

MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA Y CONTROL DEL SESGO EN LA DECLARACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Autores:

Patricia Verónica Abollado Vivanco*

Leonel Torres Labbé*

Introducción

Durante la última década, en nuestro país ha proliferado una serie de estudios y publicaciones jurídicas sobre los delitos de violencia contra las mujeres, especialmente en relación con la necesidad de abordar este fenómeno con perspectiva de género, así como de identificar y neutralizar en sede judicial aquellos sesgos y prejuicios que dificultan su superación cultural. Sin embargo, poco se ha hablado sobre la manera en que tales prejuicios y estereotipos perpetúan otra tragedia algo más silenciosa: el abuso sexual infantil.

La Ley 21.057 que Regula Entrevistas Grabadas en Video y otras Medidas de Resguardo a Menores de Edad, Víctimas de Delitos Sexuales, que fue publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de enero de 2018, provocó una serie de reformas en las instituciones que participan en el sistema de persecución penal, obligando a policías, Ministerio Público y Tribunales a ajustar sus actuaciones a las disposiciones de esta Ley, todas destinadas a proporcionar una mejor atención a los Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante NNA) que sean víctimas de delitos de connotación sexual, a fin de prevenir y evitar la victimización secundaria.

Dicha normativa comenzó a regir en nuestro país de manera gradual, de modo tal que, en las 4 regiones que fueron dejadas para el final del proceso (Metropolitana, Quinta, Sexta y Décima) la Ley entrará en vigor a contar del 04 de octubre de 2022.

Las medidas dispuestas por la Ley 21.057 operan desde el inicio del procedimiento penal y abarcan preferentemente el primer momento de la actividad probatoria en el proceso judicial (la conformación del material probatorio). Sin embargo, la experiencia ha demostrado que, durante los otros dos momentos (valoración de prueba y decisión) aparecen una serie de sesgos y prejuicios que son considerados por los tribunales durante el desarrollo del razonamiento judicial, sea de manera solapada e inconsciente, o bien de forma expresa, bajo la utilización de las llamadas “máximas de experiencia”.

En efecto, durante el proceso de ponderación de todo el acervo probatorio incorporado al juicio, el Tribunal debe desarrollar una serie de reflexiones destinadas a asignarle valor a cada uno de los elementos que lo componen, todo ello con la finalidad de establecer si las diversas hipótesis fácticas propuestas por los intervinientes han resultado demostradas o no. Este ejercicio intelectual es del todo complejo y confluyen en su realización una serie de elementos que no siempre se explicitan o sinceran.

* Jueces Tribunal Oral en Lo Penal de Temuco.

Así pues, es innegable que el Juez (en cuanto persona) no puede desprenderse de sus creencias, valores, sistema de crianza y concepciones sobre el mundo que lo circunda e ingresa con todo ese bagaje al desarrollo de la labor jurisdiccional. Si no se respetan adecuadamente los límites impuestos al razonamiento judicial, el riesgo de que se filtren (muchas veces de manera inadvertida) los estereotipos o prejuicios acerca de la manera en que deben comportarse los NNA es enorme. Opiniones ausentes de todo rigor metodológico que atribuyen diversas motivaciones respecto del por qué la víctima no develó oportunamente el abuso sufrido, el por qué se retractó y cómo afecta eso la fiabilidad o veracidad de su relato, y/o sobre la existencia de un eventual ánimo ganancial, son premisas que podemos advertir día a día en las fundamentaciones de sentencias judiciales, todas alimentadas hasta el hartazgo por intervinientes igual de prejuiciosos.

Frente al riesgo de que se inmiscuyan sesgos o preconcepciones personales durante la valoración de prueba, el sistema de la sana crítica impone límites de fiabilidad en el proceso de justificación racional de la sentencia, exigiendo que toda ponderación debe respetar los límites de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Dentro de tales límites, nos interesan especialmente las máximas de experiencia, por considerar que buena parte de las subjetividades personales del juzgador se inmiscuyen a través de la utilización de esta herramienta de razonamiento.

El presente trabajo pretende servir de insumo para la labor que realizan diariamente los Jueces con competencia en materia penal, proporcionando elementos que permitan diseñar una máxima de experiencia que, metodológicamente, sea capaz de neutralizar algunos de los estereotipos y/o prejuicios que más frecuentemente se filtran en los razonamientos utilizados en las sentencias penales al juzgar esta clase de delitos, apuntando a evidenciar de qué manera tales sesgos contaminan el razonamiento judicial.

