



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

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

DANIELA BARRERA LEIGHTON

Profesor Guía

LUIS FELIPE ABBOTT MATUS

Santiago de Chile

2019

## INDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
I. LA PRUEBA EN EL DERECHO .....	5
1. Sentidos del concepto de prueba en el ámbito jurídico .....	6
2.Contexto de la prueba jurídica.....	7
4. Momentos de la actividad probatoria .....	12
4.1 Conformación del conjunto de pruebas. ....	13
4.2 Valoración del conjunto de pruebas .....	15
4.3 La adopción de la decisión sobre los hechos probados.....	16
II.ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	17
1. Prueba legal o tasada.....	18
1.1. Breve reseña histórica del sistema de valoración de prueba tasada. ....	20
1.2. Ventajas y desventajas de la prueba tasada .....	23
2. Libre valoración de la prueba .....	27
2.1 Directrices y estándares introducidos al sistema de libre valoración de la prueba. ....	28
2.2 Algunas críticas y defensas al sistema de libre valoración de la prueba .....	31
1.Problemas en la explicación del estándar tanto en EE. UU. como en Chile.....	36
1.2Interpretación subjetiva del estándar .....	39
IV. LOS DELITOS SEXUALES REGULACIÓN Y CONTEXTO.....	41
1. Regulación de los delitos sexuales.....	41
2. Contexto de los delitos sexuales .....	46
V. LA PRUEBA DE LOS DELITOS SEXUALES .....	51
1. Medios de prueba relevantes en los delitos sexuales.....	52
1.2 Prueba pericial.....	53
1.2.1 Peritaje médico en los delitos sexuales. ....	54

1.2.2 Peritaje psicológico/psiquiátrico.....	62
1.3 El testimonio de la víctima y la evaluación pericial de su credibilidad.....	70
VI. CONCLUSIÓN.....	87
BIBLIOGRAFIA.....	90

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza nuestro sistema de valoración de la prueba, específicamente en lo referido al ámbito penal. Para lo cual en una primera parte se busca caracterizar la prueba jurídica y la labor que cumple esta dentro de un proceso judicial y específicamente dentro del proceso penal.

Luego se procede a analizar los diversos sistemas de valoración de la prueba desde su origen hasta su aplicación en nuestro ordenamiento. Lo anterior tiene como finalidad dar cuenta de las incidencias que nuestro sistema de valoración penal tiene al ser aplicado en los delitos sexuales; los que entran diversas dificultades probatorias, teniendo el testimonio de la víctima un papel fundamental, debido a la escases de pruebas en este tipo de delitos. De esta forma, en este trabajo se pretende hacer un estudio de los medios de prueba más relevantes en los delitos sexuales y determinar sus deficiencias, tanto en lo que se refiere a su obtención como a su calidad.

El testimonio de la víctima se analizará latamente, debido a su cardinal importancia en este tipo de delitos, de esta forma, se estudiará la psicología del testimonio y cómo esta se aplica en nuestro país, teniendo en consideración que es una ciencia que contribuye al estudio de dichos medios de prueba y que aporta a la generación de informes periciales que pueden ser tenidos en consideración por el ente juzgador a la hora de tomar decisiones.

Finalmente, se pretende en este trabajo dar cuenta de las especiales características que tienen los delitos sexuales y como ellas influyen en la escasa existencia de pruebas en este tipo de delitos, atendiendo también al impacto negativo que aquellos provocan en las víctimas- especialmente mujeres ,niños, niñas y adolescentes-, por lo que se hace necesario para aquello adoptar una perspectiva de género.

## I. LA PRUEBA EN EL DERECHO

La palabra prueba viene del latín *probus*, que significa “bueno, honrado, que te puedes fiar en él”, a pesar de este significado que parece ser solo uno, en nuestro lenguaje esta palabra tiene un gran número de acepciones<sup>1</sup> que se enmarcan en diversos ámbitos, entre esos, la medicina, la ciencia, las matemáticas, los deportes, el derecho, entre otros.

Por otro lado, la palabra probar igualmente goza de un gran número de significados<sup>2</sup>, también enmarcados dentro de diversos ámbitos. Este panorama general nos pone de manifiesto que el hablar de la prueba no es algo fácil ni homogéneo y por si aquello no fuera suficiente podemos advertir la situación homologa que se da cuando hablamos de la prueba ya enmarcándola en una categoría, puesto que, en esta situación nos encontramos ante la complejidad de la existencia de distintos tipos de pruebas.

Siendo así las cosas, la situación de la prueba en el derecho -que es lo que aquí nos convoca- es a lo menos compleja y por tanto ha sido objeto de diversos análisis, tanto de filósofos del derecho como de juristas, en ese sentido se manifiesta Taruffo al señalar que “Es obvio, y ningún filósofo o jurista practico sensato podría negarlo, que la prueba y la determinación judicial de los hechos es uno de los problemas fundamentales del proceso, de la justicia y del ordenamiento jurídico en general”<sup>3</sup>.

Dentro de este contexto y más allá del significado que da la RAE de la palabra prueba dentro del ámbito jurídico<sup>4</sup>, podemos percibir que existen distintas nociones de prueba y así mismo de hecho probado, por tanto, para abordar la prueba dentro del panorama jurídico no existe una respuesta doctrinaria unánime y en razón de eso debemos recurrir a las diversas nociones que existen de la misma. Antes de aquello, es necesario hacer la advertencia de que existen diversos sentidos en los que se utiliza la palabra-prueba- en el ámbito jurídico.

---

<sup>1</sup> Catorce para ser exactos, según la real academia de lengua española.

<sup>2</sup> Ocho para ser exactos, según la real academia de la lengua española.

<sup>3</sup> Michele Taruffo citado por Ferrer Beltrán, Jordi (2005), *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, p. 11.

<sup>4</sup> Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.

### 1. Sentidos del concepto de prueba en el ámbito jurídico

Los sentidos en los que se utiliza el concepto prueba en el derecho fundamentalmente son tres, el primero de ellos consiste en hablar de *medios* de prueba, en este caso se hace referencia a los mecanismos mediante los cuales se aportan elementos de juicio que permiten al juez o Tribunal arribar a una conclusión, en ese sentido se habla de prueba documental, testifical, pericial, entre otros, en palabra de Sandoval “podemos definir los medios de prueba como aquellos instrumentos o causas procesales de los que sirven las partes para introducir los hechos de la realidad en el proceso y trasladarlos a presencia judicial”<sup>5</sup>.

En añadidura cuando se habla de prueba en este sentido, se puede estar haciendo referencia a un medio de prueba en general, por ejemplo, al decir “la prueba documental es la que tiene más importancia en el derecho civil”, pero también se puede estar haciendo referencia a un medio de prueba particular, por ejemplo, al referirse a la prueba documental constituida por el documento Y que ha aportado la parte H en un proceso determinado.

Cabe señalar también, que los medios de prueba son diferentes a las fuentes de prueba, en ese sentido las fuentes corresponden a elementos que constan de forma extrajudicial y por tanto existen con independencia del proceso, siendo los medios de prueba la forma en que estos elementos extrajudiciales pasan a formar parte del proceso judicial, Sandoval aporta un ejemplo que resulta clarificador, señalando que el testigo y su conocimiento de los hechos corresponde a una fuente de prueba, este sujeto y su conocimiento son independientes a la existencia del proceso, pues nada importa la existencia de este último para la configuración de los primeros. A su vez, esta fuente de prueba se incorpora al proceso mediante la declaración testifical que es un medio de prueba<sup>6</sup>.

El segundo de los sentidos fundamentales que tiene la palabra prueba dentro del derecho es referirse a aquella en términos de *actividad*, de esta forma, se hace posible

---

<sup>5</sup> Sandoval Delgado, Emiliano (2011), “LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS JUICIOS ORALES: SU SIGNIFICADO ACTUAL”, Guadalajara, *Letras Jurídicas Núm. 13*, p.10.

<sup>6</sup> *Ibíd.*11.

que nos refiramos a la fase de prueba, así por ejemplo el ordenamiento jurídico prescribirá en qué plazo se debe practicar *la prueba*.

Para finalizar, el último de los sentidos fundamentales en los que se utiliza la palabra prueba dentro del derecho es el de *resultado* que se produce en relación con los elementos de juicio que han sido aportados dentro de un proceso, así por ejemplo se podrá decir que la prueba es el convencimiento al que ha llegado el juez -teniendo en cuenta todos los elementos de juicio aportados- acerca de una determinada tesis que se ha planteado dentro del juicio, de esa forma es dable señalar que el medio de prueba X, puesto en conocimiento del juez *prueba* la ocurrencia de Y, sin embargo, en este caso al igual que cuando hablábamos de la prueba entendida en sentido de medio, cuando hablamos de prueba en sentido de resultado nos podremos estar refiriendo a aquel en virtud de un medio específico de prueba como el del ejemplo-X-, o nos podremos estar refiriendo al resultado de la valoración conjunta de todos los elementos probatorios aportados en el proceso.

## *2.Contexto de la prueba jurídica*

Teniendo claro todo lo anteriormente dicho, debemos situar contextualmente a la prueba jurídica, lo que contribuirá a diferenciarla de la prueba que se circunscribe en otros ámbitos no jurídicos, para aquello se considerará a la prueba en sus tres acepciones esto es como medio, actividad y resultado.

En primer lugar, la prueba tiene cabida en un contexto de incertidumbre puesto que el proceso judicial no es un medio idóneo para alcanzar la verdad absoluta acerca de los hechos acaecidos en el mundo y particularmente de los hechos que son objeto del juicio, esto se justifica en que la información aportada en el mismo puede ser tanto incompleta como falible.

Por otro lado, la prueba está altamente reglada, esto responde en primer lugar a la protección que otorga el sistema jurídico a valores distintos al de la averiguación de la verdad, siendo uno de los más importantes la celeridad en la toma de decisiones judiciales <sup>7</sup>, en ese sentido se manifiesta Ferrer al indicar que: “es común advertir que

---

<sup>7</sup> Se ahondará más tarde en este trabajo respecto de estos valores.

una justicia lenta no es justicia”<sup>8</sup>. En segundo lugar, la alta reglamentación de la prueba se corresponde con las exigencias impuestas al debido proceso en relación con el derecho a defensa y particularmente con el derecho a la prueba, nos detendremos sucintamente a analizar este punto en el siguiente párrafo debido a su gran importancia.

Debemos recordar que el derecho funciona sobre el esquema general de determinación de hechos a los que se les prescribe determinadas consecuencias jurídicas, las que terminarán por afectar ya sea de forma positiva o negativa a los sujetos que se relacionan con ellos, más específicamente a los que son parte del proceso judicial, por tanto una de las exigencias del debido proceso es que los sujetos puedan demostrar la veracidad o falsedad de los hechos que son objeto del proceso, en este sentido se expresa Ferrer señalado que : “el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho”<sup>9</sup>.

En consideración con los señalado en el párrafo anterior, podemos sostener que el derecho a la prueba se puede desmembrar, en el derecho que tienen los sujetos a utilizar todas las pruebas disponibles, y en esa línea a que los medios de prueba sean admitidos por el órgano decisor, mientras aquello se sujete a los valores y normas procesales presentes en el ordenamiento; y por otro lado, no solo bastará que esas pruebas sean admitidas, sino que también será necesario que aquellas puedan ser practicadas en el proceso, de modo contrario, su admisión carecería de sentido. Finalmente, el último elemento del derecho a la prueba es el derecho que tienen las partes a que la prueba sea valorada siguiendo lo prescrito por el ordenamiento jurídico. Estos elementos tienen una íntima relación con los momentos de la actividad probatoria que se caracterizarán posteriormente en este trabajo.

---

<sup>8</sup> Ferrer Beltrán, Jordi (2007), *La valoración racional de la Prueba*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, p.37.

<sup>9</sup>Ferrer Beltrán, Jordi (2003), “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales” *Jueces para la democracia*, N°47, p.28.



Por tanto, como se ha señalado anteriormente, la prueba jurídica se encuentra latamente reglada como consecuencia de la existencia del debido proceso y la protección de valores como el de la celeridad, esta gran cantidad de reglamentación se refleja en la existencia de normas que regulan distintos aspectos de la prueba, de esta forma existen reglas sobre la *actividad* probatoria; reglas sobre los *medios* de prueba y reglas sobre el *resultado* probatorio. El primer grupo de reglas va en dirección a determinar el momento en que inicia y finaliza la fase de prueba, la que se puede definir como “el espacio de tiempo que se señala en el juicio para producir la prueba”<sup>10</sup>, estas reglas también determinarán en qué momento pueden y/o deben proponerse las pruebas para su admisión; quienes tienen la carga de la prueba, etc.

El segundo grupo de reglas se refiere a qué medios de prueba son admisibles en un procedimiento determinado o qué medios de prueba deben ser excluidos. Finalmente, el último grupo hace referencia a la valoración de la prueba y en ese sentido se indica al juez como debe proceder ante la presencia de determinados medios de prueba o le concede la libre valoración de estos.

También es de importancia para poner a la prueba en contexto, señalar que se sitúa en el ámbito de las ciencias ideográficas, estas se oponen en cuanto a su objeto y método de estudio a las ciencias nomotéticas, es decir, en las primeras se estudian sucesos únicos e irrepetibles y no leyes generales, en palabras de Clemente Herrero: “El método generalizante aísla las relaciones generales o leyes y es propio de las ciencias nomotéticas o de la naturaleza; las ciencias ideográficas o históricas aplican el método individualizante para conocer la singularidad del fenómeno”.<sup>11</sup>

Por otro lado, la prueba como ya se ha advertido un par de párrafos antes, está sometida a limitaciones temporales en virtud de la protección del valor conformado por la celeridad en la toma de las decisiones judiciales, este valor influye no solo a la prueba sino que a todo el proceso, de esta forma existe por ejemplo un límite para proponer y

---

<sup>10</sup> Bendava, Domingo, (1997), *Derecho Procesal: Juicio Ordinario y Recursos Procesales*. 4ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica.p.45.

<sup>11</sup> Herrero Fabregat, Clemente, (2012) “HACIA UNA DIDÁCTICA INTEGRADA DE LAS CIENCIAS SOCIALES”, *Revista de Didácticas Específicas*, nº 6, p. 144.

practicar la prueba; así mismo se limita la cantidad de recursos <sup>12</sup> que pueden interponerse ante una determinada resolución judicial ; se da la fuerza de cosa juzgada a las decisiones judiciales prohibiendo la discusión posterior de los planteamientos realizados en aquella causa, etc. Además de las limitaciones temporales existen limitaciones de recursos, tanto humanos como materiales, lo que responde a diversos factores.

Para entender el contexto de la prueba en materia judicial también se hace importante hacer notar que las partes intervienen en el proceso; y específicamente en lo relativo con la prueba, delimitan el objeto de la misma e intervienen en su proposición y práctica, aquello guarda relación con el derecho a la prueba que ha sido caracterizado anteriormente en este trabajo, en concordancia con aquello se hace posible constatar que las intenciones de las partes no siempre serán encontrar la verdad sino que defender sus intereses que no necesariamente coincidirán con aquella.

Por último ,la prueba se enmarca dentro de la existencia de determinados elementos de juicio que deberán ser considerados para la toma de decisión por parte del juez, los que pueden variar dependiendo de diversos factores como por ejemplo las limitaciones a los medios de prueba antes referida , de esta forma si varían los elementos de juicio será posible que varíe la decisión adoptada; y como ultima característica del contexto ,es dable constatar que la decisión que adopte el juez o Tribunal respecto de aquella está dotada de autoridad y en ese sentido impone el deber de ser cumplida.

### *3.Nociones de prueba en el ámbito jurídico*

Como ya se ha señalado anteriormente, la prueba puede entenderse en tanto medio, actividad o resultado, siendo el último de estos sentidos el importante para el presente trabajo, en específico cuando se hace referencia al resultado de la valoración conjunta de todos los elementos probatorios aportados en el juicio y por tanto, cuando nos refiramos a las distintas nociones de prueba nos estaremos refiriendo a la prueba en

---

<sup>12</sup>Entendidos como “El acto jurídico procesal de parte o de quién tenga legitimación para actuar mediante el cual se impugna una resolución judicial, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su dictación” Mosquera Ruiz, Mario; Maturana Miquel Cristián (2010), *Los recursos procesales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p.26.

este último sentido, sin perjuicio de que dentro del mismo trabajo podamos hacer referencia tanto a la prueba como medio o como actividad.

Aún con esto claro, nos es debido hacer notar que las nociones de la prueba que ha postulado la doctrina procesalista y que aquí se presentarán, hacen referencia a aquella en sentido relacional con la verdad haciendo un abandono de la relación conceptual entre ambas concepciones, esto es, entre prueba y verdad, de esta forma Montero Aroca<sup>13</sup> clasifica estas nociones en tres grupos que son las que entenderemos como nociones de prueba en este trabajo, el primero de ellos tiene como uno de sus propulsores al jurista italiano Carnelutti, quien entiende a la prueba como la fijación de los hechos, en la que el actor principal es el juez, en tanto aquel es quien realiza esta actividad, así para esta noción de la prueba, la verdad no resulta relevante, pues no existe conexión necesaria entre esta y la prueba; y por tanto existe una desconexión entre aquellos conceptos.

La segunda noción de prueba, la entiende como la convicción del juez acerca de los hechos, en palabras de Cabañas<sup>14</sup> “(...)la palabra “prueba” identifica (...), en su mejor acepción técnica y pura, al ya referido estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes”, en relación con aquello aquí tampoco existe una relación necesaria entre verdad y prueba, puesto que esta última respondería solo a la subjetividad del juez, en tanto alcance un estado mental de convicción.

Por último, se postula la prueba como certeza del juez acerca de los hechos, al respecto Ferrer señala que “No está claro en mi opinión, cuáles son los límites entre la noción de convicción y la de certeza en este contexto. En cualquier caso, parece que también la noción de certeza tendría un carácter eminentemente subjetivo”<sup>15</sup>, concordamos con el autor y por tanto nos parece que es aplicable en este caso lo mismo que se ha señalado respecto de la noción anterior.

---

<sup>13</sup>Montero Aroca citado por Ferrer Beltrán, Jordi (2005), p. 65.

<sup>14</sup> Cabañas citado por Ferrer Beltrán, Jordi (2005), p. 66.

<sup>15</sup>Ferrer Beltrán, Jordi (2005), p. 67.

Teniendo en cuenta estas tres nociones, es posible determinar sus puntos comunes que son fundamentalmente dos. El primero de ellos, es la participación como actor principal del juez y por tanto el carácter subjetivo de la prueba; y el segundo como ya se ha advertido antes corresponde a la desconexión que existe en estas nociones de los conceptos de prueba y verdad, algo similar ocurre en la doctrina cuando se hace referencia al objeto de la prueba, a modo de ejemplo Francisco Ramos postula que:

Si bien comúnmente se afirma que la prueba recae sobre hechos. Esto, sin ser erróneo, es una expresión abreviada que hay que entender en su exacto significado. Nunca se prueban directamente hechos, lo que se prueba son siempre nuestras afirmaciones sobre diversos hechos.<sup>16</sup>

Así, el autor señala que lo que se prueba no es la verdad, sino que las proposiciones fácticas que formulan las partes dentro del proceso. No se pretende en este trabajo estudiar si esta desconexión es correcta o no<sup>17</sup> sino simplemente en lo que corresponde a este apartado constatar en qué consiste en términos generales cada noción, por lo mismo tampoco es objeto de este trabajo señalar cuál de estas nociones es la correcta.

#### *4. Momentos de la actividad probatoria*

Como es posible inferir de la parte de este trabajo referida al contexto de la prueba judicial, la misma se enmarca -teniendo en consideración su contexto general- en la toma de decisiones que debe adoptar un tribunal, por lo mismo existen diversos momentos en la actividad probatoria que se caracterizarán a continuación siguiendo lo postulado por Jordi Ferrer<sup>18</sup>, aquellos momentos son: a) conformación del conjunto de pruebas; b) valoración del conjunto de pruebas y c) la adopción de la decisión sobre los hechos probados.

No obstante la visión de este autor hay quienes sostienen que la actividad probatoria está dominada por la valoración de la prueba, pues mientras exista actividad

---

<sup>16</sup> Ramos Méndez, Francisco, (1997), p.325.

<sup>17</sup> Para aquello revítese “Ferrer Beltrán, Jordi (2005), *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A”

<sup>18</sup> Ferrer Beltrán (2007), p. 40.

probatoria, existirá correlativamente valoración de la prueba por parte del Tribunal , tal como expresa Jordi Nieva, quien señala que la valoración de la prueba es el raciocinio que utiliza el juez , según el cual llegará a conclusiones sobre lo que ha escuchado o visto , en ese sentido expresa “ Como es soberanamente sabido , esas conclusiones no se sacan en un momento absolutamente preciso durante el proceso , si no que el juez irá deduciendo esas conclusiones sobre la marcha”<sup>19</sup>, por tanto según lo expresado por Nieva , el juez utilizará su raciocinio en toda la actividad probatoria y no en un momento en particular, en consecuencia, la valoración de la prueba no debería ser considerada como un momento de la actividad probatoria, sino que como un elemento inseparable de aquella.

Sin perjuicio de lo anterior es dable aclarar que la separación de la actividad probatoria en diversos momentos no niega que el juez realice una actividad mental evaluando críticamente los datos que percibe durante toda la actividad de prueba, esto es en palabra de Nieva “la observación y extracción de conclusiones”<sup>20</sup>, pero ayuda a vislumbrar los diversos momentos que se dan dentro de la actividad probatoria, con independencia de si en ellos está presente el raciocinio del juez. Específicamente en este trabajo se hablará de la valoración de la prueba como un momento intermedio entre la conformación del conjunto de pruebas y la adopción de la decisión por parte del juez sobre los hechos probados, sin contradecir la idea de que en estas etapas el juez razona en relación con los datos probatorios que percibe.

Así cuando hablemos de valoración de la prueba, nos estaremos refiriendo al raciocinio que el juez utiliza específicamente en relación con el conjunto de pruebas ya conformado, es decir sobre las pruebas aportadas y admitidas dentro del proceso.

#### *4.1 Conformación del conjunto de pruebas.*

El primer momento probatorio se refiere a la conformación del conjunto de pruebas<sup>21</sup>, en este conjunto de pruebas están presentes únicamente las pruebas aportadas y

---

<sup>19</sup> Nieva Fenoll, Jordi (2010), *La valoración de la Prueba* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, p.28.

<sup>20</sup> *Ibíd.*34.

<sup>21</sup> Entiéndase como prueba en sentido de medio.

admitidas en el proceso, en esa línea se deberán excluir de este conjunto, numerosos elementos que en otras ramas del saber no son excluidos en relación con la prueba. Sin perjuicio de aquello, existe un filtro que generalmente es común dentro de los distintos ámbitos de la experiencia, que se refiere a la relevancia que debe aportar la prueba, esto es, que aporte información importante en relación con los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos sobre los que versará el juicio y por ende sobre los que deberá resolver el órgano decisor en un proceso judicial.

Estos numerosos filtros propios del ámbito de la prueba jurídica responden a diversos factores, el más importante ya ha sido referido en este trabajo, esto es, la existencia de valores en el ámbito jurídico distintos al de la averiguación de la verdad, así podemos hacer referencia a la protección de los derechos fundamentales y en esa línea no será posible admitir ni presentar pruebas que se hayan obtenido mediante la violación de estos derechos, a modo de ejemplo no será admitido el testimonio que se haya obtenido mediante tortura.

Existen también exclusiones en virtud de las calidades que presentan determinados sujetos, como por ejemplo lo que sucede con los abogados, a quienes se les exime de aportar información relevante para el caso, en consideración a que estos cumplen un papel de defensa dentro del juicio y deben actuar en concordancia con los intereses de su representado. Por último, los plazos procesales cumplen indirectamente un papel de exclusión probatoria, puesto que no serán admitidas las pruebas que se presenten cuando estos hayan expirado.

