

HERRAMIENTAS ANALÍTICAS PARA IDENTIFICAR Y CONTRARRESTAR ESTEREOTIPOS, SESGOS Y PREJUICIOS

Autores:

Carlos Daniel Gutiérrez Moya *

Germán Cristian Adrián Olmedo Donoso **

Abstract: Esta investigación tiene el propósito de alertar que en la mayoría de los casos, en que un juez o tribunal utiliza estereotipos para construir las máximas de la experiencia, subyacen sesgos, prejuicios o discriminaciones arbitrarias en perjuicio de una de las partes, o de ambas. Ofreceremos diversos mecanismos que serán de utilidad para detectar, y luego proponer erradicar estos sesgos, prejuicios o discriminaciones arbitrarias, con miras a fortalecer la técnica del razonamiento judicial verdaderamente científico.

Palabras claves: *estereotipos, máximas de la experiencia, sesgos, categorías sospechosas, legítima defensa preventiva.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. ESTEREOTIPOS. 1.1. Concepto; 1.2. Estereotipos descriptivos; 1.3. Estereotipos normativos. 2. MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA; 2.1. Concepto; 2.2. Generalizaciones empíricas y máximas de la experiencia en sistemas de valoración racional de la prueba; 2.3. El problema de la escasez probatoria en contextos de violencia de género. 3. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS; 3.1. Discriminación y categorías sospechosas; 3.2. Género y edad; 3.3. Víctimas de delitos sexuales. 3.4. Preferencia sexual. 4. LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA; 4.1. Requisito de la agresión ilegítima; 4.2. Contextos de legítima defensa «no confrontacional». CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Desde el comienzo de la humanidad, existe la desconfianza y odio hacia los enemigos, que nos causa todo tipo de sospechas malignas en ellos. La palabra enemigo significa hostil, la cual proviene de *hostis*, que significa en griego “invitado”. En la actualidad, “la psicología moderna ha desenterrado un mecanismo subconsciente en virtud del cual cada persona transfiere a otro hombre o grupo humano -judíos, rusos, alemanes o capitalistas- las cualidades negativas de las cuales vagamente están conscientes de tenerlas ellas mismas”.¹

Los inquisidores alemanes KRAMER y SPRENGER redactaron el *Malleus Maleficarum* en 1489. Es un verdadero manual de proceso penal, autorizado por la bula contra la brujería *Summis desiderantes affectibus*² del Papa Inocencio VIII. Este Mallette de las Brujas «sostenía que la brujería es más natural a las mujeres que a los hombres, a causa de la inherente maldad de sus corazones». ³ El inquisidor Alonso Salazar y Frías, dudoso de la

* Juez 5° Juzgado de Garantía de Santiago

** Juez Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia

1 LANDMANN, Michael, *Philosophical Anthropology*, trad. de D. J. Parent, The Westminster Press, Philadelphia, Pennsylvania, p. 31.

2 Que en latín significa «Desear con fervor supremo», de fecha 5 de diciembre de 1484.

3 RUSSELL, Bertrand (1998), *Religión y Ciencia*, 10ª reimpresión, México, D.F., p. 67.

legalidad de la sentencia que se había pronunciado, hizo averiguaciones extraprocesales, redactó un informe al Tribunal Supremo en que denunció la injusticia de que «la burocracia de aquel proceso, como la de tantos otros, hizo que se cometiera en él una auténtica carnicería y que se condenase gratuitamente, por simples maledicencias que el tribunal ni siquiera se preocupó por desvelar a tiempo, a personas que sólo cometieron la terrible falta de haber despertado la envidia o el rencor de sus conciudadanos». ⁴ El juez Danforth de la Corte de Salem, de la colonia americana de Massachusetts, creía fervientemente que las brujas podían causar maleficios a otras personas, tales como provocar accidentes, adquirir enfermedades e incluso causar la muerte. En pleno desarrollo de una cacería de brujas en el pueblo de Salem, entre los años 1692 a 1693, este magistrado pensaba que «la brujería ipso facto y por su propia naturaleza, constituye un delito invisible, ¿no es así? En consecuencia, ¿quién puede testificar en un caso de brujería? La bruja y la víctima. Nadie más. Ahora bien, no cabe esperar que la bruja reconozca su delito, ¿de acuerdo? Hemos de recurrir por consiguiente a [la declaración de] sus víctimas». ⁵

La dogmática penal de los países de la civilización occidental descarta que científicamente pueda cometerse crímenes de homicidio, lesiones o enfermedades mediante brujería o prácticas maléficas tales como la magia negra. Un porcentaje importante de mujeres sufre violencia por el solo hecho de haber nacido mujeres. La violencia contra la mujer no es de exclusiva responsabilidad de quienes la ejercen directamente. También contribuye a la ejecución del ciclo de la violencia los factores familiares y sociales.

Los colectivistas consideran al individuo como un miembro funcional a los fines de la comunidad, que incluso puede ser castigado con escarnio público a modo ejemplarizante, o descartado por prescindible. Los fascistas, nacionalsocialistas y marxistas, consideran a las personas solamente como medios y no como fines en sí mismos. Por esa razón, los totalitarios son esencialmente «antikantianos».

En la Alemania nacionalsocialista, fueron aprobadas las Leyes de Nüremberg en 1935, sobre pureza de la raza aria y se dictaron Decretos contra los elementos dañinos del Pueblo (*Volksschädlingsverordnung*). Los tribunales del *Reich* condenaron a los culpables de haber cometido el delito de contacto sexual consentido entre un judío y una aria o viceversa. El tipo penal invocaba la cláusula genérica “con arreglo al sano sentimiento del Pueblo” o “con arreglo a aquella ley cuyo pensamiento fundamental sea más adecuado a él”.

En los Estados Unidos de América, el caso *Korematsu v. United States* es relevante porque fue declarada conforme con la Constitución, una ley federal que estableció que los japoneses-americanos del Estado de California debían ser relegados, después del ataque a la base naval de Pearl Harbor ubicada en la bahía de Hawái. ⁶ La Corte Suprema admitió que la ley penal utilizó una categoría sospechosa contra los descendientes de japoneses que desobedecieron la orden de relegación, pero existía un peligro inminente a la seguridad

4 ATIENZA, Juan G. (2000), *Los pecados de la Iglesia. Memoria de una ambición*, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, p. 246. RODRÍGUEZ, Pepe (2011), *Mentiras fundamentales de la Iglesia Católica*, Edición revisada y ampliada, Ediciones B, Madrid. Para mayor información puede consultarse el libro de Fernández Nieto, Manuel (1989), *Proceso a la brujería*, Tecnos, Madrid y la obra de HENNINGSEN, Gustav (1981) *El abogado de las brujas. Brujería vasca e Inquisición*, Alianza Editorial, Madrid.

5 MILLER, Arthur (2015), *Las Brujas de Salem y el Crisol*, trad. de J.L. López Muñoz, Tusquets, Buenos Aires, p. 112.

6 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

nacional.⁷ En consecuencia, la ley penal cuestionada no vulneró la cláusula de igual protección contenida en la Enmienda XIV.

En este trabajo defenderemos la tesis según la cual los estereotipos utilizados como fundamento de una decisión judicial no son inocuos, ya que generalmente son manifestaciones de una clase de discriminación arbitraria.

ESTEREOTIPOS

1.1 Concepto

Los estereotipos son una generalización o precomprensión sobre los atributos o características de los miembros de un grupo o los roles que las personas de tales grupos deben cumplir (COOK Y CUSACK). Por ejemplo, ser miembro de una barra de un club de fútbol delincuente o integrantes de una congregación religiosa en que algunos de ellos han sido denunciados, acusados o condenados por delitos sexuales en contexto de pedofilia.

Categorizar a los grupos de personas es una de tantas competencias lógico-matemáticas de los seres humanos, que «se forman a partir de sus experiencias correspondientes, representaciones y conceptos que a su vez se materializan en actividades y productos».⁸ El lenguaje es una creación cultural que modela nuestra forma de pensar y define el modo en que percibimos los objetos del mundo y comprendemos las ideas. El lenguaje constituye nuestras personalidades y gracias a él, «los seres humanos reconocemos patrones en el mundo, podemos comunicar esto a nuestros congéneres y tenemos la capacidad de imaginar futuros aún inexistentes».⁹ La falta de experiencia puede generar ideas fantasiosas, provocar temores difusos y crear una mayor tendencia a la exclusión, cuando en el trato real es más frecuente la buena disposición y la solidaridad. Lo mismo les sucede a los refugiados y a los inmigrantes que llegan a Europa con unas ilusiones a menudo poco realistas».¹⁰

Asimismo, también existe una tendencia a idealizar a grupos de personas, asociándoles cualidades positivas. Por ejemplo, los ingleses se presentan con puntualidad a la hora de una reunión, los italianos son alegres y visten a la moda, y los franceses son muy románticos. También hay estereotipos neutros y -hasta cierto punto- simpáticos, por ejemplo, los franceses en la historieta *Astérix*, caricaturizan a los españoles como gitanos tocando la guitarra sobre una carreta.¹¹ ROUSSEAU creía en la bondad natural del hombre, física y funcional, que basta para descartar la afirmación de una maldad natural. A él se atribuye la creación del estereotipo del «buen salvaje», un hombre no contaminado por la corrupción y los vicios de la sociedad.

7 DIDIER, María Marta (2012), *El principio de igualdad en las normas jurídicas: Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, p. 119.

8 LARGO, Remo H. (2018), *Individualidad humana. Qué nos hace diferentes y cómo aprovecharlo*, trad. de J. Chamorro Mielke, 1ª ed., Debate, Barcelona, p. 251.

9 PHILLIPS, Tom (2021), *Humanos. Una breve historia de cómo la hemos pifiado*, trad. de I. Villaro, Planeta, Santiago de Chile, p. 13.