La estructura del trabajo comenzará con una breve exposición del estado de la cuestión a la luz de la entrada en vigor de la Ley 21.507. A continuación, se intentará proporcionar un concepto de máxima de experiencia, aportando dos o tres elementos que se consideran esenciales en su configuración, a fin de evitar la aparición de prejuicios y, por otro lado, permitir su debido control jurisdiccional por la vía recursiva. Posteriormente, se expondrá un caso jurisprudencial en que aparece la utilización de prejuicios, sesgos y estereotipos, mediante el uso de máximas de experiencia.

1.- Sesgos y prejuicios en la investigación de delitos sexuales y otros delitos graves contra NNA. Ley 21.057 y estado de la cuestión.

Como ya se adelantó, la Ley 21.057 de reciente entrada en vigor en nuestro país, ha significado un cambio paradigmático en la forma de tratamiento de los NNA en cuanto víctimas de delitos, pasando de ser tratados como un simple insumo para la investigación a elevarlos a la categoría de sujetos de derechos e imponer a las instituciones encargadas de la investigación y persecución penal una serie de obligaciones destinadas a evitar y

prevenir la victimización secundaria. Esta normativa, asimismo, ha significado una vuelta de tuerca en la forma en que tales instituciones despliegan diligencias dentro de la etapa de investigación, forzando a las policías y al Ministerio Público a desechar actividades que hasta ahora se pensaban válidas y a inventar nuevas maneras de obtener las evidencias que conformarán el acervo probatorio destinado a ser presentado en juicio.

Así por ejemplo, el artículo 4° de la Ley impone a las policías una serie de obligaciones al momento de recibir la denuncia por esta clase de delitos, exigiendo que tal actuación sea realizada “en condiciones que garanticen su participación voluntaria, privacidad, seguridad y que permitan controlar la presencia de otras personas”², que el funcionario que reciba la denuncia debe limitarse a solicitar datos personales al NNA y “en ningún caso el niño, niña o adolescente podrá ser expuesto a preguntas que busquen establecer la ocurrencia de los hechos o la determinación de sus partícipes”³. Del mismo modo, la celeridad en la comunicación de la denuncia al Ministerio Público es un imperativo legal, exigiéndose que no exceda de las 8 horas contadas de su realización.

Una vez que la denuncia ingresa al Ministerio Público, este órgano tiene acotados plazos para disponer la realización de la única diligencia que supondrá la intervención personal del NNA víctima durante la investigación:

la entrevista investigativa video grabada, cuyo propósito es “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...”⁴, diligencia que se efectúa designando a un intermediario acreditado ante el Ministerio de Justicia, que cuente con las competencias personales y técnicas para entrevistarse con el NNA, evitando de esa manera que su interacción con los operadores del sistema de justicia penal le sea perjudicial. Esta entrevista es la única oportunidad del Ministerio Público para obtener información relacionada con el hecho punible y la participación de su(s) autor(es), la que se realiza en condiciones de tranquilidad y seguridad para el NNA, en una sala especial y a cargo del mencionado entrevistador acreditado, sin que puedan estar presentes otras personas.

La ley 21.057 restringe considerablemente la realización de otras diligencias que supongan la participación del NNA, exigiendo que el Fiscal a cargo de la investigación justifique debidamente su realización y quedando tales actuaciones adicionales como una excepción que debe ser autorizada por el Fiscal Regional.

Todas las limitaciones a que hemos hecho referencia tienen por finalidad principal prevenir o evitar la victimización secundaria del NNA; sin embargo, esta normativa consigue un segundo propósito, cuyas consecuencias recién se están avizorando y dicen relación con la forma en que se va conformando el acervo probatorio que, posteriormente, será presentado en juicio oral.

² Art. 4 inciso 2° Ley 21.057.

³ Art. 4 inciso 4° de la Ley 21.057.

⁴ Art. 5 de la Ley 21.057.

En efecto, ahora que las policías y el Ministerio Público no pueden disponer del NNA a su antojo y que se encuentran fuertemente regulados respecto de la forma en que deben comportarse al interactuar con él, puede advertirse que muchas de las prácticas que se desarrollaban habitualmente, quedarán obsoletas por ilegales y, con ellas, los prejuicios o mitos que las sustentaban.