En relación con lo anterior, corresponde hacer hincapié en dos cuestiones, primero en que las reglas de exclusión de pruebas no serán las mismas en los diversos ordenamientos jurídicos, puesto que como es sabido, cada ordenamiento tiene sus particularidades en cuanto a derechos fundamentales, sujetos excluidos del ámbito probatorio y plazos procesales; y segundo que, estas reglas variarán dentro de aquellos dependiendo del tipo de proceso del que se trate.

#### 4.2 Valoración del conjunto de pruebas

Una vez determinado el conjunto de pruebas admitidas en el proceso, corresponde que el órgano decisor valore las mismas, y en ese sentido deberá identificar los factores que inciden en su fuerza probatoria, en esta línea se expresa HUNTER, señalando que “(...) la valoración de la prueba sólo permite estimar grados de confirmación de una hipótesis o hecho”<sup>22</sup>. En este momento probatorio al igual que en el anterior existe la posibilidad de que haya normas que lo conduzcan, así podrán existir normas que se referirán tanto a de qué modo se deberá decidir en función de un determinado medio de prueba, como a la valoración conjunta de todos ellos, esta valoración reglada podrá ser más o menos estricta dependiendo del ordenamiento jurídico del que se trate, así como al tipo de procedimiento en cuestión. Cuando haya normas que conduzcan la valoración de la prueba en el sentido de señalar imperativamente el valor que se le debe dar a un determinado medio de prueba, estaremos frente a lo que se ha denominado prueba legal o tasada.

Por otra parte, existe la posibilidad de que el legislador haya dotado de libertad al órgano decisor para la valoración, tanto de los medios particulares de prueba como para la valoración de la prueba en su conjunto, en este caso estaremos hablando del sistema de libre valoración de la prueba. De esta forma corresponderá al juez evaluar en qué medida los elementos de prueba existentes dentro del proceso apoyarán una determinada hipótesis.<sup>23</sup> En nuestro ordenamiento se suele pensar que este sistema de valoración de la prueba solo está sujeto a exigencias de racionalidad y por tanto la decisión del Tribunal será correcta si es que es razonada y en esa línea se sujeta a lo que en derecho se ha denominado “sana crítica”, aquella creencia lleva a que se pase por alto el estudio de los estándares de prueba y de las reglas que los fijan, en consecuencia no suele analizarse en profundidad cuál es el estándar específico que debe seguir el órgano decisor para que su decisión sea acertada en un sistema de libre valoración de la prueba.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Hunter Ampuero, Iván (2015), “Reglas de la prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?”, Talca, en *Revista Ius et Praxis*, Año 2, N°1, p.251.

<sup>23</sup> En el segundo capítulo se ahondará más respecto de este tema.

<sup>24</sup> Se ahondará más sobre los estándares de prueba en el apartado siguiente

En este momento de la actividad probatoria el valor jurídico correspondiente a la averiguación de la verdad cobra especial relevancia, puesto que si el juez actúa correctamente abocará sus esfuerzos a la determinación de esta, en función de aplicar correctamente las normas jurídicas. Por tanto, la valoración de la prueba lleva a que el juez obtenga una visión de verdad sobre los hechos, la que podrá comparar con las afirmaciones realizadas inicialmente por las partes del proceso.

#### *4.3 La adopción de la decisión sobre los hechos probados*

Este momento de la actividad probatoria hace referencia fundamentalmente a lo que se ha denominado en derecho, estándar de prueba, que consiste en la determinación de si el grado de corroboración que aportan las pruebas -momento 2- es *suficiente* para tener una hipótesis o proposición fáctica por probada, en palabras de Daniela Accatino:

Precisar cuál es el nivel de suficiencia requerido en un determinado procedimiento es, precisamente, la tarea propia de los estándares de prueba. De este modo, los estándares de prueba determinarán cuándo resulta justificado aceptar (o rechazar) una proposición fáctica en un proceso judicial, a pesar de las condiciones de incertidumbre en las que ese juicio tiene lugar<sup>25</sup>.

Este estándar podrá ser más o menos estricto dependiendo del ordenamiento jurídico y del procedimiento, así como de los valores protegidos por aquellos, los que no solo variarán con relación a los distintos sistemas jurídicos, sino que también variarán en relación con la rama del derecho de que se trate, así será frecuente que los ordenamientos jurídicos le asignen un estándar de prueba más estricto a los procedimientos penales, aminorando la posibilidad de que existan falsos positivos, es decir, reduciendo la posibilidad de que se impongan condenas a personas inocentes.

Por otra parte será frecuente que los ordenamientos jurídicos impongan un estándar mínimo y comparativamente mucho más bajo en relación con los procesos penales, en los procedimientos civiles, donde será común que el órgano decisor opte por tener como verdadera la hipótesis que ha sido corroborada en mayor grado por los elementos

---

<sup>25</sup>Accatino, Daniela, (2011) “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII*, p .486.



de juicio aportados y admitidos en el proceso, en ese sentido se hará un análisis comparativo entre dos proposiciones fácticas, resultando probada aquella que resulte comparativamente más corroborada en virtud de los elementos de juicio aportados en el proceso, este estándar se conoce como preponderancia de la prueba.

En general, la mayor o menor exigencia de un estándar probatorio responde a la distribución del riesgo, esto quiere decir que, si los estándares son más altos, el sistema jurídico estará propiciando la existencia de un menor número de falsos positivos y un mayor número de falsos negativos, sucederá lo inverso si es que se imponen estándares menos estrictos.

Como es posible apreciar, los estándares en definitiva sirven para tomar una decisión sobre los hechos, pues indican cual es el grado de confirmación necesario- aportado por las pruebas- para que el hecho pueda tenerse como verdadero.<sup>26</sup>

## II. ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

En relación con la importancia que reviste para este trabajo la valoración de la prueba y la decisión sobre los hechos probados, en este capítulo se analizarán con más detención los sistemas de valoración de la prueba presentes en el ámbito jurídico, estos son: el sistema de prueba legal o tasada y el sistema de libre valoración de la prueba.

A pesar de que existe una amplia aceptación por parte de los juristas de que los sistemas de valoración de la prueba son nada más que dos- libre valoración y sistema de prueba tasada- COUTURE, postuló la existencia de tres sistemas: a) pruebas legales, b) sana crítica y c) libre convicción<sup>27</sup>, sin embargo, a pesar del prestigio del que goza este jurista, esta idea fue ampliamente criticada por los estudiosos del derecho, los que manifestaron que las denominaciones sana crítica y libre convicción corresponden a un mismo sistema que es el de libre valoración de la prueba “se argumenta que íntima convicción y reglas de la sana crítica no son conceptos que se opongan entre sí, sino, por el contrario, se complementan de tal forma que la apreciación en conciencia implica

---

<sup>26</sup> Hunter Ampuero (2015), p.251.

<sup>27</sup> Eduardo Couture, citado por Devis Echandía, Hernando, (1981) Teoría General de la Prueba Judicial tomo I, Buenos Aires, Fidenter p. 85.

que el juzgador utilice, en esta tarea valorativa, las reglas de la sana crítica”<sup>28</sup> y por tanto la distinción que hace COUTURE ha sido superada y no goza de recepción por parte de los juristas.

### *1. Prueba legal o tasada*

En primer lugar, cabe hacernos cargo de la crítica que se le hace a esta denominación, específicamente cuando se hace referencia a la prueba legal, según lo señalado por Devis<sup>29</sup>, quien expresa que *prueba legal* se debiese entender como los medios probatorios a los que la ley ha dotado de admisibles dentro de un proceso, penal, civil, laboral, etc. Señalando cuales son específicamente admisibles y, por ende, cuales están excluidos; o permitiendo la inclusión de otros medios según el juicio del juez, en ese sentido, este autor hace alusión a la prueba legal entendida como la prueba admitida dentro del proceso y por tanto aquello se correspondería con el primer momento de la actividad probatoria que se ha presentado en este trabajo, esto es, la conformación del conjunto de pruebas.

Por tanto, según Hernando Devis, cuando se habla de prueba legal, se hace en oposición a la denominada *prueba libre* que implicaría que las partes elijan deliberadamente los medios de prueba que quieran, que los presenten y que sean admitidos dentro del proceso sin ninguna limitación, en ese sentido señala que la libre valoración de la prueba no excluye la prueba legal y por tanto no son conceptos contradictorios, dicho en sus palabras: “puede existir libre apreciación a pesar de que se señalen los medios admisibles en juicio, como sucede en la mayoría de los procedimientos penales y en muchos de los civiles en la actualidad”<sup>30</sup>. En esa línea plantea que los términos adecuados para referirse a este sistema de valoración son: *sistema de la tarifa legal de las pruebas* o *sistema de la prueba tasada*.

---

<sup>28</sup> Sandoval Delgado (2011), p.15.

<sup>29</sup> Devis Echandia, (1981), p. 85.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

En este trabajo no se pretende hacer un análisis conceptual en relación con la denominación que se le ha dado a cada sistema, pero se utilizará el concepto de sistema de prueba tasada y/o tarifa legal para evitar confusiones e inconvenientes.

Aclarado esto, debemos señalar qué es la prueba tasada. Primero se hace necesario mencionar que el sistema de prueba tasada es opuesto al sistema de libre valoración de la prueba, así, en los sistemas de prueba tasada se le señala al juez cual es la conclusión a la que debe llegar en presencia o ausencia de determinados medios de prueba, de esta forma, a los diversos medios de prueba se les da un valor de convicción que el juez forzosamente debe tener en cuenta a la hora de decidir, no dando paso alguno a la subjetividad del juez y a la labor mental que este desarrollaría en un sistema de libre valoración de la prueba.

Corresponde también expresar que para que exista el sistema de valoración tasada de la prueba, se deben señalar en la ley los medios probatorios que son admisibles dentro del proceso, puesto que si el ente juzgador eligiera libremente aquellos sería imposible que la ley les diera un determinado valor, en razón a la incertidumbre que genera esta situación denominada prueba libre que ya hemos caracterizado anteriormente en este trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando hablamos de sistemas nos referimos al conjunto de normas y principios que están presentes en aquellos, de esta forma, es completamente posible que en un ordenamiento que profesa la libre valoración de la prueba hayan normas de prueba tasada, pero esto no es contrario a la existencia del sistema de libre valoración de la prueba, en este mismo sentido se expresa DEVIS al señalar que no existen sistemas mixtos, así señala que “Apreciado en su conjunto y como unidad, el sistema es o no libre y, por lo tanto, no puede ser mixto. Cuando se habla de *sistema*, se debe entender por éste el conjunto de normas y la posición del juez frente a las leyes sobre pruebas en general”<sup>31</sup>.

Así las cosas, Hunter, señala que las normas de prueba tasada:

---

<sup>31</sup> Devis Echandia (1981), p. 87.

Constituyen normas jurídicas que fuerzan al juez a tener por cierto un hecho más allá de cualquier convicción personal (versión persuasiva de la prueba), y por sobre cualquier probabilidad o apoyo que encuentre la hipótesis fáctica en la prueba (versión cognoscitiva de la prueba).<sup>32</sup>

El sistema de prueba tasada entonces, automatiza la labor del juez, en tanto se convierte en un mero aplicador de normas, si es que se cumple un supuesto concreto, como sería en este caso la ausencia o presencia de un medio específico de prueba, en este sentido si nos encontráramos frente a un ordenamiento donde el sistema que rige es el de la prueba tasada, la labor del Tribunal sería superflua pues podría ser fácilmente reemplazable por un sistema computarizado que arroje sistemáticamente los mismos resultados de acuerdo con los datos que le son ingresados, en ese sentido la labor del juez sería puramente matemática.

#### *1.1. Breve reseña histórica del sistema de valoración de prueba tasada.*

Para entender más a fondo este sistema se hace necesario hacer una breve reseña histórica. Los autores que se refieren a la historia de los sistemas de valoración de la prueba coinciden en que la prueba tasada nace como respuesta a las arbitrariedades que cometía el ente juzgador y por ende, a la falta de confianza que le inspiraba al legislador, el que decidió imponerle una lógica oficial, con lo que se buscaba la objetividad en contraposición con la subjetividad del juez, en este sentido se expresa Nieva, al señalar que “sólo como reacción a los excesos de la libre valoración, comenzaron a surgir las normas de prueba legal u otros métodos que, de un modo u otro, limitaban la discrecionalidad”<sup>33</sup>, este autor se basa en que las normas limitadoras- como serían en este caso las normas del sistema de prueba tasada- la mayor parte de las veces- nacen debido a que intentan controlar conductas anteriores que tienen vicios de arbitrarias e injustas.

Por otro lado, se ha sostenido por la doctrina internacional que la prueba tasada viene a arreglar el enorme problema que suponían las Ordalías o juicios de Dios, que

---

<sup>32</sup> Hunter Ampuero (2015), p.252.

<sup>33</sup> Nieva Fenoll (2010), p.40.

corresponden a un antiguo sistema de resolución de conflictos, donde el juzgador no tenía ningún papel y en ese sentido no existiría valoración de la prueba, pues quien decide en estos casos es el azar, la destreza o la fuerza física. Esta forma de resolución de conflictos fue perdiendo validez a medida que fueron desarrollándose los conocimientos psicológicos y lógicos, así Bentham sostiene que “los lógicos han reemplazado a los exorcistas y a los verdugos; el hombre vigoroso que habría defendido cien injusticias con el hierro en la mano, no se atreve a afrontar, en presencia del público, las miradas inquisitorias del juez”<sup>34</sup>. En este sentido, podemos extraer el aporte de justicia que significa el sistema de valoración tasada de la prueba en comparación con el sistema de ordalías o juicios de Dios.

Sin embargo, no debemos olvidar que las Ordalías no son un sistema de valoración de la prueba, pues no existe ningún tercero que evalúe las mismas, por ende no hay un órgano decisor que valore, solo existe la fe que los pueblos depositan en ciertos hechos como reveladores de la culpabilidad o inocencia de la persona juzgada, por tanto estos juicios no son más que un mecanismo de resolución de conflictos, en ese sentido, expresar que son el antecedente del sistema de valoración de prueba tasada es un error, puesto que los juicios de Dios no son un sistema de valoración sino que como se ha dicho son un método de solución de conflictos.

Ya sea que el sistema de valoración tasada de la prueba tenga su origen en la contraposición al sistema de libre valoración de la prueba o a los juicios de Dios, la doctrina esta conteste en que el sistema de valoración tasada de la prueba nace como respuesta a las arbitrariedades a que daban lugar estos sistemas, con objeto de propiciar la seguridad jurídica, de esta forma, se promueve también la confianza en el sistema legal, pues se da la certeza de que las decisiones judiciales se toman con sujeción a la ley.

El primer documento donde podemos encontrar vestigios de prueba tasada es en el código de Hammurabi, donde existían normas de este tipo referidas especialmente a la prueba documental.

---

<sup>34</sup> Jeremy Bentham, citado por Devis Echandia, Hernando, (1981), p. 89.

Se hace interesante en este punto hablar sobre la carga de la prueba, pues esta, en el periodo histórico del que es parte el Código de Hammurabi se confunde con la valoración tasada de la misma, debido a que en este código existían normas que condenaban la no presentación de ciertos medios de prueba con la muerte, en ese sentido podemos observar que existe una valoración tasada radical de la prueba atribuyendo la pérdida del juicio a la ausencia de presentación de pruebas específicas, y es en ese sentido en que se puede homologar con la carga de la prueba, entendiendo aquella como las consecuencias negativas que se le atribuyen a una u otra parte cuando no existen pruebas, en relación con aquello el código de Hammurabi valoraba la prueba o más bien la ausencia de prueba atribuyendo como consecuencia la muerte y por tanto la carga de la prueba y la valoración tasada de la misma se confunden, debido a la radicalidad de la valoración tasada ambas cuestiones terminan siendo lo mismo.

Los romanos por su parte contaban con un sistema de libre valoración de la prueba en el que, no obstante, se encontraban algunas normas de prueba tasada, pero Nieva señala que “por la lectura de sus pasajes dedicados a la prueba, parece que en sus frases en su mayoría no son sino orientaciones y recomendaciones para la libre valoración de la prueba”<sup>35</sup>, sin perjuicio de aquello, podemos identificar pruebas tasadas auténticas referidas a la prueba testifical, en ese sentido el Codex romano señala que la prueba de cierto tipo de testigos no tiene credibilidad, por ejemplo la declaración de los ascendientes y descendientes de las partes.

En cuanto a los germanos, la situación no es muy distinta respecto a la de los romanos, puesto que en sus leyes más influyentes-esto es el *Liber iudiciorum* y en la *Lex Salica* – se encuentran escasas normas de prueba tasada siendo la generalidad el sistema de libre valoración de la prueba.

Cosa distinta ocurre luego en *Las Partidas* y la *Constitutio criminis Carolina*, en estas leyes existe una alta presencia de normas de prueba tasada, sin perjuicio de aquello continuamos estando en presencia de un sistema de libre valoración de la prueba, pero las normas de prueba tasadas presentes en estas leyes, tienen una importante

---

<sup>35</sup> Nieva Fenoll (2010), p.52.

diferencia con las reglas de prueba tasada presente en el Codex romano que vale la pena enunciar , en ese sentido , ya no son solo orientaciones o directrices para la libre valoración de la prueba, sino que son derechamente prohibiciones, por tanto, la discreción del juez se disminuyó en comparación con los ordenamientos romano y germano , sin embargo, esto no quiere decir que se eliminó la libre valoración de la prueba, pues este seguía siendo el sistema principal.

A pesar de que el sistema de libre valoración de la prueba es el dominante en esta época, el creciente número de pruebas tasadas hace que el legislador quiera anular la interpretación de que este sistema de pruebas legales tiene como finalidad que no se recurra a la racionalidad del juez, así, el legislador fue eliminando algunas de estas normas , dejando la mayoría de ellas para el proceso civil y eliminándolas casi completamente en el proceso penal, aquello se ha mantenido hasta la actualidad, aunque hoy en día “se puede constatar que la razón por la mantención de normas de prueba legal reposa sobre otras aristas diferentes al temor del arbitrio del juez”<sup>36</sup>.

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que, desde antiguo, el sistema predominante de valoración de la prueba ha sido el de la libre valoración, sin perjuicio de que, en diferentes épocas históricas se han ido agregando o suprimiendo del ordenamiento normas de prueba tasada, el sistema de libre valoración se ha mantenido vigente desde los romanos hasta la actualidad.

### *1.2. Ventajas y desventajas de la prueba tasada*

Con lo señalado en el punto anterior no cabe duda del aporte histórico que hizo el sistema de la prueba tasada -esto es evitar los excesos y arbitrariedades en los que podía caer el ente juzgador- sin perjuicio de aquello, debemos trascender a los tiempos actuales para apreciar las ventajas y desventajas de este sistema, atendiendo a las características que presenta el sistema judicial en los tiempos presentes y dejando atrás el examen de los ordenamientos primitivos.

---

<sup>36</sup> Hunter Ampuero (2015), p. 255. Esas aristas son según Hunter, las exigencias de valor procesal como la ligada a la peculiar naturaleza del proceso u otros valores de tipo sustantivo como la seguridad y certeza jurídica en las relaciones y tráfico económico, e incluso la fe pública.

Una de las ventajas que se le suele atribuir a el sistema de prueba tasada se remonta desde antiguo y hace referencia a lo que señalábamos en el párrafo anterior, esto es que, libera a las sentencias de toda arbitrariedad que pueda cometer el juez , pues no habrá lugar para que este atienda a sus criterios propios- y por ende subjetivos- sino que por el contrario , el ordenamiento contará con criterios fijos estrictamente definidos que el juez deberá aplicar en presencia de medios probatorios concretos. En este punto se hace necesario recordar una elocuente frase de DEVIS quien expresa que “la justicia es un problema de hombres más que de leyes”<sup>37</sup>, en ese sentido un abundante conjunto de normas que regulen la valoración de la prueba atribuyendo determinados resultados en relación con la presencia o ausencia de ciertos medios probatorios, contribuye en muy escasa medida a que el juez arribe a decisiones libres de toda arbitrariedad , puesto que nada impide que aquel valiéndose de sus arduos conocimientos de derecho encuentre supuestas razones jurídicas que contribuyan a justificar decisiones arbitrarias dándoles apariencia de legalidad.

Por lo anterior, es que una sólida formación moral de los jueces y juristas en general contribuirá verdaderamente a que las sentencias dictadas por los jueces se encuentren libres de arbitrariedades, sin perjuicio de que una preparación profesional de calidad de los juristas, la motivación de la sentencia y la posible revisión de esta por un Tribunal superior irán también en ese sentido, siendo a su vez necesarias para lograr el objetivo de una sentencia libre de vicios.

Por otra parte, es común que los autores señalen como ventaja del sistema de prueba tasada, la uniformidad que se logra en las sentencias en relación con la apreciación de los medios de prueba, sin perjuicio de que aquello pudiese ser verdad, es pertinente analizar si esto corresponde a un beneficio o por el contrario a una desventaja que presenta este sistema de valoración de la prueba.

La uniformidad lleva a la inamovilidad y por ende a la rigidez de los sistemas jurídicos, lo que no se corresponde con la realidad social. Debemos recordar que las sociedades son cambiantes y en ese sentido los valores protegidos por aquellas varían según la

---

<sup>37</sup> Devis Echandia (1981), p.91.



época en la que nos ubiquemos , sabidos son los ejemplos de cambios en los principios éticos y morales resguardados por la sociedad que se reflejan en la introducción o extirpación de normas jurídicas del ordenamiento, así por ejemplo a lo largo del siglo XIX diversos países comenzaron a abolir la esclavitud y por ende a dictar y/o extirpar normas para asegurar la libertad de sus habitantes , entre estos países podemos encontrar a Chile, Colombia, Francia, EEUU, México , Perú, Portugal, Reino Unido, etcétera y como este existen un sin número de ejemplos.

Sin perjuicio de lo anterior, la uniformidad no debiese ser negativa en tanto proteja los principios a los que la sociedad les da valor en una época determinada, esto pues la uniformidad tiene como beneficio correlativo la seguridad jurídica, a pesar de esto, cabe preguntarnos si uniformidad necesariamente significa justicia, la respuesta parece ser negativa, por tanto, se hace necesario ponderar estos valores y reflexionar acerca de a cuál le debemos dar mayor relevancia. Parece obvio que los ordenamientos jurídicos se basan en la aplicación de justicia y por ende este valor debiese ser el primero a tener a la vista en la toma de decisiones judiciales, de esta forma la rigidez presente en la uniformidad perdería preponderancia, en relación con aquello la pregunta que nos debemos hacer es si es que los sistemas de valoración de la prueba cumplen con ayudar a alcanzar este valor-la justicia-.

Al caracterizar el sistema de prueba tasada hemos señalado que , la labor del juez no comprende más que aplicar normas dadas por el ordenamiento ante la presencia o ausencia de un determinado medio de prueba , por tanto, al juez poco le importa la realidad y en ese sentido poco le importa también la justicia, la atención de este más bien se vuelca hacia el cumplimiento del supuesto en virtud del cual debe aplicar la norma , por tanto “el juez se encuentra aislado de la realidad por las normas legales probatorias que le señalan tipos abstractos de verdad, reñidos frecuentemente con la realidad de los hechos”<sup>38</sup>. Entonces, a pesar de que la prueba tasada lleva a la uniformidad y esta tiene los beneficios que anteriormente hemos señalado, no debemos olvidar que justicia es más importante que uniformidad y que una actuación correcta y

---

<sup>38</sup> Devis Echandia (1981), p.92.

por ende justa del juez -respetando los valores sociales protegidos- nos llevará a que las decisiones del ente juzgador sean uniformemente justas y pierdan el carácter de rigidez absoluto del que estarían dotadas en caso de que existiera uniformidad sin justicia.

