



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

Problemas probatorios en delitos sexuales: máximas de experiencia, estándar penal de convicción y testimonio único de la víctima

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

JOAQUÍN PULIDO FUENZALIDA

Profesor guía

LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH

Santiago de Chile

2024

Para mi madre y mi hermana. Gracias por todo.

Índice

Resumen.....	6
Introducción	7
1. Contextualización y planteamiento del problema.....	7
2. Objeto de la investigación.....	9
3. Finalidad de la investigación	9
I. Máximas de experiencia en la valoración de la prueba en delitos sexuales	13
1. Conceptos y definiciones previas.....	13
1.1 Sistemas de valoración de la prueba, en particular la sana crítica	13
1.2 Delitos sexuales.....	15
2. Problemas generales de las máximas de la experiencia	17
2.1 Sobreabundancia de definiciones: ¿de dónde emana la experiencia?.....	17
2.2 Validez argumentativa.....	19
2.3 El uso de las máximas de experiencia en la práctica judicial en Chile	20
3. Problemas específicos en delitos sexuales.....	21
3.1 Estereotipos y preconcepciones	24
i. Diversas clasificaciones	24
ii. El caso de los estereotipos normativos.....	26
iii. Estereotipos específicos en delitos sexuales	27
3.2 ¿Pueden los estereotipos ser máximas de experiencia aceptables?.....	31
4. Soluciones, en particular la perspectiva de género	33
4.1 Juzgar con perspectiva de género	34
4.2 Algunos equívocos sobre la perspectiva de género en la valoración de la prueba	35
4.3 Aplicación de perspectiva de género en el caso de máximas de experiencia espurias o estereotipadas.....	37
i. Idea General	37
ii. Ideas complementarias.....	38
4.4 Recepción de la perspectiva de género en el derecho chileno	40
i. Antecedentes	40
ii. Recepción en la práctica judicial y valoración de la prueba	41
II. Estándar de convicción penal en delitos sexuales	46
1. Conceptos y definiciones previas.....	46

2.	Problemas generales del estándar de convicción “más allá de toda duda razonable”	47
2.1	El riesgo del subjetivismo	48
2.2	Imprecisión del estándar	50
2.3	Criterios de solución	51
3.	Posibilidad de disminución de exigencia del estándar	52
3.1	Posibles obstáculos a la disminución, en particular el principio de presunción de inocencia	52
i.	Consagración y concepto	52
ii.	Presunción de inocencia, estándar penal y búsqueda de la verdad	53
iii.	¿Derecho absoluto?	56
iv.	Presunción de inocencia y exigencia del estándar penal	57
v.	Necesidad de estándar exigente en el proceso penal	59
3.2	Estándar civil	60
3.3	Estándar intermedio: prueba clara y convincente	61
3.4	Elaboraciones doctrinarias	63
i.	Justificación de la disminución	63
ii.	Formulación de estándares disminuidos concretos	66
III.	El caso del testimonio de la víctima como único elemento probatorio	72
1.	Planteamiento de la problemática	72
1.1	El “sexto sentido” y la sobreestimación de la inmediación	73
1.2	Defectos epistemológicos del testimonio, en particular de víctimas de delitos sexuales ..	74
1.3	Temas relacionados con la práctica jurisprudencial chilena	75
1.4	La importancia de la investigación	76
2.	Criterios de credibilidad o fiabilidad del testimonio único de la víctima	77
2.1	Criterios de credibilidad en jurisprudencia y doctrina	77
i.	Criterios de credibilidad en el Tribunal Supremo Español	78
i.1	¿Criterios o requisitos?	80
i.2	Doctrinas más recientes del Tribunal Supremo Español	82
ii.	Criterios de credibilidad en la jurisprudencia nacional	83
iii.	Criterios de credibilidad en la doctrina	84
2.2	Los datos periféricos de corroboración del testimonio de la víctima	86

i. Corroboración y suficiencia del testimonio de la víctima para condenar	86
ii. Corroboración: sentido y alcance del concepto.....	89
2.3 La pericia psicológica.....	97
Conclusiones	101
Bibliografía	109

Resumen

La presente investigación tiene como objeto, principalmente, los artículos 297 y 340 del Código Procesal Penal, así como los artículos 361 y 366 del Código Penal. La finalidad de este trabajo es analizar y ponderar las soluciones que se han propuesto por doctrina y jurisprudencia para subsanar las diversas dificultades que se presentan en la valoración de la prueba y la decisión sobre los hechos probados que realiza el juez, en el caso de los delitos sexuales. En ese sentido, en primer lugar, abordaremos los diversos desafíos que se presentan a propósito del uso de máximas de experiencia en la valoración de la prueba en delitos sexuales, teniendo especialmente en cuenta la perspectiva de género. Luego, nos referiremos al estándar de convicción en el mismo tipo de ilícitos, y la posibilidad de morigerar su exigencia. Por último, abordaremos el caso del testimonio único de la víctima, con especial atención a la idea de "corroboración periférica".

Introducción

1. Contextualización y planteamiento del problema

El 12 de febrero de 2016, W.F. se encontró con F.D. en Puerto Montt, tras haberse conocido tiempo atrás por la red social Tinder. Pasada las 20:00 horas, se dirigieron a un bar en el centro de la ciudad para bailar, conversar y consumir alcohol. Según el relato de F.D., luego de retirarse del local -en un hostel que encontraron- el sujeto procedió a besarla e insistir en tener relaciones sexuales. Por la ingesta de alcohol, la presunta víctima se habría desmayado, y al despertar se encontraría con W.F. sobre ella realizando actos de significación sexual. El caso fue mediático y polémico debido a ciertas situaciones acontecidas en el desarrollo del juicio, como los dichos de Carolina Montiel, carabinera que la noche de los hechos le tomó declaración a F.D., y luego en juicio afirmó que esta no se comportaba como una persona que había sufrido una agresión sexual, pues aunque lloraba, “no era un llanto de violación”. Uno de los razonamientos judiciales argüidos para justificar la absolución del imputado, fue que los involucrados se conocieron por Tinder, red social que se utiliza primordialmente con el objetivo de concertar encuentros sexuales.^{1 2}

La discriminación contra la mujer por el solo hecho de serlo es una realidad que ha sido abordada desde hace décadas por diversas disciplinas del conocimiento, y en particular, por el feminismo crítico. Resulta innegable la existencia de un patrón de pensamiento patriarcal en la sociedad, surgido a partir de un sistema de opresión y dominación marcado por una relación de poder entre el hombre y la mujer, que provoca desigualdad entre los géneros.³ De esta forma, y desde un planteamiento intelectual dicotómico, se generan dualismos sexualizados y jerarquizados. Por ejemplo, las figuras masculinas se han identificado a sí mismas con racionalidad, cultura, poder u objetividad; mientras que las figuras femeninas se asocian con irracionalidad, sentimiento, o subjetividad⁴.

¹ *El caso de Francisca Díaz, la joven que denunció abuso sexual y terminó condenada por injurias y calumnias.* [En línea] CNN Chile en Internet. 27 de noviembre, 2018. https://www.cnnchile.com/pais/el-caso-de-francisca-diaz-la-joven-que-denuncio-abuso-sexual-y-termino-condenada-por-injurias-y-calumnias_20181127/ [Consulta: 5 de junio de 2022]

² AGUIRRE, F. “et al”. 2019. *La influencia de estereotipos de género en la construcción de máximas de experiencia: análisis jurisprudencial chileno.* IV Concurso Nacional de Derecho Procesal para estudiantes de pregrado: “Sistema de Justicia y perspectiva de género”, pp. 21. [En línea]. <https://semilleroderechoprocesal.udp.cl/wp-content/uploads/2020/09/UCN-COQUIMBO-La-influencia-de-los-estereotipos-de-genero-en-la-construccion-de-maximas-de-experiencia.pdf> [Consulta: 5 de junio de 2022]

³ CAGIGAS, A. 2000. *El patriarcado, como origen de la violencia doméstica.* Revista Monte Buciero N° 5, pp. 307-318.

⁴ OLSEN, F. 1990. *El sexo del derecho.* EN: KAIRYS, D. *The politics of law.* Nueva York, Pantheon, pp. 452-467.

Esta estructura de pensamiento permea en prácticamente todos los ámbitos de la vida en sociedad, y evidentemente el derecho no está exento de su influencia. Los esquemas patriarcales han generado diversos estereotipos, prejuicios o preconcepciones basados en lo que se espera de las mujeres, en relación con roles sociales que les son generalmente asignados. Es así como podemos advertir que, al afirmarse que existe una determinada forma de reaccionar frente a una violación, se está asignando a la víctima un rol social estereotipado, pues se espera que se comporte de forma acorde a lo patriarcalmente prescrito, esto es, de forma sumamente emocional o sentimental.

Los esquemas de pensamiento patriarcales son nocivos en cualquier delito de género y resultan especialmente gravosos en delitos sexuales, por sus características fenomenológicas. En efecto, este tipo de ilícitos está asociado a ciertas dificultades inherentes a sus circunstancias de comisión, en especial en lo relacionado con cuestiones probatorias. Por ejemplo, la inmensa mayoría se produce en la clandestinidad, pues “se juzgan situaciones que transcurren en espacios cerrados y de intimidad, sin espectadores (...) Por lo tanto, en la investigación no suele ser fácil recabar los elementos probatorios tradicionales (...) tales como testimonios de personas sin relaciones con la víctima o el imputado, registros filmicos o documentales, o evidencia física (...) es habitual que el único testimonio directo disponible sea el de la propia víctima”.⁵ Luego, tenemos “el aislamiento de la afectada de todas las potenciales fuentes de ayuda (...) [y] las estrategias de silenciamiento desplegadas por el agresor mediante amenazas, lo cual anula la voluntad de la mujer para resistirse”.⁶ Estas circunstancias suscitan serias dificultades en la etapa de investigación por el poco material probatorio disponible, que se suele reducir al solo relato de la víctima, lo que solo se puede ver agravado si los organismos encargados de investigar actúan en base a estereotipos o preconcepciones. Ello puede impactar irremediablemente en la conformación del acervo probatorio y limitar así las posibilidades de una condena.

A estos inconvenientes relativos a la fenomenología de los delitos sexuales, se suman otros a propósito de la actividad judicial en relación con la valoración de la prueba y la decisión de suficiencia de esta para justificar una condena. Así, un razonamiento judicial sesgado o estereotipado puede no solo vulnerar reglas de apreciación de la prueba, sino que culminar con una absolución que, mediando criterios correctos, podría haber terminado en condena. ¿Es lícito argumentar que al usar Tinder, se está automáticamente dando consentimiento para una relación sexual? ¿Se aviene tal razonamiento con la regulación legal sobre apreciación de la prueba? En otro orden de ideas, ¿Sería prudente

⁵ DI CORLETO, J. y PIQUÉ, M. 2017. *Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género*. EN: HURTADO, P. *Género y derecho penal*. Perú, Instituto Pacifico S.A.C., pp. 412 y 413.

⁶ DI CORLETO, Ob. cit. pp. 413

subsanan los problemas de escasez probatoria inherentes a los delitos sexuales, mediante la morigeración del estándar de convicción penal? Respecto a la clandestinidad de los delitos, ¿basta con el solo testimonio de la víctima para condenar? Esta tesis se centrará en las problemáticas asociadas con la actividad judicial-probatoria en los delitos sexuales, por razones que explicaremos más adelante.

2. Objeto de la investigación

Para definir el objeto de investigación, resulta útil recurrir al conocido concepto de Ferrer, los “tres momentos de la actividad probatoria en juicio”, esto es, la conformación de los elementos de juicio o acervo probatorio, la valoración de dicho conjunto, y la decisión final sobre los hechos que se estiman probados.⁷

Este trabajo se centrará en el segundo y tercer momento probatorio, el de valoración y decisión sobre suficiencia de la prueba. Es así como las principales referencias normativas serán los artículos 297 y 340 del Código Procesal Penal chileno⁸, así como normativa internacional análoga.⁹

Respecto al concepto “delitos sexuales”, se encuentran tipificados en el artículo 361 y siguientes del Código Penal¹⁰ chileno, y nos centraremos particularmente en los ilícitos de violación y abuso sexual, previstos y sancionados por los artículos 361 y 366 del mismo cuerpo legal.

3. Finalidad de la investigación

Como se mencionó en el primer apartado de esta introducción, existen múltiples dificultades asociadas a la actividad probatoria en delitos sexuales. Algunas de ellas devienen directamente de la fenomenología de estos delitos, como por ejemplo el que suelen perpetrarse en contextos de clandestinidad o privacidad. Otras se generan a propósito de la actividad de agentes de investigación en la conformación del acervo probatorio. Estas problemáticas han sido abordadas en profundidad por doctrina¹¹ y jurisprudencia¹², puesto que resulta ineludible afrontarlas si se quiere generar un conjunto rico y fructuoso de material probatorio, siendo esto necesario para la culminación del proceso penal en una condena.

⁷ FERRER, J. 2007. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, pp. 66.

⁸ En adelante, “CPP”.

⁹ En razón de ello, en general se hablará de “doctrina” o “jurisprudencia” indistintamente de si es nacional o internacional.

¹⁰ En adelante, “CP”.

¹¹ En ese sentido ver: DI CORLETO, Ob. cit.

¹² En ese sentido: Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso González y otras vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

En ese sentido, resulta incuestionable el hecho de que la actividad del juez en relación con la prueba, depende directamente de las actuaciones realizadas por otros agentes procesales -como el Ministerio Público y las policías- en etapas anteriores a la valoración de la misma. Sin embargo, resulta igualmente irrefutable el hecho de que la decisión final sobre el apoyo empírico del conjunto de elementos de juicio a las proposiciones fácticas de las partes, es del juez y solo del juez. Es cierto que una condena o absolución acertada depende de un trabajo prolífico de todos los partícipes del proceso, pero siempre será el tribunal quien tenga la última palabra. Por ello, esta tesis se centrará en los problemas probatorios en delitos sexuales directamente asociados con la actividad del juez en el proceso, y no se indagará en profundidad sobre las dificultades relativas a la fenomenología de los delitos o el desempeño de agentes procesales distintos del tribunal.

Así las cosas, una de las primeras problemáticas asociadas a esta actividad judicial-probatoria, surge a propósito del segundo momento descrito por Ferrer y regulado en el artículo 297 CPP, la valoración de la prueba. Como es sabido, esta norma prescribe el sistema de libre convicción o sana crítica, debiendo el tribunal en la apreciación del conjunto de elementos de juicio, considerar i) los principios de la lógica; ii) las máximas de la experiencia y iii) los conocimientos científicamente afianzados.

La mayoría de las dificultades en esta etapa probatoria surgen a partir del segundo criterio, las máximas de la experiencia. El concepto será profundizado posteriormente, así que baste con decir que pueden entenderse como generalizaciones empíricas “que permiten expresar conexiones regulares entre diversos fenómenos empíricos y, de esta forma, posibilitan inferir otros sucesos semejantes de forma explicativa, predictiva y justificativa”.¹³ Es decir, las máximas de experiencias encierran, en su esencia, un juicio de probabilidad sobre el acaecimiento de un determinado hecho, a partir del relacionamiento de otros hechos que, al conjugarse, *usualmente* desembocan en ese resultado determinado. Por lo mismo, pueden adolecer de problemas de confiabilidad, y a menudo consistir en razonamientos estereotipados o de poca exactitud empírica¹⁴. Respecto a la “experiencia”, para la jurisprudencia esto alude al “ordenamiento intelectual” del juez.¹⁵

Como se mencionó anteriormente, existe en las dinámicas sociales un esquema patriarcal de pensamiento que repercute en las concepciones de los roles y actividades que se esperan de las personas en función de su género. Como las máximas de la experiencia se deben al ordenamiento intelectual del juez, no es sino racional pensar que dicho ordenamiento puede verse afectado y condicionado por la

¹³ BELTRÁN, R. 2021. *Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional*. Revista Ius et Praxis, Año 27, N° 2, pp. 143.

¹⁴ En ese sentido ver: BELTRÁN, Ob. cit. pp. 141 y 142.

¹⁵ En ese sentido ver: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1148-2011.

forma patriarcal de pensar. Esto es lo que ha desembocado en complejos problemas prácticos en casos concretos, donde el juez erige al grado de “máximas de experiencia” razonamientos que, en su estructura lógica, son estereotipos o preconcepciones sexistas, según analizaremos más adelante. La doctrina ha propuesto diversas formas de prevenir el uso de prejuicios en este momento de la actividad probatoria en juicio, como por ejemplo, valorar los hechos y las pruebas con perspectiva de género.¹⁶ ¿Pero que implica aplicar perspectiva de género en los casos concretos? ¿Cuál ha sido la recepción de esta herramienta en la legislación y jurisprudencia de nuestro país?

Un segundo grupo de problemas surge a raíz del tercer momento de la actividad probatoria en juicio, la decisión sobre los hechos probados. Según prescribe el artículo 340 CPP, para condenar, el juez debe adquirir *más allá de toda duda razonable* la convicción de que realmente se hubiere cometido el delito y se haya tenido participación en él. Este estándar de convicción es foráneo en su origen, pues procede de la tradición jurídica anglosajona y ha sido objeto de múltiples críticas, como su vaguedad e indeterminación.¹⁷ Se caracteriza por ser el estándar de convicción más exigente posible, ya que como indica el art. 340, basta una sola *duda razonable* sobre los hechos que motivan y sustentan la acusación para absolver al imputado. La doctrina ha reconocido que esto resulta complejo en ciertos tipos de delitos que sufren inherentemente de dificultades probatorias -como los ilícitos sexuales- y en consecuencia se ha insinuado la posibilidad de morigerar el estándar¹⁸, pero el tema dista de ser pacífico, pues para otros autores “no cabe “rebajar” las exigencias del estándar sin desnaturalizar el derecho fundamental”¹⁹ a la presunción de inocencia. ¿Es este derecho absoluto e inalterable? ¿Es compatible la morigeración del estándar con las exigencias del estado de derecho? ¿Qué tipos de estándar se pueden prudentemente presentar como alternativas al de “más allá de toda duda razonable”? ¿Existen propuestas en ese sentido? ¿Qué nivel de exigencia supondrían?

Luego, un tercer grupo de consideraciones se da a propósito del testimonio de la víctima, cuando es la única prueba disponible. Esta situación se encuentra en un punto intermedio entre las dos anteriores problemáticas. En efecto, será sumamente relevante la forma en que el juez aprecie dicha prueba, y

¹⁶ Entre múltiples autores, ver: PALOMO, C. 2021. *Juzgar con perspectiva de género: de la teoría la práctica*. Revista Saber y Justicia vol. 1, núm. 19, pp. 42.

¹⁷ En ese sentido ver: CARNEVALI, R. 2011. *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*. Revista Ius et Praxis Año 17 N° 2, pp. 84. También: REYES, S. 2012. *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*. Revista de Derecho Vol. XXV N° 2, pp. 241.

¹⁸ FERRER, J. 2018. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*. En: PAPAYANNIS, D. & PEREIRA, E. (editores), *Filosofía del derecho privado*. Madrid, Marcial Pons.

¹⁹ RAMÍREZ, J. 2020. *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*. Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio 2020 N° 1, pp. 223.

luego, habrá que determinar si la misma es suficiente para justificar una condena. No hay real acuerdo al respecto, pues existe jurisprudencia según la cual “la declaración de la víctima por sí misma puede resultar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado (...) [pero] cuando la única prueba incriminatoria con la que nos encontramos en un juicio sea la declaración de la víctima, que a su vez ha sido quien ha denunciado y es víctima del delito, la presunción de inocencia puede peligrar”.²⁰ Por ello, se han planteado un conjunto de criterios para condenar en base a un testimonio, como la existencia de datos de “corroboración periférica”²¹. También causa discusión el recurrir a la psicología del testimonio para determinar la credibilidad del relato, pues aunque es un elemento ampliamente utilizado, ha sido objeto de múltiples críticas de fiabilidad.²² Entonces, ¿basta con el solo testimonio de la víctima para condenar? ¿Qué criterios debe cumplir dicho testimonio para ser fiable? ¿Cuál es el alcance y significado concreto de los “datos de corroboración periférica”? ¿Es recomendable acudir a peritajes psicológicos para determinar la veracidad del relato?

Todas las preguntas planteadas en los párrafos anteriores son algunas de las que se suscitan a propósito de la temática que se abordará en esta tesis. En definitiva, y en consonancia con todo lo dicho, la finalidad de esta investigación es analizar y ponderar las soluciones que se han propuesto por doctrina y jurisprudencia para subsanar las diversas dificultades que se presentan en la valoración de la prueba y la decisión sobre los hechos probados que realiza el juez, en el caso de los delitos sexuales, poniendo especial atención en la perspectiva de género como herramienta para juzgar, y en la posibilidad de disminución de exigencia del estándar de convicción penal.

²⁰ MONTESINOS, A. 2017. *Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género*. Revista de Derecho Penal y Criminología 3 N° 17, pp. 131

²¹ Tribunal Supremo español STS N° 238/2011.

²² Al respecto: RAMÍREZ, Ob. cit., pp. 241.

I. Máximas de experiencia en la valoración de la prueba en delitos sexuales

1. Conceptos y definiciones previas

Como establecimos en la introducción, según la distinción esbozada por Ferrer, el *iter probatorio* está conformado por tres momentos. En el presente capítulo nos centraremos eminentemente en el segundo, esto es, el momento de procederse a la valoración de los elementos de juicio disponibles en el proceso²³. Al respecto, como indica el mismo autor²⁴, han existido diversos sistemas en relación con la forma de apreciación de la prueba: la prueba legal tasada, el sistema de la íntima convicción, y la sana crítica. También trataremos en este subcapítulo el concepto de delitos sexuales y nociones relevantes al respecto.

1.1 Sistemas de valoración de la prueba, en particular la sana crítica

Respecto al sistema de la prueba legal tasada, se ha indicado que en él “la labor del legislador se enfocaba en la idea de que los jueces debían tener una limitación frente a lo que pensarán o sentirán”.²⁵ Así, “al estar las reglas de valoración establecidas en la ley se indicaba al juez cuándo y en qué medida debía considerar un enunciado fáctico como probado”²⁶, es decir, era la misma ley la que indicaba -mediante distintas fórmulas- cuál era el peso probatorio específico de cada elemento de juicio. Este sistema, por sus múltiples falencias²⁷, fue descartado en el área penal desde la reforma procesal penal, aunque aún subsiste morigerado en el proceso civil.

El segundo sistema, el de íntima convicción, surge como una respuesta al de prueba legal tasada²⁸, sin embargo, “dio lugar a la creación de una concepción subjetivista, pues existía ausencia de reglas, el juez es libre de convencerse, según su saber y entender. Asimismo, presentaba una suerte de defecto al no exigir la motivación del fallo”²⁹. Es decir, era el juez quien a partir de sus propias concepciones valoraba la prueba, lo cual evidentemente implica un alto riesgo de falta de objetividad, y sobre todo, de falta de control de la fundamentación.

²³ FERRER (2007), Ob. cit., pp. 45.

²⁴ Ídem.

²⁵ ALEJOS, E. 2014. *Valoración probatoria judicial: alcances sobre la evolución de sus sistemas en la prueba penal*. Revista Derecho y Cambio social, año 11, N° 37, pp. 8. [En línea] https://www.derechocambiosocial.com/revista037/VALORACION_PROBATORIA_JUDICIAL.pdf [Consulta: 14 de octubre de 20214]

²⁶ Ibid. pp. 9

²⁷ Ibid. pp. 10

²⁸ Ídem.

²⁹ Ibid. pp. 11

Por último, tenemos el sistema de “libre convicción” o de sana crítica, adoptado en nuestro país a partir de la reforma procesal penal, y plasmado en el art. 297 CPP. Así, como menciona el artículo, el juez deberá valorar la prueba en función de las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia. Ferrer, a modo de prevención, señala que la valoración solo es “libre” en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen la valoración³⁰, esto es, no existe prueba tasada legalmente. Así, el juez se encuentra sujeto a los límites impuestos por los tres elementos que establece el art. 297, de forma que debe justificar su decisión, valorando los elementos de juicio en función de criterios racionales³¹.

Respecto de los principios de la lógica, se ha entendido por la doctrina que se identifican principalmente con los principios formales clásicos de la lógica³², estos son, el principio de identidad, el de no contradicción, el de tercero excluido y el de razón suficiente. A su turno, los conocimientos científicamente afianzados “operan como leyes generales dentro de un discurso científico, obtenidos mediante un método científico y que han pasado diversas fases de corroboración”³³. Así, estas reglas científicas aspiran a la universalidad, lo que implica que no admiten excepciones³⁴.

Sobre las máximas de experiencia -también conocidas como generalizaciones de sentido común- uno de los primeros autores en conceptualizarlas fue Stein, según el cual constituyen “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido”³⁵. Es decir, pretenden tener validez para otros casos también³⁶. En este sentido, “al sustentarse en criterios comunes y generales, las máximas de la experiencia constituirían hipótesis de ciertas consecuencias probables y, por ende, solo poseerían un valor aproximativo de verdad”³⁷. Es decir, a diferencia de los conocimientos científicamente afianzados, que pretenden denotar *universalidad*, las máximas de la experiencia se conforman con expresar *habitualidad*³⁸.

³⁰ FERRER (2007), Ob. cit. pp. 45

³¹ ALEJOS, Ob. cit. pp. 12

³² MATURANA, J. 2014. *Sana Crítica: Un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago, Thomson Reuters, pp. 234

³³ OYARZÚN, F. 2016. *Aplicación de las máximas de la experiencia en un modelo de valoración racional de la prueba*. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 19.

³⁴ IGARTUA, J. 2004. *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*. Madrid, Civitas, pp. 118.

³⁵ STEIN, F. 1988. *El conocimiento privado del juez*, segunda edición. Bogotá, Temis, pp. 27.

³⁶ Ídem.

³⁷ BELTRÁN, Ob. cit. pp. 138.

³⁸ IGARTUA, Ob. cit. pp. 118.

Respecto de su función, Stein entendió que en el razonamiento judicial las máximas de experiencia forman la premisa mayor de un silogismo en el que los hechos son la premisa menor, y así, se llega a una síntesis o conclusión³⁹. En un sentido similar, Taruffo indica que pueden tener una función heurística, en cuanto sirven para formular hipótesis sobre los hechos de la causa⁴⁰. Así, podría presumirse un hecho desconocido a partir de otro conocido, de modo que la inferencia puede estar mediada “por una máxima de la experiencia según la cual, dada la circunstancia conocida X, se puede suponer la existencia de la circunstancia desconocida Y, si la máxima afirma que normalmente, dado X, se tiene también Y”⁴¹. El uso de generalizaciones es insoslayable en el razonamiento judicial, puesto que estas son “el pegamento que mantiene nuestros argumentos unidos”⁴², sin perjuicio de que, por su naturaleza epistémica, están aquejadas por diversas dificultades que trataremos ampliamente más adelante.

1.2 Delitos sexuales

Esta clase de ilícitos se encuentran regulados en el título VII del libro II del Código Penal. Así, en dicho título podemos encontrar la tipificación de los delitos de violación, estupro, corrupción de menores, abuso sexual, etc. En el presente capítulo, y en general en el desarrollo de la presente tesis, nos centraremos en los delitos de violación y abuso sexual, ya que el 97% de las denuncias de delitos sexuales recaen sobre esas dos figuras⁴³. Además, en general, y a menos que se especifique lo contrario, nos referiremos a delitos perpetrados en contra de víctimas adultas.

En relación con el delito de violación, según prescribe el art. 361 CP, consiste en la accesión carnal, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de 14 años, siempre que: se use fuerza o intimidación; la víctima este privada de sentido o se aproveche su incapacidad para oponerse; se abuse de enajenación o trastorno mental de la víctima. Una regulación análoga -aunque con ciertas variaciones- podemos encontrar en los art. 170, 171 y 172 del Código Penal de Perú; el art. 265 del Código Penal Federal de México; el art. 179 del Código Penal de España; entre otros.

El abuso sexual, a su turno, está regulado en el art. 366 inciso primero de nuestro Código Penal, y consiste en la realización de una acción de significación sexual, distinta a la accesión carnal, en alguna de las circunstancias de comisión del art. 361. Regulación análoga -con ciertas variaciones- podemos

³⁹ OYARZÚN, Ob. cit. pp. 29

⁴⁰ TARUFFO, M. 2009. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid, Marcial Pons, pp. 447 y 448.

⁴¹ Ídem.

⁴² OYARZÚN, Ob. cit. pp. 37.

⁴³ BARRERA, D. 2019. *Problemas de la aplicación del estándar “convicción más allá de toda duda razonable” en los delitos sexuales*. Memoria De Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 43.

encontrar en el art. 176 del Código Penal de Perú; el art. 260 del Código Penal Federal de México; el art. 181 del Código Penal de España; entre otros.

Los delitos sexuales, en la inmensa mayoría de los casos, se perpetran contra víctimas mujeres. En efecto, las cifras muestran que en los casos donde los ofendidos son menores, “la mayor proporción de víctimas corresponde a mujeres con un 82% como promedio (...) En cuanto a las víctimas adultas el porcentaje de víctimas mujeres aumenta, alcanzando un 90%”⁴⁴. Con una cifra igual de contundente, según la Policía De Investigaciones, del total de los delitos sexuales cometidos en el primer trimestre de 2021, un 85% de las víctimas son de género femenino⁴⁵.

Las secuelas producidas por los delitos sexuales son vastas y serias, pues “constituyen un problema relevante, cuya magnitud y consecuencias no nos atrevemos siquiera a vislumbrar ni a comprender”⁴⁶. El padecer un delito violento es algo que ataca directamente al sentimiento de seguridad del afectado, lo cual a su vez repercute en su estructura psíquica⁴⁷. Los delitos sexuales son especialmente violentos, pues “es vivenciado por la víctima con un miedo intenso a sufrir un grave daño físico o incluso la muerte, al que se añaden sensaciones de impotencia y desesperanza en cuanto a su incapacidad para escapar o evitarlo”⁴⁸. Las manifestaciones psicopatológicas pueden darse inmediatamente tras la agresión, con una sensación de irrealidad, miedo intenso, o incluso culpa y vergüenza, en conjunto con síntomas como confusión, desorientación, o percepción de profunda indefensión⁴⁹. También puede darse “síntomatología diferida”, en la forma de diversos trastornos, incluidos algunos causados por estrés⁵⁰.

Pero las consecuencias no son solo para las víctimas directas, pues la “vulnerabilidad que genera el elevado índice de agresiones sexuales contra las mujeres condiciona profundamente sus vidas

⁴⁴ *Guía para la Evaluación Pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales*. 2016. Por Sofía Huerta Castro “et al”. Chile, pp. 27.

⁴⁵ PDI. 2021. *Delitos sexuales: balance primer trimestre 2021*. [En línea] <https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/detalle-prensa/2021/05/12/delitos-sexuales-balance-primer-trimestre-2021> [consulta 30 de diciembre de 2022]

⁴⁶ *Principales consecuencias a largo plazo en la salud de las mujeres víctimas de violación*. 2004. Por Adela Montero V. “et al”. Revista de la sociedad chilena de obstetricia y ginecología infantil y de la adolescencia, Vol. XI N°2, pp. 48.

⁴⁷ GONZÁLEZ, J. y PARDO, E. 2007. *El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual*. VIII Congreso Virtual de Psiquiatría, pp. 2.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ibid. pp. 3 y sgtes.

⁵⁰ Ídem.

cotidianas”⁵¹. Así, esta situación influye en la manera en que las mujeres se visten, caminan, o incluso se sientan, por el miedo a ser violadas⁵².

Esta clase de delitos encierra un conjunto importante de dificultades y particularidades. En ese sentido, por ejemplo, “en la mayoría de los casos se cometen en el entorno cercano a la víctima, de modo que el victimario pertenece a la familia de aquella o a sus conocidos”⁵³. Esto se relaciona con dos importantes temas que ya adelantábamos en la introducción de este trabajo -y que trataremos con detalle más adelante- estos son, que es común que los delitos sexuales no dejen huella de la agresión, y en la misma línea, se da una situación de escasez probatoria en los juicios.

2. Problemas generales de las máximas de la experiencia

Indicamos ya una idea general del concepto “máximas de experiencia”, elemento fundamental del razonamiento judicial en la valoración de la prueba. Abordamos asimismo la función de estas máximas, mencionando que, en términos argumentativos, pueden concebirse como la premisa mayor del silogismo judicial que efectúa el tribunal, en la valoración de los elementos relevantes de juicio. Ahora corresponde analizar los distintos problemas que se relacionan con estas generalizaciones. El primero de ellos es relativo a la sobreabundancia de definiciones diferentes y no siempre acordes del concepto, poniendo especial énfasis en las distintas nociones acerca de dónde emana la experiencia. El segundo, a un nivel más macro, tiene que ver con la validez argumentativa de las generalizaciones. El tercero, por último, dice relación con la aplicación en la práctica jurisprudencial de las máximas de experiencia.

2.1 Sobreabundancia de definiciones: ¿de dónde emana la experiencia?

Sobre el concepto de máximas de experiencia hay multitud de definiciones y no todas ellas son completamente concordantes. Mientras que para algunos autores son normas, para otros son meras herramientas del razonamiento judicial⁵⁴. Se han definido como juicios hipotéticos de contenido general, pero también se ha pretendido otorgarles un carácter más concreto⁵⁵. Aunque el problema más

⁵¹ BOVINO, A. 1995. *Delitos sexuales y feminismo legal: [algunas]mujeres al borde de un ataque de nervios*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, pp. 135. [En línea] <https://www.pensamientopenal.com.ar/doc-trina/41242-delitos-sexuales-y-feminismo-legal-algunas-mujeres-al-borde-ataque-nervios> [consulta 14 de octubre de 2024]

⁵² Ídem.

⁵³ BARRERA, Ob. cit. pp. 48.

⁵⁴ LIMAY, R. 2021. *Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género*. Revista Ius Et Veritas N° 63, pp. 214.

⁵⁵ Ídem.

importante a efectos de este subcapítulo, tiene que ver con el concepto mismo de “experiencia”, pues cabe preguntarse, ¿experiencia de quién?

Stein, el primero en abordar este tipo de generalizaciones, sostuvo simplemente que provenían de la experiencia⁵⁶, sin más. En la misma línea, Araya habla también de “experiencia pasada”⁵⁷. Couture a su vez indica que se extraen de la observación de una multiplicidad de casos⁵⁸, pero tampoco indica quién realiza dicha extracción.

Para Horvitz, forman parte de la cultura “del hombre medio” en tiempo y momento determinado⁵⁹, siendo de la misma opinión Taruffo⁶⁰, y en un sentido parecido, Cerda menciona que los juicios hipotéticos provendrían del conocimiento práctico de los hombres⁶¹. Bustamante comparte estas nociones, aunque elimina al sujeto “hombre” y lo sustituye por “persona” de cultura media⁶².

Por otro lado, para Calamandrei las máximas provienen del “patrimonio intelectual” del juez y de la “conciencia pública”⁶³, algo que coincide con la opinión que expresa en una sentencia la Corte de Apelaciones de Santiago, según la cual las generalizaciones se identifican con el ordenamiento intelectual del juez, llegando a afirmarse que aquella conclusión proviene del “sentido natural y obvio” del término⁶⁴. Acorde con esta idea, para Montero las máximas se extraen de la experiencia de vida del juzgador⁶⁵, mientras que Oberg, a su turno, afirma que “nacieron de las relaciones de la vida, y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia”⁶⁶.

En todas estas nociones podemos identificar tres corrientes de pensamiento. En la primera, simplemente se afirma que las generalizaciones emanan de la experiencia, sin más. Esto podría hacer suponer que para ciertos autores, el concepto de “experiencia” está suficientemente decantado

⁵⁶ STEIN. Ob. Cit. pp. 27

⁵⁷ ARAYA, M. 2020. *Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal*. Revista de estudios de la justicia N° 32, p. 46.