Así pues, irán quedando en el pasado actuaciones tales como recibir las denuncias en el sector de atención de público de las Comisaría, sin proporcionar un lugar adecuado que garantizara privacidad, así como la participación de funcionarios sin competencias adecuadas para interactuar con NNA y/o prestar contención; preguntar sobre detalles escabroso de la agresión sufrida, hasta realizar preguntas inductivas o claramente coactivas, encontrándose dentro de estas últimas aquellas preguntas destinadas a cuestionar la credibilidad del relato desde la primera interacción del NNA con el sistema de justicia penal. Del mismo modo, la sobre exposición del NNA a peritajes psicológicos y sexológicos (muchos de los cuales eran claramente innecesarios a la luz de los elementos del tipo penal por el que se formulaba acusación) provocaban un agotamiento físico y mental de la víctima y una importante afectación a su dignidad.

Asimismo, todas estas prácticas policiales distorsionaban peligrosamente la investigación y con ello, la integridad del material probatorio que se recopilaba, pues se realizaban dando pábulo a numerosos prejuicios y estereotipos discriminatorios existentes en el fuero interno de quienes estaban encargados de tales diligencias. El discurso público de intolerancia al abuso sexual se contrapone todavía con numerosos cuestionamientos a fenómenos relacionados con esta materia, apareciendo el desconocimiento de los operadores del sistema de investigación penal respecto de situaciones como el abuso sexual prolongado en el tiempo y develación tardía (por qué se demoró tanto tiempo en contarle a alguien), o abusos sexuales sin ejercicio de violencia (por qué no se fue de allí o pidió ayuda), abusos sexuales en contra de NNA adolescentes, especialmente varones (por qué no se defendió), o bien el complicado fenómeno de la retractación (si se retracta es porque miente) y el clásico prejuicio de la “víctima ideal”, desconfiando de aquellos NNA cuyo comportamiento no calzaba con dicho estereotipo.

La relación de este cambio de paradigma de la investigación penal con la conformación del acervo probatorio es innegable, pues de ahora en adelante, la actividad investigativa policial deberá hacer acopio de evidencias probatorias que respeten la integridad y dignidad de los NNA, desde el primer contacto con el sistema de persecución penal y hasta la declaración de la víctima en el juicio oral, la que también debe realizarse en sala especial, a cargo de un Juez intermediario debidamente capacitado y a buen resguardo de la presencia del resto de los intervinientes y del acusado.

Como puede apreciarse, el avance en el debido tratamiento de los NNA que son víctimas de delitos sexuales es innegable. Con tal avance, se ha logrado modificar todo el enfoque con que se realizaban las investigaciones penales de esta clase de ilícitos y, con ello, neutralizar los mitos y estereotipos que sus operadores cargan consigo y que, frecuentemente, traspasaban a la forma de practicar tales diligencias.

El resultado será investigaciones respetuosas de los DDHH de los NNA y, a mediano plazo, a medida que los operadores del sistema policial y del Ministerio Público sean debidamente capacitados (tal como ordena la Ley) un acervo probatorio mucho más depurado de prejuicios que sólo provienen de la intuición personal de quien interactúa con el NNA y que, en la mayoría de los casos, tiene poca o nula correspondencia con la realidad.

2.- Máximas de experiencia. El momento de la valoración de la prueba.

Aun cuando el avance de la Ley 21.057 es innegable, su impacto es mucho mayor durante la etapa de investigación y conformación del acervo probatorio, que durante la fase de valoración de la prueba y decisión jurisdiccional.

En efecto, la Ley 21.057 es una normativa de carácter procesal, que regula la forma en que debe realizarse cada actuación que involucre o diga relación con un NNA víctima de determinados delitos en el sistema de persecución penal. Sin embargo, no modifica la manera en que dicho material probatorio debe ser valorado por el Tribunal, rigiendo plenamente la regla de libertad de prueba prevista en el artículo 297 del Código Procesal Penal y el estándar de convicción contemplado en el artículo 340 del mismo cuerpo legal. Salvo estos límites, no existe más regulación para la realización de esta actividad jurisdiccional y es, precisamente, esa falta de regulación la que *“constituye una fuerte tentación para que –cerrada la puerta- ingrese por la ventana el subjetivismo y se entienda como un momento ausente de toda regla, aun de las de naturaleza cognoscitiva, en que campee a su antojo el decisionismo del adjudicador...”*⁵

En consecuencia, los mismos sesgos o estereotipos que podían filtrarse durante la fase de investigación penal (y que aparecen medianamente neutralizados con la entrada en vigencia de la Ley 21.057) amenazan con inmiscuirse en esta etapa de la actividad probatoria, específicamente a través de uno de los criterios que componen los límites del razonamiento judicial: las máximas de experiencia, a cuyo análisis dedicaremos los apartados siguientes.