En otro plano se ha señalado también que el sistema de prueba tasada tiene como ventaja que reemplaza la falta de experiencia de los jueces. Tal como señalamos en el primer párrafo, para analizar los sistemas de valoración de la prueba, concretamente sus ventajas y desventajas debemos atender a las características que presenta el sistema judicial en los tiempos presentes, en relación con aquello, el basto desarrollo que presenta la ciencia jurídica en la actualidad, que se traduce en la presencia de un gran número de profesionales del derecho, en un gran perfeccionamiento de la enseñanza universitaria y de la doctrina, sumado a los desarrollados medios de difusión de información existentes en la actualidad contribuyen a suplir esta deficiencia presente en los ordenamientos antiguos.

Se ha señalado también que la regulación del momento de la valoración de la prueba responde a que aquel, se relaciona con cuestiones que interesan al orden público y por ende deben estar reguladas. Esta acotación es verdadera si es que nos referimos al momento probatorio correspondiente a la *conformación del conjunto de pruebas*, pero no a la valoración de estas, puesto que lo que verdaderamente interesa al orden público es que las decisiones judiciales sean justas y aquello se alcanzará en mayor medida si es que el sistema utilizado para la valoración de la prueba es la libre valoración, por las desventajas concretas que presenta el sistema de tarifa legal.

Una de las desventajas concretas que presenta el sistema de tarifa legal, ya le hemos señalado cuando caracterizábamos el sistema en la primera parte de este capítulo y corresponde a la mecanización y automatización del juez al momento de dictar la sentencia, esta característica del sistema no tiene asidero en un mundo en el que la ciencia jurídica ha alcanzado un gran nivel de desarrollo, existiendo por ende cada vez mejores profesionales, de suerte que lo lógico es darles a estos la posibilidad de utilizar su convicción, la que obviamente debe estar razonada. Las soluciones imperativas a las que lleva el sistema de tarifa legal hacen imposible que en cada caso concreto se pueda

obtener justicia, ya que aquellas se estandarizan y no van en dirección a atender las particularidades que presenta cada caso-se pierde la visión de la realidad como señalábamos un par de párrafos antes-, por tanto, es del todo razonable que el juez utilice su convicción para llegar a soluciones acertadas y por ende justas, tomando siempre en consideración las características particulares de cada caso.

Otra desventaja concreta que presenta el sistema de tarifa legal es que, la verdad también se ve perjudicada, debido a las conclusiones imperativas a las que debe llegar el juez, la labor del órgano juzgador más que ir en dirección a alcanzar la verdad real, lleva más bien a alcanzar una apariencia de verdad o verdad formal.

Las desventajas concretas que presenta el sistema de tarifa legal y que hemos caracterizado en los párrafos antecedentes, llevan a que el valor de justicia, se desligue de la sentencia , aquello hace que el proceso pierda sentido , expresado en los términos de DEVIS “se sacrifican los fines naturales de la institución por el respeto a formulas abstractas”<sup>39</sup>, en síntesis , se hace posible sostener que el sistema de tarifa legal no es el más adecuado para alcanzar los fines de justicia que son el sustento del proceso en general, sin perjuicio de aquello, este sistema no estaba privado de una lógica interna , ya que fue concebido como contrapeso al poder del juez y en respuesta a las exigencias de limitar el arbitrio judicial.<sup>40</sup>

## *2. Libre valoración de la prueba*

El sistema de libre valoración de la prueba como ya se ha expuesto antes en este trabajo se contrapone con el sistema de tarifa legal, en sintonía con aquello, a diferencia de lo que ocurre con el ultimo, en este sistema se recurre a la subjetividad del juez , quien ya no dispone de las rígidas normas legales que señalan imperativamente la conclusión a la que debe llegar en presencia o ausencia de un determinado medio de prueba, sino que la labor judicial en relación con la apreciación de las pruebas se des -mecaniza y el ente juzgador utilizada las virtudes propias de la mentalidad y pensamiento humano para arribar a una conclusión.

---

<sup>39</sup>Devis Echandia (1981), p.94.

<sup>40</sup> Hunter Ampuero (2015), p.254.

Este sistema es el más aceptado en la actualidad y tiene especial preponderancia en los procesos penales donde la tarifa legal adquiere poca o nula relevancia , a pesar de que prácticamente existe unanimidad en la adopción de este sistema en el ámbito penal , llegándose incluso a aseverar que “todos los juristas del presente siglo reclaman y defienden este sistema”<sup>41</sup>, en el ámbito civil se han presentado más dudas, sin perjuicio de aquello, numerosos países lo han adoptado en este ámbito , entre estos Francia, Alemania, Austria, Italia, Rusia ,Argentina, Brasil, México, Estados Unidos, Inglaterra y posiblemente otros países<sup>42</sup>.

El nacimiento de este sistema de valoración de la prueba no tiene época exacta, pues responde al mecanismo más primitivo de apreciación probatoria que consiste en recurrir únicamente a la mente humana como parámetro juzgador, lo que si tiene época de nacimiento son las directrices que se le introdujeron al sistema a modo guía, con el fin de que este no se basara en la pura liberalidad del juez y que aquel encontrará algún estándar a seguir para la toma de decisiones , de forma que la actividad valorativa del juez estuviera dotada de racionalidad y no fuera una acción meramente antojadiza.

### *2.1 Directrices y estándares introducidos al sistema de libre valoración de la prueba.*

La introducción de directrices y estándares de suficiencia al sistema de libre valoración de la prueba, vino precedida -como es de suponerse- de la reflexión sobre este sistema, la que “(...) surge como reacción a los excesos que había provocado el sistema de valoración legal durante la Edad Media y la Edad moderna”<sup>43</sup>, sistema que se convirtió en una actividad puramente reduccionista. Ante esta realidad, no tardaron en aparecer las manifestaciones que abogaban por el sistema de libre valoración y por la búsqueda de la verdad, entre ellos podemos encontrar la *intime conviction* en Francia y la distinción entre verdad formal y verdad material en Alemania, de esta forma como señala Hunter:

---

<sup>41</sup> Devis Echandia (1981), p. 108.

<sup>42</sup> *Ibíd.* 110.

<sup>43</sup> Nieva Fenoll (2010), p.69. Cabe recordar que el sistema de valoración legal corresponde a lo que en este trabajo hemos denominado sistema de prueba tasada o tarifa legal.

La apriorística de la escolástica y de cartesianismo que estaban enraizados en la prueba legal, son superadas por esta nueva filosofía, en que el conocimiento- también en el campo de la prueba judicial- es comprendido a través de la razón, a partir del intelecto del individuo, basándose en la observación directa y crítica de los hechos.<sup>44</sup>

Respecto a la *intime conviction*, su primera referencia se encuentra en la Ley de 16-21 de septiembre de 1791, de la misma manera, la *intime conviction* se siguió aplicando a las posteriores leyes francesas<sup>45</sup>, se explicaba que la *intime conviction* se concedía con la total liberalidad que tenía el jurado para valorar la prueba, dentro de la sinceridad de su conciencia, no estando obligado a motivar su decisión, por tanto la *intime conviction* nace teniendo una estrecha relación con el órgano de los jurados, sin perjuicio de que posteriormente en el Code d'Instruction Criminelle de 1808 se permitió su aplicación a los jueces profesionales.

En Alemania, a raíz de los excesos del sistema de tarifa legal, nace la reflexión acerca de los sistemas de valoración de la prueba, la que se ancla con la crítica a la institución de los jurados, los que en Francia no tenían la obligatoriedad de motivar la sentencia, por lo que se tachó esta institución y su manera de proceder ante la valoración de la prueba -libre- como irreflexiva, sin perjuicio de aquello, no pasó mucho tiempo antes de que autores como Savigny salieran en defensa del sistema de libre valoración aduciendo que convicción no quiere decir irreflexión y que por el contrario la convicción es una labor reflexiva, lo que lleva a que pueda ser motivada.

Todo lo anterior surgió en referencia al sistema penal, fue después de estas discusiones que nació la cuestión acerca del concepto de verdad material-en contraposición con la verdad formal-, que brotó a propósito de la necesidad que planteo Endemann de introducir el sistema de libre valoración al proceso civil.

La idea de que el sistema de libre valoración debía primar adquirió entonces gran fuerza en Alemania aplicándose tanto al proceso penal como civil, sin perjuicio de

---

<sup>44</sup> Hunter Ampuero (2015), p.254.

<sup>45</sup> Nieva Fenoll (2010), p.75.

aquello, aún quedan resquicios de prueba tasada en este último, donde se abogó por la existencia de una cuota de verdad formal. Con la supremacía del sistema de libre valoración, también adquirió fuerza la idea de que, en el proceso se debía alcanzar la *verdad material*, aduciendo a que el juez debía utilizar su lógica a la hora de valorar la prueba, y aquello implica aplicar las *máximas de la experiencia*, las que se plantean como limite a la libertad absoluta del juez en relación con la apreciación de la prueba y que por tanto constituye una directriz aplicada al sistema de libre valoración con el fin de dotarlo de racionalidad.

Para entender el concepto de verdad material citaremos la explicación que da De Vicente y Carabantes acerca de la verdad formal según la cual podremos entender por contrapartida que significa verdad material, este autor postula que la verdad formal consiste en “el sistema que sin tener en cuenta la convicción íntima del juez, ni los motivos suministrados por la razón y la experiencia para decidir, obliga a este a tener por cierta una demostración que sólo se apoya en motivos de pura forma”<sup>46</sup>, en ese sentido se corresponde con una verdad estrictamente jurídica y por consecuencia no fáctica.

Por su parte los juristas Anglosajones desde antiguo han intentado aportar directrices que buscan orientar al ente juzgador a la hora de valorar la suficiencia de la prueba ; y en esa línea se postula la frase “beyond any reasonable doubt” o más allá de toda duda razonable. Cabe recordar que el sistema que prima en el *Common Law*, en el ámbito penal es el de los jurados -que también está presente en el ámbito civil, pero en menor medida- y debido a aquello se buscó crear frases orientadoras fáciles de entender, -evitándose explicaciones sofisticadas-, se hace importante recalcar también que este jurado lego no fundamenta sus veredictos y que resuelve por unanimidad.<sup>47</sup>

España, por su parte, ha aportado a las directrices del sistema de libre valoración de la prueba con la denominada *sana critica*, que se introdujo a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en referencia específicamente a las declaraciones de testigos, este concepto se

---

<sup>46</sup> Nieva Fenoll (2010), p.81.

<sup>47</sup> Accatino, Daniela, (2011), p.500.

siguió utilizando en el futuro y estuvo presente hasta en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, a pesar de la introducción de este concepto en esta ley, aquella no le dio nacimiento, pues ya existía en el Reglamento de lo contencioso ante el Consejo de Estado español donde apareció por primera vez. Couture, al respecto señala que: “esas palabras señalan un trascendental avance en la ciencia probatoria, el rompimiento con muchos siglos de prueba aritmética, cuando todavía regía con todas sus exageraciones el sistema de tarifa legal”<sup>48</sup>.

Como ya se ha señalado, el concepto de sana crítica en sus inicios versó solo sobre las declaraciones de testigos, sin perjuicio de aquello, esta directriz se amplió y abarcó el sistema en general con el objetivo de dotar de racionalidad la valoración de la prueba, siendo tenido como una norma de valoración probatoria aplicable a todos los ámbitos jurídicos. Este concepto es el que está presente en nuestro sistema jurídico y que busca dotar de racionalidad la valoración de la prueba, este sistema, supone la consideración de los principio de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado, sin embargo, se ha discutido latamente en qué consisten dichos criterios, respecto a lo cual no existe una posición unánime, por lo mismo, la sana crítica ha sido considerada un concepto ambiguo.

A pesar de que las directrices y /o estándares nacidos en diversos países difieren en concepto, en el fondo apuntan hacia lo mismo y no poseen diferencias sustanciales. El sistema de valoración libre de la prueba tuvo gran éxito en Europa y esto posiblemente se deba a la influencia de la Ilustración -que como es sabido tiene entre sus bases la utilización de la razón-, así como a la conciencia de que una aplicación estricta del sistema de tarifa legal lleva a que el ordenamiento jurídico adolezca de los vicios que ya se han señalado anteriormente en este trabajo.

## *2.2 Algunas críticas y defensas al sistema de libre valoración de la prueba*

A pesar de que el sistema de libre valoración posee sustanciales diferencias respecto del sistema de tarifa legal, comparten algunas críticas, entre ellas la arbitrariedad de la que podría estar dotada la decisión del ente juzgador en relación con la valoración de

---

<sup>48</sup> Devis Echandia (1981), p. 87.

la prueba, respecto de esta crítica no cabe más que señalar los mismos remedios de los que hablábamos a la hora de referirnos a las desventajas del sistema de valoración tasada , estos son: preparación profesional de calidad de los juristas, la motivación de la sentencia y la posible revisión de esta por un Tribunal superior.

Otra crítica que se le hace al sistema de libre valoración de la prueba es que debe existir certeza en la protección de los derechos de los ciudadanos y este sistema no contribuye a la protección de este valor , se ha enfrentado esta crítica señalando que los sistemas de libre valoración de la prueba mantienen algunas normas de prueba legal respecto a algunos medios de pruebas específicos y que además la motivación de las sentencias y la revisión por parte del tribunal superior contribuyen a mitigar este problema, postulados con los que estamos de acuerdo.

Siendo estas críticas superadas, nos queda hacernos cargo de una de trascendental importancia y que parece aun no estar resuelta. Esta crítica más que centrarse en el sistema, se refiere a las directrices y /o estándares que se le han implantado para guiar al juez en su labor valorativa y que son comunes a todas las que hemos mencionado con anterioridad- *intime conviction*, sana crítica, máximas de la experiencia, convicción más allá de toda duda razonable- y que fundamentalmente consisten en señalar que las directrices y más que nada los estándares de suficiencia probatoria, en nada orientan la labor del juez, pues no les da herramientas claras y/o necesarias a la hora de juzgar, porque poco o nada se sabe acerca del verdadero significado de estas directrices o frases orientadoras, lo que se suele mitigar señalando que el juez debe aplicar en todo caso las máximas de la experiencia a la hora de valorar la prueba, ¿ pero qué quiere decir aquello? ¿no resulta obvio que cualquier persona utiliza las máximas de la experiencia para sobrevivir al cotidiano?

El problema pareciera estar en intentar aplicar un método objetivo para obtener un resultado que en el fondo es puramente subjetivo- que como ya sabemos se traduce en la convicción del juez-, Sandoval, al contrario de lo que hemos señalado anteriormente señala que “la convicción personal del juzgador tiene un cierto carácter objetivo o



*supraindividual*"<sup>49</sup>, justifica lo antes dicho señalando que si el juez en la valoración judicial aplica correctamente las reglas de la sana crítica-reglas de la lógica, de la psicología, de la sociología y de la experiencia- su decisión no entraría en contradicción con las máximas de la experiencia, las que son aceptadas por la sociedad de que el juzgador es parte.

Pero la pregunta que cabe hacernos nuevamente es qué quiere decir máximas de la experiencia, y segundo, si lo necesario para que la decisión judicial no entre en contradicción con las máximas de la experiencia es que se realice teniendo a la vista las reglas de la sana crítica que comprende reglas de la lógica, psicología y sociología ¿están los jueces formados suficientemente en estas materias?, como es de suponerse, la respuesta es no. *Pareciera* entonces que la subjetividad es la base del sistema y que insertarle estándares o directrices para darle apariencia de objetividad es del todo infructuoso e insignificante.

### III. SISTEMA DE LIBRE VALORACIÓN EN EL PROCESO PENAL CHILENO: REFERENCIA AL ESTÁNDAR: "CONVICCIÓN MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE".

Aclarado lo anterior corresponde ahora precisar qué es lo que sucede en Chile respecto a los estándares y directrices implementadas para que los jueces se guíen al momento de valorar la prueba, para lo cual conviene primero aclarar cuál sistema es el que se aplica en cada área del derecho. En Chile las últimas reformas procesales han ido en dirección a entregarle al juez la libre apreciación de la prueba, así ha sucedido en penal, laboral, familia, y en algunos terrenos del proceso civil patrimonial<sup>50</sup>, todo lo anterior bajo el manto de racionalidad que debieran aportar las reglas de la sana crítica.

Sin perjuicio de lo antes dicho, dentro de nuestro ordenamiento aún es posible encontrar normas de prueba tasada, más concretamente en el ámbito civil, por tanto, estas normas aisladas se insertan dentro del sistema de libre valoración, sin que, por esto, este último pierda su carácter de libre, recordando como hemos dicho anteriormente en este trabajo que no existen los sistemas mixtos.

---

<sup>49</sup> Sandoval Delgado (2011), p.13.

<sup>50</sup> Hunter Ampuero (2015), p.248.

Respecto del ámbito penal, que es el que interesa en este trabajo, el código procesal penal- en adelante CPP- establece en su artículo 297<sup>51</sup> que el sistema adoptado para la valoración de la prueba en el ámbito penal es el de libre valoración, pero hace el alcance de que el juez debe valorar en consonancia con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, es decir, conforme a la sana crítica, así se deja claro que libre valoración no quiere decir libertad total del juez para valorar, pues, en todo caso este debe realizar esta actividad con sujeción a los criterios de racionalidad de la epistemología en general.

Por su parte el artículo 340 del CPP<sup>52</sup> establece el estándar de suficiencia de la prueba para que el juez pueda obtener una convicción y en ese sentido se señala que el ente juzgador debe adquirir la *convicción más allá de toda duda razonable* de que el imputado realmente cometió el delito que se le atribuye, es decir, el sistema chileno adopta el estándar del Common Law<sup>53</sup>, estableciendo como criterio de suficiencia de la prueba una de sus frases orientadoras, que como dijimos antes tiene la característica de ser fácil de entender y no necesitar explicaciones sofisticadas para comprender su alcance -o por lo menos así se pensó en sus orígenes-. Cabe recordar que nuestro sistema jurídico a diferencia de lo que sucede con el Common Law, no cuenta con jurados legos si no que cuenta con jueces profesionales que son los llamados a realizar la actividad de valoración.

Nuestro ordenamiento en el ámbito penal, entonces, opta por un estándar según el cual la distribución del riesgo de error tiende a disminuir la existencia de *falsos positivos*, lo

---

<sup>51</sup> Artículo 297.- “Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”

<sup>52</sup> Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penado por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración

<sup>53</sup> Al igual que lo hace la Corte Penal Internacional.

anterior pues la frase convicción más allá de toda duda razonable da cuenta de un estándar muy exigente que tiene como finalidad precisamente evitar que se dé erradamente por probada una proposición fáctica, lo que lleva como correlativo que se aumente el riesgo de la existencia de *falsos negativos*, así lo explica ACCATINO, quien señala:

En el caso de un estándar más exigente, (...), disminuye el riesgo de error al declarar probada una proposición, pues se requerirá una prueba de mayor contundencia que la puramente preponderante; pero, a la vez, el riesgo de error al declarar no probada una proposición fáctica es más alto, pues aún si las pruebas disponible(s) corroboran esa proposición en mayor grado que a su negación (...), el estándar requiere que si no se satisface el umbral más alto que él fija, la proposición en cuestión se tenga por no probada<sup>54</sup>.

El establecimiento en Chile de un estándar tan exigente en el ámbito penal responde a una concepción moral que tiene una larga tradición en Occidente<sup>55</sup>, según la cual el error cometido en la valoración de la prueba que se expresa en la existencia de falsos positivos es más grave que el error cometido en relación con la existencia de falsos negativos, esto por los costos que conlleva declarar culpable a una persona que es inocente, los que se traducen fundamentalmente en afectar sus derechos fundamentales, especialmente su libertad y honra, aquello no solo se condice con la imposición de un estándar de valoración exigente, sino que también se expresa en la presunción de inocencia, presente en nuestro ordenamiento debido a que Chile ha suscrito tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>56</sup>, ambos, tratados que reconocen dicha presunción; además de consagrarse en el artículo 4 de nuestro Código Procesal Penal<sup>57</sup>, donde se señalan sus límites y alcances, de esta forma, en nuestro ordenamiento penal se tiene presente que “el costo de una condena errónea es

---

<sup>54</sup> Accatino, Daniela, (2011), p.487.

<sup>55</sup> *Ibíd.* 488.

<sup>56</sup> Reyes Molina, Sebastián (2012), “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, en *Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXX-Nº2*, p.230.

<sup>57</sup> “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”

considerado significativamente más grave que el de una absolución errónea y por esta razón se impondría un estándar de prueba particularmente exigente<sup>58</sup>.

### *1. Problemas en la explicación del estándar tanto en EE. UU. como en Chile*

Teniendo lo anterior claro, corresponde ahora analizar más a fondo este estándar aplicado en la legislación chilena. En primer lugar, resulta llamativo constatar que el estándar más allá de toda duda razonable, se pensó en el Common Law en consonancia con la existencia de los jurados legos, quienes como ya se ha expresado anteriormente no están obligados a fundamentar sus decisiones, no ocurre lo mismo en nuestra legislación, donde contamos con jueces profesionales quienes tienen la obligación de motivar sus veredictos judiciales, siguiendo lo expresado por el art 19 N°3 inciso quinto de la Constitución<sup>59</sup>, el que hace referencia al debido proceso; y en el artículo 342 letra c del CPP<sup>60</sup>. En el mismo sentido se ha expresado la Corte Suprema en referencia específicamente al sistema de libre valoración otorgado al proceso penal, manifestado en el artículo 297 del CPP, así señala que esta norma:

(...) exige que para hacer esa valoración el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba, único o plural, por los cuales se dieron por probados cada uno de los hechos y circunstancias atinentes a la litis...

De todo lo relacionado resulta claro que el nuevo proceso penal obliga a los jueces, en la sentencia definitiva que dicten, a indicar todos y cada uno de los medios probatorios atinentes a fijar los hechos y circunstancias propuestos por los intervinientes, expresar sus contenidos y en base a ellos razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir uno del otro o para darle preeminencia o si resultan coincidentes, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron

---

<sup>58</sup> Accatino, Daniela, (2011), p.500.

<sup>59</sup> Artículo 19 N°3 CPR: “La Constitución asegura a todas las personas:  
N° 3.- La igual protección de la Ley en el ejercicio de sus derechos. Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

uso de la libertad para apreciarla y llegaron a dar por acreditados los hechos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente.<sup>61</sup>

De esta forma el Tribunal debe realizar “análisis completo de la prueba rendida, que les permita desarrollar la valoración fundamentada de la misma, y que involucre, además, la descripción en la sentencia de todos y cada uno de los hechos que se dan por acreditados y los medios de prueba directos e indirectos con los que se dan por establecidos esos hechos”<sup>62</sup>

A pesar de que en su origen el estándar traducido en la frase convicción más allá de toda duda razonable nacido en el Common Law, fue pensado como frase orientadora fácil de entender y que en consecuencia no necesitaba de mayores explicaciones, ha sido en los propios Tribunales norteamericanos donde se ha discutido el verdadero alcance y significado que tiene esta frase, la discusión se ha centrado mayormente en las instrucciones que el “trial judge” debe dar a los jurados para que apliquen de forma correcta este estándar<sup>63</sup>.

Al respecto se han intentado dar diversas explicaciones, entre estas se encuentra la que lo asimila a la *certeza moral*, explicación que finalmente fue desechada por la Corte Suprema estadounidense, pues consideró que esta explicación podría llevar a que los jurados se basaran puramente en sus juicios morales-subjetivos sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

Luego se postuló equiparar “(...) la prueba más allá de toda duda razonable a aquella que resulte tan convincente como para que una persona no vacile en confiar en ella y actuar sobre esa base en los asuntos importantes de la propia vida (...)” o a caracterizar “(...) la duda razonable como aquella respecto de la cual pueden darse razones”<sup>64</sup>, ambas ideas han sido rechazadas, pues en la primera de ellas el grado de certeza que se

---

<sup>61</sup> Considerando tercero, sentencia en recurso de nulidad Excm. Corte Suprema de ingreso Rol N° 964 de 12 de mayo de 2003.