⁵⁸ OYARZÚN, Ob. cit. pp. 25.

⁵⁹ HORVITZ, M. Y LÓPEZ, J. 2002. *Derecho procesal penal chileno tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 336

⁶⁰ TARUFFO, M. 2011. *La prueba de los hechos*, cuarta edición. Trotta, pp. 219.

⁶¹ LIMAY, Ob. cit. pp. 213.

⁶² Ídem.

⁶³ CALAMANDREI, P. 1961. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, pp. 381.

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1148-2011.

⁶⁵ MONTERO, J. 2008. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid, Civitas, pp. 438.

⁶⁶ OBERG, H. 2004. *Máximas de experiencia*. Revista actualidad jurídica N°10, Universidad del Desarrollo, pp. 169.

conceptualmente como para no requerir más especificación. Como también se habla de experiencias previas o pasadas, puede colegirse que en realidad la generalización emana del mismo juez.

La segunda corriente es mucho más concreta y se refiere a la idea de “cultura general”, usando expresiones como “hombre medio” o persona de cultura media. Por último, para otro grupo de autores, la experiencia emana directamente de la vida o la intelectualidad del juzgador.

Cabe destacar que estas nociones no son mutuamente excluyentes, y por ejemplo en Calamandrei podemos advertir que hay una especie de mixtura entre las ideas de la segunda y tercera corriente. Sin embargo, la multiplicidad de definiciones no resulta inocua, y parece complicado compartir el diagnóstico de la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuanto a que el sentido de la palabra “experiencia” es natural y obvio. En efecto, las nociones que hacen alusión a la experiencia propia del juzgador, su vida o su patrimonio intelectual, encierran *a priori* un serio de riesgo de subjetividad. Si lo relevante es exclusivamente lo que el juez ha vivenciado, ¿cómo podríamos controlar racionalmente la aceptabilidad de las máximas que invoque? Es inherente a la propia experiencia el que sea subjetiva, perteneciente al fuero interno, y en consecuencia no es susceptible de control objetivo.

En ese sentido, la corriente que se refiere a la noción de “cultura general” o conciencia pública puede resultar más acertada, aunque no está desprovista de complejidades, sobre todo en un mundo crecientemente plural, gobernado por lógicas culturales diversas y no por ello inválidas. Además, como mencionamos en la introducción de este trabajo, existe en la mayoría de culturas conocidas una lógica patriarcal que permea la conciencia pública. No resulta baladí que algunas definiciones se refieran al conocimiento del “hombre medio”, pues se puede decir que diversas estructuras sociales -y en particular el derecho- fueron en principio construidas a partir de un paradigma masculino. Desarrollaremos con más profundidad estas ideas más adelante.

2.2 Validez argumentativa

Para Araya, las máximas de experiencia reflejan meras regularidades empíricas⁶⁷, y en ese sentido solo pueden referirse a probabilidades, pero no otorgan certezas. Esto coincide con las ideas que examinábamos antes, en el sentido de que este tipo de generalizaciones denotan *habitualidad*, pero no pretenden ni pueden pretender universalidad, pues ese lugar queda reservado para otro elemento de la sana crítica, a saber, los conocimientos científicamente afianzados.

Siendo así, la falibilidad es connatural a las máximas de experiencia, jamás pueden otorgar real garantía, y es por eso que algunos autores las gradúan en función de su fiabilidad⁶⁸, llegándose a afirmar

⁶⁷ ARAYA, Ob. cit. pp. 46.

⁶⁸ Según veremos más adelante.

que resultan epistemológicamente peligrosas⁶⁹. En esa línea, se ha dicho que estas generalizaciones envuelven el riesgo de deducirse de hechos que no tienen base estadística⁷⁰.

Entonces, cabe preguntarnos, ¿por qué aceptamos a las máximas de experiencia como una herramienta en la valoración judicial? Al respecto, es menester mencionar que en la teoría racionalista de la prueba -a la que este autor adscribe- se asume como una realidad indubitable que es imposible llegar a la certeza racional de que los hechos ocurrieron tal y como los da por acreditados el juez⁷¹. Por las limitaciones cognoscitivas propias de la condición humana, aceptamos que las herramientas racionales de valoración de la prueba tienen siempre cierto margen de error, y como no podemos pretender dotar de universalidad a todas nuestras reflexiones, acudimos a este tipo de generalizaciones para operar como “pegamento del razonamiento judicial”. Sin embargo, y sin perjuicio de estas consideraciones, resulta innegable que las máximas de experiencia son -epistemológicamente hablando- las más débiles y falibles del razonamiento probatorio, en comparación con los principios de la lógica o los conocimientos científicamente afianzados. Por lo mismo, deberán usarse y analizarse con particular cuidado. En definitiva, “la utilización de las máximas de experiencia en la argumentación probatoria es del todo riesgosa, pero insoslayable”⁷².

2.3 El uso de las máximas de experiencia en la práctica judicial en Chile

Es sabido que en nuestro país el juez tiene el deber imperativo de justificar sus sentencias, y en particular el art. 297 inc. 3° CPP se refiere a la importancia de que el razonamiento del tribunal pueda ser reproducido. En ese sentido, diversos autores han aludido a la necesidad de que las máximas de experiencia utilizadas por los jueces se hagan “reflotar”⁷³, es decir, se mencionen expresamente, se especifiquen. Solo de esa forma el razonamiento empleado por el tribunal puede luego ser analizado racionalmente, lo cual es de suma relevancia si consideramos -como algunos autores- que la experiencia emana de la vida o el patrimonio intelectual del juzgador. Sin embargo, en la práctica jurisprudencial nacional, se pueden observar ciertas falencias alrededor del empleo de este tipo de generalizaciones.

Así, en primer lugar, sobre el concepto mismo de las máximas, y como se señala en un análisis de jurisprudencia, “no existen aún sentencias que distingan claramente el tipo de conocimiento que funda una máxima de la experiencia, exponiendo razonamientos más bien subjetivos para aceptarlas o

⁶⁹TWINNING, W. 2006. *Rethinking evidence. Exploratory essays*, segunda edición. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 334.

⁷⁰OYARZÚN, Ob. cit. pp. 45.

⁷¹En ese sentido ver FERRER (2018), Ob. cit. pp. 2.

⁷²ARAYA Ob. cit. pp. 49.

⁷³En ese sentido, Ídem.

descartarlas⁷⁴. Además, “las sentencias no se hacen cargo del análisis relacionado con el grado de confirmación que las máximas de la experiencia otorgan a las hipótesis a probar⁷⁵, es decir, no siempre se identifica el nexo lógico de carácter confirmativo que debiera existir entre la máxima erigida y la hipótesis probatoria.

Se indica asimismo que a pesar de que desde la doctrina se han formulado criterios de fiabilidad epistemológica para distinguir las máximas de experiencia utilizables y las inaceptables -según veremos más adelante- estos criterios “no han sido utilizados ni recogidos por los sentenciadores para evaluar el grado de confirmación de la hipótesis escogida⁷⁶. Para la presente tesis, esta es probablemente la deficiencia más relevante en la aplicación jurisprudencial de las máximas de experiencia. En efecto, si los jueces no han considerado los criterios de fiabilidad epistémica de las máximas de experiencia a la hora de ponderar el grado de confirmación de una hipótesis probatoria, ello implica que en general no han hecho un análisis acerca de la aceptabilidad epistémica de las generalizaciones usadas. Es decir, no han evaluado la falibilidad de las mismas.

3. Problemas específicos en delitos sexuales

En este punto, sabemos que alrededor de las máximas de experiencia se pueden identificar un conjunto de problemas, cuestión que se ve agravada si tenemos en cuenta que dichas complejidades son complementarias, se potencian entre ellas. En efecto, si ya de por sí este tipo de generalizaciones encierran un problema de fiabilidad epistemológica, en tanto refieren solo a *habitualidad*, esa situación se acentúa en la práctica judicial, pues en ocasiones no existe un análisis de aceptabilidad de las máximas argüidas, esto es, no se evalúa la falibilidad de las mismas. Todo esto se agudiza aún más considerando que para un grupo importante de autores, las máximas provienen directamente del patrimonio intelectual del juez, en circunstancias en que estos no realizan siempre un análisis de aceptabilidad o fiabilidad, por lo que se exponen razonamientos más bien subjetivos para aceptarlas o descartarlas⁷⁷. Si adherimos a la concepción de la cultura general o conciencia pública, ¿mejora este panorama?

La mujer ha sido históricamente discriminada en base a la construcción de un sistema patriarcal de la sociedad. Incluso en la época ilustrada -que definiría toda la estructura del pensamiento racional moderno- en la que palabras como igualdad, libertad o dignidad se volvieron consignas de lucha y derechos axiomáticos de la “humanidad”, conocidos autores como Rousseau, Hegel, o Schopenhauer,

⁷⁴ OYARZÚN, Ob. cit. pp. 106.

⁷⁵ Ibid. pp. 107.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ OYARZÚN, Ob. cit. pp. 106.

defendieron abiertamente la diferencia ontológica y natural de los sexos, en base a la cual se pretendía justificar racionalmente la inferioridad de la mujer⁷⁸. Se ha dicho sobre el género que “comprende imaginarios, que simbolizan y dan sentido a la diferencia sexual, a la manera como se explican, valoran y establecen normas a cerca de la masculinidad o la feminidad”⁷⁹. Estos imaginarios segregadores estereotipan, encasillan a los individuos en base a “unas características culturales específicas a partir de las diferencias biológicas”⁸⁰. Como fue establecido en la introducción de este trabajo, esa división de características culturales en base al sexo no es neutral, pues es común que en la lógica patriarcal se identifique a los hombres con cualidades socialmente más apreciadas, como racionalidad u objetividad, en contraste a irracionalidad y subjetividad. En ese sentido, Simone de Beauvoir afirmaba en su célebre obra “*El segundo sexo*” que el hombre representa lo positivo y lo neutro, mientras que la mujer es lo negativo⁸¹. De todo esto se deduce la existencia de una situación jerárquica desigual, donde prima una relación de sometimiento o dominación, pues en la base del pensamiento feminista se encuentra la constatación de que en casi todas las sociedades conocidas las mujeres ocupan un lugar de inferioridad en relación con los hombres⁸².

El feminismo ha estudiado en distintas épocas estos esquemas segregadores que diferencian a la mujer y al hombre, construyendo estereotipos. El derecho por supuesto no está exento de la influencia del pensamiento patriarcal. Se ha planteado que el derecho es sexista, que es masculino, o que tiene género⁸³, o en otras palabras, que el derecho no es neutral, aunque lo pretenda. Más modernamente, algunas autoras como Carol Smart han defendido que el derecho se puede ver como una estrategia creadora del género⁸⁴. Es decir, ya no se trata de que la lógica patriarcal influya sobre el derecho, sino que es el derecho el que perpetúa la influencia patriarcal en la sociedad, construye -aunque sea parcialmente- la idea de “mujer”, y en ese sentido, es una herramienta que contribuye a la segregación.

Las generalizaciones de sentido común están íntimamente asociadas con la idea de “cultura colectiva”, según ya establecimos anteriormente. Como es obvio, también están estrechamente asociadas con el derecho, pues representan una institución fundamental en el razonamiento probatorio. El problema es que, según desarrollamos en los últimos dos párrafos, existe influencia de un patrón

⁷⁸ FRIES, L. y LACRAMPETTE, N. 2013. *Feminismos, género y derecho*. En: LACRAMPETTE, N. (Editora) *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp. 34 y sgtes.

⁷⁹ FANDIÑO, Y. 2013. *La violencia de género y el pensamiento patriarcal*. Revista *Advocatus*, N°21, pp. 155.

⁸⁰ Ídem

⁸¹ LACRAMPETTE, Ob. cit. pp. 45.

⁸² Ibid. pp. 33.

⁸³ SMART, C. 2000. *La teoría feminista y el discurso jurídico*. En: BIRGIN, H. (Compiladora), *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Buenos aires, Biblos, pp. 34 y sgtes.

⁸⁴ Ibid. pp. 41.

patriarcal de pensamiento tanto en la cultura general como en el derecho. Así las cosas, la corriente según la cual la experiencia deviene de la “conciencia pública”, del “hombre medio” o de la persona de “cultura media”, sí presenta dificultades. En ese sentido, para MacCrimmon, el uso de las máximas de experiencia descansa sobre la asunción de que existe una “competencia cognitiva universal”, un “*stock of knowledge*”⁸⁵ o saber universal al que cualquier ser racional puede acceder. La consecuencia de esto, como explica Gama, es 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 no se adecua a la regla general”⁸⁶. Es decir, hay máximas de experiencia que “pueden no ser aplicables a las mujeres, o bien no a todas las mujeres en todas las circunstancias”⁸⁷. Al respecto cabe tener en cuenta que -desde la perspectiva del feminismo de la diferencia- el hombre ha devenido en “la medida de todas las cosas”, esto es, la igualdad se define en comparación con el hombre⁸⁸. Así, sostiene la teoría feminista “que el orden jurídico de matriz racionalista decimonónico, ignoró las diferencias sexuales de los sujetos en el proceso de configuración de la noción de sujeto jurídico (...) negando con ello las diferentes subjetividades de los sujetos conforme a la diferencia sexual”⁸⁹. De esta forma se explica que las generalizaciones de sentido común -socialmente construidas- puedan operar silenciando o ignorando las experiencias de las mujeres.

Con todo, podemos decir que los problemas generales de las máximas de experiencia que esbozamos en el subcapítulo anterior, se ven seriamente agudizados en delitos sexuales, por la existencia de un patrón patriarcal de pensamiento que permea todo el tejido social, considerando además que aproximadamente el 90% de las víctimas adultas de agresiones sexuales son mujeres. A la difícil posición epistémica en que se encuentran estas generalizaciones, se suma el problema de que la “cultura general”, conciencia pública, o “conocimientos del hombre medio” se encuentran eminentemente determinados por estereotipos o concepciones patriarcales, lo que supone el riesgo de que las vivencias de las mujeres sean excluidas del razonamiento probatorio, o bien, se les juzgue a partir de máximas espurias y prejuiciosas. Por cierto, este problema también se presenta si consideramos que las generalizaciones de sentido común se originan en el patrimonio intelectual del juez, pues evidentemente ello también está culturalmente influenciado.

⁸⁵ GAMA, R. 2020. *Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico*. Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio 2020 N° 1, pp. 294.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ LARRAURI, E. 2008. *Una crítica feminista al derecho penal*. En: *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*. Buenos aires, Bdef, pp. 33.

⁸⁹ RIVAS, I. 2019. *Notas sobre la crítica feminista al derecho*. En: CÁRDENAS, H. y MORALES, N. (editores), *Feminismo, Género y Derecho Privado*. Tirant lo Blanch, pp. 6.

3.1 Estereotipos y preconcepciones

En la vida cotidiana y también dentro del proceso, es común que se utilicen ciertos procedimientos mentales de simplificación de la información para la toma de decisiones, lo cual supone el riesgo de caer en errores y sesgos⁹⁰. Muñoz distingue diversos sesgos, como el retrospectivo, de confirmación o de grupo, entre otros. El último de los mencionados tiene especial importancia a efectos del tema que estamos tratando, pues “provoca el error de valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, y por la sola razón de pertenencia a ese grupo”⁹¹. Si conjugamos esta definición con la existencia de una lógica patriarcal social que segrega a las mujeres, es dable colegir que los sesgos de grupo asignan a las mujeres características homogéneas y negativas, por el solo hecho de ser mujer.

A continuación, analizaremos los estereotipos en relación con las máximas de experiencia en delitos sexuales. Para ello, nos referiremos primero a clasificaciones que se han dado desde diversas perspectivas, para luego reflexionar brevemente acerca del caso de los estereotipos normativos, y finalmente, mencionar algunos estereotipos específicos que se han aducido como supuestas máximas de experiencia.

i. Diversas clasificaciones

Aguilera hace una distinción entre prejuicios, libretos y estereotipos. Los primeros serían “comúnmente descritos como una creencia sin fundamento sobre una persona por su pertenencia a una determinada categoría”⁹², o como creencias “estadísticamente febles”⁹³. Esta definición de los prejuicios es muy similar a la descripción de los sesgos de grupo que hace Muñoz. Los libretos, en tanto, “señalan que existen asignaciones ético morales referidas a cuestiones entendidas como buenas o malas en función de determinadas conductas consideradas como normales o anormales”⁹⁴, por lo que lo “anormal” tiene un cariz negativo. Por último, los estereotipos serían “una generalización o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo o los roles que las personas de tales grupos deben cumplir”⁹⁵, marcándose diferencias jerárquicas como las del orden patriarcal.

Sobre esta clasificación cabe hacer dos comentarios. En primer lugar, es posible notar que la idea de “libretos” es de especial relevancia en delitos sexuales, en base a las ideas que hemos estado

⁹⁰ MUÑOZ, A. 2011. *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*. InDret, Revista para el análisis del derecho, N°2, pp. 3.

⁹¹Ibid. pp. 9

⁹² AGUILERA, S. 2020. *La perspectiva de género como herramienta para la valoración racional de la prueba*. Revista jurídica del Ministerio Público N° 80, pp. 116.

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Ibid. p. 117.

⁹⁵ Ibid. pp. 118.

desarrollando. En efecto, el punto clave respecto al razonamiento patriarcal es que no solamente preconiza atributos del grupo “mujeres”, sino que además asigna a esas características personales un valor ético-moral. Recordando las palabras de De Beauvoir, lo masculino es lo positivo y neutro, mientras que lo femenino es lo negativo. El hombre es racional y objetivo, mientras que la mujer es todo lo contrario.

En segundo lugar, podemos notar que prejuicios, estereotipos y libretos en general actuarán de manera conjunta en el razonamiento judicial. Así, si existe un prejuicio -creencia injustificada acerca de una persona por pertenecer a un grupo- también habrá estereotipo -etiquetamiento de características en función de la pertenencia a ese grupo- y con toda probabilidad estaremos también ante un libreto, esto es, moralización de esas características.

De esta forma, en un caso de violación, el TOP de Coyhaique descartó su ocurrencia, pues, entre otras consideraciones, la víctima habría tenido una “vida licenciosa”, frecuentaba discotecas, y la noche de los hechos había estado bailando con amigos, aun cuando tenía pareja e hijo. Al encontrarse con el acusado, se dirigen a casa de él en un taxi, besándose y acariciándose en el camino⁹⁶. Aunque aquí podemos identificar un conjunto de preconcepciones, podríamos resumir el razonamiento del tribunal de la siguiente forma: “si una mujer de vida licenciosa -que frecuenta discotecas a pesar de tener pareja e hijo- accede a acompañar a un hombre a su casa, durante la noche y mediando besos y caricias, es porque accederá a tener sexo y, por tanto, la relación solo puede ser consentida”. Podemos advertir que aquí se presentan prejuicios, como por ejemplo la creencia infundada de que una mujer de vida “licenciosa o frívola” está siempre dispuesta al sexo y por tanto no puede ser violada; estereotipos, como el que esboza implícitamente el tribunal al razonar que sería anómalo que una mujer con pareja e hijo frecuente discotecas y tenga una vida licenciosa, entendiéndose así que el rol de la persona “mujer con pareja e hijo” no comprende o es contrario a ese comportamiento; y libretos, pues evidentemente existe una valoración ético-moral negativa del comportamiento de la víctima.

Ahora, pasando a una segunda clasificación, Cook y Cusack diferencian entre estereotipos de sexo, sexuales, y sobre roles sexuales⁹⁷. Los primeros se centran en las diferencias físicas entre mujer y hombre, mientras que los segundos se refieren a cualidades sexuales, y los terceros a los roles que se atribuyen a cada persona en función de su género. Este último estereotipo podemos verlo claramente expresado en el caso mencionado en el párrafo anterior, pues existe por parte del tribunal un razonamiento sobre el rol que debiera cumplir una mujer con pareja e hijo, ya que una vida licenciosa o

⁹⁶ Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, RUC N° 0300133869-1 de 29 de agosto de 2004, considerando quinto.

⁹⁷ RAMÍREZ, Ob. cit. pp. 229.

frívola no se correspondería con este papel. Los estereotipos sexuales también son comunes y se refieren a las características que se asumen de las personas en función de su género, como la idea de que la mujer es sexualmente pasiva.

Por último, otra clasificación posible es aquella que distingue entre estereotipos descriptivos y normativos o prescriptivos, los cuales han sido analizados en profundidad por la doctrina⁹⁸. Los primeros se conceptualizan de la siguiente forma:

funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo de personas (...) La lucha contra los estereotipos bajo este traje supuestamente descriptivo se desenvuelve en dos niveles diferentes. Primero, una exigencia de que, si se van a tomar decisiones acerca de un grupo o de uno de sus miembros sobre la base de generalizaciones, que tales generalizaciones cuenten con apoyo empírico, es decir, apoyo estadístico. Es decir, se exige que se trate al grupo según sus propias características reales. Segundo, que tratándose de decisiones que perjudiquen a un miembro de grupos vulnerables (como el de las mujeres), que se privilegie la consideración de los rasgos individuales de esa persona frente a posibles generalizaciones.⁹⁹

Resulta de interés notar que los estereotipos descriptivos -así definidos- parecen ser conceptualmente similares a los prejuicios o estereotipos (generales) mencionados por Aguilera. Cabe mencionar además que Arena esboza ciertas herramientas para combatir esta clase de preconcepciones. Naturalmente, una de ellas es pedir apoyo estadístico, pues es de la esencia del estereotipo el ser infundado o antojadizo, y por lo mismo, de existir corroboración empírica del razonamiento, difícilmente podríamos afirmar que estamos ante una preconcepción. La segunda herramienta -privilegiar los rasgos individuales por sobre generalizaciones- parece especialmente útil en el caso de los delitos sexuales, pues como vimos anteriormente el razonamiento puede adolecer de estereotipos sexuales o de roles sexuales, que encasillan en la mujer en determinadas categorías, cualidades o características. En ese sentido, se debe valorar positivamente la idea de considerar primero los rasgos individuales concretos de la persona.

ii. El caso de los estereotipos normativos

Los estereotipos normativos poseen ciertas particularidades que exigen tratarlos por separado. Se trata de preconcepciones que “pretenden, a veces, imponer ciertos roles a los miembros de un grupo determinado. Por ejemplo, “las mujeres deben resistirse activa y físicamente a las agresiones

⁹⁸ARENA, F. 2016. *Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual*. Revista de derecho Valdivia, Vol. 29 N°1.

⁹⁹ ARENA, F. 2020. *Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género*. Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio 2020 N° 1, pp. 255.

sexuales”¹⁰⁰. Según Arena, respecto a la “aceptabilidad en el proceso probatorio” de estos estereotipos, “para que tengan fuerza como elementos de prueba –i.e. para que permitan asumir que una persona se adecúa al rol– es necesario que esos estereotipos reflejen normas sociales”¹⁰¹. No queda claro a qué se refiere el autor cuando habla de “elementos de prueba”, pues evidentemente un estereotipo no puede serlo. Contextualmente, se asume que Arena se refiere a que para poder servir como máximas de experiencia, los estereotipos normativos deben “reflejar normas sociales”.

Sin embargo, estimamos que esta idea resulta equivocada, en base a dos consideraciones. En primer lugar, y como hace notar Limay, las máximas de experiencia consisten en enunciados descriptivos y no normativos o prescriptivos.¹⁰² Como menciona Hernández¹⁰³, solo los enunciados aseverativos o descriptivos son susceptibles de considerarse verdaderos o falsos, por lo que las generalizaciones de sentido común no pueden expresar mandatos o prescripciones, ya que siendo así, no serían derrotables o falibles, y en consecuencia, no serían máximas de experiencia. En segundo lugar, y confirmando lo anterior, podemos advertir que los enunciados o estereotipos descriptivos y prescriptivos poseen naturalezas distintas, pues los primeros son ontológicos, pretenden referirse a lo que *es*, mientras que los segundos son deontológicos, esto es, relativos a lo que *debe ser*. Como ya analizamos detenidamente, las máximas de experiencia son simples juicios hipotéticos denotativos de *habitualidad*, pero jamás de universalidad. Por su propia estructura, estas generalizaciones no podrían pretender normativizar; lo meramente *habitual* no puede definir, desde una perspectiva racional, lo que *debiera ser*.

A grandes rasgos -y aunque luego trataremos con más profundidad este tema- se podría decir que ningún estereotipo puede constituir una máxima de experiencia válida o aceptable. Sin embargo, en el caso de los estereotipos normativos es mucho más evidente, pues a diferencia de los descriptivos, son completamente incompatibles con las generalizaciones de sentido común, por naturaleza y estructura. Siendo así, cualquier máxima de experiencia esgrimida por el tribunal que se formule en términos de lo que *debe ser*, tendría que ser en principio descartada.

iii. Estereotipos específicos en delitos sexuales

A continuación, mostraremos algunos de los estereotipos más comunes en delitos sexuales que han identificado tanto doctrina como jurisprudencia. Según señala Araya, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer ha identificado los siguientes estereotipos:

¹⁰⁰ ARENA (2020), Ob. cit. pp. 255.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² LIMAY, Ob. cit. pp. 215.

¹⁰³ HERNÁNDEZ, R. 2013. *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid, Marcial Pons, pp. 15.

i) la víctima debía haber recurrido a toda su fuerza y su valor para resistirse a la violación y le privó de credibilidad el no haber tratado de escapar; ii) para ser violada con intimidación la víctima debe ser tímida o atemorizarse fácilmente; iii) cuando la víctima y el agresor se conocen, el acto sexual es consentido; iv) no puede haber oposición a la violación si el acusado logra eyacular.¹⁰⁴

En el caso *Vertido vs Filipinas*, el comité identifica una serie de estereotipos que habrían influenciado sobre el tribunal que conocía de una causa de violación. Entre ellos podemos mencionar: “una acusación de violación puede hacerse con facilidad”¹⁰⁵; “es contradictorio que durante una violación, se reaccione con resistencia en un momento y con sumisión en otro”¹⁰⁶; “las mujeres cultas, que saben expresarse bien, decentes y casadas no pueden ser víctimas de violación”¹⁰⁷; “una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada”¹⁰⁸.

Este último estereotipo es de suma relevancia pues está presente en múltiples casos, a pesar de ser particularmente escandaloso y flagrante. Entre ellos, probablemente el más conocido sea *R. vs Ewan-chuck*¹⁰⁹, en el cual un tribunal de instancia canadiense consideró que -aunque la víctima había negado múltiples veces querer tener relaciones- se había producido un “consentimiento tácito”, ya que se había quedado inmóvil durante el acaecimiento del delito sexual. En el mismo sentido, en el caso conocido como “Los Porkys” en México¹¹⁰, el juez entendió que la víctima no se encontraba en situación de indefensión, ya que a pesar de ser introducida en un vehículo con cuatro varones, sentarse en el asiento trasero entre dos de ellos, que le quitaran el teléfono, la manosearan, y le introdujeran dedos en su vagina, el juez consideró que la agredida “pudo trasladarse al asiento de enfrente del vehículo en movimiento”¹¹¹.

En un caso chileno acontecido en Torres del Paine, una joven alemana alegaba haber sido violada por un guardaparque chileno.¹¹² Según los hechos, antes de ser accedida carnalmente, la ofendida habría intentado alejar al agresor, sin éxito. Después de la accesión, sigue intentando alejarlo, pero no pide ayuda ni socorro.¹¹³ El tribunal razonó que -en función de las máximas de la experiencia- quien repele

¹⁰⁴ ARAYA, Ob. cit. pp. 47.

¹⁰⁵ Comité CEDAW. Caso *Vertido vs Filipinas*, decisión de 16 de julio de 2010, dictamen comunicación 18/2008, pp. 16.

¹⁰⁶ Ídem.

¹⁰⁷ Ibid. pp. 17

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ Para un análisis más detallado del mismo, ver RAMÍREZ, Ob. cit. pp. 232.

¹¹⁰ GAMA, Ob. Cit. pp. 292.

¹¹¹ Ídem.

¹¹² AGUIRRE, “et all”, Ob. Cit. pp. 23.

¹¹³ Ídem.

una agresión sexual empleando fuerza física, simultáneamente pide socorro, lo cual evidenciaría inconsistencias en el comportamiento de la víctima¹¹⁴. Aquí el estereotipo del consentimiento por falta de resistencia es llevado un paso más allá: la víctima no solo debe resistirse, sino que además debe simultáneamente pedir socorro para que su comportamiento sea “consistente”. El razonamiento resulta insostenible, porque ignora completamente las circunstancias de sumo estrés producidas por las agresiones sexuales, considerando además que la víctima carecía de experiencia sexual¹¹⁵. Así, se refuerzan las ideas sexistas según las que se entiende que el sexo forzado es algo gustoso para las mujeres, o que si no logran repeler el ataque sexual, es porque realmente si quieren mantener relaciones¹¹⁶.

Pasando a otra generalización espuria, como menciona Araya, tenemos también el prejuicio de que una víctima de violación debe tener una reacción emocional concreta a la perpetración del delito¹¹⁷, el cual ya ejemplificamos con el caso de F.D. en la introducción de esta tesis.

Otro prejuicio de particular relevancia es aquel según el cual “resta credibilidad a la víctima el hecho de que efectuó la denuncia con tardanza, o que se retracte de la misma”, preconcepción que resulta complementaria con la idea de que denunciar una violación es fácil. Así, a modo ejemplificador, el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago razonó en una sentencia que el tiempo que demoró la víctima en denunciar los hechos es algo que “genera dudas”¹¹⁸. El prejuicio en cuestión denota una particularidad, puesto que la idea subyacente puede ser válida en otra clase de delitos, pero no lo es en el caso de los sexuales, pues en estos últimos influyen las lógicas y estructuras patriarcales. En efecto, cuando se arguye este estereotipo “se omite que la decisión de denunciar precisa neutralizar o minimizar sentimientos tan poderosos (...) como el temor a represalias, la vergüenza por lo sucedido, el riesgo de estigmatización familiar y social”¹¹⁹, o el miedo al escrutinio público¹²⁰.

Por último, debemos mencionar el estereotipo de la “casquivana” o prostituta, el cual se puede nítidamente identificar en el razonamiento del TOP de Coyhaique -ya anteriormente analizado- y es la contrapartida del estereotipo según el cual solo pueden ser violadas mujeres cultas, decentes o vírgenes. En el caso conocido como “El Tablón” juzgado por el TOP de Linares, el tribunal asumió cierta

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Ibid. pp. 24

¹¹⁷ ARAYA, Ob. cit. pp. 48.

¹¹⁸ Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 174-2012 de 14 de agosto de 2012, considerando noveno.

¹¹⁹ SUBIJANA, I. 2018. *La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer*. Revista juezas y jueces para la democracia, boletín comisión penal, Vol. 1 N°10, pp. 34.

¹²⁰ Ídem.

especie de consentimiento basado en que la víctima había consumido alcohol y se había comportado de manera coqueta con el acusado antes de la agresión, según relataron testigos¹²¹. Por otro lado, en un caso acontecido en Perú¹²², los sentenciadores determinaron que -desde las máximas de la experiencia- ya que la ofendida al momento de la agresión usaba una prenda íntima de encaje de color rojo, y considerando que “este tipo de atuendo interior femenino suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad”, entonces la víctima estaba dispuesta a mantener relaciones con el acusado¹²³. Además, los juzgadores expresaron que el uso de esta prenda resultaba extraño, toda vez que la víctima habría tenido una personalidad tímida.¹²⁴ Evidentemente, aquí el razonamiento del tribunal no está orientado por una generalización racional, sino que por un estereotipo de género, según el cual si las mujeres se “predisponen” a tener relaciones, ello es equivalente a manifestar consentimiento.

En un caso bastante delicado, pues la víctima era una menor de 13 años, el TOP de Concepción resolvió absolver al imputado, en base a -entre otras cosas- “las características especiales de la menor”¹²⁵, lo que habría puesto en duda su testimonio. Las características a las que se refiere el tribunal habrían sido que -según testimonios de un familiar y una vecina- la menor “no tenía comportamientos adecuados a su edad”, pues mantenía una relación con otro menor, se sentaba en las piernas de los niños, y era coqueta¹²⁶.

Lo que tienen en común los cuatro casos mencionados en los dos párrafos anteriores, es que en todos ellos los jueces entienden que, por los comportamientos de las víctimas, se produce una especie de “adelantamiento” del consentimiento, en función del cual luego, al mantenerse las relaciones, se asume que son consentidas. Evidentemente aquí actúan estereotipos de género, pues los comportamientos de las víctimas son cuestionados, porque no se condicen con la situación de “ser menor”, o de “ser tímida”, por ejemplo. En ese sentido, se entiende que aquellas mujeres que encajan con cierto

¹²¹ MUSSA, Y. 2022. *Justicia con enfoque de género: las razones que ha tenido el Poder Judicial para impulsar su aplicación*. [En línea] CIPER, 26 de marzo de 2022. <https://www.ciperchile.cl/2022/03/26/justicia-con-enfoque-de-genero-las-razones-que-ha-tenido-el-poder-judicial-para-impulsar-su-aplicacion/> [consulta 18 de noviembre de 2022]

¹²² LIMAY, Ob. cit. pp. 218.

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ HENRÍQUEZ, J. 2021. *Estereotipos de género en la jurisprudencia penal. un análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 128.

¹²⁶ Ibid. pp. 129.

estereotipo de comportamiento (mujeres frívolas, de vida licenciosa, coquetas, que usan ropa interior de encaje) “son entendidas como siempre sexualmente disponibles para los hombres”¹²⁷.

Según señala Torres, estas preconcepciones pueden enmarcarse en una visión estereotipada binómica de las mujeres, “la dama y la bruja”, “ambos estereotipos responden a una vigilancia sistemática de comportamiento, ejemplificación y control”¹²⁸. En ese sentido, como menciona Zúñiga, este tipo de preconcepciones expresan el imaginario masculino sobre el sexo¹²⁹.

Ahora, para cerrar este subcapítulo, ¿puede afirmarse que los tribunales nacionales e internacionales utilizan sistemáticamente estereotipos o prejuicios machistas en la valoración de la prueba? Evidentemente, esa es una conclusión que no estamos en condiciones de fundamentar, pues requeriría de un estudio de casos mucho más acabado. Sin embargo, como se expuso en este subcapítulo, resulta innegable que se han dado casos en que esto sí ocurre. El problema de las máximas de experiencia es que, por sus características epistemológicas, son especialmente susceptibles a la influencia de estereotipos o prejuicios, algo que no ocurre respecto de los principios de la lógica o los conocimientos científicamente afianzados. Por eso, se vuelve necesario buscar una herramienta que permita identificar y erradicar dichas generalizaciones espurias antes de que afecten al razonamiento judicial. Aquella herramienta puede ser la perspectiva de género, según veremos más adelante.

3.2 ¿Pueden los estereotipos ser máximas de experiencia aceptables?

Arena, comentando un texto de Ramírez¹³⁰, considera que este último sostiene lo siguiente:

si bien los estereotipos pueden producir sesgos que inciden en el modo en que el juez valora el testimonio de la víctima, tales estereotipos y/o sesgos pueden estar de todos modos basados en máximas de la experiencia (generalizaciones o cuasigeneralizaciones) válidas, a veces con base científica, y que, por lo tanto, permiten construir una inferencia de tipo deductivo.¹³¹

Por lo mismo, es imperativo preguntarnos si los estereotipos pueden constituir máximas de experiencia aceptables. Al respecto, ciertas aseveraciones pueden resultar un poco confusas. Por ejemplo, Aguilera menciona que al estudiar este tipo de generalizaciones, “se hace la prevención de que

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ TORRES, P. 2019. *El imaginario femenino en el derecho penal: una mirada a los estereotipos femeninos y su expresión en la resolución de casos penales*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 89.

¹²⁹ ZUÑIGA, Y. 2018. *Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad*. Revista Ius Et Praxis, año 24 N°3, pp. 227.