10 LARGO (2018), p. 253.

11 GOSCINNY ET UDERZO (1969), *Une Aventure d' Astérix: Astérix en Hispanie*, Dargaud Éditeur, Paris.

Otras categorizaciones pueden causar molestias en los grupos aludidos. Tal fue el caso de la Primera Dama estadounidense JILL BIDEN, durante su discurso buscando apoyo en las elecciones, pronunciado el lunes 11 de julio de 2022, cuando se refirió a la comunidad latina de San Antonio, Texas, llamándolos «*son únicos como los tacos del desayuno*». La Asociación Hispánica de Periodistas protestó contra las expresiones emitidas por la Primera Dama de Estados Unidos de América, a quien respondieron enérgicamente: «*No somos tacos, no nos reduzcan a estereotipos*».¹²

Otros estereotipos de mayor complejidad, sirven para determinar categorías de grupos de personas con fines politológicos. MAQUIAVELO enseña a Lorenzo de Medici (el Magnífico) los tipos de secretarios de los príncipes: «Hay además tres clases de inteligencia: la primera comprende las cosas por sí mismas, la segunda es capaz de evaluar lo que otra comprende y la tercera no comprende ni por sí misma ni por medio de los demás. La primera es superior, la segunda excelente, la tercera inútil».¹³ De esta manera, MAQUIAVELO categoriza a los ministros del príncipe de acuerdo con el criterio de si son muy buenos, buenos y malos, en superiores, excelentes e inútiles.

Además, existen los estereotipos prejuiciosos. «El ser humano se encuentra asediado por prejuicios porque es el producto de las circunstancias. Esto puede cambiarse educándolo».¹⁴ La esencia del estereotipo prejuicioso es la formulación de opiniones acerca de determinadas personas que no están basadas en sus méritos, sino en su pertenencia a un grupo con características asumidas inmutablemente. Por ejemplo, Rodia Raskolnikov pensaba que todos los judíos eran tan tacaños que ni siquiera daban limosnas: «Cometí también otro error en lo de no haberle dado ni pizca de dinero -pensó, al volver tristemente al tugurio de Lebeziátnikov-. Pero ¿por qué, el diablo me lleve, me porté tan judío?»¹⁵ Una vez declarada la Independencia de Chile, llegaron muchas familias extranjeras a asentarse en nuestro país. Ellos eran militares y marinos del rango de oficiales, comerciantes y empresarios marítimos, empleados y técnicos de compañías mineras, y además de la gente de alguna figuración, no faltaron los artesanos, los marineros y buscavidas de baja estofa.¹⁶ Muchos inmigrantes son refugiados, con un historial de vida familiar ejemplar, trabajadores de mucho esfuerzo y practicantes fervientes de sus creencias religiosas y valores culturales. Sin embargo, los medios de comunicación social ponen énfasis en los criminales extranjeros, creando en la comunidad una sensación de rechazo hacia los extranjeros. Esto favorece la categorización de “inmigrantes delincuentes”, echando a un mismo saco ignominioso a estos, junto a quienes son colonos correctos que respetan las normas jurídicas y tradiciones de nuestro país.

12 FOX NEWS, *Ingrahan Angle, Seen and Unseen*.

13 MAQUIAVELO, Nicolás (1999), *El Príncipe*, 1ª reimpresión, trad. de M. A. Granada, Alianza Editorial, Madrid, p. 128.

14 LARRAÍN, Jorge (2017), *El concepto de ideología. Vol. 1: Marx*, 6ª impresión, LOM ediciones, Santiago, p. 21.

15 DOSTOIEVSKI, Fiódor Mijailovich (2013), *Crimen y castigo*, trad. de R. Cansinos Assens, Penguin Clásicos, Editorial Penguin, Madrid.

16 VILLALOBOS R., Sergio, Osvaldo Silva G, Fernando Silva V. y Patricio Estelle M. (1995), *Historia de Chile. Tomo 3*, 20ª ed., Editorial Universitaria, Santiago, p. 437.

Según el filósofo PLATÓN, el concepto “bárbaros” es la contrapartida del concepto “los griegos”. Los “bárbaros” y “los griegos” son solamente una subdivisión de algo que es más comprensivo, esto es, el concepto “humanos”. Se negó a combinar a los bárbaros en una especie unificada, puesto que hay un número ilimitado, de todos los tipos imaginables de extranjeros, quienes no tienen nada en común, ni siquiera hablan el mismo idioma. Las personas se perciben a sí mismas como “puras” o “bondadosas”, en tanto que ciertas naciones se consideran “el pueblo elegido” por Yavé, Dios o algún otro Ser Divino. No escatiman en proyectar sus males en otros grupos humanos, a quienes pueden odiar por razones lógicas. HOBBS describió el estado de naturaleza de los hombres como una guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), y concluyó que el hombre es un lobo para el hombre (*homo homini lupus*). Según HOBBS, las facciones constituyen siempre una amenaza a la seguridad nacional: “Y una vez que han dividido el Estado en facciones, lo consumen en las llamas de la guerra en vez de reformarlo”.¹⁷

Un estereotipo, en términos amplios, es «una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (v.g. mujeres, lesbianas, adolescentes)». ¹⁸ El profesor ARENA clasifica los estereotipos en descriptivos y normativos.

1.2. Estereotipos descriptivos

Los estereotipos descriptivos son definidos por el profesor ARENA, como aquellos en virtud de los cuales «se atribuyen propiedades o características a los miembros de un grupo por el hecho de pertenecer a él». ¹⁹

Las generalizaciones descriptivas pueden ser válidas en contextos privados, por ejemplo, las leyes de la naturaleza aplicadas a la conducta humana, o resultar inconstitucionales e inadmisibles en los procesos judiciales, como es el caso de los prejuicios. Tampoco son aceptables las categorías o jerarquías que no pueden determinarse o comprobarse experimentalmente.

Los principios del debido proceso legal nos obligan a desarrollar un método científico, que pueda cumplir «la necesidad de una actividad probatoria provista de parámetros racionales». ²⁰ Según la profesora Daniela Accatino, las generalizaciones empíricas son el pegamento a través del cual es posible conectar, en un argumento probatorio, algún dato o evidencia aportada en el proceso con una conclusión sobre los hechos que se trata de probar. ²¹

17 HOBBS, Thomas (2000), *De Cive. Elementos filosóficos del ciudadano*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, p. 209.

18 MOREAU, Sophia R. (2004), *The Wrongs of Unequal Treatment*, *University of Toronto Law Journal* N 54, pp. 291-326, p. 292.

19 ARENA, José Federico (2016), «Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual», *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXIX - N° 1 - Junio 2016, pp. 51-75, p. 56.

20 EZURMENDIA, Jesús (Director) *Proceso, Prueba y Epistemología. Ensayos sobre Derecho probatorio* (2021), Tirant lo Blanch y Universidad de Chile, Santiago de Chile, p. 5.

21 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», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII (Valparaíso, Chile), 1er Semestre, pp. 347-362, p. 351.

Las máximas de la experiencia son «inferencias probatorias epistémicas»²² creadas por el juez o tribunal que está conociendo y debe resolver el asunto controvertido, que «debieran ser construidas desde un punto de vista lógico inductivo evitando contaminar su razonamiento con generalizaciones, prejuicios y estereotipos».²³

1.1. Estereotipos normativos

Cuando hablamos de los estereotipos normativos, «se trata de normas en virtud de las cuales se considera que una persona con determinada característica debería desempeñar ciertas tareas o asumir determinados roles sociales».²⁴ El estereotipo normativo impone una expectativa social de comportamiento a una categoría de personas, tales como el rol de «buena madre», «buena esposa», «víctima ideal», «buen padre de familia», «jefe de la sociedad conyugal».

En la vida práctica, los estereotipos nos permiten clasificar grupos de la población, con el objeto de ordenar de manera simple la información que adquirimos y establecer rápidamente los hechos que observamos. «Los estereotipos que se derivan de la premisa de que las mujeres deben ser madres y amas de casa y por lo tanto, estar «al centro de la vida familiar y del hogar» tiene una larga historia de ser usados para justificar la exclusión de las mujeres de la vida pública como en el caso de la capacidad que tienen para ejercer cargos públicos o ser miembros de un jurado».²⁵

1. MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

La máxima de la experiencia es una constatación de un resultado que se produce generalmente con alto nivel probabilístico, pero que no alcanza a ser una regla absoluta y universal acerca de ciertos hechos relevantes para el caso concreto. En algunas ocasiones los jueces creen que están aplicando una máxima de la experiencia, cuando en realidad se trata de un estereotipo de género, de extranjeros o de criminales.

Las máximas de la experiencia han sido definidas por nuestra Excma. Corte Suprema como «pautas que se extraen de la observación general de la sociedad, de la cual el juez no solo 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 examinado sus resultados, es posible descubrir sus causas».²⁶

22 GONZÁLEZ LAGIER, Alejandro (2014), «Presunción de inocencia, verdad y objetividad», en GARCÍA, Juan y BONORINO, Pablo (Coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho, debates sobre abducción*, Editorial Comares, Madrid, p. 87.

23 EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús (2020), «Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47 N° 1, pp. 101-118, p. 106.

24 ARENA (2016), p. 55.

25 COOK Y CUSACK, *Asignación de estereotipos de género*, p. 26.

26 CORTE SUPREMA, 25 de julio de 2016, en autos caratulados *Betancourt con Ortiz*, demanda de alimentos, sentencia definitiva citada en EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús (2020), «Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 57, N° 1, pp. 101-118, p. 107.

2.2. Generalizaciones empíricas y máximas de la experiencia en sistemas de valoración racional de la prueba

El profesor Jesús Ezurmendia, explica que dentro del bagaje de conocimientos que maneja el juez o jueza, pueden encontrarse inferencias falaces que pueden terminar contaminando la racionalidad de la conclusión sobre los hechos alcanzada por el juez/a. Así, dentro de las falencias que pueden afectar el ejercicio racional del juez, encontramos fundamentalmente tres: los prejuicios, los libretos y los estereotipos.²⁷

Los prejuicios son creencias infundadas respecto a una persona, normalmente basadas en generalizaciones estadísticamente febles (SCHAUER). Los libretos son asignaciones ético morales referidas a cuestiones entendidas como buenas o malas en virtud de determinadas conductas consideradas como normales o anormales.