<sup>62</sup> Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchelle, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), “Guía para la Evaluación Pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales”, p.10. Disponible en: < <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/estudios.do> > [fecha de consulta: 23 de abril de 2020].

<sup>63</sup> Accatino, Daniela, (2011), p.500.

<sup>64</sup> *Ibíd.*491.

debe obtener de acuerdo al estándar más allá de toda duda razonable es asimilable al que se requiere para tomar decisiones en asuntos propios , siendo que en estos las personas pueden estar dispuestas a actuar en base a criterios insuficientes , asumiendo en todo caso el riesgo del error en su decisión , pero como es obvio no resulta racional aplicar ese mismo riesgo de error en al ámbito penal , donde errar puede tener costos tan graves como la injusta condena de un inocente.

Respecto de la segunda explicación propuesta, el motivo que se ha dado para rechazarla es principalmente que los jurados como ya hemos dicho en repetidas ocasiones no están sometidos a la exigencia de motivar sus decisiones y en ese sentido no cabe la posibilidad de que se tengan dudas que se puedan *razonar*.

Las álgidas discusiones sostenidas respecto del alcance de este estándar han llevado a que las cortes estatales norteamericanas sostengan que se debe dejar que este se explique por sí solo<sup>65</sup>, es decir , “no existe un concepto de duda razonable”<sup>66</sup>,entonces, lo único que se puede sacar en limpio, luego de estas latas disputas ,es que, el estándar reflejado en la frase convicción más allá de toda duda razonable es particularmente alto, lo que tiene su justificación en la garantía del acusado de no ser condenado siendo este inocente, pues de esto no se ha dudado en ninguna de las proposiciones que buscan aclarar el alcance de esta frase orientadora.

Respecto a lo que ha sucedido en Chile en relación con la imposición de este estándar de valoración al sistema penal ,en un primer momento el proyecto del CPP introdujo como estándar la frase “convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible” presente en al artículo 397, luego el Senado le añadió una modificación anteponiendo a la frase anteriormente citada la palabra “suficiente” es decir, el juez debía tener “*suficiente* convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible”, con esto se pretendió aclarar que la convicción que le correspondía tener el ente juzgador no debía ser total sino que se dejaba un margen para la duda , de esta forma no era necesario que

---

<sup>65</sup> A la misma conclusión han llegado los Tribunales del Reino Unido, donde tras las arduas discusiones sobre el verdadero alcance del estándar se ha impuesto entre las cortes de apelación la dirección de evitar cualquier definición de esta frase orientadora, sin perjuicio de que hoy en día el estándar más allá de toda duda razonable se ha sustituido por “estar seguros” de la culpabilidad del acusado.

<sup>66</sup> Reyes Molina (2012), p. 241.

el convencimiento del Tribunal fuera absoluto. Finalmente, la cámara de diputados con posterior aprobación de la comisión mixta propuso el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, que es el presente hasta nuestros días, a pesar de que esta última reconoció que este estándar no era originario del derecho occidental, sino que propio del anglosajón, postuló que: “es un concepto útil, toda vez que está *suficientemente decantado* y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere”<sup>67</sup>.

A pesar de lo señalado por la comisión mixta, las opiniones de los juristas son disidentes, al respecto han señalado que el estándar “adolece de una vaguedad extrema”<sup>68</sup> así como que esta frase “es completamente subjetiva y abierta a tantas interpretaciones como jueces existan”<sup>69</sup>, o que “las condiciones de suficiencia de la prueba que impondría el estándar más allá de toda duda razonable parecen lejos de estar suficientemente decantadas”<sup>70</sup>, aseveraciones que, como es evidente están en lo cierto, pues si este concepto no ha sido aclarado por sus impulsores iniciales, menos lo podría estar por aquellos que lo tomaron como modelo de forma posterior.

### *1.2 Interpretación subjetiva del estándar*

A pesar de lo señalado en el apartado anterior, el profesor Julián López ha elegido una interpretación de la frase orientadora señalando que sería la más óptima para aplicar a nuestro sistema, esta interpretación es la que considera al estándar como la *certeza moral*, el profesor señala que esta interpretación tiene la ventaja de reconducir a los jueces a parámetros a los que ya estaban habituados y en ese sentido se facilitarían su aplicación.<sup>71</sup> La concepción de certeza moral que se debe adoptar según López, es la recogida por el Código de Procedimiento Penal de 1906<sup>72</sup> y “era entendida, (...) como el convencimiento subjetivo del juzgador acerca de la verdad de los hechos imputados por la acusación”<sup>73</sup>, por lo tanto, como se ve, es una concepción estrictamente subjetiva, al igual que las explicaciones de los juristas estadounidenses señaladas anteriormente.

---

<sup>67</sup> “Informe de la Comisión Mixta”, en Historia de la Ley 19.696, p.2005.

<sup>68</sup> Reyes Molina (2012), p. 241.

<sup>69</sup> *Ibíd.*

<sup>70</sup> Accatino, Daniela, (2011), p.494.

<sup>71</sup> López citado por Accatino, Daniela, (2011), p.495.

<sup>72</sup> Accatino, Daniela, (2011), p.495.

<sup>73</sup> *Ibíd.*

Esta concepción subjetiva del estándar más allá de toda duda razonable es precisamente la que han adoptado nuestros tribunales, en los cuales “la aplicación del estándar se agota en la pura afirmación de la existencia de *convicción* del tribunal, sin que se aborde a través de una justificación reflexiva la cuestión de la suficiencia de las pruebas.”<sup>74</sup>, lo que se ve reforzado por la actitud que adoptan los tribunales cuando se han interpuesto recursos de nulidad relativos a la motivación de la sentencia en el ámbito penal, esto es, atendiendo a lo dicho por el artículo 374 letra e)<sup>75</sup>, en relación con los artículos 342 letra c y 297 del CPP, en ese sentido han señalado que la convicción del tribunal más allá de toda duda razonable :

(...) es un asunto radicado en el *fuero interno* de los dirimientes llamados a conocer de una determinada materia, sin que esta Corte tenga la facultad de anular por ese motivo, el juicio que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión emana del ámbito de su *propia conciencia*, previo un conocimiento exhaustivo y directo de los hechos.<sup>76</sup>

Esta interpretación subjetiva del estándar convicción más allá de toda duda razonable, que ha tenido tanto la doctrina como la jurisprudencia lleva aparejada dos problemas relevantes, el primero de ellos es que el estándar no funciona efectivamente como un estándar, pues la suficiencia estaría dada por lo que el tribunal considera que es suficiente, y en ese sentido no serviría como parámetro alguno. El segundo problema relevante dice relación con la motivación de la sentencia, pues si el estándar es puramente subjetivo, las razones de por qué se adopta una decisión también lo serán y en esa línea no habría base sobre la cual los tribunales superiores pudieran decidir si la decisión que han adoptado los inferiores es la correcta, es decir no habría control de arbitrariedad alguno en relación con la valoración de la prueba.

---

<sup>74</sup> *Ibíd.* 496.

<sup>76</sup> Sentencia de la corte suprema 13 de enero de 2005 en Accatino, Daniela, (2011), p.497.



#### IV. LOS DELITOS SEXUALES REGULACIÓN Y CONTEXTO

Una vez aclarada la situación de la prueba en el ámbito jurídico y caracterizado el sistema de valoración aplicado en la esfera penal en nuestro país, se hace necesario para los fines de este trabajo, caracterizar a los delitos sexuales, tanto en sentido general como con relación a su reglamentación existente en nuestro ordenamiento, para posteriormente analizar de forma pormenorizada, los medios de prueba más relevantes aplicables a los delitos sexuales y en relación con aquello detectar los problemas que presenta la aplicación del estándar “más allá de toda duda razonable” en relación con el juzgamiento de estos delitos.

##### *1. Regulación de los delitos sexuales*

Como punto de partida cabe dar una definición de delitos sexuales, que dice relación fundamentalmente con los bienes jurídicos protegidos que ha contemplado el legislador al tipificar este tipo de delitos, así la Fiscalía de nuestro país los define como “todos aquellos actos que atentan contra la libertad sexual y la indemnidad sexual de las personas”<sup>77</sup>, por libertad sexual se debe entender la facultad de autodeterminación en materia sexual<sup>78</sup> y en ese sentido son los mayores de edad quienes poseen dicha facultad, sin perjuicio de que es problemático hacer esta afirmación, pues queda la duda de qué sucede con los púberes sobre todo considerando la aseveración que hace la Unicef respecto de la materia, quien señala que: “La edad mínima de consentimiento sexual es la edad en que uno se considera capaz de consentir la actividad sexual”<sup>79</sup>. En Chile se ha considerado como edad mínima de consentimiento sexual los catorce años<sup>80</sup>, de esta forma Mañalich señala que, en el derecho chileno, “(...) una persona

---

<sup>77</sup>Fiscalía de Chile “Delitos Sexuales”. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/sexuales.jsp>> [fecha de consulta: 23 de abril de 2020].

<sup>78</sup> Politoff, Matus y Ramírez citados por Bustos Díaz, Marianella (2015), LA EVALUACION PSICOLOGICA EN EL AMBITO PENAL: Estudio exploratorio descriptivo sobre la solicitud de pericia que realiza el ministerio público en la investigación de delitos sexuales, Santiago de Chile, p.9.

<sup>79</sup> Unicef “Edad Mínima para el consentimiento sexual”. Disponible en: <<https://www.unicef.org/lac/media/2646/file/PDF%20Edad%20m%C3%ADnima%20para%20el%20consentimiento%20sexual.pdf>> [fecha de consulta: 23 de abril de 2020].

<sup>80</sup>Ibíd.

menor de 14 años siempre sería -por su sola condición de tal- *incapaz* de un ejercicio autónomo de su sexualidad”<sup>81</sup>, sin perjuicio de que en opinión de la Unicef hay que estarse a otras circunstancias del contexto para apreciar dicho consentimiento, como la diferencia de edad entre las parejas involucradas. Volviendo al bien jurídico protegido -libertad sexual-, podemos reconocer claramente como se trasgrede aquel en la violación, ya que como es sabido para llevarla a cabo intermedia la utilización de la fuerza, mediante la cual se anula la voluntad de la víctima.

Respecto de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, debido a que en ellos no se presenta el desarrollo psicosexual suficiente para consentir una relación sexual<sup>82</sup>. Esta distinción entre libertad sexual e indemnidad sexual se puede apreciar claramente en la regulación de la violación, pues se regula en normas diferentes la que se ha cometido a mayores de catorce años y la que se ha cometido a menores de dicha edad.

Los delitos sexuales se ubican en nuestro ordenamiento en el título VII del libro II del Código Penal, que se denomina “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. De esta forma dentro de los delitos sexuales, se contemplan la violación-art 361 y 362-, estupro -art 363-, corrupción de menores -art 365-, abuso sexual-artículos 365 bis,366 , 366 bis y 366 ter-, abuso sexual infantil impropio-art 366 quáter-, explotación sexual comercial -art. 367 ter-, producción, comercialización, y almacenamiento de material pornográfico – art 366 quinquies, 374 bis y 374 ter-,violación con homicidio -art. 372 bis- y por ultimo incesto-art.375, los más relevantes y que analizaremos en este trabajo son la violación y el abuso sexual, tanto por las dificultades probatorias que entran como porque son los delitos sexuales de mayor ocurrencia en nuestro país según lo señalado por fiscalía<sup>83</sup>, lo que se ve reflejado en que “Del total de denuncias por agresiones sexuales,

---

<sup>81</sup> Mañalich R, Juan Pablo (2014), “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en Revista *Ius et Praxis* vol.20 no.2

<sup>82</sup> Maffioletti y Huerta citados por Bustos Díaz, Marianella (2015), LA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA EN EL AMBITO PENAL: Estudio exploratorio descriptivo sobre la solicitud de pericia que realiza el ministerio público en la investigación de delitos sexuales, Santiago de Chile, p.9.

<sup>83</sup> Fiscalía de Chile “Delitos Sexuales”. Disponible en:<<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/sexuales.jsp>> [fecha de consulta: 23 de abril de 2020].

los tipos penales de abuso sexual y violación corresponden al 97% de las causas en los últimos cuatro años, correspondiéndole al *abuso sexual* el 69% de las denuncias y, a la *violación*, el 28%.”<sup>84</sup>

1.La violación: El artículo 361 de nuestro Código Penal regula este delito y señala que “Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal a una persona mayor de 14 años, en alguno de los casos siguientes:

1° Cuando se usa de fuerza o intimidación;

2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse;

3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima”.

Por otra parte, el artículo 362 del Código penal se refiere a la violación cometida a víctimas menores de 14 años y la define señalando que comete violación “El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.

Como se puede desprender de los artículos anteriormente transcritos “El delito de violación reconoce diversas modalidades de ejecución, todas ellas se caracterizan por la ausencia de voluntad-libre y legítima- de la víctima en la realización del coito o cópula carnal, lo que sucede cuando se ha actuado con la negativa manifestada de la víctima, o no encontrándose ésta en condiciones de ejercer su libertad sexual.”<sup>85</sup>

Respecto al iter criminis es posible que quede la duda acerca de qué significa “acceder” y en ese sentido cuándo se entiende consumado el delito, al respecto el Profesor Garrido señala que “La referencia al acceso debe implicar algo más que el simple contacto o

---

<sup>84</sup> Huerta; Duque; Blanco;Romo; Fuenzalida; Leiva; Camplá; Pereira y Muñoz (2019), p.21.“En estas cifras se han considerado como delitos de Abuso Sexual los tipos penales contemplados en los artículos 365 bis, 366, 366 bis y 366 quater del Código Penal. Asimismo, para los delitos de Violación se han considerado los tipos penales contemplados en los artículos 361, 362 y 363 del Código Penal”

<sup>85</sup> Garrido Montt, Mario (2010), Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, p. 270.

frotación vaginal, anal o bucal y, al mismo tiempo, algo menos que la penetración...(...).Basta la existencia de una invasión de las cavidades mencionadas para que constituya algo más que un simple contacto, sin llegar a la exigencia de una penetración total (*inmissio penis*).”<sup>86</sup>

Debido al contexto que rodea a este ilícito, me parece importante hacer una aclaración respecto a la violación impropia-casos en que la víctima no puede manifestar su voluntad de consentir o rechazar el acto sexual, numerales 2 y 3 del artículo 361 y artículo 362-, en estos, se requiere que el victimario se aproveche o abuse de la situación de incapacidad de la víctima, para ello el agresor debe conocer la situación de aquella, al respecto el Profesor Garrido es claro al señalar qué sucede en los casos en que la víctima está privada de sentido, de esta forma expresa que: “no puede pensarse que quien ha tenido un acceso carnal con una persona privada de sentido ignoraba que no contaba con su consentimiento”<sup>87</sup>,es importante aclarar esto, pues son numerosos los casos en que las víctimas se encuentran bajo los efectos de las drogas tal como se señalará más adelante en este trabajo.

Por último, respecto a las penas del delito de violación, en el caso de la cometida a mayores de catorce años -art 361- la pena asignada es presidio mayor en su grado mínimo a medio, en cuanto a la cometida en menores de catorce años-art 362-, la pena es de presidio mayor en cualquiera de sus grados, finalmente respeto a la violación con homicidio- art 372 bis-la pena es de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado. Como es posible vislumbrar, las penas aplicables a estos delitos son graves, de esta forma en el caso del artículo 361 la pena es asimilable a la del homicidio simple y se intensifica aún más en el caso del art 362, así “La rigurosidad de estas sanciones es desproporcionada en relación a otras figuras(...)De esta forma, si se mata a una menor de 14 años de edad, se podría recibir un castigo inferior a aquel que correspondería si se tiene una relación sexual con esa menor”<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> *Ibíd.* 277.

<sup>87</sup> *Ibíd.*300.

<sup>88</sup> *Ibíd.* 301.

2. Abuso sexual: Este delito se encuentra regulado en los arts. 365 bis, 366, 366 bis y 366 ter del código penal y hace referencia a las acciones sexuales abusivas distintas del acceso carnal, por acciones sexuales se debe entender- según el art. 366 ter- “cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”. Al igual que lo que sucede con la violación en este delito las acciones sexuales deben ser cometidas sin mediar voluntad de la víctima, respecto de los menores de catorce años la voluntad pierde relevancia debido a las consideraciones que hice al inicio de este capítulo.

En relación a qué se debe entender por acto de significación sexual Garrido señala que son “aquellos que resultan objetivamente adecuados –dentro del medio social en que se desarrollan– para excitar el instinto sexual de una persona.”<sup>89</sup>

Existen tres hipótesis de comisión de este delito, para cada una de ellas existen penas diferenciadas:

a) *Casos en que la víctima es menor de catorce años-art 365 bis N° 2 y 366 bis-*: el primer caso consiste en la introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal, la pena aplicable es presidio mayor en cualquiera de sus grados; el segundo caso hace referencia a acciones sexuales distintas del acceso carnal y la pena asignada es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, así la pena en este caso es de menor gravedad que en el primero.

b) *Casos en que la víctima es mayor de catorce años-arts. 365 bis N°1 y 366-*: el primer caso hace alusión a la introducción de objetos o animales por vía vaginal, anal o bucal , la pena aplicable es presidio mayor en su grado mínimo a medio y el segundo caso hace referencia a la realización de una acción sexual abusiva distinta del acceso carnal , la pena asignada es de presidio menor en su grado máximo siendo esta última de menor gravedad que la primera, en este caso el abuso se debe cometer concurriendo las circunstancias enumeradas en el art 361 referente a la violación ,debido a que en esta

---

<sup>89</sup> *Ibíd.* 315.

hipótesis a diferencia de la primera, es relevante la falta de voluntad de la víctima para la realización del acto sexual.

c) *Casos en que la víctima es mayor de catorce años, pero menor de dieciocho-art 365 bis N°3 Y párrafo final art 366-*: En este caso el abuso sexual debe ser cometido mediando alguna de las circunstancias descritas en el art 363 del Código penal, estas son: 1° Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental ; 2° cuando se abusa de una situación de dependencia de la víctima; 3° cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima y 4° cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual. En este caso también se debe hacer la distinción referente a si en el abuso intermedió la introducción de objetos o animales, siendo así, la pena aplicable será presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, por otra parte, cuando se ha cometido el abuso sin introducción de objetos, la pena es de presidio menor en su grado máximo, siendo así menores las penas aplicadas a esta circunstancia.

En síntesis, las penas aplicables se distinguen en razón de la edad de la víctima y a la circunstancia de si en el abuso ha intermediado la introducción de objetos o animales, siendo así mayores las penas, si es que la víctima es menor y si es que el delito se ha cometido mediando la utilización de objetos o animales, por otro lado, al igual que en la violación, este delito posee una alta penalidad.

## *2. Contexto de los delitos sexuales*

Los ilícitos de carácter sexual son delitos de acción penal pública cuando se ven involucrados en ellos menores de edad , tal como señala el art.53 de nuestro código procesal penal, esto quiere decir que el Ministerio Público se encuentra obligado a perseguir estos delitos, ejerciendo aquella acción de oficio, lo anterior resulta muy relevante al considerar que dentro de los más afectados por este tipo de delitos se encuentran los menores de edad , al respecto el Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital Clínico J.J Aguirre y el Servicio Médico Legal señalan que “No podemos quedar indiferentes al conocer que el 70% de los delitos cometidos contra

niños fueron delitos sexuales”<sup>90</sup>. Al respecto “el abusador de menores pequeños: Es habitualmente un varón, es alguien allegado a la familia o familiar: en las niñas predomina el padrastro, y sigue padre, abuelos y hermanos”.<sup>91</sup>

Los grupos más afectados por este tipo de delitos como ya se ha dicho son los menores de edad y además las mujeres, así queda demostrado por el mismo documento citado anteriormente, donde se expresa que: “De las denuncias 10.346(79,7 %) corresponde a víctimas de sexo femenino (...). En víctimas de sexo masculino, el 61,9% de los delitos de violación ocurre en menores de 15 años y el 89% de los abusos sexuales (...)”<sup>92</sup>.

Por su parte, el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales corresponde a un 77% del total de casos del último cuatrienio.<sup>93</sup> Específicamente en las víctimas que son niñas, niños o adolescentes, las cifras a nivel nacional demuestran que la mayoría “corresponde a mujeres con un 82% como promedio en los cuatro años en estudio. En cuanto a las víctimas adultas el porcentaje de víctimas mujeres aumenta, alcanzando un 90% en relación a los hombres”<sup>94</sup>. En el mismo sentido se ha expresado Mackinnon, quien señala que, en los EE. UU., el 92% de las mujeres han sido sexualmente atacadas de alguna forma o acosadas sexualmente, y el 44% de las mujeres han sido víctimas de violación o tentativa de violación<sup>95</sup>.

No podemos dejar pasar la importancia social que tiene la preponderancia de este tipo de delitos en contra de las mujeres, pues las consecuencias de aquello no solo se vislumbran en aquellas que han sido víctimas, sino que afectan a la sociedad toda y particularmente al grupo social que se identifica con el género femenino, así tal como señala Bovino: “La situación de vulnerabilidad que genera el elevado índice de

---

<sup>90</sup> Montoya S, David; Díaz S, Ricardo; Reyes O, Fernando; Abusleme A, Carlos; Garrido C, Jaime (2004), “PERITAJE MÉDICO LEGAL EN DELITOS SEXUALES: UNA PAUTA PRÁCTICA PARA SU CORRECTA REALIZACIÓN”, en *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* 69(1), p. 55.

<sup>91</sup> Castello; Francés y Verdú (2009), “Investigación médico forense de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en *Revista Cuadro Médico Forense*, 15(55).

<sup>92</sup> Montoya s, David; Díaz S, Ricardo; Reyes O, Fernando; Abusleme A, Carlos; Garrido C, Jaime (2004). p.55-56.

<sup>93</sup> Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchelle, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), p.79.

<sup>94</sup> *Ibíd.* 27.

<sup>95</sup> Mackinnon citada por Bovino, Alberto (1995), “Delitos sexuales y feminismo legal: [Algunas] mujeres al borde del ataque de nervios”, en revista *Jurídica de la Universidad de Palermo*, p. 135.

agresiones sexuales contra las mujeres condiciona profundamente sus vidas cotidianas(...)influye en su manera de vestirse, de caminar, de sentarse(...),es la consecuencia necesaria del miedo a ser violada.”<sup>96</sup> En la misma dirección se expresa West, quien señala que “Todas las mujeres, incluso aquellas que nunca experimentaron una agresión sexual, han experimentado el miedo a la violación...”<sup>97</sup>. Así mismo, se hace necesario recalcar que la violencia sexual es una de las formas más extremas de violencia de género y se produce a través de mecanismos que se basan en “la asimetría de poder y la cosificación del cuerpo femenino, ambos aspectos que presentan una importante raíz sociocultural”<sup>98</sup>.

