

La defensa de género: Algunos problemas probatorios en materia de legítima defensa
Gender defense: Some evidentiary issues in self-defense

Jesús Ezurmendia A.

Universidad de Chile

jezurmendia@derecho.uchile.cl

María de los Ángeles González C.

Universidad de Chile

magonzalez@derecho.uchile.cl

Jonatan Valenzuela S.

Universidad de Chile

jvalenzuela@derecho.uchile.cl

RESUMEN: En el presente artículo se plantea un problema probatorio vinculado a la interpretación de la legítima defensa, asumiendo la existencia de la perspectiva de género en escenarios judiciales en que la imputada ha cometido la conducta típica del homicidio en contra de un sujeto agresor habitual en el contexto de violencia sexual. Se presenta una interpretación de la legítima defensa proyectada en los diversos momentos de la actividad probatoria dentro del proceso penal, considerando las etapas de investigación, valoración, y la aplicación de un determinado estándar de prueba. Luego, se plantea la necesidad de presentar una construcción que incluya a la perspectiva de género que eluda las trampas de comportamientos estereotipados de los operadores del sistema de justicia penal, tomando en cuenta las asimetrías estructurales entre víctimas y agresores.

Palabras clave: Legítima Defensa, Derecho Probatorio, Proceso Penal, Teoría de Género, Mujer y Violencia Sexual.

Introducción

La literatura procesal se ha pronunciado esesamente respecto de la utilización de argumentos defensivos en el proceso penal.

Ese déficit obedece, en parte, a una perspectiva poco crítica respecto de las instituciones penales y su proyección en el campo procesal. En este marco, creemos necesario visitar a la legítima defensa desde el punto de vista de su potencial proyección en el razonamiento probatorio.

Creemos que un punto esencial en ese ejercicio es integrar a la perspectiva de género en el ámbito probatorio. La utilidad de este punto de vista ha sido múltiple en el campo del razonamiento probatorio: se ha enfocado en revisar, de modo general, la posibilidad de

rebajar el estándar de prueba en el caso de ciertos delitos; en identificar ciertos sesgos y estereotipos en el momento de valoración de la prueba y cómo estos influyen finalmente en la valoración de la prueba y; en la situación específica de los medios de prueba, el estudio ha tenido su centro en el examen del testimonio único de la víctima.

El nudo crítico se ha situado en revisar cómo la perspectiva de género debe ser utilizada desde la etapa de investigación hasta la aplicación del estándar probatorio en aquellos casos en que la víctima actúa como interviniente dentro del proceso penal desde dicha posición. Ha existido muy poco análisis respecto a la utilización de la perspectiva de género en aquellas situaciones en que la mujer no interviene como ofendida por el delito, sino como imputada dentro de un proceso donde se le ha acusado por el homicidio de su actual o anterior pareja y donde se alega la legítima defensa como argumento defensivo por haber sido víctima reiterada de violencia de parte de la víctima de dicho proceso.

Es por lo señalado en precedencia que, en el presente artículo, hemos querido revisar, desde las distintas etapas de la actividad probatoria, cómo debiese enfocarse la defensa de una mujer imputada por delito de homicidio que argumenta una exclusión del carácter antijurídico de la acción realizada como es la legítima defensa. Creemos que en este tipo de casos es ineludible asumir la incorporación de la perspectiva de género para estudiar la concurrencia e interpretación de la legítima defensa.

Comenzaremos refiriéndonos a la legítima defensa en general como regla defensiva dentro del proceso penal, para luego enfocarnos cómo en cada etapa de la actividad probatoria debe revisarse este argumento defensivo, con perspectiva de género.

El trabajo se dividirá, a este efecto, en dos ejes principales, (i) la legítima defensa; y (ii) las etapas de la actividad probatoria donde revisaremos dividiendo por apartados la etapa de conformación, valoración y aplicación del estándar probatorio desde una mirada general, al inicio, para luego enfocarnos en la legítima defensa y la perspectiva de género en cada una. Por último, (iii) ofreceremos una sección destinada conclusiones.

1. La legítima defensa

El proceso penal es un ritual diseñado para justificar la sanción de los culpables de cometer delitos, pero sólo de ellos. Conforme a la visión tradicional defendida por BENTHAM el proceso penal supone definir si un cierto y determinado hecho que constituye al delito está probado de modo de justificar la sanción al autor del mismo².

Con lo anterior, se suele destacar que el proceso penal tiene reglas probatorias que miran fuertemente a las condiciones para justificar el castigo en el acto de la sentencia. Este proceso se organiza como un grupo de disposiciones normativas que tienden a la evitación de la condena de inocentes³.

² De este modo Bentham define el sentido de utilidad de las leyes adjetivas penales: “¿de qué se trata en lo penal? De decidir si un cierto y determinado hecho, que se llama delito, está o no probado, y por lo tanto, si el individuo acusado debe someterse a la obligación de sufrir la pena legal de este hecho” BENTHAM (1825), pp. 3 – 4.

³ VALENZUELA (2017), pp. 35-46.

Esto, por contrapartida, supone que quienes pueden ser condenados como autores de un delito deben pasar por una serie de actos que permitan sostener que son fehacientemente responsables de los hechos acaecidos.

En este marco, las defensas, tienen un papel fundamental en el entramado del proceso penal y del derecho penal sustantivo.

En el proceso penal la noción de defensa se ha impuesto como un derecho dentro del proceso. De hecho, el propio Código Procesal Penal utiliza con claridad la expresión “defensa” considerándolo un derecho o garantía del imputado durante todo el desarrollo del procedimiento (artículo 8° del Código Procesal penal).⁴

Ahora, esta visión genérica del derecho a defensa no explica la existencia de “defensas” entendidas como argumentos que se despliegan en el proceso para favorecer la posición del imputado, ya sea cancelando la pretensión punitiva en su contra, o produciendo una modificación de la misma que mejore la posición del imputado frente a esa misma pretensión.

Dentro de esas defensas, encontramos algunas referidas a normas, otras a máximas de la experiencia y otras que se refieren al uso de conceptos. En el caso de las defensas referidas a normas (o normativas) nos encontraremos con argumentos contruidos sobre la base de la interpretación de una determinada regla del derecho de modo tal que resulte favorable al acusado.

En el caso de las defensas referidas al uso de mejores máximas de la experiencia (o probatorias) nos encontramos con argumentos que tienden a la verificación o no de puntos de hecho en el proceso derivados del uso de una determinada máxima y que pueden tener fuerte incidencia en el escenario de la sentencia definitiva o durante el procedimiento.

Existen, finalmente, algunas defensas que pueden vincularse al uso de conceptos por parte del tribunal que incida directamente en el uso de una defensa normativa o relativa a una máxima de la experiencia. En este punto la defensa sirve para realizar un cometido propio de los conceptos, es decir, sirve para definir, clasificar, establecer esquemas, prioridades, entre otros.

En este escenario creemos ineludible el esquema propuesto por González Lagier: el razonamiento probatorio del juez puede ordenarse en tres grandes grupos de inferencias: i) inferencias probatorias epistémicas; ii) inferencias probatorias normativas; iii) inferencias probatorias conceptuales y a esos razonamientos generados por el acusador en el proceso es a lo que responden los argumentos defensivos⁵.

Es en este sentido que deben ser estudiadas las reglas defensivas que establecen una exclusión del carácter antijurídico de la acción realizada como es la legítima defensa que ha sido

⁴ El artículo 8° del Código Procesal Penal chileno sostiene: “Artículo 8°.- Ámbito de la defensa. El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

Todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado.

El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”.

⁵ GONZÁLEZ LAGIER (2014), pp. 85-117.

entendida canónicamente como “la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada”⁶.

Luego, con mayor precisión, la legítima defensa ejercida por parte de una mujer que ha sido víctima de violencia de género debe ser entendida como un argumento defensivo que tiende a mejorar la posición jurídica de la acusada en la sentencia llevando adelante un juicio de los hechos más preciso y conforme a derecho.