¹³⁰ RAMÍREZ, Ob. cit.

¹³¹ ARENA (2020), Ob. cit. pp. 254.

algunas nunca podrán utilizarse”¹³², por ser prejuiciosas o estereotipadas. Esta expresión, interpretada literalmente, puede significar que ciertas máximas de experiencia estereotipadas no pueden usarse, lo que a su vez implicaría que los estereotipos si son en rigor máximas de experiencia.

A su vez, Anderson, Schum y Twining¹³³ clasifican a las generalizaciones según su grado de confiabilidad o certeza. En el extremo mayor estarían las leyes de las ciencias o las que devienen de la experiencia común, al medio las generalizaciones más extendidas pero sin real asidero empírico o estadístico, mientras que en el extremo menor encontraríamos los estereotipos o prejuicios completamente infundados. En esta clasificación, aunque los estereotipos se encuentren en el extremo de menor confiabilidad, se siguen considerando generalizaciones. En el mismo sentido, según Muffato, Taruffo encuadra a los estereotipos o prejuicios dentro de lo que denomina “generalizaciones radicalmente espurias”, y utiliza la expresión “máximas de experiencia” para referirse a ellas¹³⁴.

Sin embargo, consideramos que en último término los estereotipos no pueden considerarse máximas de experiencia aceptables. En primer lugar, y como argumento más evidente, nos encontramos enmarcados en un sistema de valoración racional de la prueba. Los estereotipos y prejuicios, por definición, son generalizaciones febles, sin base estadística o empírica. Por eso es que no se entiende cómo un prejuicio podría, bajo ninguna circunstancia, tener base científica -como menciona Arenapues aquello constituye una flagrante contradicción en los términos. Pretender aceptar a los estereotipos como máximas de experiencia válidas en el razonamiento probatorio, implicaría la asunción de una regla contra-racional, incompatible con nuestro sistema de valoración. En segundo lugar, por más que los estereotipos puedan considerarse máximas de experiencia en función de algunas de las interpretaciones esbozadas en el párrafo anterior, lo cierto es que prácticamente la totalidad de los autores referidos consideran que los estereotipos no pueden ser invocados por el juez dentro de la valoración de la prueba, esto es, no son aceptables en el razonamiento judicial. En efecto, Aguilera dice expresamente que estas máximas estereotipadas no podrán utilizarse por el juez¹³⁵, mientras que Anderson, Schum y Twining las clasifican como las generalizaciones de menor fiabilidad, pues no tienen relación estadística con los datos disponibles. A su turno, según Muffato, Taruffo establece que “no se pueden utilizar máximas que se refieren a generalizaciones espurias”¹³⁶.

¹³² AGUILERA, Ob. cit. pp. 116.

¹³³ OYARZÚN, Ob. cit. pp. 39.

¹³⁴ MUFFATO, N. 2021. *Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia*. Revista Derecho & Sociedad, N°57, pp. 11.

¹³⁵ AGUILERA, Ob. cit. pp. 116.

¹³⁶ MUFFATO, Ob. cit. pp. 33.

Cabe señalar en este punto que Arena parece haber malinterpretado a Ramírez, pues este último nunca afirma que los estereotipos puedan ser máximas de experiencia validas en el proceso. De hecho es más bien lo contrario, pues el segundo autor se refiere a “falsas máximas de experiencia” cuando habla de prejuicios y preconcepciones¹³⁷.

Así, en síntesis, lo sensato es concluir que aunque los estereotipos pueden eventualmente considerarse generalizaciones de sentido común en estricto rigor, lo realmente relevante es que jamás pueden considerarse máximas *válidas* en el razonamiento probatorio, no son aceptables y no pueden ser utilizadas. En ese sentido, la doctrina ha distinguido entre máximas fiables y otras menos fiables, reservando a los estereotipos el extremo de menor confiabilidad epistémica, y estableciendo que en función de ello son inutilizables en el razonamiento probatorio. En consecuencia, y ya que por definición los estereotipos carecen de base empírica, son inadmisibles en un proceso de valoración de la prueba que pretenda ser racional, deben siempre ser descartados, expulsados del razonamiento del tribunal.

4. Soluciones, en particular la perspectiva de género

En este punto, sabemos que a las máximas de experiencia les aqueja un conjunto de problemas generales que se ven agravados cuando nos situamos en el caso de los delitos sexuales, por lo que es menester reflexionar sobre posibles soluciones.

Diversos autores en la doctrina han hecho propuestas en este sentido. Muffatto, comentando el trabajo de Taruffo, menciona ciertos límites a las máximas de experiencia. El primero sería “el respeto por el contradictorio”, esto es, la existencia de “un poder (y un deber) del juez de pedirle a las partes que formularsen argumentos en favor o en contra de una máxima que él considerara relevante como base para una presunción o como prueba acerca de la fiabilidad de otra prueba”¹³⁸. Es decir, como método de control de las máximas, se permitiría a las partes criticarlas o apoyarlas. El segundo límite deviene del deber de fundamentación de sentencias, pues “no solo la justificación externa de la premisa fáctica del razonamiento aplicativo del derecho debe reflejar un razonamiento epistémicamente adecuado, sino que debe ser suficientemente detallada para permitir un control efectivo por las partes y otro tribunal”¹³⁹. En la misma línea se encuentra Araya, mencionando que para el control del uso de estas generalizaciones es necesario “exigir que los jueces saquen a la superficie —refloten— las máximas

¹³⁷ RAMÍREZ, Ob. cit. pp. 230.

¹³⁸ MUFFATO, Ob. cit. pp. 33.

¹³⁹ Ibid. pp. 34.

con las que justifican su decisión, con el fin de que pueda controlarse su eventual arbitrariedad o la consistencia y solidez de su basamento empírico”¹⁴⁰.

Valoramos positivamente estas ideas y estimamos que pueden contribuir sustancialmente a contrarrestar los problemas generales asociados con las máximas de experiencia. Sin embargo, se hace necesaria una herramienta adicional en el caso de delitos sexuales. Los prejuicios de género y sexuales revisten particularidades únicas, pues la lógica patriarcal está muy arraigada en la sociedad y en el derecho, según ya vimos. Por lo mismo, resulta imperativo utilizar una herramienta adecuada de análisis, que esté específicamente diseñada para contrarrestar este tipo de pensamiento y los prejuicios que surgen del mismo.

Es sumamente útil hacer “reflotar” la máxima de experiencia, pero una vez logrado ello, será necesario analizar los estereotipos o prejuicios que se escondan detrás con la perspectiva adecuada. Esa es la perspectiva de género.

4.1 Juzgar con perspectiva de género

En términos generales, y coincidiendo con las ideas que desarrollamos extensamente sobre la presencia de un patrón de pensamiento patriarcal en la sociedad, se ha entendido que la perspectiva de género “implica reconocer que una cosa es la diferencia sexual y otra cosa son las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia a esa diferencia sexual”¹⁴¹. A esto hay que agregar que “el status femenino es variable de cultura en cultura, pero siempre con una constante: la subordinación política de las mujeres, a los hombres”¹⁴². Usar perspectiva de género, entonces, supone reconocer que dicha subordinación existe, y que a partir de ella se asignan roles, atribuciones, y características a los sexos. Asignación que -como ya vimos- no es neutral.

Ahora, este concepto general puede ser aterrizado al ámbito judicial. Así, para García y Subijana, juzgar con perspectiva de género significa recurrir a técnicas jurídicas en el enjuiciamiento, tendientes a la consecución de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en lo que a uso y disfrute de derechos se refiere. Se trata así de evitar el conformismo de la mera igualdad formal, considerando la existencia de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres¹⁴³. Se ha dicho igualmente que administrar

¹⁴⁰ ARAYA, Ob. cit. pp. 49.

¹⁴¹ LAMAS, M. 1996. *La perspectiva de género*. Revista de Educación y Cultura de la Sección 47 del SNTE N° 8, pp. 4.

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ GARCÍA, I. y SUBIJANA, I. 2018. *El enjuiciamiento penal con perspectiva de género*. Revista SEPIN, SP/DOCT/75846, pp. 1-2.

justicia con perspectiva de género supone ““disolver” los sesgos que la jueza o el juez (...) puedan tener; sus propios prejuicios asociados a cómo deberían ser y comportarse hombres y mujeres, lo que podría generar que no puedan ver el caso (...) de manera integral”¹⁴⁴. Araya a su vez afirma lo siguiente:

El derecho como construcción social, realizado fundamentalmente por hombres, está inevitablemente teñido de sesgos androcéntricos y heteropatriarcales, aun cuando pretenda tener vocación de neutralidad, por lo que una de las aspiraciones de la perspectiva de género en el derecho es echar por tierra esta aparente neutralidad y servir de herramienta para comprender que la realidad no se puede analizar en forma neutra sin que ello, en situaciones de desigualdad, derive en perpetuar y consolidar la discriminación contra la mujer.¹⁴⁵

Frente a la situación de dominación socio patriarcal que ya desarrollamos en detalle, la perspectiva de género se presenta como una herramienta metodológica que pretende alcanzar igualdad material dentro del proceso. Permite develar situaciones que, pretendiendo plantearse desde un lugar de neutralidad racional y epistémica, esconden en realidad desigualdades que perpetúan el sometimiento y la discriminación. Así, un punto clave será relativo a la función de “disolución” de estereotipos que tiene la perspectiva de género, como veremos más adelante.

4.2 Algunos equívocos sobre la perspectiva de género en la valoración de la prueba

Según Calderón García, uno de los efectos nocivos de la inclusión de la perspectiva de género en la actividad probatoria sería que “se priorizan los intereses de una determinada parte de la sociedad dentro del proceso judicial”¹⁴⁶, por lo cual dicha inclusión “no parece tener una base epistémica sino que es una decisión eminentemente política”¹⁴⁷. Continúa el autor afirmando lo siguiente:

El ámbito de la valoración de la prueba es un campo en donde sólo podemos admitir argumentos de tipo epistémicos y/o lógico, por lo que los argumentos para incidir en dicha área deben ser también de esa misma naturaleza.

¹⁴⁴ Secretaría Técnica de Igualdad Género y No Discriminación. 2020. *¿Qué significa “juzgar con perspectiva de género”?* pp. 1. [En línea] https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stgnd/proyectos/Repositorio/Mi-nuta_fallar_perspectiva_genero_final.pdf [consulta 14 de octubre de 2024]

¹⁴⁵ ARAYA, Ob. cit. pp. 37.

¹⁴⁶ CALDERÓN, J. 2018. *Perspectiva De Género, Estándar De Prueba Y Ventajas Probatorias Asimétricas*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, N°48, pp. 129

¹⁴⁷ Ídem

Modificar razonamientos de tipo lógicos o epistémicos con fundamento en un argumento político no parece una decisión racional.¹⁴⁸

En la misma línea, Arena expresa que “entendida como una exigencia contra epistémica, la perspectiva de género constituiría una forma más de limitación normativa a la búsqueda de la verdad”¹⁴⁹, para luego afirmar que “en general, las reglas probatorias tienen finalidades epistémicas y que a veces, mediante reglas contraepistémicas, resignamos esa posibilidad, tanto en sentido positivo como negativo”¹⁵⁰. La abogada y política chilena Constanza Hube estaría en contra de la inclusión de perspectiva de género en juicio, ya que afectaría la imparcialidad y dependencia de los jueces. Declaró lo siguiente ante CIPER: “¿Qué va a pasar, por ejemplo, en un caso de custodia en materia de familia? ¿Necesariamente el juez va a fallar a favor de la mujer porque tiene que fallar con perspectiva de género?”¹⁵¹.

En nuestro concepto, estas ideas resultan del todo equivocadas. En primer lugar, adscribimos a lo afirmado por Gama en orden a que para hablar de perspectiva de género en el proceso, es imperativo reconocer la conexión de esta última con el feminismo, pues “desvinculada de los movimientos feministas, la perspectiva de género corre el riesgo de convertirse en una visión desprovista del potencial reivindicativo y crítico que le dio origen”¹⁵². En ese sentido, es necesario tener presente que ya en la primera ola feminista -si bien había innegablemente un carácter político en los objetivos del movimiento- los fundamentos de este eran de orden ilustrado, es decir, se basaban intelectualmente en la primacía de la razón¹⁵³. Por lo mismo, no resulta extraño que la perspectiva de género sea una herramienta de análisis de carácter racional, no político. En esa línea, autores como Ramírez¹⁵⁴, Aguilera¹⁵⁵ o Gama¹⁵⁶ se refieren unívocamente a la “función epistémica” de la perspectiva de género.

En segundo lugar, y en directa relación con lo anterior, no es correcto señalar que utilizar la perspectiva de género implica favorecer a una determinada parte de la sociedad dentro del proceso. Lo que se pretende es subsanar las inequidades presentes en el mismo a partir de la influencia del pensamiento

¹⁴⁸ Ibid. pp. 130.

¹⁴⁹ ARENA (2020), Ob. cit. pp. 252.

¹⁵⁰ Ídem

¹⁵¹ MUSSA, Ob. cit.

¹⁵² GAMA, Ob. cit. pp. 287.

¹⁵³ Para profundizar sobre este punto, cabe mencionar que el inicio del movimiento feminista estuvo marcado por una perspectiva crítica racional, en base a ideas cartesianas (como la “duda metódica”) y el desarrollo de las mismas por parte de autores como Poullain de la Barre o Mary Wollstonecraft. AMOROS, C. y COBO, R. 2005. *Feminismo e Ilustración*. Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo, tomo I. Madrid, Minerva, pp. 98 y sgtes.

¹⁵⁴ RAMÍREZ, Ob. cit. pp. 229.

¹⁵⁵ AGUILERA, Ob. cit. pp. 110.

¹⁵⁶ GAMA, Ob. cit. pp. 295.

heteropatriarcal, alcanzándose así igualdad sustancial. No se trata de favorecer, sino de equilibrar una cancha que previamente era desigual. Y la igualdad no es un interés de solo parte de la sociedad, es un derecho institucionalmente consagrado a nivel nacional e internacional. Por lo mismo, y cumpliendo la perspectiva de género una función epistémica en el razonamiento judicial, no es procedente sostener que su inclusión supone un límite a la búsqueda de la verdad en el proceso. Es más bien lo contrario: sin recurrir a la perspectiva de género, no tendríamos una herramienta adecuada de análisis en casos en que, por ejemplo, el juez razona probatoriamente en base a estereotipos o prejuicios sobre las mujeres. ¿Podríamos afirmar que ese tipo de razonamientos “favorece a la búsqueda de la verdad”? Evidentemente no, y la perspectiva de género permite identificarlos y erradicarlos.

Por último, como afirma Palomo, “juzgar con perspectiva de género no implica darles la razón a las mujeres siempre y bajo cualquier circunstancia, (...) implica identificar los factores estructurales que generan desventajas (...) para las mujeres, impidiéndoles alcanzar una igualdad sustantiva de derechos”¹⁵⁷. De esta forma, tampoco es cierto que integrar la perspectiva de género al razonamiento probatorio suponga fallar siempre a favor de las mujeres.

4.3 Aplicación de perspectiva de género en el caso de máximas de experiencia espurias o estereotipadas

i. Idea General

Hemos revisado ya el concepto de perspectiva de género en general, su aplicación en el proceso judicial, y nos hemos hecho cargo de algunos equívocos jurídicos en torno a esta herramienta de análisis. A continuación, revisaremos cómo opera en el caso concreto de las máximas de experiencia.

Al respecto, Ramírez señala lo siguiente:

Parece claro el papel que la perspectiva de género puede desempeñar en el ámbito de la disciplina probatoria, en tanto que permite al juzgador identificar los estereotipos subyacentes en sus evaluaciones, tomar conciencia de la posibilidad de que hayan tenido incidencia en los procedimientos heurísticos a los que recurre inadvertidamente, y hacer uso de la información que proporciona este punto de vista para valorar sin prejuicios la prueba practicada.¹⁵⁸

En la misma línea, Aguilera menciona que la perspectiva de género “hace patente la necesidad de erradicar las falacias supuestamente basadas en la razón, que no hacen más que contaminar las

¹⁵⁷ PALOMO, C. 2021. *Juzgar con perspectiva de género: de la teoría a la práctica*. Revista Saber y Justicia, Vol. 1 N°19, pp. 41.

¹⁵⁸ RAMÍREZ, Ob. cit. pp. 229 y 230.

conclusiones a las que llega el juez a partir de ellas, pues proveen razones inválidas, ilegítimas o falsas para aceptarlas”¹⁵⁹. A su turno, se deduce que para Araya la perspectiva de género posibilita “deshacerse de los prejuicios que perpetúan las relaciones desiguales de poder entre los géneros y que encierran estereotipos que, camuflados, se invocan o utilizan para realizar inferencias probatorias”¹⁶⁰.

Con todo, la perspectiva de género permitiría i) identificar o develar estereotipos subyacentes a las máximas erigidas por el tribunal; ii) advertir que ello pudo haber influenciado en sus razonamientos e inferencias probatorias; y iii) corregir y erradicar estas preconcepciones, adoptando un punto de vista no estereotipado.

Entonces, mientras que en el proceso (en general) la perspectiva de género permite transitar hacia un campo de igualdad sustancial, ello se concretiza al momento de la valoración probatoria, pues como herramienta epistémica permite identificar y erradicar aquellas preconcepciones que, aquejando al razonamiento judicial y sus máximas de experiencia, perpetúan la dominación patriarcal que sufren las mujeres.

ii. Ideas complementarias

Ahora, a esta idea general podemos agregar otras nociones que -como “criterios orientadores” o “ayudas adicionales”- tendrían la facultad de facilitar la tarea de analizar las máximas de experiencia desde la perspectiva de género.

En primer lugar, siguiendo a Maza, resulta imperativo “examinar la existencia de estereotipos, prejuicios, roles y mitos que puedan influir en la relación entre las partes del proceso, así como la existencia de manifestaciones sexistas”¹⁶¹. Como establecimos al principio de este capítulo, puede ocurrir que los tribunales no justifiquen la utilización de las máximas de experiencia que aducen. Y de la misma forma que estas generalizaciones pueden estar implícitas en un primer nivel, los estereotipos que les dan forma pueden estarlo en un segundo nivel, puesto que estando el pensamiento patriarcal tan arraigado en el tejido social, es común que influya inconscientemente en las personas. Por lo mismo, podría ocurrir que el razonamiento judicial fuere influenciado por estereotipos o prejuicios que arguyan las mismas partes durante el desarrollo del proceso. Sería útil para el tribunal identificar

¹⁵⁹ AGUILERA, Ob. cit. pp. 121.

¹⁶⁰ ARAYA, Ob. cit. pp. 50.

¹⁶¹ MAZA, M. 2022. *La necesidad de juzgar con perspectiva de género*. [En línea] Diario Constitucional, 27 de junio de 2022. <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/06/27/la-necesidad-de-juzgar-con-perspectiva-de-genero-por-maria-maza/#:~:text=Juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20con-siste%2C%20en%20observar%20y%20visualizar,quebrar%20y%20equilibrar%20esa%20desigualdad>. [consultado 18 de noviembre de 2022]

ese trato estereotipado que pueda darse entre las partes antes de que influya en su propio razonamiento.

En segundo lugar, siguiendo a la misma autora recién mencionada, “en muchos casos donde se analizan situaciones de violencia de género, no se puede valorar la prueba a la luz de las máximas de la experiencia en otros casos sometidos a consideración de la judicatura”¹⁶². Es decir, aunque ciertas máximas de experiencia puedan ser racionalmente válidas en ciertos casos, eso no las hace automáticamente aceptables en contexto de delitos de género o sexuales. Un ejemplo sería respecto al prejuicio de que la falta de denuncia o la retractación resta credibilidad a la víctima, el cual ya analizamos¹⁶³. Si bien este razonamiento puede ser válido en ciertos delitos, no lo es en los sexuales, por las razones ya vistas. Como esbozó MacCrimmon, uno de los problemas de las generalizaciones de sentido común es que no recogen las experiencias específicas de las mujeres. La idea desarrollada en este párrafo permite, al menos parcialmente, hacernos cargo de esa situación.

En tercer lugar, valoramos positivamente la idea¹⁶⁴ de que, en casos donde se puedan ver perjudicados grupos históricamente discriminados como las mujeres, se opte siempre que se pueda por un análisis de los rasgos individuales del individuo, en desmedro de posibles generalizaciones. Sin embargo, y como los estereotipos pueden operar a un nivel inconsciente y no siempre explícito, puede ocurrir que -aún a pretexto de estar analizando al individuo “en concreto”- el juez este razonando en realidad a base de preconcepciones.

Por lo mismo, la cuarta ayuda, y la más importante en nuestra opinión, es el conocimiento. El juez debe saber que el sistema de dominación patriarcal existe, que somete a las mujeres y las deja en un plano de desigualdad con los hombres. Luego, debería conocer los distintos tipos de preconcepciones y sus clasificaciones, para así -por ejemplo- descartar inmediatamente de su razonamiento estereotipos prescriptivos o normativos. Por último, y aunque la perspectiva de género funciona como una herramienta epistémica de carácter general, sería muy útil para el juzgador poseer cierto bagaje casuístico de conocimientos, pues como ya analizamos, ciertos estereotipos sexuales presentes en el razonamiento judicial parecen repetirse, y la doctrina y jurisprudencia han identificado los más comunes.

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ En la página 27 de este trabajo.

¹⁶⁴ Esgrimida por ARENA (2020), Ob. cit. pp. 255; coincide LIMAY, Ob. cit. pp. 221.

4.4 Recepción de la perspectiva de género en el derecho chileno

i. Antecedentes

La llamada “Propuesta de nueva constitución” de 2022 disponía en su art. 312 lo siguiente: “La función jurisdiccional se regirá por los principios de paridad y perspectiva de género. Todos los órganos y personas que intervienen en la función jurisdiccional deben garantizar la igualdad sustantiva”. Con esto, se instauraba expresamente la obligación del juez de considerar la perspectiva de género en el desarrollo del proceso, lo que evidentemente también incluye la prueba y la valoración de la misma. Sin embargo, como es sabido, esta propuesta fue rechazada, siguiendo vigente la Constitución de 1980, que no hace ninguna mención a la perspectiva de género.

Por otro lado, el Ministerio Público dispone de un manual titulado “Política de igualdad de género de la fiscalía de Chile”. En este se establecen como objetivos -entre otros- la incorporación de la perspectiva de género en diversos delitos, procesos y materias, lo que supone usar esta herramienta metodológica al investigar, crear criterios de actuación, planificar procesos de capacitación e inducción, etc.¹⁶⁵ Si bien la existencia de este documento debe valorarse positivamente, lo cierto es que no está referido a la judicatura, sino solo al órgano persecutor.

Cabe mencionar igualmente que el poder judicial ha impulsado el enfoque de género a través de cursos y capacitaciones para funcionarios y jueces, desarrollados por la secretaría técnica de igualdad de género y no discriminación¹⁶⁶. Sin embargo, la participación en estos cursos es voluntaria¹⁶⁷.

Por otra parte, debemos también considerar lo prescrito por la ley 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género. En su art. 8, se establece la obligación de todos los órganos del estado de adoptar medidas de prevención de violencia de género, lo cual debe atender a objetivos como “promover en todas sus actuaciones el enfoque de género”. Asimismo, en los art. 9 y siguientes de la norma se alude en diversas oportunidades a la perspectiva de género, como una herramienta que se debe utilizar -entre otras materias- en prevención de violencia de género en salud, en seguridad pública y penitenciaria, o en el ámbito laboral. Como podemos apreciar, aunque esta ley se refiere al enfoque de género, lo hace desde una perspectiva de prevención de la violencia. En ese sentido, no parece haber una remisión directa a la labor del juez en el proceso, ni a la específica tarea de la valoración de la prueba.

¹⁶⁵FISCALÍA. *Política de igualdad de género de la fiscalía de Chile*. [En línea] [http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Politica de Igualdad de Genero de la Fiscalia de Chile.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Politica%20de%20Igualdad%20de%20Genero%20de%20la%20Fiscalia%20de%20Chile.pdf) [consultado 18 de noviembre de 2022]

¹⁶⁶MUSSA, Ob. cit.

¹⁶⁷Ídem.

Finalmente, es menester considerar que la jurisprudencia de ciertos tribunales ha justificado la adopción de perspectiva de género en el proceso, y en una sentencia reciente, la Corte Suprema ha abierto la puerta a la utilización de esta herramienta de valoración. Desarrollaremos este punto en el siguiente subcapítulo.

ii. Recepción en la práctica judicial y valoración de la prueba

Escribiendo sobre el derecho argentino, Maza sostiene que “por mandato de las Convenciones Internacionales que rigen en nuestro país con rango constitucional (...) las situaciones de violencia o discriminación contra las mujeres, deben ser juzgadas con perspectiva de género”¹⁶⁸. Las convenciones a las que se refiere la susodicha son la Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (en adelante, “CEDAW”) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (o “Convención Belém Do Pará”), ambas ratificadas por Chile y en consecuencia, vigentes en nuestro país en virtud de lo prescrito por el art. 5 inciso 2 de la actual Constitución.

El art. 5 de la CEDAW prescribe la obligación de los estados parte de tomar medidas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios (...) basados en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. La CEDAW a su turno establece en su art. 3 el derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia, lo cual incluye según el art. 6 el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, y a ser educada libre de estereotipos y patrones sociales basados en la inferioridad o subordinación.

La recomendación N°33, elaborada por el comité de la CEDAW, menciona en su párrafo 26 que el uso de estereotipos en el proceso judicial impide el pleno disfrute de sus derechos por parte de las mujeres, mencionándose que los jueces con frecuencia razonan en base a estereotipos, lo que compromete la imparcialidad e integridad del sistema judicial¹⁶⁹. Se recomienda a los estados, entre otras cosas, que “tomen medidas, incluidas las de concienciación (...) de todos los agentes de los sistemas de justicia (...) para eliminar los estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género en todos los aspectos del sistema de justicia”¹⁷⁰. Respecto al ámbito probatorio en derecho penal, se

¹⁶⁸ MAZA, Ob. cit.

¹⁶⁹ Recomendación general 33: *sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. Comité CEDAW, 2015, pp. 14.

¹⁷⁰ Ibid. pp. 15

alude a la necesidad de que los razonamientos probatorios no estén influenciados por estereotipos de género¹⁷¹.

A mayor abundamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también ha reconocido la importancia de erradicar estereotipos en las investigaciones y los procesos, y en sentencias como la de “Campo Algodonero” ha hecho notar la necesidad de desarrollar una perspectiva transversal de género, e incorporarla en toda la actividad desarrollada por autoridades del estado¹⁷².

Así las cosas, podemos concluir que en diversos instrumentos internacionales se encuentran consagrados los derechos de la mujer a vivir libre de discriminación y estereotipos, para lo que sería necesario que todo el aparato estatal -incluyendo el poder judicial- adopte un enfoque de género.

Para hacer operativos los derechos de estas convenciones tendríamos que recurrir al llamado “control de convencionalidad”. Si bien existe discusión doctrinaria acerca de la aceptabilidad de las distintas versiones de este control¹⁷³, podemos conceptualizarlo a grandes rasgos como “un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese corpus iuris interamericano”¹⁷⁴. En casos de vacíos legales, cuando lo regulado internacionalmente no lo esté en el derecho interno, el control de convencionalidad obliga a los jueces a hacer aplicación de los tratados internacionales¹⁷⁵. En otras palabras, este control es una herramienta para verificar que el derecho interno se corresponda con las normativas internacionales ratificadas por el país, y a su vez, permite aplicar directamente los tratados en casos en que las normas internas no se pronuncien.

En análisis de jurisprudencia, Núñez concluye que el uso del control de convencionalidad no constituye “la práctica generalizada de los tribunales de justicia”, pues “no es posible obtener conclusiones generales acerca de la existencia de práctica asentada y generalizada”¹⁷⁶.

¹⁷¹ Ibid. pp. 22

¹⁷² CIDH, caso González y otras vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, pp. 133.

¹⁷³ En ese sentido ver: DÍAZ, A. 2019. *Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina*. Revista de Derecho Concepción, Vol. 87 N°246.

¹⁷⁴ FERRER, E. 2011. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Estudios Constitucionales Vol. 9 N°2, pp. 562.

¹⁷⁵ NUÑEZ, C. 2014. *control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 25.

¹⁷⁶ Ibid. pp. 233.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que algunos tribunales de nuestro país han invocado justamente a la CEDAW y la Convención Belém Do Pará para justificar el uso de perspectiva de género en sus razonamientos.

Así, por ejemplo, en un caso de violencia sexual en contra de múltiples menores de edad, el Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt alude explícitamente a la necesidad de considerar ambas convenciones en la resolución del caso¹⁷⁷. Se afirma que “del mérito de los hechos de la acusación resulta evidente que el caso debe ser analizado desde la perspectiva de género, pues se trata de una serie de episodios de violencia sexual en contra de diversas niñas y jóvenes”¹⁷⁸.

Sostiene igualmente el tribunal que “resulta necesario para el examen de los antecedentes del juicio y en particular para el adecuado análisis y valoración de la prueba que se incorpore en el juicio oral, debiendo entenderse que el razonamiento con perspectiva de género pretende evitar efectuar el ejercicio de la dicha valoración generando alguna discriminación o utilización de sesgos de género, por lo que se pretende con ello no generar estereotipos ni estructuras que reproduzcan los prejuicios en contra de estas niñas y jóvenes, en el establecimiento de los presupuestos fácticos y sobre todo en las conclusiones a las cuales se arribe por parte del tribunal”¹⁷⁹.

Además, se señala que debe valorarse “la prueba en su conjunto y no de forma parcial y parcelada, para así evitar la aplicación de los errados sesgos, imponiendo un punto de vista masculino”¹⁸⁰.

De esta forma, el tribunal no solo argumenta normativamente la aplicación de perspectiva de género en el juzgamiento -a partir de las dos convenciones aludidas- sino que aterriza el uso de la herramienta metodológica al específico proceso de valoración de la prueba. Aún más, los jueces señalan cómo opera la perspectiva de género en esa valoración, refiriéndose a su utilidad para identificar y erradicar sesgos y estereotipos de los razonamientos judiciales. Incluso se alude a la necesidad de evitar la imposición de un punto de vista masculino¹⁸¹.

En términos muy similares a los de la sentencia recién comentada, la Corte de Apelaciones de Copiapó también estableció la necesidad de incorporar la perspectiva de género en el juzgamiento. La resolución es especialmente perentoria, pues señala que la utilización de la herramienta metodológica,

¹⁷⁷ Tribunal oral en lo penal de Puerto Montt, sentencia RIT N°50-2021, considerando duodécimo.

¹⁷⁸ *Ibid.*, considerando décimo.

¹⁷⁹ *Ídem.*

¹⁸⁰ *Ídem.*

¹⁸¹ Otro punto que destacar de la sentencia, en su considerando décimo: el tribunal señala expresamente que la adopción de la perspectiva de género en el proceso no implica una reducción del estándar de convicción del art. 340 CPP.

en procesos penales o de otra naturaleza, es *obligatoria* en Chile, en atención a lo dispuesto por el art. 5 de la Constitución, en relación a la CEDAW y la Convención Belém Do Pará¹⁸².

Esta resolución también explica la utilidad de la perspectiva de género en el específico proceso de valoración de la prueba. Yendo más allá, la Corte analiza en el caso concreto un razonamiento pre-juicioso esgrimido por la defensa: “a las argumentaciones de la defensa hacen factible desmontar un prejuicio, que precisamente la integración de la perspectiva de género permite percibir, reflotar y desactivar y que consiste en que ante el acometimiento del agresor (...) se le exige a esta [víctima] una conducta heroica, de lucha y resistencia, incluso arriesgando su vida o integridad física”¹⁸³. Así, el tribunal identifica y excluye un prejuicio específico, el de “consentimiento por falta de resistencia”¹⁸⁴.

Por último, es menester mencionar que la práctica jurisprudencial reciente de la Corte Suprema ha permitido y valorado positivamente el uso de la perspectiva de género en el proceso y en la valoración de la prueba. En el fallo emitido por el máximo tribunal en el caso de Martín Pradenas -en que acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa- la corte se ocupa de establecer expresamente que la perspectiva de género aplicada por el tribunal *a quo*, “entendida como una herramienta construida para identificar, develar y corregir las diferentes situaciones y contextos de opresión y de discriminación hacia las mujeres (...), no ha sido un elemento considerado (...) para tener por configurada la falta de imparcialidad”¹⁸⁵. Es decir, se deja constancia de que no se cuestiona el uso de la perspectiva de género por parte del Tribunal A Quo, y se menciona su utilidad como herramienta correctiva de situaciones de discriminación contra las mujeres. A mayor abundamiento, la Excma. Corte destaca el papel que puede desempeñar la perspectiva de género en la identificación y consecuente erradicación de los prejuicios y estereotipos en el razonamiento probatorio¹⁸⁶.

Para concluir, y en función de todo lo estudiado en este capítulo, podemos intentar “construir” -a partir de las convenciones internacionales citadas, lo establecido por la ley 21.675, y la jurisprudencia de algunos tribunales y de la Corte Suprema- una especie de “deber de juzgar con perspectiva de género”. Sin embargo, no parece que nos encontremos en condiciones de afirmar categóricamente la existencia de una *obligación legal* de juzgar con perspectiva de género. La ley 21.675 no es muy perentoria en ese sentido, según ya vimos.

¹⁸² Corte de Apelaciones de Copiapó, sentencia Rol Penal N°152-2023, considerando noveno.

¹⁸³ Ibid., considerando octavo.

¹⁸⁴ Al cual aludimos en el subcapítulo “estereotipos específicos en delitos sexuales”, en la página 27.

¹⁸⁵ Corte Suprema, sentencia Rol 80876-2022, considerando décimo quinto.

¹⁸⁶ Ídem.

Además, si bien la consagración del enfoque de género a nivel judicial -como la establecida en la ya descartada Propuesta de nueva constitución- es una idea que debe valorarse positivamente, consideramos que sin perjuicio de ello, es también conveniente una consagración más específica a nivel de valoración de la prueba. Así, podría introducirse en el art. 297 CPP la obligación de los tribunales de que, al valorar la prueba en casos de violencia de género o sexual, deben hacerlo con enfoque de género. El concepto ya está lo suficientemente delimitado por doctrina y jurisprudencia como para adquirir un sentido y objetivo concreto: la identificación y erradicación de estereotipos que -pretendiendo ser máximas de experiencia- aquejan al razonamiento judicial y perpetúan la discriminación histórica y estructural sufrida por las mujeres.

II. Estándar de convicción penal en delitos sexuales

1. Conceptos y definiciones previas

Recordando la distinción de Ferrer, el *iter probatorio* está conformado por tres momentos: la conformación del acervo, la valoración de este, y la decisión sobre los hechos que se tienen por probados. En el presente capítulo nos centraremos en este último momento. En efecto, una vez que se ha valorado la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, es “imprescindible fijar el umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada. Es decir, debemos determinar el grado de probabilidad suficiente para dar por probada la hipótesis”¹⁸⁷. Ese es justamente el rol de un estándar de convicción: definir cuál será el umbral de suficiencia a partir del cual se podrá dar por probada una hipótesis. En ese sentido, es un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales en la declaración de los hechos probados¹⁸⁸.

Los errores pueden ser de dos tipos: falsos positivos, esto es, casos en que se da por cierta una hipótesis que en realidad es falsa, y falsos negativos, cuando se da por falsa una hipótesis que en realidad es verdadera¹⁸⁹. Concretado esto en el proceso penal, habrá un falso positivo cuando se condene a un inocente, y un falso negativo cuando se absuelva a un culpable. Si tenemos un estándar de convicción exigente, aumenta la probabilidad de tener falsos negativos -culpables absueltos- pero disminuye la posibilidad de falsos positivos, inocentes condenados¹⁹⁰. Como veremos más adelante, la adopción de un estándar más o menos exigente depende de una decisión política que toma la sociedad¹⁹¹, en función de diversos criterios e intereses en juego, y en ese sentido, el estándar civil es distinto del penal, por ejemplo.