Otro aspecto característico de los delitos sexuales que ya se ha mencionado anteriormente de forma sucinta es que, 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, así, el mismo documento antes referido, expresa respecto a los delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad que “(...)73% fueron cometidos por familiares o conocidos”<sup>99</sup>, de esta forma, estos delitos se encuadran dentro de los de desarrollo prolongado donde “(...) lo característico es la existencia de una relación prolongada en el tiempo entre la víctima y el agresor, aprovechándose e induciendo una vulnerabilidad en ésta.”<sup>100</sup>, según cifras internacionales, el agresor corresponde a un conocido de la víctima o a alguien perteneciente a su grupo familiar en aproximadamente entre un 80 y un 85 % de los casos-15 a 20%correspondientes a conocidos del entorno social inmediato; 65%intrafamiliar-.<sup>101</sup>

Lo anterior trae como consecuencia una alta cifra negra, pues la relación existente entre víctima y victimario dificulta que la primera revele la situación abusiva de la que está

---

<sup>96</sup> Bovino, Alberto (1995), “Delitos sexuales y feminismo legal: [Algunas] mujeres al borde del ataque de nervios”, en revista Jurídica de la Universidad de Palermo, p. 135.

<sup>97</sup> *Ibíd.*

<sup>98</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p. 37.

<sup>99</sup> Montoya s, David; Díaz S, Ricardo; Reyes O, Fernando; Abusleme A, Carlos; Garrido C, Jaime (2004), “PERITAJE MÉDICO LEGAL EN DELITOS SEXUALES: UNA PAUTA PRÁCTICA PARA SU CORRECTA REALIZACIÓN”, en *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* 69(1), p. 56.

<sup>100</sup> Maffioletti Celedón, Francisco; Huerta Castro, Sofía (2009), “La evaluación pericial psicológica de daño en víctimas de delitos sexuales” en *Revista Jurídica del Ministerio Público* N°40, p.155.

<sup>101</sup> *Ibíd.*



siendo parte, de esta forma el agresor se aprovecha de su posición para utilizar métodos coercitivos como el cariño, la persuasión, la mentira, o la presión psicológica y amenazas, con el fin de mantener el delito en secreto, además respecto de los y las menores “Estos delitos, en un gran número de casos , se llevan a cabo en la intimidad, sin testigos, no deja huellas físicas y en ocasiones, cuando se produce en el contexto intrafamiliar, es ocultado por el entorno adulto del menor”<sup>102</sup> . Al respecto, Ernst manifiesta que “el espacio de mayor inseguridad para las víctimas es su propio hogar y su entorno social inmediato, pues son los familiares los principales agresores”<sup>103</sup>. Respecto a los delitos de violencia ejercidos sobre la mujer – en específico los de relevancia para este trabajo que son violación y abuso sexual-, existe dificultad en su perseguibilidad efectiva, pues cuentan con dificultades probatorias, debido a que los hechos sometidos a conocimiento del Tribunal se enmarcan habitualmente en el ámbito de la privacidad familiar o de convivencia afectiva.

También influye en la alta cifra negra que “la develación y divulgación de la situación abusiva genera una desestabilización y crisis del sistema familiar y social que rodea a la víctima, con lo que se produce una reacción adaptativa en la que se tiende a descalificar su discurso, culpabilizarla, negar o minimizar el acto abusivo, neutralizando los efectos de la divulgación con el fin de mantener la homeostasis del sistema familiar”<sup>104</sup>, de esta forma estas presiones muchas veces causan que la víctima no revele la situación de la que está siendo parte y que se retracten posteriormente de los hechos develados.

Otros factores que influyen en la alta cifra negra son los cuestionamientos y perjuicios por parte de los intervinientes en los procesos investigativos, los que atribuyen responsabilidad y/o participación en la agresión y/o minimizan el impacto de la

---

<sup>102</sup> Scott, María Teresa; Manzanero, Antonio; Muñoz José; Köhnken , Günter(2014), “ Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil” en Revista Anuario de Psicología Jurídica 24,p.58.

<sup>103</sup> Ernest citado por Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchelle, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), p. 81.

<sup>104</sup> Barudy citado por Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchelle, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), p.82.

experiencia, lo que tiene como consecuencia que se cuestione la credibilidad de la víctima como testigo.<sup>105</sup> En relación con aquello, las víctimas no ven en el sistema penal y judicial un referente válido en la resolución del conflicto que les ha afectado.<sup>106</sup>

Respecto a los hombres adultos -población escasamente estudiada-, las bajas tasas de denuncia no necesariamente indican que existe una escasa victimización, sino que pueden deberse a los patrones culturales y de género que les dificultarían la develación y validación social de las agresiones sexuales, lo que también influiría en la alta cifra negra presente en este tipo de delitos.<sup>107</sup>

Es importante señalar que entender la estructura sociocultural patriarcal es importante a la hora de comprender el fenómeno de las agresiones sexuales, esta estructura sociocultural se caracteriza por ser “un sistema de creencias y valores que potencia las diferencias de poder asociadas a lo masculino y femenino, la legitimización institucionalizada de la violencia como un espacio simbólico válido de aprendizaje y aceptación de comportamientos entre las personas”.<sup>108</sup>

Por último, los casos en que las víctimas son sometidas al efecto de las drogas con el fin de facilitar la comisión del delito por parte del agresor o en que el mismo perpetra el delito aprovechándose de una situación de intoxicación de la víctima no son menores, así, se dice que los delitos en contra de la libertad sexual “producidos bajo los efectos - o mediando el uso-de diferentes drogas es un fenómeno que sigue un crecimiento alarmante”.<sup>109</sup> Lo anterior afecta la calidad de los relatos proporcionados por las víctimas, ya que la exactitud del recuerdo puede verse interferida, por tanto no sería posible obtener en estos casos, un testimonio rico o exacto en sus elementos periféricos<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchelle, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), p.84.

<sup>106</sup> *Ibíd.* 87.

<sup>107</sup> *Ibíd.*85.

<sup>108</sup> *Ibíd.*82.

<sup>109</sup> Castello; Francés y Verdú (2009), p. 29.

<sup>110</sup> Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchelle, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), p.166.

Al tener en cuenta el contexto general de los delitos sexuales, es posible comprender la existencia de fenómenos característicos de estos, como “los cambios de versión, el desplazamiento de la figura del agresor y la retractación, entre otros”<sup>111</sup>, por tanto, es necesario que estos fenómenos sean analizados por especialistas, lo que dese ser tenido en cuenta por los intervinientes en el proceso penal.

## V. LA PRUEBA DE LOS DELITOS SEXUALES

Para los objetivos de este trabajo se hace necesario situar a la prueba dentro del proceso penal chileno, es por ello que caracterizaré de forma sucinta las etapas que forman parte del Procedimiento Ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública que es el procedimiento general y supletorio, este procedimiento se encuentra regulado en el libro II del Código Procesal Penal -CPP- y consta de:

1.Etapa de Investigación o Instrucción -Título I del libro II-: Esta etapa “consiste, como su nombre lo indica, en la indagación preliminar, por parte del ministerio público y la policía, de los hechos denunciados que revistan caracteres de delito. Su función principal es la *recolección de antecedentes probatorios que permitan fundamentar la formulación de una acusación en contra de una persona por un delito determinado.*”<sup>112</sup>

2.Preparación del juicio Oral -Título II del libro II-: Esta etapa “presupone la formulación de la acusación en contra del imputado. Función principal de esta etapa es el control, por parte del juez de garantía, de la corrección formal de la acusación o acusaciones y de la *validez y pertinencia de las pruebas ofrecidas por las partes.*”<sup>113</sup>

3.Juicio Oral- Título III del libro II-: “Constituye la etapa central del nuevo procedimiento”<sup>114</sup> y consiste fundamentalmente en ser el momento en que “los intervinientes expondrán, a grandes rasgos, sus pretensiones ante los jueces, comenzando con los alegatos de apertura, para que luego se *presenten aquellas pruebas*

---

<sup>111</sup> Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchelle, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), p.87.

<sup>112</sup> Horvitz, L. M. y Lopéz, M. J. (2010). “Derecho Procesal Penal chileno”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, p. 443-444. Énfasis agregado.

<sup>113</sup> Idíd. 444. Énfasis agregado.

<sup>114</sup> Ibíd.

*fijadas en el auto de apertura del juicio oral y finalizando posteriormente, con los respectivos alegatos de clausura*<sup>115</sup>, esta etapa concluye con la decisión del Tribunal- formado por al menos tres jueces letrados- sobre “la acusación formulada *en base a las pruebas rendidas durante el juicio* y a las alegaciones de las partes, debiendo emitir su decisión de absolución o condena al término de la audiencia y fundamentar razonadamente su sentencia con arreglo a las reglas de la sana crítica.”<sup>116</sup>

### *1. Medios de prueba relevantes en los delitos sexuales*

Para comenzar este apartado se debe recordar lo señalado al inicio de este trabajo, en referencia a los medios de prueba, los que inmiscuimos dentro de los sentidos en que se habla de la palabra prueba en el ámbito jurídico y caracterizamos como “aquellos instrumentos o causas procesales de los que sirven las partes para introducir los hechos de la realidad en el proceso y trasladarlos a presencia judicial”<sup>117</sup>

Dentro de los medios de prueba presentes tanto en los actos de investigación como en los actos de prueba propiamente tal, cobran preponderante importancia tanto la prueba de carácter pericial como la de carácter declarativa, de forma que inicialmente procederemos a caracterizar la prueba pericial y luego la declarativa, aplicada específicamente a los delitos sexuales. Al respecto es dable señalar que, debido a las dificultades probatorias que enfrentan este tipo de delitos – dado que en la mayoría de los casos se perpetran en el ámbito de privacidad familiar o de convivencia afectiva-: “no suelen concurrir como elementos de prueba personal y directa más que las declaraciones del propio imputado -normalmente emitidas en sentido exculpatario – y las manifestaciones exclusivas de la víctima -de contenido incriminatorio- (...)”<sup>118</sup>, de ahí la importancia del testimonio de la víctima en el ámbito de los delitos sexuales. La

---

<sup>115</sup> Riveros Vergara, Claudia (2017), “Criterios para la valoración judicial de la credibilidad de la declaración de la víctima en delitos de índole sexual”, Santiago de Chile, Memoria para optar al Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, p.21. Énfasis agregado.

<sup>116</sup> Horvitz, L. M. y Lopéz, M. J. (2010), p.444.

<sup>117</sup> Sandoval Delgado (2011), p.10.

<sup>118</sup> Fernández-Figares Morales, María José (2012), “La fuerza probatoria del testimonio de la víctima en la condena por delitos de violencia contra la mujer”, en Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 28, p.26.

escases probatoria en este tipo de delitos hacen particularmente vulnerables a la víctimas “aumentando las posibilidades de impunidad de tales hechos”<sup>119</sup>

### *1.2 Prueba pericial*

Respecto a la prueba pericial Duce y Riego definen al perito señalando que es quien, acudiendo al foro, aporta conocimiento experto al encargado de juzgar primando, la inclusión por conocimiento y opiniones ajenas al sentido común y que, en consecuencia, un testigo no podría proporcionar<sup>120</sup>, en ese sentido, en el caso de los delitos sexuales cabe distinguir entre peritaje médico, peritaje biológico-químico y; peritaje psicológico y psíquico, además debemos añadir que el peritaje psicológico atañe entre otras cosas a la credibilidad del testimonio de la víctima y testigos, así, en este punto estos medios de prueba-declarativo y pericial- se complementan.

La prueba pericial está regulada en nuestro Código Procesal Penal en el artículo 314, el que habla sobre la procedencia del informe de peritos, de esta forma señala que “El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar en la audiencia de preparación del juicio oral que éstos fueren citados a declarar a dicho juicio, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito.”

Por su parte, el informe pericial debe cumplir con los requisitos del artículo 315 del CPP, es decir, debe contener la descripción de la persona que está siendo objeto de la pericia, la relación circunstanciada de las operaciones practicadas por el perito y de su resultado y finalmente las conclusiones que formulen con relación a los principios de su ciencia<sup>121</sup>. La función del perito por tanto es “brindar aquellos conocimientos científicamente afianzados para la decisión de un caso, mediante la respuesta a una

---

<sup>119</sup> Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchole, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), p.9.

<sup>120</sup> Riveros Vergara, Claudia (2017), p.14.

<sup>121</sup> Fernández-Figares Morales, María José (2012), “La fuerza probatoria del testimonio de la víctima en la condena por delitos de violencia contra la mujer”, en Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 28, p.26.

<sup>122</sup> Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchole, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), p. 12.

solicitud concreta, objetivos de trabajo, metodología y conclusiones”<sup>122</sup>, además “En el caso que la causa llegue a etapa de juicio oral el perito deberá, además, responder las interrogantes formuladas por los intervinientes, según lo establece el artículo 318 del mismo Código”<sup>123</sup>.

En cuanto a la idoneidad del perito- y por ende su calidad-, es evaluada en dos momentos centrales del proceso penal , primero en la etapa de preparación del juicio oral donde se determinará si su participación resulta admisible dentro de la audiencia del juicio oral y luego en la audiencia misma del juicio, donde las partes y el Tribunal tienen la posibilidad de realizarle preguntas con el fin de establecer si, su intervención cumple con los requisitos de rigor técnico, objetividad e imparcialidad.<sup>124</sup>

Un punto importante en relación con los peritajes científicos es que, el conocimiento que se extraiga a partir de aquellos debe ser consecuencia de la aplicación del método científico, de lo contrario las conclusiones a las que se pudiera llegar carecerían del valor de ciencia. En consonancia con lo anterior nuestro ordenamiento debe contar con un filtro técnico respecto a la admisibilidad de la prueba pericial científica, y así mismo con criterios técnico-científicos para que los jueces valoren este tipo de pruebas una vez que ya han pasado el filtro de admisibilidad.

### *1.2.1 Peritaje médico en los delitos sexuales.*

El peritaje médico es una fuente de prueba que se materializará como medio probatorio cuando el perito produzca un informe que sea susceptible de ser presentado en las instancias judiciales o él mismo acuda a ellas a declarar. La práctica de este peritaje se puede dar en el contexto de denuncias a la policía, donde se remite a las víctimas a un centro de salud para que se les realice valoración médica, o incluso de manera directa en los servicios de salud<sup>125</sup>, en nuestro país solo es posible realizar el peritaje médico legal si la víctima ha denunciado la agresión sexual en alguno de estos organismos: Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones(PDI), directamente en el Tribunal

---

<sup>122</sup> *Ibíd.*

<sup>123</sup> *Ibíd.*

<sup>124</sup> *Ibíd.* 13.

<sup>125</sup> Arroyo Sánchez, Gloriana (2016), “Valoración Médico legal de la víctima del delito sexual” en *Revista Medicina Legal de Costa Rica Vol.33(1)*, p.1.

competente o en dependencias del Ministerio Público, si es que no se cuenta con la minuta de la denuncia solo es posible realizar un examen médico que tenga como finalidad dar un diagnóstico y tratamiento, situación que a nuestro juicio es cuestionable, pues como se señalará en los párrafos siguientes es de vital importancia que el peritaje médico se haga lo más pronto posible, pues las evidencias se degradan en muy poco tiempo, en este mismo sentido han ido las declaraciones del Servicio Médico Legal quien señala que : “Es importante que el examen médico se realice dentro de las primeras 48 horas desde ocurrida la agresión, para que las lesiones no desaparezcan”<sup>126</sup>.

Por otro lado, el personal médico de los centros de salud debe estar lo suficientemente preparado para atender estos casos, pues se convierten en verdaderos examinadores forenses, así el examen forense de las victimas incluye la toma de historia medica del paciente, así como de la agresión, un examen físico completo y exhaustivo, la recolección de material biológico y evidencia , la documentación de posibles lesiones y obtención de cadena de custodia.<sup>127</sup> Por lo anterior el examen médico forense es de gran importancia tanto para la obtención de evidencia médico legal como para la presentación de hallazgos y conclusiones que deben exponerse en las instancias judiciales. De esta forma, la información derivada del examen médico forense proporciona evidencia que contribuye a facilitar la identificación, enjuiciamiento, condena y castigo de los agresores.

Lo ideal es que quien de atención medica inicial debe ser quien ofrezca de forma paralela los servicios forenses, esto en atención a la recomendación de la OMS que señala que se debe procurar que se minimice el número de exámenes físicos y entrevistas del paciente, pues es imperante evitar la victimización secundaria tanto del recuerdo del delito como del proceso judicial en que se ve involucrada la víctima.

Por otro lado, se debe procurar realizar la valoración médica lo antes posible, pues se dice que el valor de las evidencias obtenidas disminuye luego de las 72 horas siguientes

---

<sup>126</sup> SERVICIO MÉDICO LEGAL, “Agresiones sexuales”. Disponible en: <<http://www.sml.cl/sexologia.html>> [ fecha de consulta: 25 julio 2017].

<sup>127</sup> *Ibíd.* 2.

a la agresión, de forma específica se establece que posterior a una penetración vaginal digital se *podría* encontrar evidencia hasta 12 horas después de la agresión, en el caso de la penetración oral por un pene un rango de 2 días, en penetración anal por un pene 3 días, en penetración vaginal 7 días. Respecto de los fluidos seminales, tierras o fibras se *podrían* encontrar en la piel de la víctima hasta 2 días después del delito e incluso hasta 7 días si no se lava. En el caso de los delitos sexuales en los que han intermediado drogas para facilitar su comisión, se puede encontrar alcohol en la sangre u orina hasta 3 días después del incidente, y en el caso de otras drogas diferentes de alcohol, se podrían encontrar en sangre hasta 3 días después, y en orina un máximo de 14 días después del cometido el ilícito.<sup>128</sup>

Corresponde también señalar que lo primero que se debe hacer es determinar si existen lesiones que necesiten de tratamiento médico y/o quirúrgico agudo, en estos casos donde la atención médica es prioritaria para que la salud del paciente no se degenere, debe prevalecer aquella y luego se debe proceder a la realización del examen forense, en ese sentido se expresan Castello, Francés y Verdú quienes señalan que en estas situaciones “(...)la atención estrictamente médica de la víctima es lógicamente prioritaria y la obtención de pruebas puede verse comprometida.”<sup>129</sup>, de lo contrario el personal médico incurriría en negligencia. Otro punto importante es que ninguna persona debe ser presionada a ser examinada en contra de su voluntad.

Respecto del examen de lesiones genitales y anales es de importancia señalar que “la ausencia de lesiones no implica que los hechos no hayan ocurrido, de igual forma que su presencia no indica que si han acontecido”<sup>130</sup>ejemplificador resulta que “En las relaciones consentidas, hay lesiones entre el 10 y el 30 %”<sup>131</sup>, según diferentes estudios.

En cuanto a las lesiones no himeneales e himeneales:

Un trabajo publicado en 2007 resalta las dificultades que existen para hacer correcta interpretación de los signos, puesto que las lesiones no himeneales en

---

<sup>128</sup> *Ibíd.* 4.

<sup>129</sup>Castello; Francés y Verdú (2009), p.26.

<sup>130</sup> *Ibíd.* 23.

<sup>131</sup> *Ibíd.* 24.



victimas prepuberales y púberes son muy variadas y tienen periodos de curación sensiblemente diferentes.

Los mismos autores hacen similares consideraciones cuando se trata de estudiar las lesiones del himen, en los casos en los que se detectan. Concluyen que, salvo en aquellos desgarros más profundos, las lesiones curan completamente y no dejan evidencia del traumatismo sufrido.<sup>132</sup>

Respecto de las lesiones himeneales se ha realizado un trabajo en EE. UU. mediante el cual se evidenció que los jefes de residentes de pediatría tuvieron dificultades al catalogar esta estructura anatómica correctamente, de modo que al mostrarles una primera fotografía solo un 64% catalogó correctamente el himen; y en una segunda fotografía el acierto alcanzó un 71%. Lo anterior demuestra que todavía queda mucho por hacer en cuanto a la práctica de un correcto examen médico forense, lo que según la ONU<sup>133</sup> es un auténtico problema global de salud.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de que el himen se regenere, ejemplificador resulta un caso ocurrido el año 2002 donde una mujer de 32 años embarazada por segunda vez no podía expulsar los loquios tras una cesárea. Lo que tenía por causa que su himen estaba imperforado debido a que, a partir del segundo mes de embarazo, no tuvo ningún tipo de relación sexual y aquello favoreció la reformación de la estructura.

Existe también respecto al himen un estudio de Kellog, Menard y Santos, donde se “examinó a 36 adolescentes con antecedente de violación y resultado de embarazo, encontrando que solo 2 tenían hallazgos físicos de penetración”<sup>134</sup>. Por tanto, no ser habitual contar con estos medios de prueba y que cuando existe la posibilidad de obtenerla, se debe tener presente que la ausencia de lesiones en el himen no descarta que haya existido penetración.

Por otro lado, en cuanto a los signos anales se siguen las mismas consideraciones hechas respecto de los genitales de esta forma se señala que “El abuso sexual puede

---

<sup>132</sup> *Ibíd.* 27.

<sup>133</sup> Castello; Francés y Verdú (2009), p.26.

<sup>134</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p. 53.

ocurrir con total indemnidad de la región anal, al tiempo que existe una variedad de lesiones anales y/o rectales que no guardan relación alguna con el abuso sexual”<sup>135</sup>.

Las pruebas médico forenses referidas a los casos en que la agresión se ha producido en contextos en que la víctima se encuentra bajo los efectos de las drogas también presentan complejidades, por una parte “Diversos trabajos, apuntan que es prácticamente imposible conocer el número real de casos que se producen, debido a las dificultades de las víctimas para recordar lo ocurrido o las *dificultades para detectar las sustancias, por su corta permanencia en el organismo.*”<sup>136</sup> y por otra “cuando se trata de que el hecho se ha producido aprovechando una situación de intoxicación etílica de la víctima, la sensación de culpabilidad aumenta de forma evidente”<sup>137</sup>, lo que sin duda trae consecuencias a la hora de que estos delitos sean efectiva y oportunamente denunciados. Lo anterior es importante, pues la detección de drogas en el cuerpo está condicionada, por un lado, al tipo de droga de la que se trate y por otro al tiempo que ha transcurrido desde la perpetración del ilícito hasta el examen de detección de drogas.

En el examen médico forense, se analizan también aspectos físicos como el embarazo o gravidez, se señala al respecto que “*podría* indicar abuso, aunque puede darse dentro de una relación entre dos menores-o mayores-”<sup>138</sup>. En cuanto a las enfermedades de transmisión sexual se señala que “la existencia de una de estas patologías no ha de seguir necesariamente la realidad de un abuso”<sup>139</sup>. Para concluir este párrafo cabe incluir la consideración que efectúa CASTELLÓ, FRANCÉS y VERDÚ, respecto de las pruebas médico forenses practicadas en menores, los autores en su escrito citan un trabajo en el que se comparan 192 casos de niños abusados con 200 de niños no abusados, en aquel se concluye que el examen digital no arroja resultados disimiles para ambos grupos, salvo que existan lesiones muy específicas.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> Castello; Francés y Verdú (2009), p.29. Énfasis agregado.

<sup>137</sup> *Ibíd.*

<sup>138</sup> Castello; Francés y Verdú (2009), p.30. Énfasis agregado.

<sup>139</sup> *Ibíd.*

<sup>140</sup> *Ibíd.*

Respecto del examen de ADN- que se enmarca dentro del peritaje biológico-químico-, este cobra singular importancia cuando los delitos sexuales son cometidos en contextos de violencia intrafamiliar y de género, al respecto, en la investigación de estos delitos “se ha permitido la introducción de la información obtenida a partir del ADN para identificar al culpable de un delito, tanto en España como en otros países (...)”<sup>141</sup>, debe recordarse lo expuesto anteriormente en este trabajo en relación a que la intervención corporal debe realizarse bajo el sometimiento voluntario del intervenido.

Los análisis genéticos no constituyen prueba directa sobre el delito, ni de la autoría o participación en aquel, sino que solo corresponde a una prueba indiciaria. A pesar de los certeros que son los exámenes de ADN en la práctica su importancia se relativiza, pues esta deberá ponderarse en relación con la existencia de otras circunstancias u otra serie de indicios, por tanto, la presencia del ADN de una persona en el lugar de los hechos no es concluyente. Los exámenes de ADN funcionan con valores probabilísticos, así ante la circunstancia de que por ejemplo se encuentre una mancha de sangre y/o semen en la ropa de la víctima y aquella corresponda al acusado, “el perito solo puede dar un valor probabilístico a esta coincidencia y nunca otorgarle certeza absoluta”<sup>142</sup>.

