proceso y que

⁴¹ SECRETARÍA TÉCNICA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN (2019). *Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Santiago, Poder Judicial. 89 p.

⁴² Sobra decir que en la matriz de análisis, al incorporar la perspectiva de género en las sentencias, de ninguna manera se está comprometiendo la imparcialidad o independencia judicial, ya que su objetivo no radica en la resolución del conflicto en favor de las mujeres, sino que, por el contrario, lo que busca es entregar herramientas metodológicas que permitan hacer un examen sobre la existencia o no de situaciones discriminatorias o desiguales en razón del género, analizando el caso a la luz de la normativa sobre la materia, garantizando así el efectivo acceso a la justicia.

⁴³ SECRETARÍA (2019) ... *op. cit.* 50 p.

importa la especial consideración de principios como la oficiosidad, oportunidad y exhaustividad, los que son particularmente relevantes en la investigación de los delitos en materia penal. Sobre este tema se volverá con mayor detalle en el apartado relativo al razonamiento probatorio con perspectiva de género.

Por otro lado, resulta relevante destacar que también se promueve el análisis de la aparente neutralidad de las normas jurídicas para determinar si su aplicación conlleva alguna forma discriminatoria. En este sentido, la matriz es clara respecto a que la ley no necesariamente es neutral, sino que su naturaleza y trasfondo depende muchas veces de los valores dominantes y creencias de quienes la crean, lo que tiene particular relación con lo que se analizará en el capítulo correspondiente a la argumentación e interpretación jurídica.

Asimismo, y siendo bastante favorable al objeto que aquí se trata, se fomenta la utilización de reglas adecuadas sobre valoración de la prueba en casos de violencia de género, ya que se tiene consciencia sobre el hecho de que en este tipo de situaciones las máximas de la experiencia ya conocidas no siempre operan de la misma manera, lo que se analizará también en la sección referente al razonamiento probatorio con perspectiva de género.

Finalmente, también dentro de los aspectos relevantes, la matriz busca propiciar la aplicación de la normativa internacional que rige en la materia, como también la necesidad de dotar de contenido pedagógico a la decisión tomada para así orientar la labor jurisdiccional a una transformación cultural que permita erradicar todo tipo de conductas discriminatorias y violentas contra la mujer.

Todos estos criterios orientativos resultan de vital importancia para dar efectivo cumplimiento a lo mandado por la normativa y los instrumentos internacionales ya mencionados, permitiendo reforzar el sustento institucional que posee la incorporación de la perspectiva de género en el quehacer judicial y demostrar que, en la medida que se construyan sentencias feministas, se estará permitiendo y garantizando un derecho fundamental de las mujeres: su real acceso a la justicia.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que si bien tanto la Política de Igualdad de Género y No Discriminación como el Cuaderno de Buenas Prácticas constituyen grandes avances en la tema aquí estudiado, aún es necesario profundizar en el tratamiento de ciertas materias. Así, en primer lugar, hay que apuntar al hecho de que estos instrumentos operan únicamente como una sugerencia, lineamiento o recomendación para la decisión judicial, lo que, en consecuencia, no importa en caso alguno un deber, por lo que pueden fácilmente ser obviados. Lo anterior no es baladí considerando que, en caso de que se estableciera una norma legal que mandatara directamente a incorporar la perspectiva de género en las sentencias, su infracción podría tener importantes implicancias, particularmente en materia recursiva, sustentando de esa manera mayores garantías en el acceso a la justicia para las mujeres.

Asimismo, también sería conveniente avanzar en una ampliación del ámbito de aplicación de estos instrumentos, fomentando su uso no sólo con respecto a funcionarios y funcionarias del Poder Judicial, sino que también haciéndolo extensivo a litigantes, quienes tienen un rol importante a la hora de dotar de contenido el proceso, siendo muchas veces protagonistas de éste, por lo que sería deseable que su intervención coincidiera con los lineamientos propuestos para juezas y jueces.

Finalmente, y en cuanto al contenido mismo de los instrumentos, sería útil que se incorporasen más criterios para lograr una decisión judicial integral. Estos elementos serán abordados con mayor detalle en el cuarto capítulo, una vez revisadas las materias de argumentación e interpretación jurídica y razonamiento probatorio.

III. SUSTENTO DOCTRINARIO: TEORÍAS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y RAZONAMIENTO PROBATORIO.⁴⁴

1. Nociones generales sobre el comportamiento judicial.

En el año 1948, el politólogo CHARLES HERMAN PRITCHETT publicó su trabajo *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values*, en el cual se refleja un minucioso análisis de las sentencias de la Corte Suprema estadounidense, desde la óptica de las ciencias sociales, para así determinar los orígenes sociales y psicológicos de las actitudes judiciales⁴⁵. Desde ese entonces, los estudios empíricos sobre comportamiento judicial comenzaron a desarrollarse con un creciente interés por parte de científicos políticos – y posteriormente por la comunidad jurídica – para resolver la pregunta central sobre si las preferencias políticas o ideologías de las y los jueces inciden en sus decisiones.

Para ello, se han elaborado tres principales modelos de juez: el modelo legalista, el estratégico o racionalista, y el actitudinal. De acuerdo con el primero, la decisión de un tribunal se basa esencialmente en el significado de la ley, la Constitución, la voluntad del legislador, y/o en los precedentes judiciales, por lo que las preferencias políticas no son relevantes a la hora de decidir. Según el segundo modelo, las decisiones de los jueces corresponden a una estrategia para alcanzar un determinado fin y, por ende, existen factores extrajurídicos que influyen en el fallo. Por último, de acuerdo con el tercer modelo, los valores o ideologías del tribunal inciden determinadamente en la decisión final⁴⁶, en otras palabras, para este esquema también existen elementos extrajurídicos que intervienen a la hora de decidir. Ahora bien, es este último modelo el más extendido en la literatura y, por tanto, el más influyente a la hora de explicar el comportamiento judicial⁴⁷.

Sobre este punto, resulta útil hacer referencia a la corriente del realismo jurídico, toda vez que los estudios empíricos sobre comportamiento judicial comparten un presupuesto suyo, esto es, que las “valoraciones morales y políticas – la ideología – permea las actividades de interpretación y aplicación del derecho”⁴⁸. Es más, en un trabajo de BRIAN LEITER, se define al realismo jurídico como una teoría descriptiva sobre la adjudicación, es decir, una teoría para determinar qué es lo que hacen realmente las y

⁴⁴ Estructura en base a lo propuesto por CARBONELL, F. (2020). Véase *Teoría y método para el estudio del razonamiento y comportamiento judicial con perspectiva de género*. Informe en Derecho.

⁴⁵ PRITCHETT, C. H. (1948). *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values, 1937 – 1947*. Editorial Quid Pro, LLC.

⁴⁶ CARBONELL, F. (2020). *Teoría y método para el estudio del razonamiento y comportamiento judicial con perspectiva de género*. Informe en Derecho. 8 p.

⁴⁷ SUNSTEIN, C. (2006). *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington, D.C., Brookings Institution. 15 p.

⁴⁸ CARBONELL (2020) ... *op cit.* 9 p.

los jueces cuando deciden un caso⁴⁹. Ello, pues, para los partidarios del realismo jurídico, la teoría clásica que postula la justificación de las decisiones judiciales sobre la base de reglas y razones meramente legales terminó por ser un fracaso⁵⁰. Por el contrario, concluyen que las normas jurídicas son racionalmente indeterminadas, puesto que no definen por completo las decisiones judiciales. Así, se dice que éstas son inútiles para justificar una única decisión, y al mismo tiempo, son insuficientes para explicar el porqué de dicha decisión. Producto de esta indeterminación, es que las juezas y jueces “recurren a su conciencia jurídica material y a factores pragmáticos cuando interpretan el derecho”⁵¹. Dicho de otro modo, en la medida que el derecho es indeterminado, existen espacios de discrecionalidad en los que la y el juez decidirá, dentro de las interpretaciones posibles, cómo argumentar la decisión del caso.

Este punto fue especialmente tratado por RICCARDO GUASTINI, al señalar que el derecho es doblemente indeterminado. Esta indeterminación está dada, por una parte, producto del ordenamiento jurídico como tal, en el sentido de que éste es objeto de duda dada la equivocidad de los textos normativos. En otras palabras, la imprecisión se da, ya que cada texto normativo admite a su vez una pluralidad de interpretaciones, lo que implica su susceptibilidad a diversas posibles controversias. Y, por otro lado, existe una indeterminación propia de cada norma, ya que no existe claridad sobre qué casos comprende dentro de su aplicación⁵². De esta manera, muestras de la mencionada equivocidad dicen relación, por ejemplo, con controversias relativas a la ambigüedad, complejidad, taxatividad o implicancia de los textos normativos⁵³.

Lo anterior es relevante, toda vez que es fundamental recalcar el hecho de que es el intérprete – es decir, la jueza o el juez – quien elige, dentro del espectro de argumentos y directivas interpretativas que existen, cuál aplicar según sus propios valores e ideología, ya que no existe algo así como una pauta obligatoria y vinculante que deba seguir⁵⁴ ⁵⁵. Por lo tanto, es preciso entonces resolver y determinar cómo debe valorar la jueza o el juez cuando aplica el derecho y, para ello, se debe recurrir necesariamente al análisis de la justificación de la decisión judicial.

⁴⁹ LEITER, B. (2001). *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*. Chicago. University of Chicago, Ethics. Vol. 111, No. 2. 279 p.

⁵⁰ LEITER ... *op cit*, 284 p.

⁵¹ ROSS, A. (2006). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, Eudeba. Véase en CARBONELL ... *op cit*. 10 p.

⁵² GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: El Derecho y la Justicia. 55 p.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ CARBONELL (2020) ... *op cit*. 11 p.

⁵⁵ Sobre el concepto de ideología, véase la definición dada en BOBBIO, N. (1961). *El positivismo jurídico*. Revista de Filosofía, 14 - 34 p.

2. Razonamiento judicial: Justificación de las decisiones judiciales.

Las teorías de la argumentación jurídica – y, por tanto, la discusión sobre la justificación de las decisiones judiciales – cobraron relevancia a partir de la década de los años 50’, producto de la denominada “crisis de los postulados metodológicos centrales del positivismo jurídico”⁵⁶. En palabras de FLAVIA CARBONELL, este planteamiento surge frente a la denuncia de que “el silogismo judicial y la figura del juez mecánico”⁵⁷ eran evidentemente insuficientes para dar cuenta de una efectiva justificación de la decisión judicial. En razón de ello, se erigió con fuerza la idea de que había que salvar a la práctica jurídica de los peligros de la arbitrariedad, tratando de proporcionar un sustento suficiente que tuviera la pretensión de ser “intersubjetivamente válido y plausible para las valoraciones concurrentes en la determinación de la decisión jurídica”⁵⁸.

Así, se parte de la base que ningún procedimiento de producción de normas legales puede garantizar que, en todo momento, las aplicadoras y aplicadores del derecho sean capaces de resolver cada cuestión jurídica que se someta a su decisión⁵⁹. En consecuencia, es natural que los jueces tengan siempre cierta libertad de elección – la discrecionalidad ya mencionada – tal como se observa, por ejemplo, en los casos en que una misma norma jurídica resulta aplicable a diversos escenarios y, por ende, existen, a su vez, variadas interpretaciones posibles.

Ahondando en esta idea, JERZY WRÓBLEWSKI abocó su estudio a la determinación del papel específico que le cabe a las valoraciones de un juez durante el proceso decisorio; concluyendo que éstas necesariamente deben evaluarse junto a la justificación que las acompañan. Así, para determinar la estructura lógica que se debe seguir en un modelo de aplicación del derecho de carácter decisorio, la justificación debe superar cuatro problemas: (a) la determinación de las normas precisas que permiten decidir el caso concreto; (b) la determinación de los hechos que deben someterse a una decisión; (c) la subsunción de los hechos a las normas aplicadas; y, (d) la elección de las consecuencias jurídicas de los hechos demostrados. De ello se desprende que existen tres decisiones judiciales, a saber, la decisión interpretativa, la decisión de la prueba y la decisión final⁶⁰.

La decisión interpretativa determina el sentido de la norma que se aplica en el caso concreto, por lo que si dicha norma no resulta suficientemente clara o precisa, de acuerdo con el criterio de la o el juez, debe

⁵⁶ GARCÍA, J. A. (1986). *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*. Anuario de Filosofía del Derecho. Vol. III. 152 p.

⁵⁷ CARBONELL (2020) ... *op cit.* 19 p.

⁵⁸ GARCÍA ... *op. cit.* 152 p.

⁵⁹ GARCÍA ... *op. cit.* 153 p.

⁶⁰ WRÓBLEWSKI, J. (1989). *Ideología de la aplicación judicial del Derecho*. San Sebastián, Universidad del País Vasco. 70 p. Véase en: *Sentido y hecho en el derecho*.

ser sometida a una “interpretación operativa”, mediante distintas directivas que van a decidir de qué sentido dotar a la norma. Es justamente esta interpretación la que es muchas veces conflictiva, ya que supone la intervención de las valoraciones en, a lo menos, dos sentidos: es la o el juzgador quién deberá decidir cuál y cómo utilizar las directivas mencionadas, y, además, nada impide que éstas definan la interpretación final de una forma valorativa⁶¹.

Por su parte, la decisión de la prueba corresponde a un ejercicio de verificación de que un determinado hecho ocurrió en un tiempo y espacio a su vez determinado; y, para fundamentar dicha constatación, se debe recurrir a las pruebas existentes. Ahora bien, la forma en que se presentan los hechos sobre los que se rinde la prueba pueden estar determinados valorativamente, o bien estar sujetos a la aplicación de directivas empíricas de carácter extrajurídico, lo que importa entonces que la justificación de la prueba puede resultar también como objeto de valoraciones⁶². Sobre este punto, se volverá con mayor detalle en el siguiente capítulo al analizar el razonamiento probatorio.

Finalmente, en lo relativo a la decisión final cabe señalar que ésta importa la determinación de las consecuencias jurídicas de los hechos demostrados según la norma jurídica aplicada; la que puede bien determinar concretamente las consecuencias, o bien puede establecer límites entre los que le corresponderá a la jueza o juez decidir. Dicha elección puede ser libre, o estar determinada por ciertas directivas que definen las características de los hechos u objetivos que se deben considerar. Sin embargo, se ha dicho que por regla general la decisión final también importará el uso de valoraciones⁶³.

Todo lo anterior demuestra la importancia que tienen las valoraciones en el ejercicio decisorio de la o el juez al momento de aplicar el derecho. En raras ocasiones se dan casos en los que no hay necesidad de una interpretación operativa. A modo meramente ilustrativo, se pueden señalar como ejemplos de esta situación extraordinaria cuando la norma aplicable es idéntica a los hechos del caso, cuando los hechos del caso están determinados en forma descriptiva, simple o positiva, o cuando la norma implica sólo una consecuencia.

Ahora bien, es necesario recalcar que el mero hecho de que en el proceso de aplicación del derecho se utilicen valoraciones no es algo *per sé* negativo; esta característica del modelo decisorio no excluye en modo alguno su naturaleza racional⁶⁴. Es más, entendidas las valoraciones en este sentido, permiten su intercambio por expresiones como las de “ideología” o “preferencias”, desmarcándose de una connotación

⁶¹ Ibid.

⁶² WRÓBLEWSKI ... *op. cit.* 71 p.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ WRÓBLEWSKI ... *op. cit.* 72 p

negativa o peyorativa⁶⁵. En otras palabras, si se negara la posibilidad de recurrir a las valoraciones por parte de las juezas y jueces, se estaría impidiendo *ex ante* cualquier tipo de prerrogativa de decisión; y bajo una conclusión de tales características, pretender un razonamiento judicial con perspectiva de género sería entonces, por lo bajo, contradictorio.

Pero entonces, ¿cómo determinar cuándo una decisión judicial será arbitraria o no si de todas formas se acepta una actitud ideológica o valorativa por parte de las y los jueces? O más específicamente, ¿cómo controlar y evitar dicha arbitrariedad? Para responder a esta pregunta se debe atender a una teoría que permita asegurar la objetividad y racionalidad de la práctica jurídica y, para ello, resulta relevante la conocida distinción entre la justificación interna y externa de la decisión judicial planteada por el connotado autor en la materia, JERZY WRÓBLEWSKI.

3. Tipos de justificación de una decisión judicial: planteamiento de Jerzy Wróblewski.

En 1974 JERZY WRÓBLEWSKI escribió un famoso trabajo denominado *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en el cual abordó las críticas y problemas en torno a la estructura clásica del silogismo judicial imperante a la época, dentro de los cuales evidentemente se encontraba el rol que cumplía la ideología en la decisión de la y el juzgador. Para este autor, “la ideología de una decisión judicial en un sistema en que prima la ley debe ser el de una decisión judicial legal y racional”⁶⁶.

De esta manera, propuso una terminología – hoy ampliamente aceptada por la doctrina – en virtud de la cual planteó un tipo de silogismo que permitiera justificar las decisiones de las juezas y jueces de una manera lógica y racional. En su trabajo, JERZY WRÓBLEWSKI señala que el término “justificación” se debe entender en su sentido amplio; así, una justificación lógica será la que se opone a una psicológica, ya que en esta última existe una explicación basada netamente en un fenómeno psíquico de toma de decisión, sin razones adecuadas para sustentar una posición. Por lo tanto, concluye que, en la medida que una decisión se encuentre justificada, tendrá el carácter de racional⁶⁷. Para poder materializar esta idea es que creó una tipología consistente en la distinción entre la justificación interna y la justificación externa de la decisión judicial⁶⁸.

La primera, alude a una simple consistencia lógica entre la decisión de la y el juez con las premisas de su razonamiento⁶⁹; es decir, busca determinar la falta de contradicción entre lo razonado y lo concluido.

⁶⁵ CARBONELL (2020) ... *op cit.* 13 p.

⁶⁶ WRÓBLEWSKI, J. (1974). *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*. Duncker & Humboldt. 38 p.

⁶⁷ La definición de lo que se entenderá por racional se analizará en el próximo apartado.

⁶⁸ WRÓBLEWSKI (1974) ... *op. cit.* 39 - 41 p.

⁶⁹ ATIENZA, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 26 p.

Es simplemente una cuestión de lógica deductiva, ya que no alude al carácter de validez o veracidad de la premisa en cuestión. En otras palabras, la justificación interna es un equivalente a un silogismo subsuntivo clásico⁷⁰ configurado por una premisa mayor o normativa (el derecho), una premisa menor o fáctica (los hechos), y una conclusión (la decisión)⁷¹.

Por otro lado, la justificación externa corresponde propiamente a la fundamentación misma de las premisas utilizadas. Sobre este tipo de justificación se ocupan fundamentalmente las teorías de razonamiento judicial que para efectos del presente trabajo se revisarán; por un lado, correspondiente a la justificación externa de la premisa normativa (argumentación jurídica), y por otro, en lo tocante a la justificación externa de la premisa fáctica (razonamiento probatorio).

4. Modelo analítico de motivación judicial correcta.

Justamente a partir de lo anterior, y en la búsqueda de la fórmula adecuada para evitar la arbitrariedad en una decisión, es que el autor PIERLUIGI CHIASSONI propuso un modelo de motivación de la decisión judicial que permitiera dotar de mayor contenido al concepto de “justificación”, permitiendo entonces hacer la distinción entre una justificación correcta o incorrecta⁷².

Antes de analizar su propuesta, es preciso señalar primeramente que un modelo de decisión judicial correcta “tiene por objeto determinar cuáles son los elementos que conforman la decisión y que influyen en el juicio de corrección sobre ésta”⁷³. Junto con ello, resulta del todo relevante apuntar al hecho de que, al hablar de corrección en términos genéricos, se está haciendo alusión a “la relación de ajuste de una cosa con otra, o bien para describir el resultado de una operación de contraste entre una cosa y un parámetro o criterio prefijado”⁷⁴. Dicho de otro modo, cuando existe una correlación – o, a lo menos, conformidad – entre los elementos comparados, se dice que dicha cosa es correcta; de lo contrario, es incorrecta. En este sentido, para efectos del presente trabajo, se entenderá que dicho estándar corresponde al de racionalidad.