Las máximas de experiencia, además de funcionar como límite negativo a la actividad de valoración de la prueba, “permiten, positivamente, construir o, mejor dicho, reconstruir el relato de las partes sobre los enunciados sobre los hechos, formando parte indispensable de la cadena de inferencias que permiten tener por probado –o no- un enunciado fáctico en juicio”⁶. Sin embargo, para que dicha herramienta de valoración pueda cumplir a cabalidad el doble objetivo antes señalado, es necesario tener claro su contenido (en qué consiste) y cuáles son los elementos o exigencias que deben verificarse para estimarla suficientemente fiable.

Al intentar aproximarnos a una definición, podemos advertir que existen numerosas formas de conceptualizarla.

⁵ Araya Novoa 2020, 45.

⁶ Erzumendia Alvarez, 2020, 107.

Así pues, Stein afirmó que *“son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretender tener validez para otros nuevos”*⁷.

Couture, a su vez, sostiene que son *“normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”*⁸.

Chiovenda, por su parte, afirma que son *“enunciaciones de tipo general obtenidas a partir de la observación de sucesos pasados, susceptibles de ser formulados por cualquier persona de buen entendimiento y mediana cultura”*⁹.

Definiciones como las ya transcritas hay montones, existiendo diferencias en cuanto a los elementos que la componen, sus objetivos y también respecto de las exigencias que deben cumplirse para que sean medianamente fiables y –al mismo tiempo- controlables por vía recursiva.

En opinión de Taruffo, es este contenido difuso el que permite que tales máximas expresen *“únicamente toscas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, en cuya base está la cultura del sentido común, sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico”*¹⁰, agregando este mismo autor que *“cualquier análisis sintético de todo lo que circunda a la noción de «máximas de la experiencia», demuestra que en ella se producen las cosas más diversas y extrañas, frecuentemente privadas de cualquier credibilidad, ya sea por errores, prejuicios, generalizaciones infundadas o simplificaciones indebidas”*¹¹.

La tentación de que el juzgador utilice en su proceso inferencial este tipo de información, derivada de sus personales intuiciones, mitos, anécdotas y preconcepciones, es enorme y, al no existir mecanismos de control jurisdiccional, mucho más frecuente de lo que se piensa. Por esta razón es que consideramos necesario dotar de contenido objetivo a las máximas de experiencia, de modo que pueda cumplir la doble función ya expuesta en apartados anteriores y, asimismo, enfrentar adecuadamente el control judicial por vía recursiva. Sin embargo, atendida la modestia de este trabajo, nos limitaremos a enunciar algunos requisitos mínimos que debe tener cualquier máxima de experiencia para cumplir los objetivos o finalidades propuestos.

⁷ Stein 1893, 19.

⁸ Couture 1966, 192.

⁹ Chiovenda 1977, 575.

¹⁰ Taruffo 2002, 219.

¹¹ Taruffo 2012, 250.

Primer requisito. Desde el punto de vista de su estructura, toda máxima de experiencia debería diseñarse como una generalización empírica, es decir, la atribución de una determinada característica a un grupo de sujetos, atendida la convicción de que la mayoría de quienes pertenecen a ese grupo participan de tal característica, aunque se sepa que algún o algunos de ellos no lo hacen. El conocimiento que ha llevado al juez a concluir que cierto grupo de sujetos participa mayoritariamente de determinada característica es eminentemente empírico y este es el distintivo fundamental de esta herramienta metodológica.

Ahora bien, no cualquier generalización empírica puede erigirse en una máxima de experiencia, pues su utilización indiscriminada permitiría la filtración de aquellos sesgos y prejuicios tan presentes en el acervo cultural y social del juzgador. Supóngase el caso de un NNA que, durante su declaración en juicio oral, si bien relató detalladamente los actos de abuso sexual sufridos, no exteriorizó ninguna emoción, apareciendo frente a los observadores (entre ellos el Tribunal) como un relato plano y sin altibajos emocionales. Conforme a la experiencia personal del juez (sobre todo si no ha tenido capacitación profesional en estos temas), el relato de ese niño puede aparecer como poco creíble por falta de correlación ideó afectiva, o incluso relacionar la ausencia de sintomatología actual con la falta de veracidad del testimonio, sin considerar que “existe un abundante cuerpo de literatura que describe que existen diferencias sustanciales en la sintomatología presentada por diferentes niños, aun cuando hayan sufrido abusos similares y que incluso, algunos de ellos no presentan sintomatología (Arredondo, 2002; Echeburúa, Guerricaechebarria, 2005)]....[“Además, entre la fecha del abuso y la fecha de la declaración de la víctima en el Tribunal usualmente transcurre más de un año y en ese período muchas víctimas han pasado por un proceso de terapia preparatoria que ha contribuido a que la sintomatología remita”¹².