Cuando los resultados de este examen son negativos el margen de error es mínimo y por tanto se puede afirmar de forma más o menos certera que la mancha -en el ejemplo- no corresponde al acusado, el problema se encuentra en los casos en que los resultados del examen son positivos, en este entendido la pregunta que cabe hacerse es: ¿cuál es la probabilidad de que la mancha de sangre y /o semen provenga del individuo inculcado?, en estos casos, los resultados deben presentarse teniendo en cuenta datos estadísticos poblacionales , para lo cual se propone acudir al análisis Bayesiano<sup>143</sup>, donde se deben analizar las probabilidades en virtud de otras que las antecedan, por ejemplo, si en un caso de agresión sexual en la vía pública *solo* se cuenta con una prueba que corresponde a la declaración de un testigo donde expresa que la persona que

---

<sup>141</sup> Iglesias Canle, Inés (2010), “LA PRUEBA EN VIOLENCIA SEXUAL Y EN VIOLENCIA DE GÉNERO: ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA DE ADN”, en *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.51*, p.177.

<sup>142</sup> Iglesias Canle, Inés (2010), p.201.

<sup>143</sup> *Ibíd.*

cometió el ilícito tenía cabello rubio y era alta, y luego en base a aquel testimonio se condena a la única persona de la ciudad que tiene cabello rubio y es alta , se estaría haciendo una aplicación errónea de la teoría de las probabilidades, pues si la probabilidad a priori es muy baja, – solo se cuenta con el testimonio del testigo único- la probabilidad a posteriori también lo será y no sería correcto condenar a alguien considerando las bajas probabilidades de que sea culpable, lo anterior deja en evidencia que la prueba de ADN solo tiene valor indiciario y no directo.

A propósito de este examen, se hace dificultosa la valoración por parte del juez de esta prueba, pues para interpretar los resultados de aquel, debe contar con los conocimientos científicos necesarios ya que es una materia que goza de gran especialidad, por de pronto, no se le puede exigir al juez que sea un especialista científico, pero sí que controle la competencia de los peritos, la correcta aplicación de la técnica pericial en el caso concreto , la adecuada recogida de muestras y los resultados presentados en términos de probabilidad. Solo en casos de gran complejidad debería ser necesario la intervención de un perito para que informe específicamente sobre estas cuestiones.

El principal problema con el que nos encontramos en la valoración de esta prueba es que como ya se ha dicho solo tiene carácter indiciario y debe analizarse en virtud de la existencia de otras pruebas, lo que es complejo, pues la actividad probatoria en los delitos sexuales entraña una gran dificultad debido a la escasa existencia de pruebas , cumpliendo el testimonio de la víctima un papel central en términos probatorios, lo que como es posible inferir presenta grandes dificultades al aplicar el método Bayesiano, pues siendo el testimonio de la víctima-probabilidad a priori baja- en conjunto con el examen de ADN las únicas pruebas disponibles , lo más probable es que no sea posible derrumbar la presunción de inocencia, ni cumplir con el estándar “más allá de toda duda razonable”.

En relación con la información proporcionada en los párrafos que anteceden es posible arribar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar respecto a el peritaje médico cabe señalar a modo general que las pruebas recabadas a partir de este son de difícil obtención y poseen una débil fuerza probatoria, pues por una parte el *valor* de las evidencias obtenidas mediante este tipo de peritaje disminuye de forma considerable luego de las 72 horas siguientes a la agresión, tal como se ha señalado de forma más completa y específica en el inicio de este capítulo , aquello lleva aparejado entonces la necesidad de obtener este tipo de pruebas lo antes posible debido a su vertiginoso deterioro , lo que, como se puede desprender de acuerdo al contexto de los delitos sexuales es muy difícil y se dará en un número menor de casos, pues como ya se ha señalado anteriormente en este trabajo los agresores sexuales en la mayoría de los casos son personas que se encuentran dentro del círculo cercano a la víctima, complejizando así la pronta denuncia de este tipo de delitos y en consecuencia la oportuna obtención de dichas pruebas.

Este mismo problema de obtención probatoria se vislumbra en los casos en que la víctima necesita de atención médica prioritaria ya que el personal médico debe dedicarse por completo a resguardar la integridad física de él o de la paciente, dejando en segundo plano su labor forense, lo que implica -como es de esperarse- la degradación de pruebas y así mismo una obtención poco oportuna de las mismas.

Por su parte el problema de oportunidad en la obtención de pruebas se presenta también en los casos en que la agresión sexual se ha producido en contextos en que la víctima se encuentra bajo los efectos de las drogas , en estos casos la sensación de culpabilidad que enfrenta la persona agredida dificulta que la denuncia del delito se lleve a cabo de forma oportuna y en consecuencia que se obtengan evidencias de forma adecuada , aquello se suma a la dificultades que enfrentan las víctimas de este tipo de delitos para recordar el hecho delictual lo que también dificulta la labor investigativa.

En segundo lugar, en los casos en que se ha logrado obtener pruebas que se expresan en lesiones genitales y anales, estas no son para nada concluyentes ni inequívocas, pues tal como se ha señalado más específicamente en los párrafos anteriores, su presencia no indica que el delito haya ocurrido y a su vez su ausencia tampoco revela que el delito no se ha perpetrado. Del mismo modo la presencia de embarazo y de enfermedades de transmisión sexual poseen una fuerza probatoria insuficiente para asegurar que se ha

cometido un delito sexual. Así mismo los exámenes digitales en menores no han sido concluyentes pues no se presentan diferencias importantes entre aquellos niños y niñas que si han sido víctimas de delitos sexuales y aquellos que no lo han sido.

Por otra parte respecto al examen de ADN ,es posible señalar que presenta la dificultad de que solo proporciona una prueba indiciaria y no certera en aquellos casos en que el ADN presente en la mancha coincide con el del acusado-en los casos en que no coinciden , es posible afirmar que la mancha no corresponde al acusado, sin embargo esto no permite asegurar que aquel no ha cometido el delito- , en ese sentido solo posee valor probabilístico, valor que debe apreciarse en consonancia con la existencia de otras pruebas en virtud de la aplicación del método Bayesiano, es por esto, que la prueba de ADN pierde relevancia si es que no se cuenta con más evidencia contundente.

En suma, las pruebas obtenidas tanto mediante peritaje medico como biológico-químico presentan dificultad en su obtención oportuna , este problema se agrega a que estas pruebas poseen baja fuerza probatoria , tanto porque no son concluyentes -y en ese sentido su ausencia o presencia no permiten asegurar que el delito acaeció o no lo hizo- como porque adquieren relevancia en los casos en que es posible apreciarlas en consonancia con otras pruebas de esta índole, las que poseen los mismos vicios de oportunidad y fuerza probatoria.

### *1.2.2 Peritaje psicológico/psiquiátrico*

El peritaje psicológico en materia de delitos sexuales se enfoca principalmente en dos cuestiones, la primera es la credibilidad del testimonio de la víctima-y en ese sentido se entremezcla con la prueba declarativa- y la segunda se refiere a evaluar el daño psicológico que el delito ha producido en él o la agredida, de esta forma nuestro ex Fiscal nacional Sabas Chahuán en un oficio emitido el 2009<sup>144</sup> indicó que:

El fiscal podrá ordenar la realización de evaluaciones periciales psicológicas y/o psiquiátricas a la víctima respecto de la credibilidad de su relato, su condición

---

<sup>144</sup> Oficio FN N°160/2009, del 30 de marzo del 2009. Maffioletti Celedón, Francisco; Huerta Castro, Sofía (2009), p. 146.

mental, el daño psicológico producido por el efecto directo del delito o las consecuencias del mismo, u otros que se estimen pertinentes.

Además de lo anterior ,en el mismo oficio expresó que “(...)es conveniente contar con una evaluación pericial sobre el grado y la extensión del daño causado a la víctima , tanto para la configuración del hecho punible como para la aplicación del artículo 69 del Código Penal”, -que se refiere a los elementos que se deben tener en consideración a la hora de determinar el quantum de la pena , entre ellos se encuentra la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, entre otras cuestiones-, sin embargo no solo las víctimas son susceptibles de las peritaciones psicológicas sino que también los victimarios.

La peritación psicológica se lleva a cabo fundamentalmente mediante entrevistas, en las que se evalúa el aspecto intelectual, afectivo, vincular volitivo, el ajuste y adecuación a la realidad, además se investigan aspectos latentes utilizando no solo entrevistas, sino que técnicas psicométricas y técnicas proyectivas.<sup>145</sup> Las técnicas proyectivas gráficas, no obstante, presentan problemas al ser aplicadas en menores para la detectar abuso sexual infantil, pues:

- a) son altamente controvertidas, b) son factibles de falsear y son influenciables por diferentes situaciones, c) son utilizadas para objetivos para los cuales no fueron creadas y sin evidencia que las sustente, d) las puntuaciones son poco fiables, e) carecen de datos normativos o son poco claros, f) son sesgados con minorías étnicas y culturales y g) no cumplen con los criterios de Daubert.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> Las técnicas psicométricas incluyen “aquellos tests de evaluación y diagnóstico que han sido elaborados utilizando procedimientos estadísticos, altamente sofisticados y con material rigurosamente estandarizado y tipificado en sus tres fases fundamentales: administración, corrección e interpretación” Cardona Moltò, Maria Cristina; Esther Chiner Sanz. “Diagnóstico psicopedagógico” Editorial Club Universitario. San Vicente (Alicante), España, p.74.Por su parte las técnicas proyectivas son “pruebas para el estudio de la personalidad en las que el individuo da respuestas libremente a series de estímulos tales como manchas de tinta, láminas o frases incompletas, basándose en el supuesto de que las personas proyectan en sus respuestas sus percepciones, sentimientos, estilos o conflictos” disponible en:< <http://psicologia.isipedia.com/tercero/evaluacion-psicologica/08-tecnicas-proyectivas>>.

<sup>146</sup> Scott; Manzanero; Muñoz; Köhnken (2014), p.61. Los criterios de Dauber incluyen a) La controlabilidad y la falsabilidad de la teoría sobre la que se funda la prueba; b) la determinación del porcentaje de error que tiene la técnica empleada; c) la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la revisión por pares (difusión

Otra metodología utilizada en menores para la detección de indicadores clínicos de abuso sexual infantil que presenta dificultades es el juego con muñecos anatómicamente correctos, debido a que la fiabilidad de esta metodología ha sido cuestionada por diversas investigaciones, pues por su propia naturaleza sugiere y sobre estimulan la sexualidad, por lo tanto, niños y niñas que no han sido abusados pueden recrear situaciones de interacción sexual con los muñecos utilizados.<sup>147</sup>

#### 1.2.2.1 Peritación psicológica y psiquiátrica realizada en victimarios

Respecto a la peritación psicológica realizada en victimarios el Doctor Bernat-Noël Tiffon Nonis señala que “Cabe destacar que como *perfil de personalidad de agresor sexual*, en sí mismo, no existe”<sup>148</sup>, además señala que “(...)de la literatura y doctrina bibliográfica existente no parece haber un acuerdo en considerar la existencia de un único perfil psicológico que defina la personalidad del presunto agresor”<sup>149</sup>, de lo que si hay consenso según el Doctor es que hay un denominador común al conjunto de perfiles estudiados que es la presencia de una impulsividad patológica que lleva a que el sujeto perpetre y materialice el acto criminal, de esta forma, los agresores presentan una conducta obsesiva de excitación y búsqueda de estimulantes sexuales, lo que activa su aparato cognitivo provocando pensamientos que se refieren única y exclusivamente a la consumación y satisfacción de su placer sexual, lo anterior,- lamentablemente-en este tipo de sujetos, se materializará a costa del sufrimiento de la víctima <sup>150</sup>.

Ahora, respecto del diagnóstico clínico psicopatológico de los agresores sexuales, se *podrían* ubicar dentro del Trastorno Hipersexual o Hipersexualidad primaria, sin embargo, este tipo de diagnóstico no es necesariamente indicativo de que estamos en presencia de un agresor/abusador sexual, debido a que, por una parte un individuo con este tipo de trastornos no *necesariamente* será o es un victimario de delitos sexuales y por otra, se ha observado que desde el punto de vista psicosexualógico, existen sujetos

---

en publicaciones científicas de reconocido prestigio); d) la existencia de un consenso general entorno a la validez de la teoría y/o técnica entre la comunidad científica a la que pertenece.

<sup>147</sup>Scott; Manzanero; Muñoz; Köhnken (2014), p.61

<sup>148</sup> Bernat- Noël Tiffon Nonis (2018), Práctica Forense y Prueba Pericial Psicológica en materia de delitos sexuales. *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913. p.1.

<sup>149</sup> *Ibíd.* 3.

<sup>150</sup> *Ibíd.*



“normales” que se han configurado como victimarios, lo anterior lleva a concluir que cualquier individuo puede estar en condiciones potenciales de ser un abusador sexual y aquello no se relaciona de forma necesaria con la presencia de diagnósticos clínicos que los ubiquen como poseedores de trastorno hipersexual o hipersexualidad primaria.<sup>151</sup> Además los peritos en este tipo de peritajes se encuentran ante la gran dificultad de que existe ausencia de información veraz u objetiva por la que partir o tener como base y solo disponen de lo que manifiesta el sujeto evaluado, puesto que se trata de un área que pertenece a la más estricta intimidad del sujeto.

### *1.2.2.2 Peritación psicológica realizada a las víctimas*

De un modo parecido a lo que sucede en los casos de peritajes psicológicos practicados sobre los victimarios, los casos en que los peritos intervienen sobre las víctimas presenta similares dificultades, especialmente cuando no se cuenta con indicios biológicos o médicos de la agresión sexual, así el perito, se ha de basar única y exclusivamente en lo señalado por la víctima.<sup>152</sup>

Siguiendo con el peritaje psicológico realizado a las víctimas, una de sus aristas más importantes es la evaluación del daño psíquico que han sufrido en virtud de la agresión en la que se han visto involucradas- “práctica muy extendida en nuestra realidad nacional”<sup>153</sup>-. A pesar de la recurrencia de este tipo de peritaje, son pocos los escritos que se refieren a aquel y en ese sentido aún existen elementos sin resolver como: “(...) en que consiste una evaluación pericial del daño, cuáles son los elementos sobre los que el perito debe pronunciarse, cuáles son el alcance y limitaciones de este tipo de evaluaciones, y qué valor tienen para el Tribunal los antecedentes que aporta”<sup>154</sup>.

Para la realización de este tipo de peritaje ,se suele utilizar el modelo traumatogénico, el que serviría de base para la acreditación del supuesto delito denunciado, y según el cual la respuesta más habitual del ser humano víctima de estos delitos, es el desequilibrio de su estado psicológico previo, sin embargo, esta hipótesis base para este

---

<sup>151</sup> *Ibíd.* 8.

<sup>152</sup> Bernat- Noël Tiffon Nonis (2018), p.2.

<sup>153</sup> Maffioletti Celedón, Francisco; Huerta Castro, Sofía (2009), p.146.

<sup>154</sup> *Ibíd.*

modelo ha sido cuestionada hace tiempo, a tal punto ha llegado el cuestionamiento que en países como EE.UU ha sido desestimada- desde el año 1985- para probar casos de abuso sexual y aquello dice relación fundamentalmente con que distintos estudios han puesto en evidencia que las reacciones de las personas que han atravesado por eventos traumáticos son variadas, sin perjuicio de aquello, las que suelen prevalecer son la resiliencia y la recuperación espontánea<sup>155</sup>, por lo que el desequilibrio del estado psicológico de la víctima no debiese servir de base para la acreditación del delito que ha sido denunciado.

Otro modelo que se suele utilizar para explicar el daño psicológico asociado a delitos sexuales es el Modelo del trastorno de estrés postraumático (TEPT) , dentro de sus criterios diagnósticos se encuentran: A) La persona ha experimentado, presenciado o le han explicado acontecimientos que se caracterizan por muertes o amenazas para su integridad física o la de los demás y en relación con aquello, la persona ha respondido con un temor, una desesperanza o un horror intensos; B) Reexperimentación persistente del acontecimiento traumático a través de una o más de las siguientes formas: recuerdos recurrentes e intrusos que provocan malestar , sueños recurrentes, el individuo actúa o tiene la sensación de que el acontecimiento está ocurriendo, respuestas fisiológicas, etc.; C) Evitación persistente de estímulos asociados al trauma; D) Síntomas persistentes de aumento de activación arousal<sup>156</sup>, lo que se manifiesta en alguno de los siguientes síntomas: irritabilidad o ataques de ira, dificultad para conciliar y mantener el sueño, dificultad para concentrarse, respuestas exageradas de sobresalto; E) Prolongación de más de un mes de las alteraciones descritas en los puntos B,C Y D<sup>157</sup> ,etc.

Al igual que en el modelo anterior, el modelo de Trastorno de Estrés Postraumático se basa en la presencia de un desequilibrio del estado psicológico previo de la víctima, por lo que lo mismo que hemos explicado antes en atención a que las respuestas del ser humano ante un evento traumático suelen ser la resiliencia y la recuperación

---

<sup>155</sup> Scott; Manzanero; Muñoz; Köhnken (2014), p.58-59.

<sup>156</sup> Nivel de activación cerebral. Implica tanto el ritmo de los procesos cerebrales como el nivel general de atención frente a los estímulos del medio.

<sup>157</sup> Maffioletti Celedón, Francisco; Huerta Castro, Sofía (2009), p. 151-152.

espontanea, se hace aplicable a este modelo, así mismo, se manifiestan BONANO, WESTPHAL Y MANCINI , quienes señalan que sólo un grupo reducido de personas desarrollan un cuadro clínico traumático, de carácter puntual o crónico<sup>158</sup>, SCOTT, MANZANERO, MUÑOZ y KÖHNKEN se expresan en el mismo sentido, al señalar que “no han sido pocos los trabajos que muestran la falta de validez de los criterios diagnósticos del TEPT para detectar abuso sexual”<sup>159</sup>.Las consecuencias negativas de utilizar este tipo de modelos en casos de delitos sexuales en los que las víctimas son menores incluyen “interrogatorios inadecuados, consolidación de memorias falsas y finalmente una pseudo -verificación de la sospecha”<sup>160</sup>.

Otro ámbito del peritaje psicológico del daño también presenta complejidades , específicamente en referencia a su aplicación en niñas y niños ,este es la metodología de recogida de datos, pues , en la mayoría de los casos se recurre a la información proporcionada por adultos significativos en la vida del menor, aquello resulta preocupante al existir diversos estudios que han puesto de manifiesto la inconsistencia entre la información aportada por el menor afectado y la aportada por los adultos, además en los casos en que el denunciante es el progenitor de la supuesta víctima y el denunciado es el otro progenitor, se han encontrado elevadas tasas de instrumentalización de denuncias , sobre todo cuando nacen en medio de un proceso de divorcio contencioso<sup>161</sup>, situación que sin duda es una limitación metodológica.

Además, respecto de las consecuencias psicológicas asociadas el abuso sexual infantil, las investigaciones están dotadas de un carácter transversal, lo que es inadecuado, pues en la etapa infanto-juvenil, los menores están en continuo cambio, lo que hace necesario que se adopte una perspectiva longitudinal y no transversal como suele hacerse.<sup>162</sup>

Otro problema que presenta el peritaje psicológico de evaluación del daño en menores víctimas de abuso sexual dice referencia con los diversos síntomas que la literatura científica ha asociado al abuso sexual infantil, los que “(...) pueden corresponder a la

---

<sup>158</sup> Scott; Manzanero; Muñoz; Köhnken (2014), p.59

<sup>159</sup> *Ibíd.*

<sup>160</sup> Scott; Manzanero; Muñoz; Köhnken (2014), p.59

<sup>161</sup> *Ibíd.*

<sup>162</sup> *Ibíd.*

exposición del menor a cualquier otro estresor psicosocial, es decir, no son específicas de esa situación de victimización sexual”<sup>163</sup>, por ejemplo, en el caso de conductas sexualizadas presentadas en menores, “estas pueden deberse a la presencia de otros estresores, o ser simplemente conductas propias del desarrollo sexual infantil”<sup>164</sup>, en concreto, la presencia o ausencia de estos síntomas no es *suficiente* para confirmar o descartar la existencia de abuso. Al respecto, en un escrito publicado en la revista Jurídica del Ministerio Público se señala que “al día de hoy existe acuerdo respecto de que no se puede hablar de una constelación exclusiva de síntomas derivados de victimización sexual”<sup>165</sup>.

Sin perjuicio de que no es posible afirmar que existen determinados síntomas que son consecuencia del abuso sexual o de la violación, si nos es posible señalar que “En promedio, las víctimas de abuso sexual manifiestan tres síntomas mentales más que las que no lo han sufrido y tienen muchas más probabilidades de sufrir de depresión, trastorno por estrés postraumático e inclinaciones suicidas”<sup>166</sup>. En el caso de los niños y niñas, dentro de las consecuencias negativas que podrían tener estos hechos de vulneración sexual se encuentra la afectación del curso normal del desarrollo de la esfera psicosocial, de esta forma podrían afectar de forma negativa su aprendizaje del control de emociones, lo que se refleja en dificultades para inhibir su propia agresividad, aislamiento y rechazo a las relaciones íntimas. Por otro lado, los sentimientos de culpa y la imagen negativa de si, podrían provocar disminución en los sentimientos de autoeficacia y habilidades personales<sup>167</sup>. Además, los hechos de agresión sexual en niños y niñas podrían alterar de modo irreversible el desarrollo neuronal en tanto estas experiencias ocurren durante periodos en que el cerebro está

---

<sup>163</sup> *Ibíd.* 60.

<sup>164</sup> *Ibíd.*

<sup>165</sup> Maffioletti Celedón, Francisco; Huerta Castro, Sofía (2009), p.149.

<sup>166</sup> Canales, Javiera; D’Angelo, Arianna; Dides, Claudia; Fernández, Constanza, “Violencia Sexual”. Disponible en: <<http://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2019/01/capi%92%95%A0%C3%BCtulo-violencia-sexual.pdf>> [fecha de consulta: 23 de abril de 2020].

<sup>167</sup> Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchelle, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), p. 146.

siendo físicamente influido por las experiencias, y en que el impacto del estrés extremo podría dejar una marca en su estructura y funcionamiento”<sup>168</sup>.

Así, en un gran número de los casos, “las agresiones sexuales tienen una fuerza desestabilizadora en quienes las vivencian y, en muchas ocasiones, pueden causar profundos daños en el desarrollo de las personas, cuyas consecuencias se evidencian a nivel físico cognitivo, emocional y conductual, ya sea en el corto, mediano o largo plazo” <sup>169</sup> , además “las agresiones sexuales constituyen una experiencia tan globalizante que la comprensión de sus efectos solo a partir de la identificación de los síntomas resulta francamente insuficiente. La cantidad y complejidad de las variables puestas en juego propias al hecho abusivo, al agresor, a la víctima y a su entorno familiar y social, permiten señalar que el mero registro sintomatológico caracteriza el fenómeno de manera parcial y parcializa, de esta manera también, la vivencia de las víctimas”<sup>170</sup> Por lo anterior, el daño que estos delitos provocan en las víctimas es indiscutible, a pesar de que no se pueda afirmar que ciertos síntomas son consecuencia necesaria de la comisión de estos delitos.