La discusión conceptual radica en determinar qué es un estereotipo discriminatorio inconstitucional y cuál no lo es. Algunas dificultades que plantea los sesgos y estereotipos son las preconcepciones sobre modelos de los ciclos de la violencia contra la mujer, el peligro de dar por supuesto características de una persona por el solo hecho de pertenecer a un grupo o colectivo, y la asimetría de género es cualitativamente importante para resolver el asunto controvertido. Por ejemplo, la prohibición de celebrar acuerdos reparatorios en sede de violencia intrafamiliar, establecida por la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar, desafía la capacidad de muchas mujeres de prestar su consentimiento libre e informado a esta salida alternativa.²⁸

La valoración de la prueba en sentido estricto es la determinación del apoyo empírico que los elementos de juicio aportados al proceso proporcionan a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto. Del principio de presunción de inocencia se deduce que el Ministerio Público debe rendir prueba mínima o suficiente, en orden a acreditar la existencia del delito objeto de la acusación, y que el acusado ha sido el autor, cómplice o encubierto de aquel. Esta garantía procesal penal del acusado muchas veces juega en contra del derecho de la víctima, especialmente respecto de delitos cometidos en que no hay más testigos que la propia ofendida.

2.3. El problema de la escasez probatoria en contextos de violencia de género

Analizaremos el contenido de la garantía de la prueba mínima o suficiente, a la luz de las acusaciones por delitos de violación y abusos sexuales. Un derecho es siempre una libertad medida, en la que es la presencia del otro la que servirá de medida. Los derechos no son arbitrariedades quirúrgicamente amputadas, sino ámbitos de libertad medida con límites inmanentes.²⁹ Toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva, para interponer las

²⁷AGUILERA VASCONCELLOS, Sebastián (2020), «La perspectiva de género como herramienta para la valoración racional de la prueba», *Revista Jurídica del Ministerio Público N° 80*, Diciembre 2020, p. 116.

²⁸ Art. 19. Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal.

²⁹OLLERO, Andrés (2011), «Derechos y libertades en el liberalismo político de John Rawls», pp. 445-459, p. 458.

acciones penales y civiles que el ordenamiento jurídico ponga a su disposición, y obtener el castigo de los responsables de los crímenes, simples delitos y faltas. Sin embargo, «los casos de violencia de género enfrentan algunas dificultades probatorias en razón de que, en general, no deja evidencias físicas, se ejerce en espacios donde predomina el silencio y el miedo, y no hay personas que puedan actuar como testigos.

El sistema de valoración probatorio de la sana crítica y la regla probatoria *testis unus, testis nullus*, perjudica a las mujeres que resultan víctimas de delitos sexuales. Todo ello justifica que la fuente de comprobación del delito se remita primordialmente a la declaración de la víctima, pero no implica que deba ser la única prueba que fundamente una condena.³⁰ Se asignan atributos negativos generalizados a grupos desaventajados, Hay influencia de los prejuicios contra la víctima en la decisión judicial, se habla de «la mujer adúltera». ¿Cómo construir estereotipos en una teoría del caso de la defensa, que eviten infantilizar o degradar a la mujer? Algunos de ellos se basan en el pluralismo o diversidad cultural y en la constatación de grupos susceptibles de ser estereotipados, en la diversidad cultural.

Veamos algunos ejemplos de sesgos. El profesor PINKER piensa que «las mujeres también pueden verse tentadas por la infidelidad, aunque su motivo genético es la calidad y no la cantidad. De este modo, una mujer adúltera discreta puede obtener los genes del hombre más apto y, al mismo tiempo, hacerse de la inversión del hombre más generoso».³¹ Se dice desaprensivamente que el adulterio de la mujer es más grave, porque introduce un hijo bastardo a la familia nuclear. No podemos cerrar los ojos y negar que la mujer ofendida por un delito también es víctima de sesgos de los policías, los fiscales adjuntos del Ministerio Público y de los jueces que integran el Poder Judicial: «La forma de vestir, su ocupación, su relación con el agresor o sus experiencias sexuales previas son algunos de los canales que pueden afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba».³² Tendemos a pensar que toda evaluación de la credibilidad de una persona que da testimonio implica tener ideas preconcebidas sobre cómo se comportan y expresan las personas «creíbles». La dificultad estriba en que la víctima que se aparte del estereotipo de víctima creíble corre el riesgo de que el tribunal no considere verosímil su historia.

Categorías como “mujer honesta”, “mujer mendaz”, “mujer instrumental”, “mujer co-responsable”, “mujer fabuladora”, puede afectar la decisión imparcial, por lo que debe velarse por su erradicación.³³ ¿Cuántas pruebas deben bastar para convencer al tribunal de condenar al acusado? ¿Cuántas veces las acusadas han sido condenadas porque el tribunal las ha estereotipado como malas madres como partícipes, autoras por omisión o por imprudencia? Estamos de acuerdo con la profesora DI CORLETTO, en que «la aceptabilidad de la prueba y su credibilidad racional puede inferirse del grado de exhaustividad del relato,

30DI CORLETTO, Julieta (2017), «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en Di Corletto, Julieta, *Género y Justicia penal*, ediciones Didot, Buenos Aires, pp. 285-307, p. 297.

31 PINKER, Steven (1997), «Why Can't a Woman Be More Like a Man?», *Slate*, 27 de Agosto de 1997, <https://slate.com/culture/1997/08/why-can-t-a-woman-be-more-like-a-man.html>.

32COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010.

33ASENSIO et al, «Discriminación de género en las decisiones judiciales», en *Justicia penal y violencia de género*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2012.

así como también de su persistencia en el tiempo».³⁴ La valoración racional de la prueba con perspectiva de género puede ayudar mucho en dar credibilidad a las mujeres en su declaración testifical. Esta propuesta “no significa rebajar estándares, sino que solo busca reivindicar la vigencia del principio de igualdad para promover una valoración de la prueba sana, crítica, racional y sin discriminación”.³⁵

La tentación de estereotipar a grupos de la población, es común en los políticos y autoridades públicas alrededor del mundo. ¿Acaso somos insensibles al sufrimiento de los extranjeros? o en realidad, ¿preferimos la defensa de nuestra patria soberana y el bienestar de quienes compartimos un pasado y un destino común?

En cuanto a qué factores constituirían categorías sospechosas, la primera característica personal expresamente tratada de esta forma fue la nacionalidad (distinción extranjero-chileno), la que fue calificada por la sentencia Rol N° 2273 [del Tribunal Constitucional de Chile] como sospechosa, en línea de principio. En efecto, en el considerando 29 el Excmo. Tribunal declaró que «el precepto de la Ley “En todo caso, en igualdad de condiciones, se preferirá a los chilenos”, vulnera el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria.³⁶ «debido a que frente a los mismos merecimientos, carece de racionalidad la norma que obliga a preferir a los chilenos por sobre los extranjeros». La diferencia de trato entre chilenos y extranjeros no está prohibida, pero sin duda es sospechosa, razón por la que se exige una argumentación clara y convincente acerca de su necesidad, justificación y finalidad, en un objetivo constitucionalmente legítimo. En consecuencia, la utilización del sexo, de la raza, la nacionalidad y filiación política, elevan la intensidad del escrutinio relativo a la racionalidad de la justificación, específicamente a «*los extranjeros –a quienes reconoce titularidad para el ejercicio de los derechos que consagra como ha señalado esta Magistratura*»,³⁷ sin perjuicio de las prohibiciones y restricciones expresamente establecidas en la Constitución Política de la República, a los derechos fundamentales aplicables a los extranjeros (adquirir propiedades inmuebles en las zonas fronterizas, inhabilidad para cargos y oficios públicos). En consecuencia, a partir de esta sentencia, el parámetro o estándar de la categoría sospechosa debe regir a la autoridad administrativa, en todas las materias relativas a los inmigrantes (visas, residencias, expulsiones administrativas, etc.).

Esteriotipos de imputados en relación con categorías sospechosas

A) delincuentes extranjeros. La sensación de inseguridad debido al aumento de la criminalidad en América Latina, ha generado reacciones de la ciudadanía, que identifica estereotipos de delincuentes, en especial, los extranjeros. Las ganancias provenientes de las actividades criminales alcanzan el 13% del producto interno bruto del continente

34 DI CORLETTO, Julieta, «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en Di Corletto, Julieta, *Género y Justicia penal*, ediciones Didot, Buenos Aires, 2017, pp. 285-307, p. 298.

35 DI CORLETTO, Julieta, «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en Di Corletto, Julieta, *Género y Justicia penal*, ediciones Didot, Buenos Aires, 2017, pp. 285-307, p. 304.

36 DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2019), *Igualdad Constitucional y No Discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 144.

37 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, 4 de julio de 2013, Rol N° 2273-2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, considerando 42.

americano.³⁸ Los gobiernos han preferido diseñar, elaborar y aplicar políticas públicas con énfasis en la persecución penal, en detrimento de las medidas preventivas. Los Estados han reformado sus códigos penales intensificando las penas y tipificando nuevos delitos. Asimismo, han favorecido la implementación de técnicas proactivas de investigación penal. La intensificación de la política pública de guerra contra las drogas ha aumentado en más de 120% la tasa de encarcelamiento. Se prefiere la dureza de las penas mediante una prevención general negativa, a una efectiva reinserción social como fin de la pena preventivo especial positivo.