Según reza el art. 340 CPP, nadie podrá ser condenado si el tribunal no adquiere “más allá de toda duda razonable” la convicción de que se cometió el delito con participación del acusado. Con esta fórmula, el legislador chileno adoptó un sistema extranjero de convicción, pues la duda razonable se usa en los sistemas jurídicos del *Common Law* hace más de 200 años¹⁹². En la jurisprudencia norteamericana se ha pretendido dotar de contenido al concepto en reiteradas ocasiones. Así, la “certeza

¹⁸⁷ FERRER (2007), Ob. cit. pp. 139.

¹⁸⁸ Ibid. pp. 143

¹⁸⁹ Ídem.

¹⁹⁰ Ídem.

¹⁹¹ Ídem.

¹⁹² ACCATINO, D. 2011. *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*. Valparaíso, revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII, pp. 489.

moral” fue tradicionalmente la forma de explicar el estándar¹⁹³, entendiéndose que designa “el grado más alto de justificación al que podían aspirar las creencias sobre asuntos empíricos”¹⁹⁴, en contraposición a la “certeza matemática” o absoluta¹⁹⁵. Sin embargo, esta idea se fue diluyendo, por poder inducir el error de hacer creer a los jurados que sus decisiones pueden ser de carácter moral¹⁹⁶, lo que subjetivaba el concepto. Se han dado otras nociones del estándar, pero en el último tiempo las cortes federales han preferido no definirlo ante los jurados, entendiendo que la duda razonable “habla por sí sola”¹⁹⁷.

2. Problemas generales del estándar de convicción “más allá de toda duda razonable”

En la teoría procesal de la prueba, se han esbozado diversas consideraciones sobre la capacidad que tiene el proceso para alcanzar “la verdad”, entendida como una correspondencia entre lo afirmado por la sentencia definitiva y lo acontecido efectivamente en el mundo material. Dichas consideraciones se fundamentan en los problemas inherentes al método inductivo de razonamiento. En ese sentido -como ya mencionamos en el capítulo I de esta tesis- este autor adscribe a la concepción racionalista de la prueba, según la cual: primero, existe una relación finalista entre la prueba y la verdad, que se pretende alcanzar dentro del proceso; segundo, por limitaciones propias del conocimiento humano, estamos siempre en contexto de incertidumbre, por lo cual el razonamiento probatorio es siempre probabilístico.¹⁹⁸ En ese sentido, no es parte de los “problemas generales” del estándar de convicción penal el hecho de que respecto a la prueba estemos siempre en contexto de incertidumbre, y que el método inductivo solo nos permita llegar a conclusiones probables, mas nunca indubitablemente ciertas. Esas realidades son asumidas por la teoría racionalista, y en último término, implican complejidades propias del acceso humano al conocimiento, pero no dificultades inherentes al momento judicial de decisión sobre los hechos probados.

Ya definimos que se entiende por “estándar de convicción”, y aludimos brevemente a algunas nociones acerca del estándar foráneo adoptado por nuestro país, “más allá de toda duda razonable”. Lo que corresponde abordar en este subcapítulo, por tanto, son las dificultades que ha suscitado su aplicación en Chile.

¹⁹³ Ibid. pp. 490.

¹⁹⁴ Ídem

¹⁹⁵ Ídem

¹⁹⁶ Ibid. pp. 491.

¹⁹⁷ Ídem.

¹⁹⁸ En ese sentido ver FERRER, J. 2002. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid, Marcial Pons, pp. 55 y sgtes.; y FERRER (2007) Ob. cit. pp. 64 a 66.

Al respecto, cabe mencionar en primer lugar la historia legislativa asociada a la discusión del art. 340 CPP. Carnevali y Castillo señalan que, en las actas legislativas, consta que las principales incidencias sobre el concepto de “más allá de toda duda razonable” se presentaron a raíz de su origen extranjero, a pesar de lo cual se consideró un concepto útil, por estar “decantado” y dejar en evidencia que la convicción que debía adquirir el juez no necesitaba ser absoluta.¹⁹⁹ Sin embargo, la doctrina ha estado en general en desacuerdo con la idea de que el concepto se encuentre decantado, pues justamente se le ha criticado por su vaguedad e indeterminación²⁰⁰. También se ha cuestionado que la consagración normativa del estándar lo dota de un carácter eminentemente subjetivo, soslayando así la posibilidad de control racional de los fundamentos judiciales.

2.1 El riesgo del subjetivismo

Reza el art. 340 CPP que, para condenar a alguien, el tribunal debe adquirir *más allá de toda duda razonable* la convicción de que se ha cometido el delito y se ha participado en él. Poco después de la Reforma Procesal Penal, Horvitz y López abordaron esta situación, concluyendo que el concepto más acertado para el estándar era el de “certeza moral”, afirmándose que ello “parece desde todo punto de vista conveniente, no sólo porque resulta difícil avanzar mucho más en la definición de duda razonable, sino porque este concepto sí tiene en Chile una larga tradición”²⁰¹. Ya abordamos anteriormente el concepto de certeza moral y aludimos al riesgo de subjetivación que trae aparejado.

En ese sentido, afirma Reyes que “el problema de la vaguedad en la formulación de este estándar de prueba se ve agravado por el predominio, en la doctrina y en la práctica procesal penal, de una interpretación subjetivista del mismo”²⁰². De la misma opinión son Carnevali y Castillo, pues mencionan respecto al art. 340 CPP que “por convicción pareciera referirse a un modelo de libre valoración de la prueba por parte del juez, de carácter eminentemente subjetivo, en virtud del cual el adjudicador adquiere el íntimo convencimiento acerca de los hechos ocurridos”²⁰³.

En la doctrina, quien ha abordado de forma más acabada los problemas del estándar de convicción penal en Chile es Accatino. La académica indica que el prisma subjetivista “termina por privarlo de su función normativa, pues bajo esa lectura lo único que el estándar dice [es] que: “es suficiente la prueba que el tribunal crea que es suficiente”²⁰⁴. En el mismo sentido Reyes, para quien “solo se

¹⁹⁹ CARNEVALI, Ob. cit. pp. 92.

²⁰⁰ Ibid. pp. 84

²⁰¹ HORVITZ, M. Y LÓPEZ, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno tomo II*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 164.

²⁰² REYES, Ob. cit. pp. 242.

²⁰³ CARNEVALI, Ob. cit. pp. 79.

²⁰⁴ ACCATINO, Ob. cit. pp. 497.

tendrá una prueba cuando el juzgador esté convencido de la existencia de esta”²⁰⁵. Por su parte, en el contexto norteamericano, Laudan menciona que “aparentemente, todo lo que importa es si, habiendo oído toda la evidencia, la creencia de los jurados es firme y sólida”²⁰⁶. En otras palabras, la forma subjetiva de entender el estándar lo vuelve inoperante, desprovisto de contenido, permitiendo al tribunal dar por acreditada la ocurrencia de un hecho en base a nada más que a una creencia interna de su acaecimiento.

Esta situación, lejos de agotar sus consecuencias en meros problemas teóricos, ha tenido repercusiones prácticas en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en el contexto anglosajón, “el punto de vista oficial de la Corte Suprema [estadounidense] es que una condición *necesaria* y *suficiente* para condenar al acusado en un juicio penal es una creencia firme de la culpabilidad por parte del jurado”²⁰⁷ (el destacado es del texto original), lo que evidentemente implica acogerse a la doctrina subjetivista del estándar.

En Chile habría ocurrido algo similar, pues según Accatino, señalan los tribunales “como una especie de mantra” que fallan adquiriendo convicción más allá de toda duda razonable, “sin que se aborde a través de una justificación reflexiva la cuestión de la suficiencia de las pruebas”²⁰⁸. En un análisis de jurisprudencia sobre este tema se concluye que, aun cuando en ciertos aspectos los tribunales han pretendido objetivar la decisión sobre los hechos probados, “hay otros tantos aspectos en los que se mantiene una concepción subjetiva de la prueba, sobre todo al momento de argumentar sobre la convicción a la que arriban o no los sentenciadores”²⁰⁹. En ese sentido, coincidiendo con la opinión de Accatino, se observa que para justificar sus decisiones “los tribunales se limitaban a señalar que se ha cumplido con el estándar de prueba”²¹⁰. Es decir, no existe despliegue de un proceso racional de justificación, simplemente una afirmación de cumplimiento, lo que evidentemente está desprovisto de contenido argumentativo.

²⁰⁵ REYES, Ob. cit. pp. 242.

²⁰⁶ LAUDAN, L. 2005. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho, 28, pp. 100.

²⁰⁷ Ídem.

²⁰⁸ ACCATINO, Ob. cit. pp. 496

²⁰⁹ ROJAS, R. 2012. *El estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” en el proceso penal chileno. Análisis Jurisprudencial*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 38.

²¹⁰ Ibid. pp. 39.

2.2 Imprecisión del estándar

Laudan, refiriéndose a este tema, señala que “bajo las circunstancias es difícil decidir cuál es lo peor: la subjetividad del estándar actual o su falta de una definición clara”²¹¹. Con esto, el autor da cuenta de que ambas problemáticas resultan similares en cuanto a intensidad, y podemos afirmar que aquello se debe a que se encuentran en una íntima relación de retroalimentación. En efecto, siendo el estándar impreciso o poco definido, ello abre la puerta a la aceptación de una interpretación subjetiva, ante la renuncia de la posibilidad de una definición racionalmente estructurada. A su vez, acogiéndose la subjetividad, más impreciso se vuelve el estándar, pues se imposibilita el control intersubjetivo de las decisiones judiciales.

Hecha esta reflexión, corresponde explicar por qué se considera impreciso, vago o indeterminado el estándar de duda razonable. Respecto a su consagración legal en Chile, este no cuenta con una definición, pues “en ningún pasaje del artículo 340 del Código Procesal Penal se define que es una “duda razonable”, cuáles serían sus requisitos y cómo deben aplicarse en la práctica judicial”²¹². Como menciona Accatino respecto al estándar, “la posibilidad de identificar criterios precisos de aplicación del mismo ha estado y sigue estando expuesta a intensas controversias”²¹³. En otras palabras, el Código Procesal Penal no otorga parámetros que guíen al juez en la determinación de que duda es “razonable”, y siquiera la posibilidad de formular aquellos criterios es algo que sigue siendo objeto de debate, por lo que, en definitiva, “la imprecisión del estándar no permite establecer con claridad cuál es ese grado de duda tolerable”²¹⁴. Adicionalmente, esto se puede explicar por el hecho de que -como ya indicamos más arriba- han existido históricamente diversas acepciones del concepto duda razonable y ninguna de ellas ha resultado del todo satisfactoria, llegándose a afirmar que el estándar “habla por sí solo”.

Esta situación de indeterminación, ya compleja en el ámbito del derecho norteamericano, se agudiza aún en más en la tradición civilista, pues en ella los jueces deben motivar sus sentencias, a diferencia de lo que ocurre con el jurado. “Sin precisión del estándar, no se puede fundamentar adecuadamente la decisión sobre la prueba, ni tampoco controlar la adecuada fundamentación de la decisión sobre la prueba”²¹⁵, dice con justa razón Accatino, pues efectivamente resulta imposible vislumbrar cómo

²¹¹ LAUDAN, Ob. cit. pp. 101.

²¹² SOUZA, A. 2014. *La inutilidad de la convicción más allá de toda duda razonable como estándar de prueba: avanzando hacia una metodología de justificación y contrastación de hipótesis*. Tesina correspondiente a la carrera de derecho. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, pp. 25.

²¹³ ACCATINO, Ob. cit., pp. 494.

²¹⁴ Ibid. pp. 493.

²¹⁵ Ibid. pp. 502.

podría un tribunal justificar que alcanzó efectivamente el estándar de convicción, si no existe ningún criterio racional que permita controlar aquello.

Llegando a la misma conclusión -aunque asociando la problemática de la fundamentación con la subjetividad del estándar en lugar de su indeterminación- Reyes afirma que “las creencias son algo que nos sucede, algo cuya ocurrencia no depende de nuestra voluntad, y como solo los actos voluntarios son susceptibles de justificación, no habría entonces posibilidad de justificar la valoración de la prueba realizada por el juez”²¹⁶. En efecto, si el juez puede considerar probados ciertos hechos en base a su fuero interno, entonces la justificación de su decisión se limitará a señalar que “así cree que ocurrieron las cosas”, y aquello por cierto no es un ejercicio racional de justificación, y por consiguiente no es intersubjetivamente controlable.

2.3 Criterios de solución

Podemos concluir de todo lo dicho que el estándar de “más allá de toda duda razonable” sufre de serias carencias, como su imprecisión conceptual o carácter subjetivo, lo que en Chile se ve agravado por la práctica jurisprudencial y por el hecho de que -a diferencia de lo que ocurre con los jurados- los jueces tienen el deber de fundamentar sus decisiones. Estos problemas, graves por sí mismos, dificultan también la tarea propuesta en este trabajo, pues cabe preguntarnos: ¿cómo podemos siquiera vislumbrar la posibilidad de disminuir la exigencia del estándar penal, si no sabemos exactamente en qué consiste? Por lo mismo, es necesario hacer una breve referencia a perspectivas de solución a estas dificultades.

Algunos autores han decidido, ante la falta de criterios normativos de determinación del estándar, dotarlo de cierto grado de objetividad con otros métodos diversos a definirlo. Así, por ejemplo, Etcheberry alude a la importancia de que -al igual que ocurre con el sistema de jurados- los tribunales colegiados adopten con unanimidad la decisión de condena, pues la existencia de un voto minoritario fundado implicaría que hay duda razonable²¹⁷. De la misma opinión son Carnevali y Castillo, pues según mencionan, “habría una incoherencia entre la existencia de un voto disidente (...) y que se condene argumentando que la mayoría -los otros dos jueces- sí habría adquirido la convicción más allá de toda duda razonable”²¹⁸. Estas ideas, aunque interesantes -pues permiten dotar de mayor

²¹⁶ REYES, Ob. Cit., pp. 243.

²¹⁷ ETCHEBERRY, A. 2008. *Consideraciones sobre el criterio de condena en el código procesal penal*. EN: RODRÍGUEZ, L. y otros, Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 677 y 678.

²¹⁸ CARNEVALI, Ob. cit., pp. 85.

objetividad al estándar- no resuelven el problema de la imprecisión conceptual del mismo²¹⁹, ya que eluden otorgar definiciones más concretas. En ese sentido, lamentablemente, no ofrecen un aporte a la tarea de considerar la disminución de su exigencia.

Es por ello que, aun cuando resulte razonable buscar objetivarlo por otras vías, es necesario encontrar criterios de definición que sean al menos orientativos sobre cómo el estándar podría operar en la práctica. En ese sentido, por ejemplo, Ferrer ha esbozado de *lege ferenda* seis estándares distintos y reglados, con diversos requisitos y niveles de exigencia.²²⁰ Por su parte, la misma profesora Accatino ha propuesto criterios para precisar el estándar penal, otorgando, por ejemplo, una idea sobre que debiera entenderse por “duda razonable” o justificada.²²¹ Abordaremos en profundidad estas tesis doctrinarias más adelante.

3. Posibilidad de disminución de exigencia del estándar

A continuación, analizaremos la viabilidad de este planteamiento, desde distintas perspectivas. En primer lugar, abordaremos ciertos obstáculos o límites erigidos por tesis doctrinales en contra de la disminución del estándar penal, en particular centradas en el principio de presunción de inocencia. Luego, se reflexionará sobre la posibilidad de adoptar otros estándares de convicción, incluyendo el civil y uno intermedio entre este y el penal de “más allá de toda duda razonable”. Finalmente, daremos cuenta de elaboraciones doctrinarias para justificar y diseñar un estándar de convicción viable en sede penal, de menor exigencia que el actual.

Es menester señalar que cualquier propuesta en ese sentido debe ser de *lege ferenda*, pues evidentemente, la legislación actual -y en particular el art. 340 CPP- no permite distinguir la intensidad del estándar dependiendo de la clase de delito.

3.1 Posibles obstáculos a la disminución, en particular el principio de presunción de inocencia

i. Consagración y concepto

La presunción de inocencia se encuentra consagrada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, instrumento según el cual toda persona es inocente hasta que se establezca legalmente su culpabilidad. En nuestro país, aunque no

²¹⁹ Como también indica ACCATINO, Ob. cit., pp. 500

²²⁰ FERRER (2018), Ob. cit. pp. 18 y sgtes.

²²¹ ACCATINO, Ob. cit., pp. 502 y sgtes.

se establece explícitamente en la ley, el principio tiene plena operatividad en virtud del art. 5 inciso 2 de la actual Constitución.

Respecto de su concepto, se ha entendido por la doctrina que la presunción de inocencia implica la asunción de dos reglas procesales. La primera de ellas es la regla de trato, según la cual quien sea acusado de la comisión de un delito merece ser tratado como una persona inocente hasta que se demuestre lo contrario. La segunda es la regla de juicio, que prescribe que una persona solo puede ser condenada si el material probatorio del juicio permite al tribunal afirmar su culpabilidad.²²²

ii. Presunción de inocencia, estándar penal y búsqueda de la verdad

Se ha planteado por algunos autores que la presunción de inocencia implicaría un límite insoslayable a la posibilidad de disminución del estándar penal. En ese sentido, Ramírez afirma que “no cabe «rebajar» las exigencias del estándar sin desnaturalizar el derecho fundamental”²²³ de presunción de inocencia. A renglón seguido menciona que “la contraposición entre presunción de inocencia y verdad es una falacia. Cuando se propone optar por un estándar menos exigente, lo que se propone, (...) es renunciar a la verdad”.²²⁴ Este razonamiento implica dos consideraciones distintas: en primer lugar, que la presunción de inocencia supone necesariamente la adopción del estándar de prueba más exigente posible; y, en segundo lugar, que cualquier aminoración de exigencia de dicho estándar conlleva “renunciar a la verdad”. Sobre esta consideración nos haremos cargo en el presente subcapítulo, mientras que la primera será abordada en *infra* iv.

En el mismo sentido que el autor recién citado, Gascón afirma que “cuanto más exigente sea el estándar para probar un hecho, más racional será la decisión que declara probado ese hecho, pues un SP [estándar probatorio] muy exigente minimiza la posibilidad de error y maximiza la posibilidad de acierto”²²⁵. En la misma línea Reyes, según quien la “alta exigencia del estándar de prueba es concordante con el objetivo de averiguación de la verdad del proceso penal, pues solo se busca condenar a quien es verdaderamente culpable de la comisión del delito”.²²⁶ En otras palabras: solo un estándar altamente exigente posibilita la persecución de la verdad, ya que se disminuye la probabilidad de error.

²²² En ese sentido ver NOGUEIRA, H. 2005. *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*. Revista Ius et Praxis, 11(1), pp. 221 a 241; y FERRER, J. 2010. *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*. Revista de la Maestría en Derecho Procesal Vol. 4 Núm. 1.

²²³ RAMÍREZ, Ob. cit. pp. 223.

²²⁴ Ídem.

²²⁵ GASCÓN, M. 2005. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, pp. 130.

²²⁶ REYES, Ob. cit. pp. 238.

Estimamos que esta aseveración es falaz, por cuanto omite considerar que un estándar penal no es útil en la búsqueda de disminución de errores, pues solo incide en su distribución.²²⁷ Así, como parte de una decisión política y moral, los estados han optado por establecer un estándar muy exigente en el derecho penal, con la intención de disminuir lo más posible la condena de inocentes (falsos positivos), pero esto a su vez supone aumentar la posibilidad de no condenar a culpables (falsos negativos). De esta forma, un estándar alto no disminuye la ocurrencia de errores, solo es expresión de voluntad política, que ha manifestado que la ocurrencia de cierto tipo de error -el falso negativo- es preferible a la ocurrencia de otro tipo de error, el falso positivo. En consonancia con este razonamiento, Ferrer manifiesta que “no es extraño encontrar quien sostenga la tesis de que un estándar de prueba exigente disminuye el número de errores sobre los hechos, pero esta es una conclusión apresurada, basada en la observación de un solo tipo de errores”²²⁸, concluyendo el autor que la “preferencia por uno de los tipos de error (hasta cierto punto, preferimos una absolucón falsa que una condena falsa) no afecta, en definitiva, a la consideración de todos ellos como errores”²²⁹, lo que queda de manifiesto si adherimos al concepto de verdad como correspondencia, es decir, verdad como coincidencia entre lo que se estima probado y lo que sucedió en el mundo material.

A mayor abundamiento, el considerar que la disminución de exigencia del estándar implica “renunciar a la verdad” supone a su vez que cualquier estándar de menor intensidad que el penal, no pretende averiguar la verdad, o bien lo pretende en menor medida. Sin embargo, esto no es correcto, por cuanto un estándar como el civil posee “un umbral de mucha menor exigencia que el que rige en materia penal, pero no puede afirmarse como su consecuencia que este procedimiento abdique de su aspiración en orden a la averiguación de la verdad”²³⁰. En efecto, lo que sucede en materia civil es que se ha decidido distribuir los errores -falsos positivos y negativos- de forma más equitativa, pero como ya vimos, ello no implica disminuir o aumentar su cantidad.

Por otra parte, y en relación con todo lo anterior, cabe hacernos cargo de una idea defendida por Reyes, expresada de la siguiente forma:

Si bien un estándar de prueba formulado en términos exigentes como en el proceso penal aumenta la probabilidad de falsos negativos y en ese sentido pareciera ser que entra en conflicto con el objetivo de averiguación de la verdad, no es menos cierto que, en virtud de esta alta exigencia, la declaración de un hecho como probado tiene una alta probabilidad de

²²⁷ FERRER (2018), Ob. cit., pp. 9

²²⁸ Ibid. pp. 8.

²²⁹ Ídem.

²³⁰ ARAYA, Ob. cit. pp. 61.

ocurrencia en el mundo exterior. Y en tal sentido, un estándar de prueba exigente sí se correspondería con el objetivo de búsqueda de la verdad en el proceso, si nos referimos a la verdad de la acusación.²³¹

A nuestro juicio, se pueden formular ciertas observaciones a este razonamiento. En primer lugar, no es efectivo que un estándar penal exigente -que aumenta la probabilidad de falsos negativos- se encuentre en conflicto con la averiguación de la verdad, pues ya establecimos que un estándar de convicción no sirve para disminuir errores, solo para distribuirlos.

En segundo lugar, es posible cuestionar el siguiente enunciado: en virtud de la exigencia del estándar de convicción penal, la declaración de un *hecho como probado* tiene una *alta probabilidad de ocurrencia* en el mundo exterior, por lo que si se correspondería con el objetivo de búsqueda de la verdad, “si nos referimos a la verdad de la acusación”. A continuación, intentaremos demostrar que este enunciado, en el fondo de su estructura lógica, no es sino una reiteración de las ideas a las que hemos aludido, a saber, que un estándar de alta exigencia disminuye los falsos positivos y aumenta los falsos negativos, y que por tanto, no es útil para disminuir errores, pues solo incide en su distribución.

Para simplificar esta explicación, asumiremos que “el hecho probado” es la culpabilidad de un agente en la comisión de un delito. Así llegamos a la siguiente proposición, “A”: con un estándar de convicción de alta exigencia, la declaración de *culpabilidad del acusado* tiene una *alta probabilidad de ocurrencia* en el mundo exterior. Formulada la idea en estos términos, pareciera equivalente a decir lo siguiente, proposición “B”: Un estándar de convicción de alta exigencia *minimiza la posibilidad de falsos positivos*. En efecto, si la declaración de culpabilidad del acusado tiene una alta probabilidad de corresponder con lo sucedido en el mundo material, entonces la posibilidad de un falso positivo es mínima.

Ahora, si realizamos una inversión lógica de la proposición “A”, nos queda la siguiente proposición “C”: con un estándar de convicción de alta exigencia, la declaración de *inocencia del acusado* (no culpabilidad) tiene una *alta probabilidad de no corresponder* con el mundo exterior. Esto parece equivalente a la siguiente proposición “D”: Un estándar de convicción de alta exigencia *aumenta la posibilidad de falsos negativos*. En efecto, si la declaración de inocencia del acusado tiene una alta probabilidad de no corresponder con el mundo material, entonces la posibilidad de falsos negativos aumenta.

²³¹ REYES, Ob. cit. pp. 240.

Esta descomposición lógica del razonamiento de Reyes tiene por propósito demostrar que -en esencia- no se dice nada distinto de lo que ya sabemos: que un estándar de convicción de alta exigencia disminuye la posibilidad de falsos positivos y aumenta la de falsos negativos.

Ahora, cuando Reyes habla de “verdad de la acusación”, pareciera estar refiriéndose a la situación en que se declara la culpabilidad del acusado dentro del proceso, y aquello se corresponde con el mundo material. Esto es, cuando la culpabilidad *es verdadera* en el mundo material, y *también se declara verdadera* dentro del proceso. Pero por “verdad de la acusación”, también puede aludirse a la situación en que no se declara la culpabilidad del acusado, y aquello no se corresponde con el mundo material. Esto es, cuando la culpabilidad *es verdadera* en el mundo material, pero *no se declara verdadera* dentro del proceso. En este último caso hay un error -un falso negativo- y sabemos que con un estándar de alta exigencia, la posibilidad de ocurrencia de aquel tipo de error aumenta. Por eso, no parece correcto afirmar que “un estándar alto se corresponde con el objetivo de averiguación de la verdad, si nos referimos a la verdad de la acusación”. En última instancia, toda esta reflexión viene a confirmar, una vez más, que la exigencia del estándar nada influye en la disminución de errores, sino solo en su distribución.

En definitiva, y como corolario de todo lo expuesto en este subcapítulo, podemos afirmar que no es efectivo que exista una pugna entre la disminución del estándar penal y la búsqueda de la verdad. Esto no es baladí, pues de estimarse lo contrario, sería muy difícil proponer seriamente que el estándar de “más allá de toda duda razonable” debe ser rebajado, pues implicaría aumentar la posibilidad de error en el proceso.

iii. ¿Derecho absoluto?

Cuando Ramírez afirma que cualquier disminución de exigencia del estándar penal implicaría “desnaturalizar” el derecho fundamental a la presunción de inocencia²³², parece sugerir que este derecho es “absoluto”, pues no soportaría ninguna clase de graduación.

Sin embargo, hay buenas razones para sostener que no es así. En primer lugar, puede decirse que ningún derecho subjetivo es realmente absoluto. Por ejemplo, uno de los derechos fundamentales máspreciado, relevante y protegido es el derecho a la vida, y no obstante, existen hipótesis legales muy calificadas que permiten válidamente atentar contra el mismo, como la causal de justificación de legítima defensa. Esto no es más que la consecuencia necesaria de la vida en sociedad: el ejercicio de

²³² RAMÍREZ, Ob. cit. pp. 223.

ciertos derechos implica, indefectiblemente, conflicto con otros, por lo cual ningún derecho fundamental puede ser auténticamente absoluto.

En segundo lugar, y más importante, el mismo derecho a la presunción de inocencia está en ciertas situaciones limitado o disminuido. Así, resulta prácticamente imposible afirmar que a una persona se le “trata como un inocente” si es que permitimos conforme a derecho la prisión preventiva. Al respecto, se ha dicho que “la situación sería mejor descrita si quienes defienden el carácter justificado de (...) la prisión preventiva (...) durante el proceso sostuvieran que, en esos supuestos, el derecho a la presunción de inocencia como regla de trato procesal es vencido por más fuertes argumentos”²³³. Es decir, la presunción de inocencia es limitada por la necesidad de recurrir a la medida cautelar de prisión preventiva en ciertos casos.

Podrá argumentarse que el párrafo anterior está referido a la regla de trato de la presunción de inocencia, y no a su regla de juicio. Sin embargo, debemos hacer notar que ambas *reglas* se deducen del mismo *principio*, por lo que es este último el que sí admite limitaciones.

iv. Presunción de inocencia y exigencia del estándar penal

Ya dejamos establecido entonces que difícilmente puede considerarse al derecho de presunción de inocencia como absoluto. Sin embargo, cabe ahondar más en la idea de que disminuir la exigencia del estándar penal implicaría contravenir el mismo derecho, y en ese sentido preguntarnos: ¿supone necesariamente el principio de presunción de inocencia, la asunción del estándar de prueba más exigente?

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”²³⁴. Por su parte, Nogueira afirma que “se vulnera la presunción de inocencia cuando se condena a una persona con meras sospechas, sin pruebas o prescindiendo de ellas”²³⁵.

A su vez, Reyes menciona sobre la presunción de inocencia lo siguiente:

De la postura inicial sobre la inocencia el juez puede llegar a la contraria, pero solo dentro del proceso, merced de una actividad probatoria y tras una valoración o apreciación libre de

²³³ FERRER (2010), Ob. Cit. pp. 11.

²³⁴ CIDH. Caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C N°69, párrafo 120.

²³⁵ NOGUEIRA, Ob. cit. pp. 221 a 241.

la prueba. Luego, para condenar, hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba.²³⁶

Continúa el mismo autor diciendo que “la presunción de inocencia demanda la interdicción de la arbitrariedad en el proceso”, por lo cual la convicción adquirida por el tribunal sobre los hechos probados “no puede ser subjetiva o arbitraria”²³⁷. Concluye afirmando que, a la hora de aplicar el estándar penal de convicción, “se debe poner la mayor atención en mantener el mandato de racionalidad y objetividad que la presunción de inocencia impone”²³⁸.

Lo interesante respecto a las consideraciones de la Corte, de Nogueira, y de Reyes, es que de ellas se puede colegir que el estándar de prueba penal debe ser claro, racional y determinado, mas no se deduce que deba tener el más alto nivel de exigencia. En efecto, el principio de presunción de inocencia implica que no se puede condenar con prueba “incompleta o insuficiente”, o bien directamente sin pruebas o a base de sospechas. Por tanto, evidentemente, como es propio de su función, el estándar de convicción debe demarcar cuándo se entiende que una prueba es suficiente o completa para condenar, pero ello no lo hace solamente el estándar de “más allá de duda razonable”. El estándar civil de preponderancia de la prueba, por ejemplo, también nos indica cuándo se dispone de elementos de juicio suficientes para condenar.

Reyes, antes que referirse a la exigencia del estándar de convicción, parece poner hincapié en el hecho de que, para respetarse la presunción de inocencia, aquel debe ser racional y objetivo (es decir, determinado, concreto) para prevenir la subjetividad y arbitrariedad, razonamiento que compartimos.

A mayor abundamiento, se ha dicho que la regla de juicio de la presunción de inocencia implica que “el juez sólo puede determinar la responsabilidad del acusado a través de la sentencia, la que podrá ser condenatoria solamente si el tribunal adquiere a través de la prueba la convicción de que el acusado es responsable del delito”²³⁹. Pues bien, nuevamente, es evidente que ello supone recurrir a un estándar que sea racional y objetivo -pues solo así el tribunal podrá justificar su convicción- pero no se colige de la regla de juicio que el estándar deba tener un determinado nivel de exigencia. En efecto, un estándar de convicción de menor intensidad que el de la duda razonable, mientras tenga cierto grado de objetividad, también permitiría al tribunal alcanzar convicción sobre el acaecimiento de un

²³⁶ REYES, Ob. cit. pp. 233.

²³⁷ Ibid. pp. 234.

²³⁸ Ídem.

²³⁹ NOGUEIRA, Ob. cit. pp. 221 a 241.

hecho, pues nuevamente, eso es justamente el rol natural de un estándar de prueba, cualquiera que sea su nivel de exigencia.

Comulgando con esta reflexión, Ferrer afirma lo siguiente:

Contra lo que sostiene la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina, el derecho a la presunción de inocencia presupone la vigencia de un estándar de prueba pero no implica estándar de prueba alguno. En efecto, (...) ese derecho, en su faceta de regla de juicio, supone que el acusado debe ser absuelto en caso de duda sobre su culpabilidad. Pero ¿de qué duda estamos hablando?²⁴⁰

El autor defiende que por duda debe entenderse “duda racional sobre la verdad de una hipótesis fáctica”²⁴¹, pero que aún quedaría por resolver qué grado de duda permitiría no condenar al acusado, por lo cual el principio de presunción de inocencia nada nos dice sobre el grado de duda racional admisible, es decir, nada nos dice del tipo de estándar que se debe adoptar. Así, la presunción de inocencia sería compatible con distintos estándares de prueba, no necesariamente de los más exigentes.²⁴²

v. Necesidad de estándar exigente en el proceso penal

Nos hemos hecho cargo de diversos argumentos que pretenden justificar la imposibilidad de disminuir el estándar de convicción penal. Establecimos que tal disminución no implica “renunciar a la verdad”, para luego argüir que la presunción de inocencia -erigida por algunos como razón para evitar la disminución- no es un derecho absoluto. Acto seguido, argumentamos que el principio de presunción en realidad no implica la adopción de un estándar de prueba con un nivel de exigencia determinado, solo exige que este sea racional y objetivo, para prevenir arbitrariedades.

Así las cosas, en este punto corresponde preguntarnos si el proceso penal requiere efectivamente de un estándar de alta exigencia, una vez ya descartado que sea la presunción de inocencia el derecho que lo justifique.

Según Accatino, un estándar más exigente tiene como finalidad querer evitar el específico caso del falso positivo -condena de un inocente- pues ese error se consideraría “grave por sus costos por la *comunidad política*” (el destacado es nuestro), ya que “la afectación que puede implicar de bienes fundamentales del sujeto como la libertad y la honra, justificarían que ese error se considere de mayor

²⁴⁰ FERRER (2010), Ob. cit. pp. 20.

²⁴¹ Ibid. pp. 21.

²⁴² Ídem.

gravedad que el error al absolver un culpable²⁴³. Ferrer por su parte reconoce que las razones para establecer un estándar exigente pasan justamente por la proporción en la distribución de errores - falsos positivos y negativos- que la sociedad está dispuesta a soportar²⁴⁴.

Es decir, como en el ámbito político-social se suele considerar más grave condenar a un inocente que absolver a un culpable, el estándar penal debiera reflejar esa realidad con una distribución de errores que minimice los falsos positivos, aun a riesgo de permitir más falsos negativos. La presunción de inocencia no implica la adopción de un estándar exigente, pero ello sí es necesario por lo grave que resultaría condenar a un inocente. Aunque, ¿significa esto que el estándar debe ser *el más exigente posible*? La respuesta debiera ser negativa, pues si lo que se quiere es que la tasa de falsos positivos sea menor a los falsos negativos, ello no necesariamente supone la asunción del estándar más exigente posible. Un estándar en el que el juez pudiera condenar teniendo una seguridad de 75%²⁴⁵ de la ocurrencia de un hecho, seguiría prefiriendo los falsos negativos por sobre los positivos.

Además, como la decisión de preferir que se absuelva a un culpable antes de condenar a un inocente es política-moral, es susceptible de ponderación con otros intereses²⁴⁶. Sin ir más lejos, se podría argumentar que en ciertos casos resultaría demasiado gravoso absolver a un culpable, idea en la que profundizaremos más adelante.

Con todo, cabe concluir sobre este tema que por lo costoso que resulta asumir la condena de un inocente, el estándar debe ser exigente -preferir los falsos negativos por sobre los positivos- pero de ello no se colige que deba ser *el más exigente posible*. Por lo tanto, el costo de condenar a un inocente no supone la *imposibilidad* de disminuir el estándar, pero si impone un *límite* a esa morigeración.

3.2 Estándar civil

En nuestro país el sistema probatorio civil sigue siendo de prueba legal tasada, aunque morigerado. Sin embargo, el estándar de convicción civil más extendido es el de preponderancia de la prueba, en el que una hipótesis sobre la ocurrencia de un hecho se da por probada cuando posee una mayor

²⁴³ ACCATINO, Ob. cit. pp. 488.

²⁴⁴ FERRER (2010), Ob. cit. pp. 21.

