

**udp** FACULTAD  
DE DERECHO

NÚMERO

3

ISSN  
2735-7538

redp  
udp



# Revista Estudiantil de Derecho Procesal

Universidad Diego Portales  
FACULTAD DE DERECHO

NOV 2023



NÚMERO

3

ISSN

2735-7538



# Revista Estudiantil de Derecho Procesal

Universidad Diego Portales

FACULTAD DE DERECHO

**REDP** es una publicación anual gestionada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, que reúne artículos de investigación de distintos autores nacionales y extranjeros, relacionados al área del Derecho Procesal. Los artículos se organizan en tres categorías: *comentarios jurisprudenciales*, *tesis* y *artículos de investigación*. La Revista es una publicación sin fines de lucro que busca fomentar el conocimiento, estudio e innovación a través de la difusión de la investigación en el área de Derecho Procesal. Tiene como fin acercar la experiencia del Derecho Procesal a todo público, ya sea dentro o fuera del área universitaria, y tiene como compromiso respetar y promover la diversidad, los derechos de las minorías, la libertad de expresión y la perspectiva de género de acuerdo con las nuevas formas de justicia tanto en el derecho nacional como internacional.

SANTIAGO, NOVIEMBRE DE 2023



Fotografías: Equipo REDP 2023

Nº3

3ra. edición  
Noviembre 2023  
ISSN 2735-7538



Síguenos en nuestra  
red de LinkedIn

udp FACULTAD  
DE DERECHO



Facultad de Derecho  
Universidad Diego Portales  
República 105, Santiago,  
Región Metropolitana

[semilleroderechoprocesal.udp.cl/](http://semilleroderechoprocesal.udp.cl/)  
[revista-estudiantil](http://revista-estudiantil)

[revistaderechoprocesal@mail.udp.cl](mailto:revistaderechoprocesal@mail.udp.cl)

#### Director

Juan José Martínez Layuno

#### Comité Editorial

Cristián Contreras Rojas (*Universidad de Talca*)  
Enrique Letelier Loyola (*Universidad de Valparaíso*)  
Flavia Carbonell Bellolio (*Universidad de Chile*)  
Jorge Larroucau Torres (*Pontificia U. Católica de Valparaíso*)  
Juan Vera Sánchez (*Universidad de Chile*)  
Macarena Oyarzún Ithurrealde (*Pontificia U. Católica de Chile*)  
Maite Aguirrezábal Grünstein (*Universidad de los Andes*)  
Ramón García Odgers (*U. Católica de la Santísima Concepción*)

#### Coordinación General

Antonio Andrés Valenzuela Iturriaga  
Catalina Thamara Valenzuela Mejías  
David Enrique Guzmán Meneses  
Diego Andrés Moreno Godoy  
Katalina Alessandra Del Canto Rivera

#### Equipo Revisión

Camila Esperanza Palominos Rodríguez | **COORDINADORA**  
Diego Alonso Azócar Lobos  
Fabián José Andrade Pérez  
Ignacio Andrés Reyes Mardones  
Matías Ariel Prieto Berríos  
Mónica Angélica Maureira Castillo  
Nicole Estefanía Silva Lisboa

#### Equipo de Redacción

Marco Sebastián Triviño Cid | **COORDINADOR**  
Catalina Francisca Fortabat Ulloa  
Daniel Alejandro Cantos Polit  
Flavio Abraham Castro Peralta  
Kevin Aaron Gutiérrez Parra  
Paulina Alejandra Araya Vivanco

#### Equipo de Edición y Diseño

Sofía Belén Caravantes Palomo | **COORDINADORA**  
Ángeles del Pilar Franco Allen  
Cesia Belén Vargas Vargas  
Javiera Andrea Plaza Marín  
Leandro Ignacio Ortega Núñez  
Renata Carolina Ariztía Valdivia

#### Diseñador

Miguel Angel Cortez Olivares

#### Tipografías

Skolar Sans Latin  
Utopia Std

Universidad Diego Portales  
Carlos Peña González | **RECTOR**

Facultad de Derecho  
Jaime Couso Salas | **DECANO**

# Sumario



	<b><u>Págs.</u></b>
Editorial .....	<b>Pág. 06 →</b>
ART. 1. — Las “Rape Shield Law” como posible mecanismo para la correcta protección y erradicación de la violencia de género existente en el proceso penal chileno. <b>Autora: Nicole Belén Andreas Olcay Avecedo</b> .....	<b>Pág. 08 →</b>
ART. 2. — Prisión preventiva y el deber de considerar la situación de maternidad, embarazo o cuidado sobre un tercero. <b>Autor: José Tomás Céspedes Ortiz</b> .....	<b>Pág. 44 →</b>
ART. 3. — Procedimiento monitorio civil chileno, un análisis comparativo. <b>Autor: Martín Freitte Sandoval</b> .....	<b>Pág. 52 →</b>
ART. 4. — Caso “Mi Bebito Fiu Fiu”: breve exposición de la acción civil por infracción a la ley 17.336 sobre Derechos de Autor. <b>Autor: Esteban Orhanovic De la Cruz</b> .....	<b>Pág. 64 →</b>
ART. 5. — Barreras comunicativas en los discursos jurídicos y sus posibles incidencias en el acceso a la tutela judicial efectiva. <b>Autora: Alejandra Fernández Maldonado</b> .....	<b>Pág. 70 →</b>
ART. 6. — Comentario a la Sentencia Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Análisis e Implicancias para el Derecho chileno. <b>Autora: Constanza Fuentes López</b> .....	<b>Pág. 93 →</b>
Instrucciones para publicar en la revista .....	<b>Pág. 100 →</b>



---

**JUAN JOSÉ**MARTÍNEZ LAYUNO

---

**Director REDP***Máster en Ciencias Jurídicas,  
Universidad de Stanford**Profesor de Derecho Procesal,  
Universidad Diego Portales**Director, Revista Estudiantil de  
Derecho Procesal*

## Editorial

Es un honor presentar este tercer número de la Revista de Derecho de los estudiantes de la Universidad Diego Portales. En esta ocasión se presentan seis artículos que abordan cuestiones tales como acciones y procedimientos civiles, comunicación efectiva y acceso a la justicia, prisión preventiva, derecho probatorio y jurisprudencia internacional sobre interrupción voluntaria del embarazo.

En efecto, el primer artículo de esta edición trata sobre un tipo distintivo de leyes que buscan promover una mejor aplicación del derecho probatorio en los casos de delitos sexuales (“Rape Shield Law” en el derecho comparado). En el artículo, de autoría de Oclay Acevedo, se explica cómo estas leyes buscan limitar la introducción de pruebas sobre el comportamiento sexual pasado de víctimas como material probatorio sobre la veracidad de sus propios dichos, analizando la historia dichas leyes y delineando una propuesta compatible con el sistema chileno.

En la segunda pieza, Céspedes Ortiz analiza una jurisprudencia nacional y se ancla en el derecho internacional para describir aciertos y vacíos en torno al razonamiento sobre la privación de libertad de personas embarazadas.

En el tercer artículo que compone esta edición, Freitte Sandoval analiza el proyecto de Código Procesal Civil desde la óptica del procedimiento monitorio, para responder a preguntas fundamentales, tales como si la propuesta legislativa es fiel a la naturaleza conceptual del procedimiento monitorio, y acaso dicho procedimiento especial puede atender problemas judiciales sistémicos –aunque no exclusivos a Chile– relacionados con el excesivo volumen de causas civiles.

En el cuarto artículo de autoría de Orhanovic De La Cruz, descompone cuestiones prácticas y jurídico-procesales relativas con potenciales acciones civiles al amparo de la legislación chilena sobre Derechos de Autor (Ley 17.366).

En quinto lugar, el artículo de Fernández Maldonado propone que el uso de lenguaje jurídico claro permite no solamente mejorar el acceso a la justicia en un sentido tradicional, sino de manera más profunda, que quienes tienen necesidades jurídicas logren apropiarse del proceso judicial.

Finalmente, Fuentes López analiza el cambio jurisprudencial en EE. UU. sobre interrupción voluntaria del embarazo, tras el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Esta decisión dejó sin efecto la regla anteriormente establecida en *Roe v. Wade*, afirmando que los Estados tienen poder para restringir el aborto. La autora explora las implicancias de esta decisión para Chile, donde actualmente se debate el reconocimiento constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo. ❀

***A dos años de nuestra primera edición, el número de artículos recibidos ha desbordado nuestras expectativas, se ha robustecido nuestro equipo de trabajo y se ha consolidado el modelo de revisión por pares realizado por un selecto equipo de docentes árbitros editoriales provenientes de diversas universidades chilenas.***



# Las “Rape Shield Law” como posible mecanismo para la correcta protección y erradicación de la violencia de género existente en el proceso penal chileno

*The “Rape Shield Law” as a possible mechanism for the correct protection and eradication of the gender-based violence existing in the Chilean criminal process*

Artículo de investigación

NICOLE BELÉN ANDREAS OLCAY ACEVEDO\*

\* ABOGADA FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. CORREO ELECTRÓNICO: NICOLE.OLCAY@MAIL.UDP.CL.

**Resumen:** Este último tiempo hemos sido testigos de la asignación de responsabilidad a las víctimas de delitos sexuales y la deslegitimación de sus declaraciones como muestra de la discriminación existente en el Proceso Penal Chileno. El presente trabajo se hace cargo de la discusión acerca de un problema probatorio relevante, que dice relación con el cuestionamiento o uso por parte de la defensa del comportamiento sexual previo de la víctima de delitos sexuales y su reputación, como parte de su teoría del caso, contradiciendo en muchas oportunidades con la perspectiva de género que la fenomenología de este tipo de delitos requiere. Al respecto, en el derecho comparado se han elaborado leyes especiales, denominadas “Rape Shield Law”, las cuales limitan la posibilidad de introducir a la audiencia de juicio oral, las pruebas relacionadas con el comportamiento sexual pasado como indicador de veracidad de la víctima. Por ello, la investigación analiza la historia y regulación de estas leyes, así como sus principales críticas, para finalmente concluir con una propuesta normativa propia compatible con nuestro sistema penal chileno.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia de género, Delitos sexuales, Comportamiento sexual previo, Derecho Penal Chileno derecho probatorio, Limitación a la prueba, Rape Shield Law.

**Abstract:** *In recent times we have witnessed the allocation of responsibility to the victims of sexual crimes and the delegitimization of their statements as a sign of the existing discrimination in the Chilean criminal process. This paper takes up the discussion of a relevant evidentiary problem, which relates to the questioning or use by the defense of the prior sexual behavior of the victim of sexual crimes and its reputation, as part of its theory of the case, contradicting many times with the gender perspective that the phenomenology of this type of crime requires. In this regard, special laws have been developed in comparative law, called “Rape Shield Law”, which limit the possibility of introducing evidence related to past sexual behavior as an indicator of the victim’s veracity to the oral hearing. For this reason, the research analyzes the history and regulation of these laws, as well as their main criticisms, and finally concludes with a legislative proposal compatible with our Chilean criminal system.*

**KEYWORDS:** *Gender, Based violence, Sexual crimes, Previous sexual behavior, Chilean Criminal Law, Evidence law limitation to criminal evidence, Rape Shield Law.*





1 Voz Libre, "Hermana yo sí te creo": La carta viral en apoyo a la chica violada en San Fermín, 17 de noviembre de 2017 (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2020). Disponible en: <https://vozlibre.com/sin-categoria/hermana-te-creo-la-carta-viral-apoyo-la-chica-violada-san-fermin-7192/>

2 Fiscalía de Chile, Temas de interés: Violencia contra la mujer (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2020). Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/victimas/adultos/violencia-genero.jsp>

3 Loreto Santibáñez, Cuestionamientos a estrategia de la defensa en el caso de Nabila Rifo ¿Que dicen los abogados?, 24 de marzo de 2017 (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2020). Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/braga/2017/03/24/cuestionamientos-a-estrategia-de-la-defensa-en-el-caso-de-nabila-rifo-que-dicen-los-abogados/>

4 Question Femenina, ¿Cultura de la violación? ¿Dónde?, 16 de julio de 2018 (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2020). Disponible en: <http://www.qfem.es/post/15299/cultura-de-la-violacion-donde>

*"Hermana, compañera, mujer. Yo sí te creo. Somos muchos y muchas los que te creemos. A los que nos resulta escandaloso cómo te están tratando. Cómo te están volviendo a violar. ¿Qué mierda es esa defensa de los acusados basada en probar tu "mala" reputación? En probar que ibas a beber o qué no dijiste NO expresamente o que te irías con varios porque eres una "guarra". ¿Qué es eso de aceptar como prueba el seguimiento de un detective privado para corroborar que no estás destrozada psíquicamente después de la agresión? Claro, es que las mujeres violadas para probar que han sido violadas han de guardar el luto de la violación. Han de ser muy víctimas y comportarse como tal. No se te ocurra recuperar la normalidad o subir fotos a tus redes sociales o disfrutar mínimamente de algo o sonreír o celebrar tu cumpleaños porque entonces te pondrán en duda. Sí, esta justicia patriarcal dudará siempre de ti (...)"<sup>1</sup>*

## Sumario

1. Introducción; 2. Las implicancias y complejidades de la indagación del comportamiento sexual anterior de la víctima en los delitos de agresión sexual; 3. Las "Rape Shield Law" como una posible alternativa de solución; 4. Principales variables a considerar al momento de realizar una propuesta normativa para el sistema procesal penal chileno; 5. Propuestas Normativas; 6. Procesos para determinar la admisibilidad; 7. Conclusiones

## 1) Introducción

"Las mujeres, por el sólo hecho de ser mujeres, viven diversas formas de violencia"<sup>2</sup>, y el sistema de justicia criminal no se encuentra ajeno a ello. El proceso judicial reproduce los parámetros patriarcales presentes en nuestra cultura, culpabilizando a la víctima y justificando al agresor. Desde la perspectiva del acusado, la indagación en el comportamiento sexual previo de la mujer se ha posicionado como la principal estrategia disponible para excluir la existencia del delito. No resulta inusual que en los juicios de agresiones sexuales la defensa busque exponer la vida sexual y las relaciones amorosas que la mujer haya mantenido anteriormente, con el fin de suplir la prueba del consentimiento, o bien, para cuestionar la veracidad de la acusación de la víctima. Dando lugar a dos juicios, uno jurídico en el cual hay un imputado, y uno social y comunicacional, en el cual la acusada es la víctima<sup>3</sup>, desviando el asunto principal que la justicia criminal debiese resolver.

La peligrosidad de esta estrategia radica en la existencia de una cultura de la violación, que legitima esta clase de violencia y "ordena a hombres y mujeres a asumir roles de género predefinidos en relación con el comportamiento sexual"<sup>4</sup>.

La influencia de patrones socioculturales se tornan en un problema aún más grave cuando son asumidos por las instituciones, pudiendo dar "como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, 20 de enero de 2007 (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2020). Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507>>.

6 **CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR** (2016), "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, s/v, n. 9, octubre 2015-marzo 2016, en línea, (fecha de consulta: 10 de octubre de 2020). Disponible en: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2801/1532>>

laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos"<sup>5</sup>, restringiendo el marco de protección de las mujeres víctimas de delitos sexuales.

El estado de Chile tiene obligaciones de garante claras en esta materia. El derecho de las mujeres a vivir sin violencia está consagrado en tratados internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), ambos ratificados por nuestro país. De la misma forma, la igualdad entre hombres y mujeres se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo "la falta de normas adecuadas y la carencia en la implementación de las existentes las convierte en una promesa vacía que produce poco impacto en la vida de las mujeres"<sup>6</sup>.

En consecuencia, el objetivo del presente trabajo será proponer frente a esta problemática un mecanismo de solución ampliamente utilizado en el derecho anglosajón, las denominadas "Rape Shield Law", para la correcta protección y erradicación de la violencia de género existente en el proceso penal chileno.

Estas leyes buscan proteger a las víctimas de delitos sexuales de una indagación excesiva y arbitraria de su vida privada, estableciendo una limitación al acusado para presentar pruebas e interrogatorios relacionados con la conducta sexual anterior de la mujer. Esta presunta alteración a las reglas tradicionales de la prueba ha generado que la mayor crítica en torno a estos estatutos se relacione con el derecho a la defensa del imputado. Demostraremos que no se trata de una garantía absoluta, además de las exigencias tradicionales de la prueba, se debe considerar la existencia de otros intereses del sistema que actúan como límite natural al derecho a la defensa, y los casos de violencia de género son útiles para definir tales límites.

En cuanto a la estructura, el trabajo se dividirá en tres secciones. En la primera de ellas se presentará la prueba que indaga en el comportamiento sexual anterior de la víctima, sus problemáticas y los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico contiene para enfrentarlos. Luego, en el segundo apartado, se profundizará en el mecanismo de solución propuesto mediante un estudio de derecho comparado que buscará dar cuenta de cómo estas leyes han sido introducidas y reguladas en los distintos ordenamientos, así como también las críticas que han suscitado en torno a ellas. Finalmente, en la tercera sección abogaré por una correcta redacción de estas leyes que considere tanto los derechos del acusado como los de la víctima, proponiendo un estatuto alternativo para el problema en cuestión.

## 2) Las implicancias y complejidades de la indagación del comportamiento sexual anterior de la víctima en los delitos de agresión sexual

- 7 La dificultad probatoria existente en los delitos sexuales ha generado otro tipo de discusiones en torno a si el “estándar más allá de toda duda razonable” que está presente en el ordenamiento penal chileno, puede ser satisfecho con el solo testimonio de la víctima. Algunos abogan por señalar que ello constituye una flexibilización arbitraria del estándar probatorio, mientras que otros señalan que ello no implica flexibilizar los estándares, ya que no se trata sólo del testimonio de la víctima, sino que además existen otros tipos de pruebas de carácter indiciario, que, junto con la prueba testimonial, permiten armonizar el examen judicial con la situación de vulnerabilidad de la víctima en los delitos de esta naturaleza. Considerando la fenomenología de estos delitos, e incorporando perspectiva de género para enfrentarlos; así lo ha señalado la Convención de Belém do Pará, para la correcta erradicación de la violencia contra la mujer. Ver DI CORLETO (2017), Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género.
- 8 SMITH (2018), “Sexual History Evidence in Rape Trials”, p.98 (traducción propia).
- 9 BERGER (1997), “Man’s Trial, Woman’s Tribulation: Rape Cases in the courtroom”, Columbia Law Review, v. 77, n. 1, Jan 1977, en línea (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2020). Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/1121848?seq=1>>, p.15.
- 10 DI CORLETO (2006), Limites a la prueba del consentimiento en el delito de la violación, p.7.
- 11 SMITH & SKINNER (2017), How Rape Myth Are Used and Challenged in Rape and Sexual Assault, p.443-444.
- 12 CHRISTIE (1986), “The Ideal Victim”, p.23.

La prueba que se refiere a la conducta sexual anterior de la mujer no es una rareza en el marco del proceso penal chileno, al contrario, producto de la gran dificultad de obtención de pruebas que manifiesten directamente la existencia del tipo penal en los delitos sexuales<sup>7</sup>, ha generado que esta práctica sea mucho más usual de lo común, cuya incorporación resulta ser altamente perjudicial debido a la forma en que ella ha sido utilizada en nuestro sistema de justicia criminal.

A continuación, se identificarán algunas de las problemáticas que suscitan la admisibilidad de esta categoría de prueba. Posteriormente, se abordarán las herramientas legales con las que cuenta nuestro Código Procesal Penal Chileno para hacer frente a estos problemas.

## 2.1. Categorización de problemas

### a) Prejuicios y mitos en torno a la violencia sexual

“Históricamente, el pasado sexual de una víctima de delitos de violencia sexual era considerada como prueba central en los juicios, del por qué no se le debía creer a una mujer a menos que hubiera una corroboración de los hechos y se le considerara moralmente creíble”<sup>8</sup>. En general, los tribunales han avalado el carácter de castidad de la víctima como prueba pertinente con relación a si ella consintió o no en el acto que dio lugar a la acusación de la violación, o bien si su testimonio es digno de ser creído<sup>9</sup>. El pensamiento subyacente aquí constituye uno de los mitos más icónicos de la violación, el cual contribuye a suplir elementos del tipo penal para la configuración del delito, respaldándose en la imagen de que solo las mujeres vírgenes son violables.<sup>10</sup>

Por el contrario, la mujer que tiene una avezada experiencia sexual, o una forma especial de comportarse o vestirse, no podría ser víctima de una violación. La sociedad no simpatiza con ella, e incluso en muchas ocasiones le atribuye la responsabilidad por el comportamiento sexual violento. Las mujeres promiscuas serían impuras e inmorales, y su actuar debiese ser corroborado antes de ser creído. Dando lugar a otro mito, según el cual la sexualidad masculina es algo incontrolable, y las mujeres al actuar o vestir de determinada manera estarían incitando la agresión sexual<sup>11</sup>.

Entonces, según estas creencias, existiría un estereotipo de mujer que al cumplir con ciertas condiciones ideales puede ser víctima de una violación, a diferencia de aquellas que se apartan de dichos estándares, quienes no podrían ser víctimas de este delito. Estos mitos en torno a la violencia sexual contribuyen a la creación de prototipos de agresores y de víctimas ideales, así como también a la conceptualización de situaciones que pueden ser consideradas como “violaciones reales” y otras que no.

Es la debilidad y la dependencia de la mujer la que da origen al estatus de víctima que debe ser protegida por el ordenamiento<sup>12</sup>. Así como también que debe haber puesto la energía razonable en defenderse. La víctima ideal debe estar en una posición subordinada, y el estatuto de independencia limita la posibilidad de ser considerada y valorada como tal por la comu-

13 CHRISTIE (1986) 20.

14 CHRISTIE (1986) 25.

15 DI CORLETO (2006) 6.

16 SMITH (2018) 98 (traducción propia).

17 SMITH (2018) 104.

18 DI CORLETO (2006) 9.

19 El Periódico, Antonia Barra: la historia de una violación que estremece a Chile, 23 de julio de 2020 (fecha de consulta: 18 de noviembre de 2020). Disponible en: <<https://www.elperiodico.com/es/internacional/20200723/antonia-barra-violacion-estremece-chile-8051142>>

20 Noticias Importantes, ¿Quién es el abogado de Martín Pradenas?, 22 de julio de 2020 (fecha de consulta: 18 de noviembre de 2020) Disponible en: <<https://noticiasimportantes.cl/noticias/policial/quien-es-el-abogado-de-martin-pradenas/>>  
<<https://noticiasimportantes.cl/noticias/policial/quien-es-el-abogado-de-martin-pradenas-2180>>

nidad. Desde tiempos medievales que estas preconcepciones ya se encontraban materializadas en la sociedad, como el caso de las brujas, quienes eran discriminadas por la opresión y los vestigios culturales de la época, o como también el caso de la mujer golpeada por el marido, que, durante mucho tiempo, por la posición superior del hombre y su dominación, era natural que su pareja le pegara, y que dicha situación se mantuviera dentro de cuatro paredes<sup>13</sup>.

Los prototipos de víctimas ideales no pueden ir sino de la mano con el prototipo de ofensor. Mientras más ideal sea la víctima, más ideal será el ofensor<sup>14</sup>, pero si no es posible identificar a un agresor, la desprotección es aún mayor. Estos lineamientos son los que han permitido petrificar el mito de que la violación se trata de un “delito que sólo puede ser cometido por extraños, idea que ignora los escenarios más comunes de las violaciones, en los cuales los autores son los conocidos”<sup>15</sup>. Según esta concepción, la violación sería un fenómeno excepcional, y mientras más extraño el ofensor, más ideal será su calidad.

“Por otro lado, se ha reconocido que la historia sexual de la víctima implica la existencia de “mitos gemelos”, según el cual las mujeres que previamente habrían dado su consentimiento para tener relaciones sexuales, además de ser menos creíbles, tendrían más probabilidades de dar su consentimiento en general”<sup>16</sup>. Pero esta idea olvida la circunstancia de que el consentimiento es único para cada pareja, situación y acto. Resulta sumamente difícil pensar en una actividad que sea más específica y personal que las relaciones sexuales<sup>17</sup>. Aun así, “las narrativas establecen patrones sobre cómo deberían haber actuado las víctimas antes y durante el acto violento; y de esta forma determinan la manera en la que se evalúa aquello que excluye la existencia del delito”<sup>18</sup>. Desconociendo el rol de las emociones en un contexto tan denigrante y humillante como la violación.

El caso de Antonia Barra permite retratar la situación anterior. En septiembre de 2019, la joven conoció a Martín Pradenas en una discoteca en la localidad de Pucón. Antonia se encontraba en evidente estado de ebriedad, y el agresor aprovechándose de dicha situación, condujo a Antonia hacia la cabaña donde él se estaba alojando, para posteriormente violarla. Un mes después la joven de 21 años decidió terminar con su vida producto de la agresión sexual que sufrió<sup>19</sup>. Este caso logró captar la atención de todo el país y de varias organizaciones feministas, debido al cuestionado actuar de la defensa en la audiencia de formalización, puesto que en reiteradas ocasiones se buscó responsabilizar a la víctima, haciendo alusión a un consentimiento anticipado de Antonia, sosteniendo que la embriaguez era de ella y apelando a un rol de galán del acusado en los hechos<sup>20</sup>. Ignorando toda influencia no racional de la víctima; el miedo, el trauma y por sobre todo su estado de inconsciencia. Responsabilizando a Antonia por el hecho violento y desviando el asunto principal en el cuestionamiento del actuar de la joven al momento de ser agredida sexualmente.