En 2012, entre el 30% y 50% de los presidiarios se encuentran en prisión preventiva en América Latina, y más del 80% solamente en Bolivia.³⁹ El Servicio Jesuita a Migrantes analizó comparativamente los datos de Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y la Subsecretaría de Prevención del Delito, para resolver el problema acerca del estereotipo de extranjeros delincuentes. Apoyado en gráficos y estadísticas, el informe concluyó que «el considerable aumento de población migrante residente no ha traído un aumento porcentual de personas extranjeras en calidad de victimarias, ni tampoco de recluidas, disminuyendo incluso el porcentaje de extranjeros bajo dichas condiciones en los últimos años».⁴⁰ Los imputados chilenos superan por amplio margen a sus pares extranjeros. En el año 2018, hubo 32.797 imputados chilenos y 23.866 extranjeros. En 2019, fueron 35.359 contra 21.551 extranjeros. Sin embargo, el fiscal nacional, Jorge Abott, dio a conocer en el Boletín Estadístico del Ministerio Público, que un total de 128.100 personas extranjeras intervinieron en algún proceso penal durante el año 2020. «Al realizar un desglose de la estadística, el 60% de los delitos cometidos por migrantes o extranjeros durante 2020 estuvo relacionado con la salud pública debido a la pandemia. Un 13% tienen vínculos con distintas leyes especiales, los que incluyen violencia intrafamiliar, control de armas y delitos informáticos, contemplados en la Ley de Bancos, por ejemplo». El 56% de los detenidos migrantes y extranjeros se concentró en la Región Metropolitana en 2020. La región de Tarapacá siguió en segundo lugar con un 17%. Antofagasta obtuvo el tercer lugar con un 11%. El 22% de las víctimas sufrió robos y el 11% fueron delitos cometidos contra la libertad e intimidad de las personas, en el año 2020.⁴¹ El informe no incluyó un apartado especial respecto de delitos «importados», tales como el sicariato, el secuestro extorsivo y el préstamo usurero gota a gota.

B) Indicios para controlar la identidad «evasión del contacto con Carabineros» y «nerviosismo inusual» Cuando los sentenciadores valoran en el juicio y en la sentencia pruebas revestidas de ilegalidad, incurriendo en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso legal, la Excma. Corte Suprema ha acogido los recursos de nulidad interpuestos por la defensa, y ha invalidado las sentencias definitivas condenatorias. Además, ordena restablecer la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado, excluyendo del suyo de apertura la prueba testimonial, pericial y documental, ofrecida por el Ministerio

38 EDWARDS, Sebastian y SCHARGRODSKY, Ernesto, *The Economics of Crime: Lessons for and from Latin America*, University of Chicago Press, Chicago, 2010.

39 INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK, «Citizen security and justice sector framework document», BID, Washington D.C., 2014.

40 RORSSLER, Pablo, «Análisis descarta vínculo entre alza de migrantes e incremento de delitos», Diario El Mercurio, domingo 20 de septiembre de 2020, Nacional, p. C 9.

41 ABBOTT, Jorge, «Migrantes en la justicia penal: aumentan los imputados en un 135% durante 2020», Diario El Mercurio, viernes 8 de julio de 2022, Nacional, p. C 1.

Público, así como las especies incautadas y las pruebas de campo y de pesaje de la droga. «el proceder del sentenciado se presenta como común, cuestión que queda en evidencia desde que, para fundar la diligencia en examen [control de identidad más registro de vestimentas del sospechoso] debió ser interpretado por los policías como evasión para evitar el descubrimiento de una acción de carácter ilícito, añadiendo una intención que no aparece en forma ostensible de la sola conducta, pasando a ser una estimación subjetiva».⁴² Encontrar fortuitamente objetos que constituyen delitos en un domicilio registrado, no es un hallazgo casual, cuando no ha mediado una inspección a simple vista de los funcionarios policiales que practicaron la entrada y registró a un lugar cerrado. En efecto, «el personal policial se extralimitó pues, a diferencia de lo que razonan los jueces de instancia, no estaban actualmente investigando ningún delito de receptación de vehículos o partes de los mismos, pues como el propio fallo establece el motivo para concurrir al lugar era fiscalizar un taller de reparación de vehículos que funcionaba sin los permisos respectivos y, dentro de ese ámbito, decidan autónomamente, sin instrucción alguna, verificar si los vehículos que se encontraban en el lugar mantenían encargo por robo, obteniendo de quien aparecía como propietaria o encargada la autorización respectiva para ese específico propósito, y en ese cometido -ya dentro de la propiedad- deciden registrar o revisar todo el sitio encontrando las plantas del género cannabis, pero excediendo el marco de la autorización por ellos mismos solicitada y que los habilitaba para encontrarse con justo derecho al interior del inmueble sin orden judicial ni existencia de signos evidentes de delito o llamas de auxilio, como aluden los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal».⁴³ En relación con la prueba ilícita, una «vasta gama de tesis atemperadoras de la extensión de la ineficacia implícita en la aplicación de la citada doctrina, recurriendo a diversas consideraciones: la buena fe de quien comete la ilicitud, el descubrimiento inevitable, la obtención mediante fuente independiente y otras consignadas legalmente en algunos ordenamientos».⁴⁴ Tribunal Constitucional de Chile, 4 de julio de 2013, Rol N° 2273-2012, requerimiento de inaplicabilidad de ciudadano haitiano contra los artículos 13, 64 N 2 y 67 inciso segundo, del Decreto Ley de Extranjería N° 1094 de 1975. Según el último censo, hay 2,2 millones de indígenas en Chile, alrededor del 12% de la población. Pero muchos expertos dicen que la cifra real es de alrededor de 500.000, porque muchos chilenos se identificaron falsamente como descendientes de indígenas en el censo de 2017 con la esperanza de recibir subsidios del gobierno.

El profesor STEIN ha definido las máximas de la experiencia como «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, pretenden tener validez para otros nuevos».⁴⁵ El profesor GONZÁLEZ CASTILLO conceptualiza las máximas de la experiencia explicando que «son razones inductivas acreditadas, en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar».⁴⁶ La afirmación «los testigos jóvenes tienen mejor memoria que

42 CORTE SUPREMA, Rol N° 15.472-2017. *Ministerio Público contra Pavez Pradenas*, José Alfonso, delito de microtráfico, considerando sexto.

43 CORTE SUPREMA, Rol N° 22.719-2015, *Ministerio Público contra Matus Alvarado, Gregorio Hermán*, delito de microtráfico, considerando undécimo.

44 ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 16.

45 STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, trad. A. de la Oliva Santos, Editorial Themis, Bogotá, 1988, p. 27.

46 GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, «La sana crítica y la fundamentación de las sentencias», *Revista Actualidad Jurídica N 31* - Enero 2015, pp. 99-117, p. 104.

los testigos ancianos », ¿es una máxima de la experiencia o un estereotipo? El profesor CALAMANDREI ofrece como ejemplo de máxima de la experiencia facultativa para un juez, «la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la disposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven». ⁴⁷ ¿Acaso no es esto un claro prejuicio contra los ancianos? Tendemos a pensar que toda evaluación de la credibilidad de una persona que da testimonio implica tener ideas preconcebidas sobre cómo se comportan y expresan las personas "creíbles". La dificultad estriba en que la víctima que se aparte del estereotipo de víctima creíble corre el riesgo de que el tribunal no considere verosímil su historia. La víctima ideal es aquella que denuncia todas las conductas delictivas que ha sufrido y que, al mismo tiempo, no se retracta de haber dado la *notitia criminis*, siguiendo la locución dl castellano antiguo *sotenella y no enmendalla* ("sostener la espada y no enfundarla").

1. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

3.1 Discriminación y categorías sospechosas

El profesor DWORKIN nos ha ilustrado que «la Constitución reconoce un derecho bien definido en contra de la discriminación como un triunfo sobre la concepción de cualquier Estado acerca del interés general. Nos explica que «[e]ste es el derecho [a] que ciertas propiedades o categorías, incluyendo la raza, los antecedentes étnicos y tal vez el género, no sean utilizadas para distinguir grupos de ciudadanos para un tratamiento diferente, aun cuando esta distinción adelantaría el interés general sobre una concepción de lo contrario permisible». ⁴⁸ Una característica relevante de los derechos humanos es su universalidad, que exige reconocer la condición de personas a todos los seres humanos, desde su más incipiente condición hasta su más avanzada evolución. ¿Cuándo se justifica dar un tratamiento jurídico diferenciado? Sobre la base de una condición común reconocida en un segmento de personas, que las distingue a su vez del resto de los sujetos de derecho.