²⁴⁵ A pesar de que creemos que no es operativamente útil definir la exigencia de un estándar de convicción a partir de un porcentaje numérico, estimamos que recurrir a estas expresiones matemáticas puede facilitar ciertas explicaciones.

²⁴⁶ En ese sentido ver FERRER (2018), Ob. cit. pp. 12

probabilidad de ocurrencia que la hipótesis opuesta, es decir, “debe considerarse que es más probable que el enunciado haya ocurrido a que no haya ocurrido”²⁴⁷.

Este estándar entrega un “trato igualitario a las partes del proceso, garantizando una distribución equitativa de los riesgos de errores entre actor y demandado y minimizando el número de veredictos erróneos (de falsos positivos y falsos negativos) de manera igualitaria entre las partes”²⁴⁸. Esto tiene sentido en el proceso civil, ya que los bienes jurídicos involucrados en caso de que pierda una de las partes suelen ser de índole pecuniaria, por lo cual es factible y justificado que la distribución de errores sea equitativa.

Sin embargo, resultaría imposible adoptar este estándar en el proceso penal, pues como ya vimos, el costo de condenar a un inocente es demasiado alto, perjudicándose la libertad y el honor. Dijimos que ello no implica adoptar el estándar más exigente posible, pero sí supone cierto nivel de exigencia, y el sistema civil se caracteriza justamente por no cumplir ese requisito, pues basta para tener por probado un hecho el que sea más que probable que haya ocurrido a que no haya ocurrido. Por tanto, el estándar de preponderancia de la prueba no nos sirve como alternativa viable al de más allá de toda duda razonable.

3.3 Estándar intermedio: prueba clara y convincente

Un estándar que se encuentra en un punto medio entre el actual civil y el penal es el llamado “de prueba clara y convincente”. Este exige al juez dar por probada una hipótesis cuando a partir de los elementos de juicio disponibles pareciera ser “mucho más probable” que el hecho haya acontecido a que no haya ocurrido²⁴⁹.

Este estándar suele utilizarse “en los juicios donde la secuela para la demandada no es solo jurídica (un fallo judicial desfavorable), sino que también social, como ocurre en la litigación por fraude, o bien, en litigios donde se comprometen las libertades civiles”²⁵⁰. La razón “para intensificar el umbral en estos juicios es (...) la igual consideración y el debido respeto por los intereses en juego [lo que] justifica acentuar la dirección de los riesgos hacia el actor”²⁵¹. En Chile, además, este estándar ha sido

²⁴⁷ VAN HASSELT, R. 2016. *El estándar de prueba en materia infraccional*. Revista De Estudios Tributarios, 13, pp. 218.

²⁴⁸ Ídem.

²⁴⁹ Ibid. pp. 220.

²⁵⁰ LARROUCAU, J. 2012. *Hacia un estándar de prueba civil*. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 3, pp. 791.

²⁵¹ Ídem.

utilizado en materia infraccional, en particular en libre competencia, según ha sido reconocido por la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia²⁵².

Entonces, si tenemos un estándar que es evidentemente más exigente que el civil -al necesitarse para dar por probada una hipótesis que sea mucho más probable que ocurriera a que no lo hiciera- podría argumentarse que debería ser aplicable en delitos sexuales, como una versión disminuida -pero aún exigente- del estándar penal actual. Sin embargo, podemos esbozar dos razones para descartar esta idea.

En primer lugar, el estándar de prueba clara y convincente adolece también del problema de imprecisión o falta de determinación u objetividad. ¿Qué significa que sea “mucho más probable” que un hecho haya ocurrido a que no haya ocurrido? Parece difícil construir parámetros para operativizar la puesta en práctica del estándar. Se ha reconocido que, existiendo este problema, se requeriría una “pieza adicional”, como “la convicción del juez sobre la verdad de los hechos o la aplicación de una regla de peso probatorio”²⁵³. Sin embargo, estas reglas no nos sirven en el proceso penal, pues aludir a la “convicción del juez” nos redirige al problema de la subjetividad, mientras que aplicar reglas de peso probatorio significaría volver -aunque sea parcialmente- a un sistema de prueba legal tasada, lo que la reforma procesal penal justamente pretendió dejar atrás, según ya vimos en el capítulo I de esta tesis.

Luego, en segundo lugar, el estándar se ha usado en materias en las que los bienes jurídicos en juego son de mayor intensidad que en el proceso civil, pero de menor intensidad que en el proceso penal, como la litigación por fraude o en materia infraccional. Esto es relevante porque significa que la razón para aplicar este estándar intermedio es -justamente- que condenar a un inocente resulta más gravoso que en el proceso civil, pero menos gravoso que en el proceso penal. En nuestro caso -analizando delitos sexuales- la condena de un inocente es *a priori* tan gravosa como en cualquier otro delito penal, por lo que la razón que justifica un estándar de menor intensidad en los procesos infraccionales por ejemplo (condenar a un inocente supone en general condenas pecuniarias, evidentemente menos gravosas que la privación de libertad, sobre todo en lo que se refiere a afectación del derecho al honor y la libertad) no subsiste en el caso de los delitos sexuales.

²⁵² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2017. *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: informes en derecho solicitados por la fiscalía nacional económica*. Santiago, Ediciones de la fiscalía nacional económica, pp. 38.

²⁵³ LARROUCAU, Ob. cit. pp. 792.

Así las cosas, pareciera que el estándar tratado en este subcapítulo no posee la exigencia necesaria como para considerarse una alternativa viable de disminución del actual, por lo que la nueva "fórmula" debería tener un nivel de exigencia mayor a la prueba "clara y convincente", aunque evidentemente, menor a la prueba "más allá de toda duda razonable".

3.4 Elaboraciones doctrinarias

Habiéndonos hecho cargo de distintos obstáculos o límites que se han erigido en contra de la disminución del estándar penal, y habiendo descartado la viabilidad de aplicar el estándar civil y el de prueba clara y convincente en el proceso penal, cabe ahora analizar ciertas propuestas doctrinarias que han abordado posibles justificaciones de la morigeración de exigencia del estándar de convicción, por un lado, y como operativizar dicha disminución en la práctica, por otro.

i. Justificación de la disminución

Quien ha tratado este tema de forma más extensa es Ferrer, esbozando unas cuentas razones que podrían actuar como justificaciones a la aplicación de estándares diferenciados en ciertos tipos de delito. El autor menciona en particular cinco criterios²⁵⁴ para ponderar la posibilidad de morigeración de exigencia del estándar penal, de los cuales los tres primeros nos parecen de sumo interés en este trabajo.

Así, el primer criterio a tener en cuenta consiste en la gravedad del error de condenar a una persona inocente. Como ya se mencionó, esta es la razón genérica aducida por la doctrina para justificar la adopción de un estándar altamente exigente en el proceso penal. Ferrer menciona que "la gravedad de la consecuencia jurídica ante una determinación errónea de los hechos no es siempre la misma en el proceso penal"²⁵⁵, lo que significaría que se podría tener "diversos estándares de prueba para ese tipo de procesos en función de la gravedad de la consecuencia jurídica prevista"²⁵⁶. En ese sentido, si bien anteriormente mencionamos que la condena de un inocente en un delito sexual resulta *a priori* tan gravosa como en cualquier otro ilícito penal, esa afirmación puede y debe ser matizada. Así, en el delito de violación en Chile, por ejemplo, nos encontramos con un marco penal abstracto que va desde el presidio mayor en grado mínimo a medio. Una pena alta, pero que queda comparativamente lejos de ser de las más gravosas del ordenamiento penal de nuestro país, y por tanto, es evidente que existen ilícitos²⁵⁷ con consecuencias jurídicas más graves.

²⁵⁴ FERRER (2018), Ob. cit. pp. 10 y sgtes.

²⁵⁵ Ídem.

²⁵⁶ Ibid. pp. 11.

²⁵⁷ Como el robo con homicidio, por ejemplo, cuya pena asignada al delito es de presidio mayor en grado máximo a presidio perpetuo calificado, según art. 433 N°1 CP.

Es menester mencionar que, por cierto, este argumento por sí solo no es suficiente para justificar una disminución del estándar de exigencia. Las penas de los delitos sexuales en general -aunque comparativamente menos graves que en otros delitos- siguen siendo de privación de libertad, y por tanto, gravosas.

Por eso, debemos referirnos ahora al segundo criterio de Ferrer: el costo del error consistente en absolver culpables. Dice el autor que el evitar las condenas de inocentes no puede ser el único interés social válido, pues de ser así, la mejor forma de eludir ese error sería nunca condenar a nadie²⁵⁸. Pero de ocurrir aquello, “estaríamos descuidando absolutamente otro reclamo que dirigimos al Estado como sociedad: que proteja nuestros derechos (...) evitando que terceros nos dañen”²⁵⁹. Habría que tener especial cuidado en que “la falta de condenas [producto de un estándar demasiado exigente] disminuya o elimine la capacidad disuasoria del derecho”²⁶⁰.

En ese sentido, las dificultades probatorias asociadas a los delitos sexuales, junto al alto estándar de exigencia, naturalmente devienen en una falta de condenas que “ha llevado a que muchas mujeres hoy en día (...) encuentren más efectivo utilizar medios de comunicación para lograr el reproche social contra el acusado”²⁶¹. Esto implica que se ha perdido confianza en la capacidad del sistema judicial para condenar culpables en delitos sexuales.

Ello puede corroborarse estadísticamente, si consideramos que, si bien “casi una de cada cuatro mujeres afirma haber sido víctima de violencia sexual por parte de su pareja, (...) se estima que en la región sólo un 5% de las víctimas adultas denuncian el suceso a la policía”²⁶². En Chile en particular, se registró entre 2010 y 2014 la cifra de 11.848 causas por violación en mujeres, de las cuales solo 790 casos recibieron condena definitiva²⁶³. En 2019, de las causas terminadas por cualquier tipo de delito, el 12,33% terminó en sentencia definitiva condenatoria, y el 1,29% mediante sentencia definitiva absolutoria. En tanto, en delitos sexuales, la cifra de casos terminados por sentencia condenatoria disminuye ostensiblemente a 7,7%, mientras que las absoluciones aumentan a 1,8%²⁶⁴. Es decir, en comparación con el resto de delitos, en los de carácter sexual hay un porcentaje menor de sentencias definitivas condenatorias, pero mayor de absolutorias. Esto no es baladí, pues “al no condenar se

²⁵⁸ Ibid. pp. 12.

²⁵⁹ Ídem.

²⁶⁰ Ídem.

²⁶¹ *Propuesta de un estándar probatorio diferenciado para delitos sexuales*. 2020. Por Sofía Abuhadba “et al”. Semillero procesal Universidad de Chile, pp. 7.

²⁶² FERNÁNDEZ, C. y DIDES, C. 2016. *Primer Informe: Salud Sexual, Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile*. Miles Chile, pp. 148 y 149.

²⁶³ Ídem.

²⁶⁴ AGUILERA, Ob. Cit. pp. 110.

transmite el mensaje de que la conducta, al (*sic*) fin de cuentas, no es reprochable²⁶⁵, lo que por cierto implica una disminución de la capacidad disuasoria del derecho.

Es evidente que la falta de denuncias y la desconfianza en la función judicial en delitos sexuales tiene múltiples causas, pero resulta innegable que una de ellas es la falta de condenas, lo que a su vez se explica, al menos parcialmente, en la alta exigencia del estándar de convicción²⁶⁶, en combinación con otros factores, como las dificultades probatorias en delitos sexuales.

En definitiva, la falta de condenas implica -como dijimos más arriba- una merma en la capacidad preventiva del derecho. Esto a su turno supone -de manera indirecta- dejar de cautelar el bien jurídico protegido de los delitos sexuales, y como decía Ferrer, de esa forma se descuida por parte del Estado la protección de derechos. Una disminución de exigencia en el estándar debiera propender a un mayor número de condenas, reforzándose el efecto preventivo del derecho, y fortaleciéndose a su vez la protección del bien jurídico afectado.

Ahora, toca referirnos al tercer criterio esbozado por Ferrer, relativo a las dificultades probatorias que exhiben ciertos tipos de casos penales. Entre ellos sin duda se encuentran los delitos sexuales -según ya indicamos en la introducción de esta tesis- por ciertas características fenomenológicas inherentes a estos delitos. En efecto, es habitual que las agresiones en estos casos no dejen huella física, pues no siempre los ilícitos sexuales se producen con abuso de la fuerza, y aun obrando fuerza o intimidación, es común que no queden rastros visibles²⁶⁷. Además, los delitos de género en general se suelen cometer en contextos de clandestinidad, “ello ya que normalmente las agresiones se ejercen en espacios privados, donde predomina el silencio y el miedo, y donde naturalmente no hay presencia de terceras personas”²⁶⁸.

El mismo Ferrer menciona que “los delitos sexuales no suelen cometerse en público, esto conlleva que estemos ante un tipo de delitos que conllevan normalmente muy serias dificultades probatorias”²⁶⁹. Luego, afirma que estas dificultades “tienden a producir un gran número de falsas absoluciones, con la consiguiente desprotección de los bienes jurídicos a los que el tipo penal pretendía proteger”²⁷⁰. Es decir, el problema es similar a aquel desarrollado en el segundo criterio: las dificultades

²⁶⁵ ABUHADBA “et al”, Ob. Cit. pp. 8.

²⁶⁶ En ese sentido, como afirma Ferrer, en la medida en que aumente la exigencia del estándar de convicción, aumenta el riesgo de culpables sueltos, es decir, la falta de condenas. FERRER (2018), Ob. cit. pp. 12.

²⁶⁷ AGUILERA, Ob. cit. pp. 110

²⁶⁸ Ibid. pp. 111.

²⁶⁹ FERRER (2018), Ob. cit. pp. 13.

²⁷⁰ Ídem.

probatorias de los delitos sexuales desembocan en falta de condenas y el consiguiente aumento de absoluciones erróneas de culpables, lo que a su vez menoscaba el efecto preventivo del derecho, viéndose indirectamente afectado el bien jurídico protegido.

En este punto cabe agregar que tanto las situaciones del segundo y tercer criterio (costo de absolver un culpable y dificultades probatorias) se ven agravadas por el hecho de que el estándar penal actual no solo es altísimo en cuanto a exigencia, sino que además es impreciso y subjetivo.

ii. Formulación de estándares disminuidos concretos

Producto de todo lo dicho, es posible formular una ponderación entre los criterios de Ferrer. Así, tanto los altos costos de absolver erróneamente a un culpable acusado de cometer un delito sexual, como las dificultades probatorias inherentemente asociadas a estos ilícitos, justifican la adopción de un estándar penal disminuido en su exigencia. Sin embargo, los altos costos de condenar erróneamente a un inocente, mandatan que cualquier intento de morigeración del estándar sea moderado, prudente. Esta idea es concordante con lo que concluimos en *supra* “3.3”, a saber, que la exigencia de un posible nuevo estándar debiera estar en un punto intermedio entre la prueba “clara y convincente” y la prueba “más allá de toda duda razonable”.

Además, cabe recordar que este nuevo estándar debiera ser conceptualmente preciso y rigurosamente definido, con el objeto de evitar la indeterminación y subjetividad que aqueja al actual. Esto no solo haría posible aplicarlo por parte de los jueces, sino que además facilitaría el control de racionalidad y fundamentación de las decisiones, garantizándose a su vez el pleno respeto por la presunción de inocencia, al prevenirse arbitrariedades.

Teniendo todo esto en consideración, a continuación analizaremos una propuesta de Ferrer, quien diseñó seis diversos estándares de convicción, de los cuales solo abordaremos los primeros cuatro, pues los dos últimos tienen un nivel de exigencia muy bajo.

Así las cosas, el primer y más exigente estándar se formula en los siguientes términos:

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.

b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.²⁷¹

Como mencionamos en *supra* “1.3”, hay sectores de la doctrina que han pretendido elaborar propuestas de creación de criterios que delimiten el concepto de “más allá de toda duda razonable”. En ese orden de ideas, Accatino afirma que lo relevante no debiera ser la existencia de una duda, sino la “presencia o ausencia en el conjunto de elementos de prueba disponibles de condiciones que justifican una duda”²⁷², lo cual aminora el subjetivismo, pues lo importante no es que el juez crea que existe una duda razonable, lo relevante es que esa duda “deba suscitarse” racionalmente a la luz del conjunto de elementos de juicio²⁷³. De esta forma, “los defectos de las pruebas disponibles respecto de una cierta proposición sobre los hechos del caso que justifican una duda e impiden tenerla por probada (...) consiste en que ellas no logren eliminar o refutar alguna proposición fáctica alternativa plausible y compatible con la inocencia del acusado”²⁷⁴. En ese caso habrá una “duda razonable” sobre la ocurrencia de la hipótesis²⁷⁵.

Si analizamos con detención, podemos avizorar que el estándar así definido se asemeja mucho al de Ferrer. En efecto, tanto las formulaciones de este autor como las de Accatino exigen que para darse por probada una hipótesis inculpatoria, se debe al menos haber refutado todas las hipótesis alternas que sean plausibles y consistentes con la inocencia del imputado. El jurista español añade, además, que la hipótesis debe ser capaz de explicar y armonizar todos los datos disponibles deducidos del conjunto probatorio. Siendo así, podemos afirmar que este primer estándar es el *más exigente posible*, una reformulación de la duda razonable, dotada de objetividad y precisión conceptual.

Por lo mismo, la primera opción real de disminución del actual estándar penal se nos presenta de la siguiente forma:

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

²⁷¹ Ibid. pp. 19.

²⁷² ACCATINO, Ob. cit., pp. 503.

²⁷³ Ídem.

²⁷⁴ Ibid. pp. 507.

²⁷⁵ Accatino agrega además que la duda debe ser relevante, es decir, las dudas hipotéticas no sustentadas en pruebas no son razonables. ACCATINO, Ob. cit. pp. 504.

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.

b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa, si es plausible, explicativas de los mismos datos, y compatible con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.²⁷⁶

Este segundo estándar comparte el requisito “a)” con el primero, pero existe una variación en el “b)”, pues ya no se deben refutar todas las hipótesis compatibles con la inocencia, sino solo las formuladas por la defensa. Así, esta propuesta sin duda posee un nivel de exigencia menor que la anterior, pero sigue siendo altamente exigente, pues no basta que la hipótesis de culpabilidad sea *mejor* que la alternativa de la defensa, sino que directamente se debe *refutar* dicha hipótesis. En otras palabras, puede ocurrir que la hipótesis de condena sea *más probable* que la contraria, pero ello no basta si no se logra *refutar*²⁷⁷ esta última. Adicionalmente, debe ser capaz de explicar e integrar todos los datos disponibles, lo cual por cierto supone que sea sólida y altamente plausible.

Por estas razones, este segundo estándar de Ferrer se presenta en principio como una alternativa real y viable a la duda razonable en delitos sexuales. En efecto, al tenerse que refutar las hipótesis de la defensa, y no *todas* las hipótesis plausibles, estamos ante un estándar menos exigente que el primero, y en ese sentido debería permitir más condenas²⁷⁸, con el consiguiente restablecimiento del efecto preventivo y disuasorio del derecho. Sin embargo, como aún está formulado en términos bastante exigentes, el estándar recoge y considera la preocupación por evitar lo más posible la condena errónea de inocentes. En adición a todo lo anterior, es conceptualmente determinado y definido, previniéndose arbitrariedades y fortaleciéndose el respeto por la presunción de inocencia.

Ahora, corresponde analizar la tercera propuesta de Ferrer, expresada como sigue:

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

²⁷⁶ FERRER (2018), Ob. cit. pp. 20.

²⁷⁷ Accatino entiende que se refuta cuando se incorpora una prueba que muestra que no aconteció un evento que necesariamente debía ocurrir de ser cierta la hipótesis de la defensa. ACCATINO, Ob. Cit., pp. 508.

²⁷⁸ Aunque podría argumentarse que, debido a las dificultades probatorias presentadas en los delitos sexuales, será común que no se pueda refutar una hipótesis alternativa de la defensa, debido a la escasez de elementos de juicio. Bajo ese prisma, este segundo estándar seguiría siendo muy exigente, atendidas las particularidades fenomenológicas de los delitos sexuales.

- a) Que la hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).²⁷⁹

Este tercer estándar exige que la hipótesis de condena sea la mejor explicación disponible a la luz de los elementos probatorios. De esta forma, no basta con que sea mejor que las hipótesis de la defensa, sino que debe ser más plausible que cualquier hipótesis imaginable concordante con la inocencia del imputado, siempre y cuando se deduzca racionalmente de la prueba disponible. En ese sentido, el requisito “a)” parece relativamente equiparable al estándar de prueba “clara y convincente”, pues en la medida en que la hipótesis condenatoria sea la mejor explicación disponible de los hechos (y no solo mejor que las hipótesis de la defensa), podríamos argumentar que es *mucho más probable* su ocurrencia a su *no ocurrencia*.

Pero este tercer estándar tiene un requisito adicional, a saber, que el peso probatorio de los elementos de juicio relevantes debe ser completo, lo que significa que el conjunto de pruebas debe ser rico, pues mientras más información mayor probabilidad de acierto²⁸⁰.

Entonces, se podría afirmar que esta tercera propuesta de Ferrer es levemente más exigente que el estándar de prueba “clara y convincente”, teniendo en cuenta que el requisito “a)” es equiparable a este mismo, y el requisito “b)” añade un nivel de exigencia adicional.

En comparación con el estándar 2 del autor español, el 3 presenta tanto un defecto como una virtud. Respecto a lo primero, pareciera ser menos objetivo y conceptualmente determinado. En efecto, mientras el segundo estándar se refiere a *refutación* de las explicaciones alternativas de los hechos, en el número 3 basta con que la hipótesis condenatoria sea “la mejor”. Sin embargo, es difícil argumentar que una hipótesis es mejor que otra sin recurrir a conceptos subjetivistas como “convicción”, mientras que la refutación, por otro lado, es mucho más definida, pues alude a una operación intelectual.

Respecto a la virtud, y sin perjuicio de lo anterior, el estándar 3 pareciera ajustarse mejor a la realidad fenomenológica de los delitos sexuales, en cuanto a las dificultades probatorias asociadas. Refutar una hipótesis alternativa parece ser demasiado difícil en un proceso en el que el acervo probatorio es de por sí muy reducido.

²⁷⁹ FERRER (2018), Ob. cit. pp. 20.

²⁸⁰ Ídem.

Pasemos finalmente al análisis de la cuarta propuesta de Ferrer, formulada de esta forma:

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

- a) Que la hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).²⁸¹

Es importante hacernos cargo de este cuarto estándar, ya que ha sido sugerido como una alternativa viable a la duda razonable en delitos sexuales.²⁸² Estimamos que debe ser descartado²⁸³ por estar formulado en términos muy similares al estándar de convicción civil, a saber, que la hipótesis condenatoria debe ser “mejor” (*más probable*) que la hipótesis de la defensa. Si bien se añade que el peso probatorio de los elementos de juicio debe ser completo o rico, aquel requisito no implica necesariamente que la hipótesis condenatoria sea *mucho más probable* que la hipótesis alternativa de la defensa, por lo cual podría estimarse que ni siquiera se alcanza el nivel de exigencia de la prueba “clara y convincente”. Además, al igual que el tercer estándar, pareciera ser que este cuarto es más indeterminado e impreciso que los primeros dos, al prescribir que una hipótesis debe ser mejor que otra, pero no necesariamente refutarla.

Concluyendo sobre todo lo reflexionado en este subcapítulo, podemos afirmar que tanto el estándar 2 y 3 de Ferrer se presentan como alternativas plausibles a la duda razonable -aun cuando ambos adolecen de ciertas dificultades- en tanto que el número 4 se encontraría por debajo del nivel de exigencia buscado.

Cabe recalcar nuevamente que todas estas consideraciones deben entenderse de *lege ferenda*. El art. 340 CPP establece de forma perentoria que, en el proceso penal, el estándar de convicción es el de más allá de toda duda razonable, y no permite hacer distinción alguna respecto a su intensidad en distintos tipos de delitos. A mayor abundamiento, como establecimos más arriba, el primer estándar propuesto por Ferrer es *el más exigente posible*, y en ese sentido coincide con el de la duda razonable.

²⁸¹ Ibid. pp. 21.

²⁸² ABUHADBA “et al”, Ob. Cit. pp. 15

²⁸³ Cabe destacar que Araya coincide en descartar este estándar de Ferrer como alternativa viable a la duda razonable. ARAYA, Ob. cit. pp. 63.

Por tanto, y siendo que los demás estándares propuestos por el jurista poseen un nivel de exigencia menor, es forzoso colegir que el art. 340 -de *lege lata*- no permite hacer aplicable estos estándares de menor exigencia a los delitos sexuales. Para ello sería necesaria una modificación legal que estableciera, de forma expresa, la formulación de un estándar de convicción menos exigente que el de la duda razonable, y su aplicación a casos de delitos sexuales.

III. El caso del testimonio de la víctima como único elemento probatorio

1. Planteamiento de la problemática

Debido a las dificultades probatorias en delitos sexuales -a las que hemos aludido en multitud de ocasiones en este trabajo- es frecuente que al momento de valorar la prueba, el juez se encuentre con el testimonio de la supuesta víctima como único elemento de juicio²⁸⁴. Esta situación ha sido abordada tanto por doctrina como por jurisprudencia, y encierra la particularidad de que presenta desafíos relacionados con los momentos de *iter probatorio* tratados en los dos anteriores capítulos, dígame, el momento de la valoración de los elementos de juicio, y el de la decisión final sobre los hechos que se estiman probados en función de dichos elementos.

Respecto del primero de estos momentos de la actividad probatoria, se ha dicho que la credibilidad de los testigos “debe ser objeto de valoración racional, la que se despliega mediante el método de corroboración de hipótesis que recurre a las generalizaciones empíricas con el fin de extraer las hipótesis que cuenten con mayor basamento empírico”²⁸⁵. Es decir, como resulta evidente, en la valoración del testimonio de la víctima el juez debe recurrir a las máximas de experiencia, en función de los parámetros establecidos por la sana crítica. Respecto a esto, nos remitimos a lo ya desarrollado en profundidad en el capítulo I de esta tesis. En resumen, el juez deberá utilizar máximas de experiencia que no sean estereotipos, prejuicios o libretos, y en ese sentido la perspectiva de género puede erigirse como una importante herramienta metodológica a la hora de identificar, ponderar y erradicar máximas espurias, epistemológicamente desprovistas de contenido.

En lo que al tercer momento de la actividad probatoria se refiere, no cabe duda de que la escasez de prueba -sumada a otras complejidades que trataremos a continuación- supone un grave problema a la hora de colmar las exigencias del estándar penal de convicción actual²⁸⁶. Sin embargo, como veremos más adelante, este es un tema del que la doctrina y la jurisprudencia se han preocupado especialmente, y han establecido diversos criterios para valorar el testimonio y determinar cuándo se puede considerar que este es suficiente para condenar al acusado.

Ahora, además de estas consideraciones generales, es menester referirnos a un grupo de problemáticas que están directamente asociadas al caso del testimonio único. Estas son la sobreestimación de la

²⁸⁴ En ese sentido ver MONTESINOS, Ob. Cit. pp. 131; ARAYA, Ob. Cit. pp. 50.

²⁸⁵ ARAYA, Ob. Cit. pp. 53.

²⁸⁶ En ese sentido, sin perjuicio de las consideraciones planteadas en el capítulo II de este trabajo, en el presente capítulo III exploraremos la suficiencia del testimonio único de la víctima para condenar en base al estándar actual de convicción, este es, el de más allá de toda duda razonable.

inmediación, los defectos epistemológicos propios del testimonio como medio de prueba, y la práctica jurisprudencial nacional. Por último, nos referiremos brevemente a un tema para tener en cuenta a propósito del establecimiento de la problemática alrededor del testimonio único: la importancia de la investigación.

1.1 El “sexto sentido” y la sobreestimación de la intermediación

Distintos autores se han referido al problema de la sobreestimación de la intermediación, pues sería recurrente que los jueces examinen el testimonio de la víctima en función de un “sexto sentido” que les permitiría saber -a partir de la lectura del lenguaje no verbal- si esta mente o dice la verdad. En esa línea, Andrés Ibáñez afirma que con frecuencia se opera pensando que la valoración del testimonio es una materia que pertenece al campo de la intuición; “es función de un sexto sentido, que permite captar en clave, obviamente no técnica, esos matices propios del lenguaje gestual que el juez percibe desde la privilegiada posición que la intermediación propicia y que, por ello, sólo él podría apreciar”²⁸⁷. En términos similares, Ramírez sostiene que los aspectos personales del testigo como su apariencia, disposición, gestualidad, seguridad o nerviosismo, tradicionalmente se han sobrevalorado en base a un mal entendimiento de la intermediación²⁸⁹. Esas consideraciones serían equivocadas desde la perspectiva de la psicología del testimonio, y además, no controlables intersubjetivamente²⁹⁰.

Esta situación resulta compleja si consideramos que -desde la psicología- se ha observado que este método “gestual” o no verbal de evaluación de la credibilidad es notoriamente poco científico y fiable. En ese sentido, se ha entendido que los procedimientos de evaluación de credibilidad basados en la comunicación no verbal están sujetos a dos sendos errores: “el error de Otelo (una persona sincera, en condiciones de estrés, puede parecer que está mintiendo) y el error de idiosincrasia (todo indicio útil de engaño también puede darse en testimonios veraces)”²⁹¹.

²⁸⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. 2003. *Sobre el valor de la intermediación. (Una aproximación crítica)*. Jueces para la democracia N°46, pp. 63.

²⁸⁸ También de acuerdo con esta idea, ARAYA, Ob. cit. pp. 51.

²⁸⁹ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 214.

²⁹⁰ Ídem.

²⁹¹ ARCE, R. y FARIÑA, F. 2005. *Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal*. Cuadernos de derecho judicial N°7, pp. 81

1.2 Defectos epistemológicos del testimonio, en particular de víctimas de delitos sexuales

El primer problema que se presenta a propósito de este tema tiene que ver con el recuerdo y su fragilidad, pues se ha afirmado que el recuerdo defectuoso en realidad constituye la regla general y no la excepción²⁹². En ese sentido:

Quien presencia un hecho delictivo, más cuando consiste en una grave agresión, y, más aún, si se ve forzado a hacerlo desde la posición de víctima, por razón de la implicación emocional en el suceso, que puede ser extrema, estará normalmente en la peor de las situaciones para crear respecto de él la distancia que le permitiría registrar con la objetividad necesaria las particularidades de la acción y de su autor.²⁹³

Sumado a lo anterior, se ha considerado que los intentos repetidos de recuperación del suceso en periodos largos contribuyen a distorsionar los contenidos mnésicos originales²⁹⁴, lo cual resulta especialmente complejo en delitos sexuales, ya que es posible que la víctima deba declarar en diferentes instancias procesales, ante distintas personas y tras diversos lapsos de tiempo.

A mayor abundamiento, se ha afirmado igualmente que en la codificación de la información que hace el testigo, influyen la percepción y los conocimientos previos, pues los sucesos también se interpretan y lo que se almacena en la memoria no es solo lo sensorialmente percibido, pues afecta también el trasfondo cultural²⁹⁵. A esto podemos añadir el hecho de que la falsedad en el testimonio puede darse por una mentira (faltar a la verdad) pero también por un error sincero, como cuando alguien posee información materialmente falsa que cree genuinamente verdadera²⁹⁶. En la misma línea, Ramírez afirma que la falsedad del testimonio “no encuentra causa principal solo en la mentira, sino también en otros factores tales como el olvido, que opera cuantitativa y cualitativamente (...) y la sugestión, que puede suprimir la memoria real e inducir recuerdos falsos”²⁹⁷.

Ahora, para otros autores, estas afirmaciones relativas a la fragilidad del recuerdo y la posibilidad de falsedad de lo dicho por el testigo debieran ser matizadas. Así, la doctora Berlinerblau -refiriéndose al estrés producido por un abuso y su efecto en la memoria- menciona que “las investigaciones recientes sugieren (...) que las características centrales de eventos estresantes pueden ser retenidas de

²⁹² IBÁÑEZ, Ob. Cit. pp. 61.

²⁹³ Ídem.

²⁹⁴ Ídem.

²⁹⁵ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 215.

²⁹⁶ DE PAULA, V. 2019. *La prueba testifical*. Madrid, Marcial Pons, pp. 84 y 85.

²⁹⁷ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 215

manera durable [en] la memoria (...) También se encontró que el distrés estaba asociado con un recuerdo más completo y mayor resistencia a la sugestión”²⁹⁸, concluyendo que “la memoria no es perfecta ni en niños ni en adultos, pero no necesariamente significa que su discurso resulte poco creíble”²⁹⁹.

Así las cosas, sabiendo todos los cuestionamientos que se pueden hacer al testimonio de la víctima de delitos sexuales en base a la fragilidad del recuerdo y la posibilidad de falsedad, cabe preguntarnos, ¿por qué depender de esta prueba en la acusación? Lo cierto es que es un tema de necesidad, pues es justamente por la escasez de prueba -ya tantas veces comentada- que los organismos persecutores se ven forzados a recurrir al testimonio como único elemento de juicio. Por lo mismo, es necesario establecer criterios de necesidad y suficiencia, según veremos más adelante.

1.3 Temas relacionados con la práctica jurisprudencial chilena

En un análisis de jurisprudencia chilena³⁰⁰, Riveros saca diversas conclusiones sobre las prácticas de nuestros tribunales en materia de credibilidad de los testimonios de las víctimas de delitos sexuales. Así, en primer lugar, concluye que “los conocimientos de los jueces sobre la credibilidad de un relato no son los esperables, puesto que las sentencias examinadas demuestran que los magistrados no tienen un modelo claro o un criterio común a la hora de analizar un testimonio”³⁰¹. En efecto, pareciera que los tribunales no tienen criterios uniformes a la hora de evaluar la credibilidad del testimonio, y resulta difícil seguir un patrón de conducta³⁰².

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, los juzgadores no siempre enuncian los criterios que tendrán en cuenta a la hora de valorar el testimonio³⁰³, sino que los van mencionando a medida que hacen el análisis, lo cual “demuestra que los magistrados no tienen modelos a seguir”³⁰⁴. En tercer

²⁹⁸ BERLINERBLAU, V. 2015. *Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil. Competencia, credibilidad, particularidades y necesidades especiales del niño testigo. Videgrabación de las entrevistas de declaración testimonial*. En: *Acceso a la justicia de niños, niñas víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Colección UNICEF, pp. 148.

²⁹⁹ Ídem.

³⁰⁰ En su texto, Riveros saca conclusiones a partir del análisis detallado de 19 sentencias de Tribunales Orales en lo Penal. Entre otras podemos mencionar: TOP Copiapó, RIT 29-2013 de 5 de abril de 2013; TOP Chillán RIT 108-2015 de 27 de julio de 2015; TOP Puerto Montt RIT 46-2015 de 26 de junio de 2015; TOP Rancagua RIT 117-2010 de 9 de noviembre de 2010. RIVEROS, C. 2017. *Criterios para la valoración judicial de la credibilidad de la declaración de la víctima en delitos de índole sexual*. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

³⁰¹ RIVEROS, Ob. Cit. pp. 76.

³⁰² Ibid. pp. 179.

³⁰³ En ese sentido Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 274-2009, de 8 de agosto de 2009.

³⁰⁴ RIVEROS, Ob. Cit. pp. 177.

lugar, no se justifica la elección de los criterios, solamente los anuncian^{305 306}, lo cual contribuye también a agudizar la situación de falta de un modelo uniforme de valoración del testimonio.