Todas estas ideas preconcebidas, que se relacionan con el comportamiento sexual de la mujer permiten vislumbrar la evidente problemática que este tipo de pruebas genera en el proceso penal cuando son introducidas con propósitos evidentemente anti epistémicos, aludiendo a prejuicios y estereotipos, que se manifiestan en decisiones judiciales sesgadas y

21 SMITH & SKINNER (2017) 4 (traducción propia).

22 PIQUÉ Y PZELLINSKY (2015), "Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, v. 14, n. 2, noviembre 2015, pdf, (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2020). Disponible en: [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-14/Revista\\_Juridica\\_Ano14-N2\\_10.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_10.pdf), p.228.

23 DI CORLETO (2006) 18.

24 MANTILLA (2015), "La revictimización como causal de silencio de la víctima", Revistas de ciencias forenses de Honduras, v. 1, n. 2, año 2015, pdf, (fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020). Disponible en: <http://www.bvs.hn/RCFH/pdf/2015/pdf/RCFH1-2-2015.pdf>, p.5-6.

25 MANTILLA (2015) 5-6.

26 DI CORLETO (2006) 21.

27 MANTILLA (2015) 6.

erróneas. Estos mitos en torno a la violación "cumplen una función cultural, normalizan y justifican la violencia sexual, manteniendo el estatus quo en las relaciones de género"<sup>21</sup>.

El pasado sexual de la víctima se cristaliza en la configuración de estereotipos, que reducen y generalizan el contexto de la violación, impidiendo cualquier consideración individual, y en la práctica judicial conducen a decisiones erradas, que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en mitos preconcebidos en torno a la violencia sexual<sup>22</sup>. Asimismo, estos estereotipos de víctima, agresor y contexto ideal de la violación impiden la correcta búsqueda de la verdad en las decisiones judiciales, la distorsionan y la empañan de preconcepciones, las cuales de una u otra manera inciden en la forma en la que se investigan y juzgan estos delitos. Y, así el juicio se ve invalidado por prejuicios discriminatorios que restringen el marco de protección de las mujeres contra la violencia sexual<sup>23</sup>, y las priva de una igual protección ante la ley.

## b) Desprotección de la víctima

Cuando la víctima de un delito sexual decide acudir al sistema de justicia criminal para obtener la correcta reparación y protección del bien jurídico amparado, se iniciará un procedimiento penal, mediante el cual se buscará investigar y esclarecer los hechos constitutivos del delito. Pero para ello lo más probable es que la víctima deba volver a recordar dichos sucesos traumáticos con el fin de lograr su cometido. Esta circunstancia, implica un actuar sumamente profesional y diligente por parte de los operadores del sistema para atender este tipo de denuncias, se trata pues de lo que en doctrina se conoce como victimización primaria, "como derivación del impacto traumático de un hecho delictivo"<sup>24</sup>. Sin embargo, en muchas ocasiones este encuentro con los servidores del sistema está cargado de un trato hostil hacia la víctima, quien queda expuesta a la revictimización por parte de los profesionales que intervienen en el proceso, lo que se conoce como victimización secundaria<sup>25</sup>.

El sistema de justicia criminal debe ser capaz de reducir el impacto de la victimización secundaria de las mujeres en el proceso penal, y para ello resulta necesario que las autoridades investiguen las agresiones sexuales sin la interferencia de interpretaciones estereotipadas<sup>26</sup>. Desde el momento en que la mujer toma contacto con el ordenamiento jurídico penal, ella sabe que el proceso será largo y duro. A ello se le suma la existencia de la prueba referida al comportamiento sexual pasado de la mujer, la cual aun cuando carezca de relevancia y se encuentre plasmada de prejuicios discriminatorios, será admitida, provocando una segunda revictimización para la mujer que acude al ordenamiento con el fin de que se le proteja y auxilie, quien por el contrario deberá soportar la divulgación de información referida a su pasado sexual, configurándose un tercer tipo de victimización, "constituida por el señalamiento de la sociedad hacia la víctima"<sup>27</sup>. Dicha complejidad se ve agravada, con la significativa preocupación pública que la sociedad ha manifestado respecto de la violación, lo cual implica indirectamente crecer la atención frente a la víctima, cuyo actuar resulta ser altamente criticado por la comunidad.

28 DI CORLETO (2006) 15.

29 Según datos de la Subsecretaría de Prevención del Delito, sólo durante 2018 se reportaron 15.533 casos policiales de violación u otros delitos sexuales: más de 42 casos diarios y aproximadamente dos cada hora, lo anterior sólo considerando los casos que son reportados a Carabineros y la Policía de Investigaciones (PDI). La estigmatización social, el poco conocimiento de los operadores de justicia, la revictimización y el miedo de las víctimas a revivir experiencias traumáticas, convierten los delitos sexuales en uno de los menos denunciados. Estimaciones indican que en Chile se producen cerca de 150 agresiones sexuales diariamente y por cada delito reportado entre 3 y 10 nunca llegan a conocimiento de las autoridades. Asimismo, aproximadamente cada 25 minutos ocurre una violación." Ver, Red Chilena Sobre la Violencia de La Mujer- Dossier Informativo 2018-2019. (fecha de consulta: 29 de septiembre de 2020). Disponible en: <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2019/09/DOSSIER-2019-1.pdf>

30 "Las cifras del Ministerio Público indican que éstos presentan tramitaciones extensas y bajos índices de sentencia condenatoria. En relación a los términos de causas en delitos sexuales durante el 2017 se establecieron un total de 24.140; de ellos 6.981 (28,9%) tuvieron salida judicial y 14.805 (61,3%) no judicial (decisiones de no investigar, acuerdos reparatorios, etc.). Del total de delitos con salida judicial, 2.336 terminaron con sentencia definitiva condenatoria, 594 con sentencia definitiva absolutoria, 1.186 con sobreseimiento definitivo y 165 con sobreseimiento temporal. Mientras que 812 casos terminaron por suspensión condicional del procedimiento y 1.383 por el uso de la facultad para no investigar. En síntesis, del total nacional de términos sólo un 9,6% de delitos sexuales terminó con sentencia definitiva condenatoria." Ver, Red Chilena Sobre la Violencia de La Mujer-Dossier Informativo 2018 (fecha de consulta: 29 de septiembre 2020). Disponible en: <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2019/01/DOSSIER-INFORMATIVO-2018.pdf>

31 CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR (2016) 39.

32 DI CORLETO (2006) 7.

33 DI CORLETO (2006) 3.

34 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, Ministerio Público con Riviera (2019).

La víctima de violencia sexual es injustamente sujeta a una segunda violación por parte de la justicia criminal, que pone en tela de juicio su comportamiento sexual pasado, y cuya incorporación abrirá una línea de indagación que afectará de manera innecesaria su derecho a la intimidad<sup>28</sup>, generando sentimientos de humillación y vergüenza en la víctima, siendo este uno de los principales motivos por los cuales una mujer se retracta al momento de denunciar o de participar en el proceso. El trauma de mostrar el pasado íntimo a los ojos del mundo favorece que estos delitos se mantengan sub-denunciados<sup>29</sup>.

Los estudios sobre este fenómeno han revelado que el número de denuncias en los delitos sexuales supera ampliamente la suma total de condenas<sup>30</sup>, en dicha desproporción, inciden los estereotipos de géneros que se tienen en torno a la violencia sexual, y la prueba que indaga el comportamiento sexual de la víctima se configura como uno de ellos. La exposición de la vida privada, además de desalentar a la víctima a denunciar, la desalienta a participar en el juicio, quien muchas veces por miedo a la humillación prefiere guardar silencio. Asimismo, la utilización de estas concepciones estereotipadas que subyacen de esta categoría de prueba implica un mayor grado de desprotección en la libertad sexual de la mujer, cuyo ejercicio se ve coartado con la indagación de su pasado sexual.

### c) Afectación en la imparcialidad de las decisiones

La prueba que indaga sobre el comportamiento sexual de la mujer está cargada de mitos y prejuicios, los cuales con frecuencia son asumidos por los agentes estatales<sup>31</sup>, por ello el principal peligro de su admisibilidad reside en la concreción de estereotipos que influyen en la manera en que son analizados los elementos del tipo penal<sup>32</sup>. Su admisión y posterior valoración desvía el conflicto, el cual deja de versar en los hechos del ofensor, y es la víctima quien deviene en la persona investigada y juzgada<sup>33</sup>.

Esta categoría de prueba simplifica y generaliza el contexto de la violación, dejando de lado las circunstancias individuales a las cuales se enfrenta cada víctima. Esto resulta ser tan perjudicial, que cuando el pasado sexual de la mujer se incorpora al juicio, la existencia de conceptos atávicos distrae a los jueces indebidamente de la cuestión principal, afectando a la imparcialidad de sus decisiones e imposibilitando la realización de un análisis profundo de los hechos del caso y de las demás pruebas que se tienen disponibles.

Este problema puede ser evidenciado en *Ministerio Público con Riviera*, respecto de la violación sufrida por una menor de dieciséis años por parte de un conductor de colectivo. El imputado conocía detalles de la víctima tales como su domicilio e integrantes del grupo familiar, ya que momentos previos a la violación, el hombre amenazó a la menor con un cuchillo, diciéndole que dañaría a su hermana sordomuda sino accedía a tener relaciones sexuales con él. Producto de la violación, la menor quedó embarazada<sup>34</sup>. En el presente caso, toda la discusión se centró en si la menor había sido pareja del acusado o no, cuestionando de esta manera el comportamiento de la víctima frente a distintos hechos. Finalmente, el Tribunal

35 La misma dinámica es posible de identificar en *Tayag Vertido v. Filipinas*, respecto de la violación sufrida por una mujer de nacionalidad filipina por parte de un compañero de trabajo. Los hechos se desarrollaron cuando un día, después de una reunión laboral, el acusado ofreció llevar a la víctima y a un amigo a su casa, poco después de dejar a su amigo, el acusado tocó los pechos de la mujer, insinuándose. La mujer intentó bajarse, pero el agresor rápidamente dirigió el vehículo al estacionamiento de un motel, arrastrándola hasta una de las habitaciones, y después de una serie de sucesos en que la mujer intentaba escapar, el agresor logró cerrar la puerta, la empujó sobre la cama, la inmovilizó y la violó. El tribunal absolvió al agresor, cuestionando la credibilidad del testimonio de la mujer, basándose en el estereotipo de que la víctima de una violación debe escapar a la menor oportunidad, así como también consideró el hecho de que la víctima y el acusado eran conocidos, apuntando a que ello era prueba válida del consentimiento sexual de la mujer. Ver, O.N.U., Comité para la eliminación de la discriminación contra la Mujer, caso *Tayag Vertido v. Filipinas* (CEDAW/C/46/D/18/2008, decidido el 16/07/2010). (fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020). Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/ebooks/genero/X.%20Informes%20y%20afellos%20internacionales/Sistema%20Universal/3.%20CEDAW%2C%20Vertido%20v.%20Filipinas.pdf>, p.3-5

36 **CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR** (2016) 14.

37 **DI CORLETO** (2006) 18.

38 **ARELLANO** (2017), Desafíos de la reforma procesal penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década, Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, citado en: *DUCE* (2020), La Etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile, p.105.

39 **DUCE** (2020), La Etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile, p.112.

decidió absolver al acusado, por considerar acreditada la existencia de una relación sentimental entre el agresor y la víctima, desvirtuando la tesis de la joven de que el embarazo había sido producto de una relación sexual no consentida y violenta, aludiendo al mito en torno a que se trata de un delito que sólo puede ser cometido por extraños, y que la existencia de una relación entre las partes sería prueba válida del consentimiento en la relación sexual.

Los mitos en torno a la violencia sexual afectan a la forma en que se valora la prueba, perjudicando inminentemente en la imparcialidad de la decisión. Asimismo, lo señaló “la Comisión de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), al analizar el uso, por el sistema judicial filipino<sup>35</sup>, de estereotipos y mitos sobre una mujer violada, afirmando que “... *la estereotipia afecta el derecho de las mujeres a un juicio justo e imparcial y que el Judicario debe estar atento para no crear estándares inflexibles acerca de qué una mujer o una niña debería ser o debería haber hecho...* [sic].”<sup>36</sup>

La importancia de erradicar la violencia de género y de promocionar el principio de igualdad, debería llevar a que los jueces apliquen la ley sin pre concepciones estereotipadas, y que las decisiones se resuelvan en base de prueba relevante, sin alusión de estereotipos discriminatorios, siendo sumamente importante para el cumplimiento de este fin, evitar las invasiones a la conducta sexual pasada de la víctima como medio de prueba<sup>37</sup>, cuya admisibilidad sólo genera la incorporación de más estereotipos al proceso penal, los cuales tienen su máxima expresión en la sentencia del juez.

## 2.2. La actual incapacidad del Código Procesal Penal para hacerse cargo de estas dificultades

Con el objetivo de lograr condenas justas y prevenir absoluciones basadas en prejuicios, nuestro Código Procesal Penal (en adelante CPP) presenta ciertos mecanismos que buscan garantizar el debido proceso y hacerse cargo de esta problemática.

La Audiencia de Preparación del Juicio Oral (en adelante APJO) fue una de las grandes innovaciones del sistema acusatorio en Chile, cuya principal función fue la de constituirse en una instancia de control de la prueba que se busca introducir al juicio<sup>38</sup>. El artículo 276 del CPP, establece amplias causales de exclusión probatoria, que permiten orientar la función de control probatorio de esta etapa intermedia, y que podrían servir para limitar la admisibilidad de la prueba que se refiere al historial sexual de la víctima. Sin embargo, existe información empírica disponible que muestran cómo la APJO se ha venido transformando en una instancia meramente formal<sup>39</sup>, y en la práctica no estaría constituyéndose como una etapa seria de debates probatorios.

“Un primer dato a considerar se refiere al promedio de duración que estaría teniendo la APJO en Chile. Así, en un estudio de evaluación del funcionamiento del sistema procesal penal efectuado por el Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (en adelante CEJA) el año 2017, expone

las cifras producidas por el Poder Judicial chileno que muestran que el promedio de duración de la APJO ha bajado de 37,4 minutos el año 2006 a 16,4 minutos el año 2014<sup>40</sup>. “En esta misma dirección, la evaluación del CEJA concluye que en esta audiencia podría estarse dando una situación de «litigación automática» [sic] en la que no se profundiza en los temas que son objeto de debate”<sup>41</sup>. La extremadamente breve duración de esta audiencia, sumado a la existencia de otras cuestiones que deben tratarse en esta etapa, muestran que el debate de exclusión en esta materia es escaso, conllevando a que prueba de baja calidad pueda ser admitida a juicio<sup>42</sup>. A lo anterior, se le suma la existencia de un actuar pasivo y mecánico por parte de los litigantes y jueces, quienes se limitan a proceder de manera automática sin mayor cuestionamiento, impidiendo el correcto control de la prueba que entra a juicio. La grave falencia que se está produciendo en el examen de admisibilidad, permite entender que se trataría de un mecanismo insuficiente para enfrentar la problemática que suscita de esta categoría de prueba.

Un segundo mecanismo posible de identificar y que se materializa en las audiencias de juicio oral, corresponde a las objeciones del artículo 330 del CPP. Esta norma busca asegurar que el procedimiento de incorporación de la prueba testimonial se ajuste a derecho, y para ello prohíbe expresamente la realización de preguntas que induzcan a error al testigo, las que lo coaccionen ilegítimamente y las que fueran formuladas en términos poco claros. Estas “pautas sobre el interrogatorio de testigos, bien interpretados, podrían servir para bloquear la admisibilidad de la prueba sobre el pasado sexual de la víctima”<sup>43</sup>.

Sin embargo, en la práctica, se han generado serios problemas en torno a la aplicación concreta de estas prohibiciones. Tal es el caso de Nabila Rifo, víctima de femicidio frustrado, por parte del imputado Mauricio Ortega, quien, en mayo del 2016, en plena vía pública, golpeó a la joven con una piedra, para finalmente sacarle los ojos. Se trata de un caso sumamente mediático, no solo por el nivel de violencia del delito, sino también por el reprochable actuar de la defensa, que, durante el interrogatorio a la víctima, acudió de manera reiterativa a estereotipos del rol femenino, “indagando acerca de las prácticas de Nabila, su vida sexual o hasta su rol como madre”<sup>44</sup>.

La audiencia fue transmitida en vivo para todo el país, en donde la defensa realizó constantemente preguntas confusas y tendenciosas, que apuntaban a responsabilizar a la mujer, apelando a su comportamiento sexual previo, llegando a preguntas tan vejatorias que cuestionaban si se trataba de “relaciones sexuales anales o vaginales”<sup>45</sup>, y aun cuando la fiscalía objetó en la mayoría de las preguntas, el tribunal igualmente las permitió aludiendo a su pertinencia.

El principal problema gira en torno a “la existencia de una comprensión errónea de los alcances del derecho a la defensa”<sup>46</sup>, que se ha traducido en la idea de que no se debe obstruir indebidamente las preguntas de la parte defensora<sup>47</sup>, con el fin de que esta garantía no se vea afectada. Pero es importante tener en cuenta que no se trata de un derecho absoluto, el cual puede ser limitado cuando se afectan otros valores del sistema, más aún en casos de violencia de género, en donde el estado debe asumir un rol en

40 DUCE (2020) 112.

41 DUCE (2020) 113.

42 DUCE (2020) 117.

43 DI CORLETO (2006) 12.

44 Rodrigo Bustos, La defensa en causas de violencia contra la mujer ¿todo vale?, 14 de abril de 2017 (fecha de consulta: 15 de octubre de 2020). Disponible en: <https://opinion.cooperativa.cl/opinion/derechos-humanos/la-defensa-en-causas-de-violencia-contra-la-mujer-todo-vale/2017-04-14/065244.html>

45 Poder Judicial, Caso Nabila Rifo: Juicio oral de Mauricio Ortega, acusado por femicidio frustrado (1), 23 marzo 2017 (fecha de consulta: 15 de Octubre de 2020) Disponible en: <http://www.poderjudicialtv.cl/esta-semana/caso-nabila-rifo-juicio-oral-de-mauricio-ortega-acusado-por-femicidio-frustrado-1-23-marzo-2017/>

46 DUCE (2020) 123.

47 DI CORLETO (2006) 12.



48 RODRIGO BUSTOS (2017).

49 RODRIGO BUSTOS (2017).

50 DI CORLETO (2006) 12.

51 DUCE (2020) 125.

52 DI CORLETO (2017), Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género, p.1.

la erradicación de la violencia contra la mujer<sup>48</sup>. A pesar de ello, “este tipo de discurso sobre la violencia contra la mujer no es nuevo”<sup>49</sup>, permitiendo evidenciar eminentes falencias en el mecanismo estatal.

Por último, un tercer mecanismo posible de identificar corresponde al artículo 292 del CPP, en el cual se establecen las facultades legales que tienen los jueces para impedir que las alegaciones se vayan a puntos imperinentes o inadmisibles. Sin embargo, al igual que el mecanismo anterior el fondo de problemática radica en la existencia de prejuicios de género arraigados en el subconsciente de nuestra sociedad, de los cuales nuestros operadores jurídicos no están exentos. El hecho de que la prueba sobre el pasado sexual de la víctima influya en la definición del consentimiento como elemento esencial para la exclusión del tipo penal, genera que sea “esperable que los conceptos de “pertinencia y utilidad” también se vean imbuidos por nociones estereotipadas de la conducta de las mujeres frente a una agresión sexual”<sup>50</sup>.

Por otra parte, los criterios de pertinencia y admisibilidad han suscitado ambigüedades y vacíos al momento de ejercer estas potestades, generando incertidumbre por parte de los jueces al momento de resolver la pertinencia de una alegación, ya que “en una cultura positivista, la tendencia natural es rechazar aquello que no aparece con claridad a primera vista regulado en la ley”<sup>51</sup>, que se ha traducido en una falta de actuar por parte de los jueces al momento de ejercer sus facultades.

La información disponible nos muestra cómo estas herramientas resultan ser insuficientes al momento de generar decisiones justas y libres de estereotipos en este tipo de causas. La prueba que indaga en el pasado sexual de la mujer, exige ser abordada de manera específica, teniendo presente su origen atávico cargado de mitos y prejuicios, así como su potencialidad de causar daños, debiendo ser resguardada por medio de un control de calidad más robusto que el existente, que se haga cargo de la eminente desprotección de la mujer en el Proceso Penal Chileno, y del cumplimiento del estado en la protección de la igualdad.

### 3) Las “Rape Shield Law” como una posible alternativa de solución

La prueba que indaga la conducta sexual anterior de la mujer se ha insertado como una de las principales manifestaciones de violencia de género existente en los sistemas de justicia penal, “atravesado por la negación de los derechos de las mujeres, la naturalización y minimización de la violencia, la asignación de responsabilidad a las víctimas y la deslegitimación de sus declaraciones”<sup>52</sup>. Para enfrentar esta problemática, en el derecho comparado se han elaborado leyes especiales, denominadas “Rape shield law”, las cuales tienen por objeto limitar la posibilidad de introducir al procedimiento penal aquellas pruebas y preguntas relacionadas con el comportamiento sexual pasado de la víctima.

En todo procedimiento penal existen ciertos valores y garantías que deben cumplirse en el juicio oral, y en este sentido los ordenamientos deben velar por que la prueba que se produzca e ingrese cumpla con estos

53 En el derecho comparado existen múltiples modelos de estos estatutos jurídicos, sin embargo, en el presente texto trabajaré con especial detalle en el modelo norteamericano, el modelo canadiense y el modelo inglés, por que son aquellos en que la literatura comparada más trabaja, por ser una excelente fuente de investigación comparable en el área del delito de violación.

54 BERGER (1997) 3.

55 TANFORD & BOCCHINO (1980), "Rape Victim Shield Laws and The Sixth Amendment", *University of Pennsylvania Law Review*, v. 128, n. 544, 1980, en línea, (fecha de consulta: 23 de octubre de 2020). Disponible en: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4788&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4788&context=penn_law_review), p.544

56 HILL (2014), "Sexual Abuse in California Prisons: How the California Rape Shield Fails the Most Vulnerable Populations", *UCLA Women's Law Journal*, v.21 n.89, pdf, (fecha de consulta: 31 de octubre de 2020). Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/5sw7f149>, p.89 (traducción propia).

57 Kyla Bishop, A Reflection on the History of Sexual Assault Laws in the United States, 15 de abril de 2018 (fecha de consulta: 22 de octubre de 2020). Disponible en: <https://ualr.edu/socialchange/2018/04/15/reflection-history-sexual-assault-laws-united-states/>

58 HILL (2014) 90.

59 HILL (2014) 90 (traducción propia).

60 BERGER (1997) 5.

valores. Estos estatutos no solo buscan restringir la capacidad del acusado a presentar evidencia de carácter material, sino que además amplían su protección a la prueba testimonial, limitando aquellos interrogatorios con la víctima o inclusive con un tercero, cuando se formulen preguntas que indagan innecesariamente en la vida sexual de la mujer.

A continuación, se dará cuenta brevemente del contexto en el cual estas leyes fueron dictadas y sus respectivos objetivos. Luego, me referiré a la regulación de estos instrumentos normativos en los distintos ordenamientos. Finalmente, expondré los principales problemas que han girado en torno a estos estatutos jurídicos<sup>53</sup>.

### 3.1. Historia y Propósito

Con el fin de enfrentar los prejuicios institucionales y las eminentes problemáticas que la prueba del pasado sexual de la mujer conlleva, en el derecho consuetudinario se crearon las denominadas "Rape shield law", también conocidas como leyes de protección contra la violación. Estas leyes comenzaron a surgir a finales del siglo XX, momento en que los movimientos y organizaciones feministas fueron los primeros en demostrar una preocupación renovada por la violación<sup>54</sup>, quienes comenzaron a visibilizar las prácticas y creencias discriminatorias presentes en los sistemas de justicia criminal, que impedían el correcto acceso a la justicia de las mujeres víctimas de delitos sexuales.

En los Estados Unidos, el cambio más significativo en respuesta a las demandas feministas se produjo a finales de 1978, cuando el Congreso norteamericano, adoptó la regla 412 en las Reglas Federales de Evidencia (Rule 412 of Federal Rules of Evidence), que limitaba la capacidad del acusado para investigar el comportamiento, el historial o la reputación sexual de la presunta víctima<sup>55</sup>.

"Antes de la promulgación de las leyes de protección contra la violación, era una práctica común que los abogados defensores mencionaran los actos sexuales pasados de un testigo denunciante para poner en duda la afirmación de la mujer de que los actos sexuales con el acusado no eran consensuales"<sup>56</sup>, y producto de la humillación pública y la vergüenza generada por la indagación en la vida sexual de la mujer, se convirtió en un fuerte incentivo para que las víctimas se abstuvieran de denunciar los delitos sexuales<sup>57</sup>. De esta forma, ya en 1980, reconociendo la importancia de proteger a las víctimas denunciantes, los cincuenta estados y el gobierno federal de norte américa, aprobaron diversas versiones de leyes de protección contra la violación<sup>58</sup>. La principal intención de estas leyes era alentar a que las víctimas presentaran sus denuncias, "sin el temor de ser "juzgadas" por su conducta sexual anterior, aumentando así el número de enjuiciamientos y condenas por violación"<sup>59</sup>, cuya renuencia a denunciar delitos de esta gravedad, planteaba un problema serio de aplicación de la ley en el sistema de justicia criminal<sup>60</sup>.

De la misma forma, es posible identificar ciertos elementos comunes al analizar la historia de este estatuto de protección en Canadá. En 1975 se incorporó por primera vez la sección 142 en el Código Penal Canadiense

61 **BACKHOUSE & SCHOENROTH** (1984), "A Comparative Study of Canadian and American Rape Law", *Canada- United States Law Journal*, v. 7, n. 9, January 1984, en línea (fecha de consulta 26 de octubre de 2020). Disponible en: <<https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1774&context=cuslj>>, p.198 (traducción propia).