Para un análisis argumentativo que permita evaluar la corrección de una sentencia se debe atender a dos elementos. En primer lugar, una indagación sobre este aspecto importa un análisis de su estructura

⁷⁰ CARBONELL ... *op cit.* 20 p.

⁷¹ Según CARBONELL, F., la premisa normativa “es un enunciado complejo que resulta de la interpretación de diversas disposiciones o textos normativos aplicables al caso concreto”, por ende, para justificarla es necesario recurrir a “argumentos interpretativos”. A su vez, la premisa fáctica “es un enunciado que resulta de una serie de pasos y/o decisiones fraccionarias que “transforman” los hechos brutos en hechos del caso.

⁷² CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Colección Filosofía y Derecho.

⁷³ CARBONELL, F. (2017). *Elementos para un modelo de decisión judicial correcta*. Santiago, Revista de Estudios de la Justicia. Número 27. 2 p.

⁷⁴ CARBONELL (2017) ... *op. cit.* 5 p.

lógica, es decir, de la articulación del razonamiento que tiene por conclusión la decisión final. En segundo lugar, otro elemento a examinar lo constituyen las formas de la argumentación interpretativa, o sea, los argumentos utilizados por el juez para justificar las premisas normativas aplicadas al caso concreto⁷⁵. Este segundo punto será relevante al analizar la construcción de una argumentación jurídica con perspectiva de género de acuerdo con lo prescrito en el apartado correspondiente del presente trabajo.

Ahora bien, la construcción del modelo analítico de motivación correcta de la sentencia aquí propuesto se basa en las nociones de justificación racional, justificación lógico-deductiva, justificación normativa y justificación probatoria⁷⁶. De esta manera, se entiende que una sentencia judicial está motivada correctamente, sí y sólo si, cada uno de los juicios jurídicos realizados por el juez o jueza es racional o se encuentran justificados racionalmente.

Por su parte, una decisión es racional – es decir, está justificada racionalmente – sí y sólo si, se cumplen tres requisitos necesarios y suficientes, a saber: (i) la decisión debe estar justificada desde un elemento lógico-deductivo o inferencial (condición de justificación interna). Como se mencionó precedentemente, esto implica una exigencia de racionalidad formal que importa la concreción del principio de no contradicción; (ii) la decisión debe estar justificada desde un elemento de corrección jurídica de sus premisas normativas (condición de justificación externa normativa); (iii) y, finalmente, la decisión debe estar justificada desde la corrección jurídica de sus premisas fácticas (condición de justificación externa probatoria). Los últimos dos requisitos importan una exigencia de racionalidad material, concretando el principio de razón suficiente⁷⁷. Dicho de otro modo, una decisión judicial racional implica que todos y cada uno de sus elementos se encuentren justificados, atendiendo a los dos principios recién mencionados.

Ahora bien, para determinar qué implica que una decisión sea racional, JERZY WRÓBLEWSKI, postula un modelo carácter explicativo y analítico, toda vez que “[las nociones de decisión racional y las de justificación interna y externa] son instrumentos de análisis de las sentencias y de reconstrucción de su contenido, de modo tal que arrojan luz sobre (...) [tanto] las premisas, los mecanismos argumentativos que las proveen, así como el nexo entre las premisas y las conclusiones”^{78 79}. Para este autor, las premisas fácticas y normativas se justifican racionalmente en la medida que se construyan en torno a elementos que representen la combinación más plausible para cualquier jueza o juez de un determinado ordenamiento

⁷⁵ CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Colección Filosofía y Derecho. 16 p.

⁷⁶ CHIASSONI ... *op. cit.* 19 p

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Lo anterior se contrapone a la postura adoptada por Alexy, en virtud de la cual se plantea que la noción de decisión racional no cumple con un modelo únicamente analítico-explicativo, sino que, además, tiene el carácter de normativo. Para efectos del presente trabajo no se analizará dicha postura por razones de pertinencia al objeto de la investigación.

jurídico. De esta manera, se entiende que la racionalidad dependerá, en última instancia, de “la conformidad de las premisas respecto de un acervo de valores y de creencias”⁸⁰ propias de la cultura y experiencia jurídica de la operadora en cuestión.

Esto último resulta relevante para la presente investigación puesto que permitiría llegar a entender a la perspectiva de género como una idea ligada a la racionalidad de una comunidad jurídica determinada; una comunidad jurídica que actualmente se encuentra compuesta por hombres y mujeres, de todas las edades, y que posee mandatos expuestos, tanto normativos como institucionales, para valorar la perspectiva de género como un elemento propio de la práctica judicial. Los detalles de esta reflexión serán abordados en el siguiente capítulo.

5. Argumentación jurídica.

a. Teorías de la argumentación jurídica.

Como se señaló anteriormente, las teorías de la argumentación jurídica surgieron en respuesta a las críticas hacia el positivismo jurídico, particularmente, después de la Segunda Guerra Mundial, el que permitió evidenciar las graves falencias de un sistema que sustentó el origen de las corrientes del nacionalsocialismo y del fascismo, con los consiguientes efectos que ello tuvo.

Además de este factor histórico, MANUEL ATIENZA apunta a que el progresivo desarrollo de esta rama responde al análisis que las teorías en cuestión hacen sobre aspectos funcionales y no solamente estructurales del derecho, lo que supuso una novedad en la materia. Junto con ello, se debe atender también a las razones de orden pragmático involucradas en su origen, en vista de la preocupación por mejorar la capacidad argumentativa de los juristas, y las razones políticas, producto del aumento de la necesidad de justificar las decisiones de los órganos estatales⁸¹.

De esta manera, para hacerle frente a la arbitrariedad cuestionada, las incipientes teorías partieron de un denominador común: “ofrecer pautas justificativas de la racionalidad para los criterios rectores de esa ponderación judicial, de esa opción entre intereses y valores enfrentados que se pueden acoger a la protección de un mismo sistema normativo”⁸². En la tipología ya mencionada, la argumentación jurídica dice relación entonces con la justificación externa de la premisa normativa.

⁸⁰ WRÓBLEWSKI (1971) ... *op. cit.* 126 - 127 p.

⁸¹ ATIENZA, M. (2000). *Argumentación jurídica*. Madrid, Editorial Garzón Valdés y Laporta, 231 - 238 p. Véase en CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 23 p.

⁸² GARCÍA ... *op. cit.* 153 p.

Como ya se señaló, estas teorías parten de la base, entonces, que las normas legales determinan únicamente un marco más o menos amplio dentro del cual ha de recaer la decisión y que, por lo tanto, cumplen una función netamente limitativa. Esgrimen que, aun cuando se respete la ley, ésta deja siempre un margen decisorio. En palabras de JUAN ANTONIO GARCÍA, “es la presencia de la arbitrariedad en estos momentos en que las valoraciones del que decide son dirimentes de lo que se trata de evitar”⁸³.

Por consiguiente, una vez constatado que la decisión judicial no se encuentra únicamente determinada por criterios normativos, se plantea la pregunta sobre cuáles son los otros criterios o factores que resultan relevantes para ésta, al mismo tiempo que se plantea la cuestión sobre la fundamentación de la decisión. En otras palabras, se ha concluido que, como la motivación es una actividad argumentativa, surge la pregunta sobre “qué argumentos y qué valoraciones son capaces de legitimar una decisión”⁸⁴, así se busca definir cómo se argumenta efectivamente, permitiendo distinguir entre argumentos “buenos” y “malos”.

Con la teoría de la argumentación jurídica se trata entonces de lograr “una teoría que fundamente, justifique y limite el proceder argumentativo de la praxis”⁸⁵. Dada la importancia de dicho cometido, se ha posicionado la idea de la preeminencia que debiese tener la argumentación en la práctica jurídica⁸⁶.

En estas teorías, el objeto central del análisis corresponde a la concreta actividad decisoria de la jueza o juez, y su objetivo principal es la elaboración de criterios que puedan asegurar su objetividad y racionalidad. La reflexión gira en torno, entonces, “a la tensión siempre existente entre “decisión” y “justificación”, entre lo que es imposición autoritaria de una opción y lo que es el intento de conciliar esa dimensión con la pretensión de objetividad intersubjetivamente aceptable”⁸⁷, esto es, la pretensión de que la decisión sea racional. Dicho de otro modo, la característica esencial de un razonamiento racional es su pretensión de universalidad; las razones dadas deben servir como justificación para cualquiera que pudiera colocarse en el lugar de la o el juzgador. Por ello, la convicción subjetiva de quien enjuicia jamás puede sustentar por sí sola la decisión, debiendo por tanto, ofrecer criterios de racionalidad contrastables y susceptibles de confirmación y refutación.

Ahora bien, existe consenso en la doctrina que el enfoque de las teorías de la argumentación jurídica se da principalmente respecto de los denominados “casos difíciles”. Esta terminología si bien no posee una definición unívoca⁸⁸, alude, en general, a las situaciones en las cuales “la opinión pública – esclarecida o no

⁸³ Ibid.

⁸⁴ GARCÍA ... *op. cit.* 154 p.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 24 p.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Así, para Dworkin los casos difíciles son aquellos en los que no hay norma expresa que resuelva el caso. Por su parte, MacCormick se dan casos de este tipo en la medida que existan problemas de interpretación, de relevancia, de

– está dividida, de tal manera que no es posible tomar una decisión que pueda satisfacer a unos y otros”⁸⁹. En otras palabras, la mayor parte de los autores estima que en casos como los mencionados existe una mayor necesidad de justificar robustamente el contenido de las premisas, ya que, por ejemplo, “las premisas que conforman al silogismo son cuestionadas, o existen varias interpretaciones posibles de las disposiciones o de los hechos, (...) o existe una colisión entre las normas y principios aplicables al caso”⁹⁰. Como ya se mencionó precedentemente, a este proceso es al que alude precisamente la justificación externa de la premisa normativa.

b. Argumentos interpretativos.

En los mencionados casos difíciles, las juezas y jueces muchas veces se deben enfrentar a realizar un ejercicio interpretativo de la premisa normativa. Ello implica que deben atribuirle al enunciado un significado que consideren adecuado y, a su vez, justificar dicha elección, mediante la entrega de razones que respalden la interpretación realizada, debiendo, por tanto, dar argumentos acordes a sus propias valoraciones e ideología.

Ahora bien, sobre lo anterior es necesario precisar que la postura que se tomará en el presente trabajo será la de una teoría escéptica moderada de la interpretación – o teoría no cognoscitiva –, en virtud de la cual se entiende a la interpretación como “una actividad de atribución de significado”⁹¹. Ello, puesto que la interpretación que realiza la juzgadora o juzgador importa una decisión entre los posibles significados de una premisa; por ende, en tanto esa decisión adscribe un significado determinado, no es posible categorizar dicha decisión como verdadera o falsa.

Los partidarios de esta corriente plantean que el acto interpretativo de disposiciones es, en esencia, un acto de naturaleza decisoria. No sería, por tanto, un acto de identificación, descripción, o conjeturación de significado. Esto implica, consecuentemente, que toda disposición es problemática, en tanto siempre es susceptible de tener, a lo menos, dos significados distintos y alternativos⁹².

Esta idea es profundizada en la obra de RICCARDO GUASTINI, quien introduce la distinción entre norma y disposición normativa. Para el autor, cuando el juez o jueza realiza una interpretación, el objeto de ésta radica en las disposiciones normativas, en formulaciones de normas, en enunciados que expresan

prueba o de calificación; afectando los dos primeros a la premisa normativa y los dos últimos a la premisa fáctica. Alexy también reconoce la existencia de casos difíciles como casos en los que no existe una única respuesta correcta., especificando cuatro casos particulares en los que se da este supuesto. Véase en ATIENZA (2005) ... *op. cit.*

⁸⁹ ATIENZA (2005) ... *op. cit.* 72 p.

⁹⁰ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 25 p.

⁹¹ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 28 p.

⁹² CHIASSONI ... *op. cit.* 162 p.

normas. De esta manera “la norma constituye no el objeto, sino el resultado de la actividad interpretativa”⁹³. Por lo tanto, es erróneo creer que el significado de un texto normativo – bajo la terminología recién vista, una norma – esté previamente constituido. Ello implicaría que la función de la jueza o el juez se limitaría únicamente a detectar dicho significado, lo que, como se ha expuesto, es incorrecto. Una jueza o un juez, al fin y al cabo, en su labor de aplicadores del derecho, atribuyen significados.

Como apunta FLAVIA CARBONELL, lo relevante de precisar este punto y, por ende, de desmarcarse de una teoría cognitivista de la interpretación, es que “no se asume la existencia de interpretaciones objetivamente correctas o de una única respuesta correcta”⁹⁴. En resumidas cuentas, lo que dicha teoría postula – erróneamente de acuerdo con la postura aquí tomada – es que el ejercicio interpretativo consiste en la determinación de la verdadera, unívoca y determinada voluntad objetiva de la ley, en tanto ésta comprende preceptos preconstituidos a la aplicación judicial⁹⁵. Sin embargo, para efectos de la mirada ofrecida en este trabajo, dicha pretensión es un “ideal irrealizable”⁹⁶.

En este sentido, es posible definir entonces a los argumentos interpretativos como “razones que respaldan o justifican la atribución de significado a un enunciado, texto o disposición normativa”⁹⁷. Como se señaló anteriormente, el fundamento racional de la elección de un determinado argumento interpretativo por sobre otro dependerá, principalmente, del uso tradicional que se le dé a éste por parte de las operadoras y operadores del derecho de un determinado ordenamiento jurídico. De esta forma, se puede concluir que los argumentos que permitan una justificación racional de la atribución de significado son aquellos que una cultura jurídica generalmente utiliza y acepta para fundamentar los alcances de una disposición.

En línea con lo anterior, GIOVANNI TARELLO plantea la idea de una suerte de “control social” sobre las decisiones judiciales, en la medida que éstas representan normas reguladoras de la vida en sociedad. Producto de ello, apunta a que, en la medida que exista adhesión al significado atribuido a una determinada disposición normativa, dicho significado no resulta criticable⁹⁸. Para lograr aquello, se requiere entonces que la jueza o juez registre minuciosamente los esquemas de motivación y de argumentación que efectivamente practicó durante el proceso de interpretación, para así poder ser evaluado por la cultura jurídica en la que se encuentra, constituyendo, por tanto, una tarea eminentemente descriptiva.

En su trabajo, GIOVANNI TARELLO elabora un listado de los argumentos que, al menos en teoría, resultan ser los más utilizados y aceptados por la comunidad jurídica como criterios de valoración y guía de

⁹³ GUASTINI ... *op. cit.* 26 p.

⁹⁴ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 29 p.

⁹⁵ CHIASSONI ... *op. cit.* 161 p.

⁹⁶ CHIASSONI ... *op. cit.* 163 p.

⁹⁷ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 29 p.

⁹⁸ TARELLO, G. (2013). *La interpretación de la ley*. Lima, Palestra Editores S.A.C. 310 p.

las decisiones de atribución de significado⁹⁹, a saber: (i) el argumento a contrario; (ii) el argumento a simili ad simile; (iii) el argumento a fortiori; (iv) el argumento de completitud; (v) el argumento de coherencia; (vi) el argumento psicológico; (vii) el argumento histórico; (viii) el argumento apagógico; (ix) el argumento teleológico; (x) el argumento económico; (xi) el argumento autoritativo; (xii) el argumento sistemático; (xiii) el argumento naturalista; (xiv) el argumento equitativo; y, (xv) el argumento a partir de principios.

Por razones de extensión, en el siguiente apartado se analizarán en específico únicamente aquellos que resultan pertinentes para el objeto del presente trabajo, ya que servirán para asentar criterios importantes que luego serán abordados al desarrollar el tema de argumentación jurídica con perspectiva de género.

c. Tipos de argumentos.

Dentro del catálogo antes mencionado, en primer lugar, se encuentra el argumento a contrario. Éste se define por el argumento según el cual “dada una norma que predica una cualificación normativa cualquiera (...) de un sujeto o de una clase de sujetos, a falta de otra norma expresa, se debe excluir que valga (que exista, que sea válida) una diversa norma que predique esa misma cualificación normativa para cualquier otro sujeto o clase de sujetos”¹⁰⁰. En su entendido contemporáneo, tiene por objeto evitar la extensión de un determinado término a categorías no comprendidas en él. En consecuencia, este tipo de argumento sirve para motivar o proponer la interpretación restrictiva de un enunciado.

En la clasificación de GIOVANNI TARELLO, dentro de esta categoría se subsume al argumento semántico o de tenor literal, en virtud del cual se atribuye a las disposiciones normativas el significado proveniente de las palabras utilizadas por el legislador, que, por regla general, corresponderá al sentido común y ordinario del cual se dotan¹⁰¹. Este argumento es considerablemente respetado en las culturas jurídicas que atribuyen gran valor a la ley como fuente del derecho, así como en las que existe un vínculo de subordinación entre los órganos de aplicación del derecho y los órganos de producción normativa¹⁰².

El problema que este argumento supone, evidentemente, dice relación con la rigidez que asigna a la labor interpretativa de la jueza o juez, inclinándola hacia el denominado “formalismo interpretativo”, el cual, a su vez, es concebido “como un vicio típico del hombre [o mujer] de ley”¹⁰³.

Por otra parte, resulta relevante señalar el argumento pragmático o consecuencialista, en virtud del cual para justificar una determinada interpretación se toman en cuenta los efectos, tanto positivos como

⁹⁹ TARELLO ... *op. cit.* 311 - 312 p.

¹⁰⁰ TARELLO ... *op. cit.* 313 p.

¹⁰¹ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 30 p. A excepción de los casos donde el mismo texto legal entrega una definición, o bien ésta tiene un carácter específico técnico.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ TARELLO ... *op. cit.* 315 p.

negativos, que la decisión pudiese generar, sirviendo como fundamento entonces para apoyar o rechazar dicha elección¹⁰⁴.

Las consecuencias a las que se alude en este tipo de argumento pueden ser tanto jurídicas como extrajurídicas, y los problemas que plantea corresponden a consideraciones de orden práctico. ¿Cuáles son las consecuencias que debiesen tomarse en cuenta y cuál es su límite? ¿De qué depende que las secuelas sean positivas o negativas? En palabras de FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA, “lo característico de esta forma de razonar es que no se siente la necesidad de justificar ni la bondad de las consecuencias, ni el nexo que una la causa con las consecuencias”¹⁰⁵.

En tercer lugar, se encuentra el argumento analógico (*a simili ad simile*), el que opera en cierto sentido de manera opuesta al argumento a contrario, ya que, en este caso, un enunciado que importa una determinada cualificación normativa se considera válido para otra hipótesis que no se encuentra regulada, existiendo por tanto una laguna normativa, pero constatándose la presencia de una relación de semejanza o “identidad de razón”, debiéndose predicar entonces la misma cualificación en cuestión¹⁰⁶.

Ahora bien, siguiendo lo razonado por el autor antes mencionado, los problemas de aplicación que supone este argumento se refieren, fundamentalmente, a los derivados tanto de la determinación de la existencia de una laguna, como de la apreciación de la semejanza e identidad de razón de los supuestos. Sin embargo, resulta lógico suponer que, si el legislador ha regulado expresamente un determinado supuesto de hecho, el mismo tratamiento se debería dar para todos aquellos supuestos similares al primero. Por lo demás, sería utópico pretender que se regulen todos y cada uno de los supuestos de hechos que se subsumen en un enunciado normativo¹⁰⁷, por lo que el trasfondo de este argumento interpretativo supone más ventajas que perjuicios.

A su vez, es posible aludir al argumento histórico, el que “sirve para atribuir a un enunciado un significado que sea acorde con la forma en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el enunciado actual regula”¹⁰⁸. Según FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA, existen dos usos que pueden darse a este tipo de argumento; uno de ellos, el estático, que supone la forma tradicional de entender su funcionamiento, en tanto se presume que el legislador es conservador y, aunque se produzcan

¹⁰⁴ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 33 p.