En suma , como se ha expuesto en este apartado son numerosas las dificultades y deficiencias a las que se ven enfrentados los peritos a la hora de realizar evaluaciones psicológicas en los casos de delitos sexuales, en concreto, se utilizan modelos que tienen poco valor en la comunidad científica; se enfrentan limitaciones metodológicas; se pone de manifiesto que existen inconsistencias en los datos proporcionados por los adultos y el propio niño o niña ,el perito cuenta con pocos o nulos elementos que les sirven de sustento para iniciar su evaluación debiendo considerar como base lo señalado por el sujeto evaluado; no se cuenta con un perfil psicológico de victimario sexual; sintomatología que tradicionalmente ha sido asociada al abuso sexual, pero que en base a investigaciones recientes se ha descubierto que no corresponde únicamente a víctimas de delitos sexuales, entre otras.

---

<sup>168</sup> *Ibíd.* 88.

<sup>169</sup> *Ibíd.*

<sup>170</sup> Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchelle, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), p. 93.

Sumado a lo anterior la labor de la psicología no es afirmar certezas por lo que las peritaciones psicológicas por sus deficiencias y características son del todo insuficientes para dar por acreditado la ocurrencia de un delito sexual y los datos aportados por aquellas deben ser examinados cuidadosamente.

### *1.3 El testimonio de la víctima y la evaluación pericial de su credibilidad*

Como ya se ha señalado con anterioridad en este trabajo el testimonio de la víctima goza de preponderante importancia en el ámbito de la prueba de los delitos sexuales, pues “en la mayoría de los casos no se cuenta con evidencia material que pueda probarlo, así como tampoco con testigos, distintos de la víctima, que puedan dar cuenta de la naturaleza de los hechos y la persona del autor”<sup>171</sup>, sin perjuicio de aquello, a las víctimas “se acostumbra a decirles que mienten, están mal aconsejadas, son vengativas, se lo imaginan, lo desean, o simplemente están locas de atar”<sup>172</sup>.

Por tanto, la psicología del testimonio como ciencia que permite distinguir entre relatos verdaderos y falsos, dedicándose a “estudiar todos los factores que influyen en la calidad de los relatos fácticos que pueden ser proporcionados por los sujetos”<sup>173</sup>, es considerada como un conocimiento importante en el ámbito de la prueba de los delitos sexuales, así la psicología del testimonio “constituye el conjunto de conocimientos y procedimientos psicológicos que permiten evaluar, tanto la exactitud y fiabilidad del testimonio de testigos, víctimas y sospechosos, como su credibilidad”<sup>174</sup>, las evaluaciones periciales del testimonio “han destacado por sobre otros métodos desestimados por su bajo valor probatorio, elevado porcentaje de error, falsos positivos y negativos, e imposibilidad de constituirse en evidencia, como el juicio subjetivo, las técnicas de examinación psico-fisiológica (polígrafo), las técnicas proyectivas y lúdicas (dibujos, uso de muñecos), la sintomatología y el reporte y/u observación de la conducta o signos no verbales”<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> Maffioletti y Huerta (2009), p.145.

<sup>172</sup> García Jiménez, Milagros; Blázquez Fernández, María Soledad; Morales García, María Luisa (2002), “Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio”, en revista *Eúphoros*, ISSN 1575-0205, N.º 5, p.39.

<sup>173</sup> Contreras Rojas, Cristián (2017), “La valoración de la prueba testimonial en el proyecto de Código Procesal Civil. Una tarea inconclusa”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXX -Nº1, p. 291.

<sup>174</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p.63.

<sup>175</sup> *Ibíd.* 67.

No obstante, la psicología del testimonio no va en dirección a dar una respuesta precisa acerca de si un testimonio es una reproducción inequívoca de un hecho verdaderamente acaecido, sino que se orientará a señalar fundadamente qué es lo que posee mayor probabilidad lógica<sup>176</sup>, así la psicología no tiene como función afirmar certezas.

Por otro lado, la psicología del testimonio ha puesto de relieve que lo verdaderamente importante a la hora de valorar el testimonio de la víctima es el contenido de su declaración, de esta forma “en materia de psicología del testimonio se dio un salto cualitativo cuando se pasó de valorar la credibilidad del testigo a examinar la credibilidad del testimonio. Es decir, cuando se dejó de dar tanta importancia a los aspectos conductuales del declarante, que son curiosamente los que siguen teniendo más en cuenta los jueces y, de hecho, cualquier observador”<sup>177</sup>.

Es importante señalar que este tipo de pericia goza de gran relevancia en nuestra realidad judicial, ya que “la solicitud de evaluaciones periciales psicológicas emanadas del Ministerio Público se ha *centrado* en la evaluación de credibilidad”<sup>178</sup>.

Respecto a la declaración de la víctima en instancias judiciales, puede lamentablemente- no ser solo una, lo que indudablemente lleva a su “victimización secundaria debido al perjuicio que conllevan las mismas la mayoría de las veces”<sup>179</sup>, así, la víctima podrá declarar ante el Tribunal y a su vez ser sometida a un peritaje de credibilidad en donde la psicología del testimonio jugará un rol fundamental, lo anterior sin considerar las declaraciones que la víctima efectúa a los funcionarios de Carabineros, PDI o de la Fiscalía quienes realizan la denuncia y al mismo fiscal encargado del caso.

---

<sup>176</sup>Bustos Díaz, Marianella (2015), LA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA EN EL AMBITO PENAL: Estudio exploratorio descriptivo sobre la solicitud de pericia que realiza el ministerio público en la investigación de delitos sexuales, Santiago de Chile, p.16.

<sup>177</sup> Nieva Fenoll (2010), p. 220.

<sup>178</sup> Bustos Díaz, Marianella (2015), p.21.

<sup>179</sup> García Jiménez; Blázquez Fernández; Morales García (2002), p.44.

Respecto a la victimización secundaria en los delitos sexuales, esta tiene su origen generalmente en:

La exposición ante profesionales sin formación especializada, la reiteración de declaraciones, la falta de delicadeza o inadecuación de las preguntas formuladas, la exploración médico-forense y/o psicológica reiterada en dependencias inadecuadas, la lentitud y demora de los procesos -incluido el juicio oral tardío-, el eventual contacto con el ofensor en el juicio oral u otras instancias previas, la declaración en público, las estrategias de neutralización de la responsabilidad del infractor mediante atribución de responsabilidad a la víctima, la crítica directa o encubierta a su estilo de vida o la puesta en tela de juicio de su testimonio y -en un sentido más extenso- los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación, así como también la falta de medidas de protección que cautelen su bienestar durante el proceso de persecución penal.<sup>180</sup>

Al respecto, se hace necesario mencionar que Chile ha adoptado un enfoque de derechos al ratificar la Convención de los derechos de los niños el año 1989, y sus Protocolos Facultativos el 25 de mayo del año 2000, aquello, quiere decir que, el Estado de nuestro país tiene la obligación de avanzar en la integración de sus principios y derechos en las Políticas Públicas, lo que se debe traducir en la realización de acciones concretas tendientes a ello. La ONU, por su parte ha expresado en aquella dirección que “(...) los niños que son víctimas y testigos de delitos son especialmente vulnerables y requieren protección especial, asistencia y apoyo apropiados para su edad, nivel de madurez y necesidades especiales a fin de evitar que su participación en el proceso de justicia penal les cause perjuicios y traumas adicionales”<sup>181</sup>, en ese sentido el Estado tiene la necesidad de crear conciencia acerca del impacto que significa la participación

---

<sup>180</sup>Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p.33.

<sup>181</sup> Organización de Naciones Unidas [ONU], 2005, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos



en procesos de justicia para las víctimas y testigos , además debe identificar cuáles son los factores vinculados al proceso legal que influyen directamente sobre su bienestar.<sup>182</sup>

Nuestro país ha avanzado en el enfoque de derechos, especialmente en el caso de los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de agresiones sexuales y en ese sentido ha adoptado diversas medidas que tienen como objetivo reducir el impacto que les significa el paso por el sistema jurídico-penal , de esta forma se han desarrollado protocolos de entrevista investigativa , así como el entrenamiento de quienes deben realizarla , además se han implementado salas especiales de entrevistas en Fiscalías del país ; se han desarrollado protocolos y capacitación para quienes deben realizar los exámenes sexológicos ;se han implementado unidades de atención clínico forenses para la realización de las evaluaciones médicas sexológicas y finalmente se han implementado medidas de protección para la declaración de los niños, niñas y adolescentes mediante el establecimiento de salas especiales en tribunales de juicio oral en lo penal.<sup>183</sup> Del mismo modo , la conciencia de disminuir el número de intervenciones que se realizan directamente con las víctimas ha ido en aumento y en esa línea se ha recalcado la importancia de no sobre-peritar al niño, niña o adolescente , de modo que la intervención pericial se lleve a cabo solo en aquellos casos en que dicha práctica resulta imprescindible y constituye un verdadero aporte a la investigación y juzgamiento del caso, teniendo en vista las exigencias de los conocimientos científicamente afianzados , para lo cual se deben seguir los más altos estándares de rigurosidad técnica que le den validez a los procedimientos y tengan el menor impacto negativo en las víctimas. En la recepción de lo anterior, nuestro país ha promulgado la Ley N° 21.057, que “Regula Entrevistas Grabadas en Video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales”<sup>184</sup>.

A pesar de los avances mencionados anteriormente, Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz señalan que:

---

<sup>182</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p.28.

<sup>183</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p.34.

<sup>184</sup> *Ibíd.*

Aún queda mucho por hacer. Todavía se observa como niños, niñas y adolescentes son expuestos a procedimientos y situaciones estresantes y nocivas, a pesar de su etapa evolutiva, de la existencia de conflicto de lealtades o triangulación y de intensas vivencias de miedo o traumatizarían. Así también es posible apreciar cómo, en incontables ocasiones, y a veces a pesar de la existencia de otros medios de prueba, el curso de la acción penal persiste en hacer depender el resultado del proceso de la capacidad del niño, niña o adolescente para entregar un relato “claro” y “coherente”, bajo los estándares de los adultos involucrados en el proceso, sin considerar que su nivel de desarrollo, su posición frente a la familia, en el caso de las agresiones intrafamiliares, o frente al agresor, incidirán directamente en dicha capacidad.<sup>185</sup>

Uno de los momentos en que las víctimas dan a conocer su testimonio es en la entrevista investigativa llevada a cabo por el Ministerio Público, la que puede ser realizada única y exclusivamente por quienes se han entrenado en la técnica que ella involucra, y se encuentren acreditados, como entrevistadoras/es por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -esta entrevista se da dentro del contexto de la etapa de investigación del delito- quien ha desarrollado para la realización de dicha actividad la “Guía de Entrevista Investigativa a Niños, Niñas y adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales”, la que tiene por objetivo que tanto fiscales, como abogados asistentes y profesionales de URAVIT que realizan la entrevista cuenten con una guía metodológica que les permita obtener debidamente la información de parte de niños, niñas y adolescentes víctimas de agresión sexual . A pesar del aporte que esta guía a representado se ha señalado que es insuficiente y en ese sentido se ha dicho que “tanto el Ministerio Publico como las policías fortalezcan en mayor medida sus conocimientos y competencias en la ejecución de la entrevista investigativa”<sup>186</sup>

El objetivo principal de la entrevista es obtener un testimonio que aporte información precisa, detallada y completa sobre el delito investigado, lo que se debe condecir con afectar lo menos posible la situación personal del entrevistado y minimizando los

---

<sup>185</sup> *Ibíd.* 35.

<sup>186</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p.43.

efectos negativos de su participación en esta instancia, aquella información servirá para orientar el desarrollo de la investigación.

La entrevista investigativa debe ser videograbada según lo dispone el artículo 5 de la ley 21.057<sup>187</sup>, aquello tiene un importante impacto en la situación protección de las víctimas, pues implica la reducción de entrevistas a las que son sometidas y de los contactos que enfrentan con operadores del sistema, lo que repercute en la disminución de la victimización secundaria. Además, la entrevista debe realizarse lo más pronto posible puesto que como se ha señalado antes, en los delitos sexuales el tiempo resulta un factor determinante. Si bien a nivel internacional se desaconseja la realización de más de una entrevista, se reconoce también que en excepcionales situaciones será necesario que se realice una segunda con el fin de aportar antecedentes absolutamente necesarios para la investigación.

La declaración judicial por su parte se diferencia sustancialmente de la entrevista investigativa, la que se desarrolla en la instancia de realización del juicio oral o en el desarrollo de la prueba anticipada y tiene como objetivo “(...) que el niño, niña o adolescente preste declaración en juicio en una sala que cumpla con lo previsto en los artículos 20 y 21 de esta ley, y en la que solo estarán presentes el entrevistador y el niño, niña o adolescente”<sup>188</sup>, aunque lo anterior presenta una excepción en los casos en que adolescentes manifiesten que desean declarar sin la intervención de un entrevistador , según lo dispuesto por el art.14 de la Ley 21.057, en estos casos el adolescente prestará declaración en una sala distinta de aquella en que se encuentren los demás intervinientes del juicio , la que cuenta con un sistema interconectado de comunicación que permite que el juez lo interroge presencialmente en dicha sala. El entrevistador en los casos que participe en la entrevista debe poseer información en técnicas de entrevista y ser conocedor de aspectos vinculantes al desarrollo del proceso

---

<sup>187</sup> Artículo 5°. - Objeto de la entrevista investigativa videograbada. La entrevista investigativa videograbada tendrá como propósito disponer de antecedentes que puedan orientar el desarrollo de la investigación penal mediante la información que el niño, niña o adolescente entregue de los hechos denunciados y de sus partícipes, cualquiera sea la forma en que ésta se exprese, procurando, por esta vía, evitar la exposición reiterada e injustificada del niño, niña o adolescente a instancias que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación y de la participación criminal. Esta entrevista deberá ser videograbada, según lo dispone el artículo 22.

<sup>188</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p.38.

evolutivo de niñas, niños y adolescentes, lo anterior en atención a que debe transmitir a la víctima las preguntas que el juez/a disponga en un lenguaje y modo adecuados a su edad, madurez y condición psíquica, según el art 17 de la Ley 21.057.

Por otro lado, la evaluación *pericial del testimonio* centrada fundamentalmente en la psicología del testimonio procede cuando existe de manera previa una entrevista investigativa de la que se haya obtenido un testimonio que pueda ser objeto de la evaluación pericial. La intervención pericial en este ámbito tiene como objetivo responder a una pregunta psicolegal y debe realizarse teniendo a la vista las siguientes consideraciones entre otras<sup>189</sup>:

1. Determinar, tanto ética como técnicamente si procede realizar una intervención pericial respecto de esa víctima.
2. Determinar, tanto ética como técnicamente si la víctima está en condiciones de participar en una entrevista pericial.
3. Debe realizarse en un ambiente especialmente diseñado para este fin.
4. La evaluación pericial debe considerar la edad, el desarrollo cognitivo y el contexto sociocultural de las víctimas.
5. Debe realizarse por un profesional especialmente formado para dicha intervención y se deben videograbar las entrevistas periciales realizadas.
6. Es recomendable un sistema permanente de supervisión y revisión interna de las entrevistas periciales y del procedimiento.

Una de las técnicas que se utilizan en la psicología del testimonio en Chile- al igual que en muchos más países- es el *Análisis de la Validez de las Declaraciones* (SVA por su nombre original Statement Validity Assessment), el cual ha sido criticado, específicamente en lo que concierne al Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA por su nombre original Criteria-Based Content Análisis), el que consiste en un listado de criterios para el análisis cualitativo de testimonios infantiles sobre agresión sexual-

---

<sup>189</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p.38.

aunque se ha extendido a otros tipos de delitos y a población adulta-. La crítica se basa en considerar que el CBCA carece de un estándar suficiente en términos de evidencia favorable que lo sustente. En ese sentido existe evidencia disímil y a momentos contrapuesta, existiendo estudios experimentales que refutan el poder discriminatorio de los criterios CBCA, pues dan cuenta de que estos cuentan con un margen de error muy amplio para adjudicar autoría en temáticas tan complejas como los delitos sexuales.<sup>190</sup> Otras críticas que se le hicieron a esta técnica es que algunos criterios CBCA “podrían ser inapropiados en algunos tramos etarios, o que existiría una mayor puntuación potencial a medida que se incrementa la edad, y consiguientemente, las capacidades cognitivas del testigo”<sup>191</sup>, al respecto , se ha señalado que “la técnica debe considerarse una herramienta que no resuelve todos los problemas legales, sino que se constituye en un insumo más para la toma de decisiones en el ámbito jurídico penal y que, a pesar de sus limitaciones, sigue teniendo una mayor precisión que los demás procedimientos de estimación de la credibilidad de los testimonios”<sup>192</sup>.

Otra metodología de valoración discursiva utilizada en Chile es la CAVAS-INSCRIM, la que surge en respuesta a las demandas del sistema judicial chileno “La metodología CAVAS-INSCRIM presenta como ejes centrales distintos elementos provenientes de la Criminología, el Derecho, y las Ciencias Policiales dada su pertenencia al Instituto de Criminología de la Policía de Investigaciones de Chile”<sup>193</sup>, por tanto, aquella presenta una estrecha relación con conocimientos interdisciplinarios, de esta forma se recurre a la psicología del testimonio y la psicología jurídica, a los conocimientos teóricos y clínicos respecto del fenómeno de la agresión sexual; y finalmente a los conocimientos criminológicos provenientes del Derecho y la Criminalística.<sup>194</sup> Dentro de las condiciones técnicas implementadas por esta metodología se encuentran la supervisión presencial de par; la supervisión externa por un profesional que analiza y evalúa el

---

<sup>190</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p.69.

<sup>191</sup> *Ibíd.* 222.

<sup>192</sup> *Ibíd.* 229

<sup>193</sup> *Ibíd.* 231.

<sup>194</sup> *Ibíd.*232.

informe pericial emitido desde una mirada independiente a la pericia y la discusión técnica de pares en el análisis de casos.<sup>195</sup>

En Chile, el año 2000 se dio una profunda reforma al proceso penal, lo que se tradujo en el paso de un sistema procesal penal de corte inquisitivo a un modelo acusatorio. Con este nuevo contexto el rol de los fiscales del Ministerio Público en aquellos casos que se presentan a juicio oral, entre otras cosas implica generar convicción de los Tribunales y estos a su vez, tienen la necesidad de valorar la prueba presentada, como se ha señalado reiteradamente en este trabajo. Dentro de este marco es que las evaluaciones periciales, en el ámbito de la psicología del testimonio, particularmente en lo referente a delitos sexuales perpetrados en contra de víctimas infantiles “se transformaron en recursos considerados relevantes y, a veces, hasta imprescindibles, para el esclarecimiento de los hechos, lo que llevo a incrementar de manera importante los requerimientos de evaluaciones de credibilidad del testimonio por parte de los fiscales en el contexto de la investigación de estos delitos.”<sup>196</sup>

Es por lo anterior que la pericia de credibilidad del testimonio en nuestro país “termino convirtiéndose en una diligencia ineludible para el fiscal a cargo de la investigación, parte obligatoria de un *checklist* investigativo, cuyo solo resultado le permitía adoptar decisiones procesales sobre el caso- formalizar o no, solicitar medidas cautelares o no- y, también, ineludible para el juzgador, que muchas veces exigía, incluso a petición de la defensa, conocer el resultado de la pericia psicológica para otorgar medidas cautelares o para determinar la responsabilidad penal del acusado”<sup>197</sup>, lo anterior trajo indeseables consecuencias para las víctimas, quienes esperan, en promedio, entre 6 y 8 meses para ser periciadas. En consideración a lo antes dicho “las pericias psicológicas de evaluación del testimonio debiesen solicitarse solo en determinados casos que, por sus especiales características y contexto de comisión, hacen insuficiente la sola entrevista investigativa videograbada que, en los demás casos y en la regla general, siempre que sea realizada eficientemente y con estricta aplicación de la técnica que

---

<sup>195</sup> *Ibíd.*

<sup>196</sup> *Ibíd.* 71

<sup>197</sup> *Ibíd.* 56.

involucra, proporcionara al sistema un testimonio fielmente obtenido, con la mayor cantidad de información que a la víctima le es posible entregar”<sup>198</sup>. Por tanto, los fiscales deben poseer la preparación suficiente para discernir cuándo es realmente necesaria la intervención de un perito psicólogo con el fin de evitar la victimización adicional de los entrevistados.

Respecto a la idoneidad técnica de las pericias realizadas, desde hace varios años se han incorporado por parte de la defensa los metaperitajes, es decir, el peritaje de un peritaje, en que se hace un análisis y crítica de las pericias psicológicas y psiquiátricas que presenta Fiscalía. Dicho intento de la defensa queda neutralizado cuando la víctima entrega un testimonio coherente, consistente, solido, circunstanciado, que permanezca en el tiempo de manera casi inamovible salvo detalles superfluos, que incorpore la descripción del tiempo, lugar y la referencia a demás antecedentes anexos que posibilitaron la comisión de los hechos y que además resulte consistente en relación a lo que declaran los testigos. Lo anterior lleva a que nos formulemos las siguientes preguntas:

¿Qué ocurre en aquellas oportunidades en que las víctimas, por las características propias a la etapa evolutiva en que se encuentran, por ejemplo en el caso de los preescolares, o cuando debido al vínculo con el agresor, el involucramiento en dinámicas abusivas crónicas o las consecuencias de la victimización, entregan un testimonio en juicio oral que aparece como limitado, coartado, constreñido o, incluso, retractado, imposibilitando el cumplimiento de los parámetros de complejidad acordes al estándar impuesto por el Tribunal?; ¿Qué ocurre cuando estas incoherencias corresponden más bien a la omisión o adición de información?; ¿Cómo se logra determinar que dichas incoherencias no responden a las características propias de la fenomenología de los delitos sexuales –conocimiento científicamente afianzado–, incluyendo, por ejemplo, el concepto de la develación progresiva o de la retractación?; ¿Qué ocurre cuando de tan crónicos los abusos y tan temprano en la infancia se hace prácticamente

---

<sup>198</sup> *Ibíd.*

imposible para las víctimas ubicar temporalmente los episodios de manera que se pueda establecer su correspondencia temporal con la acusación?<sup>199</sup>

Respecto a lo anterior se hace necesario tomar en consideración las cifras de un estudio realizado por Huerta y Muñoz el 2015 sobre la valoración que los tribunales chilenos hacen del testimonio infantil de preescolares, según el cual “en los tramos entre los 6 y 12 años y entre los 12 y 17 años, el porcentaje de condena es de un 62%, mientras que el porcentaje de absolución corresponde a un 38%. Este porcentaje se invierte en el caso de los preescolares, en que el porcentaje de absolución corresponde a un 62% (91 juicios), mientras que las condenas corresponden a un 38% (55 juicios).”<sup>200</sup> De estos datos se desprende que el único grupo en que el porcentaje de absolución es mayor al de condena por delitos sexuales es en los casos en que las víctimas son preescolares, de modo que es importante tener a la vista que el testimonio de los niños y niñas víctimas preescolares, no necesariamente cumplirá con los altos estándares puestos por Tribunales, ya que aquello no se corresponde con sus características evolutivas.

Por otro lado, *intuitivamente* el testimonio de las víctimas como única prueba disponible carece del valor suficiente para dar por acreditado un hecho, pues “esta prueba proviene de una de las partes que tiene interés en la solución del conflicto, en este caso la pretensión de la víctima será que se condene al imputado”<sup>201</sup>, y en base a aquello desde antiguo en el sistema civil se ha requerido de la declaración conteste de al menos dos testigos para concederle valor pleno a una declaración<sup>202</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, las características de los delitos sexuales nos hacen replantearnos el valor que se le debe dar a esta prueba e incluso considerar el testimonio de la víctima como suficiente para derrumbar la presunción de inocencia, de lo contrario la impunidad sería la tónica en este tipo de delitos. En coincidencia con aquello se expresan Panta y Somocurcio, quienes señalan que “Si fuésemos especialmente meticulosos en la valoración probatoria y censuráramos, sin

---

<sup>199</sup>Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p.73.