Así pues, no resulta suficiente delimitar las máximas de experiencias como un conocimiento inferencial que permita toda clase de generalizaciones empíricas, pues muchas de ellas están construidas sobre intuiciones que no tiene correlato con la realidad, siendo necesario entonces, restringirlas.

Segundo requisito: Toda máxima de experiencia debe respetar el conocimiento científico. Dicho de otra manera, una generalización empírica que vaya en contra de conclusiones científicas es una máxima de experiencia diseñada de manera espuria. Este conocimiento experto puede provenir de aquel proporcionado en juicio a través de la declaración de un perito y sólo para ese caso concreto, o bien provenir del conocimiento científico que la mayoría de las personas hemos ido acuñando a lo largo de la vida. Por ejemplo, si un examen de ADN arrojara una probabilidad del 99,98% de paternidad biológica del acusado respecto del hijo de la víctima, una niña de 13 años no sería posible para un Juez descartar tal evidencia sobre la base de una máxima de experiencia personal que sostuviera que una niña tan pequeña no puede quedar embarazada.

¹² Guerra y Bravo, 2014, 76.

En este punto, resulta necesario reflexionar respecto de la jerarquía que tiene la información especializada recibida por el Juez y que proviene de dos fuentes diferentes:

- a) Las declaraciones de peritos psicólogos que deponen en juicios sobre delitos sexuales que afectan a NNA. Suele ocurrir que tales profesionales evalúan a las víctimas y arriban a una serie de conclusiones relacionadas con la fiabilidad del relato, la coherencia de este con elementos propios de la fenomenología de esta clase de ilícitos, así como del daño experimentado. ¿Es posible sostener que tales conclusiones participan de las características necesarias para considerarlas conocimiento científico de acuerdo a las exigencias de este segundo requisito? Creemos que la respuesta a esta pregunta es afirmativa en tanto se cumpla ciertos mínimos. En efecto, una vez que el proceso de razonamiento judicial ha ponderado cada una de las evidencias probatorias aportadas a juicio y (si y solo sí) la exposición del respectivo experto psicólogo ha logrado sortear con éxito los cuestionamientos relacionados con su experticia, conocimiento y metodología, de modo que el tribunal concluye que se trata de un medio de prueba de alto valor epistémico, no sería posible construir una máxima de experiencia que fuera en contra del conocimiento aportado por tal experto.
- b) La información sobre fenomenología de esta clase de delitos, obtenida por el Juez en actividades institucionales o privadas de capacitación. La Academia Judicial es el órgano encargado de formar a las nuevas camadas de Jueces y, además, de mantener permanentemente capacitados a los ya existentes, de manera que proporciona una variada e interesante oferta de cursos de capacitación entre los que se encuentran aquellos relacionados con los delitos sexuales contra NNA y su particular fenomenología. ¿Puede un juez aplicar en juicio los conocimientos adquiridos a través de alguno de estos cursos o seminarios académicos? También creemos que la respuesta es afirmativa, siempre y cuando el juez cumpla con la obligación de explicitar la fuente de su conocimiento (citando por ejemplo al autor que plantea una determinada conclusión), de manera de proporcionar a los intervinientes la información necesaria para examinar la fiabilidad de esa máxima de experiencia y, si fuera procedente, cuestionarla por vía del recurso de nulidad. Por lo demás, no tendría sentido que el Estado dispensara ingentes sumas de dinero en capacitar permanente a los Jueces de la nación, si tales conocimientos no pudieran ser utilizados en la labor jurisdiccional.

Tercer requisito: la máxima de experiencia no debe tener como antecedentes un estereotipo asignado a una categoría sospecha, que tenga como resultado una disminución o restricción en el respeto a sus derechos fundamentales, para los sujetos que pertenecen a dicha categoría.