¹⁰⁵ EZQUIAGA, F. (1994). *Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 1, octubre. 96 p.

¹⁰⁶ EZQUIAGA ... *op. cit.* 74 p.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ EZQUIAGA ... *op. cit.* 96 p.

nuevas normas, su intención consiste en apegarse al “espíritu” que tradicionalmente ha dotado de contenido a la institución jurídica en cuestión¹⁰⁹.

El conflicto que supone este argumento, naturalmente, dice relación con su propio estatismo, en el sentido que no se considera como un elemento decisorio el paso del tiempo y, por ende, se obvia al momento de realizar la interpretación la evolución de valores, creencias y principios de una determinada comunidad jurídica.

Sin embargo, el otro uso que puede darse a este argumento es el dinámico, el que, evidentemente, consiste en estimar que la historia de las instituciones jurídicas corresponde a una tendencia hacia el futuro. Dicho de otro modo, se subentiende que las normas legales están en una continua evolución, por lo que pretender interpretar las reglas actuales conforme a criterios proporcionados por regulaciones anacrónicas estaría impedido¹¹⁰.

El argumento antes mencionado tiene una directa relación con el llamado argumento psicológico, o recurso a la voluntad del legislador concreto, en virtud del cual “a cada enunciado normativo debe ser atribuido el significado que corresponde a la voluntad de su emisor o autor”¹¹¹, es decir, el legislador. El fundamento y la importancia de este argumento radica, fundamentalmente, en la doctrina que considera a la ley como un mandato, por lo que al momento de atribuir un determinado significado es indispensable recurrir a la voluntad que se encuentra en el trasfondo de la norma.

Ahora bien, los obstáculos que supone son similares a los ya mencionados relativos al argumento histórico, ya que la eficacia y validez que posea dependerá, por la misma naturaleza del argumento, de la cercanía temporal que haya entre el momento de atribución de significado, con respecto a la emisión del enunciado objeto de interpretación. De esta manera, un argumento de estas características no tendrá mayor utilidad en los casos en los que la voluntad normativa del autor del documento no subsiste a la hora de llevar a cabo la interpretación¹¹².

Asimismo, resulta relevante señalar el argumento teleológico, el cual consiste en “justificar la atribución de un significado, apelando a la finalidad del precepto, por entender que la norma es un medio para un fin”¹¹³. La diferencia esencial con respecto al argumento psicológico es que en el presente caso se reconstruye el significado de una norma a partir de los fines “de la ley”, considerada como una entidad abstracta distinta “del legislador”, mediante el análisis del mismo texto legal o de los intereses que el derecho

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ TARELLO ... *op. cit.* 327 p.

¹¹² EZQUIAGA ... *op. cit.* 96 p.

¹¹³ EZQUIAGA ... *op. cit.* 95 p.

protege, más no de documentos diversos – como, por ejemplo, los trabajos preparatorios de un proyecto de ley – que son concebidos como indicios de la voluntad de un individuo particular¹¹⁴.

Las ventajas de este argumento consisten en motivar una extensión del significado, permitiendo “disciplinar del mismo modo a supuestos de hechos aún si son diversos”¹¹⁵. El problema, sin embargo, radica en determinar cuáles son los fines de la ley, ya que pareciera ser que este razonamiento importaría que el fin se convierta en el resultado y no ya en el presupuesto de la interpretación¹¹⁶.

Por su parte, también es necesario analizar el argumento sistemático, mediante el cual se interpreta un determinado enunciado en función del sistema jurídico del cual forma parte. El fundamento de este argumento radica en que las normas jurídicas no pueden interpretarse aisladamente, toda vez que forman parte de un conjunto – sistema – que las dota de contexto y sentido para una adecuada comprensión¹¹⁷.

Ello evidentemente genera importantes ventajas, ya que supondría una interpretación armónica y coherente de todas las normas pertenecientes a un mismo sistema, incluyendo, por ejemplo, tratados internacionales. Sin embargo, las principales dificultades que este tipo de argumento plantea dicen relación con la determinación de lo que se entiende por sistema, sus características, elementos y la relación que tienen éstos entre sí. La discusión en detalle sobre este tema se puede ver en el trabajo de FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA, quien ahonda en ella y plantea subcategorías que podrían dilucidar la cuestión, a saber, los argumentos *a cohaerentia*, *a rubrica*, *sedes materiae* y sistemático en sentido estricto¹¹⁸.

Finalmente, es menester examinar el argumento a partir de principios. Si bien el concepto, contenido y naturaleza de los principios es un tema discutido en la doctrina, existe consenso en que, a nivel argumentativo, tiene una doble función, por un lado, ser un argumento productivo, en tanto permite integrar lagunas o vacíos normativos, y por otro ser un argumento interpretativo, en tanto permite la decisión o motivación de una atribución de significado a un determinado enunciado normativo¹¹⁹. Asimismo, también se ha señalado que existe una categorización de los principios, a saber, entre aquellos explícitos o positivos, implícitos y extrasistemáticos¹²⁰.

Sin embargo, en cuanto a las dificultades que plantea, se pueden mencionar la identificación, construcción, dotación de contenido y justificación de la existencia de un principio implícito, así como la

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ TARELLO ... *op. cit.* 333 p.

¹¹⁶ EZQUIAGA ... *op. cit.* 96 p.

¹¹⁷ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 32 p.

¹¹⁸ EZQUIAGA ... *op. cit.* 86 - 90 p.

¹¹⁹ TARELLO ... *op. cit.* 342 p.

¹²⁰ EZQUIAGA ... *op. cit.* 86 p.

resolución de una colisión entre dos o más principios del sistema. Ello, sumado a la inexistencia de una teoría general sobre qué son y cómo funcionan los principios, “genera un déficit argumentativo o, directamente, confusión y malos argumentos”¹²¹.

Sobre este punto, cabe apuntar al argumento de equidad, ya que hay quienes lo conciben como parte integrante de los ya mencionados principios. La equidad como argumento sirve para discernir, entre diversas interpretaciones posibles y culturalmente tolerables, aquella que más se condice con las ideas que el juez o jueza comparte con la comunidad jurídica en la que se encuentra respecto del “buen” resultado de la aplicación del derecho en el caso concreto¹²².

Justamente de ello se desprenden las ventajas y debilidades de este argumento, el que se ve influido por diversas situaciones socio-institucionales e históricas. Por un lado, su fuerza persuasiva deriva del hecho de que evitar, en determinados casos, interpretaciones “inequitativas” es un resultado generalmente valorado por la sociedad. Sin embargo, su inconveniente radica en el hecho de que su carácter persuasivo se basa meramente en “la existencia, en una sociedad dada, de modos de sentir ampliamente generalizados de los cuales sean partícipes todos los operadores jurídicos y todos los espectadores de sus operaciones”¹²³, lo que no se verifica en sociedades culturalmente divididas, en las que determinadas situaciones son advertidas como inequitativas por algunos, mientras que por otros no, como podría ser, por ejemplo, los micromachismos.

Como es posible observar, todos estos argumentos – en ningún caso pretendiendo agotar aquí el listado – resultan relevantes al momento de interpretar un determinado enunciado por parte de los y las operadoras jurídicas y, por tanto, son útiles para entregar una adecuada justificación externa, según los parámetros ya vistos, de una premisa normativa. De esta manera, tal como se expondrá en el siguiente capítulo, no es baladí el uso y la selección de éstos a la hora de juzgar con perspectiva de género.

6. Razonamiento probatorio.

Cuando se habla del razonamiento probatorio, a la luz de los criterios de las teorías de comportamiento judicial, se está haciendo alusión a la justificación externa de la premisa fáctica. En este sentido, su contenido “abarca consideraciones sobre admisibilidad probatoria, carga de la prueba, valoración y decisión sobre los hechos”¹²⁴ (lo que se encuentra directamente relacionado con los diferentes momentos probatorios que existen en la actividad decisoria, los que serán analizados en el siguiente apartado). La

¹²¹ Ibid.

¹²² TARELLO ... *op. cit.* 341 p.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 40 p.

importancia de lo anterior dice relación con el hecho de que, por regla general, en los procesos jurisdiccionales el rol de la o el juez no se limita únicamente a determinar las normas jurídicas que deben aplicarse al caso concreto, sino que, además, se deben definir cuáles son los hechos del caso concreto a los cuales se habrán de aplicar dichas normas¹²⁵. Así, antes de establecer lo que debe ser, deberá comprobar lo que es o, mejor dicho, lo que ha sido.

Ahora bien, en relación con el concepto de prueba, si bien existen diversas teorías al respecto, desde una concepción racionalista de ésta, se ha entendido que la prueba es el conjunto de actos procesales realizados dentro de un proceso con el objeto de “permitir al tribunal aproximarse a la verdad acerca de la existencia de ciertos hechos afirmados por las partes y cuyo conocimiento es necesario para la solución justa de un conflicto”¹²⁶. Esta noción de aproximación a la verdad es lo que caracteriza a la teoría racionalista, la que se diferencia y contrapone a lo que se ha denominado teoría persuasiva. En esta última teoría se centra el foco en la convicción judicial, por lo que la prueba tiene por objeto lograr el convencimiento en la intuición judicial, deviniendo en un acercamiento subjetivo y fuertemente relacionado con la inmediación. Sin embargo, dado que sólo basta con la convicción de la o el juez para dar por probado un hecho, no hay espacio conceptual para la falibilidad de su razonamiento y, por ende, resulta riesgoso dada las limitaciones propias del raciocinio de las y los agentes judiciales¹²⁷. Es por ello que en doctrina la teoría persuasiva no ha tenido mayor apoyo y resulta preferible abordar la prueba desde la óptica racionalista.

La importancia de la averiguación de la verdad, siguiendo los planteamientos de MICHELE TARUFFO y sin pretender agotar acá su discusión, radica en la función epistémica de la prueba. De esta manera, ésta se convierte en el instrumento procesal necesario para el descubrimiento y conocimiento de la autenticidad sobre los hechos por parte del juez o jueza. Más propiamente, la prueba es la herramienta que le proporciona a éstos la información que requieren para establecer “si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognoscitivas suficientes y adecuadas para ser considerados como verdaderos”^{128 129}. En consecuencia, la función de la prueba se considera como una función eminentemente racional, toda vez que se espera que los

¹²⁵ DOHRING, E. (1986) *La prueba. Su práctica y apreciación*. Ediciones Jurídicas Europa América. Véase en MATURANA, C. (2018). *Aspectos generales de la prueba*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2-3 p.

¹²⁶ MATURANA (2018) ... *op. cit.* 12 p.

¹²⁷ ACCATINO, D. (2019). *Teoría de la prueba: ¿Somos todos racionalistas ahora?* *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. N°39. 5 p.

¹²⁸ TARUFFO, M. (2009). *Consideraciones sobre la prueba judicial. Consideraciones sobre prueba y motivación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 33 p.

¹²⁹ Sobre este punto cabe señalar que, en tanto los hechos no pueden ser percibidos por la o el juez, ya que son parte del pasado, éstos son reconstruidos por el juzgador mediante los medios de prueba en forma de enunciados acerca de lo que aconteció fácticamente. Por esta razón, cuando se habla de la verdad de un hecho, en realidad se está aludiendo a la verdad de un enunciado acerca de dicho hecho.

momentos probatorios se sujeten a los criterios generales de la racionalidad epistémica, los que suelen corresponderse con el método de la corroboración y refutación de hipótesis^{130 131}.

Esto se condice entonces con que la determinación de la veracidad de los hechos resulta imprescindible para que el silogismo judicial – ya analizado en el apartado anterior – opere; toda vez que, sólo una vez establecida adecuadamente la premisa fáctica, puede considerarse correcto aplicar la consecuencia jurídica establecida en un determinado enunciado normativo¹³². Sobre ello, MICHELE TARUFFO señala que cada vez que una determinada consecuencia jurídica depende de una premisa fáctica establecida en una norma, ésta no se aplica correctamente si el hecho no se ha producido¹³³. Por lo tanto, resulta razonable concluir que una norma será aplicada injustamente y, por tanto, violada, si las consecuencias previstas en ella se aplican a una circunstancia fáctica que no se produjo. Ello es relevante a la hora de evaluar un razonamiento probatorio con perspectiva de género, ya que, dada las particularidades que se observan en esta materia y que serán abordadas en detalle en el siguiente capítulo, es fundamental lograr una efectiva y fehaciente determinación de los hechos objeto de decisión. De lo contrario, se corren serios riesgos por parte de las mujeres.

Complementando lo anterior, FLAVIA CARBONELL plantea que pueden señalarse como “notas definitorias de la prueba en el contexto jurídico”, las siguientes: (i) que el objetivo, desde un punto de vista institucional, consiste en la averiguación de la verdad; (ii) por regla, general, su objeto radica en determinar hechos pasados; (iii) que existen reglas jurídicas sobre la prueba; (iv) la toma de decisiones respecto de la prueba se encuentra sometida a restricciones temporales; (v) la importancia del rol de las partes respecto de la prueba, ya que son éstas las que delimitan su objeto, la proponen y practican; (vi) la justificación de la decisión es sólo respecto de determinados elementos, los cuales fueron producidos en el proceso; y, (vii) finalmente, que la decisión adoptada sobre la prueba está dotada de autoridad, toda vez que produce efectos jurídicos¹³⁴.

Considerando entonces que dentro de las labores de la jueza y el juez se encuentra el establecimiento de la verdad de los hechos del litigio, y que ésta deberá ser determinada tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles existentes en el proceso, resulta evidente que el razonamiento probatorio es

¹³⁰ ACCATINO, D. (2019) ... *op. cit.* 5 p.

¹³¹ Además, las notas características de esta teoría son: (i) El recurso al método de corroboración y refutación de hipótesis como forma de valoración de la prueba; (ii) La defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación; (iii) Una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos; (iv) La defensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores. Véase en FERRER, J. (2007) ... *op. cit.* 64 - 65 p.

¹³² MATURANA (2018) ... *op. cit.* 33 p.

¹³³ TARUFFO, M. (2008). *La Prueba*. Santiago, Editorial Metropolitana. Artículos y Conferencias. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. 85 p.

¹³⁴ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 42 p.

esencial para fundamentar una decisión legal y justa, la que sólo se producirá cuando exista una valoración apropiada, exacta y veraz de los hechos del caso¹³⁵. En razón de ello, a continuación, se expondrán nociones básicas sobre cómo debe razonar una jueza o un juez en cada una de las etapas relacionadas con la prueba. La siguiente definición de los momentos probatorios que se ha decidido abordar en el presente trabajo se basa en la propuesta de JORDI FERRER; propuesta ampliamente aceptada y considerada como una de las más relevantes en el sistema continental¹³⁶.

a. Momentos probatorios.

Ahora bien, cabe señalar que, a diferencia de lo que ocurre en materia de interpretación y argumentación jurídica, en el caso del razonamiento probatorio sí existen reglas positivas que regulan la actividad de las juezas y jueces. Así, pueden identificarse tres tipos de normas en esta materia. En primer lugar, se encuentran las reglas sobre la actividad probatoria, correspondiente al conjunto de normas que regulan la oportunidad procesal para rendir prueba, los sujetos a quien les corresponde rendirla, etc. En segundo lugar, están las reglas sobre los medios de prueba, las que regulan cuáles son, su admisibilidad, su valor, etc. Finalmente, se encuentran las reglas sobre el resultado probatorio, correspondiente a las normas que indican al órgano decisor qué resultado debe extraer a partir de la prueba rendida, o bien le conceden libertad para valorar los elementos que tiene a su disposición¹³⁷. Es por esto que el razonamiento de las juezas y jueces en los diferentes momentos probatorios se encuentra estrechamente relacionado con las normas jurídicas que se han establecido previamente por parte del legislador para regular dichas etapas.

i. La conformación del conjunto de los elementos de juicio.

En primer lugar, se encuentra la etapa de formación de los elementos de juicio, lo que dicho de otro modo sería la etapa de inclusión probatoria. En ésta las partes aportan las pruebas al proceso, conformando el conjunto de elementos de juicio sobre los cuales la jueza o juez deberá decidir¹³⁸. Esta etapa tiene especial importancia, y en ella radica la llamada especificidad de la prueba, ya que la decisión jurídica debe tomarse considerando únicamente las pruebas aportadas y admitidas en el proceso, no pudiendo estimar entonces aquellos elementos “privados” o que han sido previamente excluidos¹³⁹. Por ello, adquiere especial relevancia el estudio de los filtros existentes para la admisión de pruebas en el proceso.

¹³⁵ TARUFFO, M. (2008) ... *op. cit.* 21 p.

¹³⁶ EZURMENDIA, J. (2020). *Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia*. Estudios de Derecho Procesal. Revista chilena de derecho, Vol. 47, N°1.

¹³⁷ FERRER, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons. 35 p.

¹³⁸ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 43 p.

¹³⁹ FERRER, J. (2007) ... *op. cit.* 42 p.

Por una parte, en materia civil es posible señalar una serie de normas que rigen en esta materia. Así, a modo meramente ejemplar, se puede destacar el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil que regula la resolución que recibe la causa a prueba, la que fija los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los cuales debe recaer la prueba. Asimismo, existen diversas disposiciones que regulan la oportunidad para rendirla, dentro del denominado término probatorio, en los artículos 327 y siguientes del mismo texto legal. En relación con los medios de prueba, en el artículo 341 del cuerpo normativo ya mencionado se hace una enunciación taxativa de éstos. Con respecto a la exclusión de la prueba ilícita en el proceso civil, no se consagra ninguna norma expresa, no obstante lo cual, existe una amplia discusión en la doctrina sobre si es posible construir implícitamente una regla de estas características¹⁴⁰.

Por su lado, en materia procesal penal también existen diversos filtros sobre este respecto al consagrar en el Código Procesal Penal numerosas disposiciones destinadas a regular la prueba. Así, a partir del artículo 180 y siguientes se reglamentan las actuaciones de investigación, entre las que se encuentran las formas de producir prueba. Asimismo, en el párrafo correspondiente al desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral, se regula el debate acerca de las pruebas ofrecidas (artículo 272), las convenciones probatorias (artículo 275) y, a diferencia de lo que ocurre en materia civil, la exclusión de prueba (artículo 276). Ésta última norma resulta particularmente relevante para efectos de evaluar el razonamiento judicial en esta etapa, ya que establece una serie de criterios que permiten prohibir la rendición de determinadas pruebas en el juicio oral considerando, por ejemplo, una infracción a garantías fundamentales al momento de su obtención.

En este momento probatorio, según la teoría racionalista de la prueba, el principio fundamental que debería regir es el de la obtención del conjunto de pruebas lo más rico posible. Para ello, resulta evidente que debe diseñarse un proceso que facilite la incorporación del mayor número de elementos de juicio relevantes, lo que posee una razón jurídica de fondo, esto es, garantizar el derecho a la prueba como parte del derecho a la defensa. En palabras de JORDI FERRER, “este parece ser un principio epistemológico indiscutible: cuanta más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión”¹⁴¹. De aceptar esta idea, surge la necesidad de adoptar el criterio de relevancia probatoria como único filtro para la admisión de pruebas en el proceso. Así, entendiendo que la finalidad de la institución probatoria radica en la averiguación de la verdad, una regla que impida conseguir dicho objetivo será necesariamente irracional. Por la misma razón, una prueba será relevante para la decisión en la medida que permita fundar una conclusión sobre la veracidad del enunciado fáctico a probar¹⁴².

¹⁴⁰ Véase CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 44 p.

¹⁴¹ FERRER, J. (2007) ... *op. cit.* 68 p.

¹⁴² FERRER, J. (2007) ... *op. cit.* 69 - 71 p.

Sin embargo, es dable a señalar que este criterio de relevancia evidentemente acepta matizaciones, como lo son la sobreabundancia o la ilegalidad en su obtención. Así, la construcción de reglas de exclusión probatoria se entiende justificada y, por ende, racional, en la medida que exista una adecuación medio-fin con el valor jurídico que se está privilegiando por sobre la averiguación de la verdad¹⁴³.

ii. La valoración de los elementos de juicio.