<sup>200</sup> *Ibíd.*

<sup>201</sup> Riveros Vergara (2017), p.31.

<sup>202</sup> Contreras Rojas, Cristián (2017), p. 293.



más, la deposición del testigo-víctima por su particular interés en el resultado del proceso con toda seguridad, la impunidad campearía con el consiguiente resquebrajamiento de la confianza de la norma”<sup>203</sup>En el mismo sentido se ha expresado el Tribunal Supremo Español al referirse al testimonio de la víctima señalando que: “La declaración de la víctima, desde planteamientos de carácter general, puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aun cuando sea la única prueba disponible”<sup>204</sup>, no obstante, las consideraciones anteriores entran en conflicto con el estándar “más allá de toda duda razonable”, como ampliaremos más tarde en este trabajo.

En cuanto a La labor del juez que se encuentra ante la presencia de un testimonio, esta debería ser valorar aquel en relación con su veracidad y exactitud, elementos que la psicología del testimonio ayuda a aclarar, al identificar los factores que influyen sobre ellos<sup>205</sup>, sin embargo, la valoración de la prueba testimonial efectivamente no cuenta con reglas que establezcan, por ejemplo, cuándo un juez puede considerar que un testimonio es creíble, siendo esto de gran importancia al momento de valorar la declaración de la víctima.<sup>206</sup>

Por otro lado, los testimonios prestados por niñas y niños que declaran haber sido víctimas de delitos sexuales, durante muchos años han sido de difícil reconocimiento legal y muy cuestionados debido a la gran desconfianza y desconocimiento sobre “las capacidades de los propios niños y niñas que conllevase como resultado la credibilidad y fiabilidad a sus manifestaciones”<sup>207</sup>, -lo que se relaciona con lo anteriormente señalado acerca de los metaperitajes-. Al respecto cabe recordar que los delitos sexuales en que las víctimas son niñas o niños, en la mayoría de los casos se producen por miembros de la propia familia, muchas veces durante periodos largos, “que no llegan a denunciarse cuando se están cometiendo y que los niños que hablan en su

---

<sup>203</sup> PANTA, C. D. Y SOMOCURCIO, Q. V. La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿Inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria? Análisis del acuerdo plenario Nro. 2-2005/CJ-116. Disponible en: <[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_58.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_58.pdf)> [fecha de consulta: 24 abril 2020].

<sup>204</sup> Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, STS 1742/2014, 16 de abril de 2014.

<sup>205</sup> Contreras Rojas (2017)

<sup>206</sup> Riveros Vergara (2017), p.40.

<sup>207</sup> García Jiménez; Blázquez Fernández; Morales García (2002), p.39.

momento son una minoría y que son cuestionados en los hechos relatados siendo la mayoría de las veces acusados de "mentirosos" o "fantasiosos".<sup>208</sup> Especial relevancia respecto a este tema tienen los abusos intrafamiliares pues, existe una situación de dependencia afectiva y física de los menores frente a los adultos en los que confía y además quedan en una situación de indefensión tras ser sometidos a ellos.

Las especiales características de los delitos sexuales cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes, hace que sea necesario que se conozcan sus características desde el punto de vista evolutivo, pero también de la dinámica familiar y de su entorno social, con el fin de establecer directrices aplicables a la tan cuestionada credibilidad del testimonio de menores y adolescentes, para lo cual también es imprescindible tener conocimiento sobre qué es el abuso sexual, cómo se desarrolla en el tiempo y de las consecuencias que tiene y tendrá en la vida del menor u adolescente.<sup>209</sup>

Existen diversos problemas que dificultan la revelación del abuso sexual por parte de las menores víctimas, entre ellos las limitaciones verbales que poseen los niños y niñas de edad preescolar -3 a 6 años- que les dificulta o derechamente no les permite dar a conocer la experiencia que han sufrido. Al respecto "Es esperable que sus explicaciones respecto de distintas experiencias tiendan a ser más breves que en el caso de los niños mayores o los adultos, sin contener muchos adjetivos ni adverbios cuando se refieren a descripciones de lugares y personas, sin embargo, estas son muy exactas, siendo más comunes los errores de omisión"<sup>210</sup>, también se debe considerar que, los niños y niñas de entre 3 a 6 años no cuentan con las palabras adecuadas para referirse a la sexualidad, en ese sentido se deberá estar atento a la utilización de palabras con significados no consensuados socialmente por los adultos, mediante las cuales el niño o niña pretende hacer referencia a alguna idea de carácter sexual<sup>211</sup>. Los y las adolescentes por su parte pueden experimentar miedo o vergüenza para contra lo que les ha sucedido. Debemos recordar también que las entrevistas, exámenes periciales y comparecencias judiciales

---

<sup>208</sup> *Ibíd.* 41

<sup>209</sup> García Jiménez; Blázquez Fernández; Morales García (2002), p.42.

<sup>210</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p. 112.

<sup>211</sup> *Ibíd.* 124.

tiene un impacto negativo en la víctima<sup>212</sup>, lo que da lugar a la victimización secundaria como ya se ha referido anteriormente en este trabajo.

La primera dificultad a la que se deben enfrentar los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual a la hora de relatar la experiencia que han vivido es que el adulto al que se dirigen les crea, es importante que en estas situaciones los menores y adolescentes cuenten con el apoyo de los que los rodean, lo que lamentablemente no sucede en todos los casos, por el contrario, en ocasiones, tras intentar reiteradamente revelar el abuso se ven enfrentados al rechazo de las personas mayores, por lo que permanecen aún más indefensos<sup>213</sup>. Clarificador del punto anterior resulta que “la reacción de la figura significativa más cercana frente a la revelación de la agresión ha sido considerada como una de las variables más importantes en el pronóstico de recuperación emocional de la víctima”<sup>214</sup>. Todas las dificultades que presentan los niños, niñas y adolescentes llevan a que, en gran parte de los casos, el silencio culpable se apodere de las víctimas y los abusos de los que fueron parte sean revelados muchos años después.

A propósito de la confesión del abuso por parte de la víctima, muchos años después de ocurrido el delito, se deben hacer las siguientes consideraciones. Primero que: “Tanto niños como adultos manifiestan la curva del olvido que provoca que el recuerdo de un evento disminuya a medida que aumenta el tiempo desde que el sujeto lo ha experimentado”<sup>215</sup> y, en segundo lugar que el paso del tiempo es un elemento central a la hora de considerar la fase de retención que forma parte de la memoria, puesto que mientras mayor sea el intervalo transcurrido entre la perpetración del ilícito y el testimonio de la víctima, mayor será el deterioro de la huella de memoria<sup>216</sup> y a modo de conclusión cabe hacer hincapié en que: “Los menores, en cuanto a sus capacidades

---

<sup>212</sup> García Jiménez; Blázquez Fernández; Morales García (2002), p.44.

<sup>213</sup> *Ibíd.*

<sup>214</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p. 89.

<sup>215</sup> García Jiménez; Blázquez Fernández; Morales García (2002), p.52.

<sup>216</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p. 106.

memorísticas, son tan competentes recordando sucesos como puede serlo un adulto, pero no ocurre igual cuando se trata de memorizar características físicas”<sup>217</sup>.

Solo una vez que el niño, niña o adolescente pasa la primera barrera que es relatar los hechos de los que fue víctima y a su vez, ser creído por los adultos, intervienen diversos profesionales, que participan en objetivos de carácter punitivo, protector y terapéutico. La intervención de estos profesionales influye “en la situación psicológica de víctima, agresor, familia y sociedad” <sup>218</sup>. Al respecto, los investigadores en una instancia posterior a la denuncia debieran atender a precisar qué fue lo que la víctima exactamente le refirió al adulto que recibió la develación “solicitando que en lo posible repita de manera textual lo relatado, requiriéndole, además, que indique cual fue su reacción frente a la develación y que preguntas realizo a la víctima una vez que conoció de los hechos.” <sup>219</sup> Lo anterior es importante para analizar la congruencia entre lo señalado por la víctima y quien haya realizado en su representación la denuncia.

Los adultos referentes de las víctimas por su parte deben ser investigados, tanto para la eficacia de la persecución penal, como para velar porque la víctima se encuentre en un entorno protegido desde la denuncia, y luego en el transcurso del proceso, para ello, es importante que el investigador determine si el entorno de la víctima cree en su testimonio y si favorecen su vinculación con el proceso o por el contrario promueven que la víctima se retracte de sus dichos.<sup>220</sup>

Respecto a la confusión entre fantasía y realidad que se le atribuye a niños y niñas García, Blázquez y Morales son claros en señalar que: “Este estereotipo no es apoyado por las investigaciones, en especial en experiencias de abusos sexuales, pues tal y como indica la psicología evolutiva, un niño no puede fantasear sobre algo que esta fuera de su campo de experiencia”<sup>221</sup>, en el mismo sentido se expresa Harris al señalar que “ los niños y niñas distinguen el mundo real del imaginario y, aunque a veces los mezclan, no

---

<sup>217</sup> García Jiménez; Blázquez Fernández; Morales García (2002), p.52.

<sup>218</sup> *Ibíd.* 44.

<sup>219</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p. 51.

<sup>220</sup> *Ibíd.*52.

<sup>221</sup> García Jiménez; Blázquez Fernández; Morales García (2002), p.53.

manifiestan confusiones sistemáticas porque son conscientes de que hay un mundo hipotético y un mundo real”<sup>222</sup>.

Por otro lado, la retractación de las menores víctimas sucede en un gran número de casos, lo que influye nuevamente en la cuestionada credibilidad de sus testimonios, no obstante, ya desde antiguo, la comunidad científica reconoce la existencia del “Síndrome de acomodación del abuso sexual infantil”, formulado por Summit el año 1983, siendo la retractación parte de este síndrome, de esta forma se señala que:

Este síndrome contempla que es habitual que el niño se vea presionado por sus sentimientos de culpa, dolor por la actitud y/o desmembración de la familia, etc., y sienta que tiene el "deber" de proteger la unidad familiar, la forma que conoce es con la retractación, con el nuevo silencio; también puede darse el caso de que sea producida por la coacción o amenazas implícitas y/o explícitas de familiares, del agresor, etc.<sup>223</sup>.

La retractación también ha sido explicada por Perrone y Nannini, quienes han postulado la teoría del hechizo, según la cual “en la relación de abuso se produce un pacto entre agresor y víctima de difícil disolución. De este modo, aun cuando el secreto se rompa al producirse la develación, la víctima pudiera sentirse obligada a permanecer fiel a las condiciones contempladas en tal acuerdo”<sup>224</sup>, lo mismo ocurre cuando los menores son amenazados por el victimario en relación con las consecuencias negativas que traería el develamiento de la situación abusiva, al ver que estas consecuencias realmente se producen y en consecuencia, que las amenazas se hacen reales, los niños, niñas y adolescentes se arrepienten de dar su testimonio<sup>225</sup>, en conclusión, es previsible que la retractación se de en un gran número de los casos.

Finalmente, cabe destacar los estudios hechos por Jone y McGraw en 1987 donde se “analizaron 576 notificaciones de abusos sexuales realizadas al departamento de protección infantil de Denver durante 1983. De ellas, sólo el 8% fueron clasificadas

---

<sup>222</sup> Harris citado por García Jiménez; Blázquez Fernández; Morales García (2002), p.117.

<sup>223</sup>García Jiménez; Blázquez Fernández; Morales García (2002), p. 53.

<sup>224</sup> Perrone y Nannini citados por Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p. 99.

<sup>225</sup> Huerta, Duque, Blanco, Romo, Fuenzalida, Leiva, Camplá, Pereira y Muñoz (2019), p. 99.

como falsas, de las que el 6% lo fueron por adolescentes y el 2% por niños”<sup>226</sup>, los autores señalan también que, dentro de los caso de acusaciones falsas, la mayoría corresponden a hijos de padres separados o divorciados que mantienen disputas legales referidas a custodia de los hijos y/o a relación directa y regular, por tanto, la mentira en el testimonio de la víctima -menores o adolescentes- de abuso sexual es infrecuente, a similares conclusiones llegó Coolbear en 1992 , al encontrarse con un bajo porcentaje de acusaciones falsas, las que tenían como causa las enfermedades psiquiátricas de los menores.<sup>227</sup>

Como conclusión, es pertinente señalar que la cuestionada credibilidad de los relatos hechos por niñas, niños y adolescentes, ha sido superada por la comunidad científica, al señalar primero: que la confusión entre fantasía y realidad que comúnmente se les atribuye ,carece de sustento, pues según numerosas investigaciones, aquello no tiene asidero en la realidad; luego en cuanto a la retractación de aquellos, es consenso en la comunidad científica que forma parte del Síndrome de acomodación del abuso sexual infantil o de la denominada teoría del hechizo , por tanto, es común que ocurra y generalmente no es indicativo de que el testimonio de niñas, niños y adolescentes carezca de realidad.

---

<sup>226</sup> García Jiménez; Blázquez Fernández; Morales García (2002), p.55.

<sup>227</sup> *Ibíd.*

## VI. CONCLUSIÓN

El sistema de valoración de la prueba en nuestro sistema procesal penal es el de la libre valoración, de esta forma, se ha introducido el sistema de la sana crítica para dotar a la libre valoración de racionalidad. Este sistema como se ha expuesto en este trabajo no está libre de ambigüedades. Por otro lado, el juez para condenar a un imputado debe poseer la convicción más allá de toda duda razonable de que aquel es culpable, lo que se corresponde con un alto estándar probatorio que tiene por finalidad evitar la existencia de falsos positivos.

El caso de los delitos sexuales en materia probatoria presenta un sinnúmero de dificultades que van desde la existencia de poca evidencia probatoria y su fácil deterioro, hasta el cuestionamiento de los métodos utilizados para recopilarla y el mero valor indiciario que se les atribuye a los medios de prueba que se han logrado obtener mediante aquellos. Lo anterior, da cuenta del conflicto que se genera con un estándar de convicción tan alto como el presente en nuestro sistema penal, que no se ha logrado explicar lo suficiente y que recurre puramente a la subjetividad del juez, él que, sin embargo, debe tomar su decisión teniendo como límite los ambiguos criterios de la sana crítica y cumplir con la exigencia de motivar su sentencia.

Debido a la escasa existencia de evidencia probatoria en los delitos sexuales, especialmente en los estudiados que son abuso sexual y violación, el testimonio de la víctima ha jugado un rol fundamental que ha ayudado a mitigar la falta de existencia probatoria, en ese sentido también ha colaborado la psicología del testimonio al facilitar informes periciales tendientes a analizar los testimonios de las víctimas

Los delitos sexuales tienen un fuerte componente de género, lo que se percibe claramente en las cifras expuestas en este trabajo, que señalan que la mayoría de las víctimas son mujeres, niños, niñas y adolescentes; y que el género femenino es el más afectado-por mucho- sin importar el tramo etario del que se trate. Importante es señalar también que estos delitos y sus características deben ser vistos en consideración con la existencia del componente patriarcal existente en la sociedad, el que se caracteriza por potenciar las diferencias de poder existentes entre géneros y la

legitimación de la violencia, lo que repercute en la perpetración de estos delitos y debe ser tenido a la vista.

Debido a las dificultades probatorias que presentan este tipo de delitos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo aquellas ha adoptado una perspectiva de género, atendiendo a las particularidades que presentan las víctimas de estos delitos, en ese sentido, ha adoptado un estándar probatorio sensible con esta problemática. De esta forma, ha valorado el testimonio de las víctimas teniéndolo como una prueba “necesaria y suficiente” en la determinación de los hechos<sup>228</sup>, la Corte ha señalado también que “en general, la violación sexual se caracteriza por producirse en ausencia de testigos y que, “dada su naturaleza”, no se puede contar con pruebas documentales o gráficas, por lo que la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental”<sup>229</sup>, de esta forma a nivel internacional el “estándar probatorio para supuestos de violencia sexual se construye a partir de la declaración de la víctima, si es que ha sobrevivido a la agresión.”<sup>230</sup>

El problema que se genera entonces, en nuestra realidad nacional tiene que ver con determinar si el testimonio de la víctima por sí solo es suficiente para cumplir con el “estándar más allá de toda duda razonable” y por ende derrumbar la presunción de inocencia, la pregunta es especialmente compleja considerando que no existen criterios claros en nuestra legislación que determinen cuándo se debe estimar que un testimonio contiene la fuerza suficiente para ser considerado verídico. La existencia de los informes periciales basados en la psicología del testimonio ha suplido parcialmente aquella deficiencia, sin embargo, su presencia y correcta formulación no asegura que el juez no tenga ninguna duda razonable a la hora de dictar sentencia, sobre todo atendiendo a que el concepto “más allá de toda duda razonable” es vago y ha sido interpretado por nuestra jurisprudencia y doctrina atribuyéndole un carácter subjetivo. A lo anterior se suma la incidencia que podrían tener en el ente juzgador las

---

<sup>228</sup> Di Corleto, Julieta (2015), “La valoración de la prueba en casos de violencia de género”, en Garantías constitucionales en el proceso penal, Buenos Aires, Editores del Puerto. p. 4 (caso penal Castro Castro vs. Perú)

<sup>229</sup> *Ibíd.* (caso Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México)

<sup>230</sup> *Ibíd.*



altas penas que tienen como consecuencia los delitos sexuales, así como el daño a la honra que se produce al ser considerado culpable de un delito sexual.

Es por lo anterior, que se hace necesario reevaluar este estándar a la luz de un criterio de género – como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos- en cuanto a su aplicación en los delitos sexuales, y analizar si en estos casos efectivamente este estándar colabora con el fin último de todo ordenamiento judicial que es obtener justicia.

## BIBLIOGRAFIA

- Accatino, Daniela, (2011) “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII*.
  
- Arroyo Sánchez, Gloriana (2016), “Valoración Médico legal de la víctima del delito sexual” en *Revista Medicina Legal de Costa Rica Vol.33(1)*,
  
- Bendava, Domingo, (1997), *Derecho Procesal: Juicio Ordinario y Recursos Procesales*. 4ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica.
  
- Bovino, Alberto (1995), “Delitos sexuales y feminismo legal: [Algunas] mujeres al borde del ataque de nervios”, en revista Jurídica de la Universidad de Palermo.
  
- Bustos Díaz, Marianella (2015), *LA EVALUACION PSICOLOGICA EN EL AMBITO PENAL: Estudio exploratorio descriptivo sobre la solicitud de pericia que realiza el ministerio público en la investigación de delitos sexuales*, Santiago de Chile. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.
  
- Canales, Javiera; D’Angelo, Arianna; Dides, Claudia; Fernández, Constanza, “Violencia Sexual”. Disponible en: <<http://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2019/01/capi%E2%95%A0%C3%BCtulo-violencia-sexual.pdf>> [fecha de consulta: 23 de abril de 2020].
  
- Castello; Francés y Verdú (2009), “Investigación médico forense de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en *Revista Cuadro Médico Forense*, 15(55).
  
- Contreras Rojas, Cristián (2017), “La valoración de la prueba testimonial en el proyecto de Código Procesal Civil. Una tarea inconclusa”, en *Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXX -Nº1*.
  
- Devis Echandia, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial tomo I*, Bogotá, Editorial Buenos Aires.
  
- Di Corleto, Julieta (2015), “La valoración de la prueba en casos de violencia de género”, en *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del puerto.
  
- Ferrer Beltrán, Jordi (2003), “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales” *Jueces para la democracia*, Nº47.

-Ferrer Beltrán, Jordi (2007), *La valoración racional de la Prueba*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

-Ferrer Beltrán, Jordi (2005), *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

- Fernández-Figares Morales, María José (2012), “La fuerza probatoria del testimonio de la víctima en la condena por delitos de violencia contra la mujer”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica* Núm. 28

-Fiscalía de Chile “Delitos Sexuales”. Disponible en:<<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/sexuales.jsp>> [fecha de consulta: 23 de abril de 2020].

- García Jiménez, Milagros; Blázquez Fernández, María Soledad; Morales García, María Luisa (2002), “Abuso sexual infantil. Credibilidad del testimonio”, en revista *Eúphoros*, ISSN 1575-0205, N.º. 5.

- Garrido Montt, Mario (2010), *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica.

-Herrero Fabregat, Clemente, (2012) “HACIA UNA DIDÁCTICA INTEGRADA DE LAS CIENCIAS SOCIALES”, *Revista de Didácticas Específicas*, n.º 6.

- Horvitz, L. M. y Lopéz, M. J. (2010). “Derecho Procesal Penal chileno”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.

- Huerta Castro, Sofía; Duque Duvauchelle, Carolina; Blanco González, Alejandra; Romo Fernández, Verónica; Fuenzalida Cruz, Rose Marie; Leiva Chacana, Aída; Camplá Bolívar, Xaviera; Pereira Ávila, Patricia; Muñoz García Patricia (2019), “Guía para la Evaluación Pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales”. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/estudios.do>> [fecha de consulta: 23 de abril de 2020].

- Hunter Ampuero, Iván (2015), “Reglas de la prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?”, Talca, en *Revista Ius et Praxis*, Año 2, N.º1.

- Iglesias Canle, Inés (2010), “LA PRUEBA EN VIOLENCIA SEXUAL Y EN VIOLENCIA DE GÉNERO: ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA DE ADN”, en *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*, n.51.

-Mañalich R, Juan Pablo (2014), “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista Ius et Praxis* vol.20 no.2

- Maffioletti Celedón, Francisco; Huerta Castro, Sofía (2009), “La evaluación pericial psicológica de daño en víctimas de delitos sexuales” en Revista Jurídica del Ministerio Público N°40

- Montoya S, David; Díaz S, Ricardo; Reyes O, Fernando; Abusleme A, Carlos; Garrido C, Jaime (2004), “PERITAJE MÉDICO LEGAL EN DELITOS SEXUALES: UNA PAUTA PRÁCTICA PARA SU CORRECTA REALIZACIÓN”, en *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* 69(1).

- Mosquera Ruiz, Mario; Maturana Miquel Cristián (2010), *Los recursos procesales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

- Nieva Fenoll, Jordi (2010), *La valoración de la Prueba* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

- Organización de Naciones Unidas [ONU], 2005, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos

- PANTA, C. D. Y SOMOCURCIO, Q. V. La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿Inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria? Análisis del acuerdo plenario Nro. 2-2005/CJ-116. Disponible en: <[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_58.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_58.pdf)> [fecha de consulta: 24 abril 2020].

<sup>1</sup> Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, STS 1742/2014, 16 de abril de 2014.

- Ramos Méndez, Francisco, (1997), *Enjuiciamiento Civil, Vol. I*, Barcelona, Editor J.M. Bosch.

- Reyes Molina, Sebastián (2012), “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXX-N°2

-Riveros Vergara, Claudia (2017), “Criterios para la valoración judicial de la credibilidad de la declaración de la víctima en delitos de índole sexual”, Santiago de Chile, Memoria para optar al Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

-Sandoval Delgado, Emiliano (2011), “LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS JUICIOS ORALES: SU SIGNIFICADO ACTUAL”, Guadalajara, *Letras Jurídicas* Núm. 13.

- Scott, María Teresa; Manzanero, Antonio; Muñoz José; Köhnken , Günter(2014), “Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil” en *Revista Anuario de Psicología Jurídica* 24

-SERVICIO MÉDICO LEGAL, “Agresiones sexuales”. Disponible en: <<http://www.sml.cl/sexologia.html>> [ fecha de consulta: 25 julio 2017].

- Unicef “Edad Mínima para el consentimiento sexual”. Disponible en :<<https://www.unicef.org/lac/media/2646/file/PDF%20Edad%20m%C3%ADnima%20para%20el%20consentimiento%20sexual.pdf>>[fecha de consulta: 23 de abril de 2020].