Así ha sido establecido por la doctrina chilena hace ya algunos años, señalando Villegas en este sentido que:

“Para que se pueda actuar en defensa es preciso que haya necesidad de defenderse, esto es, necesidad de hacer algo para repeler una agresión o impedir que se consuma: “Desde el momento que una agresión ilegítima pone en peligro un bien jurídico de un individuo, y aunque esté presente la fuerza pública y pueda intervenir (incluso suficientemente), desde ese momento surge la necesidad de defensa para el bien jurídico”. Por eso, no puede hallarse el fundamento de la legítima defensa en la imposibilidad de protección por parte de los órganos estatales en un momento dado, pues ello conduce a otorgarle un carácter subsidiario frente al Estado, que la doctrina está conteste en rechazar. Sin embargo, y como veremos más adelante, este carácter subsidiario de la eximente es normalmente esgrimido para negar su concurrencia en casos de VIF”⁷.

En el concreto ámbito de la defensa legítima por medios activos tenemos que el escenario defensivo se constituye conforme con las condiciones del artículo 10 número 4 el Código Penal⁸.

Lo que no ha sido enfrentado son las condiciones en que la “necesidad de defenderse” tienen lugar en el proceso penal. Más concretamente, creemos necesario complementar esta visión que supone una lectura amplia de la legítima defensa en términos de su integración en el razonamiento probatorio del juez.

Las condiciones de aplicación de esta regla requieren la verificación de las hipótesis de hecho prescritas por el legislador de modo de expresar una determinada valoración a la conducta de quien podría realizar un tipo penal en un escenario de agresión ilegítima a través de medios racionales sin que medie provocación suficiente.

Cuando analizamos esta figura en el contexto de la violencia de género, el primer problema que debe considerarse es el relativo a la actualidad de la agresión que da lugar a la defensa. Así, Villegas sostiene que: “El problema se presenta en relación a la actualidad de la agresión en el caso de la mujer homicida, pues normalmente para apreciar la legítima defensa se exige que ella se esté produciendo en el instante en que la mujer se defiende matando”⁹.

Lo anterior va de la mano con una pretensión de igualitarismo que no parece compadecerse con la realidad criminológica de los delitos cometidos en el seno de la convivencia familiar.

⁶ ETCHEBERRY (1997), p. 249. Véase sobre las dimensiones dogmáticas de esta institución WILLENMANN (2015).

⁷ VILLEGAS (2010), p. 152.

⁸ Conforme a esa disposición están exentos de responsabilidad criminal: “El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera. Agresión Ilegítima. Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

⁹ VILLEGAS (2010), p. 153.

En este sentido, se ha sostenido que la violencia sexual contra las mujeres reviste caracteres propios que la diferencian de otras estructuras violentas reguladas por las normas penales, la violencia sexual emana de la configuración de la sociedad como asimetría entre hombres y mujeres, como proyección de esa disparidad lo femenino se subordina a lo masculino, siendo lo femenino subyugable, incluso a través de la violencia, con relativa naturalización¹⁰, al punto que la vulnerabilidad de lo “femenino” se puede definir por la posibilidad de ser objeto de algún tipo de violencia sexual, es decir, “ser mujer” en función de ser especialmente vulnerable ante este tipo de violencia¹¹.

Lo anterior, para fines de la construcción de los requisitos de la legítima defensa, supone que ésta se realice desde el prisma que esta vulnerabilidad plantea, de forma tal que la violencia que sirve de antecedente como agresión -en tanto requisito de la causal de justificación- no debe ser necesariamente física, actual, caracterizada por la agresión efectiva, sino también la expectativa que genera el agresor en la víctima de la posibilidad de sufrir una agresión sexual de mayor entidad.

Lo anterior, genera un estado de angustia y desesperación, especialmente ante la existencia de episodios anteriores o reiterados de violencia sexual directa e invasiva¹².

Las situaciones que configuran las hipótesis de hecho de la legítima defensa deben ser analizadas conforme al contexto de producción que tiene lugar en el preciso campo de las relaciones entre hombres y mujeres. Como bien apunta Villegas, existe una igualdad aparente si se pretendiera afirmar su conducencia al campo de las relaciones de poder entre hombre y mujer cuando éste puede ser caracterizado como violento.

De hecho, es claro que la manera en que la violencia de género suele ejercerse, obliga a considerar que la reacción defensiva por parte de la mujer no tiene un despliegue fáctico igual a los casos tradicionales de defensa inmediata ante agresiones típicamente consideradas en la doctrina penal.

Así visto, el carácter permanente del estado de agresión en contra de la mujer debe ser tenido en cuenta para la configuración de esta causal de justificación. Es claro que el modo en que las agresiones se despliegan en contra de la mujer, en un contexto de relación de pareja, tienden a adoptar un modo sistemático. En ocasiones, nos encontramos ante un supuesto de mantenimiento de la conducta agresiva y de dominación que, incluso, llega más allá de la separación de hecho de la pareja. Es por ello, que la agresión debe ser interpretada de modo de contar con una perspectiva de género en el sentido de dotar al artículo 10 número 4 del Código Penal de un sentido que sea capaz de captar aquellos casos en que existe una conducta defensiva en la línea de lo anteriormente definido.

El castigo penal no pretende imponerse a sujetos cuya responsabilidad puede ser discutida por la concurrencia de reglas de permiso y de retirada de la antijuridicidad como es la legítima defensa¹³.

¹⁰ CLÉRICO Y NOVELLI (2014), p. 263.

¹¹ MACKINNON (1989), p. 393

¹² Sobre esta concepción amplia de violencia contra la mujer se ha pronunciado la CIDH en el caso *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, párrs 276 y 346.

¹³ De hecho, si uno revisa sistemáticamente la regulación de la denominada “legítima defensa privilegiada” encontramos que el camino que el legislador penal chileno ha seguido es el de dotar de una interpretación

Lo anterior, como veremos, es relevante cuando nos preguntamos por la manera en que concretamente los tribunales deben enfrentar esta concurrencia. Es decir, pareciera que la respuesta correcta a nivel de derecho penal sustantivo requiere un complemento desde el punto de vista del concreto razonamiento judicial esperado.

En este sentido, en la doctrina chilena se ha sostenido que: La legítima defensa puede apreciarse también cuando la agresión es incesante, lo que suele suceder en los delitos permanentes, p. ej. la víctima de una detención ilegal que se defiende de su captor mientras dura la privación de libertad. Si el secuestrado puede defenderse legítimamente de su agresor, ¿por qué no puede hacerlo la víctima de malos tratos y agresiones habituales? La escasa jurisprudencia en nuestro país parece quedarse en el umbral y no profundizar ni hacerse cargo mayormente del tema. En las sentencias ya mencionadas, cuando se ha acogido la legítima defensa ha sido para “reforzar” una agresión *in actum* o inmediata. En nuestra opinión, la agresión ilegítima en contexto de VIF siempre es actual (aun cuando el bien jurídico amenazado no sea la vida o la integridad física), porque de forma permanente se está lesionando la libertad y la seguridad de la mujer y los hijos¹⁴.

Como puede apreciarse la violencia ejercida en el ámbito de la pareja, debe ser considerada conforme con criterios que sean efectivamente igualitaristas, es decir, excluyendo razonamientos que resulten en una omisión de la perspectiva de género en la interpretación de la regla defensiva. Esto genera la necesidad de interpretar el artículo 10 n° 4 del Código Penal conforme con una visión integradora desde el punto de vista de la operatividad de la regla defensiva.

Un punto que debe también considerarse en este marco es la necesidad de contar con una versión equilibrada del medio racional utilizado como acto defensivo. En los casos de agresiones cometidas en contra de mujeres, suele aparecer la pregunta sobre la racionalidad del medio, puesto que es común pensar que la mujer agredida, una vez que la agresión termine o se pause, puede huir o pedir auxilio a la policía.

Esto no es correcto considerando la forma en que la violencia contra las mujeres se produce. Así, entre nosotros se ha sostenido: “[q]ue la mujer tenga que huir en lugar de atacar a su agresor, como irse a casa de la vecina, o de parientes, no es un requisito que la ley imponga para apreciar la legítima defensa. [...] [l]a huida vergonzosa, no puede exigirse al que se encuentra en legítima defensa, pues ante el injusto de la agresión nadie está obligado a ceder”¹⁵.

Lo anterior es importante considerando que en los casos de violencia en contra de la mujer suelen existir espacios de tiempo y reacciones que no pueden ser simplemente igualadas conforme a una tesis genérica que carezca de esta perspectiva¹⁶.