Una segunda etapa probatoria corresponde a la valoración de los elementos de juicio y es aquella en la que “se aprecia la capacidad de las pruebas para corroborar uno a más enunciados sobre hechos”¹⁴⁴. El valor asociado a cada medio de prueba dependerá del sistema de valoración de la prueba que se adopte. En este sentido, estos sistemas son los destinados a determinar la eficacia probatoria de los diversos medios de prueba, además de definir reglas como la exigencia de acreditar un hecho mediante un medio específico, la exclusión de determinados medios para acreditar un hecho, y la valoración comparativa entre las diversas pruebas rendidas¹⁴⁵.

De esta manera, atendiendo al sujeto que establece las reglas para determinar el valor de cada prueba y la oportunidad en que ello se verifica, es posible distinguir entre dos grandes tipos de sistemas: la valoración legal, apriorística y extrajudicial, también llamada sistema de prueba legal o tasada, y la valoración judicial o a posteriori, dentro de la que se encuentra el libre o íntima convicción y el sistema de la sana crítica. A continuación, se expondrán someramente las principales características y diferencias entre cada uno de estos sistemas¹⁴⁶.

En lo que respecta al primer sistema mencionado, se puede señalar que es el legislador quien, de manera previa, general y abstracta establece las denominadas leyes reguladoras de la prueba, las que consagran los medios de prueba utilizables por las partes y admisibles en el proceso, la forma en que se deben rendir y el valor que la juzgadora o juzgador debe otorgar a cada uno de ellos.

Por su parte, en lo tocante a la libre o íntima convicción, se ha señalado que es lo contrario al sistema de prueba legal o tasada. En este caso, la jueza o juez tiene absoluta libertad para valorar la prueba, utilizando los medios que estime conveniente, incluso sus saberes privados y, al mismo tiempo, no se encuentra obligada a fundamentar en su decisión la forma en que llegó a adquirir su convicción. Dicho de otro modo, no rige lo que se conoce como el principio de socialización de la sentencia¹⁴⁷.

¹⁴³ FERRER, J. (2007) ... *op. cit.* 77 - 80 p.

¹⁴⁴ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 45 p.

¹⁴⁵ MATURANA (2018) ... *op. cit.* 211 p.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ MATURANA (2018) ... *op. cit.* 215 p.

Finalmente, se encuentra el sistema de la sana crítica, el que surge a raíz de la necesidad de un punto medio entre los otros dos extremos ya mencionados, los que se caracterizan por una gran rigidez y completa libertad, respectivamente. De esta manera se erige un sistema en el que se confía a la jueza o juez valorar la prueba, pero bajo ciertos parámetros racionales que constituyen criterios y guías para su razonamiento, a saber, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados¹⁴⁸.

Llevando lo anterior al ordenamiento jurídico chileno, en el proceso civil rige el sistema de prueba legal o tasada, pero de carácter atenuado. Esto es así, ya que, si bien el sistema probatorio civil se basa en leyes reguladoras de la prueba que se encargan de establecer los distintos medios de prueba, el procedimiento y la oportunidad en que se han de utilizar, su valor y la manera en que se deben apreciar, existen algunas normas en las que se aplican criterios que flexibilizan la labor de la o el juez. Así, en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil se consagra que la prueba pericial se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica. Asimismo, existen determinados procedimientos en los que el legislador ha facultado a la o el juzgador para apreciar la prueba “en conciencia”, por ejemplo, los juicios de mínima cuantía (artículo 724 del texto ya mencionado). También, en el artículo 428 del mismo cuerpo normativo se faculta a los tribunales para preferir, entre dos o más pruebas contradictorias de igual valor probatorio y a falta de ley que resuelva el conflicto, aquella que crean más conforme con la verdad. Por otro lado, en el proceso penal chileno rige el sistema de la sana crítica consagrado en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Desde la óptica de la teoría racionalista de la prueba, el único sistema eminentemente racional y, por lo tanto, para efectos de la presente investigación, adecuado para un razonamiento probatorio con perspectiva de género según lo que se ha venido explicitando, es un sistema de libre valoración. Ahora bien, por libre no quiere decir arbitrario, sino que la libertad acá dice relación sólo con que “no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración”¹⁴⁹. En otras palabras, libre es la jueza o juez que no está sometido a medios, procedimientos ni reglas de valoración. Sin embargo, existe acuerdo en que la juzgadora o juzgador debe someterse a criterios de racionalidad epistémica, intersubjetivamente aceptados o aceptables, para justificar su decisión; lo que significa que no son admisibles cualquier tipo de razones para fundamentar que un enunciado fáctico es verdadero¹⁵⁰.

En este sentido, desde esta teoría se rechazan las decisiones basadas intuitiva e irreflexivamente en emociones y consideraciones personales, y esgrime que la o el juez “ha de ser libre para valorar

¹⁴⁸ MATURANA (2018) ... *op. cit.* 217 p.

¹⁴⁹ FERRER, J. (2007) ... *op. cit.* 45 p.

¹⁵⁰ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 48 p.

discrecionalmente la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos”¹⁵¹. La concepción racionalista basa la justicia de la decisión sobre los hechos probados en el método de la corroboración de hipótesis, no en las creencias individuales o prejuicios de la juzgadora o juzgador.

Cabe señalar que la teoría racionalista se inclina hacia un sistema de libre valoración, ya que, en los sistemas de prueba legal o tasada, al ser el legislador quien atribuye *ex ante* un resultado probatorio a las distintas pruebas rendidas, la o el juzgador en caso alguno puede decidir sobre los hechos en particular, por ende, la decisión judicial bajo este modelo es simplemente producto del cumplimiento de lo prescrito por una disposición legal¹⁵².

Ahora bien, en cuanto al funcionamiento del ejercicio de valoración en sí, se ha señalado que éste no supone un razonamiento particularmente especial, sino que más bien atiende al mismo modelo de otros tipos de razonamientos orientados a determinar la verdad sobre hechos acaecidos con anterioridad – por ejemplo, el utilizado por historiadoras e historiadores –, mediante la realización de inferencias probatorias. Sobre este punto, DANIEL GONZÁLEZ postula que el objeto de la prueba judicial es inferir un enunciado relativo a hechos ocurridos en el pasado – hechos a probar – a partir de un enunciado acerca de otros hechos – hechos probatorios –; dicho de otro modo, este razonamiento busca conectar dos hechos, a través de inferencias¹⁵³. A su vez, el autor plantea la existencia de tres tipos de inferencias, a saber, empíricas, normativas o conceptuales. En lo que a este trabajo respecta, únicamente se analizarán las primeras, es decir, las inferencias probatorias de tipo empírica, en las cuales el enlace utilizado para correlacionar los dos hechos consiste en una generalización empírica, dentro de las que se consignan las máximas de la experiencia¹⁵⁴. Son este tipo de inferencias las que se utilizan en un sistema de libre valoración consistente con los planteamientos de la teoría racionalista.

Ahora, la valoración de la prueba, desde un punto de vista argumentativo, puede identificarse con el grado de corrección o solidez de la inferencia probatoria utilizada. Entonces, ¿cómo se puede determinar la solidez de una inferencia probatoria que permita justificar que un hecho se encuentra lo suficientemente probado? Algunos de los criterios entregados por el autor dicen relación, por ejemplo, con la existencia de un número suficiente de hechos probatorios que sustenten el hecho a probar, o, también, con la presencia de hechos probatorios variados, es decir, de distinto tipo, aumentando así la posibilidad de confirmación de la

¹⁵¹ GASCÓN, M. (2004). *Los hechos en el derecho*. Madrid, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Sociales. 160 p.

¹⁵² FERRER, J. (2007) ... *op. cit.* 62 p.

¹⁵³ GONZÁLEZ, D (2003). *Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)*. España, Jueces para la Democracia, N°46. 35 p.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ, D. (2020). *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. España, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 23. 80 - 82 p.

hipótesis, o bien con la pertinencia de los hechos probatorios, debiendo necesariamente estar relacionados con el enunciado que se busca probar, entre otros¹⁵⁵. Ello permitiría justificar en mayor medida la utilización de una determinada inferencia probatoria por sobre otras.

iii. La decisión sobre los hechos probados.

Finalmente, el último momento probatorio corresponde al de la decisión sobre los hechos probados. Dado que durante el juicio ambas partes presentan diversas hipótesis que sustentan su propia pretensión, en esta etapa la o el juez debe determinar, en virtud de los elementos allegados al juicio, si las hipótesis planteadas se encuentran probadas o no. Siguiendo a JORDI FERRER, para efectivamente estar en condiciones de determinar si esto ocurre es necesario fijar un umbral a partir del cual se considerará por probada una hipótesis – en otras palabras, el grado de probabilidad suficiente – esto es, el estándar de prueba¹⁵⁶.

Si bien la definición concreta del estándar corresponde a una decisión valorativa del poder legislativo, lo que aquí se pretende es mostrar las características que dicha definición debe tener. Considerando lo anterior, es necesario tener presente que la regla del estándar probatorio representa una valoración respecto de la distribución de errores que se considera aceptable. Dicho de otro modo, un estándar de prueba busca distribuir los riesgos de una decisión judicial errónea en la determinación de los hechos probados¹⁵⁷. Así, un falso positivo es una decisión en que se declara probada una hipótesis, siendo falsa; mientras que un falso negativo, a su vez, es una decisión en que se declara no probada una hipótesis, siendo ésta verdadera. Si bien ambas decisiones pueden encontrarse correctamente fundadas según los elementos de juicio disponibles, fallan en cuanto al objetivo de la averiguación de la verdad.

Los estándares de prueba pueden ser más o menos exigentes, “según si fijan un umbral mínimo de suficiencia o bien un umbral más elevado”¹⁵⁸. En un estándar exigente, se opta por aumentar la probabilidad de falsos negativos, para así disminuir al máximo los falsos positivos (condena de inocentes), lo que sería un estándar correspondiente al de “más allá de toda duda razonable”, mientras que, en un estándar menos exigente, como lo es el de “prueba preponderante”, se distribuyen de manera igualitaria los falsos negativos y positivos¹⁵⁹. Esta distinción entre el estándar de “más allá de toda duda razonable” y el de “prueba

¹⁵⁵ GONZÁLEZ, D (2003) ... *op. cit.* 42 p.

¹⁵⁶ FERRER, J. (2007) ... *op. cit.* 139 p.

¹⁵⁷ ACCATINO, D. (2011). *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal*. Valparaíso, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXVII. 487 p.

¹⁵⁸ ACCATINO, D. (2011) ... *op. cit.* 486 p.

¹⁵⁹ FERRER, J. (2007) ... *op. cit.* 143 p.

preponderante” es que el tradicionalmente se ha asociado al proceso penal¹⁶⁰ y al proceso civil¹⁶¹, respectivamente.

En cuanto al primero, su justificación se encuentra dada, principalmente, por razones ideológicas y de política criminal. Se trata de lograr que la jueza o juez penal pueda condenar al imputado sólo y únicamente en la medida que se tenga la mayor certeza posible de su culpabilidad. Esto responde al hecho de que en el proceso penal las garantías y bienes jurídicos involucrados se encuentran eminentemente relacionados con la libertad del imputado o imputada.

Por su parte, el segundo estándar mencionado dice relación con la exigencia de que ningún enunciado sea considerado como verdadero si no sobrepasa el 50% de probabilidad. En este sentido, se exige que la hipótesis que se tenga por probada sea más probable que las otras alternativas posibles. Lo anterior resulta lógico en un proceso que concibe a las partes simétricamente como lo es el proceso civil.

Para la teoría racionalista de la prueba, la construcción de un estándar probatorio implica dos cosas: (i) determinar el grado de probabilidad o certeza que se requiere para aceptar un enunciado como probado; y (ii) formular objetivamente dicho estándar, otorgando criterios objetivos que indiquen cuándo se ha alcanzado el grado de probabilidad o certeza exigido. En este sentido, los estándares de prueba cumplen dos objetivos; por un lado, una función heurística, en cuanto guías de una valoración racional, y, por otro, una función justificadora, en cuanto criterios para la motivación. Así, el estándar en cuestión corresponde al criterio conforme al cual la jueza o juez deberá formular su decisión final sobre los hechos, y al mismo tiempo, es el criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria¹⁶².

Ahora bien, continuando con los planteamientos de MARINA GASCÓN, la construcción de un estándar probatorio no depende únicamente de criterios de racionalidad, sino que también y, por sobre todo de cuestiones de *policy*. Ello, por cuanto un estándar probatorio supone una determinada distribución de error, y dicha distribución supone una determinada elección político-valorativa acerca de la intensidad con que deben ser garantizados ciertos derechos o intereses afectados por los errores posibles¹⁶³. Así, tal como ya se mencionó, un estándar se construye decidiendo si se prefiere la ocurrencia de falsos positivos, falsos negativos o ambos por igual, y ello, es una decisión eminentemente política o valorativa.

En cuanto a los criterios objetivos que permiten definir cuándo se satisface el umbral exigido es dable a señalar, primeramente, que existen dos grandes modelos que suponen una distinta formulación de

¹⁶⁰ Artículo 340 del Código Procesal Penal.

¹⁶¹ Si bien no tiene una consagración expresa en el Código de Procedimiento Civil dada la época de dictación del texto, existe acuerdo en la doctrina que éste es el estándar correspondiente a los procesos civiles.

¹⁶² GASCÓN, M. (2005). *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, N° 28. 129 p.

¹⁶³ GASCÓN, M. (2005) ... *op. cit.* 130 p.

estándares de prueba: por un lado, los basados en instrumentos matemáticos, y por otro, aquellos basados en esquemas de confirmación. El presente trabajo dejará de lado el modelo matemático, ya que presenta una serie de deficiencias y ha sido objeto de numerosas críticas, principalmente de índole práctica. Por el contrario, esta investigación se centrará en los modelos esquemáticos de confirmación, los que, a su vez, son los más utilizados en la práctica judicial. En dicho modelo, se entiende que “la probabilidad (lógica o inductiva) de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de reglas causales”¹⁶⁴. Así, la probabilidad es medida, no en términos de frecuencia relativa, sino en base al “grado de creencia”, “apoyo inductivo” o “grado de confirmación” de una hipótesis respecto de la información disponible.

Considerando lo anterior, es preciso tener en cuenta que la formulación de estándares probatorios completamente objetivos presenta una serie de dificultades y existe consenso en que dicha tarea es utópica en la práctica. Concordando con el planteamiento de MARINA GASCÓN, lo que aquí realmente interesa son los argumentos de confirmación que utilicen las juzgadoras y juzgadores para sostener si una hipótesis se encuentra confirmada, y con qué grado lo está. Así, podrían señalarse como criterios orientativos para sostener la confirmación de una hipótesis los siguientes: (i) el fundamento cognoscitivo de las leyes causales que conectan las pruebas con los enunciados fácticos (una máxima de la experiencia es distinta a un conocimiento científicamente afianzado); (ii) la solidez epistemológica – o grado de certeza - de las pruebas aportadas (una prueba documental es distinta a un testimonio de oídas); (iii) el número de pasos inferenciales que separan los medios de prueba de las hipótesis analizadas (la confirmación de una hipótesis mediante una prueba directa es distinta a una confirmación vía prueba circunstancial); (iv) la cantidad de pruebas (una sola prueba es distinta a muchas); y, (v) finalmente, la variedad de pruebas existente (la confirmación de una hipótesis por testimonios directos es distinta a la confirmación de una hipótesis mediante testimonios directos, pruebas documentales y pruebas indiciarias)¹⁶⁵.

Todo lo anteriormente expuesto – relacionado, por un lado, con las teorías de argumentación e interpretación jurídica y, por otro, con la teoría racionalista de la prueba en el marco del razonamiento probatorio – supone el sustento doctrinario del objeto de este trabajo. En este sentido, en línea con el sustento normativo e institucional ya analizado, a continuación, se expondrá cómo es posible, e incluso exigible, compatibilizar estos planteamientos teóricos con un razonamiento judicial con perspectiva de género.

¹⁶⁴ GASCÓN, M. (2005) ... *op. cit.* 133 p.

¹⁶⁵ GASCÓN, M. (2005) ... *op. cit.* 138 p.

IV. RAZONAMIENTO JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

1. **Orígenes de la perspectiva de género en los estudios de comportamiento judicial.**

Si bien el movimiento feminista tiene sus orígenes a principios del siglo pasado, es en la década de los 80' en la que la doctrina feminista detecta que los avances legislativos, principalmente ligados a la noción de igualdad con el hombre, eran insuficientes para erradicar la subordinación que en la práctica se continuaba dando. Tal como se adelantó en el comienzo de este trabajo, la conclusión que de tal constatación se extraerá es que el androcentrismo en el que se ha basado históricamente el derecho y su consiguiente compromiso con los intereses masculinos está lejos de expresarse única y principalmente a través de su contenido normativo, sino que – y mucho más sutilmente – a través de sus métodos, principios y modos con los que opera¹⁶⁶.

De esta manera es que se comienza a generar un debate en la academia dando paso a las denominadas teorías jurídicas feministas, las que llegaron a permear los estudios de comportamiento judicial para evidenciar el impacto del género en las decisiones de las juezas y jueces.

En este contexto surge la noción de sentencias feministas, las que se abocan a traducir la teoría feminista al lenguaje de la práctica jurídica y de aplicación judicial del derecho. El objeto de esta iniciativa radica en que las juezas y jueces puedan “reconocer cómo la incorporación de la perspectiva género puede transformar el razonamiento o el resultado de un caso sin cambiar el derecho o los hechos”¹⁶⁷ de éste. Así, se considera que juzgar con perspectiva de género posibilita acercar la decisión judicial al contexto particular del caso, permitiendo tomar en cuenta los detalles individuales que están involucrados en la situación, especialmente en lo tocante a la posición de la mujer. En otras palabras, consiste en un método que proporciona las herramientas suficientes para detectar las posibles condiciones de violencia, discriminación o vulnerabilidad de la mujer, presentes tanto en las premisas fácticas como normativas que envuelven la decisión judicial.

Para efectos de la presente investigación se considerará que juzgar con perspectiva de género puede definirse como el reconocimiento de que, por un lado, existe una diferencia – física, sexual, biológica y social – entre hombres y mujeres, y que, por otro, existen atribuciones, ideas y representaciones sociales construidas en base a dicha diferenciación¹⁶⁸. Estas atribuciones, ideas y representaciones por regla general

¹⁶⁶ GARCIA, J.A. (1992). *¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho*. Anuario de Filosofía del Derecho IX. 14 p.

¹⁶⁷ CRAWFORD, B., STANCHI, K., BERGER, L. (2018). *Feminist Judging Matters: How Feminist Theory and Methods Affect the Process of Judgment*. Law School, Pace University. Rev. 167. 168 p.

¹⁶⁸ SECRETARÍA TÉCNICA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN (2018). *Política ... op. cit.* 57 p.

revisten la naturaleza de estereotipos de género e influyen negativamente en la representación del caso que se somete a decisión. En este sentido, juzgar con perspectiva de género importa una cosmovisión desde la cual es posible mirar e interpretar todo tipo de situaciones, permitiendo identificar y problematizar la posición de discriminación estructural que envuelve a las mujeres.

En función de esta definición sobre el concepto de juzgar con perspectiva de género, resulta necesario hacer una breve referencia a ciertas nociones acerca de los sesgos, roles y estereotipos de género, para luego detallar cómo, desde las nociones ya entregadas en cuanto a la interpretación y argumentación jurídica y el razonamiento probatorio, es posible construir sentencias feministas.

2. Nociones generales sobre sesgos, roles y estereotipos de género.

Tal como señalan REBECCA J. COOK y SIMONE CUSACK en su trabajo “*Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*” la asignación de estereotipos es algo inherente a la naturaleza humana; una categorización frecuentemente realizada de manera inconsciente en pos de simplificar la información que se recibe¹⁶⁹. En palabras de las mismas autoras, es el proceso mediante el cual se le atribuyen características o roles a un individuo únicamente en razón de su aparente pertenencia a un grupo particular¹⁷⁰, operando entonces una suerte de presunción con respecto a las personas que son parte de dicho grupo, siendo irrelevante si la atribución de dichas características o roles es acertada o no. Sin embargo, y pese a que las categorizaciones de este tipo son frecuentes y afectan a toda clase de personas, la situación en la que se encuentran las mujeres resulta particularmente desventajosa en comparación a otros grupos.