62 Arun S. Maini, *What is a Rape Shield Law*, 8 de marzo de 2020 (fecha de consulta: 26 de octubre de 2020). Disponible en: <<https://www.defencegroup.ca/blog/in-the-news/what-is-a-rape-shield-law/>>

63 **SMITH** (2018) 99.

64 **BERGER** (1997) 7.

65 **BACKHOUSE & SCHOENROTH** (1984) 195.

66 **HILL** (2014) 97.

(Section 142 of the Canadian Criminal Code), que buscó responder a la presión de organizaciones de mujeres en todo el país. En el mensaje del proyecto de ley de la respectiva reforma, se señaló que "el propósito de las enmiendas propuestas era reducir la vergüenza sentida por la víctima, lo que alentaría a más mujeres a denunciar las violaciones"<sup>61</sup>. Sin embargo, esta sección no logró evitar que la cuestión de la culpabilidad o inocencia se decidiera sobre la conducta del acusado y no sobre el comportamiento de la mujer, lo que llevó a que el Parlamento Canadiense en el año 1992 introdujera en su Código Penal la sección 276 (Section 276 of the Canadian Criminal Code)<sup>62</sup>, diseñado especialmente para facilitar que las mujeres víctimas de agresión sexual pudieran denunciar el abuso, sin temor a que su vida privada fuera expuesta innecesariamente, estableciendo mayores restricciones a esta categoría de prueba.

Por otro lado, el creciente reconocimiento de protección a la mujer y la evidente situación de que las víctimas de delito de violación preferían no informar a la policía por temor a que su historial sexual fuera examinado en el juicio, conllevó a la dictación de la Ley de Delitos Sexuales de 1976 (Sexual Offenses Act 1996) en Inglaterra y Gales, que restringió formalmente la evidencia de antecedentes sexuales sobre terceros<sup>63</sup>. Sin embargo, esta restricción fue insuficiente, puesto que los jueces siguieron permitiendo la admisibilidad de esta categoría de prueba, lo que llevó a la incorporación de la sección 41 en la Ley de Justicia Juvenil y Pruebas Penales de 1999 (Section 41 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999), que buscó limitar la discrecionalidad judicial y proporcionar garantías más completas a las víctimas frente a interrogatorios irrelevantes, con el fin de tratar a la violación como el resto de los delitos<sup>64</sup>, de forma tal que la acusación debía concentrarse en la conducta del acusado, preguntando sobre las acciones de la víctima sólo cuando la justicia realmente lo requiriera.

El propósito de estas leyes es claro y enfático, permitir el correcto acceso a la justicia de las mujeres, y erradicar la violencia de género existente en los ordenamientos penales, eliminando los mitos en torno a la violación que esta categoría de prueba incorpora al juicio cuando es admitida sin mayor restricción, y logrando un correcto funcionamiento de la función penal al permitir que mayores delitos sexuales puedan ser enjuiciados y juzgados sin la influencia de preconcepciones primitivas que desmedran a la mujer.

### 3.2. Regulación

Estos estatutos de protección han adoptado diversas formas jurídicas, así por ejemplo en los Estados Unidos, es posible distinguir leyes más restrictivas en cuanto a la limitación de esta categoría de prueba, como es el caso de Michigan y Louisiana, a diferencia de otros estatutos más permisivos, tales como los promulgados en Texas, Nuevo México, Alaska, Nueva York y Nevada<sup>65</sup>.

El estatuto de Michigan fue una de las primeras leyes de protección contra la violación, considerada la más restrictiva y popular de todas, siendo copiada por otros veintidós estados<sup>66</sup>. Este estatuto establece una regla general que en principio declara inadmisibles toda evidencia respecto

67 The Michigan Penal Code, Act 398 of 1931, section 750.520j Evidence of victim's sexual conduct, of 1975 (traducción propia).

68 HILL (2014) 98.

69 BACKHOUSE & SCHOENROTH (1984) 197.

70 BERGER (1997) 34.

71 BERGER (1997) 37.

72 California Code, Evidence Code - EVID § 782 of 1965.

73 BERGER (1997) 71.

74 Alaska Statutes Title 12. Code of Criminal Procedure § 12.45.045. Evidence of past sexual conduct in trials of certain sexual offenses of 1975 (traducción propia).

de las actividades sexuales previas de la víctima, y extiende dicha protección respecto de las alegaciones de la defensa sobre este punto. Luego, establece dos excepciones en virtud de las cuales esta prueba será admisible, y sólo en caso de que el juez determine que su naturaleza incendiaria o perjudicial no pesa más que su valor probatorio, cuando se trate de "(1) evidencia sexual previa con el acusado y (2) evidencia de casos específicos de actividad sexual con un tercero cuando muestren la fuente u origen del semen, embarazo o enfermedad"<sup>67</sup>.

Por otra parte, nueve estados fueron los que optaron por un enfoque de carácter permisivo<sup>68</sup>, los cuales permiten admitir evidencia de historial sexual de toda variedad, en la medida en que el juez, en virtud de su discrecionalidad determine que el valor probatorio de la evidencia supera el carácter perjudicial de ella<sup>69</sup>. Por su parte, la ley de Nueva York, también considerada permisiva, posee una forma jurídica distinta a las demás de su categoría, según la cual, si bien establece una regla general de exclusión, luego enumera diversas exenciones, y finalmente agrega una disposición general que permite que las pruebas que el tribunal considere relevantes y admisibles en el interés de la justicia puedan ser admitidas<sup>70</sup>.

En ambos modelos, ya sea que se trate del enfoque más restrictivo, o bien el más permisivo, la gran mayoría de los estatutos, tales como la ley de California, Michigan y Nuevo México, prescriben que el problema de la admisibilidad se deberá resolver, cuando el acusado haya presentado una moción por escrito acompañada de una declaración jurada, solicitando la admisibilidad de la prueba al tribunal<sup>71</sup>. Posteriormente, si el tribunal considera que la oferta es suficiente, ordenará una audiencia sin la presencia del jurado, para determinar si el material propuesto cumple con los estándares legales aplicables, en caso de que el tribunal falle a favor del acusado, deberá emitir una orden por escrito indicando qué pruebas y preguntas podrán ser presentadas por el imputado, quien de conformidad con la orden del juez podrá ofrecer dicha evidencia<sup>72</sup>.

Si bien, la gran mayoría exige que los procedimientos relacionados con la admisibilidad se desarrollen en una audiencia a puertas cerradas sin la presencia del jurado, han existido amplias variaciones respecto al momento en que estos procedimientos deben llevarse a cabo<sup>73</sup>. El estatuto de Michigan y de Nuevo México, prescriben expresamente que esta audiencia deberá ser realizada antes del juicio oral. Además, gran parte de los estatutos que establecen las audiencias antes del juicio, permiten procedimientos posteriores, es decir, en caso de existir nueva información, el juez podrá ordenar nuevamente una audiencia a puertas cerradas si considera que la oferta se ajusta a los estándares de la ley. En cambio, estatutos como el de California y de Alaska, no especifican un tiempo determinado, y "el acusado podrá solicitar la orden del tribunal en cualquier momento antes o durante el juicio o audiencia preliminar"<sup>74</sup>.

Otro elemento común en los diversos estatutos federales radica en la inexistencia de reciprocidad, es decir, la limitación de presentar pruebas relacionadas con el historial sexual pasado es solo posible con respecto a la conducta de la víctima, no así para el acusado. El estatuto de Ohio es el único de los estados que prescribe estándares de admisibilidad para el imputado que se asemejan en la medida de lo posible a los que rigen la

75 BERGER (1997) 81.

76 BERGER (1997) 81.

77 HILL (2014) 97.

78 Federal Rules of Evidence, Rule 412-Sex offense case, of 1978 (traducción propia).

79 Federal Rules of Evidence, Rule 412-Sex offense case, of 1978 (traducción propia).

80 BACKHOUSE & SCHOENROTH (1984) 200.

81 BACKHOUSE & SCHOENROTH (1984) 192.

82 Canada Criminal Code, RSC 1985, c C-46, s 276 of 1992(traducción propia).

83 CRAIG (2016), "Section 276 misconstrued: the failure to properly interpret and apply canada's rape shield provisions", The Canadian Bar review, v. 94 n. 1, January 8 th 2016, pdf, (fecha de consulta: 22 de octubre 2020). Disponible en: <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/4370/4363>, p.49

84 Canada Criminal Code, RSC 1985, c C-46, s 276 of 1992(traducción propia).

conducta de la denunciante<sup>75</sup>. Por otro lado, de manera general, varios estatutos permiten expresamente que el acusado interroge a la víctima en la audiencia probatoria con respecto a la oferta de prueba presentada<sup>76</sup>, tal es el caso de las leyes de Colorado, Minnesota, Nevada y California.

Por su parte, la Regla Federal de Evidencia 412, se ubica en medio de la gama de leyes promulgadas por los distintos estados<sup>77</sup>, entre las leyes de carácter restrictivas y permisivas, prohibiendo a diferencia de todos los estatutos federales, tanto en materia civil como penal, la prueba y el interrogatorio de la conducta sexual anterior cuando se refiera a: "(1) evidencia ofrecida para probar que la víctima participó en otro comportamiento sexual, o (2) evidencia ofrecida para probar la predisposición sexual de la víctima"<sup>78</sup>. En materia penal establece como excepción a estos supuestos de prohibición, tres circunstancias en las cuales esta prueba si sería admisible: "(a) evidencias de casos específicos de comportamiento sexual de una víctima, si es ofrecida para probar que un tercero distinto al acusado, fue la fuente de semen, lesiones u otra evidencia física, (b) evidencia de casos específicos de comportamiento sexual de la víctima con respecto al acusado, sólo si la persona acusada la ofrece para demostrar su consentimiento o si es ofrecida por la fiscalía, y (c) evidencia cuya exclusión violaría los derechos constitucionales del acusado"<sup>79</sup>.

Históricamente, los tribunales estadounidenses han impuesto mayores restricciones que los tribunales canadienses a la admisibilidad de la evidencia referida a la conducta sexual previa de la víctima<sup>80</sup>. El artículo 276 del Código Penal Canadiense ha optado por un modelo jurídico distinto al analizado anteriormente en el caso norteamericano, difiriendo tanto en cuanto a qué tipo de prueba es admisible y el propósito para cual puede ser admitida<sup>81</sup>.

Esta norma establece que la evidencia y alegaciones referidas a la conducta sexual anterior de la denunciante ya sea con el acusado o con cualquier otra persona, no será admisible para sustentar una inferencia, de que en razón a dicha actividad sexual: (1) es más probable que la denunciante haya dado su consentimiento al acto sexual que constituye el objeto del cargo; o bien (2) la denunciante es menos digna de creer. Esta regla alude directamente a los "mitos gemelos" existentes en torno a esta prueba, según los cuales una mujer activa sexualmente es más probable que haya consentido posteriormente en otro acto sexual, o que su testimonio es menos creíble.

Luego, la norma prescribe en una nota al margen, "condiciones de admisibilidad"<sup>82</sup>, señalando que no se podrá ofrecer prueba por o a nombre del acusado de que la denunciante ha participado en una actividad sexual distinta a la que constituye el tema de la acusación, ya sea con el imputado o con cualquier otra persona, a menos que el juez determine que existen circunstancias que refuten la presunción de inadmisibilidad<sup>83</sup>. De conformidad a cuatro causales de carácter discrecional, que se refiere a cuando la prueba: "(a) no sea presentada para respaldar alguno de los dos propósitos ya señaladas, (b) sea relevante para una cuestión en juicio, (c) se refiera a casos específicos de actividad sexual y (d) tenga un valor probatorio significativo que no sea sustancialmente compensado por el peligro de perjuicio para la adecuada administración de justicia"<sup>84</sup>. Finalmente, a diferencia de

los otros estatutos analizados, la norma establece diversos factores que el juez deberá considerar al momento de determinar si una prueba es admisible o no en virtud de las exenciones ya mencionadas, tales como los intereses de la justicia, los derechos del imputado y de la denunciante, el interés de la sociedad en fomentar las denuncias sexuales, el riesgo de que las pruebas despierten indebidamente sentimientos de prejuicio, simpatía u hostilidad, la necesidad de eliminar del proceso cualquier sesgo discriminatorio, entre otros.

Por último, en Inglaterra la sección 41 de la Ley Justicia Juvenil y Pruebas Penales, establece expresamente de manera similar a lo visto en algunas de las leyes norteamericanas, que en caso de que se busque presentar pruebas o preguntas de antecedentes sexuales, la defensa deberá presentar por escrito su oferta y las preguntas del contrainterrogatorio previstas para su consideración antes del juicio oral. Este estatuto “excluye el uso del historial sexual de una sobreviviente, excepto cuando: (1) la prueba es relevante y no se relaciona con el consentimiento (artículo 41.3.a); (2) la evidencia es relevante y se relaciona con el consentimiento, pero se ajusta a uno de estos dos supuestos: (a) se alega que el comportamiento tuvo lugar al mismo tiempo de la ofensa alegada (artículo 41.3.b), o (b) el comportamiento es tan similar al comportamiento del denunciante en el momento de la presunta infracción que no puede ser razonablemente explicado como una coincidencia (artículo 41.3.c) y (3) la evidencia refuta o explica la evidencia de la fiscalía sobre el comportamiento sexual de la denuncia y no va más allá de lo necesario para hacerlo (artículo 41.5)”<sup>85</sup>. De todo lo anterior, se desprende que aun cuando todas ellas tengan un propósito común, en esta materia no existe un único modelo normativo, variando en alcance y detalles procedimentales.

<sup>85</sup> Section 41 of the Youth Justice and Criminal Evidence Act of 1999 (traducción propia).

### 3.3. Críticas

La amplia dispersión normativa que estos estatutos jurídicos han presentado ha devenido en la existencia de críticas de diversa índole, por esta razón para mejor entendimiento del lector, en la presente sección ellas serán agrupadas en tres categorías:

#### a) Críticas desde el Derecho a la Defensa

El propósito básico de todas estas leyes, en mayor o menor medida, consiste en limitar o excluir la prueba del comportamiento sexual pasado de la mujer. Los estatutos de protección contra la violación pueden impedir que los acusados presenten ciertas pruebas en su defensa y reducen su contrainterrogatorio con la testigo denunciante, e inclusive en ciertas ocasiones también el contrainterrogatorio de otro testigo de cargo<sup>86</sup>, afectando de alguna manera a las reglas tradicionales de la prueba. Por ello no resulta raro que su mayor crítica se refiera a su supuesta colisión con el derecho a la defensa de los acusados, específicamente en su dimensión de presentar y confrontar pruebas<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> RUDSTEIN (1976), “Rape Shield Laws: Some Constitutional Problems”, *William and Mary Law Review*, v.18, n. 1, 1976-1977, en línea (fecha de consulta: 26 de octubre de 2020). Disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2418&context=wmlr>, p.14

<sup>87</sup> BERGER (1997) 53.

88 BERGER (1997) 52-53(traducción propia).

89 BERGER (1997) 55(traducción propia).

90 WALLACH (1997), "Protecting the victim at the expense of the defendant's constitutional rights", NYLS Journal of Human Rights, v. 13, n. 7, winter 1997, pdf (fecha de consulta 31 de octubre de 2020). Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/322560333.pdf>, p.498(traducción propia).

91 RUDSTEIN (1976) 4.

92 TUERKHEIMER (1989) "A Reassessment and Redefinition of Rape Shield Laws", Ohio State Law Journal, v. 50, n. 5, 1989, en línea (fecha consulta: 26 de octubre de 2020). Disponible en: [https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/64517/OSLJ\\_V50N5\\_1245.pdf](https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/64517/OSLJ_V50N5_1245.pdf), p.1252 (traducción propia).

93 WALLACH (1997) 514.

94 BERGER (1997) 72.

95 BERGER (1997) 76.

“Ambos son derechos inherentes a las garantías generales de que el acusado tendrá un juicio justo y no será privado de libertad excepto por el debido proceso legal”<sup>88</sup>. No obstante, en un proceso de violación un acusado puede presentar pruebas relacionadas con el comportamiento sexual pasado de la víctima para varios propósitos, ya sea “para demostrar el consentimiento, para mostrar el origen de una condición física relacionada con el sexo (como embarazo o enfermedad venérea); o atacar la credibilidad de la mujer por motivos de «inmoralidad» general o por razones más específicas”<sup>89</sup>, de manera que existen ciertos propósitos que no han generado la misma problemática en torno al derecho a la defensa. “Ningún estatuto de protección contra la violación ha sido considerado inconstitucional a primera vista, pero si se ha sostenido que el estatuto aplicado a los hechos particulares de un caso sería inconstitucional”<sup>90</sup>, a la luz de los conceptos de pertinencia y relevancia, de acuerdo con las reglas generales de la prueba

Por esta razón, la mayor complejidad ha estado dirigida en contra de los estatutos que prohíben la admisibilidad de esta prueba cuando su propósito consiste en probar el consentimiento en el acto sexual. Esto se debe, a que el consentimiento es un componente clave en el enjuiciamiento de la violación, toda vez que la falta de voluntad en el acto sexual es un elemento material del delito<sup>91</sup>.

Sin embargo, no todos los enjuiciamientos por violación plantean la cuestión del consentimiento, como lo es cuando el acusado niega que participó en el acto de tener relaciones sexuales con la víctima, de manera que cuando esta categoría de prueba “no tiene relación con el consentimiento, el estatuto del escudo contra la violación es claramente un estatuto de relevancia de la prueba”<sup>92</sup>, y las críticas han girado en torno a cuando esta evidencia pueda tener suficiente relevancia, que bajo ciertas circunstancias fácticas deba ser admitida a juicio<sup>93</sup>, en virtud del pleno cumplimiento del debido proceso y sus garantías inherentes. De esta forma los estatutos más restrictivos que establecen una presunción general de prohibición o limitación han devenido en arduas críticas en torno a las excepciones de admisibilidad establecidas, ya que ellas deben ser lo suficientemente flexibles para permitir la correcta protección de los derechos del acusado, las cuales serán analizadas con mayor profundidad en el próximo capítulo.

## b) Críticas Procedimentales

En cuanto a las disposiciones procesales relativas a los ofrecimientos de pruebas, tal como se señaló en la sección anterior, la mayoría de los estatutos establecen un procedimiento similar: moción y ofrecimiento de prueba, audiencia a puerta cerrada y orden del tribunal que detalla las pruebas admisibles<sup>94</sup>, existiendo mayor dispersión en torno a cuándo debe llevarse a cabo esta audiencia. En aquellos estatutos en que se prescribe que el problema probatorio debe o puede ser resuelto durante el juicio oral, o en una etapa posterior, se ha señalado que ellos no permitirían la correcta protección de la víctima de una amplia exposición de su vida privada, siendo contraria a uno de los grandes propósitos de estas leyes<sup>95</sup>.

96 BERGER (1997) 73.

97 ROMAN (2011), Under the Rape Shield: A Historical and Comparative Perspective on the Rape Shield Laws, p.11.

98 BERGER (1997) 70 (traducción propia).

99 BERGER (1997) 34 (traducción propia).

100 KOBLY (1992), "Rape Shield Legislation: Relevance, Prejudice and Judicial Discretion", Alberta Law Review, v. 30, n. 3, 1992, pdf (fecha de consulta: 30 de octubre de 2020). Disponible en: <https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/1514/1503>, p.1002 (traducción propia).

101 SOCHNICK (1987), "The Rape Shield Paradox: Complainant Protection Amidst Oscillating Trends of State Judicial Interpretation," Journal of Criminal Law and Criminology, v. 78, n. 3, 1987, en línea (fecha de consulta: 30 de octubre de 2020). Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/193363363.pdf>, p.655.

102 BERGER (1997) 72 (traducción propia).

Aun así, la práctica generalizada ha sido resolver tales cuestiones probatorias antes del juicio oral. Pero, al respecto, la crítica ha girado en torno a que a diferencia de lo que sucede en una audiencia de preparación de juicio oral, donde lo que busca el acusado es la exclusión de prueba en su contra, en esta audiencia probatoria, el acusado debe buscar la admisión de pruebas a su favor. Lo anterior, ha planteado ciertos problemas con el derecho a no auto incriminarse del acusado, puesto que, este proceso podría involucrar material que la fiscalía puede aún no tener, y de alguna manera se estaría obligando al imputado a revelar la naturaleza de su defensa<sup>96</sup>.

Por otra parte, la falta de reciprocidad en el proceso ha sido criticada en cuanto violaría la igual protección de la ley, por discriminar negativamente a los acusados. Se ha sostenido que los imputados de violación no constituyen una categoría sospechosa establecida por la ley, sin embargo, la postura contraria y mayoritaria ha manifestado que la cláusula de igual protección solo requiere de una base racional y razonable para la clasificación, que guarde relación con el propósito de la ley<sup>97</sup>.

### c) Críticas de Efectividad

La forma de redacción de estas leyes constituye un antecedente trascendental. "El problema consiste en trazar un rumbo entre las reglas legislativas inflexibles y la discrecionalidad judicial sin trabas: la primera amenaza los derechos de los acusados; y la segunda puede ignorar las necesidades de las denunciantes"<sup>98</sup>.

Las leyes con un enfoque permisivo permiten evidencia sexual de cualquier tipo, si su naturaleza perjudicial no supera su valor probatorio, cuya eficacia se ha visto cuestionada en virtud, de la amplia discrecionalidad que ya poseen los jueces para excluir pruebas que causen efectos adversos en el proceso, y se trataría pues de una transcripción de las reglas tradicionales de la prueba, de manera que "cabría preguntarse por qué las legislaturas se molestaron en promulgar estas leyes"<sup>99</sup>. Además, tal como se ha evidenciado "demasiada discreción conduce a desigualdades de aplicación"<sup>100</sup>.

Por su parte, los estatutos que prohíben expresamente esta categoría de prueba serían aún más problemáticas, por su eminente contradicción con el derecho a la defensa. Y su ambigüedad o falta de claridad aumentan la posibilidad de que las interpretaciones judiciales puedan contradecir la intención legislativa subyacente<sup>101</sup>. "Si bien, tienen la ventaja de asegurar en la mayor medida posible el cumplimiento del propósito del estatuto de cambiar las prácticas abusivas pasadas para promover los intereses legítimos del estado y de la víctima, las categorías de prueba fuera de la prohibición automática de la ley deben ser lo suficientemente inclusivas para satisfacer las demandas"<sup>102</sup>.

### 4) Principales variables a considerar al momento de realizar una propuesta normativa para sistema procesal penal chileno



103 DI CORLETO (2006) 20.

104 BERGER (1997) 52.

105 DUCE (2020) 124.

106 Comité de Derechos Humanos, Observación General n°32: Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (2007), p.16.

107 Estas se encuentran reguladas en el artículo 276 de nuestro CPP, contemplándose la prueba manifiestamente impertinente, la que recae sobre hechos públicos y notorios, la superabundante con efectos dilatorios y la obtenida con infracción de derechos fundamentales.

108 DUCE (2020) 122-123.

109 DI CORLETO (2006) 14.

La protección de los derechos de las mujeres requiere de la articulación de argumentos jurídicos que restrinjan la admisibilidad de la prueba e interrogatorios referidos a su pasado sexual<sup>103</sup>. Sin embargo, tal como se pudo apreciar en el capítulo anterior, los estatutos de protección contra la violación no son pacíficos. La relevancia de los derechos en juego exige que en la redacción de estas leyes se asuma la delicada y onerosa tarea de dignificar el papel de la víctima sin poner en peligro al acusado y sus garantías.

En el presente capítulo se desplegará una propuesta para la discusión, el cual, para mayor claridad, será dividido en tres secciones. En primer lugar, se abordará la principal crítica en torno a estos estatutos jurídicos relacionado con el derecho a la defensa, delimitando con claridad cuales son los aspectos referidos a la intimidad de una víctima de violencia sexual que podrían ser indagados y cuáles son aquellos que quedarían fuera del ámbito de injerencia estatal. En segundo lugar, plantearé el procedimiento apropiado que estos mecanismos debiesen contemplar, para así finalmente, en la tercera sección proponer la normativa concreta en función al cumplimiento efectivo de estas leyes y en concordancia con los intereses que el estado de Chile debiese garantizar.

#### 4.1. Compatibilización de los intereses de la víctima y el acusado

El esfuerzo por prohibir toda una categoría de prueba y preguntas ofrecidas por una persona acusada podría plantear problemas de posible denegación al debido proceso. La defensa del imputado corresponde a una garantía fundamental de este, y cuando estos estatutos jurídicos reducen el conainterrogatorio con la testigo denunciante u otros testigos de cargo, se podría considerar que se niega al acusado el derecho a confrontar a los testigos en su contra. Por su parte, cuando impiden la admisión de otros tipos de pruebas, podrían infringir su prerrogativa de ofrecer pruebas a su favor<sup>104</sup>. Resulta evidente pues, que el derecho a la defensa genera la necesidad a los sistemas jurídicos de cuidar no privar de su ejercicio a los defensores, sin embargo, esto nunca ha significado que la defensa pueda tener libre disposición en materia probatoria<sup>105</sup>.