De hecho, tampoco puede esperarse que la agresión que se produce deba además contar con un respaldo probatorio preliminar. Es decir, puede ocurrir que las mujeres víctimas de violencia denuncien y sigan adelante procesos de carácter judicial ante las agresiones que pueden padecer, pero es muy habitual que ese proceso no se siga de manera detallada o

contextual al ejercicio de la conducta defensiva ante agresiones, incluso potenciales, como ocurre con la noción de escalamiento en la vivienda de quien ejerce la defensa.

¹⁴ VILLEGAS (2010), pp. 156-157.

¹⁵ VILLEGAS, (2010), p. 158.

¹⁶ LARRAURI, (1994).

simplemente no se produzca. Incluso existe evidencia a nivel comparado que muestra que muchas denuncias presentadas en este contexto son retiradas¹⁷.

Todo lo señalado hace surgir la pregunta sobre cuáles son los problemas probatorios que surgen en el contexto de la legítima defensa y qué condiciones probatorias deben tenerse en cuenta en el momento de la decisión judicial sobre la concurrencia de esta exclusión del carácter antijurídico de la acción en este tipo de casos.

2. Legítima defensa y actividad probatoria

La actividad probatoria que se desarrolla dentro de un proceso judicial se compone de diversas etapas. Estas etapas se encuentran claramente distinguidas en el proceso penal chileno, aunque su denominación y contenido en la doctrina penal no es del todo pacífico.

En este trabajo distinguiremos tres momentos que consideraremos fundamentales en el proceso de construcción de la premisa fáctica en la sentencia. Se trata de momentos lógicamente distintos, consecuenciales y sucesivos, típicamente reconocibles en las diversas etapas del proceso penal chileno.

Estos momentos o etapas, como bien ilustra Ferrer, son (i) la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas; (ii) la valoración de los elementos de juicio o pruebas; y (iii) la adopción de la decisión sobre los hechos probados¹⁸.

En relación a cada uno de ellos estudiaremos cuáles son los problemas y cómo estos se deberían sortear respecto a un razonamiento probatorio determinado por la concurrencia de la legítima defensa. Como hemos advertido más arriba consideramos que para el tipo de caso que analizamos debemos considerar a la perspectiva de género. Lo anterior, como ha señalado Araya, responde a que las infracciones a normas penales de violencia patriarcal poseen ciertas características que les son particularmente distintivas, tales como “contextos de sumisión, sentimientos de ambivalencia en la víctima, la existencia de relaciones afectivas y el hecho de que generalmente los sucesos tienen lugar en espacios cerrados, de intimidad y sin espectadores”¹⁹. Estas características no suponen un ejercicio de suma cero en materia de razonamiento probatorio, toda vez que la episteme del proceso se enmarca en una incertidumbre fáctica amplificada, que podría, eventualmente disminuir la probabilidad de una decisión correcta²⁰, especialmente en el marco de la aplicación de una institución que exceptúa la punición, como derrotabilidad de la regla, como es la legítima defensa.

2.1. Momento de conformación del material probatorio.

Para llegar a la decisión jurídica que resolverá el conflicto sometido al conocimiento del juez, es imprescindible la proposición y práctica de pruebas durante el proceso judicial. Esto permitirá conformar los llamados “elementos de juicio” que consisten en el conjunto de

¹⁷ LARRAURI, (2003).

¹⁸ FERRER (2007), p. 48.

¹⁹ ARAYA (2020), p. 38

²⁰ ARAYA (2020), p. 38

elementos que se forma por la prueba aportada y admitida en el proceso, y que van a apoyar o rebatir las distintas hipótesis sobre los hechos del caso²¹.

Este momento de conformación del material probatorio ha sido entendido como aquel en que se determinará qué elementos probatorios serán desarrollados y valorados, o en otras palabras, con qué cantidad de antecedentes contamos que permitan comprobar los enunciados sobre los hechos planteados.

Para determinar qué elementos incluir, y cuáles deben descartarse, se han señalado criterios de diversa índole, algunos en aras del procedimiento como tal, donde nos encontramos con la exclusión por pertinencia o abundancia; otros, en razón de protección de valores ajenos a la averiguación de la verdad, pero que son considerados valiosos dentro del sistema como la exclusión de prueba ilícita por vulneración de garantías fundamentales en su obtención²², los testigos de oídas o *hearsay* e inmunidades o prohibiciones de declarar de ciertos sujetos en virtud de calidades profesionales o vínculos con los intervinientes, que el derecho del *common law* llama *privileges*²³, así como el principio de no autoincriminación o *nemo tenetur*²⁴. Todos estos mecanismos de depuración se justifican en la existencia de lo que LAUDAN considera valores no-epistémicos de política pública, establecidos por el legislador de forma tal que deban preferirse, como regla de política pública, por sobre el acceso al conocimiento para el establecimiento de los hechos en el proceso²⁵.

Hay ciertas normas de exclusión basadas en distintos principios o valores que suponen la exclusión del acervo de evidencia que será considerada en juicio a todas las pruebas que se consideren atentatorias contra dichos principios²⁶. Estas reglas operan como reglas contra-epistémicas que deben respetarse, pero que impiden que contemos con toda la información disponible para decidir²⁷.

Además de estos criterios, en general se ha establecido la relevancia y admisibilidad como baremos para la determinación de qué elementos de prueba deberán ser incorporados al juicio. En el caso de la primera, un elemento de juicio se ha estimado como relevante para la evaluación de ciertas hipótesis sólo si, siendo creíble, hace que la hipótesis sea más probable de lo que era antes²⁸, en otras palabras, sólo será relevante un elemento, si es útil para establecer la confirmación de la hipótesis referida²⁹ y obedece a “la codificación jurídica de

²¹ El derecho a la prueba, aunque garantizado constitucionalmente, cesa cuando la proposición de prueba se hace fuera de plazo, sin guardar las formalidades básicas, y se intenta allegar al proceso prueba impertinente, inútil o reiterativa. En este caso, el límite del derecho a la prueba vendría dado por el respeto a los demás derechos fundamentales que reconoce el ordenamiento, tales como el derecho a la integridad física o psíquica, al honor y a la intimidad personal, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, por mencionar algunos PICÓ I JUNOY (1996), p. 42.

²² TARUFFO (2008), pp. 37-38.

²³ FERRER (2007), p. 43.

²⁴ CÁCERES (2015), p. 2287.

²⁵ LAUDAN (2013), p. 20.

²⁶ BAYÓN (2008), p. 16; GASCÓN (2005), p. 128.

²⁷ BAYÓN (2008), p. 16.

²⁸ LAUDAN (2013), p. 44. Es importante señalar que Laudan hace un análisis previo de credibilidad o fiabilidad, el que, como desarrollaremos en esta investigación, no debiese afectar luego a la prueba testimonial.

²⁹ TARUFFO (2002), p. 364.

los principios de la lógica³⁰. Así, este criterio se relaciona directamente con el objeto del proceso en el que se discute³¹.

Respecto a la admisibilidad, esta busca “(...) establecer qué elementos o medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso”³². En relación a esta, debe determinarse si el proceso en que han sido incorporados los elementos de juicio contiene o no normas sobre exclusión. Como se ha señalado “en términos generales, los problemas de admisibilidad serán resueltos por la aplicación de reglas más bien precisas que definen cuando cierta información puede ser presentada en juicio y cuando debe ser excluida de éste”³³.

En nuestro proceso penal, el artículo 295 CPP establece la libertad probatoria que busca entonces contar con la mayor cantidad de antecedentes disponibles, lo que haría disminuir el error judicial³⁴. Este enunciado normativo, en particular, tiene por objeto una mayor flexibilización del proceso impidiendo la existencia de ciertas barreras de entrada de determinados medios de prueba o más claro aún, que existan prohibiciones para corroborar ciertos enunciados específicos. Ergo, se busca que el acervo probatorio sea lo más completo posible permitiendo epistémicamente un mayor grado de conocimiento que traiga como consecuencia averiguar la verdad en razón de lo alegado por los intervinientes.

Así, la legítima defensa constituye una hipótesis probatoria del caso. Si consideramos entonces a la concurrencia de la hipótesis de hecho de la legítima defensa como un asunto que supone el despliegue de actividad probatoria, pareciera que debe entenderse como parte del escenario de corroboración de la regla -la que establece una causal que justifica la conducta e impide el reproche penal- a los hechos que permiten una interpretación que lleve al tribunal a dotarla de sentido en el proceso.