Específicamente, los estereotipos de género, como ya se adelantó, hacen referencia a “la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales”¹⁷¹ y si bien la estereotipación de género puede no ser *per sé* problemática, lo es cuando deviene en una negación de los derechos fundamentales de una persona, generalmente, la mujer. Esta situación dista mucho de ser algo ajeno y poco frecuente, ya que, por el contrario, tiende a ser muchísimo más común de lo que algunos podrían – o quisieran – pensar.

Por regla general, los estereotipos en torno a las mujeres se asocian a condiciones de docilidad, inferioridad o sensibilidad – entre muchas otras más – que terminan por devaluar y condicionar socialmente los atributos y características de éstas. Estos estereotipos han representado históricamente fuertes significaciones sociales, normas y valores relativos al rol que debe cumplir la mujer en la sociedad. Y ello

¹⁶⁹ COOK, R. J. y CUSACK, S. (2009). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press. 1 p.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ COOK, R. J. y CUSACK, S. (2009). *Gender ... op. cit.* 2 p.

no es más que un reflejo de lo que se señaló en la introducción de este trabajo, en cuanto a que la estructura y organización de la sociedad se ha basado en una mirada androcentrista, perpetuando los estereotipos de género, con el consiguiente aseguramiento de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, subordinando y relegando a éstas a un plano inferior.

Asimismo, una característica particular de los estereotipos de género es que han tendido a ser dominantes y persistentes; dominantes, ya que se han articulado a través de los distintos sectores sociales, y persistentes, en tanto se han articulado a lo largo del tiempo¹⁷². La resistencia al cambio de este tipo de estereotipos tiene que ver con la profunda raigambre de los distintos tipos de violencia que sufren las mujeres, transversales a los ámbitos político, económico, cultural e incluso ideológico.

Estas características han sido fomentadas, además, por la incorporación de los mismos estereotipos en el derecho, ya sea tanto en premisas o conceptos implícitos en la legislación (por ejemplo, “buen padre de familia”), o bien en el razonamiento utilizado por juezas y jueces en la redacción y justificación de sus sentencias, tal como se demostrará a continuación.

Para profundizar lo anterior, y siguiendo con lo señalado por REBECCA J. COOK y SIMONE CUSACK, los estereotipos de género pueden clasificarse en distintas categorías, a saber: (i) estereotipos de sexo, los cuales se enfocan en las diferencias físicas biológicas entre hombres y mujeres; (ii) estereotipos sexuales, los cuales aluden a la interacción sexual entre hombres y mujeres; (iii) estereotipo sobre los roles sexuales, los que se refieren comportamientos atribuidos y esperados de hombres y las mujeres; y, (iv) estereotipos compuestos, los cuales interactúan con otros estereotipos que asignan atributos, características o roles a diferentes subgrupos de mujeres¹⁷³. Esta categorización resulta ilustrativa para evidenciar las distintas cargas que tienden a imponerse a las mujeres, las cuales, a su vez, suelen reproducirse comúnmente en las sentencias de los tribunales del país.

Para ilustrar esta situación resulta útil referirse a un famoso caso que incluso llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que condenó al Estado de Chile; esto es, el caso de la jueza Karen Atala Riffo, a quien la Corte Suprema le negó la tuición de sus hijas menores en razón de su orientación sexual. Dentro de las argumentaciones que se exponen en el fallo, y que denotan un evidente estereotipo de género, particularmente uno de carácter compuesto según la clasificación recién vista, cabe destacar la siguiente:

“Décimo sexto: Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede

¹⁷² COOK, R. J. y CUSACK, S. (2009). *Gender ... op. cit.* 25 p.

¹⁷³ COOK, R. J. y CUSACK, S. (2009). *Gender ... op. cit.* 29 p.

hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas;

Décimo séptimo: Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas;¹⁷⁴

Lo mismo se observa en el caso de Gabriela Blas Blas, una mujer, pastora, y perteneciente a la etnia aymara, que fue condenada injustamente a 12 años de cárcel por el delito de abandono de menor en lugar solitario, con resultado de muerte. Los hechos del caso consisten en que, durante julio del año 2007, Gabriela, junto a su hijo, un menor de 3 años y 11 meses, se encontraban realizando labores de pastoreo en una localidad altiplánica. Según su relato, su hijo se habría extraviado mientras ella regresaba de buscar dos llamas que se habían quedado rezagadas. Seguidamente, Gabriela habría intentado buscar su hijo sin encontrarle, por lo que se habría dirigido a Carabineros de Chile para presentar una denuncia por la desaparición de su hijo, lugar donde fue torturada para obtener una confesión por el supuesto homicidio del niño. El Tribunal Oral en lo Penal de Arica, en el fallo condenatorio, no sólo replicó estereotipos de géneros propios de la comprensión tradicional de la maternidad, es decir, un estereotipo en su variante de rol sexual, sino que, además, configuró un caso evidente de violencia interseccional:

“Noveno: Se da por acreditada una conducta anómala para una madre, independiente de su origen étnico, puesto que lo aseverado por los propios peritos de la defensa (...), al referirse a las diversas conductas que dentro de la comunidad son aceptables, en nada difiere en este punto con cualquier otra cultura, esto es, el cuidado que una madre debe brindar a sus hijos, y si bien es posible aceptar que la forma en que ancestralmente la comunidad se ha dedicado al pastoreo, permiten sostener que es algo cotidiano que los niños desde pequeños son enseñados en las labores de pastoreo, es la conducta errática de la acusada asumida desde el momento en que se acerca a realizar la su denuncia, la que no es congruente con su conducta posterior (...)¹⁷⁵

Lo anterior resulta relevante toda vez que de acuerdo con la Recomendación General N°25 del Comité CEDAW, los Estados Partes tienen la obligación de erradicar tanto las relaciones de poder entre los géneros, como la persistencia de estereotipos que puedan afectar a la mujer no sólo a través de los actos de

¹⁷⁴ Rol N°1.193-2003, de 31 de mayo de 2004, Corte Suprema.

¹⁷⁵ RUC N° 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 15 de abril de 2010, Tribunal Oral en lo Penal de Arica

los particulares, sino que también mediante aquellos reflejados en las leyes, estructuras e instituciones jurídicas y sociales¹⁷⁶. Lo que, dicho de otro modo, y en lo que a este trabajo respecta, impone el deber a los Estados de eliminar de la administración de justicia los sesgos patriarcales manifestados a través de los estereotipos de género. Asimismo, en el instrumento se señala expresamente que, para lograr una real transformación de las oportunidades, instituciones y sistemas atentatorios contra la mujer, se deben dejar de lado las “pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente”¹⁷⁷.

Por su parte, y de acuerdo con lo revisado precedentemente, la matriz de análisis propuesta en el Cuaderno de Buenas Prácticas también se hace cargo de la problemática de los estereotipos, al presentar una serie de elementos que invitan a una reflexión de las juezas y jueces acerca de situaciones de desigualdad, discriminación, desventaja y/o vulnerabilidad que puedan suscitarse entre las partes¹⁷⁸. A medida que se van desarrollando los pasos ahí propuestos, se busca la identificación de perjuicios o estereotipos de género, asimetrías de poder o fenómenos de discriminación múltiple que podrían influir en una adecuada comprensión de los hechos, permitiendo así visibilizar elementos que pueden configurar situaciones de violencia en contra de la mujer.

Esta necesidad de erradicar los sesgos, prejuicios o estereotipos de género se ve incrementada por el hecho de que, cuando un Estado no impide la aplicación o conservación de un estereotipo de género – ya sea en sus leyes, políticas públicas o prácticas – lo provee de un marco legal institucional, dotándolo de la misma fuerza y autoridad que el derecho en general. Así, el ordenamiento jurídico, en su calidad de institución estatal, en lugar de funcionar como una protección hacia la mujer, termina por condonar, legitimar y normalizar una práctica discriminatoria.

Una manifestación evidente de la nocividad de la perpetuación y legitimación de estereotipos por parte de un Estado y, en particular, por parte del aparato jurisdiccional se ve en el fallo Espinoza Gonzáles contra Perú. El caso se refiere a los hechos ocurridos a partir del 17 de abril de 1993, día en que Gladys Carol Espinoza Gonzáles fue interceptada junto con su pareja en Lima por agentes de la División de Investigación de Secuestros de la Policía Nacional del Perú, acusándola de ser miembro de un grupo antiterrorista, siendo condenada a 25 años de pena privativa de libertad. Durante su detención, Gladys denunció ser víctima de actos de violencia física, así como de actos de tortura, violación y otras formas de violencia sexual. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, conociendo el caso, sentenció lo siguiente:

¹⁷⁶ COMITÉ CEDAW (2004). *Recomendación General N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW*. Naciones Unidas, párr. 7.

¹⁷⁷ COMITÉ CEDAW (2004). *Recomendación General N° 25 ... op. cit.* párr. 10.

¹⁷⁸ SECRETARÍA (2019) ... *op. cit.* 90 p.

“Al respecto, la perita Rebeca Cook afirmó ante la Corte que “la caracterización de la mujer sospechosa de actividad criminal como una “chica mala” permite negarles su madurez y humanidad y así eximir de responsabilidad a las personas responsables de su custodia”, señalando que entre las características que suelen atribuirse a las mujeres sospechosas de haber cometido delitos se incluyen “ser asertivas, manipuladoras, carecer de credibilidad y tendencia a desafiar a la autoridad”.

Añade la perita que “los jueces que comparten estereotipos de género similares acerca de las mujeres consideradas sospechosas consecuentemente pueden provocar que la decisión de su inocencia o culpabilidad no se fundamente en evidencia apropiada, o incluso se les puede imponer castigos más severos que a las mujeres sospechosas que se someten a la autoridad masculina”. En vista de lo anterior, la Corte reconoce y rechaza el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiable o manipuladora, especialmente en el marco de procesos judiciales. Al respecto, la Corte ha aseverado que valoraciones de esta naturaleza muestran “un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres”¹⁷⁹.

Ahora bien, la eliminación y erradicación de los estereotipos de género supone un gran desafío, ya que estos contribuyen y resultan de las “múltiples manifestaciones del patriarcado, las estructuras de poder y las injusticias de género inmersas en las sociedades”¹⁸⁰. En consecuencia, para superarlos se requiere de un cambio mayúsculo en la comprensión de las normas tradicionalmente androcéntricas, junto con una evolución de la valoración de los atributos, características y comportamientos históricamente asociados a la mujer.

De esta manera, se hace necesario un trabajo previo de identificación de los estereotipos como fuente de violencia hacia las mujeres y sobre este respecto, REBECCA J. COOK Y SIMONE CUSACK, proponen las siguientes preguntas para ayudar a reconocerlos: (i) ¿Se les está negando un beneficio a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?; (ii) ¿Se les está imponiendo una carga a las mujeres en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?; (iii) ¿Se degrada a las mujeres, se les minimiza su dignidad o se las marginaliza de alguna manera en razón de la existencia de cierto estereotipo de género?¹⁸¹.

Las consideraciones aquí señaladas resultarán útiles para la descripción que se hará a continuación sobre cómo se puede incorporar la perspectiva de género en la interpretación y argumentación jurídica, por una parte, y en el razonamiento probatorio de las juezas y jueces, por otra.

¹⁷⁹ Espinoza Gonzáles contra Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 20 de noviembre de 2014, párr. 272.

¹⁸⁰ COOK, R. J. y CUSACK, S. (2009). *Gender ... op. cit.* 29 p.

¹⁸¹ COOK, R. J. y CUSACK, S. (2009). *Gender ... op. cit.* 77 - 78 p.

3. Interpretación y argumentación jurídica con perspectiva de género.

Interpretar con perspectiva de género consiste en evitar, al momento de atribuir significado a las disposiciones normativas aplicables, generar condiciones discriminatorias hacia las mujeres, teniendo especialmente en cuenta las construcciones culturales y la situación estructural en la que éstas se encuentran. Asimismo, implica tener particular consideración con eventuales contextos desfavorables y peligrosos para la mujer, tales como escenarios de violencia, condiciones de vulnerabilidad, entre otros.¹⁸²

Así, considerando que el planteamiento que aquí se ha seguido dice relación con un método para evitar arbitrariedades en la decisión judicial, observando como tales tanto las decisiones que no satisfacen la justificación externa de las premisas involucradas, como las que se fundan en consideraciones irracionales según los parámetros ya entregados, es necesario señalar primeramente que, a la hora de interpretar y argumentar con perspectiva de género, en caso alguno se está proponiendo una decisión *contra legem*, ya que, pese a la crítica feminista relativa al androcentrismo del derecho, su validez y legitimidad no se encuentra en duda, por lo que no se pretende que una jueza o juez falle desobedeciendo lo prescrito por la ley¹⁸³. Por el contrario, lo que se sugiere es que, al momento de llevar a cabo el ejercicio, se tengan en consideración herramientas que permitan salvar los posibles efectos perjudiciales para con la mujer que una disposición pudiese tener, particularmente cuando ésta da pie a la presencia de sesgos y estereotipos de género, tales como podría una interpretación sistemática o una basada en la equidad o en principios como la igualdad y no discriminación.

Concordando con el planteamiento de JUAN ANTONIO GARCÍA, las normas jurídicas son necesarias para resolver los problemas con carácter general, sin embargo, resulta evidente que la decisión judicial no viene dada únicamente por la imposición ciega de los términos de la ley, sino que, en virtud de los principios ya mencionados – que, como ya se señaló, cuentan con una larga data en la tradición jurídica – es posible atemperar los efectos dicha generalidad y abstracción, en favor de las particularidades del caso y de las partes involucradas¹⁸⁴. Sin embargo, de lo anterior surge inevitablemente una exigencia mayor de explicitar y justificar las valoraciones y orientaciones que respaldan un ejercicio de este tipo.

Sobre este punto, cabe recordar que, de acuerdo con lo ya analizado sobre las teorías de comportamiento judicial, las decisiones de las y los jueces se ven influenciadas por elementos extrajurídicos, es decir, por valoraciones morales y políticas. En este sentido, atendiendo a ese espacio de discrecionalidad

¹⁸² CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 36 p.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ GARCIA, J.A. (1992) ... *op. cit.* 33 p.

que siempre va a existir en una decisión judicial, es importante asentar criterios género-sensibles que permitan permear la interpretación y argumentación utilizada.

Ello se condice con la exigencia de racionalidad impuesta por los autores ya revisados, en tanto ésta opera como un criterio de adecuación de la decisión, en la medida que exige su conformidad con los valores y creencias de la comunidad jurídica en la cual se inserta, los cuales, según el planteamiento aquí defendido, consisten en los principios relacionados con la perspectiva de género. Dicho de otro modo, ya que existe suficiente sustento normativo, institucional y doctrinario que permite defender la incorporación de la perspectiva de género en el quehacer judicial, debiendo, por tanto, considerarse como parte del acervo cultural de la comunidad jurídica, si un juez o jueza realice una interpretación y argumentación jurídica en línea con ésta, se entenderá que está decidiendo racionalmente. Sobre este punto, cabe destacar la propuesta de la matriz de análisis contenida en el Cuaderno de Buenas Prácticas ya analizado, la que dice relación con el análisis de la aparente neutralidad del enunciado normativo que se pretende aplicar, para determinar si tiene alcances discriminatorios y evaluar el impacto que ello conllevaría.

Así, es posible señalar que una herramienta útil para poder lograr dicho cometido en la interpretación y argumentación jurídica es la utilización preferente de determinados tipos de argumentos interpretativos. Como ya se enunció al momento de analizar las distintas clases de éstos, todos suponen tanto ventajas como desventajas, sin embargo, para lo que aquí se pretende sostener, existen algunos que podrían resultar más o menos favorecedores para determinar el significado de los distintos enunciados en miras a la construcción de una sentencia feminista.

En cuanto a los argumentos aptos para un uso favorable a la perspectiva de género, se encuentra, en primer lugar, el argumento teleológico, el que supone analizar la finalidad de la norma jurídica, tal como se desprende del siguiente fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco al resolver la apelación de la solicitud del Ministerio Público para decretar la medida cautelar de prisión preventiva para el imputado por numerosos delitos sexuales en un conocido caso desarrollado durante el año 2020:

“5) Que, para el cumplimiento de los requisitos materiales debe tenerse en especial consideración que se trató de agresiones sexuales que se produjeron en la esfera de lo privado, que afectaron diversos derechos de las víctimas, que obstan a una develación por tener las mismas, el justo temor de no ser atendidas en la denuncia, porque dichas agresiones a la indemnidad y autodeterminación sexual, implican muchas veces un proceso interno de reparación, previo a explicitar los hechos o delitos de los cuales fueron víctimas; por tal motivo, el estándar aplicable en la especie no puede ser el mismo que se tiene cuando nos enfrentamos a delitos cuyos bienes jurídicos son disponibles, como los atentados a la propiedad.

8) Que, dentro del citado marco normativo y teniendo a la vista la necesidad de cautela conforme a los términos establecidos en la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal, debe tenerse en cuenta el carácter de los delitos por los cuales se ha formalizado al imputado, cuyas penas, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Ley N° 18.216, no pueden ser, en caso de condena, objeto de penas sustitutivas; atendido el número y naturaleza de los delitos cometidos contra de los derechos humanos de la mujer, que permiten concluir que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad y, también para la seguridad de las víctimas de estos autos, teniendo presente que es indispensable para asegurar la protección de las afectadas, obligación que es impuesta al Estado de Chile, al haber suscrito la Convención ya referida, teniendo en miras el fin último que es la preservación del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia”¹⁸⁵.

Asimismo, resulta evidente que uno de los argumentos que por excelencia servirá al propósito de la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias judiciales corresponde al argumento basado en principios, mediante la justificación de la atribución de un determinado significado en el principio de igualdad y no discriminación, tal como lo denota uno de los fallos más destacados en la materia, pronunciado por la Excelentísima Corte Suprema al resolver un recurso de amparo deducido en favor de una mujer mapuche, privada de libertad, que, en su calidad de parturienta, fue sometida a tratos vejatorios por parte de Gendarmería de Chile al mantenerla engrillada durante todo el trabajo de parto:

“14º) Que, asimismo, no puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido en contra de la amparada, como ha sido demostrado, constituye también un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por ésta de parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección, en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto -más aún en las difíciles circunstancias de salud y de privación de libertad en que éste se desarrolló-, como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece, y el impacto negativo que una aplicación no diferenciada de las normas y reglamentos penitenciarios podía ocasionar en aquella mujer.

(...)

De ese modo, lo referido contraviene los compromisos pactados en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer –conocida como CEDAW- suscrita por nuestro país, primer instrumento internacional que recoge el principio mundial para erradicar la

¹⁸⁵ Rol N° Penal-595-2020, de 24 de julio de 2020, Corte de Apelaciones de Temuco.

discriminación contra la mujer y que confiere derechos a las mujeres frente al Estado, implicando obligaciones de éstos frente a las ciudadanas.”¹⁸⁶

Otro ejemplo que vale la pena destacar, se trata de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional chileno en virtud de la cual se declararon inaplicables por inconstitucionales dos normas legales que disponían la rebaja de la pena y la posibilidad de optar a una pena sustitutiva en caso de que el delito de violación se cometiera en Isla de Pascua y por algún natural de ella. El razonamiento de los Ministros giró en torno a la vulneración del principio de igualdad que se daba en el caso particular:

“Quincuagésimo: (...) Cabe considerar que la Constitución dispone como finalidad que “hombres y mujeres son iguales ante la ley” (artículo 19, numeral 2°, de la Constitución). La rebaja penal en un grado a dos del Libro segundo del Código Penal y, en particular, respecto del delito de violación implicaría argumentar en qué sentido esa rebaja cumpliría un objetivo legítimo. El tratamiento diferenciado de la rebaja penal significa, inmediateamente, una subvaloración de los bienes jurídicos que protege la regla penal en la Isla de Pascua. No sería lo mismo el tipo de protección que la justicia le brinda en la Isla.