“No se trata de un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo que soliciten los acusados o sus abogados, sino solo el derecho a que se admita a testigos pertinentes para la defensa”<sup>106</sup>, como tampoco se trata de la capacidad del imputado de presentar cualquier tipo de prueba de la manera que ellos estimen más conveniente a sus intereses, ya que aun cuando ella sea pertinente, y no se encuentre contemplada dentro de los casos de exclusión específicos señalados en nuestra legislación procesal penal<sup>107</sup>, la doctrina coincide en identificar además como límite natural la afectación de otros intereses relevantes del sistema de justicia criminal<sup>108</sup>. De manera que, “el derecho a ofrecer prueba y a conainterrogar testigos no es un derecho absoluto y los casos de violencia sexual son útiles para definir sus límites”<sup>109</sup>.

Por ello, inicialmente, “el debate sobre la definición de los márgenes apropiados para esta clase de legislación debería estar orientado a iden-

110 DI CORLETO (2006) 25.

111 BERGER (1997) 55.

112 GONZÁLEZ ET AL (2015), "Revista Jurídica del Ministerio Público", s/v, n.62, marzo de 2015, pdf, (fecha de consulta: 1 de diciembre de 2020). Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do?d1=10>>, p.16

113 BERGER (1997) 56-57.

114 BERGER (1997) 56(traducción propia).

115 BERGER (1997) 58-59.

116 WELTY (2009), Special Evidentiary Issues in Sex Assault Cases: The Rape Shield Law and Evidence of Prior Sexual Misconduct by the Defendant, p.7.

tificar en qué circunstancias la conducta sexual de la víctima tiene alguna relevancia para el hecho juzgado<sup>110</sup>. Si bien, esta categoría de prueba está cargada de mitos y estereotipos que desmedran y desprotegen a la mujer, no podemos olvidar que ella puede ser presentada para diversos propósitos, dentro de los cuales es posible imaginar supuestos de hecho en los que convendría prever excepciones para no afectar el derecho a la defensa.

Una prueba es lo suficientemente relevante para ser introducida a juicio, cuando ella tiende a hacer la existencia de un hecho más (o menos) probable que si dicha evidencia no existiera<sup>111</sup>. El uso más común de esta categoría de prueba ha sido para probar el consentimiento en el acto sexual. Sin embargo, aun cuando el consentimiento sea un componente clave en el enjuiciamiento de un delito de violación, su dificultad radica en su carácter específico. Una mujer puede dar su consentimiento, sin perder el derecho a revocarlo por cualquier razón, y en cualquier momento del encuentro sexual<sup>112</sup>.

Tiempo atrás la prueba del carácter sexual de la víctima suplía la prueba del consentimiento, cuyo propósito se amparaba bajo el siguiente silogismo: una mujer con mayor experiencia sexual, que por tanto prestó su consentimiento en un encuentro sexual anterior, es más probable que haya dado su consentimiento en un acto sexual posterior, en simples palabras "si lo hizo una vez, lo más probable es que lo vuelva hacer"<sup>113</sup>. Sin embargo, hoy en día, este argumento pareciera ser bastante poco convincente, la relación sexual consensuada de una mujer en ciertas ocasiones con algunos hombres simplemente no suscita una interferencia de consentimiento en otra ocasión con otro hombre, es más, "a falta de prueba clara en contrario, se puede presumir que una mujer elegirá libremente a sus parejas, eligiendo a unas y rechazando a otras, de acuerdo con estándares sumamente personales no susceptibles de generalización"<sup>114</sup>.

Entonces, pareciera que la conducta sexual anterior de la mujer con un tercero no debiese ser admitida para probar el consentimiento con el acusado, por no arrojar ninguna luz sobre si ella asintió en el momento en cuestión. Distinta es la situación de la prueba que se refiere a la conducta sexual de la víctima con el imputado para probar la voluntad en el acto sexual. Se trata de una excepción universalmente reconocida, y que se repite bastante en los distintos estatutos de protección. Una historia de intimidad con el acusado normalmente tendería a reforzar una afirmación de consentimiento para el otro encuentro sexual. La inferencia del comportamiento pasado al presente no se basa como en los casos de actos con terceros en creencias estereotipadas, sino que se sustenta en el sentido común y en la psicología práctica, al proporcionar al acusado una circunstancia que hace más probable la existencia del consentimiento en el nuevo acto sexual<sup>115</sup>.

Aun así, su admisibilidad debiese estar restringida a un estudio estricto. Tales pruebas deben admitirse sólo si la defensa argumenta el consentimiento, pero si el acusado niega la actividad sexual, la historia entre la víctima y el acusado es irrelevante<sup>116</sup>. Inclusive, aun cuando el acusado tenga derecho a presentar pruebas de la historia sexual previa con la víctima, no se sigue que deba admitirse cada detalle, pues la evidencia debe limitarse a lo que sea relevante para la cuestión del consentimiento, pudiendo

117 WELTY (2009) 7.

excluirse aquellos detalles superfluos que no sirvan para nada más que avergonzar o humillar a la denunciante<sup>117</sup>.

Ahora bien, la prueba que indaga en la conducta sexual anterior de la mujer puede tener propósitos distintos al de probar el consentimiento. Si bien ellos pueden ser múltiples, me referiré a aquellos que en el derecho comparado han tenido mayor tratamiento, y que merecen nuestra atención en aras del pleno cumplimiento del derecho a la defensa.

118 RUDSTEIN (1976) 37.

Supongamos que el acusado busca usar la evidencia de la historia sexual anterior de la mujer para refutar las pruebas presentadas por la fiscalía. Esa prueba de la acusación podría ser que la denunciante quedo embarazada, o bien, que se vio afectada por una enfermedad venérea producto de la agresión sexual<sup>118</sup>. Frente a esto, la principal defensa del imputado será demostrar que el no provocó tales sucesos, y para ello buscará exponer que la víctima tuvo relaciones sexuales con un tercero en un momento que coincide con la fecha en que concibió o antes de la aparición de la enfermedad.

119 BERGER (2009) 58(traducción propia).

Por tanto, “si el acusado no reconoce que cometió el delito, sino que se esfuerza por señalar con el dedo a otra persona, la ley no debería negarle pruebas cruciales sobre estos temas simplemente por que tiene el efecto de revelar parte de la vida íntima de la mujer”<sup>119</sup>. La evidencia aquí se relaciona con la identidad del actor del delito, y aun cuando la prueba pueda ser íntima o incluso vergonzosa, no explota los estereotipos sexistas de las mujeres, siendo naturalmente por ello menos perjudicial, cumpliendo una importante función probatoria en los hechos que supera claramente los intereses de la víctima en la protección de su intimidad<sup>120</sup>.

120 BERGER (2009) 58(traducción propia).

La misma situación se produce cuando la fiscalía ha presentado pruebas que demuestran la existencia de semen en la víctima inmediatamente después de la presunta violación. Si el acusado niega su participación en los hechos, buscará demostrar que la mujer ha tenido relaciones sexuales con un tercero en el momento en cuestión. La prueba presentada en esta situación proporciona una explicación alternativa a la presencia del semen, siendo por tanto fundamental para la defensa del imputado por alcanzar un alto valor probatorio<sup>121</sup>. En todas estas situaciones, resulta imprescindible que para que dicha evidencia o conainterrogatorio tenga tal relevancia, que ellos versen sobre casos e instancias específicas de relaciones sexuales que vayan en concordancia con lo que se busca probar.

121 RUDSTEIN (1976) 39.

Por otra parte, un propósito que ha suscitado mayor conflicto es aquel que tiende a probar que la denunciante tiene un motivo para fabricar el cargo. Distinto sería si lo que se busca es atacar la credibilidad de la mujer, puesto que la mayoría de los tribunales han sostenido que no existe una relación suficiente entre el carácter de castidad de una víctima y su credibilidad<sup>122</sup>. Dicho propósito sólo tiende a reafirmar las estereotipias sexistas según las cuales una mujer promiscua sería inmoral.

122 RUDSTEIN (1976) 41.

En cambio, cuando lo que se pretende probar es que la víctima tenía motivos para inventar la denuncia, si bien dicha finalidad puede tener cierta relación con los mitos en torno al consentimiento, pareciera que el pasado sexual de la víctima podría ser relevante en ciertas ocasiones. “Por ejemplo, si la mujer acusó de violación a su amante —con quien en realidad ha mantenido relaciones consentidas—, para así ocultar a su marido

123 DI CORLETO (2006) 26.

su infidelidad, no podría bloquearse la inclusión de evidencia que probara su compromiso sentimental con quien no está involucrado en el juicio. Si un imputado alega que la mujer lo denunció porque él no pagó el precio convenido por el servicio sexual pactado, también debería tener la posibilidad de probar que la mujer ejercía la prostitución. Cuando la historia sexual de una mujer está relacionada con posibles motivos para inventar una denuncia, sería difícil proteger su intimidad sin afectar el derecho de defensa del imputado<sup>123</sup>.

124 BERGER (1997) 60 (traducción propia).

Supongamos ahora que la prueba del historial sexual pasado de la víctima se utilice para mostrar un cierto patrón de comportamiento sexual en la mujer con la finalidad de demostrar el consentimiento o el error del imputado en el entendimiento de la voluntad. Si bien, “el comportamiento sexual de una mujer en una ocasión no tiene ninguna relación con la conducta y el estado de ánimo en otro encuentro sexual, puede suceder que determinadas acciones tiendan a probar que el consentimiento para tener relaciones sexuales por ella ha perdido el carácter de único e intransferible”<sup>124</sup>.

125 WELTY (2009) 9.

Sin embargo, para que esta categoría de prueba sea relevante en virtud de dicho propósito, resulta necesario que el acusado afirme que la víctima consintió, o bien, que creyó razonablemente que la mujer consintió en el acto sexual. En caso de que el acusado busque demostrar que creía razonablemente que la denunciante consintió basándose en un patrón de comportamiento sexual debe demostrar que era consciente de este patrón. En cambio, si busca demostrar que la mujer dio su consentimiento, no necesita demostrar que conocía tal pauta<sup>125</sup>.

126 KOBLY (1992) 1010.

La evidencia de actos similares no puede ser utilizada para inducir a que debido a la circunstancia de haber hecho algo una vez, haga que sea más probable que se vuelva a hacer<sup>126</sup>. Para que dicha prueba sea admitida debe haber algo más, se debe tratar de actos en los cuales el *modus operandi* es bastante único o extraño. Resulta necesario, que la evidencia no sólo tienda a establecer el consentimiento en sí mismo, sino también a mostrar un comportamiento sumamente distintivo, pero a la vez se requiere de extrema similitud con los cargos actuales<sup>127</sup>.

127 BERGER (1997) 65.

Una última situación conflictiva que deviene principalmente de la culpabilidad exigida en nuestro ordenamiento penal para la tipificación del delito radica en la circunstancia de que el acusado señale que él creía que existía consentimiento cuando en realidad la víctima no lo prestó en el acto sexual. Es decir, nos referimos a cuando se busca utilizar la prueba de la conducta sexual anterior de la mujer para probar que el agresor tuvo un error en cuanto a la ausencia del consentimiento.

Consideremos los hechos de *Estados Unidos v. Knox*, en el que la denunciante y el acusado trabajaban juntos en la misma tienda en una base aérea estadounidense en Japón. El acusado testificó que el habría ingresado a una habitación donde la denunciante se encontraba teniendo relaciones sexuales con un tercer compañero de trabajo, y que interpretó sus miradas sugerentes y mociones como una invitación a unirse a ellos. Frente a su acusación trató de ofrecer evidencia relacionada con que se comentaba que a la mujer le gustaba la fiesta y que habría participado en varios actos

**128 CAVALLARO** (2019), "Rape Shield Evidence and the Hierarchy of Impeachment", *American Criminal Law Review*, v. 56, n. 2, 2019, pdf, (fecha de consulta: 4 de diciembre de 2020). Disponible en: <https://www.law.georgetown.edu/american-criminal-law-review/wp-content/uploads/sites/15/2019/04/56-2-Rape-Shield-Evidence-and-the-Hierarchy-of-Impeachment.pdf>, p.305.

**129 BERGER** (1997) 63.

**130 CAVALLARO** (2019) 305.

**131 DI CORLETO** (2006) 27.

**132 BERGER** (1997) 63.

**133** El estatuto de Michigan prescribe una regla general de inadmisibilidad, y excepcionalmente si el valor probatorio de la prueba presentada por el acusado sopesa su carácter perjudicial ella podría ser permitida si se trata de: (1) evidencia sexual previa con el acusado y (2) evidencia de casos específicos de actividad sexual con un tercero cuando muestren la fuente u origen del semen, embarazo o enfermedad. Por su parte la Regla Federal 412, establece excepciones similares en la materia prescribiendo tres circunstancias en las cuales esta prueba sí sería admisible: (1) evidencias de casos específicos de comportamiento sexual de una víctima, si es ofrecida para probar que un tercero distinto al acusado, fue la fuente de semen, lesiones u otra evidencia física, (2) evidencia de casos específicos de comportamiento sexual de la víctima con respecto al acusado, sólo si la persona acusada la ofrece para demostrar su consentimiento o si es ofrecida por la fiscalía, y (3) evidencia cuya exclusión violaría los derechos constitucionales del acusado (Ver página 20 y 21, capítulo II).

**134 THANFORD & BOCCHINO** (1980) 553.

**135 THANFORD & BOCCHINO** (1980) 553.

**136 THANFORD & BOCCHINO** (1980) 553.

**137** El estatuto canadiense prescribe que no será admisible dicha categoría de prueba para sustentar una inferencia, de que en razón a dicha actividad sexual: (1) es más probable que la denunciante haya dado su consentimiento al acto sexual que constituya el objeto del cargo; o bien (2) la denunciante es menos digna de creer (Ver página 22, capítulo II).

sexuales en presencia de otros, prueba que constituía la base de la creencia razonable del acusado de que ella en esta ocasión consintió en el acto sexual<sup>128</sup>. Pero, para que la prueba con dicho propósito sea relevante, es necesario que el acusado conozca de ella en el momento del acto imputado<sup>129</sup>.

No se trata de que el acusado utilice dicha evidencia para probar que la mujer habría consentido en el acto sexual, puesto que en ese caso dicha prueba debiese ser excluida por motivos estrictos de relevancia. Una mujer puede consentir y participar en actos sexuales sin que eso haga que sea más probable que ella haya consentido en una ocasión particular<sup>130</sup>. Distinto es que la conducta sexual previa de la mujer sirva para probar que existía una base para la creencia genuina y razonable del imputado de que la denunciante consentiría en la relación sexual.

Aun así, existen ciertos problemas con este propósito que merecen nuestra atención. La prueba de esta naturaleza refuerza los estereotipos sexistas, apoyándose en la idea de que, si la mujer consiente en un primer acto sexual, consentirá en un segundo, y es precisamente la vigencia de este mito la que hace que esta clase de defensa sea creíble<sup>131</sup>. Sin embargo, excluir categóricamente esta evidencia para dicho propósito invita al ataque constitucional, puesto que la inferencia que se busca mostrar es que aun cuando la mujer no haya prestado su consentimiento, era razonable que el acusado lo creyera, siendo la prueba de la conducta sexual previa altamente probatoria en la teoría de la creencia honesta y razonable<sup>132</sup>.

Las hipótesis previamente presentadas, que manifiestan distintos usos del comportamiento sexual de la víctima, constituyen una tendencia general en los distintos estatutos analizados en el capítulo anterior. Las leyes de carácter más restrictivo, como el caso del estatuto de Michigan, establecen pocas excepciones a la regla general de inadmisibilidad de la prueba referida a la conducta sexual anterior de la mujer<sup>133</sup>.

Universalmente las leyes de protección contra la violación permiten al acusado que alega el consentimiento en el acto sexual demostrarlo a partir de la existencia de una relación sexual previa y consentida entre el acusado y la víctima<sup>134</sup>. De la misma forma, la mayoría de estas leyes también permiten al acusado refutar la evidencia ofrecida por el estado para corroborar el acto sexual en sí mismo, cuando el imputado no manifieste su participación en los hechos, a partir de la presencia de semen, embarazo o alguna enfermedad venérea, mostrando que tal evidencia puede haber sido el resultado de un acto sexual con otro hombre<sup>135</sup>. Ambas situaciones constituyen aquellas excepciones que tanto las leyes restrictivas como las permisivas contemplan, ya sea de manera expresa o bien a partir de otra técnica legislativa que permite que el acusado pueda presentar esta categoría de prueba en tales situaciones.

Por otro lado, excepciones menos comunes permiten que esta categoría de prueba pueda ser utilizada para impugnar la credibilidad de la víctima o mostrar un motivo para la fabricación del cargo<sup>136</sup>. Inclusive el estatuto canadiense prohíbe expresamente que esta categoría de prueba pueda ser utilizada para demostrar con ella que el testimonio de la víctima es menos creíble<sup>137</sup>, por tratarse de un propósito que explota los estereotipos sexistas

**138** El estatuto de Oregón es el único que contempla este propósito expresamente, luego de enmendar su legislación cuando un acusado de violación intentó presentar evidencia de antecedentes de conducta sexual anterior de la mujer para demostrar su motivo para fabricar los cargos en su contra. El imputado negó haber participado en los hechos y sostuvo que las acusaciones falsas se derivaron de su descubrimiento de que la mujer había tenido relaciones sexuales con el hijo del imputado. En este caso se enfatizó que un conainterrogatorio sobre la materia no constituye un ataque generalizado al carácter de la víctima, debe ser analizado caso a caso, siendo necesario incorporar tal excepción para no vulnerar derechos constitucionales del acusado. Ver, GALVIN (1986), "Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the second Decade", Minnesota Law School, v.70, n.1433, 1986, pdf, (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020). Disponible en: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2432&context=mlr,p.826>.

**139** Ver página 23 capítulo II.

**140** DI CORLETO (2006) 13.

**141** DI CORLETO (2006) 17.

que estas leyes buscan eliminar del proceso penal. Por el contrario, una hipótesis no considerada de manera expresa en los diversos estatutos, pero que, si ha sido analizada arduamente en la doctrina extranjera por su necesidad de incorporación en estos estatutos, es la que pretende probar que la víctima tenía motivos para inventar la denuncia. Esta situación difiere cualitativamente de la mera evidencia que alude al carácter impío de la mujer para probar el consentimiento o su falta general de veracidad, puesto que estos propósitos son irrelevantes y perjudiciales. En cambio, cuando se trata de evidencia de conducta sexual previa de la víctima para mostrar objetivamente un motivo para fabricar la acusación, ello puede ser altamente probatorio para el tema central del caso<sup>138</sup>.

En cuanto a la evidencia de un patrón de conducta sexual de la mujer similar a la conducta sexual señalada en la acusación, ya sea para probar el consentimiento o el error razonable en la existencia de la voluntad en el acto sexual, los estatutos más restrictivos no lo señalan expresamente, pero si lo permiten al señalar ampliamente que se permitirá la evidencia de conducta sexual anterior entre la víctima y el acusado para todo propósito. Por su parte, el estatuto de protección de Inglaterra prescribe expresamente esta excepción, señalando que será admisible esta categoría de prueba cuando se refiera a un comportamiento tan similar al comportamiento de la víctima en el momento de la presunta infracción, que no puede ser razonablemente explicado como una coincidencia<sup>139</sup>.

No obstante todo lo señalado anteriormente, aun cuando las situaciones previamente descritas deban ser contempladas para que estas legislaciones no vulneren el derecho a la defensa del acusado, la posibilidad de excluir evidencia perjudicial para los intereses de la víctima no debiese limitarse sólo a argumentos relacionados con la impertinencia o inutilidad de la prueba que se busca excluir, puesto que, si bien ellos son válidos, estos podrían resultar ser insuficientes para lograr una correcta reflexión sobre el asunto a resolver. Por ello resulta necesario señalar ciertos argumentos constitucionales en que se funda el derecho de la víctima a solicitar que se excluyan o bien limiten las pruebas e interrogatorios referidos con su pasado sexual<sup>140</sup>.

Hoy en día el derecho a la privacidad constituye un derecho ampliamente reconocido por los diversos estados. Nuestra Constitución Política de la República, al igual que el derecho a la defensa, consagra esta garantía dentro del listado de derechos fundamentales que el estado de Chile debiese resguardar y proteger, y como tal en caso de limitación requiere de razones imperiosas. El carácter íntimo de los delitos de agresión sexual puede implicar la exposición de cierto ámbito de la vida privada de la víctima en aras del auxilio de la justicia, sin embargo, ello no significa una indagación indiscriminada y compulsiva en su derecho a decidir sobre qué aspectos de su vida privada exponer<sup>141</sup>.

La importancia de la protección a la intimidad de las víctimas de delitos sexuales ha tenido reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En su sentencia T-453 de 2005 el tribunal sostuvo que "las víctimas de delitos sexuales, tienen un derecho constitucional a

*que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia, transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión (...)”<sup>142</sup>.*

<sup>142</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia N° T-453 (2005).

Por otro lado, en la medida que una víctima de delitos sexuales esté sujeta de manera única a un ataque doloroso y perjudicial a su vida privada e íntima, se podría argumentar que con ello se le estaría negando su derecho a la igualdad de protección de las leyes<sup>143</sup>. El problema del uso de esta prueba sin mayor restricción no reside solamente en la exposición pública de estas narrativas, sino que también en el hecho de que el juicio pueda verse invalidado por estereotipos sexistas que restringen el marco de protección de las mujeres, vulnerando así la promoción de la igualdad que el estado debiese garantizar<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> BERGER (1997) 45.

<sup>144</sup> DI CORLETO (2006) 18.

Una correcta redacción de este tipo de legislación debiese considerar ambas aristas previamente analizadas, compatibilizando los derechos del imputado con la protección estatal inherente de las víctimas de delitos sexuales. El derecho procesal penal ha crecido en torno a la protección del derecho del acusado<sup>145</sup>, y estos estatutos permiten un punto de partida para el abandono de prácticas y creencias discriminatorias que han obstaculizado el correcto acceso a la justicia de las mujeres por largo tiempo.

<sup>145</sup> DI CORLETO (2006) 13.

#### 4.2. Procedimiento apropiado para el pleno cumplimiento de las garantías del Proceso Penal

Todos estos estatutos prescriben la existencia de una audiencia de ofrecimiento de pruebas en donde deberá resolverse el asunto en cuestión. Mayor dispersión existe en cuanto al tiempo de celebración de ella, aun así, la gran mayoría contempla que esta instancia sea celebrada antes del juicio oral y a puertas cerradas. A diferencia de lo que ocurre en las audiencias de admisibilidad tradicional, en las cuales el acusado debe buscar la exclusión de pruebas en su contra, en esta audiencia preliminar el imputado deberá solicitar la admisibilidad de pruebas a su favor. En consecuencia, se ha sostenido que dicha situación podría significar una revelación de material sustancial de la defensa del imputado, pudiendo afectar en su derecho a no auto incriminarse. Conjuntamente, la falta de revelación recíproca de la prueba ha generado que la validez de dichos estatutos sea aún más cuestionada.

Entonces, corresponde determinar si dentro del esquema de la audiencia de ofrecimiento de prueba se estaría obligando al acusado a testificar en su contra. Los tribunales han sido coincidentes en señalar que el solo ofrecimiento de prueba no infringiría en el privilegio del acusado de no auto incriminarse. En *William v. Florida*, se sostuvo que el dilema del acusado de cumplir con el estatuto o perder el derecho a usar esta prueba no constituía una coacción legal, tratándose de una más de las diversas presiones existentes en un juicio<sup>146</sup>. Asimismo, el tribunal sostuvo, que dicho estatuto

<sup>146</sup> BERGER (1997) 73-74.

147 BERGER (1997) 73-74.

148 BERGER (1997) 74.

149 BERGER (1997) 75.

150 DI CORLETO (2006) 24.

151 BERGER (1997) 81.

152 CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR  
(2016) 33.

153 ROMAN (2011) 1.

solo compelió al peticionario a acelerar el tiempo de la divulgación de una prueba que ya tenía prevista de divulgar en una etapa posterior, y que la garantía en cuestión no implicaría derecho alguno de esperar hasta el final del caso antes de anunciar la naturaleza de su defensa<sup>147</sup>.

Por otra parte, además de la compulsión, existen otras condiciones necesarias para que se infrinja el derecho del acusado de no auto incriminarse, tales como la necesidad de que dicha divulgación de información sea incriminatoria<sup>148</sup>. Una oferta de prueba como la que se plantea implica que el acusado presente aquella evidencia que considera sustancial para su defensa. Resulta evidente pues, que el imputado jamás buscará revelar información que sea potencialmente dañina para él, y siempre escogerá aquella evidencia que encontrándose dentro de los límites legales haga más probable su inocencia en los hechos.

La situación se torna más compleja si el ofrecimiento de prueba es realizado durante el transcurso del juicio oral. En este contexto, es del todo presumible que mediante esta oferta de prueba se obtengan pistas sobre los posibles testigos de la defensa, los cuales además podrían contener información no solo relacionada con el historial sexual de la víctima, sino que también con los hechos centrales del cargo<sup>149</sup>. Para evitar tal peligro, estas audiencias debiesen ser celebradas de manera preliminar, y solo de manera excepcional durante la audiencia del juicio oral, pudiendo solicitarse una audiencia adicional cuando el acusado desee evitar todo tipo de divulgación anticipada de su testimonio.

Por otra parte, cuando el tribunal dictamina sobre la cuestión de pruebas de antecedentes sexuales antes de la audiencia de juicio oral, lo que se busca es prevenir la introducción de todo tipo de prejuicios al momento del juzgamiento, evitando además la exposición innecesaria de la vida íntima de la mujer, el cual constituye uno de los grandes propósitos de estas leyes. Sin embargo, se ha señalado que, en nuestro contexto normativo, por no tratarse de un juicio por jurado como sucede en los estatutos abordados anteriormente, no se podría prevenir tal situación, sino que más bien la sola solicitud de prueba referida al pasado sexual de la mujer serviría para influenciar el ánimo de los jueces<sup>150</sup>. Frente a esto, consideramos que, efectivamente como los operadores jurídicos no se encuentran exentos de la presencia de estos estereotipos sexistas, para el pleno cumplimiento del principio de imparcialidad, se requiere que sea un órgano independiente el que resuelva estas cuestiones, o bien, podría ser el juez de garantía, pero nunca el juez juzgador.