Creemos que ese ejercicio se debería encontrar determinado por la perspectiva de género. Es decir, en los casos en que se trata de analizar un acto constitutivo de homicidio realizado por una mujer, debe indagarse en los hechos del caso de modo de decidir la concurrencia de hipótesis defensivas que surjan de la verificación de un escenario de violencia de género preexistente. Creemos que la interpretación dogmática de la legítima defensa debe ser enriquecida con toda la información disponible para dar cuenta de la mejor explicación posible.

Esta “mejor explicación” supone la formulación de algunas hipótesis en las que necesariamente juega un papel la perspectiva de género tal y como veremos a continuación.

³⁰ TARUFFO (2002), p. 364

³¹ TARUFFO (2002), p. 364.

³² TARUFFO (2008), p. 37.

³³ COLOMA et al, (2009), p. 305. En el proceso penal chileno existe una regla que se titula “exclusión de pruebas para el juicio oral”, que incluye, como categorías susceptibles de ser excluidas por el juez de garantía las siguientes: 1) pruebas manifiestamente impertinentes; 2) pruebas que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; 3) reducción de número de testigos o documentos cuando se estimare que producirían efectos puramente dilatorios, o cuando versasen hechos y circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que será sometida al conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal; 4) pruebas provenientes de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas; 5) pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (art.276 CPP).

³⁴ LAUDAN (2013), p. 22.

2.1.1. Perspectiva de género en la conformación de elementos de juicio y la legítima defensa

Tomando en consideración lo anterior, en el caso de la legítima defensa en casos de violencia contra la mujer hay muchos elementos que se involucran. Así, esta etapa es fundamental respecto a qué prueba podrá rendirse ante el Tribunal Oral en lo Penal, por lo que se hace necesario revisar con detalle el artículo 276 CPP.

Se debe tener presente que el proceso penal presenta un interés importante en la figura del imputado. Es una crítica común desde la teoría de género y las teorías feministas, que la construcción del entramado jurídico es típicamente erigida bajo un paradigma patriarcal y masculinizado³⁵. Así, esa construcción, siendo en esencia masculina, se cimenta sobre una idea de imputad-o, es decir, el hombre como medida y baremo del proceso penal³⁶ lo que implica que la introducción al proceso penal que, proyecta adjetivamente las reglas sustantivas del *ius puniendi* estatal, y que permiten su aplicación al caso concreto tiende a reproducir el modelo masculino desde una doble perspectiva.

Primero, es una proyección de reglas materiales penales que podrían no ser representativas de la realidad asimétrica existente entre hombres y mujeres para la aplicación de la norma penal. Además, el proceso penal, en su intención de neutralidad es una representación más -valorativamente marcada- de dicha asimetría sustantiva señalada anteriormente, operativizada mediante reglas procesales, en la que si no se aplica la perspectiva de género se puede llegar a resultados perversos. El derecho, como construcción humana, no escapa a ser una construcción del hombre, donde es el hombre “la medida de todas las cosas”³⁷.

Asumiendo una perspectiva marcadamente epistemológica, el proceso -y el conocimiento jurídico-, en su pretensión de objetividad puede estar marcado por un arquetipo masculino³⁸. No es baladí por tanto la regla de exclusión probatoria que se emplee porque esta puede favorecer o no tratos desiguales contra mujeres.

Por lo anterior, se hace necesario durante la etapa de investigación y de ahí en adelante, realizar acciones para que este trato desigual se vea morigerado, en especial si la mujer interviene como imputada. La etapa de investigación es la etapa que levantará las evidencias que permitirán conformar los elementos probatorios que sostendrán las distintas hipótesis del caso, y es por eso que tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto el acento en la falta de exhaustividad en la investigación de determinados delitos con motivaciones machistas, como denota la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*³⁹ o como bien señala Ramírez:

“[c]uanto menores sean los niveles de exigencia probatoria aceptados por los tribunales, menores serán los esfuerzos investigativos y acreditativos realizados por los cuerpos policiales y los órganos de la investigación y acusación. Por el contrario, mayores niveles de exigencia estimulan mejores investigaciones y acopio de pruebas de distinto origen”⁴⁰.

³⁵ LACEY (1998), p. 7. En el mismo sentido MCKINNON (2014), pp. 59-60: “la neutralidad del género es simplemente el estándar masculino, y la regla de protección especial es simplemente el estándar femenino. Pero no nos dejemos engañar: la masculinidad es el referente para ambos”.

³⁶ LACEY, (1998), p. 2.

³⁷ MCKINNON (2014), pp. 59-60.

³⁸ MCKINNON (1989), p. 395.

³⁹ Un examen de la obligación de investigar en este caso en CLERICÓ y NOVELLI (2014), pp. 58-61. Para uno de los tantos análisis del caso, véase ABRAMOVICH (2010).

⁴⁰ RAMÍREZ (2020), p. 221.

En esta etapa resulta fundamental entonces producir la evidencia resguardando los derechos de las imputadas, en especial al momento de la toma de declaración donde no debe quitarse credibilidad al relato que estas prestan ni revictimizarlas, recordando que el artículo 4° del CPP establece, como una de sus garantías, la presunción de inocencia como regla de trato en todas las actuaciones en que ella intervenga. Lo anterior, más aún, pensando en que dicha imputada tendrá la calidad de persona vulnerable por las asimetrías sistémicas que existen en el proceso⁴¹.

Así como el recabar la declaración de la imputada debe tener un trato especial, se debe tener especial cuidado además con la prueba científica e informes periciales en general que se desarrollen durante esta etapa en relación con la imputada. Debe ponerse especial consideración con las metodologías utilizadas, considerando que en muchos de los casos hay violencia sexual reiterada, más aún si dicha violencia es determinante en la estructuración de los hechos que se están investigando, y si ha sido uno de los motivos alegados para la configuración de la causal de justificación lo que luego repercutirá en su absolución o condena.

Asimismo, durante la etapa de investigación deben dejarse de lado criterios que respondan a patrones discriminatorios al momento de la toma de decisión respecto de la hipótesis de descargo, o que sirva para el establecimiento de la inocencia de la imputada. En este tipo de casos, esta etapa es fundamental y debe estar desprovista de estereotipos, así es especialmente relevante para abordar la prueba de la inexistencia del consentimiento libre y voluntario en aquellas figuras delictivas en las que dicho elemento forma parte esencial de la estructura típica (en especial, delitos sexuales), pues la ausencia de una negativa clara, expresa y terminante de la denunciante no implica que consienta el acto de que se trate, pudiendo deberse tal falta de oposición a otros motivos vinculados con su situación (v.gr. incapacidad de defenderse, temor a una agresión más grave, miedo a perder el puesto de trabajo del que se depende en exclusiva, etc.)⁴².

En consonancia con lo anterior, quienes ejerzan labores de investigación y de ofrecimiento de los antecedentes recabados deben recordar que mirar esta etapa con perspectiva de género es fundamental para aumentar la información probatoria la cual no puede producir efectos que discriminen a la imputada. Así, debiese considerarse que la violencia ejercida sobre la imputada no se debe a casos aislados sino a patrones discriminatorios respecto a la mujer y que el relato de la víctima no puede tener menos credibilidad *per se*⁴³.

Por último, y ya en la audiencia de preparación del juicio oral, la posibilidad de exclusión de prueba deberá revisarse con perspectiva de género, más en este caso de causal de justificación. Así, el juez de garantía debe tener en consideración la construcción teórica señalada anteriormente en este ensayo, de manera que en el caso en que decida excluir prueba de la defensa, ese ejercicio se haga mediante la integración de criterios de género que impidan que bajo el paradigma de la igualdad formal de armas en el proceso penal se lleve a cabo un filtro fundado en sesgos preconcebidos, en razón de género, o sea, si hay casos de violencia anterior contra la imputada debe evaluarse el respeto de las garantías fundamentales en general así como en específico su vinculación con una perspectiva de género.

⁴¹ VALENZUELA (2017), pp. 92-94.

⁴² RAMÍREZ (2020), p. 238.

⁴³ RAMÍREZ (2019), pp. 130-133.