Nuestro tribunal Constitucional ha declarado que «la igualdad ante la ley es un principio jurídico según el cual las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes». ⁴⁹ Se prohíbe diferenciar para perjudicar. Por ejemplo, prohibir ser funcionario público o ejercer ciertas profesiones a los judíos, o segregar a los afroamericanos en las escuelas públicas y transporte público. ¿Está prohibido privilegiar a una persona o grupo? Los sujetos privados lo hacen todo el tiempo. Ofrecen descuentos en el precio de venta o entregan más productos si compran a gran escala. ¿Cómo se podría prohibir las estrategias de mercadotecnia tan eficientes? ¿Acaso puede el Estado favorecer a una persona o a un grupo intermedio? Únicamente si es un colectivo desaventajado. Si es un grupo económico poderoso es corrupción o falta de probidad por favorecimiento indebido. En los Estados Unidos de América es relevante la decisión del caso *Grutter v. Bollinger*. El problema jurídico a resolver consistió en decidir cuándo el uso de la

47 CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 381.

48 DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, p. 270.

49 Tribunal Constitucional de Chile, 5 de abril de 1988, sobre control de constitucionalidad preventivo y obligatorio del proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, considerando 72, en Fallos del TC 23 de diciembre 1985 y 23 de junio de 1992, EJCH, Santiago de Chile, 1993, p. 144.

raza o etnia como factor en la admisión de estudiantes por la Universidad de Michigan es contraria a la Constitución (igual protección de la Enmienda XIV), en relación con el título VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Esta admisión universitaria con cuotas tenía el propósito de remediar el pasado, impedir la frecuente discriminación contra las minorías, asegurar la diversidad, que las universidades tengan un 10 a 20 por ciento de representación por minorías afroamericanas e hispanicas. La discriminación positiva también tiene incentivos perversos: mantener a hijos de escuelas públicas de menor rendimiento académico y elegir cursos más fáciles y de menor desafío para asegurar notas más altas. Según el juez supremo Justin Powell en *Bakke v. UC Davis*, «La raza como factor de admisión debe en algunos casos servir a un interés estatal imperioso (la diversidad étnica) y el programa de admisión debe estar directamente vinculado a servir ese interés».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó los parámetros que conducen a descubrir una categoría sospechosa en la sentencia judicial impugnada. Asentó la doctrina según la cual «para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó una discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales». ⁵⁰ La Corte arribó a la convicción de que «considerar que la sola utilización de estos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuran una violación al principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado». ⁵¹

3.2. Género y edad

La Superintendencia de ISAPRES, que fue partícipe del proceso de reforma a la tabla de factores de riesgo, ha dictaminado que no es posible jurídicamente revisar y modificar la tabla de factores de riesgo según los criterios de género y edad, que ha sido establecida por el legislador democrático. ⁵² «El Tribunal Constitucional, en el fallo de la Ley de Isapres, reitera el principio de que la Constitución no es sólo la letra de la misma, [sino] mucho más que eso, son sus valores, principios y espíritu, eso es lo que constituye verdaderamente el parámetro pleno de constitucionalidad, y por esta vía, los derechos fundamentales o humanos se configuran en un parámetro objetivo de constitucionalidad, cualquiera sea la fuente que los contiene». ⁵³ El Tribunal Constitucional declaró que «en torno a la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, se articula todo el sistema constitucional chileno, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a toda las personas derechos

50 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas) *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, considerando 226.

51 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas) *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*, considerando 228.

52 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia Rol N° 976, de 26 de junio de 2008, requerimiento de inaplicabilidad deducido por Peña Wasaff, Silvia contra el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, Peña Wasaff, Silvia con ING Salud (Ley de Isapres), Rol de Ingreso N° 4972-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago. La misma doctrina está contenida en las decisiones TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia Rol N° 976-2008, de fecha 26 de junio de 2008. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia Rol N° 1218, de 7 de julio de 2009. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia Rol N° 1287, de 8 de septiembre de 2009.

53 AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, «Principio de Solidaridad y Derecho privado: comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional», en *Ius et Praxis Año 14*, N° 2, pp. 593-619, p. 600.

fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella». ⁵⁴ Con posterioridad, el Tribunal Constitucional declaró de oficio la inconstitucionalidad de la tabla de factores de riesgo en razón del género, señalada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres). ⁵⁵ Esta doctrina del Tribunal Constitucional es una muy buena herramienta para tutelar el principio de igualdad y garantizar la prohibición de discriminar arbitrariamente, porque corrige las desigualdades establecidas en la ley.

3.3 Víctimas de delitos sexuales

La profesora Marcela Araya enciende las alarmas frente a los rótulos o etiquetas de “mujer honesta”, “mujer mendaz”, “mujer fabuladora”, “mujer retractada”, “mujer de ánimo ganancial”, entre otros, que pueden determinar la inacción o desidia en el actuar de policías o fiscales al omitir la recolección de evidencias o la tardanza en dicha actividad. ⁵⁶ Un ejemplo claro de estereotipo que afectó a víctimas de delitos sexuales, de una manera significativa, fue el caso del psicópata de Alto Hospicio. Los funcionarios policiales pensaron durante meses que las jóvenes desaparecidas habían viajado a Perú, con el propósito de ejercer la prostitución. Este prejuicio indujo a un craso error en la hipótesis de la investigación, que significó perder tiempo valioso en la búsqueda del perfil criminológico del asesino en serie. ⁵⁷ El Intendente de Tarapacá Jorge Tapia dijo en una entrevista en el año 2000, que *«nosotros sabemos que todas ellas han tenido serios problemas familiares; que todas ellas, a lo mejor, lo único que no quieren es volver a sus hogares. Y en este momento decirles que deben volver y nosotros vamos a dar todo el apoyo de los distintos niveles de instituciones del sector público y privado que pueden ayudarles a salir de los problemas que cada una de ellas parece tener»*. ⁵⁸

Al respecto, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable en el caso concreto los artículos 13 y 14 Ley N° 16.441 de la Ley Pascua, con el propósito de no beneficiar a un pascuense que accedió carnalmente a una niña menor de catorce años: *«Ni la raza o etnia ni el domicilio del agresor, pueden considerarse atinentes de suyo, para rebajar una pena o beneficiar al autor. Menos cuando el carácter unitario del estado de Chile rechaza la existencia de secciones territoriales autónomas, donde la autoridad deba condescender con ciertos actos delictivos o minusvalorar los hechos de violencia»*. ⁵⁹ El excelentísimo Tribunal declaró en la sentencia que acogió la auto cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que los artículos 13 y 14 Ley N° 16.441 Ley Pascua *«son un beneficio excepcionalísimo que constituye un*

54 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia Rol N° 976, de 26 de junio de 2008, requerimiento de inaplicabilidad deducido por Peña Wasaff, Silvia contra el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, Peña Wasaff, Silvia con ING Salud (Ley de ISAPRES), Rol de Ingreso N° 4972-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N° 976-2008, de fecha 26 de junio de 2008, considerando 24.

55 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia Rol N° 1710 de 2011, inconstitucionalidad de oficio del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres).

56 ARAYA Novoa, Marcela Paz (2020), «Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal», *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 32, pp. 35-69, p. 40.

57 contra Pérez Silva, Luis, Juzgado del Crimen de Iquique. Es muy interesante la historia contada en el libro de LEIVA, Ricardo (2005), *Reinas del Desierto*, Editorial Planeta, Santiago.

58 RUEDA, Yolanda (2018), «Los estereotipos de género en el proceso penal», *Revista Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín Comisión Penal*, 1 (10): 12-20. Disponible en bit.ly/3c7V31d.

59 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, 5 de abril de 2022, requerimiento de inaplicabilidad presentado por el juez Alex Guzmán del Juzgado de Letras y Garantía Rapa Nui, respecto de los artículos 13 y 14 Ley 16.441 Ley Pascua.

privilegio en materia sexual, y que supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas».

La condena de un pascuense por delito de violación de una niña declara la Ley Pascua como “tácitamente derogada”. Es un hecho que si hay múltiples categorías identitarias⁶⁰ inevitablemente algunas de ellas se convierten en clases privilegiadas, mientras que otras pasan a ser desaventajadas. Esto crea una fragmentación de la sociedad en grupos y estamentos, resultando muchos de ellos discriminados. Siguiendo al profesor ZÚÑIGA, «la diferenciación debe estar basada en una finalidad concreta que la justifique, y todo ello debe ser en sí mismo razonable, es decir, prudente, lógico, coherente, meditado, lo que se contrapone a lo instintivo, fruto del capricho o sin razón».⁶¹ Ninguna sociedad civilizada puede tolerar la violencia sexual y, en consecuencia, las tradiciones y cultura pascuenses no justificaron al acusado de violar a una niña.

3.4 Preferencia sexual

El fallo sobre recurso de queja de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 1.193-2003, en *López con Atala*, ha sido muy comentado por su sesgo antilésbico. En efecto, se declara que «no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha interpuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas»⁶².

La opinión minoritaria llega a la conclusión inversa, de que la madre de las niñas no tiene impedimento alguno para mantener el cuidado personal de ellas, y que su condición de lesbiana y convivir con su pareja femenina no la desautoriza como madre. En efecto, el voto disidente se fundamenta sosteniendo que «en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los sicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o siquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal».⁶³

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala e hijas versus Chile*, de fecha 24 de febrero del 2012, declaró que el Estado chileno, actuando mediante la Corte Suprema de Justicia, vulneró la prohibición de discriminar arbitrariamente contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos. Se ordenó pagar una indemnización de perjuicios a la demandante Karen Atala Riffo, realizar una ceremonia de desagravio a su favor, e impartir cursos de capacitación obligatoria a todos los funcionarios públicos, en materia de principio de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria. Con todo, la

60 *woke culture* o *wokeism*, en idioma inglés.

61 ZUÑIGA URBINA, Francisco (2002), «Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Valparaíso, vol. 20, pp. 237-260, p. 241.