El artículo 19 N° 3, inciso primero, de la Constitución asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Desde este punto de vista, los preceptos legales impugnados establecen una diferencia entre mujeres. Esta diferencia se manifiesta, particularmente, aunque no en el caso concreto, porque la víctima es una mujer del continente, respecto de las mujeres indígenas que habitan Isla de Pascua. En efecto, la ley penal protege de mejor manera a las mujeres agredidas sexualmente por chilenos en el continente que a las mujeres agredidas sexualmente en Isla de Pascua por personas de la etnia rapanui, dado que, en el primer caso, se sanciona con una pena más alta y, en el caso de la violación, se veda el acceso a una pena sustitutiva. Esta mayor protección de la ley se considera tanto desde el punto de vista de la valoración que el legislador hace de la conducta (reproche penal) como de la potencialidad disuasoria que la imposición de la sanción genera en la sociedad.”¹⁸⁷

A su vez, en el mismo fallo recién mencionado se utiliza el argumento pragmático o consecuencialista para considerar y hacer notar los efectos que tiene tanto el delito de violación como su sanción penal en el ordenamiento jurídico, interpretando su significado en base a las siguientes consideraciones:

“Cuadragésimo primero: (...) La violación es un delito preferentemente de género, aunque no excluyente de otras víctimas. La prevalencia implica que afecta predominantemente a las mujeres. Sin embargo, la propia ley puede propiciar conductas permisivas que agravan esta perspectiva de género.

¹⁸⁶ Rol N° 92.795-2016, de 01 de diciembre de 2016, Corte Suprema.

¹⁸⁷ Rol N° 8792-2020-INA, de 29 de enero de 2021, Tribunal Constitucional.

(...)

Cuadragésimo cuarto: Por consiguiente, la sanción penal por delitos sexuales cometidos contra la mujer constituye una herramienta más para la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, tanto desde la perspectiva de la disuasión de la conducta delictiva, así como de la del reproche penal que merece. En este sentido, las estadísticas oficiales sobre tasa de denuncias por delitos de violación y por violencia intrafamiliar en Isla de Pascua alertan sobre una situación deficitaria en materia de protección de la mujer y, particularmente, de la mujer indígena frente a la violencia de género.”¹⁸⁸

Por su parte, el argumento sistemático también cumple un rol favorable para los efectos que aquí se revisan, toda vez que permite dotar a una determinada interpretación de un contenido armónico y coherente con normas relativas a la igualdad y no discriminación, permitiendo así poder incorporar criterios de todo el ordenamiento jurídico para aplicar una disposición. Ello se puede evidenciar en un fallo de la Corte Suprema que invalidó de oficio una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante la cual se confirmó la decisión de primera instancia que rechazaba un recurso de discriminación apoyado en la Ley N° 20.609 (también conocida como “Ley Zamudio”) interpuesto por una concejala transgénero que alegaba discriminación por parte de la alcaldesa de la comuna de Lampa, dictando la siguiente sentencia de reemplazo:

“2° (...) Por su parte, el Tribunal Constitucional, al relacionar el derecho a la identidad con la dignidad humana, noción esta última que considera como “la piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales”, concluye que aunque nuestra Carta Fundamental carece de una referencia o reconocimiento expreso de la identidad como prerrogativa humana básica, ello no obstaculiza su protección constitucional, debido justamente a la estrecha vinculación entre ambos conceptos, y, además, por la expresa protección con que cuenta en diversos tratados internacionales vigentes, en nuestro país (sentencia de 13 de mayo de 2008, antecedentes Rol 834-07);

3° Que, entonces, como el artículo 1° de la Constitución Política de la República establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, y el de identidad es uno personal e inherente a toda persona, independiente de su edad, sexo o condición social, por lo tanto, está íntimamente vinculado a la dignidad humana, la inferencia lógica es que debe ser considerado entre aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a que se refiere el inciso 2 del artículo 5 de la misma (...).

Además, como el artículo 19, números 1 y 2, asegura a todas las personas el derecho a la integridad psíquica y la igualdad ante la ley, que conculcados si no se respeta el derecho a la identidad, pues el fuero interno de la agraviada experimentará sentimientos de aflicción generando una suerte de

¹⁸⁸ Ibid.

discriminación a su respecto, se debe concluir que el referido derecho se encuentra protegido constitucionalmente, con ello, el colectivo formado por personas lesbianas, gays, bisexuales, trans (que comprende travestis, transexuales y transgéneros) e intersexuales. Por lo tanto, si con motivo de su identidad de género experimentan una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que les cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales señalados, corresponde entender que se configura un acto de discriminación arbitraria.”¹⁸⁹

Por el contrario, en lo referido a los argumentos que pueden resultar menos útiles para la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias, es posible señalar al argumento histórico – en su variante estática – ya que, dada la época de dictación de gran cantidad de normas legales vigentes, dota de una mirada conservadora y muchas veces anacrónica al enunciado que se pretende interpretar. Ello se puede observar en un fallo del Tribunal Constitucional chileno, en el que, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por la negativa en la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo, se señala que:

“El Código Civil al definir el matrimonio ha dado reconocimiento jurídico a una de las instituciones sociales más antiguas que siempre ha estado presente en los ordenamientos en los que el Derecho Chileno tiene sus raíces, los que tradicionalmente lo han concebido como una unión de vida entre hombre y mujer, siendo indiscutible hasta época muy reciente la imposibilidad de su celebración entre personas del mismo sexo”, para luego aludir al Derecho Romano, a las Siete Partidas, y finalizar señalando que “en el matrimonio, las partes sólo pueden ser dos y de diferente sexo, dada la finalidad que se persigue”¹⁹⁰.

A su vez, el argumento semántico o de tenor literal también conlleva los riesgos mencionados en el argumento histórico, ya que, al no existir una cultura que propenda a la toma de consciencia respecto de las situaciones de discriminación de las mujeres y otros grupos vulnerables, se tiende a interpretar y argumentar según cánones y categorías tradicionales. Para ilustrar lo anterior, basta revisar un polémico fallo de la Corte Suprema chilena, en el cual se examina el concepto de acoso sexual, a la luz de los elementos gramaticales que componen su definición, para determinar si el comportamiento de un funcionario del Poder Judicial se condice o no con la definición dada, resolviendo que:

“Cuarto: Que, sin embargo, de acuerdo la definición de acoso sexual recogida en el Acta 103-2018, el núcleo del comportamiento que interesa proscribir y evitar radica en un concepto rector, como es la formulación de “requerimientos de carácter sexual no consentidos”, y que producen los efectos que describe el artículo 1° del Acta citada, esto es, amenazar o perjudicar la situación laboral del

¹⁸⁹ Rol N° 38.238-2016. 19 de diciembre de 2017, Corte Suprema.

¹⁹⁰ Rol N° 1881-10-INA, de 03 de noviembre de 2011, Tribunal Constitucional.

destinario o destinataria, sus oportunidades en el empleo o generan un ambiente de trabajo intimidante, hostil, abusivo u ofensivo; por lo que para emitir decisión sobre el primer cargo formulado, resulta indispensable esclarecer el citado aspecto.

Quinto: Que, en todo caso, aunque resulte evidente, es necesario dejar constancia que son múltiples las inconductas que pueden generar los efectos consignados en el motivo que precede (...), y no todas tendrán per se el carácter de acoso sexual, ya que el elemento distintivo, de acuerdo a la descripción de la norma citada, es el requerimiento sexual no consentido (...).

Sexto: Que, de acuerdo al mérito de los antecedentes, la concurrencia del elemento “requerimiento de carácter sexual” debe ser descartado, atendido el tenor de los testimonios consignados en autos (...).”¹⁹¹

Ahora bien, un mal uso de cualquier argumento, producto de errores en el razonamiento o la lógica seguida, incumpliendo así los requerimientos analizados para dotar de racionalidad una interpretación, puede devenir en que ésta constituya una verdadera falacia argumentativa. Ejemplo de ello se puede observar en el extracto de otro fallo del Tribunal Constitucional chileno, en el cual también se rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que tenía por objeto resolver la validez de un matrimonio celebrado entre dos mujeres en el extranjero. Así, cayendo en una absurda utilización del argumento consecuencialista o pragmático, la Magistratura, erróneamente resolvió que:

“Además de aceptarse que dichos preceptos legales originan arbitrariedad [aquellos que permitirían la validez de un matrimonio homosexual], podría ello conducir a extremos intolerables, en relación con legislaciones foráneas que aceptan vínculos matrimoniales sui generis, tales como matrimonios polígamos en países musulmanes, o el matrimonio de niños de países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa, y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur, entre otros”¹⁹².

No obstante todo lo ya señalado, naturalmente en esta materia no se pretende establecer categorías unívocas ni mucho menos excluyentes sobre los argumentos que debiesen utilizarse por parte de las y los operadores jurídicos, sino que únicamente se busca ilustrar cómo existen algunos argumentos que resultan más acordes al planteamiento aquí desarrollado. Junto con ello, para lograr una verdadera interpretación y argumentación jurídica con perspectiva de género no sólo se requiere del uso de determinados argumentos, sino que también se deben respetar los parámetros para la construcción de un razonamiento lógico y racional. Así, se debe recordar que una adecuada interpretación y argumentación supone siempre una justificación racional, consistente, por un lado, en la existencia de justificación interna, es decir, de un silogismo

¹⁹¹ Rol N° 508-2020, de 09 de octubre de 2020, Corte Suprema.

¹⁹² Rol N° 7774-19-INA, de 04 de junio de 2020, Tribunal Constitucional.

subsuntivo, y, por otro lado, la existencia de justificación externa, tanto de las premisas normativas, como de las premisas fácticas, de acuerdo con las exigencias ya señaladas relativas a una decisión racional. De esta manera se estaría cumpliendo con los dos principios que una decisión racional supone, a saber, el de no contradicción y el de razón suficiente.

Por lo demás, cabe destacar que el desafío pendiente se encuentra no sólo en identificar herramientas útiles para dicho cometido, sino que también se debe propender a un cambio sociocultural que permita dotar a la cultura jurídica en general de una mirada capaz de identificar la necesidad de incorporar a la perspectiva de género en el quehacer judicial, en la medida que el parámetro de racionalidad está dado precisamente por el grado de adecuación social que tiene una determinada decisión en el marco de la comunidad en la que se inserta. Es imposible pretender que las y los jueces elaboren un razonamiento feminista y, consecuentemente, lo justifiquen y argumenten desde una perspectiva de género, erigiéndose entonces como un razonamiento racional, sin que medie una evolución en los cánones tradicionales del pensamiento de la sociedad. En este sentido, la erradicación de estereotipos en las sentencias no constituye una labor eminentemente jurídica, sino que, por el contrario, importa una transformación en diversos ámbitos, permitiendo así modificar las lógicas y sesgos discriminatorios reflejados en las decisiones judiciales.

4. Razonamiento probatorio con perspectiva de género.

Por su parte, el razonamiento probatorio con perspectiva de género es aquel que evita la realización de operaciones cognitivas o valorativas que repliquen circunstancias de violencia, vulnerabilidad o discriminación de la mujer en cada uno de los momentos probatorios de un proceso jurisdiccional¹⁹³. Lo anterior implica, como se podrá suponer, no replicar estereotipos ni estructuras de dominación al momento de construir la premisa fáctica, por un lado, y, por otro, tener en especial consideración el contexto particular que envuelve la situación, lo que importa reconocer condiciones de hostilidad e inseguridad que sometan a la mujer.

En lo que aquí se sigue, se plantearán recomendaciones relativas al razonamiento probatorio con perspectiva de género únicamente en materia penal, dada la especial naturaleza y particularidades que envuelven la situación de la mujer en el contexto de delitos de violencia de género, tales como los delitos sexuales, violencia intrafamiliar, femicidio, entre otros, todos los cuales importan grandes desafíos en materia probatoria, en base a las razones que se expondrán.

Lo anterior resulta particularmente relevante en el contexto penal chileno, ya que, de acuerdo con las cifras entregadas por el Ministerio Público en su balance del año 2020, únicamente un 23,31% –

¹⁹³ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 54 p.

equivalente a 358.917 causas – terminó mediante sentencia definitiva condenatoria¹⁹⁴. Sin embargo, si se observa, a modo ejemplar, lo que sucede en materia de delitos sexuales, es posible evidenciar cómo la posibilidad de obtener una condena se reduce sustancialmente; así, de las 26.212 causas ingresadas, únicamente un 6% – correspondiente a 1.585 casos – terminó mediante sentencia definitiva condenatoria, mientras que un 53,4% – equivalente a 13.993 causas – fue archivada provisionalmente¹⁹⁵. Estas estadísticas dan cuenta de las dificultades probatorias que se presentan en los delitos de violencia de género, en los que, por no realizar una adecuada aplicación de la perspectiva de género, se generan altas tasas de impunidad y, consecuentemente, una deficiente respuesta por parte del Estado para con las víctimas, incumpliendo así los mandatos previamente analizados que supone la normativa internacional en la materia.

En este sentido, resulta importante apuntar a que la perspectiva de género en estos casos posee una doble dimensión. Por un lado, cumple una función epistémica, al ofrecer una herramienta que permite a las juzgadoras y juzgadores identificar y visibilizar los estereotipos de género presentados en el razonamiento probatorio bajo la forma de supuestas máximas de experiencia¹⁹⁶. Dicho de otro modo, la perspectiva de género en materia probatoria importa una herramienta fundamental para sustituir los estereotipos de género por criterios cognoscitivos adecuados que permitan realizar inferencias probatorias y valorar la prueba sin incurrir en discriminaciones hacia la mujer. Y, asimismo, cumple una función heurística, toda vez que permite la formulación de hipótesis correctas con respecto a los hechos de la causa sin replicar efectos vulneratorios hacia ésta¹⁹⁷. En este sentido, mejora el rendimiento a la hora de averiguar la verdad al erradicar del razonamiento de las y los jueces cualquier elemento que propicie la utilización de sesgos y estereotipos¹⁹⁸.

Lo anterior implica que la perspectiva de género es susceptible de aplicarse a todos los ámbitos relativos a la prueba. Así, RAYMUNDO GAMA esgrime que podrían examinarse bajo esta mirada la concepción de los hechos en el proceso, los presupuestos epistemológicos de la prueba, la construcción de los hechos jurídicamente relevantes, los enunciados empleados como máximas de la experiencia, las inferencias probatorias, la valoración de la prueba, la admisibilidad y exclusión de medios de prueba, las reglas de carga de la prueba, entre muchos otros¹⁹⁹. Sin embargo, en el presente apartado se analizarán únicamente propuestas relativas a la inclusión de prueba, la valoración de ésta y la decisión judicial con

¹⁹⁴ MINISTERIO PÚBLICO. *Informe Estadístico 2020*. 13 p.

¹⁹⁵ MINISTERIO PÚBLICO. *Boletín Estadístico Anual. Enero – diciembre 2020*.

¹⁹⁶ GAMA, R. (2020). *Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico*. Marcial Pons, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. 287 p.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ AGUILERA, S. (2020). *La perspectiva de género como herramienta para la valoración racional de la prueba*. Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales. Revista Jurídica del Ministerio Público N°80. 8 p.

¹⁹⁹ GAMA, R. (2020) ... *op. cit.* 290 p.

perspectiva de género, condiciéndose dicha elección con los momentos probatorios señalados en el apartado anterior.

En cuanto al momento de conformación del conjunto de los elementos de juicio resulta lógico sostener que una regla a tener en especial consideración es la referida a la exclusión de prueba obtenida con infracción a los derechos y garantías fundamentales, pero esta vez desde la mirada no ya del acusado, sino que de la víctima, considerando como premisa base la prohibición de discriminación consagrada en los diversos instrumentos internacionales, en particular, en la CEDAW, y en la Convención Belém do Pará. Particular atención se debe dar a todas aquellas pruebas obtenidas durante la investigación que hayan supuesto una violación al deber de investigar con debida diligencia y el deber de protección a la víctima, buscando evitar la replicación de estereotipos y de situaciones de revictimización, además de propiciar la confidencialidad y el respeto de las mujeres que intervienen en el proceso²⁰⁰.

Ello se debe complementar necesariamente con lo presupuestado en el Cuaderno de Buenas de Prácticas en relación con los principios de oficiosidad, oportunidad y exhaustividad que deben regir durante todo el proceso, pero que son particularmente relevantes el momento de llevar a cabo la investigación. Esto se condice con las exigencias propias de la teoría racionalista de la prueba, en la medida que al conformar el acervo probatorio se debe procurar que sea lo más rico posible, para así otorgar mayores posibilidades de alcanzar la verdad. De esta manera, lo que aquí se entiende por respuesta adecuada de parte de los órganos estatales al momento de investigar dice relación con una sustanciación del proceso eficiente y no tardía, evitando dilaciones innecesarias y excesivos trámites burocráticos, permitiendo así recabar la mayor cantidad de prueba posible y, al mismo tiempo, dar respuesta a los requerimientos de la víctima, brindándole protección y resguardando sus derechos para impedir que vuelva a ser sometida a una situación de violencia.

En línea con lo anterior, se ha levantado la necesidad de contar con una investigación policial amplia, que permita la recolección de la mayor cantidad de pruebas de contexto posible²⁰¹. Así, por ejemplo, en los delitos de violencia intrafamiliar, por regla general, existe una sucesión de actos prolongados en el tiempo que expresan diversas formas de agresión – violencia sexual, física, psicológica, económica, simbólica – por lo que el material probatorio no debe restringirse únicamente al hecho puntual, sino que debe ampliarse a todas las circunstancias que lo rodean.

Una evidente muestra de lo perjudicial que puede ser la inobservancia de estos deberes, sumado, además, a la presencia de estereotipos, se manifiesta en el famoso caso González y otras con México (Campo

²⁰⁰ CARBONELL (2020) ... *op. cit.* 55 p.

²⁰¹ ARAYA, M. (2020). *Género y Verdad. Valoración Racional de la Prueba en los Delitos de Violencia Patriarcal*. Santiago, Centro de Estudios de la Justicia. Revista de Estudios de la Justicia, N° 32. 41 p.

Algodonero) conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los hechos del caso se remontan a noviembre del año 2001, cuando se encontraron ocho cuerpos de mujeres en un campo algodonnero de Ciudad Juárez, Chihuahua, en México. Cada una de ellas desapareció en lugares diferentes, sin embargo, las fechas de sus desapariciones fueron muy cercanas y, además, coincidía que las víctimas eran mujeres jóvenes y de escasos recursos. Ahora bien, pese a que los familiares reportaron tempranamente a las autoridades competentes la desaparición, la policía mexicana tuvo una actitud indiferente y negligente con la investigación, lo que fue condenado por la Corte:

“El Tribunal considera que, en el presente caso, los comentarios efectuados por funcionarios en el sentido de que las víctimas se habrían ido con su novio o que tendrían una vida reprochable y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos. De otra parte, tanto las actitudes como las declaraciones de los funcionarios demuestran que existía, por lo menos, indiferencia hacia los familiares de las víctimas y sus denuncias.

(...)

A manera de conclusión, la Corte acepta el reconocimiento de responsabilidad por las irregularidades cometidas en la primera etapa de las investigaciones. Sin embargo, el Tribunal ha constatado que en la segunda etapa de las mismas no se han subsanado totalmente dichas falencias. Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal.”²⁰²

Por su parte, en lo relativo a la valoración de los elementos de juicio, cabe tener presente que la mayoría de los delitos de violencia de género se cometen en circunstancias privadas, en las que existen fuertes círculos de control, por lo que predomina el miedo y silencio de las víctimas. Ello deviene en que el material probatorio que se tiene a disposición se encuentra sustancialmente reducido, lo que implica que se debe tener especial consideración con la valoración de determinadas pruebas, particularmente, con el testimonio de la víctima.