Un ejemplo de lo anterior, que es citado por la literatura, ha sido la exclusión de documentos que den cuenta de episodios de violencia doméstica entre la víctima y la imputada, pero que no han terminado en denuncias formales por violencia intrafamiliar, o que, habiéndose presentado, han sido retirados o desistidos. Sin embargo, en dicha exclusión, formalmente correcta, se ha verificado el sesgo de atribuir menor credibilidad a un relato de violencia sistemática que no llega a documentarse en una denuncia ante un tribunal penal o de familia, desconociendo que las dinámicas de violencia doméstica y sexual responden a patrones de comportamiento complejo, en el que el solo hecho de la denuncia o su mantención resultan de suyo difíciles para quien la sufre, generalmente bajo el umbral de la amenaza de una vulneración aun mayor de los bienes jurídicos ya afectados tanto para la denunciante como para los hijos comunes que puedan existir⁴⁴, en términos de Di Corleto, se trata de: “conductas [que son] cometidas en espacios con fuertes esquemas de dominación, en los que hay menos posibilidades de control, donde predomina el silencio y el miedo”⁴⁵.

Además, en esta misma audiencia deberá revisarse la admisibilidad considerando y respetando los intereses de la imputada de acuerdo a sus derechos fundamentales en general, pero también los contenidos en aquellos instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tales como la ya citada CEDAW o la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará).

2.2 Valoración de la prueba

La etapa de valoración de la prueba debemos entenderla como el segundo momento de la actividad probatoria, en el cual el juez deberá “(...) evaluar el apoyo empírico que los elementos de juicio incorporados aportan a una determinada hipótesis u otra”⁴⁶. En otras palabras, se analizarán de manera individual los medios de prueba que hayan sido incluidos y desarrollados en juicio para determinar si son o no capaces de corroborar la hipótesis propuesta.

Para la realización de esta valoración de los medios de prueba se han presentados dos sistemas, el de prueba legal o tasada y el de libre valoración. En el primero, será la ley quien establece la máxima de la experiencia en la norma, imponiéndosela al juez, en el caso del segundo estas máximas serán aplicadas libremente por el juez⁴⁷. Ahora, esta libertad probatoria presenta ciertos criterios que guían su actividad y que se materializan en la sana crítica⁴⁸.

Nuestro Código Procesal Penal ha seguido un sistema de valoración de la prueba basado en esta sana crítica lo que implica una valoración racional de la prueba como está plasmado en el artículo 297 CPP que menciona la libertad probatoria, pero limitada por la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia.

⁴⁴ De la misma manera, quienes ejercen violencia sexual suelen intentar ocultarla lo mejor posible. Véase SHEEHY et al (2014), p. 679.

⁴⁵ DI CORLETO (2015).

⁴⁶ FERRER (2007), p.46; ACCATINO (2011), p. 485.

⁴⁷ MONTERO (2017), p. 240.

⁴⁸ MONTERO (2017), p. 240.

Esta valoración de la prueba en una materia tan delicada como es la determinación de la legítima defensa en casos de violencia contra la mujer presenta una mayor complejidad y especificidad ya que implica revisar esta materia con perspectiva de género.

Así, realizar el ejercicio de valoración de la prueba con perspectiva de género implica la construcción de inferencias probatorias que tengan en consideración la desigualdad histórica que se presenta respecto a las mujeres y los diversos estereotipos de género que se presentan. En otras palabras, debemos dejar de lado en este proceso los prejuicios y estereotipos que se han generado a lo largo del tiempo basados en criterios de género.

Para la realización de este proceso es trascendental el determinar cómo se utilizarán las máximas de la experiencia, entendidas como inferencias probatorias epistémicas, que deberán ser desarrolladas por cada tribunal al momento de la valoración de la prueba sin estar influidas por prejuicios, estereotipos o generalizaciones⁴⁹. Este tipo de inferencias implican un ejercicio lógico donde el juez debe construir una regla según la regularidad de un fenómeno específico extrayendo una regla general, posibilitando prever resultados a ciertos casos hasta el momento desconocidos de acuerdo a otros que permitieron la construcción de esta regla⁵⁰.

Si bien en nuestro proceso penal las máximas de la experiencia se han entendido como una limitación a la libertad probatoria al momento de valorar⁵¹, dentro de la teoría de la prueba ellas no sólo configuran un límite, sino que permiten construir relatos de las partes respecto a los enunciados de los hechos planteados, siendo trascendentales para la realización de inferencias que permitirán tener un hecho por probado. Para que una máxima de la experiencia sea fiable: i) deben estar bien fundamentadas (esto es, ser la conclusión de un argumento inductivo bien construido, que partiendo del examen de casos particulares concluya el enunciado que describe una regularidad empírica) y ii) en el caso de que establezcan una regularidad probabilística (si p, entonces probablemente q), la probabilidad debe ser elevada⁵².

En todo este proceso, como esbozamos al inicio, el tribunal debe ser estricto en su fundamentación porque al aplicar una máxima de la experiencia es posible caer en generalizaciones o prejuicios propios de la construcción patriarcal sobre la que recae nuestro sistema penal. Esto no es baladí, porque el órgano decidor basado en su experiencia personal realiza y aplica la máxima de la experiencia en torno a su “stock de conocimiento” en “aglomeraciones de creencias mal definidas” y en un conjunto de información compuesta por anécdotas, mitos y finalmente prejuicios⁵³.

Dentro de los problemas que la aplicación de máximas de la experiencia puede generar se encuentran los prejuicios, los libretos o scripts y los estereotipos. Los primeros son aquellas

⁴⁹ SCHAUER (2003), p.15; TARUFFO (2009), p. 156.

⁵⁰ GONZÁLEZ LAGIER (2014), pp. 87-88.

⁵¹ La Jurisprudencia de la Corte Suprema ha definido, a su vez, a las máximas de la experiencia como “las que como ya se indicó, obedecen a pautas que se extraen de la observación general de la sociedad, de la cual el juez no sólo forma parte, sino también se nutre. Corresponden a inferencias respaldadas por el ejemplo de conductas y hechos reiterados en el tiempo, que abstraídos de las singularidades de cada una de las situaciones concretas, permiten la confección de reglas o modelos que pueden ser tenidos por verdad, de modo que examinando sus resultados, es posible descubrir sus causa” Corte Suprema, 25 de julio de 2016, 30.941-2015

⁵² GONZÁLEZ LAGIER (2014), pp.87-88.

⁵³ TWINING (2006), p. 338. Véase también el notable trabajo de OYARZÚN (2016), p. 35.

“creencias infundadas respecto a una persona, normalmente basadas en generalizaciones estadísticamente febles”, de esta manera se realizan adecuaciones de ciertas conductas que se atribuyen respecto a grupos minoritarios o determinados de la sociedad⁵⁴, como sería el caso de las mujeres. Utilizar en el momento de valoración de la prueba una máxima de la experiencia que se base en alguna de estas creencias infundadas en los casos de legítima defensa que estamos estudiando, puede provocar una conclusión prejuiciada que será luego determinante para la decisión del asunto.

El caso de los libretos o scripts, definidos como aquellas asignaciones ético morales referidas a cuestiones entendidas como buenas o malas en función de determinadas conductas consideradas normales o anormales⁵⁵, también puede tener graves consecuencias en la materia de estudio, llevándonos a un resultado lógicamente inexacto y jurídicamente incorrecto. Por ejemplo, porque podría entenderse que una mujer que se encuentra realizando labores domésticas y de cuidado de personas en el hogar es “mejor” que una trabaja, o aún un caso más específico sería el que aquella mujer que decide poner término a una relación de pareja en la que era víctima de violencia física y psicológica, o que una mujer agredida debería comportarse de tal o cual manera, por ejemplo, alejarse definitivamente no volver a ver a su agresor (sin tomar en cuenta los problemas asociados a la dependencia económica que estos casos suelen traer aparejados)⁵⁶.

Por último, los estereotipos⁵⁷, se han generado por procesos de generalización sin mayores fundamentos o fundados en prejuicios asociando ciertas características a un grupo general de individuos⁵⁸, sólo por el hecho de que alguno de los miembros de dicho grupo haya participado en alguna de esas categorías. En los casos de legítima defensa por violencia podría utilizarse el estereotipo de “mujer fabuladora” o de “mujer buena madre, buena esposa”, lo que es muy peligroso para desarrollar máximas de la experiencia que tengan influencia en la normativa del delito, tanto en sede de antijuridicidad como en sede de imputabilidad⁵⁹.