Con respecto a la falta de reciprocidad presente en estos estatutos, ello se justifica en cuanto el comportamiento sexual pasado del imputado como prueba es esencialmente incomparable a la indagación en la historia sexual de la mujer<sup>151</sup>. Si bien, los estereotipos afectan a hombres y mujeres, no cabe duda de que son éstas las que padecen los efectos más perjudiciales, los cuales desde tiempos tempranos han reforzado y justificado las asimetrías de poder, manteniendo a la mujer en una posición de subordinación<sup>152</sup>, y en lo que nos concierne dificultando arduamente el acceso a la justicia de las mujeres, lo cual constituye una base racional y suficiente que se encuentra concordancia con el propósito de estas leyes y con la cláusula de igual protección<sup>153</sup>.



Por último, en cuanto a la audiencia a puertas cerradas, las normas internacionales en la materia son coincidentes en contemplar excepciones al principio de publicidad. El artículo 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que *“el proceso penal deberá ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”*. En este punto, el rol que tiene el estado de Chile en la erradicación de la violencia de género y en la protección del derecho a la vida privada de la víctima parecen ser argumentos más que suficientes para el cierre de estas audiencias. De la misma forma, el propósito de alentar a las víctimas a denunciar estos delitos sexuales constituye un interés que la justicia criminal debiese prevalecer.

Como se pudo evidenciar, esta materia no está libre de complicaciones, y sin duda merece un análisis más profundo que el realizado, aun así, el objetivo de esta propuesta procedimental es conciliar de la manera más oportuna y correcta las garantías del proceso penal que pudieran verse vulneradas con el ofrecimiento de prueba en virtud del pleno cumplimiento de la propuesta principal del presente trabajo investigativo.

#### 4.3. Propuesta de ley para el ordenamiento chileno

En razón del análisis previamente elaborado, se ofrecerá un modelo de ley alternativo. En este texto normativo se contempla una prohibición genérica del uso de esta categoría de prueba, como también la inhabilidad de efectuar cualquier referencia a ella en la audiencia de juicio oral sin antes realizar el procedimiento de ofrecimiento de prueba adecuado. Esto con la finalidad de que se respeten de manera correcta tanto las garantías del imputado como la protección necesaria de la víctima, debiendo actuarse de manera preventiva a los posibles efectos adversos que se provocarían si esta categoría de prueba o preguntas fueran incorporadas sin mayor restricción al juicio. Por esta razón el componente procesal estará regulado en un artículo distinto a la regla general y a las excepciones de la ley que propondremos, debido a la necesidad de precisión en el procedimiento para evitar cualquier otra contravención con las garantías del debido proceso.

La regla general se tratará de una prohibición inmediata y general de toda prueba que se refiera a la conducta sexual anterior de la mujer o a su reputación sexual, esto por que si bien como pudimos observar a lo largo de esta investigación la sola admisibilidad de esta categoría de prueba no constituye el problema a tratar, es la forma en que se utiliza la historia sexual anterior de la mujer lo que ha devenido en eminentes peligros y problemáticas para el cumplimiento de la justicia criminal. En el derecho penal habita un imaginario femenino consolidado por diversos estereotipos y roles de género que desde tiempos muy tempranos han estado incorporados en nuestra sociedad, que se materializan en patrones de conducta de lo que debe y no debe hacer una mujer, generando grandes implicancias en el juzgamiento de este tipo de delitos, que deslegitiman la credibilidad de sus testimonios y se perpetúan como otra forma de violencia de género.

Sin embargo, como el objetivo principal de esta ley será restringir la capacidad del acusado a presentar pruebas y realizar contrainterrogatorios

relacionados con la materia es necesario incorporar ciertas excepciones cuyos propósitos permiten vislumbrar la existencia de relevancia en la prueba que se busca ofrecer, de manera que no incorporarlas en un estatuto como el que se pretende ofrecer, podrían significar una vulneración al derecho a la defensa del imputado.

En primer lugar, consideramos necesaria la incorporación de una causal de excepción que permita la admisibilidad de esta categoría de prueba cuando el comportamiento sexual de la mujer se utilice para probar el consentimiento, pero solo si se trata de historia de carácter sexual entre el acusado y la víctima, puesto que una historia de intimidad con el imputado tendería a reforzar una afirmación de consentimiento para el otro encuentro sexual. En cambio, si se trata de historia sexual entre la víctima con un tercero, la inferencia del comportamiento pasado al presente se basaría en creencias estereotipadas, que restringirían la libertad sexual de las mujeres a elegir libremente a sus parejas, quienes pueden elegir a unas y rechazar a otras, tratándose de una materia sumamente personal no susceptible de generalización. Por esta razón la causal de excepción señalará expresamente que se permitirá evidencia de conducta sexual anterior de la mujer cuando ella verse sobre instancias entre el acusado y la víctima y sólo si la defensa es el consentimiento, ya que, si el imputado niega la actividad sexual, la historia entre la víctima y el acusado es irrelevante para los hechos que se buscan probar.

De la misma forma consideramos necesaria la incorporación de una causal de excepción que permita utilizar la prueba de la conducta sexual anterior de la mujer para probar que el imputado tuvo un error en cuanto a la ausencia del consentimiento. Esta hipótesis resulta indispensable para el pleno cumplimiento del derecho a la defensa del acusado, debido a la existencia y exigencia de la culpabilidad en los ilícitos penales de nuestro ordenamiento. Pero en este caso no será necesario que se trate de evidencia sexual solo con el acusado, también podría ser con un tercero, lo importante es que el comportamiento sexual anterior de la mujer tienda a probar que razonablemente el acusado creía que la víctima estaba consintiendo en los actos sexuales, es decir, resulta necesario que el acusado utilice dicha evidencia para probar su propio error en los hechos.

Por el contrario, a diferencia de la causal anterior, el imputado no podrá utilizar dicha evidencia para probar que la mujer habría consentido en el acto sexual, puesto que en ese caso dicha prueba debiese ser excluida por motivos estrictos de relevancia, una mujer puede consentir y participar en actos sexuales sin que eso haga que sea más probable que ella haya consentido en una ocasión particular. En esta excepción seremos precisos en señalar que para que esta categoría de prueba constituya la base de una creencia razonable del acusado de que la mujer consintió en el acto sexual, resulta indispensable que el imputado conozca de ella en el momento del acto sexual acusado.

Por otro lado, en aras del pleno cumplimiento del derecho del acusado a refutar las pruebas en su contra, consideramos necesaria la existencia de una causal que admita la prueba de la conducta sexual anterior de la mujer cuando el acusado busque refutar la evidencia ofrecida por la fiscalía para corroborar el acto sexual en sí mismo, pero solo cuando el imputado no

manifieste su participación en los hechos. La prueba presentada en esta situación proporciona una explicación alternativa a la presencia del semen, o de un embarazo o enfermedad venérea no provocado por el imputado, siendo por tanto fundamental para la defensa del acusado. En todas estas situaciones, resulta imprescindible además que para que dicha evidencia o conainterrogatorio tenga tal relevancia, que ellos versen sobre casos e instancias específicas de relaciones sexuales que vayan en concordancia con lo que se busca probar, por ello todo lo anterior será señalado expresamente en la causal propuesta.

Otra causal que consideramos necesaria de incorporar es aquella que se refiere a la conducta sexual que tiende a probar que la víctima tiene un motivo para fabricar el cargo. Es importante señalar que este propósito no descansa en premisas que son sexualmente discriminatorias, como sería en el caso de que el imputado utilizara la prueba del comportamiento sexual de la víctima para demostrar ciertas ideas moralistas relacionadas con las mujeres promiscuas, sino que esta situación pretende hacerse cargo de comportamientos objetivos que aun cuando sean de carácter sexual permiten probar que la afectada tenía motivos para inventar la denuncia, siendo difícil en estas situaciones proteger la intimidad de la mujer sin afectar el derecho a la defensa del imputado.

Pues bien, una última causal que consideramos esencial de incorporar en el estatuto que ofreceremos, tiene relación con la existencia de un patrón de conducta en el comportamiento sexual de la mujer de extrema similitud con el hecho o los hechos acusados. Esto, por que aun cuando el consentimiento posea un carácter de intransferible y único, es necesario tener en consideración que podrían existir ciertas circunstancias determinadas que pueden demostrar un comportamiento habitual en la víctima que permitirían concluir que ella consintió en el acto sexual, o bien que el acusado razonablemente creyó que la mujer habría consentido en el encuentro en cuestión. Pero, como bien se pudo analizar anteriormente, como este propósito podría explorar de alguna manera ciertos estereotipos sexistas, es necesario que para que esta prueba se encuentre libre de implicancias morales, que ella se refiera a un patrón sumamente distintivo en el acto sexual.

Finalmente, tal como se pudo apreciar, todas las situaciones señaladas merecen un análisis exhaustivo en relación con los hechos del caso. Si bien, la consagración expresa de estas causales de excepción a la limitación general permitirían un punto de partida para garantizar el derecho a presentar y confrontar pruebas de los acusados en situaciones que podrían suscitar ciertas complejidades, es el juez quien deberá realizar un ejercicio concreto de ponderación. Por esta razón, consideramos necesaria la incorporación de una cláusula de exclusión amplia, que permita evitar cualquier otra contravención con el derecho a la defensa, pero ello siempre acompañado de un análisis estricto e integral de los hechos, que discurra no solo en los derechos del acusado, sino que también considere la situación de vulnerabilidad de la víctima en los delitos de esta naturaleza, como sus derechos inherentes e incorporando perspectiva de género para enfrentarlos.

De esta forma esta cláusula permitiría entender que no se trata de una decisión general, puesto que como bien hemos señalado en reiteradas oca-

siones no se trata de un problema generalizado de esta categoría de prueba, sino que del uso que se le ha dado por muchos años a ella en el proceso penal, de manera que la decisión final deberá ser tomada caso a caso por el juez a partir de un ejercicio concreto de ponderación. Ahora bien, será el juez de garantía quien deberá resolver el asunto en cuestión, ya que solo así se cumpliría efectivamente con el peligro que se pretende evitar, que no es nada más que la eliminación y erradicación de estereotipos de género que perpetúan la violencia contra la mujer en la audiencia de juicio oral, producto de la inminente importancia de dicha instancia procesal.

Además, consideramos sumamente necesario la existencia de un sobrepeso a la causal de carácter amplio previamente señalada, toda vez que la gran discrecionalidad que nuestro ordenamiento les brinda a los jueces en materia probatoria no resulta ser suficiente para abordar el problema que esta categoría de prueba suscita. Por esta razón, al final del estatuto se orientará al juez acerca de cómo ponderar los intereses y derechos en juego, señalando expresamente que dicha evidencia sólo será admisible si además de contemplarse en alguna de las excepciones prescritas, su valor probatorio no se ve compensado por el peligro de prejuicio injusto, confusión de los temas o invasión injustificada de la privacidad de la víctima.

Las leyes sumamente restrictivas ponen en peligro a los derechos del acusado y las leyes extremadamente permisivas no logran solucionar de manera correcta el problema en cuestión. Creemos que en la normativa que se presentara, se brinda un ajuste satisfactorio de las necesidades del acusado, la víctima y el estado, permitiendo identificar el marco para iniciar una discusión acerca de la incorporación de estos estatutos en nuestro país, que permitan “orientar los juicios de violación como procesos seguidos a los imputados y no a las víctimas”<sup>154</sup>.

154 DI CORLETO (2006) 29.

## 5) Propuesta Normativa

El acusado no podrá presentar pruebas de la reputación sexual o de la conducta sexual de una víctima de agresión sexual, ya sea anterior o posterior del acto o actos imputados, ni tampoco podrá hacer referencia a dicha prueba durante el transcurso de la audiencia de juicio oral. Excepcionalmente será admisible y podrá ser referida la prueba de la conducta sexual de la víctima cuando ella se refiera a:

- \* Conducta sexual entre el acusado y la víctima, solo si ella es utilizada para probar el consentimiento de la mujer en el acto sexual.
- \* Conducta sexual previa con el acusado o con un tercero, que tiendan a probar que él [razonablemente] creía que la víctima estaba consintiendo en estos actos, siempre que ella haya sido conocida por el acusado en el momento del acto o los actos imputados.
- \* Casos específicos de conducta sexual que tienden a probar que una persona distinta del acusado cometió el acto o los actos acusados o causaron la condición física de la víctima que supuestamente surgió de estos actos. Dicha evidencia deberá incluir prueba del origen del semen, embarazo o enfermedad.

155 Cláusula de exclusión amplia que permitiría salvaguardar cualquier posible contradicción con el derecho a la defensa.

156 Permite hacer un contrapeso a la amplia discrecionalidad que la cláusula anterior establece, como también orientar al juez en el ejercicio de ponderación. De esta forma el tribunal debiese hacer un análisis riguroso de los hechos, teniendo en consideración los diversos intereses que fueron abordados en la sección III.1, logrando así el cumplimiento efectivo de estas leyes, sin poner en peligro los derechos de los acusados.

- \* Conducta sexual que tiende a probar que la víctima tiene un motivo para fabricar el cargo.
- \* Patrón de conducta sexual que resulta ser tan distintivo y parecido a la versión del acusado en el presunto encuentro sexual con la víctima, que tiende a probar que ella consintió en el acto o actos acusados o se comportó de tal manera que condujo al acusado [razonablemente] para creer que ella consintió.

Toda otra prueba que se refiera a la conducta sexual anterior de la víctima, que no se encuentre contemplada en alguna de las causales anteriores, cuya relevancia probatoria permita entender su necesaria admisibilidad en virtud del pleno cumplimiento del derecho a la defensa del acusado<sup>155</sup>.

Solo si el tribunal determina que dicha evidencia es relevante para un hecho material y que su valor probatorio no se ve compensado por el peligro de prejuicio injusto, confusión de los temas o invasión injustificada de la privacidad de la víctima<sup>156</sup>.

## 6) Procedimiento para determinar la admisibilidad

Si el acusado desea presentar evidencia de la conducta sexual anterior de la víctima por encontrarse contemplada en alguno de los numerales anteriores, se deberá proseguir el siguiente procedimiento:

- \* El acusado deberá presentar una solicitud por escrito requiriendo el permiso para utilizar dicha evidencia. La solicitud deberá ir acompañada de una declaración jurada que indique precisamente la oferta de prueba y preguntas a las que desea recurrir.
- \* Si el tribunal considera que la oferta es suficiente, ordenará una audiencia a puertas cerradas, para que en él se discuta el asunto en cuestión.
- \* Al finalizar la audiencia, si el tribunal determina que la evidencia se encuentra contemplada en alguna de las causales de excepción, y no resulta ser inadmisibles de otra manera, emitirá una orden indicando sus conclusiones, y señalando las pruebas y preguntas que fueron aceptadas. El acusado podrá utilizar dicha evidencia de conformidad con la orden del tribunal.

Esta audiencia deberá ser celebrada antes de la realización de la audiencia del juicio oral, y excepcionalmente se celebrará durante el transcurso de este, en tal circunstancia el acusado podrá solicitar la celebración de audiencias adicionales cuando con ella se desee evitar cualquier divulgación anticipada de su testimonio.

## 7) Conclusiones

La prueba que indaga en la conducta sexual anterior de la mujer se ha insertado como una de las principales muestras de violencia de género existente en los procesos penales. Ahora bien, no es la prueba en sí misma la que genera tal desprotección y humillación para la mujer, sino que la existencia de mitos y prejuicios que la sustentan y validan, coadyuvando

a una segunda victimización de las afectadas. Son estas creencias las que han permitido que esta prueba sea usada en forma habitual por la defensa del imputado, deviniendo en un proceso penal en el cual la conducta del agresor pasa a un segundo plano y es la mujer quien deviene en la persona juzgada.

Históricamente, para que una mujer pudiera ser considerada como víctima de una violación, se le ha exigido más que la sola concreción del tipo penal. Los mitos en torno a la violencia sexual fomentan a la creación de imágenes estereotipadas de víctimas ideales, que difunden patrones culturales, y que aun cuando carezcan de todo sustento empírico, permiten la discusión de circunstancias fácticas que además de ser irrelevante para el hecho juzgado, mantienen el estatus quo de las relaciones de género, perpetuando la violencia contra la mujer en el proceso penal e imposibilitando la correcta administración de la justicia<sup>157</sup>.

Los mecanismos estatales son genéricos y por ende resultan insuficientes para abordar la problemática que la admisibilidad de esta categoría de prueba suscita en el sistema de justicia criminal. Los problemas que enfrentan las víctimas son un claro resultado de la falta de regulación específica sobre violencia en contra de las mujeres. Las leyes de protección contra la violación se posicionan como una posible herramienta de solución, permitiendo la correcta protección de la privacidad sexual de la víctima, alentándolas a denunciar la agresión y generando decisiones judiciales justas y libres de estereotipias.

Si bien, estos estatutos limitan la capacidad del acusado de introducir al procedimiento penal aquellas pruebas y preguntas relacionadas con el comportamiento sexual pasado de la víctima, el derecho a presentar pruebas y a contrainterrogar testigos no es absoluto. Para ello, el propósito con que busca ser introducida la prueba determinará si ella es pertinente o no para el hecho juzgado. Sin embargo, además de la exigencia de pertinencia del material presentado, la doctrina es coincidente en identificar como límite natural la afectación a otros valores relevantes de los sistemas procesales<sup>158</sup>. Existen argumentos constitucionales en los que se funda el interés de la víctima a solicitar que se excluyan o bien limiten las pruebas e interrogatorios referidos con su pasado sexual. La protección del derecho a la vida privada y la promoción del principio de igualdad también son derechos dignos de amparo estatal.

La violencia contra las mujeres esta en el centro de los derechos humanos, y el estado de Chile tiene obligaciones claras en la materia, de manera que la inclusión de una ley como la que se propone permitiría iniciar un eminente avance en la protección de los derechos de las mujeres, reivindicando la vigencia del principio de igualdad, al promover la construcción de una racionalidad jurídica que abandone prácticas discriminatorias<sup>159</sup>, para la correcta protección y erradicación de la violencia de género existente en el proceso penal chilena.

157 DI CORLETO (2006) 29.

158 DUCE (2020) 123.

159 DI CORLETO (2017) 18-19.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BACKHOUSE, CONSTANCE Y SCHOENROTH, LORNA** (1984), "A Comparative Study of Canadian and American Rape Law", *Canada-United States Law Journal*, v. 7, n. 9, January 1984, pp.173-213, en línea (fecha de consulta 26 de octubre de 2020). Disponible en: <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1774&context=cuslj>
- BERGER, VIVIAN** (1977), "Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom", *Columbia Law Review*, v. 77, n. 1, Jan 1977, pp.1-103, en línea (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2020). Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1121848?seq=1>
- CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, EMANUELA** (2016), "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista en Cultura de la Legalidad*, s/v, n. 9, octubre 2015-marzo 2016, pp.26-48, en línea (fecha de consulta: 10 de octubre de 2020). Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2801/1532>
- CAVALLARO, ROSANNA** (2019), "Rape Shield Evidence and the Hierarchy of Impeachment", *American Criminal Law Review*, v. 56, n. 2, 2019, pp. 295-314, pdf (fecha de consulta: 4 de diciembre de 2020). Disponible en: <https://www.law.georgetown.edu/american-criminal-law-review/wp-content/uploads/sites/15/2019/04/56-2-Rape-Shield-Evidence-and-the-Hierarchy-of-Impeachment.pdf>
- CHRISTIE, NILS** (1986), "The Ideal Victim" en : FATTAH, Ezzat (Ed.), *From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System* (Palgrave Macmillan, London), pp. 17-30.
- CRAIG, ELAINE** (2016), "Section 276 misconstrued: the failure to properly interpret and apply canada's rape shield provisions", *The Canadian Bar review*, v. 94 n. 1, January 8 th 2016, pp.45-83, pdf, (fecha de consulta: 22 de octubre 2020). Disponible en: <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/4370/4363>
- DI CORLETO, JULIETA** (2006), "Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación", pdf, (fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020). Disponible en: <http://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/Di%20Corleto.pdf>
- DI CORLETO, JULIETA** (2017), "Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género", en: DI CORLETO, Julieta (2017), *Género y Justicia Penal* (Buenos Aires, Editorial Didot) 395 pp.
- DUCE, MAURICIO** (2020), "La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile", en: *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, n.1, Madrid 2020, pp. 103-132, en línea (fecha de consulta: 10 de octubre de 2020). Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/339280288\\_La\\_etapa\\_de\\_preparacion\\_del\\_juicio\\_oral\\_y\\_su\\_rol\\_en\\_el\\_control\\_de\\_admisibilidad\\_probatoria\\_en\\_Chile](https://www.researchgate.net/publication/339280288_La_etapa_de_preparacion_del_juicio_oral_y_su_rol_en_el_control_de_admisibilidad_probatoria_en_Chile)

- GALVIN, HARRIET R.** (1986), "Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the second Decade", *Minnesota Law School*, v.70, n.1433, 1986, pp. 763-916, pdf, (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2020). Disponible en: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2432&context=mlr>
- GONZÁLEZ, ANDREA, OPAZO, DAVID Y POBLETE, SOLEDAD** (2015), "Revista Jurídica del Ministerio Público", s/v, n.62, marzo de 2015, pp-9-209, pdf (fecha de consulta: 1 de diciembre de 2020). Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/biblioteca/juridica.do?d1=10>
- HILL, TASHA** (2014), "Sexual abuse in California Prisons: How the California Rape Shield Fails the Most Vulnerable Populations", *UCLA Women's Law Journal*, v.21 n.89, pp.89-145, pdf, (fecha de consulta: 31 de octubre de 2020). Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/5sw7f149>
- KOBYL, PEGGY** (1992), "Rape Shield Legislation: Relevance, Prejudice and Judicial Discretion", *Alberta Law Review*, v. 30, n. 3, 1992, pp. 988-1017, pdf (fecha de consulta: 30 de octubre de 2020). Disponible en: <https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/1514/1503>
- MANTILLA, SAIDA** (2015), "La Revictimización como causal de Silencio de la Víctima", *Revistas de ciencias forenses de Honduras*, v. 1, n. 2, año 2015, pp. 3-12, pdf (fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020). Disponible en: <http://www.bvs.hn/RCFH/pdf/2015/pdf/RCFH1-2-2015.pdf>
- PIQUÉ, MARIA LUISA Y PZELLINSKY ROMINA** (2015), "Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género", *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, v.14, n.2, noviembre 2015, pp. 223-229, pdf (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2020). Disponible en: [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-14/Revista\\_Juridica\\_Ano14-N2\\_10.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_10.pdf)
- RED CHILENA SOBRE LA VIOLENCIA DE LA MUJER, DOSSIER INFORMATIVO 2018-2019.** (fecha de consulta: 29 de septiembre de 2020). Disponible en: <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2019/09/DOSSIER-2019-1.pdf>
- RED CHILENA SOBRE LA VIOLENCIA DE LA MUJER, DOSSIER INFORMATIVO 2018** (fecha de consulta: 29 de septiembre 2020). Disponible en: <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2019/01/DOSSIER-INFORMATIVO-2018.pdf>
- ROMAN, DENISE** (2011), "Under the Rape Shield: A Historical and Comparative Perspective on the Rape Shield Laws", *UCLA Working Papers in Feminist Research*, pdf, (fecha de consulta: 1 de diciembre de 2020). Disponible en: <https://escholarship.org/content/qtow62h4dp/qtow62h4dp.pdf?t=lnrxyo>
- RUDSTEIN, DAVID S.** (1976), "Rape Shield Laws: Some Constitutional Problems", *William and Mary Law Review*, v.18, n. 1, 1976-1977, pp.1-46, en línea (fecha de consulta: 26 de octubre de 2020). Disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2418&context=wmlr>



- SMITH, OLIVIA** (2018), "Sexual history evidence in Rape Trials", en: SMITH, Olivia (2018), Rape Trials in England and Wales: Observing Justice and Rethinking Rape Myths (Palgrave Macmillan, Cham), pp.97-125.
- SMITH, OLIVIA Y SKINNER, TINA** (2017), "How Rape Myths Are Used and Challenged in Rape and Sexual Assault Trials", *Social & Legal Studies*, v. 26, pp.441-466, pdf, (fecha de consulta: 29 de septiembre de 2020). Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0964663916680130>
- SOSHNICK, ANDREW Z.** (1987), "The Rape Shield Paradox: Complainant Protection Amidst Oscillating Trends of State Judicial Interpretation," *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 78 , n. 3, 1987, pp. 644-698, pdf (fecha de consulta: 30 de octubre de 2020). Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/193363363.pdf>
- TANFORD, J. ALEXANDER Y BOCCHINO, ANTHONY J.** (1980), "Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment", *University of Pennsylvania Law Review*, v.128, n.544, 1980, pp.544- 602, pdf (fecha de consulta: 30 de diciembre de 2020). Disponible en: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4788&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4788&context=penn_law_review)
- TUERKHEIMER, FRANK** (1989), "A Reassessment and Redefinition of Rape Shield Laws", *Ohio State Law Journal*, v. 50, n. 5, 1989, pp. 1245- 1274, en línea (fecha consulta: 26 de octubre de 2020). Disponible en: [https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/64517/OSLJ\\_V50N5\\_1245.pdf](https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/64517/OSLJ_V50N5_1245.pdf)
- WALLACH, SHAWN J.** (1997), "Protecting the victim at the expense of the defendant`s constitucional rights", *NYLS Journal of Human Rights*, v. 13, n. 7, winter 1997, pp. 485-521, pdf (fecha de consulta 31 de octubre de 2020). Disponible en : <https://core.ac.uk/download/pdf/322560333.pdf>
- WELTY, JEFFREY B.** (2009), "Special Evidentiary Issues in Sex Assault Cases: The Rape Shield Law and Evidence of Prior Sexual Misconduct by the Defendant", *Administration of Justice*
- BULLETIN, PDF** (fecha de consulta: 4 de diciembre de 2020). Disponible en: <https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/reports/aojb0904.pdf>

## Normas citadas

### Normativa nacional

**LEY N° 19696, ESTABLECE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHILE, DIARIO OFICIAL, 12 DE OCTUBRE DE 2000.**

### Normativa internacional

**ALASKA STATUTES TITLE 12. CODE OF CRIMINAL PROCEDURE § 12.45.045. EVIDENCE OF PAST SEXUAL CONDUCT IN TRIALS OF CERTAIN SEXUAL OFFENSES OF 1975.**

**CALIFORNIA CODE, EVIDENCE CODE - EVID § 782 OF 1965.**

**CANADA CRIMINAL CODE, RSC 1985, C C-46, S 276 OF 1992.**

**COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, OBSERVACIÓN GENERAL N°32: ARTÍCULO 14. EL DERECHO A UN JUICIO IMPARCIAL Y A LA IGUALDAD ANTE LOS TRIBUNALES Y CORTES DE JUSTICIA, 90° PERIODO DE SESIONES, 23 DE AGOSTO 2007, CCPR/C/GC/32.**

**FEDERAL RULES OF EVIDENCE, RULE 412-SEX OFFENSE CASE, OF 1978.**

**SECTION 41 OF THE YOUTH JUSTICE AND CRIMINAL EVIDENCE, ACT OF 1999.**

**THE MICHIGAN PENAL CODE, ACT 328 OF 1931, SECTION 750.520J EVIDENCE OF VICTIM'S SEXUAL CONDUCT, OF 1975.**

## Jurisprudencia citada

### Jurisprudencia nacional

**TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTA CRUZ, MINISTERIO PÚBLICO CON RIVIERA** (2009): sentencia resolutoria de absolución del 13 de mayo de 2009, en contra del acusado Riviera González, en calidad de autor del delito de Violación en grado consumado. Disponible en el sitio web del Tribunal.