Sobre este punto resulta interesante observar el planteamiento de MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ quien apunta a que, tradicionalmente, ha existido una desconfianza del testimonio como medio

²⁰² González y otras con México (Campo Algodonnero). Corte Interamericana de Derechos Humanos. 16 de noviembre de 2009, párr. 201 y 388.

de prueba. Así, la eficacia de esta prueba tiende a estar supeditada a la credibilidad de quien declara sobre el hecho, radicando el enfoque en la persona, y ya no en sus dichos, “contaminando”, consecuentemente, su declaración. Siguiendo a la autora, la referida contaminación ha derivado en la “subvaloración general de la prueba testimonial”²⁰³, a lo que debe sumarse necesariamente la sobrevaloración de otros medios de prueba, como la prueba científica, a la que se le dota de una infalibilidad y superioridad muchas veces injustificada. Esto evidentemente se ve incrementado en materia penal y, particularmente, en los delitos de violencia de género, atendido al déficit probatorio ya mencionado.

Ahondando aún más en el testimonio único de la víctima, JOSÉ LUIS RAMÍREZ plantea tres grandes criterios que, al menos en la jurisprudencia y doctrina española, se asentaron a la hora de valorar este medio de prueba, a saber: (i) la credibilidad subjetiva de la víctima, dada, entre otras cosas, por sus características físicas y psíquicas, su gestualidad o las razones que motivan su actuar; (ii) la verosimilitud de su testimonio, considerando especialmente la coherencia interna del relato, su lógica y la existencia de elementos externos que sirvan de corroboración; y, (iii), finalmente, la persistencia en la incriminación, donde se busca que no hayan modificaciones esenciales o vaguedades en las declaraciones, así como que tampoco existan contradicciones entre éstas²⁰⁴. Estos criterios surgieron como lineamientos guías para la decisión judicial con miras a evitar la arbitrariedad en el proceso penal, sin embargo, se pudo vislumbrar que por parte de los tribunales no se dio cabal entendimiento de éstos, deviniendo en que, ante la ausencia de alguno de los elementos señalados, se invalidara automáticamente el testimonio de la víctima.

No obstante ello, el autor plantea que, en realidad, lo relevante es enfocar los esfuerzos en determinar la concurrencia del punto (ii) ya señalado, particularmente en cuanto a la existencia de elementos externos que permitan corroborar la verosimilitud del relato, ya que, en síntesis, los otros dos criterios restantes dicen relación con una convicción subjetiva acerca de la credibilidad del testigo, lo que impide una valoración racional de su declaración. Para lograr dicho cometido, se debe atender a que, a través de la corroboración, lo que se está haciendo es reforzar el valor probatorio del testimonio mediante la aportación de datos de una fuente distinta y ajena, referida “no directamente al hecho principal, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado”²⁰⁵. Lo anterior implica, consecuentemente, que la declaración única de una víctima sí podría ser apta para obtener una condena, siempre y cuando existan otras fuentes que permitan respaldar los datos probatorios aportados

²⁰³ GONZÁLEZ, M. (2019). *Repensando el testimonio: La distinción entre agente y producto*. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Revista Chilena de Derecho, vol. 46 N° 3. 792 p.

²⁰⁴ RAMÍREZ, J. (2020). *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*. Madrid, Editorial Marcial Pons, Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio N° 1. 211 p.

²⁰⁵ IBAÑEZ, A. (2009). *La supuesta facilidad de la testifical*. Buenos Aires, Hammurabi. Véase en RAMÍREZ, J. (2020) ... *op. cit.* 219 p.

por ésta. Por el contrario, en caso de que dicha declaración no se encuentre corroborada, es decir, ante la inexistencia de elementos externos, se entiende que no sería suficiente para lograr dicho cometido.

Es por ello que el autor concluye su trabajo con la idea de que la perspectiva de género sería inútil e ineficaz para solucionar los problemas epistemológicos y procesales de un testimonio no corroborado, toda vez que, en sus palabras, “una valoración del testimonio no estereotipada, a lo sumo, permitiría afirmar, en perspectiva interna, la coherencia del relato de la víctima, pero no su fiabilidad”²⁰⁶.

Disintiendo del planteamiento de JOSÉ LUIS RAMÍREZ, a continuación, se expondrán razones que se estiman suficientes para defender que, en los casos de violencia de género – atendidas las particularidades ya señaladas en relación con el déficit probatorio existente – es posible observar que, gracias a la perspectiva de género, sí sería posible sustentar como prueba de cargo al testimonio único de la víctima, pese a no encontrarse corroborado según los parámetros dados por el autor.

Sobre este punto, cabe volver a la idea de que, por lo general, la escasez probatoria en este tipo de delitos tiende a responder a una investigación sesgada, estereotipada o, incluso, ineficiente. Partiendo de esa base, se requiere de órganos judiciales que insten a la materialización de lo que JULIETA DI CORLETO denomina como “derecho a la amplitud probatoria” – consagrado en el ordenamiento jurídico argentino²⁰⁷ – en virtud del cual se debe tener en especial consideración las circunstancias particulares que envuelven a este tipo de violencia, instando a un análisis del contexto en el que se materializa la agresión a la hora de valorar el testimonio de la víctima²⁰⁸. En este sentido, tal como su nombre lo dice, en virtud de este principio, además de dotar de importantes facultades a las juezas y jueces para impulsar el proceso, se les permite realizar un ejercicio de valoración con un amplio abanico probatorio, considerando particularmente la existencia de indicios graves, precisos y concordantes resultantes de las pruebas puestas a disposición, en especial, aquellos provenientes de la declaración de la víctima.

En línea con ello, resulta llamativo un fallo de la Sala III de la Cámara Federal de Buenos Aires, en el cual, conociendo de un recurso de casación en contra de una resolución que dictaminó el sobreseimiento de una causa por el delito de violación, se apuntó a las características personales de la víctima y el contexto en el que se encontraba para determinar su falta de consentimiento, señalando lo siguiente:

“En conclusión, tuvo por acreditado (...) la ausencia de consentimiento pleno y libre de la víctima que si bien no fue sometida a una amenaza, fuerza o intimidación lo cierto es que Alejandro

²⁰⁶ RAMÍREZ, J. (2020) ... *op. cit.* 228 p.

²⁰⁷ Véase la Ley N°26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar, Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales.

²⁰⁸ DI CORLETO, J. (2015). *Valoración de la prueba en casos de violencia de género*. Buenos Aires, Editores del Puerto. 7 - 12 p.

Manuel Marrero se habría aprovechado de la juventud, inexperiencia y situación de inferioridad de la víctima. El a quo tuvo en cuenta la personalidad retraída y su dificultad para marcar límites de la víctima que el imputado seguramente advirtió.”²⁰⁹

Por otro lado, también se debe tener en consideración que la posición jurídica en la que se encuentra la víctima es radicalmente distinta a la del imputado; mientras que la primera tiene la obligación de decir la verdad, responder el examen de preguntas y comparecer, el último tiene derecho a guardar silencio sin perjuicio alguno y, en caso de mentir, su conducta no es castigada. Ello implica necesariamente que no es posible equiparar en un mismo plano la versión de ambas partes, ya que, como es evidente, es la víctima quien termina en una posición sustancialmente desventajada. Lo anterior, además, se ve incrementado si, como sucede en gran parte de los casos de violencia de género, existe una relación asimétrica de poder entre la víctima y su agresor, debiendo exigirse aún mayor consideración con las señales de vulnerabilidad existentes en la situación de ésta. Así, es menester reparar en las eventuales amenazas o manipulaciones que puedan alterar el relato, la gravedad de las consecuencias generadas por la denuncia – principalmente en los planos económicos, afectivos o familiares – e, incluso, en la revictimización existente a la hora de llevar adelante un proceso judicial²¹⁰.

Estas consideraciones entorno al testimonio único de la víctima han sido refrendadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un importante fallo que sentó precedente en esta materia, a saber, el caso Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega con México. Los hechos del caso se produjeron en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero en México. En particular, la señora Fernández Ortega, mujer indígena de 25 años, se encontraba en su casa acompañada de sus cuatro hijos, cuando un grupo de aproximadamente once militares armados ingresaron a su casa y procedieron a violarla sexualmente en presencia de su familia. Al respecto, la Corte señaló:

“En primer lugar, a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.

(...)

De las diferentes declaraciones de la señora Rosendo Cantú, salvo algunas imprecisiones, se advierte consistencia en lo relatado en cuanto al hecho de la violación sexual. La Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser

²⁰⁹ Marrero, Alejandro Manuel s/ recurso de casación. Cámara Federal de Casación Penal. 17 de agosto de 2012. 17 p.

²¹⁰ DI CORLETO, J. (2015) ... *op. cit.* 7 - 12 p.

considerados, a priori, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos.”²¹¹

Otro criterio relevante para la valoración de la prueba con perspectiva de género, ligado a los ya mencionados, corresponde a la idea de que las pruebas deben ser apreciadas de manera integral, es decir, considerando las conexiones entre ellas. Ello, dado que, como ya se ha insistido, el contexto en el que generalmente se desarrollan las agresiones hacia las mujeres son de carácter privado e incluso familiares, mediando amenazas y abuso de poder, por lo que la actitud de la víctima, en el sentido de denunciar o no el delito, o bien desistir de una denuncia, no debe interpretarse como un cuestionamiento acerca de si el hecho ocurrió o no. También se ha explicado que el miedo a los efectos de la denuncia en la vida privada y la posibilidad de ser revictimizada desincentiva el inicio de un proceso legal, por lo que no puede obviarse esta situación a la hora de valorar la prueba disponible. Estos criterios importan reparar en que, frente a la ausencia o retractación de una denuncia, existen otros medios de prueba a los que es posible acudir, sin considerar dicha situación como un indicativo de que el delito no existió²¹². Ello supone no imponerles a las mujeres la carga adicional de comportamiento razonable que se esperaría de cualquier persona en una situación normal.

Este tipo de razonamiento entorno al comportamiento de la víctima y, en particular, sobre la necesidad de atender integralmente al conjunto de pruebas disponible también se observa en el fallo de la Sala III de la Cámara Federal de Buenos Aires ya citado, en el cual se señaló que:

“Quien manifestó que no había instado inicialmente la denuncia para no causar problemas a su familia, mantuvo sus dichos sustancialmente análogos a lo largo del proceso y contestes con los de los testigos, la evaluación psicológica la muestra tímida y de afectividad inmadura y su relato se presentó sincero al explicar por qué había respondido a su amiga que no sabía si había sido violada-, todo lo cual indica que (...) se han considerado en forma fragmentaria y aislada los elementos de juicio; que se ha incurrido en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la solución del litigio; que se ha prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria. correlación de los con testimonios entre sí y de ellos con otros elementos indiciarios; y que concurren, en la especie, vicios de fundamentación que tornan nula la resolución impugnada. De todo lo dicho se desprende que existen en el expediente pruebas suficientes para acreditar que K. R. no habría consentido la relación sexual mantenida con el imputado.”²¹³

²¹¹ Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega con México. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 31 de agosto de 2010, párr. 89 y 91.

²¹² DI CORLETO, J. (2015) ... *op. cit.* 5 - 6 p.

²¹³ Marrero, Alejandro Manuel s/ recurso de casación ... *op. cit.* 18 - 20 p.

En este sentido, tal como se ha señalado a lo largo de este trabajo, es imperativo y fundamental que las y los juzgadores erradiquen cualquier tipo de prejuicio o sesgo al momento de razonar, ello con miras a contrarrestar la discriminación sufrida históricamente por las mujeres que ha devenido justamente en la tendencia de no creer en su testimonio y, en consecuencia, a absolver a culpables²¹⁴. Sobre este respecto, es precisamente el estereotipo de “víctima ideal” el que impone una pesada carga muchas veces imposible de soportar en este tipo de delitos, al verse exigida la mujer a denunciar inmediatamente, mantener un relato inmutable y mostrar conductas retraídas y alteradas emocionalmente. Sobre este punto, BÁRBARA SEPÚLVEDA destaca que, al momento de evaluar el comportamiento de la víctima, suele hacerse hincapié en las características de debilidad y vulnerabilidad que se espera que tengan, no condiciéndose con las supuestas máximas de la experiencia tradicionalmente arraigadas que una mujer víctima de una agresión sea más fuerte y corpulenta que su agresor, o que reaccione con rabia en vez de llanto²¹⁵.

Estas generalizaciones dan cuenta de que, en realidad, lo que está detrás del razonamiento obedece netamente a construcciones culturales patriarcales, sin sustento empírico sólido, por lo que no sirven como inferencias probatorias racionalmente justificables²¹⁶. En este sentido, si una jueza o un juez pretender sustentar su razonamiento en base a una generalización entorno a las mujeres, lo lógico – y mínimo – sería que tenga la carga de ofrecer evidencia empírica que avale dicha generalización y, a su vez, constatar la aceptación social de ésta, en particular, su aquiescencia por parte de la misma víctima, quien debiese mostrarse de acuerdo con la subsunción bajo esa categoría general. Lo anterior se condice con la exigencia de la teoría racionalista relativa a la existencia de criterios de racionalidad epistémica intersubjetivamente aceptables.

En línea con ello, y advirtiendo el riesgo de confundir estereotipos con máximas de la experiencia, es que se debe tener especial cuidado por parte de las juezas y jueces en el uso de éstas al momento de realizar inferencias probatorias de tipo empíricas en la valoración de la prueba. Sobre ello, cabe recordar que las máximas de la experiencia no constituyen enunciados necesariamente verdaderos, sino que tan solo se estiman como probables, por lo que su grado de certeza depende, principalmente, del fundamento cognoscitivo en el que descansan²¹⁷. Así, en tanto generalizaciones, las máximas de la experiencia en reiteradas ocasiones adoptan un carácter vago, heterogéneo e, incluso, infundado, envolviendo, en el fondo,

²¹⁴ ARENA, F. (2020). *Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género*. Madrid, Editorial Marcial Pons, Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio N° 1. 252 p.

²¹⁵ SEPÚLVEDA, B. (2020). *Género y Derecho Público. La construcción jurídica de la ciudadanía de las mujeres*. Santiago, Thomson Reuters. Capítulo 3.3.

²¹⁶ ARAYA, M. (2020) ... *op. cit.* 49 p.

²¹⁷ AGUILERA, S. (2020) ... *op. cit.* 115 p.

prejuicios, estereotipos, y, en general, asunciones que no tienen fundamento cognitivo alguno, basándose en un supuesto “sentido común” muchas veces injustificado²¹⁸.

Ejemplo de esta errónea concepción entorno a las máximas de la experiencia y lo perjudicial de un razonamiento de este tipo se muestra en un bullado fallo que se dictó en Perú en octubre del año 2020, en el cual se absolvió a un imputado acusado de violación sexual en razón del color de la ropa interior de la víctima:

“La supuesta personalidad que presenta la misma (tímida) no guarda relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos, pues por la máxima de la experiencia, este tipo de atuendo interior femenino suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad, por lo que conlleva a inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado”²¹⁹

Aún más cuestionable resulta una sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas que, conociendo de la violación a una turista alemana por parte de un guardaparques de CONAF, absolvió al acusado en base al comportamiento que tuvo la ésta al momento de la agresión, dando los siguientes argumentos en su razonamiento:

“No dijo nada en ese momento, cuando Mauricio intentaba accederla carnalmente, ni pidió socorro alguno, porque estaba intentando alejarlo de ella. Sin embargo, ambas acciones no son incompatibles entre sí, y más bien, desde las máximas de la experiencia, complementarias, en cuanto a quien repele una agresión sexual empleando resistencia física, simultáneamente procede a pedir socorro (...) Manifiesta que, en un momento dado, Mauricio Fernández le baja muy rápido el calzón, y dado que ella ya no tenía las piernas cruzadas, tomó una de ellas, la puso a la altura de la cadera y “ahí tuvieron sexo sin querer”. Aquí también, desde la perspectiva de las máximas de la experiencia, se echa de menos una actitud física de resistencia de la denunciante, toda vez que, en esa posición, el manejo de las piernas como mecanismo de defensa resulta ser mucho más fácil para quién desea hacerlo. Sin embargo, de su testimonio, se devela ausencia de aquella actividad.”²²⁰

Asimismo, en vista de otras dificultades que plantea la utilización de máximas de la experiencia, MARYLIN MACCRIMMON apunta a un aspecto que no suele ser advertido en los enfoques habituales sobre este tema, a saber, que “muchas de las generalizaciones de sentido común que se emplean habitualmente en el razonamiento probatorio operan silenciando las experiencias de aquellas personas cuyo comportamiento

²¹⁸ AGUILERA, S. (2020) ... *op. cit.* 116 p.

²¹⁹ Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio Zona Sur.

²²⁰ RUC N°1400368818-7, 15 de octubre de 2014, Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas.

no se adecua a la regla general”²²¹. De acuerdo con su planteamiento, en ciertas ocasiones se utilizan generalizaciones – a título de máximas de la experiencia – que no resultan aplicables a las mujeres (o al menos, no a todas) dadas las circunstancias particulares del caso, por ejemplo y tal como ya se mencionó, en materia de credibilidad y “comportamiento esperable” de una víctima.

En razón de ello se propone, por un lado, la sustitución de aquellos enunciados supuestamente generales por enunciados y esquemas que consideren las experiencias propias de las mujeres, y que al mismo tiempo sean sensibles a los diferentes tipos de situaciones en las que éstas se pueden ver involucradas; y, por otro, el fomento de pruebas periciales encaminadas a cuestionar y desactivar creencias, mitos y estereotipos habituales, pero infundados, acerca de las mujeres²²². Lo anterior serviría para erradicar los sesgos que tienden a permear el razonamiento de las y los jueces, y, al mismo tiempo, permitir una valoración de la prueba acorde a las exigencias de lo que supone la perspectiva de género.

Además de las propuestas señaladas, también podrían mencionarse a título meramente ejemplar y sin profundizar en éstas, ideas como la revisión de las reglas de carga de la prueba, la erradicación de las prácticas dirigidas a reducir la credibilidad de las declaraciones de las mujeres, o la eliminación de creencias afianzadas sobre el comportamiento supuestamente esperable de las víctimas, todo en línea con lo que se esperaría al momento de aplicar la perspectiva de género en este momento probatorio.

Finalmente, en lo que respecta a la decisión sobre los hechos probados con perspectiva de género, es preciso apuntar a la diferenciación de estándares probatorios según el tipo de delito involucrado, siempre y cuando provenga de una modificación legal y no ya de una mera decisión judicial. En base a las mismas consideraciones ya esgrimidas relativas a la particular atención que se debe dar a la valoración de la prueba en el contexto de delitos de violencia de género, es que resulta necesario realizar en estos casos una construcción que permita sostener un estándar diferenciado.

Como ya se señaló precedentemente, el estándar probatorio de “más allá de toda duda razonable” importa un umbral de suficiencia de muy alta exigencia. Ello resulta lógico en gran parte de los casos, ya que, al momento de distribuir la posibilidad de error, se busca reducir la cantidad de falsos positivos. Sin embargo, es cuestionable cuando existen grandes dificultades probatorias o cuando existen otros bienes jurídicos que debiesen privilegiarse, aun arriesgando la condena de inocentes, como ocurre en los casos de delitos de violencia de género, particularmente, en materia de delitos sexuales.

²²¹ MACCRIMMON, M. (1991). *The social construction of reality and the rules of evidence*. U. Brit. Colum. Rev. 23

p.
²²² Ibid.

Sobre este punto, cabe recordar que la determinación del nivel de exigencia de un estándar de prueba no importa necesariamente que en la práctica se dé una disminución de los errores, sino que únicamente incide en su distribución, valorando cierto tipo de error – falso negativo – por sobre otro – falso positivo –, sin embargo, desde una mirada epistemológica, privilegiar las absoluciones falsas en desmedro de condenas injustas, importa igualmente un fracaso en cuanto al propósito de averiguación de la verdad que supone la teoría racionalista²²³.