62 CORTE SUPREMA, Rol N° 1.193-2003, 31 de mayo de 2004, *López con Atala*, recurso de queja, considerando décimo sexto.

63 CORTE SUPREMA, Rol N° 1.193-2003, 31 de mayo de 2004, *López con Atala*, recurso de queja, Considerando noveno del voto disidente.

decisión *Atala Riffo e hijas versus Chile* ha sido criticada por haber aceptado la ideología de género, en desmedro de la defensa del bien superior de las menores. La ideología de género es un postulado promovido por la Conferencia de Pekín de la Organización de las Naciones Unidas, de 1995.⁶⁴

El Tribunal Constitucional de Chile no ha asentado una definición clara sobre qué son las categorías sospechosas, aunque una noción incipiente aparece en los votos de minoría y algunas prevenciones.⁶⁵ En las sentencias roles 2435-2014 y 2681-2014, los votos de minoría han declarado que «los dilemas que utilizan como criterio de clasificación al sexo como un ejercicio de distinción superior a la mera diferenciación de género, no pueden ser evaluadas mediante un test básico de igualdad. Para ellos rige un escrutinio exigente, puesto que se utiliza un criterio que impone un significativo peso sobre grupos protegidos, como es el caso de los homosexuales, sujetos de históricas discriminaciones».⁶⁶

Fue así como el Tribunal Constitucional declaró que el precepto legal que tipifica como delito y penaliza al autor de relaciones homosexuales consentidas con un mayor de 14 y menor de 18, no establece una diferencia arbitraria y, por consiguiente, es conforme con el artículo 19 N° 2 inciso final de la Constitución.⁶⁷ En realidad, lo que sucede aquí es que la ley protege el bien jurídico libertad sexual del adolescente, en vez de discriminar, *per se*, a los homosexuales mayores de edad que practican relaciones sexuales “*contra natura*” con aquellos. Ante un empate de votos 5 contra 5, es aplicable el artículo 365 del Código Penal, al caso concreto. En la práctica, por tan solo un voto a favor de la acción de inaplicabilidad, la tesis de la categoría sospechosa podrá imponerse en este ámbito de la sexualidad: «el precepto legal impugnado no contiene una discriminación arbitraria o carente de razonabilidad, ya que se fundamenta en los principios del interés superior del niño y de protección especial, contemplados en instrumentos de derecho internacional que son parte del ordenamiento jurídico chileno, en los términos del artículo 5° de la Constitución Política Chilena, y que obligan a los órganos del Estado -entre ellos, el legislador- a su respeto y promoción». En definitiva, reconociendo que hay una diferencia, y por ende una discriminación, esta no resulta, a juicio del Tribunal Constitucional, arbitraria -y en consecuencia no resulta inconstitucional- pues la razón para hacer la diferencia se encuentra en un tratado internacional, cual es la Convención sobre los Derechos del Niño.⁶⁸

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América acogió la demanda de derecho a la igual protección basada en la preferencia sexual, amparada en la Enmienda XIV de la Constitución federal y, consiguientemente, declaró inconstitucional la ley que penalizaba las relaciones

64 ALVEAR TÉLLEZ, Julio, «La sentencia de la CIDH en el caso *Atala*: Una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales. Notas breves a la sentencia del 24 de febrero del 2012», en *Revista Actualidad Jurídica*, Año XIII, n° 26, 2012, pp. 577-587.

65 ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario (2014), «La noción de “categoría sospechosa” y el derecho de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XLIII - 2014, Segundo Semestre, pp. 495-516, pp. 514-515.

66 Rol N° 2435-2014 considerando 14 y Rol N° 2681-2014, considerando 21.

67 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete, Rol N° 1683-10-INA (2011), p. 30.

68 BECA FREI, Juan Pablo, «El uso de tratados internacionales por parte del Tribunal Constitucional al resolver recursos de inaplicabilidad en el período 2011-2012», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XLIII - 2014, Segundo Semestre, pp. 467-493, pp. 479-480.

sexuales sodomitas consentidas entre mayores de edad.⁶⁹ En la decisión de la Corte Suprema del año 1986 en *Bowers v. Hardwick*, rechazó la demanda de invalidación de la ley penal del estado de Georgia, que tipificaba como delito las relaciones sexuales entre adultos que consienten libremente. El voto de mayoría del juez supremo Byron White se fundó en que «el hecho de que hasta el año 1961 los cincuenta Estados norteamericanos hubieran prohibido las conductas homosexuales consentidas, se deduce que «no puede existir un derecho constitucional a entregarse a tal conducta».⁷⁰ «En general se considera que la tolerancia liberal -que insiste en que es un error que el gobierno emplee su poder coactivo para imponer una homogeneidad ética- socava la comunidad porque la esencia misma consiste en un código de ética compartido»,⁷¹ Por supuesto, no puede pretenderse válidamente que la tolerancia abarca todas las conductas indecentes o inmorales posibles de imaginar y ser practicadas. El problema aquí consiste en determinar la línea divisoria entre los actos aceptables y los que son inadmisibles. John Stuart Mill formuló el principio del daño, con el fin de defender la libertad de acción en el propio interés, frente a la coacción estatal: «el único fin que justifica la intervención de los seres humanos -colectiva o individualmente- en la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la autodefensa. El único objetivo por el que está legítimamente permitido ejercer la violencia, contra su voluntad, sobre cualquier otro miembro de la comunidad civilizada, es evitar que perjudique a los demás. El propio bienestar de cada miembro -ya sea físico o moral- no puede constituir ninguna razón suficiente para una intromisión semejante (en su libertad de acción). A nadie se le puede obligar justificadamente a hacer algo o abstenerse de hacerlo, porque eso sea mejor para él; porque fuera prudente actuar así (en opinión de los demás); y ni siquiera porque sólo así sería correcto (jurídica o moralmente)».⁷² Karl Popper ha interpretado el principio del daño de MILL, en términos que «cada uno debe ser libre para hacerse feliz o infeliz a su manera, siempre y cuando no amenace a un tercero».⁷³ El argumento mayoritario resultó decisivo en la decisión *Bowers*. DWORKIN ha criticado este fundamento de la sentencia, en el sentido que «[I]o que se niega es la premisa esencial del argumento mayoritario según la cual la forma de todo el entorno ético debe ser establecida, al estilo del ganador, mediante los deseos de la mayoría. Si el concepto de comunidad desempeña un papel importante en la crítica de la tolerancia liberal, tiene que desempeñarlo en un sentido más robusto que el simple nombre de una unidad política por la que deambula la regla de mayoría».⁷⁴ En la decisión *Romer v. Evans*⁷⁵, la Corte Suprema validó la tesis de que la cláusula de igual protección prohíbe a los Estados separar a los miembros de la sociedad en castas o tratarlos de alguna manera como segregados. ¿Cómo deberían decidir los jueces cuáles son las libertades básicas reconocidas por la cláusula de debido proceso y qué formas de discriminación considera no equitativas la cláusula de debido proceso?⁷⁶ La Corte del Circuito de Columbia declaró en 1987, que «...si

69 EPP, Charles R. (2013), *La revolución de los derechos: Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, trad. A. Bixio, 1ª ed., Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, p. 301.

70 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

71 DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Capítulo 5 La Comunidad Liberal, p. 231.

72 MILL, John Stuart, *Sobre la libertad* [1859](1991), trad. C. García Cay, Espasa Calpe, Madrid, p. 74.

73 POPPER, Karl (1995), *La responsabilidad de vivir*, Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, p. 197.

74 DWORKIN, Ronald (2000), *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Capítulo 5 La Comunidad Liberal, p. 236.

75 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

76 DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Capítulo 5 La Comunidad Liberal, p. 498.

el tribunal [...] no está dispuesto a oponerse a las leyes del Estado que penaliza el comportamiento que define a la clase, es casi imposible [...] concluir que la discriminación en contra de la clase patrocinada por el Estado sea denigrante. Después de todo, difícilmente haya una forma más clara de discriminación contra una clase que declarar ilegal la conducta que la define». ⁷⁷ El juez supremo Kennedy redactó el voto de mayoría, en virtud del cual de la que «la extensión absoluta de la Enmienda 2 tiene una discontinuidad tal con las razones que se ofrecen, que resulta inexplicable de cualquier manera, excepto por animosidad hacia la clase afectada, carece de una afinidad racional con los intereses legítimos del Estado».

El caso *Romer v. Evans* es muy importante, debido a que derribó la Enmienda 2, una reforma de la Constitución del Estado de Colorado, titulada «Ningún estatus protegido basado en orientaciones homosexuales, lesbianas o bisexuales», aprobada por referéndum realizado en 1992. Los profesores de Derecho constitucional Laurence Tribe, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, John Hart Ely, Gerald Gunther y Kathleen Sullivan, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford, junto a Philip B. Kurland, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, presentaron un escrito académico como *amici curiae* (amigos de la corte), en el cual defendieron la tesis según la cual las leyes que hacen diferencias de castas vulneran automáticamente, o *per se*, la cláusula de debido proceso, en razón a que impedir aprobar una legislación que protegiera a un grupo de ciudadanos de cualquier tipo de discriminaciones, constituyen un daño inadmisibles en contra de los integrantes de un grupo víctima de tal discriminación. El escrito no invocó en absoluto que los homosexuales, lesbianas o bisexuales constituyeran una categoría sospechosa, que debiera ser especialmente protegida por la Constitución Federal.

En la causa *Plessy* (1896), ⁷⁸ la Corte Suprema resolvió que la ley que ordenaba la segregación entre blancos y negros en los vagones de tren, no vulneraba la cláusula de igual protección contenida en la Enmienda XIV. Sin embargo, en la famosa decisión *Brown v. Board of Education* (1954), ⁷⁹ la Corte Suprema rechazó la doctrina «separados pero iguales» asentada en *Plessy v. Ferguson*, y declaró contrario a la Constitución el sistema de segregación racial en las escuelas públicas, aun cuando los establecimientos educativos y la capacidad de los profesores fueren de niveles equivalentes entre sí. En la motivación de la decisión, la Corte Suprema se apoya en el estudio psicológico que la parte demandante había aportado al juez de Distrito, que sostenía que la separación de niños negros y niños blancos en las escuelas tenía un claro impacto psicológico en los primeros, pues les generaba un sentimiento de inferioridad. ⁸⁰ En virtud de una decisión dividida 5 contra 4, en el caso *Bakke*, ⁸¹ la Corte Suprema de los Estados Unidos de América declaró en relación con el programa de admisión basado en un sistema de cuotas en favor de grupos raciales históricamente discriminados, promovido por la Facultad de Medicina de la Universidad de California, la Universidad no debe tomar en cuenta la raza para decidir las admisiones y, en consecuencia, el programa racial violó la Constitución Federal. Sin embargo, la Corte

⁷⁷ *Padula v. Webster*, 822 F2d 97, 103 (1987).

⁷⁸ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁷⁹ *Brown v. Board of Education*, U.S. 347 U.S. 483 (1954).

⁸⁰ MAGALONI KERPEL, Ana Laura (2001), *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mc Graw Hill, Madrid, n. pp. 78-79.