### Jurisprudencia internacional

**COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS** (2007), Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 20 de enero de 2007, Doc. 68, OEA/Ser.L/V/II.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA** (2005), Sentencia T-453/05 del 2 de mayo de 2005, Acción de tutela presentada por Sandra Orejarena contra Providencias Judiciales por vía de hecho, Violencia Contra las Mujeres: violencia sexual, derecho a la intimidad y víctimas de delitos sexuales, M.P: Manuel José Cepeda.

**O.N.U., COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, CASO TAYAG VERTIDO V. FILIPINAS, DICTAMEN DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER A TENOR DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 7 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER** (46° período de sesiones)(CEDAW/C/46/D/18/2008, decidido el 16/07/2010).

## PRENSA CITADA

**ARUN S. MAINI, WHAT IS A RAPE SHIELD LAW, 8 DE MARZO DE 2020** (fecha de consulta: 26 de octubre de 2020). Disponible en: <https://www.defence-group.ca/blog/in-the-news/what-is-a-rape-shield-law/>

**EL PERIÓDICO, ANTONIA BARRA: LA HISTORIA DE UNA VIOLACIÓN QUE ESTREMECE A CHILE, 23 DE JULIO DE 2020** (fecha de consulta: 18 de noviembre

- de 2020). Disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20200723/antonia-barra-violacion-estremece-chile-8051142>
- FISCALÍA DE CHILE, TEMAS DE INTERÉS: VIOLENCIA CONTRA LA MUJER** (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2020). Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/victimas/adultos/violencia-genero.jsp>
- KYLA BISHOP, A REFLECTION ON THE HISTORY OF SEXUAL ASSAULT LAWS IN THE UNITED STATES, 15 DE ABRIL DE 2018** (fecha de consulta: 22 de octubre de 2020). Disponible en: <https://ualr.edu/socialchange/2018/04/15/reflection-history-sexual-assault-laws-united-states/>
- LORETO SANTIBÁÑEZ, CUESTIONAMIENTOS A ESTRATEGIA DE LA DEFENSA EN EL CASO DE NABILA RIFO ¿QUE DICEN LOS ABOGADOS?, 24 DE MARZO DE 2017** (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2020). Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/braga/2017/03/24/cuestionamientos-a-estrategia-de-la-defensa-en-el-caso-de-nabila-rifo-que-dicen-los-abogados/>
- NOTICIAS IMPORTANTES, ¿QUIÉN ES EL ABOGADO DE MARTÍN PRADENAS?, 22 DE JULIO DE 2020** (fecha de consulta: 18 de noviembre de 2020). Disponible en: <https://noticiasimportantes.cl/noticias/categorias/policial/quien-es-el-abogado-de-martin-pradenas-2180>
- PODER JUDICIAL, CASO NABILA RIFO: JUICIO ORAL DE MAURICIO ORTEGA, ACUSADO POR FEMICIDIO FRUSTRADO (1), 23 marzo 2017** (fecha de consulta: 15 de Octubre de 2020) Disponible en: <https://www.poderjudicialtv.cl/esta-semana/caso-nabila-rifo-juicio-oral-de-mauricio-ortega-acusado-por-femicidio-frustrado-1-23-marzo-2017/>
- QUESTION FEMENINA, ¿CULTURA DE LA VIOLACIÓN? ¿DÓNDE?, 16 DE JULIO DE 2018** (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2020). Disponible en: <http://www.qfem.es/post/15299/cultura-de-la-violacion-donde>
- RODRIGO BUSTOS, LA DEFENSA EN CAUSAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER ¿TODO VALE?, 14 DE ABRIL DE 2017** (fecha de consulta: 15 de octubre de 2020). Disponible en: <https://opinion.cooperativa.cl/opinion/derechos-humanos/la-defensa-en-causas-de-violencia-contra-la-mujer-todo-vale/2017-04-14/065244.html>
- VOZ LIBRE , “HERMANA YO SÍ TE CREO”: LA CARTA VIRAL EN APOYO A LA CHICA VIOLADA EN SAN FERMÍN, 17 DE NOVIEMBRE DE 2017** (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2020). Disponible en: <https://vozlibre.com/sin-categoria/hermana-te-creo-la-carta-viral-apoyo-la-chica-violada-san-fermin-7192/>

# Prisión preventiva y el deber de considerar la situación de maternidad, embarazo o cuidado sobre un tercero

*Pre-trial detention and the duty to consider maternity, pregnancy or taking care of a third party*

Nota estudiantil

JOSÉ TOMÁS CÉSPEDES ORTIZ \*

\* Estudiante de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales ([jose.cespedes@mail.udp.cl](mailto:jose.cespedes@mail.udp.cl))  
Agradezco por su colaboración en la elaboración de este comentario a Denisse Andrea Morales Acha ([denisse.morales@mail.udp.cl](mailto:denisse.morales@mail.udp.cl))  
y Angélica Torres Figueroa ([angelica.torres@mail.udp.cl](mailto:angelica.torres@mail.udp.cl))

**Resumen:** La reciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha resultado en la construcción de diferentes tratados. Entre éstos se encuentran las “Reglas de Bangkok”, que dispone normas para la protección de mujeres reclusas. Estas reglas establecen criterios que deben ser observados por los Estados Parte para la privación de libertad de mujeres madres, embarazadas o a cargo del cuidado de un tercero, sea con o sin condena.

En nuestro derecho interno, tratándose en particular de la privación preventiva de libertad, no se han observado distinciones de género, al menos normativamente, resultando en una cantidad no despreciable de mujeres madres, embarazadas o en general a cargo del cuidado de un tercero privadas de libertad, aún sin condena.

En este comentario se analiza un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción que otorga real aplicación a los instrumentos internacionales de derechos humanos en esta materia, decretando la revocación de la privación de libertad de la imputada, en razón de su embarazo y maternidad durante el proceso. Si bien este pronunciamiento significa un paso correcto en dirección a ajustar nuestro derecho interno a la normativa internacional de derechos humanos, se extraña una referencia concreta al instrumento internacional al que alude, interpretación que le otorga y su aplicación al caso concreto.

**Abstract:** *The recent evolution of international human rights law has led to the creation of different treaties. Among these, is the “Bangkok Rules,” which provide rules for the protection of women prisoners. These rules establish criteria that must be observed by State Parties regarding the deprivation of liberty of women who are mothers, pregnant, or responsible for the care of a third party, whether with or without conviction.*

*In our domestic law, particularly concerning preventive deprivation of liberty, no gender distinctions have been observed, at least in terms of regulations, resulting in a significant number of women who are mothers, pregnant or in general responsible for the care of a third party being deprived of their liberty, even without conviction.*

*This comment analyzes a recent judgement of the Concepción Court of Appeals, that applies international human rights instruments in this matter, revoking the deprivation of liberty of the defendant due to her pregnancy and motherhood during the process. Even though this decision represents a correct step towards aligning our domestic law with international human rights standards, it lacks a specific reference to the international instrument it refers to, its interpretation, and its application to the specific case.*

**KEYWORDS:** *Preventive detention – Mothers and pregnancy – International Human Rights Law.*

**PALABRAS CLAVE:** Prisión Preventiva – Madres y embarazo – Derecho Internacional de los Derechos Humanos.



## Sumario

1. Introducción; 2. La sentencia; 3. Estándares internacionales y deber de considerar embarazo, maternidad o cuidado de un tercero; 4. Reflexiones finales.

### 1) Introducción

La privación de libertad de personas sin condena siempre es una problemática de difícil solución. Éste se ve agudizado cuando se trata de una mujer, puesto que culturalmente en una sociedad estructuralmente patriarcal, se le ha encargado el cuidado del hogar, los y las niñas y otras personas que requieren cuidados especiales. La prisión preventiva de madres y embarazadas puede ser muy perjudicial para ella y las personas bajo su cuidado.

Lamentablemente, entre nosotros no ha sido infrecuente la privación de libertad de madres y mujeres embarazadas, pese a las obligaciones internacionales que se expondrán a continuación. Así, el año 2019 el Informe del Centro de Estudios Justicia y Sociedad del Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile señalaba que “un 89,4% de las mujeres que participaron en el estudio son madres y/o están embarazadas en el momento previo al egreso de la cárcel, con un promedio de 2,5 hijos por mujer. Del total de madres consideradas, un 68,6% tiene al menos un hijo menor de edad”<sup>1</sup>, cifras que causan pavor al verificar que, de las 3.227 mujeres privadas de libertad en 2020, 1.141 se encontraban en prisión preventiva<sup>2</sup> (35,36%). Si bien escapa de los objetivos de este comentario un análisis cuantitativo de las madres y embarazadas privadas de libertad con o sin condena, estas cifras dan cuenta de una situación preocupante entre nosotros, que no podemos dejar de atender.

Durante el año 2022, la Corte de Apelaciones de Concepción se pronunció sobre la revocación de la referida medida respecto de una madre, que habría ingresado al régimen privativo de libertad encontrándose embarazada. El fallo es interesante de analizar por su referencia a las obligaciones internacionales, con todo, se echa de menos en este un razonamiento más profundizado sobre aquellas obligaciones en específico y cómo son aplicadas al caso. En este comentario buscaremos destacar aquello en que la Corte acierta, y observar las obligaciones internacionales aplicables en concreto, para concluir que la situación de maternidad, embarazo o encontrarse a cargo del cuidado de un tercero son circunstancias que deben ser consideradas para evaluar la procedencia de la medida cautelar.

### 2) La sentencia

En la causa RIT 12.534-2021, seguida ante el Juzgado de Garantía de Concepción, con fecha 20 de diciembre de 2021 se realizó la audiencia de control de la detención: la imputada C.A.T.V. y el imputado B.A.C.V. fueron detenidos por Carabineros, imputándoles un robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación, y receptación de vehículo motorizado. En la audiencia fueron formalizadas, y se decretó respecto de ambas la medida

1 LARROULET, PILAR, DROPPELMANN, CATALINA, DAZA, SEBASTIÁN, DEL VILLAR, PALOMA Y FIGUEROA, ANA (2021), Reinserción, Desistimiento y Reincidencia en Mujeres Privadas de Libertad en Chile. Santiago, Centro de Estudios Justicia y Sociedad. Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, p.54.

2 Véase: GENDARMERÍA DE CHILE (2020). Compendio estadístico, disponible en [https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio\\_Estadistico\\_Penitenciario2020.pdf](https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio_Estadistico_Penitenciario2020.pdf) [fecha de consulta: 21 de enero de 2023].

3 Juzgado de Garantía de Concepción, 22 de diciembre de 2021. Rit 12.534-2021 (delito de Robo en lugar habitado o destinado a la habitación y receptación de vehículos motorizados). Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>

4 Juzgado de Garantía de Concepción. Rit 12.534-2021.

5 Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de julio de 2022, Rol N° Penal 666-2022 (Apelación), considerando 2°, disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>

6 Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de julio de 2022, Rol N° Penal 666-2022 (Apelación), considerando 3°, disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#>

cautelar de prisión preventiva, por estimar que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad.

Tan sólo 2 días después, el mismo Tribunal autorizó la salida de la imputada “las veces que sea estrictamente necesario, atendida su condición de embarazo”<sup>3</sup>, de modo que al momento de decretar la prisión preventiva, el Juez no podía menos que saber que la imputada se encontraba embarazada, e inclusive si no hubiera sido así, tomó conocimiento de ello necesariamente el día 22 de diciembre de 2021, encontrándose desde este momento en condiciones de revisar de oficio la mantención de la medida.

La defensa de la imputada solicitó la revocación de la medida privativa de libertad el día 11 de febrero de 2022, llevándose a cabo la audiencia el 24 del mismo mes, donde el tribunal decidió mantener la prisión preventiva. Nuevamente, el día 4 de abril del mismo año, la defensa solicitó audiencia para revisar la medida, la que se llevó a cabo el día 13 del mismo mes, considerando el Tribunal que “no han variado los antecedentes que se tuvieron en vista al momento de decretarla”, y determinando mantener la privación de libertad.

Con fecha 9 de mayo de 2022, nació el hijo de la imputada, situación conocida por el tribunal, el que autorizó al imputado B.A.C.V. a presenciar el parto de la imputada.

El día 23 de junio del mismo año, se realizó nuevamente audiencia de revisión de la medida cautelar, decretando el tribunal mantener la prisión preventiva, por no haber variado los presupuestos que se tuvieron en vista al momento de ser decretada<sup>4</sup>. Contra esta decisión la defensa dedujo recurso de apelación, la que fue concedida por la Corte de Apelaciones de Concepción, dejando sin efecto la medida cautelar, y decretando su libertad inmediata.

En su pronunciamiento, la Corte consideró en primer lugar que “los antecedentes esgrimidos por los intervinientes en esta audiencia, en particular las alegaciones que formula la defensa en lo que dice relación con la ausencia del requisito material de la letra a) artículo 140 del Código Procesal Penal son, a juicio de esta Corte, insuficientes para desvirtuar la existencia de antecedentes que justifican la existencia de los delitos imputados”<sup>5</sup>, es decir, estima que en la especie concurre el supuesto material que exige la prisión preventiva.

En segundo lugar, en cuanto a la necesidad de cautela, considera que “si bien por las características, forma de comisión, número de intervinientes y penalidad asignada a los ilícitos imputados, es posible sostener que la libertad de la imputada sea un peligro para la seguridad de la sociedad, lo cierto es que la necesidad de cautela perfectamente puede ser satisfecha en este caso con medidas cautelares de menor intensidad que la prisión preventiva pero que a la postre resultan igualmente eficaces para los fines que se persiguen”<sup>6</sup>.

En tercer lugar, “la Corte ha tenido presente la obligatoriedad que resulta para los tribunales la aplicación de instrumentos internacionales de Derechos Humanos que protegen a la mujer a fin de que esta no sea discriminada y afectada en sus derechos esenciales, lo mismo que ocurre respecto de niños, niñas y adolescentes. En efecto, no es posible soslayar la circunstancia que la

7 CA. Rol N° Penal 666-2022 (Apelación), considerando 4°.

*imputada fue ingresada a prisión preventiva encontrándose embarazada, pudiendo desde esa fecha avizorarse ya la desproporción que la prisión preventiva implicaba al tenor de los bienes jurídicos protegidos y afectado por los ilícitos investigados: situación que se ha acrecentado en la actualidad con el nacimiento del hijo de la imputada en el mes de mayo recién pasado, debiendo mantenerse el lactante con su madre al interior del centro penitenciario*<sup>7</sup>. En esta línea, el Tribunal decide revocar la prisión preventiva, reemplazándola con las medidas cautelares de privación parcial de libertad en su domicilio, en modalidad nocturna, y arraigo nacional, de los literales a) y d) del artículo 155 CPP.

Es decir, si bien podría comprobarse la existencia del supuesto material del artículo 140, en contra de la mantención de la prisión preventiva existen 2 elementos: por un lado, la falta de una necesidad de cautela clara, puesto que el riesgo concreto puede ser satisfecho con otras medidas menos intensas, cuestión a la que no adentraremos puesto que demandaría otro trabajo de mayor extensión; y por otro, considera las obligaciones internacionales de instrumentos de Derechos Humanos que protegen a la mujer y a niños, niñas y adolescentes.

Si bien es loable y correcta la referencia a la normativa internacional para pronunciarse por la materia, pues bien advierte el tribunal que existen instrumentos internacionales en este sentido, se echa de menos un razonamiento más acabado, que exponga a qué normativa se refiere, y cómo éstas se aplican. En lo que sigue, intentaremos exponer brevemente los instrumentos internacionales que se pronuncian al respecto, y cómo serían aplicables a casos como éste, a modo de complemento de la reflexión de la Corte.

### 3) Estándares internacionales y deber de considerar embarazo, maternidad o cuidado de un tercero

Tratados internacionales como el CEDAW o la Convención Belém do Pará se han encargado de la protección de los derechos de las mujeres en general, sin embargo, en esta materia en particular existe un instrumento internacional específico: las Reglas de Bangkok.

Este documento reconoce aquella situación histórica en que, en una sociedad fundamentalmente patriarcal, son las mujeres quienes se han hecho responsables del cuidado de los y las niñas y adolescentes y del cuidado de terceros en general, y de la situación natural de que son quienes padecen el embarazo, con las dificultades que todo ello trae aparejadas para las mujeres condenadas o imputadas por un delito. Así, la privación de libertad y la administración de justicia ya no hace ojos ciegos a la maternidad, embarazo o cuidados de terceros que tenga una mujer, sino que, dando cuenta de ello, dispone la preferencia de otras medidas por sobre la privación de libertad<sup>8</sup>.

Así, la regla N°57 ordena que los Estados deben elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva, cuestión de que se encarga nuestro art. 155 CPP, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas. En

8 En el mismo sentido, podemos encontrar las Reglas de Tokio, que se ocupan en general del deber de los Estados de preferir medidas cautelares de menor intensidad, siempre que sean igualmente idóneas a la prisión preventiva para cautelar los fines legítimos de que se trate. Con todo, en esta materia son aplicables las reglas de Bangkok y no aquellas por la especificidad de que se trata.

el mismo sentido, la regla N°64 dispone la preferencia, cuando sea posible y apropiado, de medidas no privativas de libertad específicamente a las mujeres embarazadas y aquellas que tengan niños a su cargo, considerando imponer sentencias privativas de libertad si el delito es grave o violento, o si la mujer representa un peligro permanente, teniendo siempre presente el interés superior del niño o los y las niñas, y asegurando que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños.

Es decir, al conjugar privación de libertad con maternidad, las Reglas de Bangkok instruyen, de una parte, la consideración general de que la mujer se encuentre a cargo del cuidado de terceros, y de otra parte, en particular de que la mujer se encuentre embarazada o sea madre. En ambos casos, deberá preferirse la aplicación de una medida alternativa a la privación de libertad, que satisfaga los mismos fines para los que ésta se dispondría. Por ende, estas Reglas imponen a los Estados, y con ello a sus tribunales, la obligación de considerar esta situación de la madre, por un lado, y por el otro, el interés superior de los niños y las niñas y las condiciones apropiadas para su cuidado.

Entre nosotros, el art 155 CPP ha venido a dar cumplimiento a aquellas obligaciones internacionales -tanto las que aquí se señalan como las que aparecen en otros documentos que escapan del objeto de análisis de este comentario- estableciendo medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, cuando se cumplan las condiciones de ésta, y siempre que aquellas medidas satisfagan los fines perseguidos por la privación de libertad sin condena. En estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales, y en particular de aquellas que imponen las Reglas de Bangkok, a la hora de decidir la aplicación de la prisión preventiva, el Tribunal deberá tener especial consideración del embarazo, maternidad o situación de responsabilidad sobre otro de la mujer imputada, y en virtud de ello dar preferencia a las medidas alternativas del art. 155 CPP siempre que satisfagan el mismo fin, conjugando siempre la protección a la seguridad de la sociedad, de la investigación o de la víctima con el interés superior de los y las niñas.

### 3.1. Obligación de los Estados de adecuar la legislación interna a los instrumentos internacionales

La sola entrada en vigencia de los tratados internacionales no es suficiente para su efectiva aplicación. La ratificación y vigencia del instrumento poco vale si no existen mecanismos para el control de su real aplicación en casos concretos.

Si bien en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República reconoce en nuestro sistema jurídico “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, esta norma no introduce un mecanismo de control que permita ajustar efectivamente las decisiones jurisdiccionales al derecho internacional. Así, la CIDH ha forjado un control destinado a “obtener la aplicación armónica del derecho vigente”<sup>9</sup>, a fin de compatibilizar la normativa interna con el derecho internacional vigente, sea a través de decisiones legislativas o jurisdiccionales. En este sentido, Nogueira enseña que:

9 ALBANESE, SUSANA (2008) El control de convencionalidad, Buenos Aires: Ediar, p.15.



**10 NOGUEIRA, HUMBERTO** (2013), “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XIX, Bogotá, p. 521.

**11** Corte Interamericana de Derechos Humanos, Almonacid Avello y otros vs. Chile, Sentencia de 26 septiembre de 2006, párrafo 124. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/almonacidarellano.pdf>

*“El juez nacional en cuanto intérprete y aplicador de corpus iuris interamericano, es llevado a conocer un contencioso antes que éste llegue a manos de la Corte Interamericana. Por tanto, respondiendo a los medios invocados por las partes, deberá considerar en lo pertinente la CADH y el corpus iuris interamericano, debiendo realizar una interpretación de éste, considerando la jurisprudencia de la CIDH, si existe, sobre la materia. El no hacerlo implica el riesgo de la condena del Estado parte por violación de derechos humanos, siendo el acto responsable de tal vulneración el de un tribunal nacional.”<sup>10</sup>*

Asimismo, la CIDH en el caso Almonacid Avello y otros vs. Chile, el año 2006 señalaba que:

*“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación del mismo que ha hecho la Corte Interamericana.”<sup>11</sup>*

Ello significa que, para la real aplicación de la normativa internacional vigente los tribunales tienen no sólo la facultad de interpretar las normas internas en conformidad con el derecho internacional, sino que tienen deber de hacerlo. Para el efectivo cumplimiento de esta obligación internacional que pesa sobre los y las juezas como representantes del Estado, éstos deben exponer en su razonamiento la interpretación y aplicación del derecho internacional.

#### 4) Reflexiones finales

La decisión de la Corte de Apelaciones de Concepción es un buen paso que debiera funcionar de guía para otras Cortes de Alzada a lo largo del país, y ciertamente para los Tribunales de Garantía a la hora de enfrentarse a la decisión de adopción de la prisión preventiva, dando preferencia a otras medidas alternativas como las que ofrece el art 155 CPP.

Con todo, se echa de menos en este pronunciamiento una reflexión más detallada sobre las reglas internacionales que motivan su decisión. Si bien parece apuntar a efectuar el control de convencionalidad respecto de la normativa nacional, que nada dice sobre la aplicación de la prisión preventiva a madres y embarazadas, reconociendo de manera amplia la aplicación de instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en mi opinión aquello no es suficiente, sino que se hace necesaria la exposición del razonamiento concreto, que responda a qué instrumento internacional alude, y cómo lo interpreta y aplica para el efectivo control. De otro modo, se torna difusa la diferencia entre el ajuste del derecho nacional a los tratados internacionales y una interpretación arbitraria del derecho interno.

En concreto, me parece que en este caso se da aplicación a las siguientes normas de derecho internacional: en general se da aplicación al artículo 7 de la Convención Belém do Pará al perseguir un fin de erradicación de la violencia contra la mujer, en una dimensión sistemática, toda vez que la aplicación de privación de libertad sin condena a madres y embarazadas sin consideración de su situación particular hace ojos ciegos a la violencia de género que ejerce el Estado en contra de ellas, aparentando que no existieran diferencias entre hombres y mujeres que se enfrentan el sistema de justicia criminal. Luego, de la aplicación particular de las Reglas N°57 y 64 de las Reglas de Bangkok resulta que en su motivación para decretar la medida, el Tribunal debe tener en especial consideración la situación de embarazo, maternidad o cuidado respecto de un tercero que tenga la mujer imputada, y en vista de ello preferir siempre que sea posible la aplicación de medidas alternativas, así como en este fallo la Corte ha preferido la aplicación de la privación de libertad nocturna, en el domicilio de la imputada y arraigo nacional.