Sin perjuicio de la situación recién descrita, esta podría matizarse en función de dos consideraciones. La primera, es que a pesar de la falta de uniformidad y justificación de los criterios, hay algunos que se repiten con bastante frecuencia y se encuentran en consonancia con los establecidos por doctrina y jurisprudencia internacional³⁰⁷, según analizaremos más adelante. En segundo lugar, una sentencia reciente de la Corte de Apelaciones de Valparaíso³⁰⁸ -que también veremos luego- es bastante clara a la hora de establecer los criterios que usará para valorar el testimonio, y ellos también se encuentran en armonía con los de la jurisprudencia internacional. Esto resulta destacable, pues aun cuando el “precedente” no es fuente de derecho en nuestro país, sí otorga cierta seguridad jurídica sobre este tema el hecho de que un tribunal superior se haya pronunciado al respecto.

Por último, cabe mencionar que otra conclusión del análisis de jurisprudencia ya mencionado, es que los jueces entienden la importancia del testimonio de la víctima en delitos sexuales, y reconocen las dificultades probatorias inherentes a ese tipo de delitos³⁰⁹.

1.4 La importancia de la investigación

Diversos autores han dedicado extensos análisis a la importancia de la investigación que efectúan los órganos persecutores en delitos sexuales, a efectos de la conformación del acervo probatorio del que dispondrá el juez (primer momento de la actividad probatoria en juicio). Así, se ha señalado lo siguiente:

El especial contexto en que se despliegan estos ilícitos, lejos de eximir a los entes encargados de su persecución de realizar investigaciones completas (...) los obliga a efectuar la indagación con enfoque de género, lo que significa ampliar la recolección de las pruebas potencialmente relevantes y ser especialmente cuidadosos en su conservación.³¹⁰

En el mismo sentido, Ramírez afirma que “una investigación diligente debe recopilar datos probatorios provenientes de fuentes distintas a la declaración de la víctima con el objeto de buscar el refuerzo externo de dicha declaración”³¹¹. Como antecedente adicional, tenemos en nuestro país un protocolo

³⁰⁵ Ibid. pp. 178.

³⁰⁶ En ese sentido Tribunal Oral en lo Penal de Angol, RIT 69-2012, de 24 de octubre de 2012.

³⁰⁷ En ese sentido, se repiten con frecuencia en las sentencias los criterios de corroboración, persistencia en la incriminación, coherencia, etc. RIVEROS, Ob. Cit. pp. 182.

³⁰⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol 2419-2019, de 2 de enero de 2020.

³⁰⁹ RIVEROS, Ob. Cit. pp. 180.

³¹⁰ ARAYA, Ob. Cit. pp. 65.

³¹¹ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 238

sobre cómo investigar con perspectiva de género³¹², elaborado por el Ministerio Público, según ya vimos en el capítulo I de esta tesis.

Por tanto, como corolario de los párrafos anteriores, no solo es necesario que los organismos persecutores investiguen con esta herramienta metodológica, sino que además deben apuntar a encontrar la mayor cantidad posible de elementos de juicio, recopilando todos los antecedentes relevantes a efectos de corroborar el testimonio de la víctima o el ilícito principal en sí mismo. En ese sentido, y teniendo en cuenta la escasez probatoria inherente a los delitos sexuales, el objetivo de los investigadores debiera ser que -en último término- el testimonio de la víctima *no sea el único elemento de juicio* con el que cuente el tribunal. Esto teniendo en consideración -primero- que mientras más rico el acervo probatorio, más certeza puede tener el juez a la hora de tomar de la decisión de condenar, y -segundo- que al testimonio único de la víctima le aquejan los problemas ya revisados. Aun cuando por la escasez de pruebas podría llegar a ser el único antecedente disponible, lo ideal es no llegar a esa situación.

2. Criterios de credibilidad o fiabilidad del testimonio único de la víctima

Una vez establecida la problemática alrededor del testimonio de la víctima como única prueba de cargo en el enjuiciamiento de delitos sexuales, corresponde analizar los diversos criterios que se han postulado para evaluar la credibilidad/fiabilidad de dicho elemento de juicio. Así, estableceremos también si basta con el solo testimonio para condenar, esto es, si este puede satisfacer el estándar penal de convicción.

De esta forma, primero nos referiremos a los criterios que han postulado tanto la doctrina como la jurisprudencia, a nivel internacional y nacional. A continuación, trataremos en detalle la situación de dos criterios claves y controvertidos: los datos periféricos de corroboración y la prueba pericial psicológica.

2.1 Criterios de credibilidad en jurisprudencia y doctrina

Antes de referirnos directamente a los criterios, cabe hacer una importante prevención sobre la idea “*testis unus, testis nullus*”. Este latinazgo fue históricamente determinante en la valoración de los testimonios que se presentaban como única prueba de cargo, y establecía que dicha prueba por sí sola no era suficiente para condenar, en función de los parámetros de la prueba legal tasada³¹³. Evidentemente, esta consideración no es aceptable en un sistema de valoración de sana crítica. En ese sentido,

³¹² FISCALÍA. *Política de igualdad de género de la fiscalía de Chile*.

³¹³ *Testimonio de la víctima y presunción de inocencia una mirada desde el ordenamiento español*. 2022. Por Pablo Espinosa Pico “et al”. *Visionario Digital* Vol. 6 N°1, pp. 72 y 73. [En línea] <https://cienciadigital.org/revistacienciadigital2/index.php/VisionarioDigital/article/view/2068/5036> [Consulta 14 de octubre de 2024]

el Tribunal Supremo Español ha entendido que el axioma ha sido erradicado del proceso penal, por lo que *a priori*, en abstracto, un solo testimonio puede ser suficiente para alcanzar convicción³¹⁴.

i. Criterios de credibilidad en el Tribunal Supremo Español

El Tribunal Supremo Español ha sido un referente clave a la hora de establecer criterios de credibilidad para evaluar el testimonio de la víctima³¹⁵. En ese sentido, podemos identificar una tendencia jurisprudencial muy marcada construida en un importante conjunto de sentencias dictadas a lo largo de las últimas tres décadas. Entre otras, cabe destacar STS 1029/1997, de 29 de diciembre de 1997; STS 339/2007, de 30 de abril de 2007; STS 238/2011, de 21 de marzo de 2011; STS 381/2014, de 21 de mayo de 2014; y más recientemente, STS 717/2018, de 17 de enero de 2019. En todas ellas se puede divisar una doctrina jurisprudencial afianzada según la cual los principales criterios de valoración de credibilidad son tres: la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio, y la persistencia en la incriminación.

Respecto al primero de estos elementos, según el Tribunal Supremo, la “falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil) que sin anular el testimonio lo debilitan”³¹⁶. A estas situaciones se han añadido también otras como “la incidencia que algunas dependencias como al alcohol o a las drogas”³¹⁷ pueden tener sobre el testimonio. Pero la falta de credibilidad subjetiva también puede derivar de los llamados móviles espurios, esto es, la concurrencia de “relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad) o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre)”³¹⁸. Además, según menciona González³¹⁹, se estableció cierta praxis judicial que consideraba que el retraso en la denuncia de los hechos era un factor de a considerar, pero el mismo Tribunal Supremo ha cuestionado esto en sentencias más recientes, afirmando que “el retraso en la denuncia en estos casos no puede ser sinónimo de duda de credibilidad por suponer una característica, cuanto menos extraña y especialísima, en esta criminalidad de género”³²⁰.

³¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Español STS 1743/2018 de 8 de mayo de 2018.

³¹⁵ Ver ARAYA, Ob. Cit. pp. 52 y RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 218.

³¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Español, STS 717/2018 de 17 de enero de 2019, considerando tercero.

³¹⁷ GONZÁLEZ, A. 2020. *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Vol. 6 N°3, pp. 1639.

³¹⁸ STS 717/2018 de 17 de enero de 2019 considerando tercero.

³¹⁹ GONZÁLEZ, Ob. Cit. pp. 1640.

³²⁰ STS 349/2019 de 4 de julio de 2019.

El segundo criterio es el de verosimilitud del testimonio, que a su vez está compuesto por dos subcriterios, a saber, “la lógica de la declaración (coherencia interna) y (...) el suplementario apoyo de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa)”³²¹. Respecto a la coherencia interna, se ha dicho que la declaración “ha de ser lógica en sí misma (...) no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido”³²². Sobre la corroboración del testimonio o coherencia externa, nos referiremos extensamente más adelante. Ahora, un factor que debemos tener presente es que la verosimilitud debe recaer sobre el *testimonio* y no sobre el *testigo*. En ese sentido, como afirma Nieva, se dio un “salto cualitativo (...) cuando se dejó de dar tanta importancia a los aspectos conductuales del declarante”³²³, lo cual es consistente con la debilidad epistémica del análisis de credibilidad en base a comunicación no verbal³²⁴. Aguilera a su turno menciona que lo que tiene mayor relevancia epistémica es el contenido del testimonio, “el que debe valorarse conforme a su relevancia, poder explicativo y fuerza probatoria, más allá de si confiamos o no en el agente”³²⁵. De esta forma, en principio, cuestiones relacionadas con la declarante y no con el contenido de la declaración, no debieran ser relevantes a la hora de evaluar la verosimilitud del relato.

El tercer criterio es el de persistencia en la incriminación, lo que jurisprudencialmente supone: ausencia de modificaciones en lo esencial del relato³²⁶; concreción en la declaración (esto es, que se haga sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, narrando los hechos con el nivel de particularización y detalles que cualquier persona relataría estando en la posición de la víctima³²⁷); y ausencia de contradicciones en las sucesivas declaraciones prestadas durante el proceso³²⁸. Respecto a este último subcriterio, se ha dicho que la uniformidad de las declaraciones sucesivas debe ser en lo esencial del relato, de manera que se mantengan los elementos consustanciales del mismo³²⁹. En ese sentido, el Tribunal Supremo ha entendido que -para quebrarse el criterio de persistencia en la incriminación- debe haber una contradicción esencial y nuclear, relevante, entre los distintos relatos prestados por la víctima³³⁰. Concordando con lo anterior, Montesinos manifiesta que este tercer criterio no

³²¹ STS 717/2018 de 17 de enero de 2019 considerando cuarto.

³²² MONTESINOS, Ob. Cit. pp. 133.

³²³ NIEVA, J. 2010. *La valoración de la prueba*, primera edición. Madrid, Marcial Pons, pp. 220.

³²⁴ Según ya mencionamos más arriba, en *supra* “1.1” de este capítulo III.

³²⁵ AGUILERA, Ob. Cit. pp. 123.

³²⁶ STS 717/2018, de 17 de enero de 2019, considerando sexto.

³²⁷ Ídem.

³²⁸ Ídem.

³²⁹ GONZÁLEZ, Ob. Cit. pp. 1643.

³³⁰ Ibid. pp. 1644.

puede aplicarse de manera rígida³³¹, ya que en los procesos de violencia de género o delitos sexuales serán múltiples las veces en que no se cumplirá³³². En esa línea, añade que “la retractación de la víctima no debe erigirse automáticamente como un indicador de la falta de veracidad de sus declaraciones, sino que debemos ser conscientes de que puede responder a múltiples factores”^{333 334}.

Si la retractación de la víctima no es motivo suficiente para afirmar la absoluta incredibilidad del relato, entonces con más razón las inconsistencias entre declaraciones sucesivas no permiten, por sí mismas, quitar *ipso facto* todo valor a la declaración. Debido a ello, como manifestaba el Tribunal Supremo, la contradicción entre declaraciones debe ser relevante, relativa a los elementos nucleares del relato, y no a cuestiones secundarias o periféricas, considerando especialmente la fragilidad de la memoria y el recuerdo. En ese sentido, cabe recordar que según Berlinerblau, las características centrales de un recuerdo estresante pueden ser mantenidas de forma durable en la memoria, a diferencia de datos periféricos, que podrían ser retenidos o no³³⁵. Por ello, el hecho de que existan contradicciones o inconsistencias entre datos secundarios en los relatos sucesivos, no implica que se quiebre el criterio de persistencia en la incriminación.

i.1 ¿Criterios o requisitos?

Los anteriores son los tres criterios consagrados que ha usado el Tribunal Supremo español para evaluar la credibilidad del testimonio, durante casi tres décadas. Ahora, cabe preguntarnos, ¿se trata de pautas, o verdaderos requisitos para dar por verdadera la declaración? Aguilera, haciendo alusión a los tres criterios ya abordados, menciona que “cuando no se verifiquen estos verdaderos requisitos y no haya otras pruebas incriminatorias, se postula que la sentencia debe ser siempre absoluta”³³⁶. Sin embargo, para otros autores y para la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, resulta errado concebir a los criterios como requisitos rígidos y pétreos. En ese sentido, como ya adelantábamos antes, Montesinos entiende que “esta doctrina³³⁷ no puede aplicarse de manera rígida”³³⁸, ya que los

³³¹ MONTESINOS, Ob. Cit. pp. 133.

³³² Ibid. pp. 134.

³³³ Ídem.

³³⁴ En esa línea, es interesante tener en cuenta la introducción reciente de la letra “f)” al art. 331 del CPP, por la ley 21.523. Este artículo se refiere a la reproducción en juicio oral de declaraciones efectuadas con anterioridad. La letra f) permite incorporar en juicio oral deposiciones anteriores prestadas por las víctimas “cuando existan antecedentes fundados sobre la retractación”. Para ello el tribunal deberá tener en cuenta los criterios de la sana crítica, y considerar especialmente informes psicológicos acompañados y antecedentes relativos a evaluación de riesgo.

³³⁵ BERLINERBLAU, Ob. Cit. pp. 148.

³³⁶ AGUILERA, Ob. Cit. pp. 123.

³³⁷ Refiriéndose a la doctrina consagrada de los tres criterios.

³³⁸ MONTESINOS, Ob. Cit. pp. 133.

criterios son en realidad pautas orientativas al valorar el testimonio, y no es necesario que deban cumplirse rigurosamente los tres³³⁹, pues “no han de considerarse requisitos imprescindibles”³⁴⁰.

En la misma línea, Araya afirma que “estas pautas no son requisitos taxativos en cuanto a que la ausencia de una de ellas invalida el testimonio de la víctima, sino criterios orientadores de la sinceridad del testigo y de su fiabilidad”³⁴¹, ya que “la concurrencia de todas o la ausencia de algunas no puede sustituir a la labor valorativa del juez de fondo (...) Lo central de este punto es hacer presente que la credibilidad (...) debe ser objeto de valoración racional”³⁴². Esta última idea es clave: aunque se hayan desarrollado criterios para la valoración de la credibilidad del testimonio, resulta imperativo tener siempre presente que nos encontramos, contextualmente, en un sistema de sana crítica, en lo que a valoración de la prueba se refiere. Si los criterios se elevaran a la cualidad de “requisitos”, estaríamos peligrosamente cerca de reinstaurar una especie de prueba legal tasada respecto a la valoración del testimonio de la víctima³⁴³.

Esta consideración la ha hecho también el mismo Tribunal Español. En efecto, ha sostenido que no se trata de requisitos de validez como los del sistema de prueba legal tasada, sino que estamos ante criterios orientativos que no necesariamente deben concurrir copulativamente³⁴⁴. Además, tendrían un valor relativo³⁴⁵.

Lo anterior cobra aún más sentido si consideramos que los criterios no son infalibles a la hora de ponderar la credibilidad de un testimonio. Sobre los problemas del tercer criterio ya nos referimos más arriba. Ahora, respecto al segundo, especialmente en lo que a la coherencia interna se refiere, algunos autores como Nieva han advertido que el hecho de “que un sujeto se contradiga, no equivalen automáticamente a que el declarante haya dicho una mentira”³⁴⁶. En caso de que el testimonio sea “perfecto” en términos de coherencia interna, es muy probable que esté preparado y sea falso, aunque también podría ser que una declaración sea preparada y meditada con el solo objeto de presentarse de mejor forma ante el tribunal, siendo verdadera³⁴⁷. De esta forma, el criterio de la coherencia no resulta infalible.

³³⁹ Ibid. pp. 132.

³⁴⁰ Ídem.

³⁴¹ ARAYA, Ob. Cit. pp. 53.

³⁴² Ídem.

³⁴³ Esto sin perjuicio de que, respecto a la coherencia externa, podría considerarse que es el único criterio que válidamente puede constituirse como exigencia para condenar. Abordaremos este tema en detalle en *infra* 2.2.

³⁴⁴ GONZÁLEZ, Ob. Cit. pp. 1638.

³⁴⁵ Ibid. pp. 1639.

³⁴⁶ NIEVA, Ob. Cit. pp. 224.

³⁴⁷ Ídem.

Habida consideración de todo lo anterior, es dable colegir que los tres criterios elaborados por el Tribunal Supremo no tienen el valor de requisitos, pues, más bien, son pautas orientativas que no sustituyen el ejercicio de valoración racional que debe hacer el juez, sino que le coadyuvan en dicho cometido.

i.2 Doctrinas más recientes del Tribunal Supremo Español

Al margen de la afianzada doctrina de los “tres criterios”, el Tribunal Supremo ha propuesto otras ideas a la hora de valorar la credibilidad del testimonio, y no todas ellas han sido bien recibidas. En ese sentido, en una sentencia de 2018³⁴⁸, los juzgadores aluden a la víctima como “testigo cualificado” o privilegiado, idea que ha sido contundentemente criticada por distintas razones. Entre ellas, que la víctima no puede ser testigo cualificado porque solo adquiere la condición de víctima una vez condenado el acusado³⁴⁹, y por tanto la invocada condición de víctima no precede al proceso, es más bien consecuencia de este³⁵⁰. En ese sentido, pareciera que la única razón para considerar a la víctima como testigo “privilegiado”, es el hecho de que vivenció directamente el delito, y no solo lo presencié. Sin embargo, ello no debería implicar que su testimonio, por el solo hecho de emanar de la ofendida, tenga mayor credibilidad *per sé* que el de otro agente procesal. La expresión de testigo “cualificado” que emplea el Tribunal también puede hacer alusión a la importancia y la centralidad de la deposición, al ser en general el único o uno de los pocos elementos de juicio con los que cuenta el juez para valorar y eventualmente condenar.

Ahora, en relación con los criterios de credibilidad, el Tribunal Español ha propuesto recientemente un nuevo conjunto de factores a tener en consideración. Entre los más importantes, podemos mencionar: la seguridad en la declaración, la claridad expositiva ante el tribunal, el lenguaje gestual de convicción, o la “expresividad descriptiva” en el relato de los hechos³⁵¹.

Estimamos que estas consideraciones deben ponderarse con especial cuidado, ya que en general transgreden la idea de que -respecto a la verosimilitud- debe valorarse el contenido de la declaración y no al declarante mismo. En ese sentido, pareciera que en principio no es aconsejable restar credibilidad a quien se pone nervioso al declarar, ya que ello no necesariamente es sinónimo de mentira, pues la actitud puede ser provocada por el solo hecho de tener que rendir testimonio ante un juez³⁵². El hecho de hablar con seguridad tampoco señala verdad o falsedad, sino que “simplemente puede ocurrir que

³⁴⁸ STS 282/2018 de 13 de junio de 2018.

³⁴⁹ ARAYA, Ob. Cit. pp. 58.

³⁵⁰ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 226.

³⁵¹ STS 119/2019 de 6 de marzo de 2019.

³⁵² RIVEROS, Ob. Cit. pp. 58.

el testigo es buen orador o su declaración haya sido preparada con anterioridad”³⁵³. Respecto al lenguaje gestual, como ya hemos mencionado, existe el grave problema de fiabilidad epistemológica del análisis de credibilidad a partir de comunicación no verbal. El juez no es un perito en psicología, por lo que sobreestimando la inmediación, puede ser propenso a caer en los errores de Otelo y de idiosincrasia, a los que ya nos referimos más arriba.

ii. Criterios de credibilidad en la jurisprudencia nacional

En ocasiones, respecto a criterios de credibilidad, los tribunales orales en lo penal han aludido directamente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Así, en un voto de prevención³⁵⁴, se reconoce que los jueces chilenos no se han referido de forma sistemática al establecimiento de estos criterios, pero la jurisprudencia comparada sí lo ha hecho, citándose así los parámetros de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud, y persistencia en la incriminación³⁵⁵.

Más recientemente, la Corte de Apelaciones de Valparaíso se ha referido de manera directa a este tema, estableciendo que hay “tres requisitos para que el testimonio de la víctima produzca prueba: a) coherencia en la declaración; b) ausencia de ganancias secundarias; y c) presencia de un elemento externo”³⁵⁶. Al respecto cabe hacer un par de observaciones. En primer lugar, la Corte habla de requisitos, y no de criterios. Sin embargo, según ya explicamos más arriba, parece mucho más conveniente considerar que estamos ante pautas orientativas, y no exigencias rígidas. De lo contrario, podría considerarse que la Corte establece -respecto a la credibilidad del testimonio- un conjunto de reglas que deben satisfacerse perentoriamente, lo que resulta contradictorio con el art. 297 CPP, que establece la valoración libre de la prueba en función de la sana crítica. A mayor abundamiento, criterios como la coherencia interna del relato no resultan del todo infalibles, según ya establecimos anteriormente.

En segundo lugar, podemos dar cuenta de que en general los criterios mencionados por la corte coinciden con los del Tribunal español, pero solo a grandes rasgos. En ese sentido, la coherencia del relato y la presencia de elementos externos son dos elementos que el Tribunal Supremo engloba en el criterio de verosimilitud de la declaración. Las ganancias secundarias a su vez pueden equipararse con los “móviles espurios” a los que se refiere el tribunal hispano. Respecto al criterio de persistencia en la incriminación, podría considerarse que se encuentra comprendido en la idea de “coherencia del relato”, pero resulta un tanto extraño que la Corte no lo explicita. Por su parte, el criterio de ausencia

³⁵³ Ídem.

³⁵⁴ Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 86-2010, de 5 de octubre de 2010.

³⁵⁵ Ídem.

³⁵⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol 2419-2019, de 2 de enero de 2020.

de incredibilidad subjetiva, en lo que se refiere a las características físicas o psíquicas del sujeto, no parece poder subsumirse en los elementos que menciona el tribunal de alzada.

Llama la atención que no se mencione expresamente el criterio de persistencia en la incriminación, porque ha sido uno de los más invocados en las resoluciones de los Tribunales Orales en lo Penal³⁵⁷. El siguiente más usado ha sido el criterio de corroboración del testimonio, mientras que otros frecuentemente mencionados son los de lógica, justificación, consistencia, coherencia, detalles, ganancias secundarias, y claridad³⁵⁸. Como podemos observar, prácticamente todos estos elementos son subsumibles en uno u otro de los tres criterios afianzados en la doctrina del Tribunal Supremo Español. Solo como comentario final, respecto a la retractación de la víctima de su testimonio original, hay sentencias que establecen -explícitamente- que ello no necesariamente supone la ausencia absoluta de credibilidad³⁵⁹.

iii. Criterios de credibilidad en la doctrina

Jordi Nieva habla de “circunstancias controlables por el juez” para referirse a los criterios, y esboza cuatro a tener en cuenta. El primero de ellos es el de “coherencia de los relatos”, lo cual coincide con el concepto de “coherencia interna” que tiene el Tribunal Supremo Español. Este módulo se refiere a la estructuración lógica del relato³⁶⁰, ausencia de contradicciones³⁶¹, y en él puede haber incluso la idea de persistencia en la incriminación³⁶². Ahora, como ya mencionamos antes, “que la persona exprese un relato coherente no es sinónimo de veracidad, ni mucho menos”³⁶³. Además, cabe tener en cuenta que los relatos de las víctimas pueden -evidentemente- ser coherentes, pero en realidad no suelen serlo, debido al estrés padecido³⁶⁴. En ese sentido, la coherencia interna es sumamente útil para el juez a la hora de valorar la credibilidad, pero no es un elemento infalible³⁶⁵.

El segundo criterio sería el de “contextualización del relato”, esto es, que se “ofrezca detalles de un marco o ambiente en el que se habrían desarrollado los hechos del relato”³⁶⁶. Consiste en la descripción espacial y temporal de los hechos, de forma de que lo declarado “se inscriba fácilmente en dicho ambiente, aunque lo ocurrido sea sorprendente”³⁶⁷. Así, se podrá luego examinar si dichos elementos

³⁵⁷ RIVEROS, Ob. Cit. pp. 182.

³⁵⁸ Ídem.

³⁵⁹ En ese sentido: Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 281-2015, de 4 de marzo de 2016.

³⁶⁰ NIEVA, Ob. Cit. pp. 223.

³⁶¹ Ibid. pp. 224.

³⁶² Ídem.

³⁶³ Ídem.

³⁶⁴ GONZÁLEZ, Ob. Cit. pp. 1650.

³⁶⁵ NIEVA, Ob. Cit. pp. 224.

³⁶⁶ Ibid. pp. 225.

³⁶⁷ Ídem.

ambientales son plausibles³⁶⁸, lo que dotará de mayor credibilidad al testimonio, aunque nuevamente, este módulo tampoco es “dirimente”, pues debe siempre ponderarse con los demás³⁶⁹.

El tercer criterio es el de las corroboraciones periféricas, elemento que el Tribunal Supremo Español conoce con la expresión de “coherencia externa” y se enmarca en la verosimilitud del relato. Profundizaremos sobre este módulo *infra* en un capítulo especial dedicado al mismo.

El cuarto y último criterio es el de “existencia de detalles oportunistas a favor del declarante”, esto es, “referencia a datos, normalmente innecesarios, que pretendan beneficiar a una de las opciones que se están debatiendo (...) suelen no venir a cuento y, por ello, son consideradas oportunistas”³⁷⁰. Con este elemento, pareciera querer identificarse “mala fe” en el testimonio del declarante, lo cual sería indicio de falsedad, o al menos, “de pérdida de objetividad que (...) puede conducir a la falsedad”³⁷¹. Este módulo se puede enmarcar dentro del primero, esto es, la coherencia del relato.

Así las cosas, el elemento más interesante de los cuatro mencionados parece ser el segundo -contextualización- pues resulta difícil subsumirlo en alguno de los tres criterios esbozados por el Tribunal Supremo Español. Como dice el propio Nieva, es “uno de los aspectos que quizás menos valoran en realidad los juristas, pero que más tienen en cuenta los psicólogos”³⁷².

Ahora, y en esa línea, la doctrina psicológica también ha propuesto diversos modelos para la valoración de credibilidad del testimonio. En función de ellos, se recurre con frecuencia a peritajes psicológicos en la determinación de la credibilidad³⁷³, práctica que abordaremos en profundidad más adelante. En este apartado, basta con mencionar que los modelos más utilizados son las técnicas CBCA y SVA³⁷⁴, los cuales parten de la premisa metodológica de que los testimonios reales difieren de los falsos en diversas características³⁷⁵. Así, el método CBCA cuenta con 19 criterios agrupados en 5 categorías, los cuales analizados en conjunto permiten determinar la verdad o falsedad de lo declarado³⁷⁶. La técnica SVA por su parte, incluye los resultados de CBCA, y los complementa con la información del sujeto, y otros tests que debe completar el mismo³⁷⁷. Sin embargo, en Chile el sistema

³⁶⁸ Ídem.

³⁶⁹ Ídem.

³⁷⁰ Ibid. pp. 229.

³⁷¹ Ídem.

³⁷² Ibid. pp. 225.

³⁷³ En ese sentido ver ARAYA, Ob. Cit. pp. 54 y MONTESINOS, Ob. Cit. pp. 155.

³⁷⁴ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 241.

³⁷⁵ Ídem.

³⁷⁶ NAVARRO, C. 2006. *Evaluación de la credibilidad discursiva de niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales*. Tesis para optar al grado de magíster en psicología mención psicología clínica infanto juvenil. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, pp. 23.

³⁷⁷ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 241.

más utilizado pericialmente es el método conocido como “CAVAS-INSCRIM”, el cual fue diseñado en base “a la experiencia nacional”, y analiza el relato tanto desde la perspectiva de su forma como de su contenido, a partir de un conjunto de criterios³⁷⁸.

Los métodos de las pericias psicológicas, así como la utilización de estas en juicio, han sido objeto de diversos cuestionamientos, según veremos *infra* en un subcapítulo especialmente dedicado al tema.

2.2 Los datos periféricos de corroboración del testimonio de la víctima

Como hemos mencionado en multitud de ocasiones a lo largo de este capítulo, uno de los factores más importantes a la hora de ponderar la credibilidad del testimonio, es la existencia de datos periféricos que permitan corroborar el mismo. En ese sentido, el Tribunal Supremo español se refiere a coherencia externa del testimonio, mientras que en la doctrina de Jordi Nieva, la corroboración es un criterio autónomo. En la jurisprudencia chilena es el segundo criterio más invocado -solo detrás de la persistencia en la incriminación- mientras que la Corte de Apelaciones de Valparaíso usa la expresión “presencia de un elemento externo” para referirse a él.

Es imperativo analizar el criterio de corroboración con detención, porque para algunos autores constituye el único verdadero *requisito* para que el testimonio de la víctima baste para condenar. En ese orden de ideas, resulta menester determinar a qué se refiere el concepto, así como su sentido y alcance.

i. Corroboración y suficiencia del testimonio de la víctima para condenar

Existen voces contradictorias sobre este tema en la doctrina. Para Gama “adoptar como exigencia que la declaración de la víctima esté corroborada por datos externos y no como un criterio de valoración de la prueba puede traducirse en una regla que opere en detrimento de las víctimas”³⁷⁹, agregando el autor que se reforzaría el escepticismo a la credibilidad de estas y la impunidad en delitos sexuales³⁸⁰. Lo que se deduce de este razonamiento es que, en principio, el testimonio de la víctima no corroborado debería ser suficiente para condenar en ciertos casos, ya que la corroboración sería un criterio y no una exigencia.

Aguilera parece coincidir en principio con Gama, pues de hecho parafrasea sus ideas³⁸¹, pero luego las matiza, afirmando que “en realidad prácticamente nunca se estará en presencia de un caso de prueba única, pues naturalmente, existe la prueba indiciaria o de contexto que permite dar corroboración al testimonio”³⁸². En ese orden de ideas, termina concluyendo que “en definitiva, naturalmente

³⁷⁸ NAVARRO, Ob. Cit. pp. 34 y sgtes.

³⁷⁹ GAMA, Ob. Cit. pp. 297.

³⁸⁰ Ídem.

³⁸¹ AGUILERA, Ob. Cit. pp. 124.

³⁸² Ídem.

la mera declaración de la víctima no será suficiente, en principio, para desvirtuar la presunción de inocencia (...) pues siempre va a requerir la práctica de otra prueba sobre determinados datos que, aunque periféricos, la doten de verosimilitud”³⁸³. De esta forma, para el autor, la corroboración sí sería una exigencia *-en principio-* para que el testimonio permita condenar al acusado.

De forma mucho más perentoria, Ramírez afirma lo siguiente:

el testimonio único, sea el de la víctima, sea el de un tercero, en sentido estricto (no corroborado) es prueba insuficiente para acreditar la hipótesis acusatoria como paso previo a la condena. La declaración de un solo testigo solo es apta a tal efecto si algunos de los datos probatorios relevantes que de ella resulten encuentran respaldo en otras fuentes de prueba.³⁸⁴

En el mismo sentido, Araya entiende que la mera coherencia interna de un relato no permite alcanzar el nivel de convicción suficiente para condenar, por lo que se debe buscar apoyo de la tesis de la declaración en elementos externos de corroboración³⁸⁵. A su turno, Fuentes afirma que solo una declaración coherente y corroborada podría alcanzar valor probatorio suficiente como para condenar³⁸⁶, de forma que el mero testimonio *-en principio-* no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, pues se requiere de la práctica de prueba indiciaria³⁸⁷.

En la jurisprudencia nacional, un antecedente interesante lo encontramos en una sentencia del Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. En ella, los magistrados razonan que la declaración de la víctima -aunque creíble y veraz según un peritaje psicológico- adolece de ciertas deficiencias, y que dichos vacíos podrían haber sido “resueltos a través de otra prueba que ratificara su veracidad y exactitud”³⁸⁸. De esta forma, pareciera ser que para los jueces, la falta de corroboración externa del testimonio resulta determinante a la hora de absolver al acusado.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos divisar la existencia de tres corrientes sobre el tema tratado en este subcapítulo. Por un lado, Gama parece estar directamente en contra de considerar a la corroboración como exigencia. Por otro, Fuentes y Aguilera manifiestan que *-en principio-* un testimonio no corroborado no posee la aptitud probatoria de desvirtuar la presunción de inocencia.

³⁸³ AGUILERA, Ob. Cit. pp. 125.

³⁸⁴ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 219.

³⁸⁵ ARAYA, Ob. Cit. pp. 58.

³⁸⁶ FUENTES, O. 2020. *La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz «el testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género»*. Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio 2020 N°1, pp. 284.

³⁸⁷ FUENTES, O. 2017. *Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías*. Revista General de Derecho Procesal N°44, pp. 378.

³⁸⁸ Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 174-2012, de 14 de agosto de 2012.

Finalmente, Ramírez y Araya se muestran mucho más firmes a la hora de concebir la corroboración como exigencia y no mero criterio.

Estimamos que existen buenas razones para considerar que un testimonio no corroborado no puede, en principio, justificar una condena. En primer lugar, desde un punto de vista epistemológico, no parece razonable suponer que la mera declaración -totalmente desprovista de la corroboración de elementos externos- pueda justificar la condena de una persona, sobre todo teniendo en cuenta que el estándar penal de convicción actual es el *más exigente posible*.³⁸⁹

En ese sentido, se ha dicho que el valor de corroboración no se puede contrastar con el mismo relato, por lo que se debe recurrir a elementos externos³⁹⁰, o en otras palabras, “si los elementos informativos de contexto que permiten calificar de coherente el relato provienen de la misma fuente de prueba cuya fiabilidad se pretende calibrar, no habría manera de controlar la posible falsedad de dicho relato”³⁹¹. Es decir, lógicamente, el valor de verdad no se puede determinar en contraposición al mismo relato, el testimonio no se puede corroborar a sí mismo.

En segundo lugar, y este sería el argumento más relevante, la exigencia de corroboración externa permitiría establecer mayor garantía epistemológica de verdad en circunstancias de suma incertidumbre. En efecto, como ya desarrollamos ampliamente en las primeras páginas de este capítulo, hay diversas problemáticas alrededor del testimonio en los delitos sexuales. La más importante a efectos del argumento que estamos construyendo, es que el recuerdo y la memoria son frágiles, por lo que lo dicho por la víctima puede ser falso no solo mediante la mentira, sino también a través de errores sinceros u olvidos. En esa misma línea, el criterio de la coherencia interna, aunque sumamente relevante, es inherentemente falible. Como dice Nieva, el testimonio de la víctima puede no ser coherente por razones ajenas a su valor de verdad, como por ejemplo, el estrés postraumático³⁹². Pero también puede ocurrir que un testimonio sea completamente coherente por razones ajenas a su valor de verdad, como por ejemplo ocurre cuando se tiene tiempo para preparar la declaración³⁹³

Es decir, un testimonio incoherente no necesariamente es falso, y un testimonio coherente no necesariamente es verdadero; es desde ese punto de vista que podemos entender que el criterio de coherencia

³⁸⁹ En consideración a que los autores que se han referido al problema de la corroboración periférica, lo han hecho teniendo en cuenta el estándar de convicción de más allá de toda duda razonable, haremos lo mismo en esta parte del presente trabajo. Esto es sin perjuicio de las reflexiones que de *lege ferenda* se hicieron anteriormente respecto a la posibilidad de morigerar el estándar de convicción en delitos sexuales.

³⁹⁰ ARAYA, Ob. Cit. pp. 58.

³⁹¹ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 214.

³⁹² GAMA, Ob. Cit. pp. 297.

³⁹³ NIEVA, Ob. Cit. pp. 224.

interna es falible. Es por eso que la corroboración externa se constituye como una exigencia epistemológica adicional³⁹⁴, teniendo especialmente en cuenta, como mencionamos más arriba, que el estándar penal de convicción actual es el *más exigente posible*.

En síntesis, podemos decir que, por un lado, la corroboración permite contrastar lo internamente expresado con lo materialmente existente, y por otro, se erige como una garantía adicional de control epistemológico en una situación de amplia incertidumbre.