Este tema lo trata el profesor Limardo, al afirmar que *“pueden existir casos (por ejemplo, generalizaciones cuyos antecedentes puedan ser categorías «sospechosas» como aquellas basadas en cuestiones de género) en los cuales debemos inclinarnos a descartar, a priori, esa clase de generalizaciones por–paradójicamente– la existencia de una generalización*

«compensatoria» (Schauer, 2003: 151-154) que nos indica que esa clase de generalizaciones suelen camuflar consideraciones de otras clases —prácticas discriminatorias— que nos llevarían a resultados moralmente inadecuados»¹³.

Supóngase el caso de una adolescente que develó un abuso sexual reiterado por parte de su padrastro y, luego de algunos meses y debido a la presión familiar, decidió retractarse, para posteriormente tener un intento de suicidio, llegar al hospital y volver a develar la continuación de los abusos a la enfermera de turno.

Para algunos jueces, el acto de retractarse puede significar que esa víctima mintió al develar los hechos inicialmente y todo lo que diga posteriormente no resulta creíble, o bien, puede significar que la víctima quiere llamar la atención pues se trata de un rasgo distintivo de la generalidad de las adolescentes; sin considerar que dicho comportamiento se corresponde con la fenomenología propia de esta clase de delitos y se encuentra ampliamente documentado¹⁴ (información que el juzgador pudo aprender en una actividad académica).

Pues bien, conclusiones como las señaladas al inicio del párrafo anterior, corresponden a una generalización que cede en perjuicio de una categoría sospechosa (NNA), ya que dicha generalización le atribuye características negativas (poco creíble, mentirosa, conflictiva) y afecta su dignidad en cuanto derecho fundamental, de modo que su utilización debería ser descartada, pues existe un alto grado de probabilidad de que tal generalización encubra un estereotipo negativo, arraigado cultural y socialmente en el fuero interno del juzgador. Si el NNA, además participa de otras categorías sospechosas (por ejemplo, es mujer, indígena, migrante o pobre), la interseccionalidad que se verifica aumenta exponencialmente el riesgo de discriminación por vía de prejuicio, debiendo el tribunal abstenerse de construir una máxima de experiencia con tal insumo.

Considerando que la mayoría de los usuarios de nuestro sistema procesal penal provienen de sectores marginales de la sociedad (y por ende, participan de al menos una categoría sospechosa), es fácil advertir lo importante que resulta respetar la premisa que se viene analizando.

¹³ Limardo, 2021, 148.

¹⁴ En 1983 el profesor Roland Summit desarrolló en su libro “Síndrome de acomodación al abuso sexual infantil”, los 5 pasos por los que habitualmente pasaban los NNA durante los procesos de abuso sexual infantil crónico: 1) el secreto, 2) la desprotección, 3) el atrapamiento y acomodación, 4) la revelación tardía, conflictiva y poco convincente y 5) la retractación.

Cuarto requisito: es deseable que las máximas de experiencia utilizadas en la sentencia sean explicitadas en la mayor medida posible. Tanto en el desarrollo de la labor jurídica, como en la vida cotidiana nuestros razonamientos suelen ser entimemáticos, esto es, *“alguna de sus partes (premisas o conclusiones) no se encuentran explícitamente formuladas”*¹⁵. Estos verdaderos “atajos” inferenciales son de frecuente utilización en el proceso de razonamiento judicial y sin ellos, las sentencias serían eternas, pues no es posible explicitar a cabalidad cada uno de los elementos que permite al juzgador arribar a las conclusiones fácticas respectivas. Sin embargo, hay casos en que tal ejercicio de explicitación resulta necesario. *“De este modo, se formularía un cuarto criterio que establezca que: (iv) las generalizaciones que emplean las partes y el juez deben ser explicitadas en la mayor medida posible; en particular, cuando (a) ha existido contradicción entre las partes, directa o indirectamente, sobre alguna/s de ella/s, y (b) cuando un decisor sobre los hechos epistémicamente responsable estime que la/s generalización/es involucradas posee/n una importancia particular”*.¹⁶

Razonamientos tales como: *“las declaraciones de todos quienes depusieron en juicio - incluida la víctima- están plagadas de detalles vivenciales, proporcionados de manera precisa y completa, complementándose de forma lógica y coherente unas con otras, todo lo que les proporciona un alto grado de credibilidad y permite otorgarles pleno valor probatorio...”* son de frecuente utilización en la práctica judicial. Envuelven generalizaciones empíricas no explicitadas y que pueden ser gravitantes al momento de atribuir peso probatorio a una o más evidencias por sobre otras, de modo que la explicitación de todas las premisas que la componen se transforma en una necesidad que tornaría mucho más sencilla la labor de los intervinientes de cuestionar los argumentos utilizados para la construcción de la máxima de experiencia y, consecuentemente, la función de control del tribunal ad quem por la vía recursiva.