La construcción de un razonamiento pormenorizado que adopte las normas que el Derecho Internacional ha introducido, podría ofrecer un desarrollo doctrinario y jurisprudencial más acabado, que nos lleve a un mayor y mejor cumplimiento de aquellas obligaciones, por un lado, y de una cultura jurídica de respeto a los derechos de las mujeres en general, y las madres en particular, por otro, contribuyendo además a la solidificación de estándares razonables de aplicación de la prisión preventiva. Consideramos que ello sería no sólo positivo, sino necesario, toda vez que existiendo la lamentable situación de que nuestros Tribunales no consideren estas obligaciones internacionales, se torna importante verter esfuerzos en construir una reflexión detallada de la aplicación de estas normas, que sirva de material pedagógico para juristas y otros tribunales, y así masificar su aplicación.

## Bibliografía citada

**ALBANESE, SUSANA** (2008). "El control de Convencionalidad". Buenos Aires: Ediar.

**GENDARMERÍA DE CHILE** (2020). "Compendio estadístico", disponible en [https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio\\_Estadistico\\_Penitenciario2020.pdf](https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio_Estadistico_Penitenciario2020.pdf) [fecha de consulta: 21 de enero de 2023].

**LARROULET, PILAR, DROPELMANN, CATALINA, DAZA, SEBASTIÁN, DEL VILLAR, PALOMA Y FIGUEROA, ANA** (2021), "Reinserción, Desistimiento y Reincidencia en Mujeres Privadas de Libertad en Chile". Santiago, Centro de Estudios Justicia y Sociedad. Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile.

**NOGUEIRA, HUMBERTO** (2013). "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XIX, Bogotá.

## jurisprudencia citada

**JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN, 23 DE JUNIO DE 2022, RIT 12534-2021, "MINISTERIO PÚBLICO C/ BRIAN ALEXANDER CID VALLEJOS"** (delito de Robo en lugar habitado o destinado a la habitación y receptación de vehículos motorizados)

**CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 1 DE JULIO DE 2022, ROL PENAL 666-2022, "MINISTERIO PÚBLICO C/ BRIAN ALEXANDER CID VALLEJOS"** (Recurso de Apelación).

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ALMONACID AVELLO VS. CHILE, SENTENCIA DE FECHA 26 DE SEPTIEMBRE DE 2006. DISPONIBLE EN [HTTPS://WWW.CORTEIDH.OR.CR/TABLAS/FICHAS/ALMONACIDARELLANO.PDF](https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/almonacidarellano.pdf)**

## Normativa citada

**ONU: ASAMBLEA GENERAL, REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS RECLUSAS Y MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD PARA LAS MUJERES DELINCUENTES** (Reglas de Bangkok).

# Procedimiento monitorio civil chileno, un análisis comparativo

*Chilean civil admonitory proceedings, a comparative analysis*

---

## Nota estudiantil

---

MARTÍN FREITTE SANDOVAL\*

---

\* Alumno de quinto año de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ayudante del Departamento de Derecho Procesal Civil de la misma casa de estudios. Correo: martin.freitte@pucv.cl

**Resumen:** Este trabajo se enmarca en la novedad que es el procedimiento monitorio en nuestra legislación nacional. Comprendiendo el origen de esta institución se realizará una comparación con los sistemas que la han inspirado y se cuestionará si realmente la propuesta de nuestra reforma procesal civil cumple con la concepción del procedimiento en sí mismo. Realizando las apreciaciones pertinentes al Proyecto de Código Procesal y la Ley sobre Arrendamiento de Predios Urbanos, y a su vez observar si realmente tiene sentido su aplicación como remedio al exceso de causas civiles.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Procesal, Procedimiento Monitorio Civil, Reforma Procesal Civil, Ley de Arrendamiento de Predios Urbanos.

**Abstract:** *This paper focuses on the novelty that is the payment order procedure in our national legislation. Understanding the origin of this institution, a comparison with the systems that inspired it will be realized and the proposal of civil procedure reforms will be questioned, if it really accomplishes the conception of the procedure itself. Performing the relevant insights to the Project of Procedural Code and the Law of Lease of Urban Land, also observing if it really makes sense their application up as a remedy to the excess of civile causes.*

**KEYWORDS:** *Procedural law, Payment Order Procedure, Civil Procedure Reform, Law of Lease of Urban Land.*

## Sumario

1. Introducción al procedimiento monitorio; 2. Análisis comparativo de la legislación monitoria en Chile; 3. Problemas en el ejercicio de la acción monitoria; 4. Conclusiones.

### 1) Introducción al procedimiento monitorio.

Dentro de las propuestas que entrega el legislador para nuestra reforma procesal civil del año 2012 –a partir de este momento, PCPC– y que hemos esperado desde entonces se encuentra el proceso monitorio, el cual tiene como objeto otorgar una tutela judicial en aquellos supuestos donde haya un incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor y el acreedor no tenga a su disposición un título ejecutivo para así dirigirse a la vía ejecutiva de manera directa. Sin embargo, es plausible preguntarse si la propuesta que se encuentra en aras de tramitación hace ya una década sigue o no la línea del derecho comparado en que se inspira, y en este sentido es válido realizarse diversas preguntas al respecto. Para ello he de introducir la siguiente interrogante: ¿Qué tan “monitorio” es este procedimiento en nuestra futura legislación?

Antes de ahondar en lo que respecta al análisis de la propuesta se debe iniciar en la base del procedimiento en sí mismo, en un primer sentido he de esclarecer “¿A qué nos referimos con procedimiento monitorio?”. Según Rayo: “El procedimiento monitorio es un proceso jurisdiccional declarativo de condena, especial y plenario que tiene por objeto ofrecer una protección rápida y eficiente del crédito dinerario y que encuentre su fundamento en causas en que aparentemente no existe controversia acerca de la existencia y exigibilidad de la pretensión, sino mera reticencia al pago”<sup>1</sup>. De este concepto se extrae lo esencial del monitorio, siendo en sus caracteres un proceso declarativo, especial y plenario, que sea rápido, eficiente y donde no haya controversia aparente.

En este sentido, se destaca que este es un procedimiento que protege a aquellos acreedores que no tienen en su poder un título ejecutivo para respaldar su crédito, así no teniendo que enfrentar los costos asociados a un procedimiento declarativo de carácter ordinario<sup>2</sup>. Pero aquí es donde se debe revisar si realmente se respeta aquel carácter de protección al acreedor, si nuestra legislación –actual y futura– se adecúa a esta idea en que el futuro demandante pueda acceder a este procedimiento monitorio o si bien seguirá rigiendo la máxima “*nulla executio sine titulo*” que acarreamos de la legislación procesal española<sup>3</sup>. Para ello hemos de, en primer lugar, observar los diversos modelos que han recogido este nuevo proceso declarativo, desde las legislaciones europeas que han sido fruto constante de inspiración, así como los ejemplos más cercanos dentro del continente quienes le han estado dando uso en la actualidad.

Previo a iniciar un análisis comparativo con el procedimiento monitorio comparado, se debe hacer la salvedad siguiente: en el mensaje del PCPC se previene de la existencia de diversas reglas del sistema monitorio entre los distintos ordenamientos jurídicos, y aquí el legislador no señala el haber

1 RAYO CORTÉS, FELIPE (2012), Procedimiento monitorio civil, Santiago: Editorial Metropolitana, p.23.

2 CARRIÓN GRIFFITHS, BELÉN (2022), El procedimiento monitorio en materia civil, en Núñez (director), Romero (coordinadora): Problemas actuales sobre la ejecución. VIII jornadas nacionales de derecho procesal. Santiago: Thomson Reuters pp. 317-318.

3 CARRIÓN (2022), pp. 316.

4 PÉREZ RAGONE, ÁLVARO (2019), Nuevas y viejas tendencias en el diseño del proceso monitorio: propuestas desde la experiencia comparada para un procedimiento monitorio en Argentina. Revista de Derecho Privado, N°37, p.285.

5 PÉREZ (2019), p.285.

tomado como guía a uno en particular, por lo que su comparación será en términos generales de la esencia del juicio monitorio en el derecho comparado, más que señalar si este se adecúa o no a la legislación de un país en particular. Sin perjuicio de ello, estimo necesario hablar del origen del monitorio y su concepción en el medievo, en donde se buscaba la intimación de pago sin necesidad de título ejecutivo, esto debido a la precariedad y rapidez en las transacciones<sup>4</sup>, pudiendo dar entrega de una garantía para los acreedores de la época. Luego, con posterioridad en Europa de finales del siglo XX e inicios del XXI se vio la necesidad de un procedimiento de menor cuantía en el ámbito comunitario y de un proceso transfronterizo de créditos, esto último tomando como base un proceso monitorio, el cual en términos de Pérez Ragone: “[e]l crédito dinerario líquido, exigible y no controvertido dentro del territorio de la Unión, puede ser resguardado mediante un proceso simple, sencillo y expedito”<sup>5</sup>, sin necesidad de acompañar documento alguno justificado y actualmente digitalizado. Es decir, se logra obtener de manera sencilla un título ejecutivo en la Unión Europea, sin necesidad de letrado, y permitiendo una circulación de bienes de manera más expedita.

En general, lo que se desprende de este contexto es: la necesidad de un procedimiento breve, especial, declarativo, de bajo costo y, en caso de que no se contradiga, devenga en una sentencia definitiva, y destacando que en Iberoamérica y Europa se estableció también como un apoyo a quienes no poseían título ejecutivo, estando privados de la posibilidad de recurrir a la vía ejecutiva judicial para el cumplimiento de las obligaciones debidas. Ahora bien, ya a partir de esta base se puede iniciar una comparación con lo que ha establecido nuestro legislador respecto al monitorio en nuestro anhelado proyecto.

## 2) Análisis comparativo de la legislación monitoria en Chile

En principio, se debe observar que el mensaje del proyecto de código, el cual trae consigo una apreciación de lo que es esencialmente –para el legislador– el procedimiento monitorio dicta lo siguiente: “Se trata de un procedimiento indispensable para el adecuado y eficaz funcionamiento del nuevo sistema procesal civil en tanto permite otorgar a las partes una tutela rápida y efectiva para la declaración y cobro de pequeños montos de dinero o prestaciones no documentadas o para los casos en los que el acreedor no cuente con un título ejecutivo perfecto que le permita iniciar un procedimiento ejecutivo”.

Así, en un inicio la intención del legislador es respetar lo que proviene desde el monitorio “tradicional”, es decir, el factor brevedad sigue estando presente, asimismo el carácter declarativo en los casos donde no haya título ejecutivo, entendiendo que este actúa como una alternativa al procedimiento ordinario y sumario. Ahora bien, uno podría pensar que el proceso monitorio se falla de plano, ya que el mismo en derecho comparado luego de acogida la demanda, se procede a la intimación judicial de pago, la cual solicita al actor y se realiza sin oír al requerido de pago<sup>6</sup>. Sin embargo, se

6 PÉREZ (2019), p. 289.

- 7 Art. 540 N°3 PCPC: La solicitud de que se requiera al deudor para que en el plazo de quince días pague la obligación, más los intereses y costas que correspondieren y para el caso de que el deudor no pague, o no compareciere o no formulare oposición, se le tenga por condenado al pago de la obligación reclamada, bajo apercibimiento previsto en el artículo 542

Art. 542 PCPC: Resolución en la demanda monitoria. Si el juez estima que la demanda monitoria cumple con todos los requisitos legales y en especial el contemplado en el numeral 1° del artículo 540, dictará una resolución acogiendo la demanda y ordenando que se requiera de pago al deudor para que en el plazo de quince días cumpla con su obligación, más los intereses y costas.

- 8 Art. 18-F, inciso 3°: El juez podrá desestimar la oposición y seguir adelante con el procedimiento monitorio como si ella no se hubiere verificado cuando las alegaciones o excepciones deducidas por el demandado, o los medios de prueba señalados, carecieren de fundamento plausible; o cuando los antecedentes no fueren señalados de conformidad con el inciso primero.

- 9 PÉREZ (2019), p.291

- 10 CARRIÓN (2022), pp. 338.

- 11 Sin perjuicio de ello, Carrión tomando de base lo dispuesto por Calamandrei, estima que realmente el proceso puro es el que es realmente ineficiente, debido a que el monitorio por formulario, al no requerir de prueba documental o un análisis comparativo entre los documentos del acreedor y la oposición del deudor, causa que sea más susceptible a la interposición de una excepción infundada por parte del deudor. Carrión (2022), pp. 319-320.

- 12 DELGADO CASTRO, JORDI (2015). El procedimiento monitorio civil en la Reforma Procesal Civil: ¿puro o documental?, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, vol. 6, n°3, pp. 1-23

comprende que, frente a la mera oposición de fondo por parte del demandado dentro del plazo establecido en los artículos 540 numeral tercero y 542 del PCPC<sup>7</sup> el procedimiento monitorio finaliza, y solo subsistirá la persecución del actor por vía declarativa ordinaria o sumaria, cosa que a su vez se recoge en el procedimiento monitorio previsto en la ley de arrendamiento de predios urbanos –desde ahora LAPR– en su artículo 18-F, con la diferenciación de que dicha oposición ha –o a lo menos debiera– de tener fundamento plausible<sup>8</sup>.

Además de lo anterior, se debe destacar que nuestro futuro código habla de un procedimiento monitorio que exige documentos como requisitos de la demanda monitoria, lo cual nos llevaría a pensar que en nuestro sistema se aplica un procedimiento monitorio documental y no uno puro. Según Pérez Ragone<sup>9</sup> el sistema puro se basa en una petición o formulario completo, acompañando información coherente con el crédito que se exige en la demanda, y por otro lado el documental trae esta idea de necesidad de acompañar documentos como fundamento de la acción monitoria, sin necesidad de una valoración probatoria directa – como es el caso español, francés e inclusive el colombiano—.

A pesar de lo anterior, Carrión<sup>10</sup> expone que el legislador tuvo la intención principal de un modelo puro basándose en el mensaje del código, al referirse al libro quinto respecto a los procedimientos especiales, específicamente diciendo que el monitorio es un “*procedimiento especial de naturaleza declarativa, sin base documental [...]*”. Sin embargo, toda esperanza real del monitorio como uno de sistema puro se deja de lado luego de analizar nuevamente el artículo 540 en su inciso final, al establecer expresamente que “[s]e deberá acompañar a la demanda todos los documentos que le sirvieran de fundamento”. Ahora bien, esta exigencia del documento no es exigencia de título ejecutivo, como es lo que ocurre en otros sistemas, empero, la doctrina ha criticado en términos de eficacia la implementación de la documentación de manera obligatoria en el monitorio<sup>11</sup>, esto porque, atendido el presupuesto e intención de este procedimiento, que es amparar a quienes no posean título ejecutivo, puede –teóricamente– dejar fuera a otros acreedores, incluso, dependiendo de la postura, no solo excluyendo a quienes no acompañen documento alguno, sino a quienes no prueben íntegramente la obligación debida<sup>12</sup>.

¿Qué hay de los costos del procedimiento monitorio?, En base a esto hemos de analizar las causas de incremento del precio de un procedimiento, y estas irán intrínsecamente relacionadas con su duración, complejidad y necesidad de asistencia. Si se ha establecido que es un procedimiento breve y, visto que la exigibilidad del artículo 540 PCPC es bastante baja, podríamos decir que sus costos estarán fuertemente influenciados por la necesidad –si es que la hay– de que un letrado asista jurídicamente al actor. En la Unión Europea la asistencia letrada es meramente facultativa en la etapa de la demanda, a menos que el demandante oponga una excepción, en donde ambos deberán actuar con asistencia letrada.

En nuestro sistema, a pesar de que en los requisitos de la demanda monitoria se citen los requisitos generales de la demanda en juicio ordinario, en donde se pide expresamente la firma del actor y del abogado, Carrión estima que esto no es requisito al menos para dar inicio a la acción

13 CARRIÓN (2022), pp. 332-333.

14 Cámara de Diputados, Boletín N°8197-07, "Indicaciones presentadas durante la discusión en general del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece el nuevo código procesal civil". 28-05-2021.

15 PÉREZ (2019), p. 294.

monitoria<sup>13</sup>, no solo siguiendo lo expresado con anterioridad, sino también entendiendo que el procedimiento monitorio debe ser de bajo costo para el actor, y así trayendo consigo un mayor éxito en sus pretensiones. Asimismo, se reafirma este punto tomando como base el mensaje del proyecto de nuevo código, que expresa: "[...]se pone a disposición de las partes un instrumento sencillo, ágil y rápido que, complementado con el uso y aplicación de herramientas tecnológicas, como la utilización de formularios electrónicos sencillos, permitirá acercar la justicia a los ciudadanos, facilitando el cobro de obligaciones de baja cuantía, las que hoy resultan incobrables, en razón a los altos costos y el tiempo que importa litigar en el actual sistema."

Además de lo ya expresado, dentro de las indicaciones realizadas durante la discusión en general del proyecto de nuevo código, se enunció que debiese haber excepciones al artículo 25 del PCPC –el cual establece la asistencia letrada obligatoria–, introduciendo un nuevo inciso segundo donde procedía a enumerar los casos en donde no se requeriría patrocinio de un abogado. Dentro de estos se incluye el procedimiento monitorio, pero con la salvedad de que su cuantía no ha de exceder las 40 Unidades Tributarias Mensuales, y estableciendo también que, a criterio del tribunal se pueda ordenar la asesoría jurídica necesaria basándose en el principio de igualdad de oportunidades y en los casos donde la pretensión lo requiera en base a su complejidad o si se estima que una de las partes pudiese quedar en la indefensión<sup>14</sup>.

Cabe destacar que Pérez Ragoné<sup>15</sup> critica fuertemente el monitorio argentino debido a estos últimos dos puntos, puesto que se restringe fuertemente la aplicación de este procedimiento en base a las exigencias previstas en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que no solo exige desde el inicio de la acción asistencia letrada, sino que también se sigue un modelo monitorio documentado, agregando la exigencia de que el documento que se acompañe en la demanda monitoria –es decir, se sigue un modelo documental–, sea necesariamente un instrumento público o documento con firma autorizada ante notario. Esto al profesor le parece un sinsentido, y mi opinión es perfectamente idéntica, puesto que más allá de "afianzar la ejecución" por medio de otro título ejecutivo –es decir, el documento y la sentencia monitoria–, esto es solo una pérdida de tiempo y recursos, ya que podría asistir directamente a juicio ejecutivo, llegando incluso a la conclusión de que el procedimiento monitorio argentino se vuelve totalmente irrelevante bajo esa exigencia. No así el modelo chileno que deja de lado tan irrisoria exigencia, y solo se conforma con un documento relacionado causalmente a la deuda.

### 3) Problemas al ejercicio de la acción monitoria

A pesar de que nuestro sistema no incurre en dicha praxis, estimo que es menester atender la problemática de los costos para el acreedor desde un punto de vista de la conveniencia de la acción monitoria y lo que conlleva una eventual oposición del deudor dentro de este procedimiento, lo cual deviene en una contradicción de la reforma respecto al objetivo de amparar el ejercicio de acciones declarativas las cuales no posean título ejecutivo y a



16 RAYO (2013), pp. 37-42.

17 RAYO, pp. 79-81.

18 CALAMANDREI, PIERO (1946), El procedimiento monitorio, Argentina: Ediciones Olejnik, p. 43.

19 Art. 539 PCPC: Ámbito de aplicación del procedimiento monitorio. El procedimiento monitorio sólo podrá ser utilizado para reclamar el pago de obligaciones que, no constando en un título ejecutivo, cumplan con los siguientes requisitos: [...]  
Nº3. Que la cantidad total o la evaluación de la o de las deudas cuyo cobro se solicita no exceda de quinientas Unidades Tributarias Mensuales.  
Esta limitación de cuantía no se aplicará tratándose del cobro de obligaciones de dar que consten en títulos de crédito ni de obligaciones de hacer que, constando en un documento, consistan en la suscripción de un documento o constitución de una obligación.

su vez sean de un monto inferior, lo cual causaría un desincentivo al actuar en el eventual juicio ordinario. En virtud de esto, se ha dicho que el monitorio aporta a evitar una pérdida de derechos del justiciable, en cuanto su funcionamiento, acompañado de una protección rápida, eficiente y económica del crédito, soluciona la inadmisibles situación de dejar en desamparo a los acreedores de deudas de una “menor cuantía”<sup>16</sup>.

Para ilustrar el problema en cuestión, se debe considerar que el PCPC en su artículo 548 determina que, ante la interposición de “otras excepciones” –es decir, que no sean procesales, así como tampoco ha de ser la excepción de falsedad de firma, las cuales se regulan en los artículos 546 y 547—, se declarará terminado el procedimiento, sin perjuicio de un eventual recurso de apelación ejercido por el actor. Esto termina siendo problemático para el demandante, en cuanto su opción de generar un título ejecutivo de carácter judicial se ve reducida a la interposición de un procedimiento ordinario, lo cual se traduce en una gestión inane que ha producido un gasto innecesario, atendiendo que este precepto supone una excesiva protección al deudor, aún cuando este pudiese estar controvirtiendo los hechos de mala fe<sup>17</sup>.

Inclusive, el hecho de que el legislador estime que el procedimiento monitorio se declare finalizado con la mera defensa del deudor, causaría una contradicción con los fundamentos de un sistema documental, ya que la oposición debiese a lo menos estar debidamente fundada, requisito que no recoge el PCPC. En este orden de ideas Calamandrei en su obra dicta que: “[...]mientras en el proceso monitorio puro la simple oposición del deudor basta para impedir que se opere la preclusión y, por consiguiente, para quitar toda eficacia a la inyunción, en el procedimiento monitorio documental, la eficacia de la inyunción, basada desde el inicio sobre la prueba dada por el actor, no puede desaparecer mientras en el juicio de oposición el demandado no haya, a su vez, dado la prueba de sus excepciones.”<sup>18</sup>

Esto sirve para la construcción de una crítica a la técnica legislativa utilizada en el proyecto, ya que la oposición debiera haber estado sujeta a un estándar de plausibilidad argumentativa del deudor, debido al modo en que se prevé en el procedimiento la incorporación de argumentos de hecho y derecho, además de la prueba documental necesaria solo serviría para delimitar el objeto del juicio declarativo posterior. Es más, esta situación ya tiene cabida en la actualidad, ya que el monitorio de la LAPR, que también en la teoría sigue un sistema documental, deja a disposición del tribunal el desestimar o no la oposición, y aun cuando se pueda estimar por el actor que carezca de fundamento suficiente para poner fin al procedimiento, en la práctica los tribunales han optado por acoger la excepción y declarar terminado el procedimiento, decisión susceptible de apelación por parte del demandante.

Un último punto al cual he de hacer énfasis es un requisito no contemplado con anterioridad en el modelo comparado, el cual hace referencia al límite en la cuantía de la obligación que se debe. En nuestro proyecto de código esta se establece en el artículo 539 del PCPC<sup>19</sup> dentro de los ámbitos de aplicación del procedimiento monitorio, fijándose el techo de 500 unidades tributarias mensuales. Sin embargo, hay que partir de la base que

<sup>20</sup> García, Sandra, Estudio sobre el proceso monitorio europeo, como se cita en: Carrión (2022), p.325.

<sup>21</sup> Por ejemplo, el Código Procesal Civil Alemán –ZPO– en su artículo 688 establece la admisibilidad de la demanda monitoria, y dejando de manifiesto que no habrá lugar a este en los casos de contratos de consumo que califiquen en lo dispuesto por el Código Civil arts. 492 a 504 y que su interés anual efectivo o inicial sea superior al 12%, o bien, en casos donde la notificación de la orden de pago deba realizarse mediante edictos.

<sup>22</sup> Como ejemplo de esto, se puede considerar la legislación procesal colombiana, ya que el Código General del Proceso en su artículo 419 inserta como requisitos de la demanda monitoria que la obligación objeto de la litis sea de carácter contractual, dinerario y de mínima cuantía, debiendo acompañar todo documento que demuestre la existencia de la obligación contractual, y en caso de no acompañarse, explicar si es que estos se encuentran en otro lugar, o bien si no existen soportes documentales.

<sup>23</sup> Art. 1708 Código Civil. No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.

<sup>24</sup> Para ser más específicos, en primera instancia 554,31 días, mientras que en segunda instancia 226,68 días, Cerda, Carlos, (1982) La realidad del Proceso, I. La oportunidad en el procedimiento ordinario, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 6, 72.

esto en la legislación comparada ya se encuentra en desuso, puesto que llega a ser irrelevante la cuantía del asunto que se conoce, y solo se le da importancia a la ausencia de resistencia frente a la demanda<sup>20</sup>.

Si se procede al análisis de la norma propuesta por nuestro legislador, podría pensarse que en principio se ha querido ajustar a las obligaciones de suscribir documentos de otros cuerpos legales –a las cuales me referiré más adelante–, sin embargo, debido a la gran diferencia en la exigibilidad en la cuantía, además de lo antes dispuesto en las indicaciones del proyecto, da la sensación que esta norma intenta “proteger” al deudor dentro de lo que el legislador consideraría como “una deuda de excesiva cuantía”, lo cual podría en primer lugar ir en contra de lo que esencialmente es un procedimiento monitorio, y ya en segundo lugar, tampoco tiene demasiado sentido en una comparativa con otros modelos los cuales han dejado de lado aquella exigencia, y en caso de necesitarlo, introducen otras distintas, las cuales por naturaleza no corresponderían a materia de carácter monitorio<sup>21</sup>.

Ahora bien, es necesario preguntarse si debe subsistir o no este requisito en nuestro procedimiento monitorio chileno. En lo personal considero que es criticable, pero no por ello inaudita o incomprensible, y para ello he de mencionar tres situaciones.