Ahora bien, por estándar diferenciado, no se debe entender necesariamente un estándar reducido, así como tampoco cabe presumir que ello supondría privilegiar la posición de la mujer por sobre la búsqueda de la verdad, sino que más bien, lo que en realidad se propone es una modificación de las condiciones requeridas para entender satisfecho el estándar de “más allá de toda duda razonable”. Como bien grafica FEDERICO JOSÉ ARENA, la modificación aquí propuesta puede equipararse a lo que sucedió en materia futbolística al alterar el criterio para determinar la posición de adelanto de un jugador en la cancha mediante la incorporación del sistema VAR; si bien no se reformó la regla, sí hubo una innovación en la manera en que ésta se materializaba. En este sentido, atendiendo a las condiciones particulares que envuelven a los delitos de violencia de género – dado el contexto, la historia de discriminación hacia las mujeres, los prejuicios que afectan la declaración de las víctimas, etc. – sostener un estándar diferenciado supondría, por ejemplo, que contando con el testimonio único de la víctima sí podría descartarse la duda razonable, sin pretender equiparar la situación a otro tipo de delitos en los que existe gran cantidad de prueba disponible²²⁴.

De esta manera, existen una serie de argumentos que permiten justificar la necesidad de contar con un estándar diferenciado. En primer lugar, es necesario atender al déficit probatorio existente en este tipo de casos. Al haber sido ya latamente desarrollado a lo largo de este capítulo, no se ahondará mayormente en este punto. En segundo lugar, es posible señalar los costos del error de una absolución falsa. Si bien este argumento dice relación con consideraciones políticas y no epistémicas, no cabe duda alguna que producto de los falsos negativos en casos de delitos sexuales se ha generado una deslegitimación institucional del sistema judicial, e incluso y lamentablemente, una proliferación de mecanismos de autotutela para resguardar a las víctimas ante la falta de respuesta por parte del Estado. Finalmente, un tercer argumento para justificar la diferenciación del estándar probatorio en estos casos dice relación con la inutilidad de tener un tipo penal inaplicable²²⁵. Este criterio es claramente instrumental al anterior, ya que tiene por objeto dotar de eficacia a la protección de los bienes jurídicos que estos tipos penales pretenden salvaguardar. No hace sentido prevenir y sancionar delitos que, a fin de cuentas, terminan no cumpliendo con su objetivo. Sin

²²³ ARAYA, M. (2020) ... *op. cit.* 62 p.

²²⁴ ARENA, F. (2020) ... *op. cit.* 253 p.

²²⁵ FERRER, J. (2018). *Prolegómenos para una teoría sobre el estándar de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*. Ponencia, Primer Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio. Girona.

embargo, considerando también que en este tipo de delitos las penas son de gran entidad, cabe señalar que la diferenciación del estándar en caso alguno podría suponer una rebaja sustancial.

Todo lo anterior permite vislumbrar la necesidad de, al menos, abrirse a la posibilidad de contar con un estándar probatorio diferenciado, menos exigente, para los casos de violencia de género, particularmente, en casos de delitos sexuales. Sin embargo, este no es un tema pacífico ni mucho menos sencillo de resolver, por lo que lo razonable en esta materia es reconducir y redoblar los esfuerzos en la primera etapa de la actividad probatoria, esto es, la conformación de los elementos del juicio, enfocando el trabajo en la recopilación de la mayor cantidad de antecedentes que permita dar cuenta tanto del hecho a probar, como del contexto en que se desarrolló el delito, siendo particularmente sensibles con los indicios y circunstancias especiales que envuelven a este tipo de agresiones.

Además, e insistiendo en este punto, considerando el conjunto de elementos esgrimidos para sustentar un razonamiento probatorio con perspectiva de género, es menester avanzar en la erradicación del uso de estereotipos, sesgos o prejuicios que afecten negativamente a la mujer, dotando a las juzgadas y juzgadores de herramientas suficientes que permitan estar a la altura de las exigencias que la epistemología y la institución probatoria suponen.

V. CONCLUSIONES.

El presente trabajo ha buscado demostrar cómo la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito jurisdiccional posee fuertes sustentos institucionales como doctrinarios para defender que constituye una herramienta metodológica que necesariamente debe ser aplicada por parte de las juezas y jueces.

En este sentido, en cuanto al sustento institucional, se hizo una revisión de los instrumentos normativos internacionales y regionales de derechos humanos que consagran el principio de igualdad y no discriminación como obligación genérica, pero fundamental, para los Estados Parte que los hayan ratificado, además de analizar en detalle las dos grandes Convenciones que dicen relación particularmente con la protección de la mujer, esto es, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Ambos instrumentos suponen deberes específicos en miras a la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia, fomentando la adopción de medidas de todo tipo para modificar y erradicar las prácticas que perpetúen la violencia contra la mujer por parte de los tribunales del país.

Con el objeto de incorporar los mandatos de la normativa internacional de derechos humanos relativos a la igualdad y no discriminación, violencia de género y acceso a la justicia, es que luego de un largo trabajo, se creó la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial. En ésta se propone la incorporación de la perspectiva de género en todo el aparato judicial, a efectos de identificar las brechas y no perpetuar, con su accionar, desigualdades y discriminaciones existentes que obstaculizan el acceso efectivo a la justicia, con miras a erradicar todo tipo de desigualdad y violencia hacia la mujer. En esta línea, consagra una serie de principios rectores que pretenden posicionar a la perspectiva de género como un mecanismo eficaz y necesario para asegurar el acceso a la justicia, contemplando expresamente uno relativo al enfoque de género por parte de las juezas y jueces. Para materializar el referido principio es que elaboró el Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias, en el que destaca la existencia de una matriz de análisis para aplicar los principios de igualdad, no discriminación y perspectiva de género. Esta herramienta supone una ruta jurídica sistematizada para el examen de cada caso, auxiliando a la hora de reconocer e identificar elementos propios de situaciones de desigualdad, vulnerabilidad, o discriminación de alguna de las partes, así como la existencia de prejuicios, roles o estereotipos de género, asimetrías de poder o fenómenos de discriminación interseccional, acompañando a las y los juzgadores en todas las etapas del proceso decisorio. Si bien es cierto que ambas herramientas señaladas constituyen un gran avance, es posible perfeccionarlas y profundizar sus requerimientos en determinadas materias.

Por su parte, en cuanto al sustento doctrinario, se hizo una revisión exhaustiva de los postulados de las teorías de comportamiento judicial, particularmente, en materias de argumentación e interpretación jurídica y razonamiento probatorio. Así, se asentó la idea que las decisiones judiciales se ven influidas por elementos extrajurídicos, es decir, por valoraciones morales y políticas que permean el razonamiento de la o el juzgador. Sobre este punto, es preciso apuntar a que el derecho es eminentemente indeterminado, por lo que siempre habrá espacios de discrecionalidad; suponer lo contrario, sería tanto utópico, como contrario a lo que se pretende con la incorporación de la perspectiva de género. Así, es el intérprete – es decir, la jueza o el juez – quien elige, dentro del espectro de argumentos y directivas que existen, cuál aplicar según sus propios valores e ideología. Sin embargo, es preciso recalcar que esta discrecionalidad en caso alguno supone arbitrariedad, ya que esta última no cumple con el requisito de racionalidad que plantean las teorías de argumentación e interpretación jurídica.

En línea con ello, se propuso una terminología que permitiera justificar las decisiones de las juezas y jueces, consistente en la distinción entre la justificación interna y la justificación externa de la decisión judicial. Esta última importa la fundamentación de las premisas normativas, mediante la argumentación e interpretación jurídica, y de las premisas fácticas, a través del razonamiento probatorio. Así, para determinar que una decisión judicial es correcta, debe necesariamente contar con una fundamentación racional de los dos tipos de justificaciones recién mencionadas, entendiendo por racional la conformidad de las premisas respecto del acervo de valores y de creencias propias de la cultura y experiencia jurídica en la que se inserta, lo que interesa de sobremanera a la hora de pretender aplicar la perspectiva de género.

En este sentido, la fundamentación de la premisa normativa dice relación con el ejercicio interpretativo que se realiza al momento de atribuir el significado a un determinado enunciado, lo que se da con mayor frecuencia y supone grandes desafíos en los denominados casos difíciles. Éstos suponen un acto decisorio por parte de la jueza o el juez y se lleva a cabo a través de los argumentos interpretativos revisados, los que suponen tanto ventajas como desventajas. Y, por su parte, la fundamentación de la premisa fáctica supone la adecuación a las reglas de la prueba, desde el punto de vista de la teoría racionalista aquí sostenida, durante los distintos momentos probatorios, a saber, la conformación de los elementos del juicio, la valoración de éstos y la decisión probatoria. Sobre este punto, cabe resaltar que la forma en la que se materializa el razonamiento probatorio es mediante inferencias probatorias de tipo empíricas, las que suponen una generalización para correlacionar los hechos probatorios con los hechos a probar.

Lo relevante de todo lo anterior, dice relación con que los planteamientos entregados por las teorías de comportamiento judicial, en su doble dimensión, son perfectamente compatibles con la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias. De esta manera, en cuanto a la argumentación e interpretación jurídica, en tanto el parámetro de racionalidad que se exige para establecer como correcta una determinada

decisión judicial dice relación con los valores y creencias de la comunidad jurídica en la que se inserta, es posible sostener que éstos perfectamente pueden corresponder a los principios ligados a la perspectiva de género, por cuanto éstos están dados por un marco normativo que mandata su aplicación. Así, en miras de cumplir con dicho estándar y poder realizar una interpretación y argumentación acorde a las exigencias aquí desarrolladas, es que se propone el uso y preeminencia de ciertos argumentos que se consideran más compatibles con la perspectiva de género, en tanto facilitan un ejercicio de atribución de significado en esa línea.

Por su parte, en cuanto a la perspectiva de género en el razonamiento probatorio, resulta particularmente relevante la consideración de las circunstancias especiales que envuelven los delitos de violencia de género. En este sentido, al existir una serie de condiciones que propician un déficit probatorio, es menester que las juezas y jueces puedan atender al contexto de estas agresiones. Así, al momento de conformación de los elementos del juicio, se debe propender a privilegiar la recopilación de la mayor cantidad de antecedentes de contexto existentes, además de cumplir con los estándares relativos a la debida diligencia de la investigación y considerar una regla de exclusión probatoria en caso de infracción de las garantías fundamentales de la víctima. Por su parte, al momento de valorar las pruebas, se debe tener especial consideración el testimonio único de la víctima, además de propender a una valoración integral de todas las pruebas disponibles y, por sobre todo, un gran cuidado con el uso de estereotipos a título de supuestas máximas de la experiencia. Finalmente, en cuanto a la decisión probatoria, la perspectiva de género supone que se tenga en cuenta la posibilidad de modificar el estándar actualmente consagrado en materia penal. No obstante ello, en tanto esto supone un planteamiento polémico, lo lógico y razonable es canalizar los esfuerzos al primer momento probatorio, para así contar con la mayor cantidad de material que pueda sustentar la búsqueda de la verdad.

Al analizar lo expuesto se denota que el verdadero desafío consiste en la eliminación y erradicación de los estereotipos de género que contribuyen y resultan de las múltiples manifestaciones del patriarcado, las estructuras de poder y las injusticias de género inmersas en las sociedades. En consecuencia, para superarlos y efectivamente lograr un cambio en el razonamiento de jueces y juezas, se requiere de una evolución en la comprensión de las normas tradicionalmente androcéntricas, junto con un cambio de la valoración de los atributos, características y comportamientos históricamente asociados a la mujer. La institucionalidad tiene la obligación de erradicar tanto las relaciones de poder entre los géneros, como la persistencia de estereotipos que puedan afectar a las mujeres no sólo a través de los actos de los particulares, sino que también y, particularmente, mediante aquellos reflejados en las leyes, estructuras e instituciones jurídicas y sociales. Ello cobra relevancia a la hora de administrar justicia, ya que, si son los mismos tribunales los que perpetúan los sesgos y replican la violencia, ¿qué protección le queda a las mujeres?

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ACCATINO, D. (2011). *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal*. Valparaíso, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXVII.

ACCATINO, D. (2019). *Teoría de la prueba: ¿Somos todos racionalistas ahora?* Revus. *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, N° 39. 5 p.

AGUILERA, S. (2020). *La perspectiva de género como herramienta para la valoración racional de la prueba*. Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales. Revista Jurídica del Ministerio Público N°80.

ALLEN, R. (2011). *Standards of proof and the limits of legal analysis*. Girona, Universidad de Girona.

ARAYA, M. (2020). *Género y Verdad. Valoración Racional de la Prueba en los Delitos de Violencia Patriarcal*. Santiago, Centro de Estudios de la Justicia. Revista de Estudios de la Justicia, N° 32.

ARENA, F. (2020). *Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género*. Madrid, Editorial Marcial Pons, Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio N° 1.

ATIENZA, M. (2000). *Argumentación jurídica*. Madrid, Editorial Garzón Valdés y Laporta.

ATIENZA, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México, Universidad Nacional Autónoma de México.

CARBONELL, F. (2017). “*Elementos para un modelo de decisión judicial correcta*”, Revista de Estudios de la Justicia N°27.

CARBONELL, F. (2020). *Teoría y método para el estudio del razonamiento y comportamiento judicial con perspectiva de género*. Informe en Derecho.

CHAMALLAS, M. (1997). “*Importing Feminist Theories to Change Tort Law*”, Wisconsin Women's Law Journal.

CHIASSONI, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Colección Filosofía y Derecho.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019). *Compendio Igualdad y No Discriminación. Estándares Internacionales*.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe No. 50/16. Caso 12.834. Fondo. Trabajadores indocumentados. Estados Unidos de América*. 30 de noviembre de 2016.

COMITÉ CEDAW (2010). *Recomendación General N° 28, sobre el artículo 2 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*.

COOK, R., y CUSACK, S. (2009). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. University of Pennsylvania Press.

CRAWFORD, B., STANCHI, K., BERGER, L. (2018). *Feminist Judging Matters: How Feminist Theory and Methods Affect the Process of Judgment*. Law School, Pace University. Rev. 167.

DI CORLETO, J. (2015). *Valoración de la prueba en casos de violencia de género*. Buenos Aires, Editores del Puerto.

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (2017). *Estudio de Diagnóstico sobre la perspectiva de género en el Poder Judicial Chileno*. Recuperado de <http://decs.pjud.cl/estudio-de-diagnostico-sobre-la-perspectiva-de-genero-en-el-poder-judicial-chileno/>

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (2018). *Excma. Corte Suprema incorpora infancia y género a la planificación estratégica del Poder Judicial*. Recuperado de <http://decs.pjud.cl/excma-corte-suprema-incorpora-infancia-y-genero-a-la-planificacion-estrategica-del-poder-judicial/>

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (2018). *Pleno de la Corte Suprema aprueba Política de Igualdad de Género y No Discriminación*. Recuperado de <http://decs.pjud.cl/pleno-de-la-corte-suprema-aprueba-politica-de-igualdad-de-genero-y-no-discriminacion/>

DOHRING, E. (1986) *La prueba. Su práctica y apreciación*. Ediciones Jurídicas Europa América.

EZQUIAGA, F. (1994). *Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N° 1, octubre.

EZURMENDIA, J. (2020). *Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia*. Estudios de Derecho Procesal. Revista chilena de derecho, Vol. 47, N°1.

FACIO, A. (1998). *La Carta Magna de todas las mujeres*, Módulo sobre la CEDAW. ILANUD. Costa Rica.

FERRER, J. (2018). *Prolegómenos para una teoría sobre el estándar de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*. Ponencia, Primer Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio. Girona.

FERRER, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons.

GARCÍA, J. A. (1986). *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*. Anuario de Filosofía del Derecho. Vol. III.

- GARCIA, J.A. (1992). *¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho*. Anuario de Filosofía del Derecho IX.
- GAMA, R. (2020). *Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico*. Marcial Pons, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio.
- GASCÓN, M. (2004). *Los hechos en el derecho*. Madrid, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas Sociales.
- GASCÓN, M. (2005). *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, N° 28.
- GONZÁLEZ, D (2003). *Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)*. España, Jueces para la Democracia, N°46.
- GONZÁLEZ, M. (2019). *Repensando el testimonio: La distinción entre agente y producto*. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Revista Chilena de Derecho, vol. 46 N° 3.
- GONZÁLEZ, D. (2020). *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*. España, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 23
- GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: El Derecho y la Justicia.
- HEIM, D. (2014) *Acceso a la Justicia y violencia de género*. Universidad Nacional de Río Negro. Argentina.
- MACCRIMMON, M. (1991). *The social construction of reality and the rules of evidence*. U. Brit. Colum. Rev. 23.
- MACKINNON, K. (1993). *Hacia una teoría feminista del Derecho*. Universidad de Chile, Revista de Derecho y Humanidades.
- MANAGEMENT AND RESEARCH CHILE S.P.A (2016). *Proyecto de Estudio Diagnóstico de la perspectiva de igualdad de género en el Poder Judicial chileno*.
- MATURANA, C. (2018). *Aspectos generales de la prueba*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- MINISTERIO PÚBLICO. *Informe Estadístico 2020*.
- MINISTERIO PÚBLICO. *Boletín Estadístico Anual. Enero – diciembre 2020*.
- MUÑOZ, A. (2018). *Seminario Internacional “Buenas prácticas de la administración de justicia en la aplicación del principio de igualdad. La perspectiva de género, un desafío para la no discriminación.”* Santiago, Chile.
- NASH, C. (2013). *Estudio introductorio: Derechos Humanos y Mujeres, Teoría y Práctica*. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile,

NEUWIRTH, J. (2005). *Inequality before the law: Holding states accountable for sex discriminatory laws under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and Through the Beijing Platform for Action*. Harvard Human Rights Journal.

LEITER, B. (2001). *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*. Chicago. University of Chicago, Ethics. Vol. 111, No. 2.

ONU-Mujeres, PNUD, UNODC, ACNUDH (2018), Herramientas para el diseño de programas de acceso a la justicia para las mujeres.

RAMÍREZ, J. (2020). *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*. Madrid, Editorial Marcial Pons, Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio N° 1.

ROTH, B. (2002). *The CEDAW as a collective approach to women's right*. Michigan Journal of International Law.

PRICHETT, C. H. (1948). *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values, 1937 – 1947*. Editorial Quid Pro, LLC.

SECRETARÍA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA CORTE SUPREMA (2019). *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Santiago, Poder Judicial.

SECRETARÍA TÉCNICA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN. (2018). *Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial*. Santiago, Poder Judicial.

SEPÚLVEDA, B. (2020). *Género y Derecho Público. La construcción jurídica de la ciudadanía de las mujeres*. Santiago, Thomson Reuters.

SUNSTEIN, C. (2006). *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington, D.C., Brookings Institution.

TARELLO, G. (2013). *La interpretación de la ley*. Lima, Palestra Editores S.A.C.

TARUFFO, M. (2008). *La Prueba*. Santiago, Editorial Metropolitana. Artículos y Conferencias. Investigación judicial y producción de prueba por las partes.

TARUFFO, M. (2009). *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Consideraciones sobre prueba y motivación. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

TRONCOSO, C. (2016). *Derecho internacional de los Derechos Humanos de las mujeres y su recepción por los tribunales superiores de justicia*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

VALCÁRCEL, A. (2001). *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. Santiago, CEPAL, Serie Mujer y Desarrollo 31.

VI CUMBRE IBEROAMERICANA DE PRESIDENTES DE CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES SUPREMOS (2001). *Declaración de Canarias*.

VII CUMBRE IBEROAMERICANA DE PRESIDENTES DE CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES SUPREMOS (2002). *Declaración de Cancún*.

XVII CUMBRE IBEROAMERICANA DE PRESIDENTES DE CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES SUPREMOS (2014). *Declaración de Santiago de Chile*.

WRÓBLEWSKI, J. (1974). *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*. Duncker & Humblot.

WRÓBLEWSKI, J. (1989). *Ideología de la aplicación judicial del Derecho*. San Sebastián, Universidad del País Vasco.