La introducción de estereotipos en un proceso de averiguación de la verdad engendra el peligro de la denominada “profecía autocumplida” entendida como “la ventaja de lo que va a pasar, sin que en teoría se sepa el resultado” ya que estos estereotipos gozan de cierta aceptación, especialmente si es entre quienes están llamados a decidir que al establecer su visión estereotipada buscarán dichas características en los intervinientes del caso concreto para auto cumplir esa profecía⁶⁰.

En otras palabras, si las inferencias que el juzgador construye están contaminadas de estereotipos dejarían la puerta abierta a conclusiones sesgadas en razón de género, como

⁵⁴ SCHAUER (2003), p.15.

⁵⁵ SCHAUER (2003), p.15.

⁵⁶ Este tipo de comportamiento ha sido descrito como “control coercitivo” del agresor respecto de la víctima.

⁵⁷ Para una profundización reciente sobre concepto categorías y consecuencias de los estereotipos véase el trabajo de ARENA (2016).

⁵⁸ TIMMER (2015), p. 240.

⁵⁹ En la literatura y jurisprudencia comparada existen sensibles casos que ejemplifican estos peligros. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos debió conocer del caso *Marckx v. Bélgica* (1979), por el cual la justicia de Bélgica había decidido fundado en el estereotipo de madre soltera, las que “usualmente tienden a no querer hacerse cargo de su descendencia”. Citado en TIMMER (2015), p. 243.

⁶⁰ LORENTE (2018), p. 146.

serían, por ejemplo, que las mujeres infieles son “malas mujeres” y que por lo tanto “podrían incurrir en conductas delictivas violentas”.

En definitiva, en el proceso penal chileno en que prima la libertad probatoria se debe ser cuidadoso con las máximas de la experiencia, ya que si bien estas tienen un valor epistémico indiscutible porque aportarían criterios cognoscitivos sobre la base de los cuales realizar inferencias, sin reproducir los roles inherentes a la distribución asimétrica de poder existente entre hombres y mujeres. Puede suceder también en que la realidad de lo sucedido se ajuste al estereotipo vigente socialmente, el cual deberá verbalizarse y hacerse explícito, porque de lo contrario podría suceder que, injustificadamente se determinen reconstrucciones históricas erróneas y que no son más que una reproducción de la desigualdad imperante en materia de género⁶¹.

Las ideas de “delitos pasionales” o del “débito conyugal” son estereotipos de género – entendidos estos como “una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutadas por hombres y mujeres respectivamente”⁶²-, que a lo largo de la historia han servido para negar la existencia de violación dentro del matrimonio, por ejemplo, ideas que hasta el día de hoy son parte de ideas propias de ciertos contextos sociales y culturales, y que pueden ser usados perfectamente como parte de los argumentos que se darán para condenar a una mujer en los casos de legítima defensa que hemos desarrollado ya que operarían, en este caso, para “(...) ignorar las características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias del individuo, en formas que le niegan sus derechos humanos y libertades fundamentales y cuando crean jerarquías de género”⁶³.

Es así como resulta trascendental el tomar conciencia de los estereotipos que se pueden plantear para evitar que los tribunales penales utilicen inferencias basados en ellos, y realicen una valoración racional de la prueba ya que implicaría una decisión basada en la objetividad y neutralidad⁶⁴. Así, si nos encontramos ante un sistema de valoración realmente racional, este sistema debería estar libre de estereotipos y sesgos de género⁶⁵. Como bien nos señala Ramírez, las máximas de la experiencia

[s]ervirían así como máximas de la experiencia de indudable valor epistémico, en tanto que aportarían criterios cognoscitivos sobre la base de los cuales realizar inferencias, sin reproducir los roles inherentes a la distribución asimétrica de poder existente entre hombres y mujeres. Ciertamente, habrá ocasiones en que la realidad de lo sucedido se ajuste al estereotipo socialmente vigente, pero de lo que se trata es de hacerlo aflorar, de verbalizarlo, de ser consciente de su presencia, para evitar que determine, injustificadamente, reconstrucciones históricas erróneas y reproductoras de la desigualdad⁶⁶.

Además de la utilización misma de estereotipos en la materia tratada al momento de valoración de la prueba, el otro problema que se genera es que los delitos en que las imputadas pueden argumentar legítima defensa son delitos que podríamos llamar “clandestinos” y que se basan en esquemas de dominación, por lo que solamente existe silencio en torno a él y

⁶¹ RAMÍREZ (2020), p. 230.

⁶² Caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México* parr. 401. En el mismo sentido ARAYA (2020), p. 47.

⁶³ COOK y CUSACK (2010), p. 9.

⁶⁴ COOK y CUSACK (2010), p. 9.

⁶⁵ FERRER (2019).

⁶⁶ RAMÍREZ (2020), p. 230.

sólo será posible obtener como material probatorio, en la mayoría de los casos, la declaración de la víctima de violencia/imputada en este caso⁶⁷. Luego, ¿cómo valoramos esta evidencia?

Di Corleto ha planteado que los criterios que deberían guiar dicha valoración debiesen ser: (i) al ser las realidades de la mujer y el hombre involucrados diversas, el testimonio prestado por ellos no debe tener el mismo valor; (ii) debe evaluarse la coherencia interna de la declaración de la víctima/imputada; (iii) debe evaluarse si existía una relación asimétrica entre la víctima/imputada y la víctima/agresor; y por último, (iv) no debe existir para el análisis anterior prejuicios o estereotipos por parte del órgano decidor⁶⁸.

A lo anterior, debería agregarse que podríamos presentar distinciones si la valoración de la prueba en estos casos se basará en un testimonio de la víctima/imputada corroborado por otros medios de prueba o será la única evidencia en la materia⁶⁹. Además, como bien nos detalla Arena, al momento de valorar debemos preguntarnos cómo entenderemos la perspectiva de género, si como una exigencia normativa o contra-epistémica o si como una exigencia epistémica, ya que si la entendemos de la primera forma los fines privilegiados son diversos a la búsqueda de la verdad incluso contraviniendo la idea de no condenar inocentes y rebajando por tanto el estándar en materia penal de más allá de toda duda razonable cuando nos encontremos en situaciones como las que estamos analizando.

Si, en cambio, la perspectiva de género es una exigencia epistémica no estaríamos ante una modificación del estándar en materia penal sino de las condiciones para entender este superado cuando estemos frente a dificultades probatorias en temáticas que involucren violencia contra la mujer fundada en discriminaciones de carácter histórico. Luego, si consideramos esta idea, la nueva pregunta que surgiría es si hay otra evidencia en que basarse y cómo valorarla.

Por ejemplo, en casos en que una mujer tiene la calidad de imputada por el homicidio de su pareja y se justifica en una legítima defensa a causa de violencia reiterada, nos podemos encontrar con que aquella víctima/imputada ha declarado en diversas sedes sobre el asunto a lo largo del tiempo (por ejemplo, en sede de familia y penal por violencia intrafamiliar) y que el conjunto de dichos relatos no sea coherente, sin embargo, hay que tener en cuenta que “(...) la coherencia en la narración es insuficiente, también en los delitos de violencia de género, pues la mayor o menor fiabilidad de una fuente de prueba no depende del tipo de hipótesis delictiva a probar”⁷⁰.

En definitiva, para valorar la prueba en el caso que desarrollamos deben considerarse ciertos criterios particulares de las relaciones de pareja y que reflejan dominación, propios de casos como el que estudiamos. Así, (i) existencia de un control amplio masculino cognitivo – conductual, por ejemplo, si el hombre le menciona a la víctima/imputada sobre relaciones

⁶⁷ DI CORLETO (2015). *Cursiva agregada*.

⁶⁸ DI CORLETO (2015). Sobre el tercer criterio, señala esta autora que “la declaración de la víctima debe analizarse teniendo en cuenta si entre ella y su agresor existe o existió una relación asimétrica de poder, para lo cual también será imprescindible considerar cualquier variable de vulnerabilidad que afecte su expresión en el juicio”.