Ahora, y sin perjuicio de todo lo razonado, estimamos que las preocupaciones de Gama -relativas al escepticismo a la credibilidad de las víctimas y el refuerzo de la impunidad- son legítimas. Es por eso que, si entendemos la corroboración como exigencia, es imperativo delimitar con claridad el concepto y concebirlo en los más amplios términos posibles, pues no podemos olvidar la situación inherente de escasez de prueba asociada a los delitos sexuales. Si el concepto se define en términos muy rígidos o exigentes, ello redundaría de facto en la imposibilidad de que el testimonio de la víctima pudiera permitir condenar³⁹⁵. En ese sentido, como afirma Fuentes, la perspectiva de género no puede subsanar una situación de insuficiencia probatoria (esto es, la situación del testimonio no corroborado)³⁹⁶, pero -como la herramienta metodológica que es- sí es útil a la hora de definir qué se entiende por corroboración³⁹⁷.

ii. Corroboración: sentido y alcance del concepto

En el marco de la doctrina de los “tres criterios”, el Tribunal Supremo Español se ha referido en múltiples ocasiones al significado de las “corroboraciones periféricas” del testimonio, dando incluso ejemplos. En ese sentido, ha entendido que corroborar externamente implica “que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima”³⁹⁸, para luego agregar que los datos periféricos también pueden ser “manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio”³⁹⁹. En una sentencia más reciente de 2019 se dan algunos ejemplos de corroboración: “pueden ser lesiones objetivables a través de los correspondientes partes médicos o algún testigo que pudo apreciar el estado de la víctima en momentos inmediatamente posteriores a la producción del hecho delictivo”⁴⁰⁰. En términos parecidos,

³⁹⁴ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 216.

³⁹⁵ FUENTES (2020), Ob. Cit. pp. 282.

³⁹⁶ Ibid. pp. 278.

³⁹⁷ Ibid. pp. 283.

³⁹⁸ STS 544/2016 de 21 de junio de 2016 considerando tercero.

³⁹⁹ Ídem.

⁴⁰⁰ GONZÁLEZ, Ob. Cit. pp. 1641.

Montesinos entiende que los datos periféricos pueden ser lesiones en delitos en que estas se producen, o bien elementos que no atañen directamente al hecho delictivo, sino a otro aspecto fáctico que dota de mayor verosimilitud al testimonio⁴⁰¹.

Como han identificado Ramírez⁴⁰² y Fuentes⁴⁰³, en estas definiciones podemos encontrar dos sentidos del concepto “corroboración periférica”; uno fuerte y uno débil. El sentido fuerte se identifica con la noción de que es *el propio hecho del delito* el que debe estar corroborado por medios distintos al testimonio. Al respecto, se da el ejemplo de la comprobación de lesiones, mediante partes médicos o similares. El sentido débil por otro lado viene dado por el hecho de que la corroboración recaer sobre *el mismo testimonio de la víctima*, esto es, ya no es necesario que la prueba adicional compruebe un elemento *del delito*, sino que debe verificar algún punto relevante *de la declaración*. Así entendido el concepto, el testimonio de un testigo que presencié el estado de la víctima después de los hechos, pero sin haber atestado la directa comisión del delito, es igualmente una forma válida de corroboración externa.

Una definición más acabada del “sentido débil” es la siguiente:

corroborar es reforzar el valor probatorio de la afirmación de un testigo relativa al hecho principal de la causa, mediante la aportación de datos de una fuente distinta, referidos no directamente al hecho principal, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por el testigo.⁴⁰⁴

Así, tenemos el hecho principal, la declaración de la víctima, y el dato corroborador. A estos efectos, la parte relevante del testimonio es la que se refiere al hecho principal (en ese sentido, la corroboración de hechos secundarios no es de interés). El dato corroborador es externo al testimonio y a la víctima (no proviene de ella), y si bien no está directamente conectado con el hecho principal, si lo está desde una perspectiva indirecta, mediante alguna circunstancia que guarda relación con el mismo.

Como demuestran las citas de los párrafos anteriores, ambas acepciones de la corroboración son en principio válidas en doctrina y jurisprudencia. Ahora que establecimos sus significados y alcances, cabe hacer dos comentarios.

El primero de ellos dice relación con la idea que establecíamos más arriba: si concebimos la corroboración como exigencia, no podemos olvidarnos de que los delitos sexuales están marcados por la

⁴⁰¹ MONTESINOS, Ob. Cit. pp. 133.

⁴⁰² RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 218.

⁴⁰³ FUENTES (2020), Ob. Cit. pp. 281.

⁴⁰⁴ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 219.

escasez probatoria. Así -y como afirma Fuentes- si bien la perspectiva de género no puede suplir la insuficiencia probatoria, si es útil a efectos de determinar qué deberíamos entender por corroboración⁴⁰⁵. En esa línea, la autora afirma que resulta imprescindible entender que la corroboración se exige en su sentido débil⁴⁰⁶, ya que:

exigir que la corroboración lo sea respecto del relato fáctico principal o de concretos elementos del tipo supone exigir otras fuentes de prueba del delito; y ello redundaría de facto en la imposibilidad de que el testimonio único de la víctima pudiera alcanzar, en caso alguno, valor probatorio, pues se exigirían siempre otras pruebas corroboradoras de los hechos (no del testimonio de la víctima).⁴⁰⁷

En efecto, si entendemos que el testimonio debe estar siempre acompañado de otra prueba *sobre el hecho principal*, entonces estaríamos desatendiendo flagrantemente el problema de la escasez probatoria, y como decía Gama, solo se reforzaría el escepticismo a la credibilidad de las víctimas y la impunidad. El parte médico de constatación de lesiones -ejemplo principal de corroboración en sentido fuerte- tiene una alta probabilidad de no poder presentarse en delitos sexuales, ya que no todas las agresiones de esa índole dejan huella, según ya mencionamos en el capítulo II de este trabajo. Sin embargo, los ejemplos de corroboración en sentido débil, al ser menos exigentes, pueden presentarse con mucha más frecuencia: testimonios de oídas⁴⁰⁸ relativos a cuestiones anteriores o posteriores a la comisión del delito, prueba circunstancial, prueba indiciaria, etc. Es por eso que, como afirmaba Aguilera, “en realidad prácticamente nunca se estará en presencia de un caso de prueba única, pues naturalmente, existe la prueba indiciaria o de contexto que permite dar corroboración”⁴⁰⁹. Con todo esto considerado, la exigencia de corroboración debería entenderse en la acepción débil del concepto.

A mayor abundamiento, podemos decir que la corroboración en sentido fuerte en realidad no es *corroboración del testimonio*, sino una *prueba directa de los hechos delictivos*. La aclaración no es baladí, pues como consecuencia de ella, resultaría injustificado absolver a un acusado cuando la víctima guarda silencio, pero hay pruebas médicas, psicológicas o de otro tipo que directamente acreditan

⁴⁰⁵ FUENTES (2020), Ob. Cit. pp. 283.

⁴⁰⁶ Ibid. pp. 282.

⁴⁰⁷ Ídem

⁴⁰⁸ Se ha considerado por múltiples autores que esta clase prueba es óptima para refrendar el testimonio de la víctima. En ese sentido ver: ARAYA, Ob. Cit. pp. 56; MONTESINOS, Ob. Cit. pp. 147; RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 243.

⁴⁰⁹ AGUILERA, Ob. Cit. pp. 124.

el hecho delictivo⁴¹⁰. La corroboración en sentido débil depende directamente del testimonio de la víctima: si este no existe, los datos periféricos no pueden suplir su valor probatorio, pues no son pruebas principales. Sin embargo, si estamos ante -por ejemplo- un peritaje médico en el que se acredita tanto el hecho como la participación⁴¹¹, ya no es necesaria la existencia de un testimonio de la víctima para condenar⁴¹².

El segundo comentario que queremos hacer dice relación con lo siguiente: si bien puede postularse que la corroboración es *necesaria* para que el testimonio pueda condenar (según ya vimos en el subcapítulo anterior), ello evidentemente no implica que sea *suficiente*. En ese sentido, según manifiesta Ramírez, el hecho de que el testimonio esté corroborado “no exime al juzgador de la obligación de hacer un juicio crítico del dato corroborante”⁴¹³, mientras que según Fuentes, “resulta difícil imaginar la virtualidad práctica de un testimonio único incoherente por mucho que determinados datos periféricos del relato aparezcan externamente corroborados”⁴¹⁴. En otras palabras, el juez está obviamente obligado a realizar un análisis crítico en base a los criterios de la sana crítica, razón por la cual un testimonio corroborado podría no ser suficiente para condenar si, por ejemplo, adolece de incoherencia interna, o si los datos corroboradores (como testimonios de oídas) son inconsistentes entre sí.

De estas ideas se puede desprender la siguiente observación: el dato corroborante podría ser fuerte o débil⁴¹⁵. Para determinar cuándo estamos ante uno u otro escenario, propondremos un análisis del dato corroborante en base a tres criterios, teniendo en cuenta la definición de “dato periférico” de Ibáñez, antes mencionada.

⁴¹⁰ Como expone Fuentes, ha habido casos en que, aun mediando partes médicos o prueba principal de otro tipo, se ha considerado que no se puede condenar, ya que al no haber testimonio, no se podría corroborar el mismo. FUENTES (2020), Ob. Cit. pp. 282.

⁴¹¹ Imaginemos un parte médico en el que se detectan huellas de una agresión sexual, y además se encuentran restos de material genético del agresor.

⁴¹² Como antecedente interesante, en un reportaje publicado en El Mercurio el 3 de mayo de 2022, se da cuenta de una cadena reciente de sentencias en las que se condena al agresor prescindiendo del testimonio de la víctima, evitándose así la revictimización. Son casos de violencia intrafamiliar, pero aquellos -como los delitos sexuales- son en general delitos de género, y comparten situaciones problemáticas como la escasez probatoria. Respecto a la práctica de prescindir del testimonio, la profesora Rocío Lorca menciona que sería importante dejar atrás la idea de que siempre se requiere declaración de la ofendida para condenar, pero advierte que no se debe convertir en una práctica generalizada que excluya a la víctima del proceso y la prive de su derecho a participar en el juicio. INOSTROZA, D. 2022. *Abogadas discrepan sobre conveniencia de condenas en casos de VIF sin declaración de víctima*. El Mercurio, Nacional, Santiago, Chile, 3 de mayo, C-4.

⁴¹³ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 219.

⁴¹⁴ FUENTES (2020), Ob. Cit. pp. 284.

⁴¹⁵ Aquí hablamos en términos de la intensidad o potencia epistemológica del dato periférico. Nada tiene que ver con esto la clasificación del “sentido fuerte” o “sentido débil”, pues ella dice relación con el significado y alcance del concepto.

El primer criterio se refiere a la relación que debe existir entre el dato corroborante y el hecho principal. Como ya esbozamos más arriba, el dato no se refiere directamente al hecho principal, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él. Es decir, la conexión entre el dato periférico y el hecho principal es indirecta. Pues bien, puede observarse que aquello es graduable, esto es, los datos periféricos pueden estar más o menos conectados con el hecho principal, en función de qué tan cercana es la circunstancia que guarda relación con él. Este es, entonces, el *criterio de la relación dato-hecho*.

El segundo criterio supone un análisis de la relación que existe entre el dato corroborante y la afirmación del testigo. Aquello depende de la intensidad con que el dato confirme lo afirmado por el testigo sobre el hecho principal, lo cual igualmente es graduable. Este es el *criterio de la relación dato-afirmación*. Como se puede observar, el primer y segundo criterio se encuentran en conexión secuencial: el dato corroborador debe apoyar una afirmación del testimonio, la cual a su turno debe referirse al hecho principal. Pero para que aquello pueda cumplirse en conjunto, antes deben satisfacerse las condiciones por separado: el dato periférico debe referirse a una circunstancia que guarde relación con el hecho principal; y debe, por otra parte, dar verosimilitud a la afirmación del testigo referida a ese hecho principal.

El tercer criterio es relativo al estándar de convicción penal. Como ya hemos establecido, el art. 340 CPP exige al juez que, para condenar, debe tener convicción sobre haberse cometido el hecho punible y haber correspondido al imputado participación culpable y penada por ley. Por tanto, es posible advertir que el dato podrá -dependiendo de sus características cualitativas- referirse a la comisión del hecho en sí, a la participación, o a ambos elementos. Este es el *criterio del estándar de convicción*.

Cabe aclarar en este punto que los tres criterios son eso, y no requisitos rígidos. Por tanto, para determinar la debilidad o fortaleza epistemológica *del dato*, primero se debe analizar la debilidad o fortaleza *de cada criterio por separado*, y luego *ponderarlos* conforme a las reglas de la sana crítica.

Para explicar a cabalidad el funcionamiento práctico de estos criterios, es conveniente ilustrar estas ideas mediante ejemplos. Imaginemos como primer caso que tenemos el testimonio de una víctima que afirma haber sido abusada sexualmente en una discoteca determinada, a una hora determinada, por el agresor X. Imaginemos igualmente que, como dato corroborador, se adjunta la lista de personas que estaban en esa discoteca a esa hora determinada, figurando X en dicha lista.

En cuanto al primer criterio, podemos observar que el dato no se refiere al hecho principal (el abuso sexual), pero sí a una circunstancia que guarda íntima relación con él: es una prueba de que el agresor se encontraba en el lugar en el que se cometió el ilícito, a la hora en que se cometió. Por tanto, la

relación dato-hecho parece ser relativamente intensa, pues existe una fuerte conexión espacio temporal entre el dato y el hecho principal.

Respecto al segundo criterio, podemos observar que la lista de las personas que estaban en la discoteca a esa hora otorga verosimilitud al testimonio en cuanto al lugar en que se cometió el ilícito alegado. Sin embargo, este dato periférico nada sugiere acerca de la ocurrencia del hecho en sí. Es decir, el apoyo que el dato otorga al testimonio de la víctima es solo parcial, y podría decirse que de carácter débil, en la medida en que la parte del testimonio cuyo valor de verdad es respaldado por el dato, no se refiere directamente a la ocurrencia del hecho principal. Por tanto, la *relación dato-afirmación* es más bien débil.

Lo mismo ocurre si analizamos el caso a la luz del tercer criterio. Se podría postular que la suma del testimonio de la víctima y la lista de las personas que estaban en la discoteca en ese momento, permiten acreditar participación. Pero es prácticamente imposible hacer una afirmación análoga respecto de la comisión del hecho punible mismo. Por ello, en cuanto al *criterio del estándar de convicción*, el dato parece ser más bien débil. Así las cosas, ponderando los resultados del análisis de cada criterio por separado, es dable concluir sobre este caso que el dato corroborador es de un carácter epistemológico relativamente débil.

Como segundo caso, consideraremos una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en que se aceptó como dato periférico la declaración de la hermana de la víctima, quien manifestó que también había sido objeto de abusos por parte del agresor, abuelo de ambas⁴¹⁶.

En cuanto al primer criterio, aquí la corroboración tampoco se refiere al hecho principal, pero sí a una circunstancia que guarda directa relación con el mismo: la hermana de la ofendida afirmaba haber sido víctima de las mismas agresiones sexuales. Si bien habría que analizar si en el caso existe cercanía temporal entre los abusos sufridos por la víctima y la testigo de oídas, no deja de ser cierto que existe una suerte de *conexión cualitativa* entre el dato y el hecho principal, en tanto el testimonio de oídas se refiere a la comisión de un delito de idéntica naturaleza al alegado por la víctima. Así, la *relación dato-hecho* es intensa.

En lo relativo al segundo criterio, podemos observar que el dato otorga bastante verosimilitud a la afirmación del testimonio que se refiere al hecho principal. Es particularmente interesante notar que aquello se produce por la relación de parentesco que existe entre la declarante de oídas, la víctima, y

⁴¹⁶Otro aspecto interesante de esta sentencia, es que en ella también se establece que la propia declaración del acusado puede servir de corroboración del testimonio de la víctima. Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia Rol 2419-2019, de 2 de enero de 2020.

el agresor. El hecho de que otra persona distinta a la víctima haya experimentado un delito de la misma naturaleza -siendo además hermanas y considerando que el agresor es abuelo de ambas- es lo que otorga cierta verosimilitud a lo afirmado por la afectada respecto del hecho principal. La *relación hecho-afirmación* entonces, también parece ser intensa.

En cuanto al tercer criterio, podemos afirmar que el dato periférico es al menos un indicio de participación: el agresor cometió el mismo delito en contra de otra persona, siendo abuelo de las dos perjudicadas. Algo análogo puede entenderse respecto a la comisión del hecho punible en sí: el idéntico comportamiento del abuelo, en dos casos distintos, en contra de dos personas que además eran sus nietas, permite identificar *a priori* una especie de práctica habitual, esto es, un indicio de comisión del delito. Así, los tres criterios considerados y ponderados, permiten concluir que en este caso el dato corroborador es de carácter epistemológicamente fuerte.

Ahora, imaginemos un tercer caso, en el que la víctima reclama haber sido abusada sexualmente por su pareja, en el hogar que ambos habitan en común. El dato corroborador es el siguiente: según relata un vecino directo de la víctima, la misma mañana en que se perpetró la agresión, el acusado amenazó sexualmente a su pareja en múltiples ocasiones, gritándole de forma violenta. El vecino conocía hace años a los partícipes, y por tanto fue capaz de identificar sus voces sin duda alguna.

Aplicando el primer criterio, podemos nuevamente observar que la corroboración no se refiere al hecho principal, pero sí a una circunstancia conectada con el mismo: antes de la agresión, el supuesto ofensor había amenazado a la víctima. La conexión espacio temporal entre el dato -las amenazas- y el hecho principal -la agresión- es intensa en este caso, en tanto el vecino escuchó los gritos la misma mañana en que se habría perpetrado el delito. Por tanto, la *relación dato-hecho* es fuerte.

Luego, respecto al segundo criterio, podemos observar que el testimonio del vecino otorga un alto grado de credibilidad a lo afirmado por la víctima, en cuanto a la ocurrencia de una agresión sexual. Existe una relación lógica-cualitativa entre el dato -la información de que la víctima habría recibido amenazas de una agresión de naturaleza sexual- y el hecho principal -haber recibido la víctima una agresión justamente de tipo sexual-. Si la ofendida alega haber sido sexualmente agredida, y sabemos que en la misma mañana del día de los hechos el perpetrador la había amenazado con agresiones de la misma naturaleza, se puede establecer esa conexión lógico-racional por la cual la verosimilitud de lo afirmado sobre el hecho se ve robustecida por el dato corroborador. Así, en definitiva, la *relación dato-afirmación* también parece ser de carácter fuerte.

Respecto al tercer criterio, podemos observar que el dato constituye al menos un indicio de participación. En efecto, sabemos que el vecino conocía hace años a los involucrados, y afirma haber reconocido sus voces sin duda alguna. Lo mismo puede decirse respecto a la comisión del delito en sí, ya

que las amenazas escuchadas por el testigo de oídas eran de la misma naturaleza que las agresiones finalmente producidas, esto es, sexuales.

Este tercer caso en comento es particularmente elocuente para demostrar la utilidad que tiene cada uno de los tres criterios. Verifiquemos aquello haciendo pequeñas modificaciones a la hipótesis fáctica original.

Por ejemplo, digamos que -siendo todo lo demás igual- el vecino escuchó las amenazas de naturaleza sexual e identificó sin dudas las voces de los involucrados, pero esta vez, aquello sucedió una semana antes de la perpetración del hecho principal. El análisis de los dos últimos criterios se mantiene igual: desde un punto de vista cualitativo, el dato corroborador aún otorga verosimilitud al testimonio de la testigo, y todavía puede considerarse un indicio de participación y comisión del delito, en tanto se identifican las voces de los involucrados y las amenazas de naturaleza sexual, al igual que la agresión. Sin embargo, el primer criterio -*relación dato-hecho*- se debilita en gran medida, ya que existe una ostensible desconexión espacio temporal entre el dato y el hecho.

Imaginemos por otra parte que -siendo todo lo demás igual- el vecino escuchó los gritos violentos el mismo día de los hechos, pero esta vez no fue capaz de identificar las voces de los involucrados. En esta hipótesis, el criterio que se ve resentido es el tercero: el indicio de participación es mucho más feble si es que el vecino no fue capaz de identificar que fueron sus vecinos los involucrados en la discusión.

Ahora, supongamos que -siendo todo lo demás igual- el vecino escuchó los gritos violentos el mismo día de los hechos e identificó a quienes estaban discutiendo, pero las amenazas eran de naturaleza económica. Aquí se ve afectado el segundo criterio, en tanto la naturaleza de las amenazas es radicalmente distinta a aquella de la agresión propinada. Por tanto, es menor el grado de verosimilitud que aporta el dato a lo que el testimonio dice sobre el hecho principal. Si las amenazas fueran de naturaleza física (como propinar golpes), el criterio se vería igualmente resentido, pero en menor medida. *A priori* podríamos decir que existe una cercanía cualitativa intensa entre una intimidación física y una sexual, pero no puede decirse lo mismo respecto de una amenaza de tipo económica.

Por otra parte, resulta interesante notar que el dato corroborador podría poseer ciertas características específicas que impacten a los tres criterios en conjunto. Así ocurre por ejemplo con la *reiteración*. En esa situación todo sigue siendo igual en nuestra hipótesis fáctica, pero esta vez el vecino escuchó que el perpetrador realizaba amenazas sexuales a su pareja de forma reiterada, constante y repetida en el tiempo. El primer criterio se robustece, en tanto la conexión temporal entre el dato y el hecho principal aumenta al introducirse habitualidad en las amenazas. Se ve fortalecido también el segundo criterio, en tanto el dato aporta un mayor grado de verosimilitud a lo que el testimonio dice sobre el

hecho principal, y lo mismo ocurre con el tercero, ya que el indicio de participación y comisión es mayor si las amenazas ocurrían frecuentemente. En ese sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que el testimonio de oídas de una vecina de la agredida, según el cual ésta había vivido constantes episodios de amenazas y malos tratos, era un dato que refrendaba la declaración de la víctima⁴¹⁷.

En términos generales, se podría postular racionalmente que -para condenar al acusado- mientras más coherencia interna ostente la declaración de la víctima, más débil podrá ser el dato corroborador. A la inversa, en el caso de que el testimonio se encuentre aquejado por ciertas incoherencias, convendrá que el dato periférico sea más fuerte. Esto sin perjuicio de que, como decía Fuentes⁴¹⁸, un testimonio muy incoherente (constantemente impreciso, con contradicciones nucleares o esenciales) en principio no será suficiente para condenar, aun estando corroborado. Además, estas nociones en ninguna circunstancia pueden considerarse reglas, pues no sustituyen el ejercicio de valoración racional que debe realizar el sentenciador. Como mencionaba Nieva, “en toda esta materia los automatismos son muy desaconsejables”⁴¹⁹.

2.3 La pericia psicológica

Como mencionamos anteriormente, es común que se recurra a este tipo de prueba en delitos sexuales, y sobre ella se han levantado algunas voces muy críticas, y otras más matizadas. Al respecto, aludiremos a cuatro grandes temas.

Así, en primer lugar, se ha dicho que los métodos utilizados en las pericias se encuentran científicamente cuestionados, argumentándose, entre otras cosas, que existe un elevado riesgo de error en la interpretación de los datos⁴²⁰. Es decir, se ha criticado la fiabilidad científica de los métodos, habiendo incluso trabajos que cuestionan su calidad de “conocimientos científicamente afianzados”⁴²¹. En ese sentido, en relación con el método CAVAS-INSCRIM -el más usado en nuestro país- se ha dicho que “no ha estado exento de críticas precisamente, dentro de otras, por su falta de confiabilidad y validación internacional”⁴²².

⁴¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°3816-2022, de 14 de octubre de 2022.

⁴¹⁸ FUENTES (2020), Ob. Cit. pp. 284.

⁴¹⁹ NIEVA, Ob. Cit. pp. 225.

⁴²⁰ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 241.

⁴²¹ HOYL, G. 2016. *La valoración de la prueba en el proceso penal chileno y convicción judicial. Aproximación a la sana crítica en relación a la prueba pericial*. [En línea] http://iccs.com.br/la-valoracion-de-la-prueba-en-el-proceso-penal-chileno-y-conviccion-judicial-aproximacion-la-sana-critica-en-relacion-la-prueba-pericial-gonzalo-hoyl-moreno/#_ftn43 [Consulta 31 de diciembre de 2022]

⁴²² Ídem

Sin embargo, algunos autores han intentado matizar el problema de la fiabilidad científica, mencionándose que si bien las pericias no sustituyen al juez en su rol de valorar la prueba, sí pueden aportar elementos y criterios científicos que lo coadyuven en dicha tarea⁴²³. Así, teniendo en cuenta que los peritajes no arrojan verdades o datos incontrovertibles, sí que pueden indicar si se advirtieron o no indicios de falta de credibilidad en el relato⁴²⁴.

En el mismo tenor, respecto al sistema CAVAS, se ha afirmado que “la evaluación psicológica fofense no es ni se constituirá en un medio de prueba «exacto» (...) sino más bien, en una contribución a la comprensión de un fenómeno que, por sus características delictuales, resulta altamente complejo”⁴²⁵. A mayor abundamiento:

[Las] pericias psicológicas más habituales en las investigaciones de delitos sexuales, representan un estudio de caso único sobre una presunta víctima, llevados a cabo a través de una metodología planificada y cualitativa donde cada una de sus etapas pueden cumplir por sí solas y transversalmente con los estándares de rigurosidad científica de credibilidad, transferencia, dependencia y confirmabilidad.⁴²⁶

Con todo, pareciera que aún cuando las pericias psicológicas son distintas a la propias de las ciencias exactas, sí están sujetas a estándares de rigurosidad científica y -en principio- pueden contribuir al juez en lo que se refiere a la determinación de la credibilidad del relato de la víctima.

En este punto puede ser conveniente recordar algunas de las problemáticas alrededor del caso del testimonio único. Por ejemplo, como ya establecimos en más de una ocasión, el criterio de la coherencia interna es inherentemente falible, además de que la memoria es frágil. Por otra parte, los jueces en ocasiones sobrestiman los atributos de la inmediación y juzgan en base a lenguaje gestual, lo cual es desaconsejado por la psicología del testimonio por sus falencias epistemológicas. Así, cuando el juez tenga dudas acerca de la credibilidad interna de un testimonio, la pericia psicológica puede surgir como una importante herramienta de soporte. MacCrimmon, desde otra perspectiva, entiende que los peritajes podrían incluso ayudar a identificar y desactivar creencias y mitos habituales pero infundados⁴²⁷ (estereotipos o prejuicios).

⁴²³ Ídem

⁴²⁴ Ídem

⁴²⁵ ROMO, V. 2016. *Rigurosidad científica de las evaluaciones periciales psicológicas en presuntas víctimas de agresión sexual*. En: *Huellas: Cuadernos de criminodinámicas y fenómenos emergentes. Comprensión de los delitos sexuales: Una mirada desde el CAVAS Pericial*. Colección PDI Vol. N° 2, Jefatura Nacional de Delitos Contra la Familia, pp. 48.

⁴²⁶ Ídem

⁴²⁷ GAMA, Ob. Cit. pp. 295.

En segundo lugar, más allá del cuestionamiento a la pulcritud científica de los métodos, también se ha observado que en ocasiones los peritos se exceden de sus atribuciones y pasan a revisar pruebas externas al testimonio para determinar su credibilidad⁴²⁸. Coincidiendo con Ramírez⁴²⁹, estimamos que dicha práctica no se aviene a Derecho, en tanto la determinación de la credibilidad de la víctima corresponde la juez, quien es el llamado a valorar la prueba. El rol de perito es solo respecto a la determinación de la coherencia interna, por lo que no le corresponde revisar otra prueba que no sea el testimonio. De otra forma, pareciera que se sustituye al juez en su rol probatorio, lo cual evidentemente no es congruente con lo prescrito en el art. 297 CPP.

En tercer lugar, y en relación con lo anterior, otra observación crítica sobre las pericias psicológicas es que existe una “sobrevaloración epistémica y semántica” por parte de los jueces, quienes les otorgarían un valor superior al que efectivamente tienen⁴³⁰. Sin embargo, hay buenas razones para creer que esto no ocurre con frecuencia en nuestro país. Según el análisis de jurisprudencia de Riveros, la prueba pericial no es determinante ni incontrovertible para los jueces chilenos⁴³¹. Como ejemplo, se estableció en una sentencia que para el análisis de credibilidad no es suficiente contar con la pericia de un experto, sino que se deben ponderar además otros factores (criterios), como la presencia de ganancias secundarias⁴³².

Por parte de la doctrina también se ha insistido en no sobreestimar el examen psicológico, afirmando Araya que en última instancia “corresponde al juez determinar si la víctima es fiable, es decir, si ha tenido errores de percepción o de memoria, si está en condiciones de apreciar el hecho sobre el que depone, si tiene ánimo ganancial, etcétera”⁴³³. Montesinos por su parte también entiende que es deber del tribunal “determinar el grado de credibilidad del testimonio de la víctima (...) cuyo grado de verosimilitud, sobre la que recae la pericial psicológica, es un elemento más a tener en cuenta a la hora de proceder a dicha valoración”⁴³⁴. De esta forma, en última instancia, determinar la credibilidad del testimonio de la víctima es una tarea del tribunal, para la cual doctrina y jurisprudencia han elaborado los criterios que hemos tratado a lo largo de este capítulo. La pericia psicológica sería un dato más a tener en cuenta a efectos de la valoración de la prueba, pero no sustituye la labor del juez y en ese sentido no es determinante o incuestionable.

⁴²⁸ RAMÍREZ, Ob. Cit. pp. 242.

⁴²⁹ Ídem.

⁴³⁰ Ídem.

⁴³¹ RIVEROS, Ob. Cit. pp. 181.

⁴³² En ese sentido: Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 641-2009, de 27 de enero de 2010.

⁴³³ ARAYA, Ob. Cit. pp. 54.

⁴³⁴ MONTESINOS, Ob. Cit. pp. 156.

Ahora, un último tema que debemos tratar dice relación con la edad de la víctima. Al respecto, a pesar de que los modelos de valoración de credibilidad fueron en principio diseñados para analizar declaraciones de menores, los tribunales no han objetado el uso de estos en procesos donde la víctima es mayor de 15 años, o incluso mayor de edad⁴³⁵. En ese sentido, por ejemplo respecto al método CBCA, se ha dicho en función de diversos estudios que “este procedimiento de análisis, creado en principio para el testimonio de menores víctimas de agresiones sexuales, es igualmente efectivo con adultos”⁴³⁶. Por tanto, *a priori*, la prueba psicológica debería ser procedente independientemente de si la víctima es menor o adulto.

Todo lo anterior considerado, podríamos colegir que la prueba pericial psicológica puede ser óptima para coadyuvar al juez en su tarea de valorar la credibilidad del testimonio. Particularmente cuando el tribunal tenga dudas sobre cómo calificar la declaración en términos de su coherencia interna, la pericia puede ser una importante herramienta. Lo mismo ocurre si se tiene -por ejemplo- un dato corroborador fuerte, pero un testimonio con ciertas inconsistencias.

Aun así, es imperativo tener en cuenta las limitaciones y los problemas de la opinión experta. En primer lugar, y como ya establecimos, no se debe sobreestimar el poder epistemológico de la misma, ya que no es un producto de las ciencias exactas. En ese sentido, el juez debe tener siempre presente que se trata de un dato más, una herramienta adicional, pero no un conocimiento definitorio e incontrovertible. En la misma línea, el perito debería dedicarse solo al examen de coherencia interna, sin acceder a prueba externa, pues ello supondría sustituir al juez en su rol de valoración de la prueba.

Siendo así, la pericia debería ser un instrumento de *ultima ratio*, porque además, su uso acrítico y automático puede implicar una mirada estereotipada de las mujeres⁴³⁷, contribuyendo así a afianzar el escepticismo a la credibilidad de las mismas, en función del estereotipo de la mujer fabuladora o “bruja”. Así, “es necesario valorar, cuándo se propone esta prueba, la necesidad de su práctica a fin de no elevar el padecimiento de la víctima en su obligación de declarar”⁴³⁸. De esta forma, antes de practicarse la pericia, será necesario realizar un ejercicio reflexivo acerca de su necesidad y adecuación, considerando todos los factores mencionados en los últimos dos párrafos.

⁴³⁵ En ese sentido ver: Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 174-2012, de 14 de agosto de 2012, o Tribunal Oral en lo Penal de Angol, RIT 69-2012, de 24 de octubre de 2012.

⁴³⁶ ARCE, R. y FARIÑA, F. 2005. *Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el sistema de evaluación global (SEG)*. Papeles del psicólogo, Vol. 26, N° 92, pp. 72.

⁴³⁷ ARAYA, Ob. Cit. pp. 54.

⁴³⁸ MONTESINOS, Ob. Cit. pp. 156.

Conclusiones

Por el especial tipo de violencia que conllevan, los delitos sexuales son de los más perniciosos del ordenamiento. No solo dejan profundas secuelas psicológicas a las víctimas -y en algunos casos, también secuelas físicas- sino que además repercuten directamente sobre el comportamiento de las mujeres en general, generando síntomas de inseguridad.

A nivel procesal, esta clase de ilícitos encierra un complejo conjunto de particularidades. En general se suelen cometer en contextos de intimidad, por conocidos o cercanos a las víctimas; no suelen dejar huellas físicas; y en relación con ambos factores, es común que la única prueba de cargo principal sea la declaración de la víctima, por la escasez probatoria⁴³⁹.

En la introducción de este trabajo, nos propusimos analizar y ponderar soluciones a diversos problemas probatorios relacionados con la actividad del juez en delitos sexuales.

Así, en el primer capítulo, describimos la compleja posición epistémica y práctica en la que se encuentran las llamadas “máximas de experiencia”⁴⁴⁰, generalizaciones de contenido general que funcionan como premisa mayor en el proceso de razonamiento judicial. En ese sentido, indicamos en primer lugar que no se trata de un concepto unívoco, especialmente en lo que se refiere a la idea de “experiencia” y de dónde emana. Al respecto es posible distinguir ciertas corrientes de pensamiento, algunas entendiendo que la experiencia emana de la “cultura general” o de la cultura del “hombre o persona media”, y otras señalando que proviene de la vida o intelecto del juzgador⁴⁴¹. En segundo lugar, nos referimos a las deficiencias argumentativas inherentes a las máximas de experiencia, en cuanto a su fiabilidad epistémica⁴⁴². Luego, indicamos que no siempre la judicatura evalúa la falibilidad o confiabilidad de las máximas que invocan en sus razonamientos⁴⁴³.

A continuación, reflexionamos sobre la intensificación de estas deficiencias en el caso de delitos sexuales. En efecto, si las máximas aluden a la “conciencia pública” o “cultura general”, se presenta el problema de que el tejido social es aquejado por la influencia de una forma patriarcal de pensar, que segrega, jerarquiza y moraliza la relación entre hombres y mujeres; pudiendo afirmarse lo mismo sobre el derecho⁴⁴⁴.

⁴³⁹ Véase Introducción, 1.

⁴⁴⁰ Véase I, 2.

⁴⁴¹ Véase I, 2.1.

⁴⁴² Véase I, 2.2.

⁴⁴³ Véase I, 2.3.

⁴⁴⁴ Véase I, 3.

Por lo mismo, analizamos los conceptos de prejuicios y estereotipos, indicando diversas clasificaciones y ejemplificando con jurisprudencia nacional e internacional⁴⁴⁵. Así, entre otras cosas, señalamos que cualquier estereotipo descriptivo debe ser desde ya descartado del razonamiento judicial, en tanto es incompatible en su estructura lógica con las máximas de experiencia⁴⁴⁶. En directa relación con lo anterior, concluimos que los estereotipos en general no pueden -en principio- constituir máximas de experiencia en ninguna situación⁴⁴⁷.