⁸¹ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

Suprema rechazó la petición de ordenar la admisión inmediata de Allan Bakke en la Facultad de Medicina de la Universidad de California, sosteniendo que el fracaso en la carga de probar que hubiera sido admitido de no haber existido el programa de admisión por cuotas.⁸² Con todo, la Corte Suprema estableció que existió un trato desigual en contra del demandante Allan Bakke, pero lamentablemente no demostró que hubiera calificado por tener mejores notas y antecedentes escolares, que los candidatos afroamericanos que fueron admitidos gracias a la acción afirmativa universitaria. «Es más, no siempre la inteligencia es el criterio exclusivo de admisión, pues a veces, las facultades prefieren los aspirantes aplicados a los que son haraganes»⁸³.

4. LEGÍTIMA DEFENSA POR VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

4.1. Requisito de la agresión ilegítima

El Código Penal de Chile establece: «Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 4. 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». Esta causal de justificación de la responsabilidad penal que se denomina legítima defensa, tiene fundamento en los derechos naturales y en la teoría del contrato social: «la ley, que fue hecha para mi protección, me permite, cuando ella no puede intervenir en favor de la defensa de mi vida en el momento en que ésta es amenazada por la fuerza, vida que, una vez que se pierde, ya no puede recuperarse, me permite, digo, defenderme a mí mismo; y me da también el derecho de hacer la guerra y la libertad de matar al agresor».⁸⁴

ROXIN enseña que «en la agresión actual sólo se podrá incluir junto a la tentativa la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de tentativa».⁸⁵ La agresión debe ser ilegítima. JAKOBS sostiene que “el agredido no tiene por qué esperar a recibir el golpe primero, ni renunciar a arrebatar el botín al agresor; lo único que hace falta es que sus acciones supongan reacciones inmediatas a la acción de lesión del bien”.⁸⁶ La defensa frente a ataques futuros no está justificada⁸⁷ salvo los supuestos de hecho relativos a la legítima defensa preventiva. La agresión ilegítima es el requisito esencial a esta causal de justificación, sin la cual no cabe alegar una legítima defensa, ni una eximente incompleta. El profesor Mir Puig cita la doctrina de la legítima defensa preventiva asentada por el Tribunal Supremo Español, en STS de 5 de abril de 1989, en cuanto a que «no es preciso esperar a que la agresión se inicie, sino basta con que el ataque se augure o presagie como muy próximo o

82 PARKER, Clifton B. (2003), Court decision harks to UC's Bakke case: New affirmative action ruling could have profound impacts, but not at UC, June 27, 2003, disponible en <https://www.ucdavis.edu/news/court-decision-harks-ucs-bakke-case-new-affirmative-action-ruling-could-have-profound-impacts>

83 DIDIER, María Marta (2012), *El principio de igualdad en las normas jurídicas: Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, p. 161.

84 LOCKE, John (2000), *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, 1ª ed. Área de conocimiento: Humanidades, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, p. 49.

85 ROXIN, Claus (2008), *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*, trad. de D-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, p. 619.

86 JAKOBS, Günther (2001), *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, pp. 468-469.

87 JAKOBS (2001), p. 469.

inmediato». ⁸⁸ Si el agresor amenazaba con golpear a la acusada y aquel cumplía lo prometido, y además, esta no tenía los medios necesarios para pedir auxilio a funcionarios policiales, la amenaza de muerte es perfectamente subsumible en una hipótesis de amenaza inminente. En la legítima defensa en los delitos permanentes, la agresión es siempre actual, en tanto se mantenga la situación antijurídica, mientras el intruso permanezca en la casa en la violación de morada o la víctima esté encerrada contra su voluntad. ⁸⁹

4.2. Contextos de legítima defensa «no confrontacional»

Los casos de ejercicio de la causal de justificación de responsabilidad penal de legítima defensa propia, en un contexto de mujeres víctimas de violencia de género, se pueden resolver sin necesidad de recurrir a una concepción de legítima defensa diferente de la tradicional. ⁹⁰ Los jueces, tribunales y Cortes que integran nuestro Poder Judicial no debieran exigir que la mujer se enfrente en un combate cuerpo a cuerpo, contra un energúmeno que es más alto y pesa treinta kilos más que ella. La mujer tiene un derecho natural a defender su vida e integridad física, y en consecuencia, no está obligada a sacrificarse. Proponemos una interpretación pro reo del requisito «agresión», flexibilizándolo la característica de «inminente», en contextos de legítima defensa «no confrontacional», cuando hubo violencia de género contra la mujer imputada por crimen de homicidio, mutilación o delito de lesiones. Siguiendo a Chiesa, «si la inminencia se mantiene como elemento de la justificación solamente para asegurar que la defensa sea necesaria, el Derecho no puede ignorar la existencia de necesidad aun cuando ésta se presenta en casos en que está ausente la inminencia de la agresión. Consiguientemente, cuando hay un conflicto entre necesidad e inminencia, la necesidad de la defensa debe prevalecer». ⁹¹ Un sesgo que perjudica a la mujer acusada es la falta de credibilidad de su declaración como medio de defensa, por los jueces en el juicio y en la sentencia definitiva, ya que suele ser tratada de «mentirosa» o «poco creíble».

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza revocó la sentencia condenatoria de la Cámara Segunda del Crimen que condenó a la acusada a la pena de 8 años de prisión en calidad de autora ejecutora de homicidio simple de su conviviente, que desechó la tesis de legítima defensa «no confrontacional». Esta Corte Suprema Provincial admitió la causal de justificación de legítima defensa, aplicando una interpretación legal en situación de necesidad por violencia de género, absolvió a la acusada, declaró que «[e]n los hechos de violencia de pareja -como el caso concreto- hay que valorar la secuencia de los mismos y los tipos y modalidades de agresiones, y no sólo examinar el último momento donde se produce el desenlace fatal. Además, en estos hechos de violencia, generalmente son testigos presenciales los familiares de la pareja, quienes suelen ser considerados con mucha

⁸⁸ MIR PUIG, Santiago (2012), *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. reimpresión, Buenos Aires, B de F Julio César Faira - Editor, p. 445.

⁸⁹ ROXIN (2001), p. 621.

⁹⁰ LAURÍA MASARO, Mauro y Nuria SABA SARDANONS, «Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género», pp. 47-71, p. 60.

⁹¹ CHIESA, Luis Ernesto (2007), «Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona», *Revista Penal* n 20/2007, p. 57.

desconfianza por los tribunales por temor a que su versión de los hechos sea parcial y se oriente, únicamente a beneficiar a la imputada». ⁹²

CONCLUSIONES

1.- Los seres humanos poseemos la capacidad de generar ideas, que permiten modificar el mundo a nuestra medida. En aquellos casos en que una creencia o concepción son muy populares aparentemente, es posible que no exista ninguna evidencia empírica que las avale, o incluso pueden ser refutadas por esta. Pensamos que “el plural de anécdota no es datos”; no son conocimientos sólidos que califiquen como máximas de la experiencia. En consecuencia, únicamente las pautas de actuación que se encuentran avaladas por la evidencia objetiva disponible, pueden ser tomadas en consideración por el juez o tribunal, con el propósito de elevarlas a verdaderas máximas de la experiencia, que validen el fundamento de la sentencia.

2.- Aunque los estereotipos pueden ser en algunas ocasiones neutros, y en otras situaciones despectivos, en el razonamiento judicial no son inocuos, pues generalmente son constitutivos de prejuicios ya sea contra la víctima, el imputado, el demandante, el demandado, el testigo o el perito. Es importante lograr la previsibilidad del Derecho, con el fin de que exista certeza jurídica y que los ciudadanos podamos atenernos a la misma aplicación de la ley. Este valor del Derecho, llamado seguridad jurídica, es difícil de lograr, en razón a que cada persona tiene concepciones individuales acerca de lo que es más justo y adecuado. Las partes y los jueces también poseen un acervo de definiciones, clasificaciones y estereotipos, los cuales resultan difíciles de desconsiderar. Lo importante aquí es fijar una línea divisoria entre los estereotipos que son admisibles y cuales son inaceptables.

3.- El artículo 19 N° 2 inciso final de la Constitución Política de la República establece que «Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias». En consecuencia, los jueces y tribunales tienen una prohibición constitucional de estereotipar o categorizar negativamente a las partes o terceros del juicio, de manera directa o frontal. Tampoco debieran razonar con una máxima de la experiencia que lleve oculto un estigma o un prejuicio, al fundar una decisión judicial. Como aparece de manifiesto en el considerando noveno del voto disidente, en el fallo sobre recurso de queja de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 1.193-2003, en *López con Atala*, «*restarle a la madre, solo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad [...], involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria*».

4.- Una herramienta idónea para desarrollar un razonamiento judicial exento de estereotipos, es precisar y utilizar adecuadamente las máximas de la experiencia. La configuración correcta de las máximas de la experiencia ayuda a descartar que los jueces y tribunales disfracen, ya sea consciente o inconscientemente, prejuicios o discriminaciones arbitrarias en contra de una de las partes o de los testigos o peritos. Volviendo al ejemplo del juez que consideraba que «los jóvenes son más creíbles en cuanto testigos en un juicio, porque tienen mejor memoria que los ancianos», es una insensatez respecto de la cual disintimos rotundamente.

92 LAURÍA MASARO, Mauro y Nuria SABA SARDAÑONS, «Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género», pp. 47-71, p. 67.

5.- Una segunda herramienta consiste en que el juez debiera rechazar las teorías del caso que los abogados utilizan invocando las diferencias identitarias de una de las partes, para obtener una ventaja o resultar vencedor en el proceso. La cultura del “*wokeism*”, *vale decir*, la idea de que vivimos en un país sistemáticamente racista o heteropatriarcal, es peyorativa respecto de quien sería una víctima del sistema opresor, lo que jamás justificaría que un juez o tribunal aplicara un tratamiento diferenciado basado en una categoría sospechosa. Al respecto, el Tribunal Constitucional decidió correctamente cuando declaró inaplicable en el caso concreto los artículos 13 y 14 Ley N° 16.441 Ley Pascua, con el propósito de no absolver a un acusado pascuense que accedió carnalmente a una niña menor de catorce años, pues esa violación impropia «*supone una determinada supremacía de género incompatible con la igualdad ante la ley y la dignidad de las personas*».