⁶⁹ “Es decir, si el cuadro probatorio está conformado por un testimonio único de la víctima más prueba que permita la corroboración débil o si el cuadro probatorio está conformado únicamente por un testimonio (y, por lo tanto, no corroborado por otro elemento de prueba y, a lo sumo, acompañado de pruebas de credibilidad)” ARENA (2019), p. 251.

⁷⁰ RAMÍREZ (2020), p. 227.

con otros hombres; (ii) casos contextualizados de violencia no física, como si el cuidado de la familia, en específico de los hijos, recae sólo en la mujer; (iii) violencia no física como el temor que producen ciertas situaciones específicas del agresor, como por ejemplo cambios conductuales al encontrarse en estado de ebriedad; (iv) estrategias de supervivencia de la mujer, por ejemplo, para no hacer enojar al agresor tener relaciones sexuales; (v) evolución de casos de violencia y progresión de asimetrías de poder, por ejemplo, no haber tenido problemas y empezar con agresiones al momento de problemas económicos, cambios e casa o estados de ebriedad; (vi) temor a represalias, por ejemplo, si la víctima/imputada le contesta a su agresor y luego se esconde por miedo al haberle desagradado; (vii) ambivalencia y ambigüedad hacia el hombre, por ejemplo, temerle, pero ayudarlo con ciertos temas económicos o familiares; y (viii) antecedentes de violencia en la biografía de la víctima/imputada⁷¹.

2.3. Aplicación del estándar de prueba

En último término, el tercer momento que debemos analizar respecto a la actividad probatoria en casos como el planteado es el de la adopción de la decisión sobre los hechos mediante la aplicación de una regla de estándar probatorio⁷². El estándar de prueba es un criterio para establecer cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho o cuando se justificaría tener por verdadera una hipótesis⁷³.

Así, determinado el grado de confirmación de las hipótesis planteadas dentro del proceso, el juzgador deberá decidir si condena o absuelve, o sea, si cierta hipótesis respecto a los hechos que se discuten en el proceso puede declararse probada con el grado de confirmación que se disponga⁷⁴. En otras palabras, los estándares de prueba son herramientas jurídicas a través de las cuales se desarrollan juicios de suficiencia respecto a los antecedentes que se agregaron al juicio, permitiendo determinar si dichos elementos permiten considerar probadas ciertas proposiciones fácticas⁷⁵. Ergo, sin la existencia de un estándar de prueba, no se podría fundamentar adecuadamente la decisión sobre la prueba, ni tampoco controlarla, cuestión de orden esencial en los ordenamientos como el nuestro⁷⁶.

El estándar de prueba debe entonces concebirse como aquel umbral de suficiencia por sobre el cual es posible sostener que un determinado enunciado sobre los hechos se encuentra probado, lo que Ferrer denomina “está probado que p”⁷⁷, en ese sentido el estándar tiene como función principal un objetivo epistémico, sin embargo, también cumple una función crítica como mecanismos de distribución de errores en las decisiones judiciales⁷⁸, la fijación más o menos exigente de este listón de suficiencia proporcionará una distribución de errores más o menos simétrica, lo que se corresponde con una decisión de política legislativa, la que debiera tomar en consideración los valores y bienes jurídicos en juego en cada tipo de procedimiento. De esta manera, en el proceso penal el costo del error se aleja de la simetría

⁷¹ RAMÍREZ (2020), p. 239-240.

⁷² FERRER (2007), p. 41.

⁷³ GASCÓN (2005), p. 129.

⁷⁴ GASCÓN (2005), p. 129.

⁷⁵ GASCÓN (2005), p. 129.

⁷⁶ ACCATINO (2011), p. 501.

⁷⁷ FERRER (2005), p. 36.

⁷⁸ ACCATINO (2009), p. 352.

a través de la fijación en el art. 340 de un estándar alto, más allá de toda duda razonable⁷⁹, mientras que en proceso de carácter patrimonial en el que el objeto es la disputa de bienes jurídicos disponibles, suele acercarse, en mayor o menor medida, al ecuador simétrico de dicha distribución, como ocurre en materia civil con el estándar de probabilidad prevaleciente⁸⁰.

2.3.1. Estándar(es) de prueba y perspectiva de género

Si nos encontramos entonces ante una causal de justificación como la legítima defensa debemos señalar que esta hipótesis exculpatoria no debe estar sometida a las reglas de estándar probatorio establecido para la hipótesis de cargo.

En el caso de la prueba de hipótesis defensivas tenemos que lo que debe entenderse concurrente es una razonable fiabilidad de corroboración de la defensa que se invoca. En nuestro caso, se trata de verificar la aplicación de la legítima defensa por haberse producido en contexto de violencia en contra de la mujer. Para ello, no podemos cifrar la exigencia probatoria como si se tratara de una duda razonable, es decir, no podemos evaluar la hipótesis defensiva como si se tratara de una potencial condena. De hecho, lo que concurre es la prueba de una hipótesis que, verificada, permite la absolución, en este caso, de la víctima/imputada.

Es clave tener en cuenta que para enfrentar este punto debemos asumir que la fiabilidad que debemos exigir a esas hipótesis es, necesariamente, menor que la de la condena. Esto porque la regla de la duda razonable busca evitar la condena de inocentes y la defensa, en este caso, la legítima defensa, permite corroborar una tesis acerca de la inocencia del acusado.

Por ello, una propiedad central de la regla de la duda razonable es que sólo podemos condenar a un sujeto si todas las hipótesis de hecho compatibles con la inocencia del acusado resultan refutadas por la hipótesis y prueba de cargo, lo que no es aplicable a la legítima defensa como defensa. Luego, es posible que la hipótesis y prueba de cargo encuentren algún grado de corroboración en el juicio, pero sin duda esto nada adelanta sobre la concurrencia de la regla defensiva.

Si a lo señalado, añadimos que esta legítima defensa debe evaluarse con perspectiva de género debemos resolver dos temas, la prueba de la existencia de una violencia previa y la prueba de las condiciones de racionalidad de la defensa y su proporcionalidad.

Así las cosas, y en cuanto a la prueba de la violencia previa, es incorrecto que deba existir algún pronunciamiento judicial anterior que permita verificar la violencia contra la mujer, más aún, nada obliga a que siquiera exista denuncia o alguna comunicación que suponga la activación del sistema formal de control penal en contra del agresor.

Al tratarse de la prueba de una circunstancia defensiva deben entenderse admisibles todos los medios probatorios posibles conforme a derecho e incluso no es posible descartar *prima facie* el uso de presunciones judiciales para construir un juicio de evaluación probatoria respecto de un punto acerca de la regla defensiva.

⁷⁹ LAUDAN (2013), pp. 68-83.

⁸⁰ TARUFFO (2008), p. 137.

Conclusiones

En conformidad con lo expuesto, la primera conclusión que debemos ofrecer es que la interpretación de la legítima defensa en casos de violencia contra la mujer preexistente constituye uno de los casos más llamativos de necesidad de interpretación probatoria con perspectiva de género. Esto más que una “conquista” de la mencionada perspectiva debe ser considerado como un modo de justificación del razonamiento probatorio cuando se trata de evaluar la concurrencia de la legítima defensa.

Debemos considerar que la perspectiva de género debe permitir una mejora en el razonamiento probatorio del juzgador, captando la globalidad del caso que debe conocer. En este sentido, creemos que la perspectiva de género constituye una precisión del razonamiento probatorio del juez para esta clase de casos.

Por otra parte, la idea de asumir la mencionada perspectiva puede ser estudiada conforme con la estructura del razonamiento probatorio envuelto en la decisión del caso.

De esta manera, es clave considerar que en la etapa de conformación del material probatorio resulta necesario desprenderse de ciertos paradigmas masculinos en torno a la manera en que las investigaciones penales tienen lugar y sobre todo debe asumirse que estructuralmente la etapa indagatoria debe incluir hipótesis de hecho que puedan ser favorables a la defensa y relevantes para el caso. Dicho de otro modo, la concurrencia de la legítima defensa supone un escenario probatorio en el que deben darse cuenta de los hechos que permiten decidir de manera racional sobre la pertinencia de esta regla para el caso globalmente considerado. Así, debe evitarse que la ausencia de perspectiva de género redunde en un déficit de producción de evidencias, lo que aumenta las posibilidades de error en la sentencia.