También nos dedicamos a analizar algunos de los estereotipos que se han repetido en jurisprudencia nacional e internacional, como el prejuicio del “consentimiento por resistencia”, o el relativo a la tardanza de las denuncias, o en fin, la preconcepción de la mujer “casquivana” o prostituta⁴⁴⁸.

Ante estas situaciones, postulamos que la perspectiva de género se erige como la principal vía de solución⁴⁴⁹, puesto que como herramienta epistémica, permitiría identificar la presencia de estereotipos que pretendan camuflarse como máximas, advertir que aquellos pudieron influenciar en el razonamiento del tribunal, y erradicar las preconcepciones, adoptando un punto de vista no estereotipado⁴⁵⁰. En la misma línea, nos hicimos cargo de algunos razonamientos que nos parecen equívocos respecto de la herramienta metodológica, estableciendo que no es contra epistémica o política, sino que por el contrario, tiene carácter racional. Señalamos también que pretende perseguir la igualdad de hombres y mujeres en el proceso, y que no tiene por consecuencia dar la razón a las mujeres siempre y en cualquier circunstancia⁴⁵¹.

Acto seguido, reflexionamos sobre la incorporación de la perspectiva de género al derecho chileno⁴⁵², y en particular en lo que se refiere a la valoración de la prueba⁴⁵³. Así, indicamos que la CEDAW y la Convención Belém Do Pará exigirían a los órganos del estado adoptar perspectiva de género en sus decisiones, y mencionamos jurisprudencia nacional conteste en ese sentido⁴⁵⁴. Destacamos la labor de ciertas sentencias a la hora de justificar el uso de perspectiva de género en la valoración de la prueba, indicándose en esas resoluciones la utilidad de aquel enfoque para identificar y excluir razonamientos estereotipados⁴⁵⁵. En el mismo sentido, recalamos que la Corte Suprema ha manifestado

⁴⁴⁵ Véase I, 3.1, i.

⁴⁴⁶ Véase I, 3.1, ii.

⁴⁴⁷ Véase I, 3.2.

⁴⁴⁸ Véase I, 3.1, iii.

⁴⁴⁹ Véase I, 4.

⁴⁵⁰ Véase I, 4.3, i.

⁴⁵¹ Véase I, 4.2.

⁴⁵² Véase I, 4.4, i y ii.

⁴⁵³ Véase I, 4.4, ii.

⁴⁵⁴ Ídem.

⁴⁵⁵ Ídem.

conformidad con el uso del enfoque de género en el *iter probatorio*⁴⁵⁶. Aunque podría decirse que la perspectiva de género ya se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento, lo cierto es que parece idóneo y más eficiente consagrar explícitamente el uso de esta herramienta en nuestra legislación, en valoración de la prueba. En ese sentido, de *lege ferenda*, se puede sugerir la incorporación del deber de “juzgar con perspectiva de género” a la redacción del art. 297 CPP⁴⁵⁷.

En el segundo capítulo de este trabajo, nos referimos al estándar de convicción penal de “más allá de toda duda razonable” en delitos sexuales. Indicamos en primer lugar algunas problemáticas propias del estándar, como el riesgo del subjetivismo, por su vaguedad conceptual e imprecisión, lo que impide fundamentar adecuadamente la decisión de los hechos que el juez estima probados⁴⁵⁸. Señalamos igualmente algunos criterios de solución propuestos por doctrina, como la exigencia de que los tribunales colegiados tomen decisiones de condena por unanimidad.⁴⁵⁹

Así, a continuación, exploramos la posibilidad de *lege ferenda* de disminuir la exigencia del estándar penal de convicción, para lo cual nos hicimos cargo de posibles obstáculos al respecto⁴⁶⁰. Así, en primer lugar, establecimos que es falso -a nuestro juicio- que disminuir la exigencia del estándar implique renunciar a la verdad o perseguirla en menor medida. Aquello en atención a que, por sus características epistemológicas, un estándar de convicción sólo permite distribuir errores, mas no disminuirlos⁴⁶¹.

Luego, continuando con el análisis de posibles obstáculos a la disminución, nos referimos al principio de presunción de inocencia, y establecimos que no se trata de un derecho absoluto. Afirmamos que suscita la necesidad de adoptar un estándar claro, racional y determinado, pero no implica necesariamente que este deba ser *el más exigente posible*. Sin perjuicio de ello, concluimos sobre este punto que, al menos en el proceso penal, el estándar debe ser exigente, por lo costoso que resulta desde una perspectiva sociopolítica la condena de un inocente⁴⁶². De esa forma, explorando posibilidades, establecimos que estándares como el de “preponderancia de la prueba” o el de “prueba clara y convincente” deben descartarse para el proceso penal⁴⁶³. El primero se caracteriza justamente por ser un estándar de muy baja exigencia, y se encuentra aquejado por problemas de imprecisión y

⁴⁵⁶ Ídem.

⁴⁵⁷ Ídem.

⁴⁵⁸ Véase II, 2.1 y 2.2.

⁴⁵⁹ Véase II, 2.3.

⁴⁶⁰ Véase II, 3.1.

⁴⁶¹ Véase II, 3.1, ii.

⁴⁶² Véase II, 3.1, iii; iv y v.

⁴⁶³ Véase II, 3.2 y 3.3.

subjetividad⁴⁶⁴. El segundo, a su turno, también adolece de esta última dificultad, y además, las razones que justifican su aplicación en procesos infraccionales no subsisten en materia penal⁴⁶⁵. Por lo mismo, cualquier propuesta de disminución de la duda razonable debe tener un nivel de exigencia mayor que la “prueba clara y convincente”⁴⁶⁶.

Luego, concretizamos la posibilidad de la disminución al caso específico de los delitos sexuales⁴⁶⁷. Para ello, analizamos primero un conjunto de eventuales justificaciones⁴⁶⁸. Establecimos que los delitos sexuales en el ordenamiento chileno, si bien tienen asignadas penas altas, están comparativamente lejos de ser las más gravosas⁴⁶⁹. Luego, que el costo de absolver un culpable es especialmente alto en delitos sexuales, por la merma de la capacidad del estado de proteger los derechos de las mujeres⁴⁷⁰. Además, las dificultades probatorias que se presentan en este tipo de delitos serían también un factor a considerar, pues conjugándose con el estándar *más exigente posible*, pueden implicar falta de condenas y el consiguiente menoscabo del efecto preventivo del derecho⁴⁷¹.

Llegados a este punto, establecimos que cualquier propuesta de disminución de estándar debía ponderar el alto costo de absolver un culpable en delitos sexuales, junto a los problemas probatorios asociados a este tipo de ilícitos, con el alto costo de condenar a un inocente. Así, cualquier proposición debía ofrecer un estándar cuya exigencia fuera menor al de “más allá de toda duda razonable”, pero mayor al de “prueba clara y convincente”. Además, debíamos hacernos cargo del problema de la imprecisión y la subjetividad, para así asegurar el pleno respeto al principio de presunción de inocencia⁴⁷².

Así las cosas, analizamos la posibilidad de aplicar en el proceso penal cuatro estándares de diversa exigencia, elaborados por el profesor Jordi Ferrer⁴⁷³. El primer estándar posible parecía ser *el más exigente posible*, en tanto exigía refutar todas las hipótesis plausibles compatibles con la inocencia del imputado, y explicar de forma coherente todos los datos disponibles, y las predicciones que pudieran surgir de aquellos⁴⁷⁴.

⁴⁶⁴ Véase II, 3.2.

⁴⁶⁵ Véase II, 3.3.

⁴⁶⁶ Ídem.

⁴⁶⁷ Véase II, 3.4.

⁴⁶⁸ Véase II, 3.4, i.

⁴⁶⁹ Ídem.

⁴⁷⁰ Ídem.

⁴⁷¹ Ídem.

⁴⁷² Véase II, 3.4, ii.

⁴⁷³ Ídem.

⁴⁷⁴ Ídem.

Así, establecimos que la primera posibilidad real de disminución del estándar actual, se presenta con la segunda formulación propuesta por Ferrer, que a diferencia de la primera, solo exige refutar las hipótesis alternativas propuestas *por la defensa*⁴⁷⁵.

La tercera formulación propuesta, a su turno, también se presenta como una alternativa plausible de disminución. Exigiendo que la hipótesis fuera la mejor explicación posible de los hechos, y que el peso del conjunto probatorio sea rico, esta formulación parece ser más exigente que el estándar de “prueba clara y convincente”, pero menos que el estándar de la duda razonable⁴⁷⁶.

De esta forma, concluimos en este punto que el estándar 2 y 3 de Ferrer son propuestas plausibles de disminución del actual. El segundo estándar está formulado en términos más precisos y objetivos, en tanto alude a la operación intelectual de “refutar” para determinar la suficiencia de las pruebas para condenar, mientras que el tercero adolece de cierta imprecisión, en tanto resulta difícil establecer que una hipótesis es “mejor” que otra sin aludir a conceptos subjetivistas. Sin embargo, este último tiene la ventaja de acomodarse mejor a la realidad fenomenológica de los delitos sexuales, en tanto resulta difícil “refutar” una hipótesis en casos en que, por el tipo de delitos, el acervo probatorio es de por sí muy escaso⁴⁷⁷.

Para cerrar este segundo capítulo, establecimos que el cuarto estándar propuesto por Ferrer es de una exigencia muy baja como para ser aplicable al proceso penal, pues está formulado en términos muy similares a los del estándar civil de “preponderancia de la prueba”.

Indicamos igualmente que todo este análisis se hace de *lege ferenda*, pues en su tenor literal, el art. 340 del CPP no admite disminución alguna del estándar en función del tipo de delito. Así las cosas, una propuesta en ese sentido requeriría la modificación legislativa del mismo precepto⁴⁷⁸.

En el tercer capítulo de esta tesis, analizamos en profundidad una de las situaciones probatorias más comunes en delitos sexuales: el caso en que el único elemento de juicio disponible es el testimonio de la víctima. En primer lugar, dimos cuenta de un conjunto de situaciones complejas asociadas a este testimonio⁴⁷⁹. En otras cosas, mencionamos que puede sobreestimarse el valor de la intermediación, y en ese sentido juzgarse el testimonio en base a criterios no técnicos, como el lenguaje no verbal o los aspectos personales o de presentación de quien depone⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ Ídem.

⁴⁷⁶ Ídem.

⁴⁷⁷ Ídem.

⁴⁷⁸ Ídem.

⁴⁷⁹ Véase III, 1.

⁴⁸⁰ Véase III, 1.1.

Hicimos referencia igualmente a los defectos epistemológicos inherentes a los testimonios, esto es, la fragilidad del recuerdo y la posibilidad de falsedad, que puede tener como causa la directa mentira, pero también puede ocurrir por errores sinceros, el olvido, o la sugestión⁴⁸¹. Concluimos que, sin perjuicio de lo anterior, el uso del testimonio como elemento de juicio suele ser forzoso para los entes persecutores, en función de la escasez probatoria inherente a los delitos sexuales⁴⁸².

Acto seguido, establecimos que si bien la práctica jurisprudencial nacional ha sido poco uniforme a la hora de mencionar los criterios que utilizan para valorar los testimonios únicos, ciertas sentencias recientes nos permiten ser más optimistas al respecto, pues se enuncian criterios congruentes con los invocados por jurisprudencia internacional afianzada⁴⁸³.

Señalamos igualmente la importancia de la investigación del delito, apuntando a encontrar la mayor cantidad posible de elementos de juicio, con el objetivo de que el testimonio de la víctima no sea el único material probatorio que pueda evaluar el tribunal⁴⁸⁴.

Luego, dimos cuenta de la jurisprudencia afianzada construida por el Tribunal Supremo Español, en lo que se refiere a análisis del testimonio único.⁴⁸⁵ Dicho tribunal propone una ponderación en base a tres criterios⁴⁸⁶.

El primero se refiere a la “ausencia de incredibilidad subjetiva”, para lo cual se tienen en cuenta las características físicas y psicológicas de las víctimas, la dependencia a sustancias, o la presencia de los llamados “móviles espurios”⁴⁸⁷. El segundo, “verosimilitud del testimonio”, dice relación con la coherencia interna del relato (para lo cual debe atenderse al *testimonio* y no al *testigo*) y el apoyo de elementos externos de corroboración⁴⁸⁸. El tercer criterio, a su turno, es el de persistencia en la incriminación, para lo cual se considera la uniformidad en declaraciones sucesivas -al menos en cuanto al núcleo fáctico del relato- y la concreción de la deposición⁴⁸⁹. Los tres indicadores recién mencionados deben considerarse -según la doctrina y el propio Tribunal Supremo- como pautas o criterios orientativos, mas no pueden ser elevados al grado de requisitos rígidos⁴⁹⁰.

⁴⁸¹ Véase III, 1.2.

⁴⁸² Ídem.

⁴⁸³ Véase III, 1.3.

⁴⁸⁴ Véase III, 1.4.

⁴⁸⁵ Véase III, 2.1, ii.

⁴⁸⁶ Ídem.

⁴⁸⁷ Ídem.

⁴⁸⁸ Ídem.

⁴⁸⁹ Ídem.

⁴⁹⁰ Véase III, 2.1, i.1.

A continuación, señalamos algunas ideas adicionales propuestas recientemente por el Tribunal Supremo, como la concepción de que la víctima es un “testigo cualificado”⁴⁹¹. Asimismo, establecimos que deben valorarse con especial cuidado algunos de los nuevos factores de análisis del testimonio propuestos por el tribunal, como la seguridad de la declaración, la expresividad de la víctima o su lenguaje gestual. Aquello en atención a lo antes razonado acerca de la sobreestimación de la inmediación, y la idea de que, en cuanto a la coherencia interna del relato, debe valorarse el *testimonio* y no el *testigo*⁴⁹².

Respecto de la jurisprudencia nacional, establecimos que se han mencionado en diversas sentencias de tribunales orales en lo penal, un conjunto de criterios que pueden en general subsumirse en uno u otro de los tres criterios afianzados del Tribunal Supremo Español⁴⁹³. En particular, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha propuesto la valoración del testimonio en base a tres “requisitos”: la coherencia interna de la declaración, la ausencia de ganancias secundarias, y la presencia de un elemento externo⁴⁹⁴.

A su turno, desde la doctrina también se han construido ciertos criterios a tener en cuenta⁴⁹⁵. El más interesante de ellos -por no poder subsumirse en los postulados por el Tribunal Supremo- es el de “contextualización del relato”, esto es, la descripción espacial y temporal que ofrezca un marco o ambiente a los hechos, de forma que de verificarse la plausibilidad de dichos elementos de contexto, podría ganar mayor credibilidad el testimonio⁴⁹⁶.

Ahora, en este punto, procedimos a analizar uno de los factores más importantes a considerar en la ponderación de credibilidad: la “coherencia externa” del relato o presencia de “elementos de corroboración periférica”⁴⁹⁷. Así, en primer lugar, establecimos que -en principio- este elemento podría considerarse como el único verdadero “requisito” para condenar con testimonio único, ya que permite contrastar lo expresado por el deponente con lo materialmente existente, y otorga garantías adicionales de control epistemológico en circunstancias de suma incertidumbre, relativas a las deficiencias inherentes al testimonio único⁴⁹⁸. Esto último es especialmente relevante considerando que el estándar actual de convicción es el *más exigente posible*.

⁴⁹¹ Ídem.

⁴⁹² Véase III, 2.1, i.2.

⁴⁹³ Véase III, 2.1, ii.

⁴⁹⁴ Ídem.

⁴⁹⁵ Véase III, 2.1, iii.

⁴⁹⁶ Ídem.

⁴⁹⁷ Véase III, 2.2.

⁴⁹⁸ Véase III, 2.2, i.

Por lo mismo, resulta imprescindible establecer con claridad que se entiende por “elemento de corroboración periférico”. En esa línea, señalamos que existen dos sentidos del concepto, uno fuerte y uno débil⁴⁹⁹. El primero supone que es *el propio hecho del delito* el que debe estar corroborado por un elemento externo, mientras que el segundo implica que la corroboración debe recaer sobre algún aspecto del *testimonio de la víctima*, que sin referirse directamente al hecho principal, si se refiere a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación otorga mayor verosimilitud a la declaración, en la parte en que esta se refiere al hecho delictivo⁵⁰⁰.

Afirmamos que la corroboración como requisito debe concebirse en su sentido débil, por la escasez probatoria inherente a los delitos sexuales, y porque el sentido fuerte se refiere en realidad a material probatorio del *hecho principal*, y por tanto pueden considerarse elementos de juicio independientes del testimonio de la víctima⁵⁰¹.

También señalamos que, si bien la corroboración es *necesaria* para condenar con testimonio único, ello no implica que sea suficiente, pues en cualquier caso se debe hacer un juicio crítico del dato corroborante -conforme a los parámetros del art. 297 del CPP- y se debe ponderar igualmente la declaración en base a los demás criterios, como la coherencia interna por ejemplo⁵⁰².

En ese sentido, en relación con la suficiencia del dato corroborador para permitir una condena, observamos que puede ser fuerte o débil, en base a su potencia epistemológica para apoyar el testimonio en lo que dice relación con la ocurrencia del hecho principal. Para determinar aquello, propusimos un análisis en base a tres criterios⁵⁰³.

El primero de ellos es el de la *relación dato-hecho*, el cual depende del grado de conexión que existe entre el elemento de corroboración y el delito en sí mismo, en función de que tan cercana es la circunstancia que guarda relación con él. A su turno, el segundo criterio es el de la *relación dato-afirmación*, el cual depende del grado en que el dato confirma lo afirmado por el testigo sobre el hecho principal. El tercero, por su parte, es el del *estándar de convicción* y depende de si el dato se refiere a la comisión del delito, a la participación culpable del imputado en él, o a ambas cosas.

Estos tres criterios deben analizarse primero por separado, para luego ponderarse en conjunto en función de los elementos de la sana crítica. Concluimos que en general puede entenderse que -para condenar al acusado- mientras más coherencia interna tenga el testimonio, más débil podrá ser el dato

⁴⁹⁹ Véase III, 2.2, ii.

⁵⁰⁰ Ídem.

⁵⁰¹ Ídem.

⁵⁰² Ídem.

⁵⁰³ Ídem.

corroborador, y viceversa⁵⁰⁴. Pero aquello tiene sus límites, en tanto ningún dato podrá ser suficiente, por más fuerte que sea, para apoyar un testimonio absolutamente incoherente o con contradicciones nucleares⁵⁰⁵.

Para finalizar este capítulo, analizamos el caso particular de la existencia de una pericia psicológica respecto del testimonio de la víctima⁵⁰⁶. En primer lugar, señalamos que este tipo de elemento de juicio ha sido criticado en doctrina, cuestionándose su fiabilidad científica. Sin perjuicio de ello, se ha intentado matizar aquel problema, entendiéndose que si bien las pericias no pueden sustituir la valoración del juez sobre el testimonio, sí pueden aportar elementos y criterios científicos coadyuvantes en la determinación de la credibilidad del relato⁵⁰⁷.

Luego indicamos que -en principio- los peritajes no deberían recaer sobre pruebas externas al testimonio, pues aquello implica inmiscuirse en una interpretación valorativa que pertenece exclusivamente al juez⁵⁰⁸.

Por otra parte, establecimos que al menos en nuestro país, no parece existir una sobrevaloración de las pericias por parte de los jueces. Aquello es conteste con lo razonado por la doctrina, en el sentido de que la pericia psicológica sería un dato a considerar al momento de la valoración de los elementos de juicio, pero no sustituye la labor del juzgador, no es determinante o incuestionable⁵⁰⁹.

Por último, en lo que dice relación con la edad de la víctima, es necesario tener presente que los modelos de valoración de credibilidad, fueron diseñados originalmente para analizar declaraciones de menores. Sin perjuicio de ello, se ha entendido por doctrina que estos procedimientos de análisis son -en principio- igualmente aplicables a víctimas adultas⁵¹⁰.

Bibliografía

ABUHADBA, S. “et al”. 2020. *Propuesta de un estándar probatorio diferenciado para delitos sexuales*. Semillero procesal Universidad de Chile.

⁵⁰⁴ Ídem.

⁵⁰⁵ Ídem.

⁵⁰⁶ Véase III, 2.3.

⁵⁰⁷ Ídem.

⁵⁰⁸ Ídem.

⁵⁰⁹ Ídem.

⁵¹⁰ Ídem.

- ACCATINO, D. 2011. *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*. Valparaíso, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII, 483-511.
- AGUILERA, S. 2020. *La perspectiva de género como herramienta para la valoración racional de la prueba*. Revista jurídica del Ministerio Público N°80, 102-131.
- AGUIRRE, F. “et al”. 2019. *La influencia de estereotipos de género en la construcción de máximas de experiencia: análisis jurisprudencial chileno*. IV Concurso Nacional de Derecho Procesal para estudiantes de pregrado: “Sistema de Justicia y perspectiva de género”. [En línea]. <https://semilleroderechoprocesal.udp.cl/wp-content/uploads/2020/09/UCN-COQUIMBO-La-influencia-de-los-estereotipos-de-genero-en-la-construccion-de-maximas-de-experiencia.pdf>
- ALEJOS, E. 2014. *Valoración probatoria judicial: alcances sobre la evolución de sus sistemas en la prueba penal*. Revista Derecho y Cambio social, año 11, N°37. [En línea] https://www.derechocambiosocial.com/revista037/VALORACION_PROBATORIA_JUDICIAL.pdf
- AMOROS, C. & COBO, R. 2005. *Feminismo e Ilustración*. Teoría Feminista: de la Ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo, tomo I. Madrid, Minerva.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. 2003. *Sobre el valor de la intermediación. (Una aproximación crítica)*. Jueces para la democracia N°46, 57-66.
- ARAYA, M. 2020. *Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal*. Revista de estudios de la justicia N°32, 35-69.
- ARCE, R. & FARIÑA, F. 2005. *Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el sistema de evaluación global (SEG)*. Papeles del psicólogo, Vol. 26, N°92, 59-77.
- ARCE, R. & FARIÑA, F. 2005. *Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal*. Cuadernos de derecho judicial N°7, 37-104.
- ARENA, F. 2016. *Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual*. Revista de derecho Valdivia, Vol. 29 N°1, 51-75.
- ARENA, F. 2020. *Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género*. Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio 2020 N°1, 247-258.

- BARRERA, D. 2019. *Problemas de la aplicación del estándar “convicción más allá de toda duda razonable” en los delitos sexuales*. Memoria De Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- BELTRÁN, R. 2021. *Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional*. Revista Ius et Praxis, Año 27, N°2, 133-155.
- BERLINERBLAU, V. 2015. *Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil. Competencia, credibilidad, particularidades y necesidades especiales del niño testigo. Videograbación de las entrevistas de declaración testimonial*. En: *Acceso a la justicia de niños, niñas víctimas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. Colección UNICEF.
- BOVINO, A. 1995. *Delitos sexuales y feminismo legal: [algunas]mujeres al borde de un ataque de nervios*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo Año 2 N°1-2, 133-158. [En línea] <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41242-delitos-sexuales-y-feminismo-legal-al-gunas-mujeres-al-borde-ataque-nervios>
- CAGIGAS, A. 2000. *El patriarcado, como origen de la violencia doméstica*. Revista Monte Buciero N°5, 307-318.
- CALAMANDREI, P. 1961. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- CALDERÓN, J. 2018. *Perspectiva De Género, Estándar De Prueba Y Ventajas Probatorias Asimétricas*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, N°48, 115-135.
- CARNEVALI, R. 2011. *El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*. Revista Ius et Praxis Año 17 N°2, 77-118.
- COMITÉ CEDAW. 2008. Caso *Vertido vs Filipinas*, decisión de 16 de julio de 2010, dictamen comunicación 18/2008.
- COMITÉ CEDAW. 2015. *Recomendación general 33: sobre el acceso de las mujeres a la justicia*.
- CNN CHILE. 2018. *El caso de Francisca Díaz, la joven que denunció abuso sexual y terminó condenada por injurias y calumnias*. [En línea] CNN Chile en internet. 27 de noviembre, 2018. https://www.cnnchile.com/pais/el-caso-de-francisca-diaz-la-joven-que-denuncio-abuso-sexual-y-termino-condenada-por-injurias-y-calumnias_20181127/

- DE PAULA, V. 2019. *La prueba testifical*. Madrid, Marcial Pons.
- DI CORLETO, J. & PIQUÉ, M. 2017. *Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género*. EN: HURTADO, P. *Género y derecho penal*. Perú, Instituto Pacifico S.A.C.
- DÍAZ, A. 2019. *Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina*. Revista de Derecho Concepción, Vol. 87 N°246, 49-82.
- ETCHEBERRY, A. 2008. *Consideraciones sobre el criterio de condena en el código procesal penal*. EN: RODRÍGUEZ, L. y otros, *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- FANDIÑO, Y. 2013. *La violencia de género y el pensamiento patriarcal*. Revista Advocatus, N°21, 153-159.
- FERNÁNDEZ, C. & DIDES, C. 2016. *Primer Informe: Salud Sexual, Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile*. Miles Chile.
- FERRER, E. 2011. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Estudios Constitucionales Vol. 9 N°2, 531-622.
- FERRER, J. 2002. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- FERRER, J. 2007. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons.
- FERRER, J. 2010. *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*. Revista de la Maestría en Derecho Procesal Vol. 4 Núm. 1.
- FERRER, J. 2018. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*. En: PAPAYANNIS, D. & PEIREIRA, E. (editores), *Filosofía del derecho privado*. Madrid, Marcial Pons.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2017. *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: informes en derecho solicitados por la fiscalía nacional económica*. Santiago, Ediciones de la fiscalía nacional económica.
- FISCALÍA. *Política de igualdad de género de la fiscalía de Chile*. [En línea] [http://www.fiscalia-de-chile.cl/Fiscalia/Politica de Igualdad de Genero de la Fiscalia de Chile.pdf](http://www.fiscalia-de-chile.cl/Fiscalia/Politica%20de%20Igualdad%20de%20Genero%20de%20la%20Fiscalia%20de%20Chile.pdf)

- FRIES, L. & LACRAMPETTE, N. 2013. *Feminismos, género y derecho*. En: LACRAMPETTE, N. (Editora) *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos.
- FUENTES, O. 2017. *Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías*. Revista General de Derecho Procesal N°44.
- FUENTES, O. 2020. *La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz «el testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género»*. Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio 2020 N°1, 271-284.
- GAMA, R. 2020. *Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico*. Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio 2020 N°1, 285-298.
- GARCÍA, I. & SUBIJANA, I. 2018. *El enjuiciamiento penal con perspectiva de género*. Revista SEPIN, SP/DOCT/75846.
- GASCÓN, M. 2005. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, 127-139.
- GONZÁLEZ, A. 2020. *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Vol. 6 N°3, 1627-1660.
- GONZÁLEZ, J. & PARDO, E. 2007. *El daño psíquico en las víctimas de agresión sexual*. VIII Congreso Virtual de Psiquiatría.
- HENRÍQUEZ, J. 2021. *Estereotipos de género en la jurisprudencia penal. un análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- HERNÁNDEZ, R. 2013. *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid, Marcial Pons.
- HORVITZ, M. & LÓPEZ, J. 2002. *Derecho procesal penal chileno tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- HORVITZ, M. & LÓPEZ, J. 2004. *Derecho procesal penal chileno tomo II*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- HOYL, G. 2016. *La valoración de la prueba en el proceso penal chileno y convicción judicial. Aproximación a la sana crítica en relación a la prueba pericial*". [En línea] http://iccs.com.br/la-valoracion-de-la-prueba-en-el-proceso-penal-chileno-y-conviccion-judicial-aproximacion-la-sana-critica-en-relacion-la-prueba-pericial-gonzalo-hoyl-moreno/#_ftn43
- HUERTA, S. "et al". 2016. *Guía para la Evaluación Pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales*. Chile.
- IGARTUA, J. 2004. *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*. Madrid, Civitas.
- INOSTROZA, D. 2022. *Abogadas discrepan sobre conveniencia de condenas en casos de VIF sin declaración de víctima*. El Mercurio, Nacional, Santiago, Chile, 3 de mayo.
- LAMAS, M. 1996. *La perspectiva de género*. Revista de Educación y Cultura de la Sección 47 del SNTE N°8.
- LARRAURI, E. 2008. *Una crítica feminista al derecho penal*. En: *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*. Buenos aires, Bdef.
- LARROUCAU, J. 2012. *Hacia un estándar de prueba civil*. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N°3, 783-808.
- LAUDAN, L. 2005. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho, 28, 95-113.
- LIMAY, R. 2021. *Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género*. Revista Ius Et Veritas N°63, 208-223.
- MATURANA, J. 2014. *Sana Crítica: Un sistema de valoración racional de la prueba*. Santiago, Thomson Reuters.
- MAZA, M. 2022. *La necesidad de juzgar con perspectiva de género*. [En línea] Diario Constitucional, 27 de junio de 2022. <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/06/27/la-necesidad-de-juzgar-con-perspectiva-de-genero-por-maria-maza/#:~:text=Juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20consiste%2C%20en%20observar%20y%20visualizar,quebrar%20y%20equilibrar%20esa%20desigualdad>

- MONTERO, A. "et al". 2004. *Principales consecuencias a largo plazo en la salud de las mujeres víctimas de violación*. Revista de la sociedad chilena de obstetricia y ginecología infantil y de la adolescencia, Vol. XI N°2.
- MONTERO, J. 2008. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid, Civitas.
- MONTESINOS, A. 2017. *Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género*. Revista de Derecho Penal y Criminología 3 N°17, 127-165.
- MUFFATO, N. 2021. *Michele Taruffo sobre las máximas de experiencia*. Revista Derecho & Sociedad, N°57, 1-38.
- MUÑOZ, A. 2011. *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*. InDret, Revista para el análisis del derecho, N°2, 1-39.
- MUSSA, Y. 2022. *Justicia con enfoque de género: las razones que ha tenido el Poder Judicial para impulsar su aplicación*. [En línea] CIPER, 26 de marzo de 2022. <https://www.ciper-chile.cl/2022/03/26/justicia-con-enfoque-de-genero-las-razones-que-ha-tenido-el-poder-judicial-para-impulsar-su-aplicacion/>
- NAVARRO, C. 2006. *Evaluación de la credibilidad discursiva de niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales*. Tesis para optar al grado de magíster en psicología mención psicología clínica infanto juvenil. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales.
- NIEVA, J. 2010. *La valoración de la prueba*, primera edición. Madrid, Marcial Pons.
- NOGUEIRA, H. 2005. *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*. Revista Ius et Praxis, 11(1), 221-241.
- NUÑEZ, C. 2014. *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- OBERG, H. 2004. *Máximas de experiencia*. Revista actualidad jurídica N°10, Universidad del Desarrollo, 167-173.
- OLSEN, F. 1990. *El sexo del derecho*. EN: KAIRYS, D. *The politics of law*. Nueva York, Pantheon, 452-467.

- OYARZÚN, F. 2016. *Aplicación de las máximas de la experiencia en un modelo de valoración racional de la prueba*. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- PALOMO, C. 2021. *Juzgar con perspectiva de género: de la teoría a la práctica*. Revista Saber y Justicia, Vol. 1 N°19, 37-52.
- PDI. 2021. *Delitos sexuales: balance primer trimestre 2021*. [En línea] <https://www.pdichile.cl/centro-de-prensa/detalle-prensa/2021/05/12/delitos-sexuales-balance-primer-trimestre-2021>
- RAMÍREZ, J. 2020. *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género*. Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio 2020 N°1, 201-245.
- REYES, S. 2012. *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*. Revista de Derecho Vol. XXV N°2, 229-247.
- RIVAS, I. 2019. *Notas sobre la crítica feminista al derecho*. En: CÁRDENAS, H. & MORALES, N. (editores), *Feminismo, Género y Derecho Privado*. Tirant lo Blanch.
- RIVEROS, C. 2017. *Criterios para la valoración judicial de la credibilidad de la declaración de la víctima en delitos de índole sexual*. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- ROJAS, R. 2012. *El estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” en el proceso penal chileno. Análisis Jurisprudencial*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- ROMO, V. 2016. *Rigurosidad científica de las evaluaciones periciales psicológicas en presuntas víctimas de agresión sexual*. En: *Huellas: Cuadernos de criminodinámicas y fenómenos emergentes. Comprensión de los delitos sexuales: Una mirada desde el CAVAS Pericial*. Colección PDI Vol. N°2, Jefatura Nacional de Delitos Contra la Familia.
- SECRETARÍA TÉCNICA DE IGUALDAD GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN. 2020. *¿Qué significa “juzgar con perspectiva de género”?* [En línea] https://secretariadegenere.pjud.cl/imagenes/stignd/proyectos/Repositorio/Minuta_fallar_perspectiva_genero_final.pdf
- SMART, C. 2000. *La teoría feminista y el discurso jurídico*. En: BIRGIN, H. (Compiladora), *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Buenos aires, Biblos.

- SOUZA, A. 2014. *La inutilidad de la convicción más allá de toda duda razonable como estándar de prueba: avanzando hacia una metodología de justificación y contrastación de hipótesis*. Tesina correspondiente a la carrera de derecho. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho.
- STEIN, F. 1988. *El conocimiento privado del juez*, segunda edición. Bogotá, Temis.
- SUBIJANA, I. 2018. *La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer*. Revista juezas y jueces para la democracia, boletín comisión penal, Vol. 1 N°10, 27-39.
- TARUFFO, M. 2009. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid, Marcial Pons.
- TARUFFO, M. 2011. *La prueba de los hechos*, cuarta edición. Trotta.
- ESPINOSA, P. “et al”. 2022. *Testimonio de la víctima y presunción de inocencia una mirada desde el ordenamiento español*. 2022. Visionario Digital Vol. 6 N°1. [En línea] <https://cienciadigital.org/revistacienciadigital2/index.php/VisionarioDigital/article/view/2068/5036>
- TORRES, P. 2019. *El imaginario femenino en el derecho penal: una mirada a los estereotipos femeninos y su expresión en la resolución de casos penales*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- TWINNING, W. 2006. *Rethinking evidence. Exploratory essays*, segunda edición. Cambridge, Cambridge University Press.
- VAN HASSELT, R. 2016. *El estándar de prueba en materia infraccional*. Revista De Estudios Tributarios, 13, 209-236.
- ZUÑIGA, Y. 2018. *Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad*. Revista Ius Et Praxis, año 24 N°3, 209-254.

Jurisprudencia

- CIDH. Caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000.
- CIDH. Caso González y otras vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Corte de Apelaciones de Copiapó, sentencia Rol 152-2023, de 28 de abril de 2023.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1148-2011, de 20 de julio de 2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3816-2022, de 14 de octubre de 2022.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 2419-2019, de 2 de enero de 2020.

Corte Suprema, Rol 80876-2022, de 29 de diciembre de 2022.

Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 281-2015, de 4 de marzo de 2016.

Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 86-2010, de 5 de octubre de 2010.

Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 174-2012, de 14 de agosto de 2012.

Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 274-2009, de 8 de agosto de 2009.

Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT 641-2009, de 27 de enero de 2010.

Tribunal Oral en lo Penal de Angol, RIT 69-2012, de 24 de octubre de 2012.

Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, RUC 0300133869-1, de 29 de agosto de 2004.

Tribunal oral en lo penal de Puerto Montt, sentencia RIT N°50-2021, de 22 de abril de 2022.

Tribunal Supremo español, STS 119/2019, de 6 de marzo de 2019.

Tribunal Supremo Español, STS 1743/2018, de 8 de mayo de 2018.

Tribunal Supremo español, STS 238/2011, de 21 de marzo de 2011.

Tribunal Supremo español, STS 282/2018, de 13 de junio de 2018.

Tribunal Supremo español, STS 349/2019, de 4 de julio de 2019.

Tribunal Supremo español, STS 544/2016, de 21 de junio de 2016.

Tribunal Supremo español, STS 717/2018, de 17 de enero de 2019.