6.- Como tercer mecanismo destinado a suprimir estereotipos contra la mujer, proponemos que para garantizar el derecho de defensa de las mujeres debe valorarse la prueba vinculada a la historia de violencia de género de la imputada. La declaración de la acusada no debe ser minimizada, ni excluida mediante una visión reduccionista de quienes tienen que juzgarlas, sobre todo cuando los hechos de violencia no han sido denunciados formalmente, o no se han obtenido condenas con anterioridad.

BIBLIOGRAFÍA

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», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII (Valparaíso, Chile), 1er Semestre, pp. 347-362.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, «Principio de Solidaridad y Derecho privado: comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional», en *Ius et Praxis Año 14*, N° 2, pp. 593-619.

AGUILERA VASCONCELLOS, Sebastián (2020), «La perspectiva de género como herramienta para la valoración racional de la prueba», *Revista Jurídica del Ministerio Público N° 80*, Diciembre 2020.

ALEXANDER, Larry (1992), «What Makes Wrongful Discrimination Wrong?» Bisses, Preferences, Stereotypes and Proxies», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, pp. 149-219.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, «La sentencia de la CIDH en el caso Atala: Una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales. Notas breves a la sentencia del 24 de febrero del 2012», en *Revista Actualidad Jurídica*, Año XIII, n° 26, 2012, pp. 577-587.

ARAYA Novoa, Marcela Paz (2020), «Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal», *Revista de Estudios de la Justicia*, Núm 32, pp. 35-69, p. 40.

ARMENTA DEU, Teresa (2009), *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid.

ASENSIO *et al* (2012), «Discriminación de género en las decisiones judiciales», en *Justicia penal y violencia de Género*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires.

ATIENZA, Juan G. (2000), *Los pecados de la Iglesia. Memoria de una ambición*, Ediciones Martínez Roca, Barcelona.

BECA FREI, Juan Pablo (2014), «El uso de tratados internacionales por parte del Tribunal Constitucional al resolver recursos de inaplicabilidad en el período 2011-2012», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XLIII, Segundo Semestre, pp. 467-493.

CALAMANDREI, Piero (1961), *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, p. 381.

COOK, Rebecca y CUSACK, Simone (2010), *Gender Steriotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.

CHIESA, Luis Ernesto (2007), «Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona», *Revista Penal* n° 20/2007, p. 57.

DI CORLETTI, Julieta (2006), «Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de mujeres golpeadas», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 5/2006, LexisNexis, Buenos Aires.

DI CORLETTI, Julieta (2017), «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en Di Corletto, Julieta, *Género y Justicia penal*, ediciones Didot, Buenos Aires, pp. 285-307.

DÍAZ DE VALDÉS Juliá, José Manuel (2019), *Igualdad Constitucional y No Discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DIDIER, María Marta (2012), *El principio de igualdad en las normas jurídicas: Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires.

DULITZKY, Ariel (2011), «El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana», en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. N° 3, pp. 15-32.

EPP, Charles R. (2013), *La revolución de los derechos: Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, trad. A. Bixio, 1a ed., Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús (2020), «Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 57, N° 1, pp. 101-118, p. 107.

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

GALLI, Juan Francisco, «Entrevista de Daniel Inostroza G.», *Diario El Mercurio*, sábado 10 de julio de 2021, Nacional, p. C 8.

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2015), «La sana crítica y la fundamentación de las sentencias», *Revista Actualidad Jurídica N 31* - Enero, pp. 99-117.

GONZÁLEZ LAGIER, Alejandro (2014), «Presunción de inocencia, verdad y objetividad», en GARCÍA, Juan y BONORINO, Pablo (Coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho, debates sobre abducción*, Editorial Comares, Madrid, p. 87.

INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK (2014), «Citizen security and justice sector framework document», Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C.

HENKIN, Louis y Albert J. Rosenthal (eds.) (1991) *Constitutionalism and Rights: The Influence of the U.S. Constitution Abroad*, Nueva York, Columbia University Press.

HOBBS, Thomas (2000), *De Cive. Elementos filosóficos del ciudadano*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid.

HOPP, Cecilia Marcela (2017), «Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal», en Di Corletto, Julieta, *Género y Justicia penal*, ediciones Didot, Buenos Aires, pp. 15-46.

ÍNIGUEZ MANSO, Andrea Rosario (2014), «La noción de “categoría sospechosa” y el derecho de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XLIII - 2014, Segundo Semestre, pp. 495-516.

JAKOBS, Günther (2001), *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid.

LARGO, Remo H. (2018), *Individualidad humana. Qué nos hace diferentes y cómo aprovecharlo*, trad. de J. Chamorro Mielke, 1ª a ed., Debate, Barcelona.

LARRAÍN, Jorge (2017), *El concepto de ideología. Vol. 1: Marx*, 6ª impresión, LOM ediciones, Santiago.

LAURÍA MASARO, Mauro y Nuria SABA SARDAÑONS, «Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género», pp. 47-71.

LOCKE, John (2000), *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, 1ª ed. Área de conocimiento: Humanidades, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial. Madrid.

MAGALONI KERPEL, Ana Laura (2001), *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mc Graw Hill, Madrid.

MAQUIAVELO, Nicolás (1999), *El Príncipe*, 1ª. reimpresión, trad. de M. A. Granada, Alianza Editorial, Madrid.

MILLER, Arthur (2015), *Las Brujas de Salem y el Crisol*, trad. de J.L. López Muñoz, Tusquets, Buenos Aires.

MIR PUIG, Santiago (2012), *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. reimpresión, Buenos Aires, B de F Julio César Faira - Editor.

O'SULLIVAN, Michelle (1994). «Stereotyping and Male Identification: Keeping Women in Their Place», Murray, Christina (Ed.) *Gender and the New South African Legal Order*, Kenwyn, Suráfrica: Juta, p. 187.

OLLERO, Andrés (2011), «Derechos y libertades en el liberalismo político de John Rawls», pp. 445-459.

PARKER, Clifton B. (2003), Court decision harks to UC's Bakke case: New affirmative action ruling could have profunds impacts, but not at UC, June 27, 2003, disponible en <https://www.ucdavis.edu/news/court-decision-harks-ucs-bakke-case-new-affirmative-action-ruling-could-have-profunds-impacts>

PHILLIPS, Tom (2021), *Humanos. Una breve historia de cómo la hemos pifiado*, trad. de I. Villaro, Planeta, Santiago de Chile, p. 13.

PINKER, Steven (1997), «Why Can't a Woman Be More Like a Man?», *Slate*, 27 de Agosto de 1997, <https://slate.com/culture/1997/08/why-can-t-a-woman-be-more-like-a-man.html>.

ROXIN, Claus (2001), *Derecho Penal. Parte general. Tomo I, Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*, trad. de D-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.

RUEDA, Yolanda (2018), «Los estereotipos de género en el proceso penal», *Revista Juezas y Jueces para la Democracia, Boletín Comisión Penal*, 1 (10): 12-20. Disponible en bit.ly/3c7V31d.

RUSSELL, Bertrand (1998), *Religión y Ciencia*, 10ª reimpresión, México, D.F., p. 67.

STEIN, Friedrich (1988), *El conocimiento privado del juez*, trad. A. de la Oliva Santos, Editorial Themis, Bogotá.

VILLALOBOS R., Sergio, Osvaldo Silva G, Fernando Silva V. y Patricio Estelle M. (1995), *Historia de Chile. Tomo 3*, 20ª ed., Editorial Universitaria, Santiago.

ZUÑIGA URBINA, Francisco (2002), «Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Valparaíso, vol. 20, pp. 237-260.

CASOS CITADOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas) *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 24 de febrero de 2012 *Atala e hijas v. Chile*.

TRIBUNALES CHILENOS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia de 5 de abril de 1988 sobre control de constitucionalidad preventivo y obligatorio del proyecto de LOC de Votaciones Populares y Escrutinios.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia Rol N° 976, de 26 de junio de 2008, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Peña Wasaff, Silvia contra el artículo 38 ter de la Ley 18.933 (Ley de Isapres), en los autos *Peña Wasaff, Silvia con ING Salud*, recurso de protección Rol de Ingreso N° 4972-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, 4 de julio de 2013, Rol N° 2273-2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia Rol N° 1683-10-INA (2011), Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en la causa penal contra *Sepúlveda Álvarez*, RIT N° 1287-2008, RUC 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.

CORTE SUPREMA, Rol N° 1.193-2003, 31 de mayo de 2004, *López con Atala*, recurso de queja, demanda de cuidado personal.

CORTE SUPREMA, Rol N° 22.719-2015, *Ministerio Público contra Matus Alvarado, Gregorio Hermán*, causa penal seguida por delito de microtráfico Art. 4° Ley 20.000.

CORTE SUPREMA, 25 de julio de 2016, en autos caratulados *Betancourt con Ortiz*, demanda de alimentos.

CORTE SUPREMA, Rol N° 15.472-2017. *Ministerio Público contra Pavez Pradenas, José Alfonso*, causa penal seguida por delito de microtráfico Art. 4 Ley 20.000.

JUZGADO DEL CRIMEN DE IQUIQUE (2003), en autos caratulados *contra Pérez Silva, Luis*, causa penal seguida por delitos de secuestro con homicidio reiterados (caso psicópata de Alto Hospicio).

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

Korematsu v. United States 323 U.S. 214 (1944).

Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

Padula v. Webster, 822 F2d 97, 103 (1987).

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).

TRIBUNAL ARGENTINO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, Sala II, FC/REYC, rta. 23/06/15.