Creemos que la investigación debe cautelar los intereses de la mujer imputada impidiendo una sobrevictimización derivada de la investigación del contexto de violencia precedente a la agresión homicida justificada por su parte. Esto permitiría contar con mejor información de cara al despliegue del razonamiento probatorio particular sobre la concurrencia de la legítima defensa y por cierto, aumenta las probabilidades de éxito en la justificación de la sentencia.

En el marco de la valoración de evidencias, creemos que debe considerarse que la perspectiva de género es una herramienta de mejora de las inferencias probatorias. No se trata de defender un punto de vista moral en el campo del razonamiento del juez, sino de considerar que la ausencia de esta perspectiva provoca un razonamiento de menor calidad de cara a la conformación de su decisión con la verdad del caso. El valor de las evidencias tiene sentido al enfrentar la concurrencia de una regla de permiso como la legítima defensa. Sólo si podemos dotar de sentido a las pruebas existentes respecto de la hipótesis defensiva de concurrencia de la legítima defensa podemos en realidad contar con un razonamiento probatorio susceptible de control.

Finalmente, en el campo del uso de la regla de estándar probatorio, creemos que debe definirse una regla de suficiencia conforme con la naturaleza de la hipótesis de hecho defensiva que analizamos. Esto no es tan claro en el ámbito del proceso penal.

Por una parte es claro que para la evaluación de la hipótesis de hecho de la acusación debe seguirse el canon que entrega la duda razonable conforme con el art. 340 CPP. Esa regla no es trasladable de manera directa al ámbito defensivo.

La concurrencia de la legítima defensa supone la evaluación de una hipótesis de hecho concreta sobre pertinencia de la verificación de esa regla de permiso, aún considerando la existencia del delito acusado. En el caso que nos ocupa: se trata de la verificación de hechos padecidos por una mujer de manera previa a la realización del delito de homicidio que resulta importante para conocer de mejor manera los hechos del caso.

La legítima defensa desde el punto de vista de su prueba no puede, entonces, someterse a la exigencia de la duda razonable, puesto que la corroboración de la hipótesis defensiva debe servir, de manera colateral, al objetivo de evitación de condena de inocentes.

Pareciera que debe ajustarse, como todas las defensas, a un nivel de exigencia menor, asumiendo que el error probatorio al que el tribunal se expone es a sostener la concurrencia de la legítima defensa en un caso donde en realidad no concurre, o a sostener que no concurre la legítima defensa a un caso en el que sí existan hechos que la justifican.

En este ejercicio la perspectiva de género resulta clave para mejorar la indagación probatoria, para depurar el uso de máximas de la experiencia y con ello contar con una valoración probatoria más precisa y para dar cuenta de la necesidad de contar con un criterio de umbral para declarar probada la hipótesis de concurrencia de la legítima defensa.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor (2010): “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Anuario de Derechos Humanos (Nº6), pp. 167-189.

ACCATINO, Daniela (2009): “Forma y Sustancia en el Razonamiento Probatorio. El Alcance del Control sobre la Valoración de la Prueba a través del Recurso de Nulidad Penal”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº 32), pp. 347-362.

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 (Nº 37), pp. 483-511.

ARAYA, Marcela. (2020): “Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal”. Revista de Estudios de la Justicia, (Nº32), pp.35-69.

ARENA, Federico (2016): “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual” en: Revista de Derecho (Valdivia) (v.29, Nº 1), pp. 51-75.

ARENA, Federico (2020): “Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género” en: Quaestio Facti (Nº1), pp. 247-258.

BAYÓN, Juan Carlos (2008): “Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no benthamiano” en: Análisis e Diritto 2008, pp. 15-34.

BENTHAM, Jeremy (1825): Tratado de las pruebas judiciales (Trad.) (París, Bossange Freres).

- CÁCERES, Enrique (2015): “Epistemología Jurídica Aplicada”, en: FABRA, Jorge y SPECTOR, Ezequiel (coord.) Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho Vol. 3. (México, UNAM), pp. 2195-2296.
- CLERICÓ, Laura. y NOVELLI, Celeste (2014): “La violencia contra las mujeres en las producciones de la comisión y la corte interamericana de derechos humanos” en: Estudios constitucionales (12, N° 1), pp. 15-70.
- COLOMA, Rodrigo, MONTECINOS Carmen y PINO, Mauricio (2009): “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal” en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (N°33), pp. 303-344.
- COOK, Rebecca y CUSACK, Simona (2010): Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives (Philadelphia, University of Pennsylvania Press).
- DI CORLETO, Julieta (2015): “La valoración de la prueba en casos de violencia de género” en: HAZAN, Luciano y PLAZAS, Florencia (Coord.) Garantías constitucionales en el proceso penal (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): Derecho Penal Parte General (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- FERRER, Jordi (2005): Prueba y verdad en el Derecho (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER, Jordi (2007): Valoración Racional de la Prueba (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER, Jordi (2019) «La paradoja de la valoración de la prueba con perspectiva de género». Conferencia en la Corte Suprema de México. Disponible en: <https://youtu.be/SIsol3WQLy4>.
- GASCÓN, Marina (2005): “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos” en: DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho (N° 28), pp. 127-139.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2014): “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en: BONORINO, Pablo y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.) Prueba y razonamiento probatorio en el derecho. Debates sobre abducción (Granada, Comares), pp. 85-117.
- LACEY, Nicola (1998): Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory. (Oxford, Bloomsbury Professional).
- LARRAURI, Elena (1994): “Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal” en: Jueces para la democracia (N°23), pp. 22-23.
- LARRAURI, Elena (2003): “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?” en: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época (N°12), pp. 271-307.
- LAUDAN, Larry (2013): Verdad, error y proceso penal (Trad. Edgar Aguilera y Carmen Vázquez, Madrid, Marcial Pons).
- LORENTE, Miguel (2018): “Justicia, Género y Estereotipos”, en: Análisis de la Justicia con perspectiva de Género. (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 139-159
- MCKINNON, Catherine (1989): Toward a Feminist Theory of the State (USA, Harvard University Press).

MCKINNON, Catherine (2014): *Feminismo Inmodificado: discursos sobre la vida y el derecho* (Trad. Teresa Arijón, Buenos Aires, Siglo XXI Editores).

MONTERO AROCA, Juan (2017): *Derecho jurisdiccional. Tomos II, 25° Edición* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

OYARZÚN, Felipe (2016): «Aplicación de las máximas de la experiencia en un modelo de valoración racional de la prueba». Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile.

PICÓ I JUNOY, Joan (1996): *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Barcelona, Bosch).

RAMÍREZ, José Luis (2019): *Perspectiva de género, prueba y proceso penal. Una reflexión crítica* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

RAMÍREZ, José Luis (2020): “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género” en: *Quaestio Facti* (Nº1), pp. 201-246.

SCHAUER, Frederick (2003): *Profiles, Probabilities and Stereotypes* (USA, The Belknap Press of Harvard University Press).

SHEEHY, Elizabeth, STUBBS, Julie, & TOLMIE, Julia, (2014): «Securing Fair Outcomes for Battered Women Charged with Homicide: Analysing Defence Lawyering in R v Falls» en: *Melbourne University Law Review* (2, Nº38), pp. 666-708.

TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos* (Trad. Jordi Ferrer, Madrid, Trotta).

TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (Trad. Jordi Ferrer y Laura Manrique, Madrid, Marcial Pons).

TIMMER, Alexandra. (2013): *From inclusion to transformation: rewriting Konstantin Markin v. Russia*, Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge, CUP, Cambridge.

TWINING, William (2006): *Rethinking Evidence* (UK, Cambridge University Press).

VALENZUELA, Jonatan (2017): *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el proceso penal chileno* (Santiago de Chile, Rubicón).

VILLEGAS, Myrna (2010): “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal” en: *Revista de Derecho* (Valdivia) (23, Nº 2), pp. 149-174.

WILENMANN, Javier (2015): “Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa” en: *Política criminal* (10, Nº20), pp. 622-677.

Jurisprudencia citada

CIDH *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*.

CIDH *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*.

CEDH *Marckx v. Belgica*

CORTE SUPREMA, 25 DE JULIO DE 2016, 30.941-2015