3.- Prejuicios y estereotipos en delitos de carácter sexual contra NNA.

¹⁵ Limardo 2021, 136.

¹⁶ Limardo 2021,

Caso N°1: Demora en la develación y credibilidad de la víctima.

Hechos:	<p>“Que, durante un día del mes de octubre de 2014, en horas de la mañana, en circunstancias que el imputado, XXXXX, se encontraba sólo junto a su sobrina, la víctima de iniciales XXXXX.- nacida el 12 de agosto de 2002 y de 12 años a la época de los hechos- en el domicilio particular, emplazado en XXXXXXX, de la comuna de Padre Las Casas, éste procedió a desarrollar actos de significación sexual y de relevancia en perjuicio de la afectada, efectuándole tocamientos en la zona de sus pechos y en su zona vulvar por sobre la ropa, para luego, mientras sujetaba fuertemente las manos de la víctima, bajarle los pantalones y la ropa interior, efectuándole tocamientos en su zona vulvar, introduciendo sus dedos en la vagina de la víctima, para posteriormente accederla carnalmente vía vaginal, señalándole que no contara nada de lo sucedido o si no la iba a volver a violar.”</p>
Tesis de la defensa	<p>No es creíble una víctima que no devela inmediatamente los hechos: “cómo es posible que en 5 años no develó”.</p> <p>“Primero hizo una denuncia y luego se retractó, se relaciona con otros problemas que tiene la niña”.</p>
Generalización respecto de NNA	<p>Los niños que no develan inmediatamente no son creíbles.</p> <p>La retracción de la niña, respecto de una denuncia realizada les resta credibilidad total a sus dichos.</p>

<p>Criterio Judicial</p>	<p>Todos estos antecedentes han permitido al tribunal estimar por configurada la veracidad, contexto y especial manera en la que se llevó a cabo la develación por parte de la víctima, que fue objeto de pericia según se dijo, resultando improcedentes las alegaciones realizadas por la defensa que estimaba que tanto la primera como la segunda develación estaba fundamentada en: el ánimo de llamar la atención de la víctima a sus padres, a su familia, en el colegio, para justificar autolesiones y en razón de problemáticas que arrastraba desde antiguo, e incluso, con un ánimo vengativo respecto del tío en razón de un conato que éste tuvo con su padre, ninguna de esas alegaciones fue comprobada de manera técnica, idónea y adecuada al efecto, por el contrario, con la prueba de cargo e incluso con las fichas clínicas acompañadas por la misma defensa, se dio cuenta de toda la sintomatología vivida por FERNANDA luego de la ocurrencia de los hechos, lo que fue explicado por el perito psicólogo como típicas consecuencias de agresiones sexuales, incluso cuando las autolesiones y trastornos alimenticios viniesen desde antes, pues fue comprobado medicamente que luego de los hechos denunciados estos se incrementaron hasta el punto del intento de suicidio, hecho que no es discutido.</p>
---------------------------------	---

Caso N°2: Retracción y credibilidad de la víctima.

<p>Hechos:</p>	<p>“Dentro de los primeros meses del año 2017, poco antes que la víctima cumpliera trece años de edad, en horas de la tarde, en el interior del domicilio común ubicado en XXXX, mientras la víctima de iniciales XXXXX nacida el 12 de Marzo de 2004 se encontraba en su dormitorio, fue abordada por el imputado XXXXX, quien es su padre, el cual le efectuó actos de relevancia y significación sexual consistentes en tocaciones con sus manos en su vagina y senos por sobre su ropa, besos en su espalda y caricias en la misma. Con anterioridad, en el transcurso del año 2016, en horas de la noche, el imputado ya señalado invitó a comprar a la víctima a un negocio en las cercanías de su domicilio ubicado en Labranza, comuna de Temuco, saliendo ambos en el vehículo del primero, el cual la llevó hasta un camino de ripio donde procedió a estacionarse, efectuándole actos de relevancia y significación sexual consistentes en tocaciones en sus pechos con su mano por sobre su ropa.”</p>
<p>Tesis de la defensa</p>	<p>La retractación de la niña no permite darles credibilidad a los hechos. La denuncia tuvo por objeto sacar al padre de la casa.</p>
<p>Generalización respecto de NNA</p>	<p>La retractación de la niña, respecto de una denuncia realizada les resta credibilidad total a sus dichos. Si la niña no declara en el juicio, no se pueden dar por establecidos los hechos.</p>
<p>Criterio Judicial</p>	<p>Dicha retractación, no tiene el mérito para hacer caer la investigación realizada, pues esta nueva versión aparece como acomodaticia a la realidad familiar y a toda la presión ejercida, en especial por la madre, quien reconoció expresamente en juicio que fue a fiscalía a pedir que se reemplazara la prisión preventiva por otra cautelar que le permita generar ingresos para el hogar, los testimonios de los hermanos se enderezan en el mismo sentido; y claramente, no es extraño que una niña al ver todas las consecuencias que ha causado la develación de los hechos, opte por retractarse, pues no aun no cuenta con herramientas cognoscitivas-emocionales, para afrontar por sí sola el proceso penal iniciado.</p>

Caso N°3: Consentimiento de la víctima.

<p>Hechos:</p>	<p>El día 1 de Septiembre de 2013 en horas de la tarde en circunstancias que la víctima xxxx de 11 años de edad nacida el día 13 de Abril de 2002, se encontraba de visita en el domicilio del acusado don ACUSADO ubicado en xxx de la ciudad de San José de la Mariquina, el acusado tomó a la víctima y la llevó hasta el dormitorio, la dejó sobre la cama, colocándose encima de ella, y procedió a realizar actos de significación sexual en perjuicio de esta, consistentes en besar su cuello y tocar con sus manos por sobre sus ropas la vagina y glúteos, acción que fue interrumpida por la víctima.</p>
<p>Tesis de la defensa</p>	<p>Fue un amor de verano, un fugaz enamoramiento. Ellos pincharon como forma de despedirse.</p> <p>No hay lesiones ni signos de violencia.</p>
<p>Generalización respecto de NNA</p>	<p>Si la niña aceptó quedarse sola con el acusado es porque había consentido en la relación sexual.</p>

<p>Criterio Judicial</p>	<p>Ahora bien, en lo relativo a las alegaciones de la defensa en que funda su tesis de que se trató de una relación consentida porque la víctima habría bebido alcohol y marihuana, por haber bailado con su defendido, por los coqueteos y también, porque habrían sido vistos besándose, añadiendo además, que dada la experiencia de la denunciante, sosteniéndose en que en el informe sexológico se da cuenta que la ofendida es una persona sexualmente activa – ya que había tenido pololeos anteriores y hace un mes había tenido relaciones sexuales – llama la atención que la línea argumentativa de se oriente en la fama de la ofendida y no en el mérito de la prueba rendida y de su propia prueba de descargo: su testigo, doña TESTIGO 1 parafraseando a la víctima, dijo que ésta le había indicado que se había comido al imputado, pero que no quería tener relaciones sexuales, pero bajo la lógica de la defensa, una adolescente de 15 años, desvirgada, que un mes antes del hecho había mantenido relaciones sexuales y que en el contexto de una fiesta al menos consumió de alcohol y que habría demostrado interés sexual en su defendido no puede ser víctima de un delito sexual como el del presente juicio dadas características que se le atribuyen, por lo que según la defensa y su representado, en el contexto del día 28 de febrero de 2019 necesariamente no podía menos que haber prestado su consentimiento para el acceso carnal, más cuando – según su tesis - viene de una familia disfuncional, cuya madre ha vulnerado sus derechos como adolescente y que actualmente vive en Rancagua al cuidado de una de sus abuelas.</p> <p>Al respecto, resulta oportuno citar el “Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la Perspectiva de Género en las sentencias”, cuyo criterio (vi) sugiere “Evitar juicios de valor sobre las conductas o el comportamiento anterior de la víctima y romper con la carga cultural y social que responsabiliza a la víctima por lo que le pasó (“algo haría”, “ella se lo buscó”, “quizá ella lo provocó”)” y que agrega que “Las personas intervinientes en las diferentes etapas de la investigación deberán prestar atención a los prejuicios “obvios” acerca de los roles que supuestamente deben cumplir las mujeres y las niñas en las sociedades (ser buena madre, esposa o hija, obedecer a su marido o pareja, vestirse según los cánones de la moral religiosa, no desempeñar actividades masculinas, vestir de manera recatada), ya que por su aparente carácter incuestionable no suelen ser evidentes ni para la justicia ni para la sociedad.”</p>
---------------------------------	--