En primer lugar, desde la concepción del juicio monitorio se ha visto la idea de que se aplique para obligaciones de menor o mínima cuantía, siguiendo la idea de que efectivamente aquellas obligaciones de poca monta son susceptibles de no ser escrituradas –mucho menos bajo escritura pública o ante notario–, trayendo consigo implícitamente una idea de diligencia respecto de los acreedores que debieron haberla hecho constar por estos medios<sup>22</sup>. Empero, en nuestro sistema no se prevé la exigibilidad de escritura pública respecto del cumplimiento de obligaciones, sino meramente como formalidades por vía de prueba<sup>23</sup>, y en este sentido no habría un sostén legal propio del por qué se permite.

En segundo lugar, y la razón principal de por qué la cuantía como límite es algo justificable –o a lo menos en mi opinión podría poseer algún atisbo de sensatez–, tiene relación con la eficiencia del sistema civil chileno respecto al procedimiento monitorio. Si bien en la génesis del procedimiento monitorio se busca una eficiencia procedimental, donde el actor no deba realizar gastos innecesarios en juicio declarativo ordinario para llevar a ejecutar su sentencia, sobre todo en estos casos donde la cuantía del asunto es tan ínfima que resulta incongruente el buscar un título ejecutivo por medio de sentencia firme o ejecutoriada, puede que en la práctica si no se aplican filtros o restricciones el sistema se vea colapsado en causas-. Lo anterior, tendría como consecuencia que el procedimiento “eficiente” no lo sea, producto de la gran cantidad de litigios pendientes.

Al fin y al cabo, si un proceso ordinario en primera instancia puede durar más de 500 días<sup>24</sup> nada obsta que ante un colapso del sistema pueda ocurrir el supuesto en que una acción monitoria se tarde más que una declarativa común, o al menos lo suficiente como para que el actor considere una acción civil que traiga consigo consecuencias accesorias a la búsqueda del pago de la deuda. Sin perjuicio de lo anterior, esto no significa que el límite

25 NÚÑEZ, RAÚL; CARRASCO, NICOLÁS (2015) Análisis económico de la administración de justicia: ¿La justicia como bien público o privado?, Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N°2, pp. 595-596.

26 DELGADO, JORDI; VALLESPÍN, DAVID (2016), Problemas de diseño del procedimiento monitorio civil chileno. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, N°2, pp. 273-274

27 RAYO (2012), pp. 177

28 Art. 812 LEC: Casos en que procede el proceso monitorio. 1. Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, cuando la deuda se acredite de alguna de las formas siguientes: [...] Art. 688 ZPO: Admisibilidad. A requerimiento del peticionario se emite una orden de pago, sobre la base de una pretensión que tenga por objeto el pago de una determinada suma de dinero en euros. [...]

superior sea la solución a todos los problemas, ya que el monitorio creo es propenso a causar un colapso, debido a que tampoco posee límite inferior o de entrada a la causa. Y desde una perspectiva del análisis económico, puede ocurrir que frente a la alta demanda del sistema se cause una ineficiencia judicial, entendiendo que una cantidad grosera de procedimientos monitorios, los cuales no son costosos para las partes, pueden serlo para el órgano jurisdiccional<sup>25</sup>.

En tercer lugar, debido a la naturaleza del procedimiento monitorio, se fija una condena al inicio del procedimiento, la cual es *inaudita altera pars*, y esto podría afectar eventualmente la garantía a un debido proceso. Empero, dicha crítica se ha desvirtuado por Delgado y Vallespín<sup>26</sup>, determinando que solo se profundiza la carga de la defensa, sin alterar las posibilidades formales como materiales, asimismo Rayo<sup>27</sup> estima que este carácter de resolución ex parte es esencial del procedimiento monitorio y no hay una vulneración real al principio de bilateralidad de la audiencia, puesto que el demandado monitorio tiene la posibilidad de oponerse frente al requerimiento de pago, que en sí mismo no es una sentencia definitiva, sino “una resolución de ordenación de contenido estrictamente procedimental, que podrá mutar o permitir la dictación de una posterior sentencia definitiva de condena”, la cual estará siempre supeditada al actuar del deudor.

En suma, el límite superior de acceso referente a la cuantía de la obligación tiene sentido en relación con la menor merma posible que pueda sufrir el demandado frente a una eventual indefensión o rebeldía. Se entiende que nuestro sistema procesal ha de resguardar de manera prudente los derechos que trae aparejado el debido proceso, mas es irreal pensar que no existan supuestos en que una de las partes se vea afectada en alguno de estos, y ahí es cuando esta idea de “limitar” los daños que pueda sufrir el deudor en su rebeldía cobre sentido. Empero, en puntos anteriores ya me he referido a la necesidad de documentación de la deuda por sobre un sistema puro, y entendiendo que la idea principal del monitorio ha sido resguardar el derecho del acreedor frente al no pago de la deuda que carece de título ejecutivo, entonces esta limitación en la cuantía –al menos en su rango superior– da más bien la idea de estar otorgándole una protección extra a aquellos deudores que incluso de manera dolosa se encontrarían en mora con sus acreedores.

Respecto a las materias que son susceptibles de ser tramitadas por un procedimiento monitorio, el legislador chileno no es ajeno a las directrices comparadas, e incluso se puede estimar que ahonda en lo propuesto por los sistemas europeos. Si atendemos a la admisibilidad de la acción, veremos que nuestro PCPC atiende a las obligaciones de dar de carácter dinerario y a las obligaciones de hacer cosa determinada, siempre y cuando en el caso de las primeras estas sean líquidas o liquidables, y en general, que lo adeudado pueda ser exigible por el acreedor –obligaciones vencidas, actualmente exigibles y con acción no prescrita–.

En una comparativa de la admisibilidad de la acción, podemos dirigir la mirada a la Ley de Enjuiciamiento Civil española y al Código Procesal Civil alemán, donde el requisito común de admisibilidad es el mismo, solo debe tratarse de una obligación de dinero<sup>28</sup>. Esto evidentemente no ocurre en nuestro futuro cuerpo legal, al estimar que efectivamente se

29 DELGADO, JORDI; MORALES, PAULA, (2016) Problemas de diseño del monitorio civil chileno: lecciones para compartir. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana, Vol.46, N°125, p. 338.

30 ABELLIUK, RENÉ, (2009) Las obligaciones, Tomo I, 5ta Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile pp.369-375

31 V.V.A.A. (2012): Diseño de un modelo de Oficial de ejecución. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Disponible en: <https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Diseño-de-un-Modelo-Oficial-de-Ejecucion.pdf> [fecha de visita 05 de Julio de 2023].

32 NÚÑEZ, RAÚL (2005) Crónica sobre la reforma al sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios). Revista de Estudios de la Justicia, N°6, p. 188.

puede iniciar la acción cuando el deudor no ha cumplido una obligación de hacer y no se tiene un título ejecutivo. Sin embargo, nuestro legislador pudo haber sido más generoso en este apartado, ya que nada obsta que hubiera podido ampliarse a otro tipo de obligaciones, como es el caso de las obligaciones de dar, las cuales son consideradas en conjunto de diversos supuestos de obligaciones de hacer en el Código General del Proceso de Colombia y el Código General del Proceso de Uruguay<sup>29</sup>.

A pesar de lo expresado, el legislador en la ley 21.461 de 2022 que modifica la ley 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, establece el procedimiento monitorio para el cobro de rentas de arrendamiento y restitución consecuencial del bien en cuestión. Este último punto es significativo, ya que el artículo 18-K establece que el procedimiento monitorio se aplicará a las acciones de comodato precario que persigan la restitución del inmueble y a la acción de precario del 2195 del CC. Entonces, a pesar de que el legislador ha establecido que el monitorio tiene aplicabilidad solamente en obligaciones de hacer y obligaciones de dinero, este precepto actúa como excepción a la norma general, puesto que considera la entrega material del bien inmueble, la cual según la doctrina civilista corresponde efectivamente a una obligación de dar<sup>30</sup>, y da a entender que los requisitos del PCPC son una generalidad que puede ser obviada, siempre y cuando haya una ley especial que permita acceder a esta vía declarativa.

Ya para finalizar esta serie de críticas, considero necesario el repensar el hecho de que el monitorio se estime como un proceso que permita alcanzar una descongestión del sistema, así como la idea de que permita que los acreedores se vean en su mayoría, amparados bajo el derecho a una tutela judicial efectiva, cosa que recoge el informe realizado en 2012, donde se estima que la reforma debe atender no solo a agilizar los procedimientos, sino también a que los tribunales se centren en su función de juzgar, y no tanto a labores administrativas<sup>31</sup>.

Todo esto apunta a que este procedimiento especial debiera causar una descongestión ingente frente a la cantidad de causas, cosa que se ha atendido en este trabajo, empero, si algo se puede sacar a colación, sobre todo en relación con la admisibilidad de las excepciones que pueden esgrimirse por la contraparte, es que al fin y al cabo este procedimiento más que un aporte acaba como un perjuicio al embotellamiento de las causas que reciben nuestros tribunales civiles. Para comprender esto, se debe considerar que un juicio monitorio siempre será eficiente –al menos en su concepción, considerando que su duración acotada, el método de creación de título ejecutivo *ex parte* y la posibilidad de comparecer sin asistencia de letrado causan una reducción de costos para el acreedor, así como para el tribunal<sup>32</sup>– cada vez que el deudor no ejerza su derecho a defensa, ya que si emite cualquier especie de excepción de fondo, se anulará la sentencia de pago y el demandante solo tendrá a disposición la vía ordinaria.

Frente a esto, y a lo que se ha expresado con anterioridad en estas páginas, es plausible comprender que el número frente al cual estos procedimientos sean fructíferos para el acreedor sean bastante limitados, considerando a su vez que la tramitación posterior del procedimiento declarativo –ordinario o sumario– no se tramita como continuación del fallido monitorio, sino que se requiere un nuevo proceso, lo que se traduce en una

33 Art. 18-F LAPR. - Dentro del plazo legal, el deudor requerido podrá formular, por escrito, oposición a la demanda monitoria, y señalará los fundamentos de hecho y de derecho de las alegaciones y excepciones que opone. En su escrito, el deudor deberá acompañar los documentos e indicar todos los demás medios de prueba de que se valdrá en el juicio declarativo posterior. En el nuevo procedimiento no podrá producir ni ofrecer otros medios de prueba, salvo las excepciones legales.

carga extra de costos para el demandante, así como un trabajo mayor para los tribunales. Este es un problema existente tanto en la reforma procesal civil, así como en la LAPR, ya que la única continuidad que se prevé en general es una limitación a los medios de prueba de los que se valdrá el demandado en el futuro procedimiento sumario respecto al monitorio previsto en la aludida ley<sup>34</sup>.

#### 4) Conclusiones

El procedimiento monitorio en nuestra legislación procesal civil trae consigo un aporte sustancial a la protección del acreedor falto de título ejecutivo para perseguir la ejecución de manera directa, o bien falto de recursos monetarios para poder iniciar y mantener un procedimiento declarativo ordinario de larga duración. En cuanto a lo que es su inspiración legislativa se observa que intenta tomar los puntos más característicos y fuertes de otros sistemas, buscando el amparo de su crédito, así como un respeto a la garantía de tutela judicial efectiva e intentando descongestionar la cantidad de litigios de larga duración que reciben nuestros tribunales con competencia civil.

Queda de manifiesto que nuestro sistema procesal civil en cuanto a lo que procedimiento monitorio se refiere, puede acercarse a diferentes supuestos, y así como nuestro legislador ya ha manifestado interés en ello al permitir su aplicación a obligaciones de dar distintas de la entrega de crédito dinerario y a diversas obligaciones de hacer –al menos en la LAPR–, es plausible pensar que nuestro sistema podría ir más allá de lo que proponen los sistemas comparados europeos, siguiendo los ejemplos más cercanos como Colombia o Uruguay.

Es evidente que estamos frente a un sistema que en papel aporta radicalmente a nuestro sistema procesal civil, y de poder ampliar el ámbito de aplicación de este mismo y efectivamente realizar un cambio significativo en la descongestión de nuestro órgano jurisdiccional en materias civiles, no quedaría duda alguna de que tendríamos ante nuestros ojos al tan aclamado “procedimiento estrella” de Europa. Quizá incluso a una versión modestamente mejor, inspirada fuertemente en las legislaciones comparadas, pero atendiendo a las necesidades de nuestro órgano y sociedad usuaria del sistema.

Sin embargo, no se puede negar que, aunque el ideal de obtener una justicia eficiente, económica y eficaz es noble cuanto menos, su praxis –actual y eventual– se ve comprometida por diversas situaciones que el legislador en esta ocasión no pudo prever, y que espero que puedan considerarse en caso de que el proyecto, ya a diez años de su creación, vea la luz al derecho aplicable y logre cumplir las aspiraciones a las que apuntó en su génesis.

## Referencias bibliográficas

- ABELLIUK, RENÉ** (2009) "Las obligaciones" (Tomo I, 5ta Edición). Editorial Jurídica de Chile
- CALAMANDREI, PIERO** (1946), "El procedimiento monitorio". Argentina: Ediciones Olejnik, p. 43
- CARRIÓN GRIFFITHS, BELÉN** (2022), "El procedimiento monitorio en materia civil", en Núñez (director), Romero (coordinadora): "Problemas actuales sobre la ejecución. VIII jornadas nacionales de derecho procesal". Thomson Reuters.
- CERDA, CARLOS** (1982) "La realidad del Proceso, I. La oportunidad en el procedimiento ordinario", Pontificia Universidad Católica de Chile
- DELGADO, JORDI**. "EL PROCEDIMIENTO MONITORIO CIVIL EN LA REFORMA PROCESAL CIVIL: ¿PURO O DOCUMENTAL?", **REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA, VOL. 6, N°3**
- DELGADO, JORDI; MORALES, PAULA** (2016), "Problemas de diseño del monitorio civil chileno: lecciones para compartir". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana
- DELGADO, JORDI; VALLESPÍN, DAVID** (2016), "Problemas de diseño del procedimiento monitorio civil chileno". Revista de Derecho Universidad Católica del Norte
- NÚÑEZ, RAÚL** (2005) "Crónica sobre la reforma al sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios)". Revista de Estudios de la Justicia
- NÚÑEZ, RAÚL; CARRASCO, NICOLÁS** (2015) "Análisis económico de la administración de justicia: ¿La justicia como bien público o privado?", Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N°2
- PÉREZ RAGONE, ÁLVARO** (2019), "Nuevas y viejas tendencias en el diseño del proceso monitorio: propuestas desde la experiencia comparada para un procedimiento monitorio en Argentina". Revista de Derecho Privado, N°37
- RAYO CORTÉS, FELIPE** (2012), "Procedimiento monitorio civil", Editorial Metropolitana.
- V.V.A.A.** (2012): Diseño de un modelo de Oficial de ejecución. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Disponible en: <https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Diseno-de-un-Modelo-Oficial-de-Ejecucion.pdf> [fecha de visita 05 de Julio de 2023]

## Referencias normativas

- PROYECTO DE LEY DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL** (Marzo 2012)
- CÁMARA DE DIPUTADOS, BOLETÍN N°8197-07, "INDICACIONES PRESENTADAS DURANTE LA DISCUSIÓN EN GENERAL DEL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE ESTABLECE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL"**. (Mayo 2021)
- CÓDIGO CIVIL** (diciembre 1855)

**LEY 21.461: INCORPORA MEDIDA PRECAUTORIA DE RESTITUCIÓN ANTICIPADA DE INMUEBLES Y ESTABLECE PROCEDIMIENTO MONITORIO DE COBRO DE RENTAS DE ARRENDAMIENTO.** (Junio 2022)

**LEY 18.101: FIJA NORMAS ESPECIALES SOBRE ARRENDAMIENTO DE PREDIOS URBANOS** (enero 1982)

**ZIVILPROZESSORDNUNG** (diciembre 2005)

**LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL** (enero 2000)

**CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO** (julio 2012)

**CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO URUGUAYO** (Octubre 1998)

# Caso “Mi Bebito Fiu Fiu”: breve exposición de la acción civil por infracción a la ley 17.336 sobre Derechos de Autor

“Mi Bebito Fiu Fiu” Case Study: a brief exposition regarding the civil action that could be filed pursuant to law 17.336 (Chilean Copyright Law)

Comentario

ESTEBAN ORHANOVIC DE LA CRUZ \*

\* **ABOGADO** de la Pontificia Universidad Católica de Chile, con diplomado en Propiedad Intelectual cursado en la misma casa de estudios. Actualmente asociado en el área de Propiedad Intelectual del estudio jurídico Albagli Zaliansnik.

**Resumen:** El presente artículo tiene por fin analizar, de forma breve y sucinta, la situación jurídica de la canción “Mi Bebito Fiu Fiu” que ha sido popularizada recientemente en redes sociales y que está basada en una canción de unos conocidos cantantes internacionales, desde la óptica de la ley 17.336 de Derechos de Autor en Chile, analizando cómo se encuadra esta situación en nuestra legislación. Luego ahondaremos en las particularidades procesales y consideraciones prácticas que tendría una eventual acción civil ejercida al amparo de esta ley por estos autores para perseguir la responsabilidad por infracción a los Derechos de Autor.

**PALABRAS CLAVES:** Derechos de Autor, Excepción de Parodia, Acción Civil de la Ley 17.336.

**Abstract:** This article contains a brief exposition of the legal situation of the song “Mi Bebito Fiu Fiu” that has been popular in social media in recent months, and which constitutes a derivative work of a song by famous international artists, from the view of Law 17.336 -which is the Copyright Law in Chile-, and afterwards it delves into the procedural aspects of an eventual civil action that could be filed by said authors before Chilean courts, in order to claim damages for an alleged copyright infringement, pursuant to the abovementioned Law 17.336, emphasizing in some practical aspects of the procedure.

**KEY WORDS:** Copyright, Exception of Parody, Civil Action pursuant to Law 17.336.





## Sumario

1. Introducción; 2. Aspectos jurídicos relevantes en relación con los Derechos de Autor en Chile; 3. Consideraciones procesales sobre una eventual acción a ejercer; 4. Consideraciones finales.

### 1) Introducción

Todo un éxito en popularidad ha sido la canción “*Mi Bebito Fiu Fiu*” en redes sociales, hasta el punto de ser referenciada por conocidos cantantes e *influencers*. No obstante, se basa en la melodía y base de la canción “*Stan*” de Eminem y Dido (la que a su vez contiene un *sample* de la canción “*Thank You*” de Dido).

Esto ha generado todo un debate sobre la situación legal de esta canción<sup>1</sup>, y el objeto del presente artículo es ofrecer un brevísimo análisis sobre esto, desde una mirada jurídica a la luz de la regulación de Derechos de Autor en Chile, y la forma en que debería reclamarse judicialmente una eventual infracción a esta regulación.

### 2) Aspectos jurídicos relevantes en relación a los Derechos de Autor en Chile

En primer lugar, debemos señalar que “*Mi Bebito Fiu Fiu*” fue realizada en Perú por el productor musical Tito Silva (quien trabaja también bajo el nombre “*Tito Silva Music*”). ¿Tendría la obra protección en Chile? Pues claro que sí, por la aplicación del *principio del trato nacional* contenido en el Convenio de Berna, del que Chile y Perú son parte, y recogido en el artículo 2° de la Ley 17.336 sobre Derechos de Autor (la “*Ley de Derechos de Autor*”). Esto hará que la obra se proteja en nuestro país, sin perjuicio de que no haya sido creada en el mismo, y pesar de que su autor no sea chileno ni domiciliado en el territorio nacional. Del mismo modo, tanto el productor de la grabación (“*fonograma*”, en términos legales<sup>2</sup>) como los intérpretes (la cantante, el baterista, el guitarrista, etc.) gozarán de Derechos Conexos.

Por otro lado, en cuanto a la canción, de conformidad a la Ley de Derechos de Autor, ésta se considerará una obra derivada cuyo titular sería Tito Silva Music, pero solo en la medida que hubiera contado con la autorización de Eminem y Dido, según dispone el artículo 9° de la Ley de Derechos de Autor, en relación con el artículo 19° (más bien, en rigor, la autorización de quien sea el titular de los Derechos de Autor patrimoniales sobre la canción “*Stan*”, porque pueden ser que estos autores los hayan cedido a algún tercero).

En efecto, Tito Silva Music ha realizado una adaptación de la canción “*Stan*”, facultad que constituye uno de los Derechos Patrimoniales exclusivos y privativos de que goza el Titular de Derechos de Autor sobre una Obra Intelectual (“*Adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción*”) según lo prescribe el artículo 18° de la

<sup>1</sup> <https://www.infobae.com/america/peru/2022/07/09/mi-bebito-fiu-fiu-el-viral-de-tito-silva-music-que-paso-de-ser-tendencia-mundial-a-ser-retirado-por-temor-a-una-possible-demanda-millonaria/>

<sup>2</sup> La Ley de Derechos de Autor define el concepto de “Fonograma” en el artículo 5° letra m), como: “toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos.”

Ley de Derechos de Autor (los otros derechos exclusivos son la publicación y comunicación pública, la ejecución pública, la distribución y la reproducción), y para poder haber utilizado la canción “Stan” válidamente (en este caso, para adaptarla, en el sentido de tomar su melodía y base, y darle otra letra) Tito Silva Music debe haber contado con la autorización expresa de su titular. De lo contrario, se estaría incurriendo en una infracción.

Es un hecho de la causa que Tito Silva Music realizó la adaptación sin la autorización correspondiente, por lo que estaría sujeto a la responsabilidad civil y penal contemplada en la Ley de Derechos de Autor. No obstante, la hipótesis de infracción se enervaría si la adaptación no autorizada pudiera encuadrarse dentro de algunas de las excepciones que contempla nuestra legislación, las cuales autorizan el uso de una obra protegida sin requerir la autorización del titular. En este contexto, Tito Silva ha declarado: “Nosotros sabemos que detrás hay un tema que estamos agarrando una canción que ya existe y es conocida, que se llama ‘Stan’, pero es una parodia y, según las leyes, espero no estar equivocado, porque si no ahí me van a matar, es totalmente legal y lícito hacer parodias de canciones sin necesidad de un permiso”<sup>3</sup>.

Y en efecto, al menos desde el punto de vista chileno, no estaba equivocado: nuestra Ley de Derechos de Autor contempla la excepción de parodia en su artículo 71 P: “Será lícita la sátira o parodia que constituye un aporte artístico que lo diferencia de la obra a que se refiere, a su interpretación o a la caracterización de su intérprete.”

Desgraciadamente, la aplicación de esta excepción es bastante cuestionada y debatida tanto a nivel académico como en cuanto a su aplicación práctica, por cuanto la ley requiere que la parodia constituya un “aporte artístico” que lo diferencie de la obra originaria. Este requisito en cierto modo atenta contra uno de los principios rectores en materia de Derechos de Autor, cual es que no se debe juzgar la calidad o nivel de una obra intelectual para otorgarle protección legal sino que ésta se concede en la medida que la obra represente una expresión original. Esto nos lleva a tener que responder la siguiente pregunta para ver si podrá operar entonces esta excepción legal: ¿Es “Mi Bebito Fiu Fiu” una imitación burlesca que importa un aporte artístico que lo diferencia de la canción “Stan”?

Si bien estaría claro su carácter de parodia y/o sátira<sup>4</sup>, ya que la letra de la canción está basada en la filtración de una supuesta conversación privada de un político peruano, y se construye sobre esta narrativa con fines de sátira, no es tan pacífico el determinar si realmente importa un “aporte artístico”, dada la subjetividad de este término.

Así, finalmente todo quedaría en manos del juez o de la jueza que conociera de este asunto, a quien le correspondería interpretar la norma y determinar, de forma fundamentada de acuerdo a la prudencia y la evidencia presentada por las partes, si hay o no aporte artístico a efectos de dar por válidamente aplicada la excepción de parodia, o, por el contrario, declarar que no ha aplicado y que por consiguiente ha habido infracción a los Derechos de Autor por parte de Tito Silva.

Otro tanto podría decirse respecto a los Derechos Morales de Eminem y Dido, quienes podrían sentirse afectados o vulnerados en su honra o repu-

3 <https://www.infobae.com/america/peru/2022/07/09/mi-bebito-fiu-fiu-el-viral-de-tito-silva-music-que-paso-de-ser-tendencia-mundial-a-ser-retirado-por-temor-a-una-posible-demanda-millonaria/>

4 La Real Academia define “parodia” como “imitación burlesca” y “sátira” como “composición en verso o prosa cuyo objeto es censurar o ridiculizar a alguien o algo”. Así, “Mi Bebito Fiu Fiu” podría caer dentro de ambas definiciones, en caso de cumplirse el mencionado requisito del aporte artístico.

tación al ver que se ha realizado una “*deformación*” de su obra (término utilizado por el art. 14°) con fines de sátira política.

En atención a estas consideraciones es que, por prudencia, Tito Silva Music habría bajado la canción de su canal oficial y de plataformas de *streaming*, sin perjuicio de las miles de reproducciones que circulan en la red y en todo el mundo.

### 3) Consideraciones procesales sobre una eventual acción a ejercer

Ahora bien, bajo el supuesto de que Eminem y Dido efectivamente decidieran demandar a Tito Silva Music ante tribunales chilenos, ¿qué acción debería ejercer?

En este respecto, el artículo 85 B de la Ley de Derechos de Autor dispone que el titular podrá solicitar lo siguiente: (a) el cese de la actividad ilícita del infractor; (b) la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados; y/o (c) la publicación de un extracto de la sentencia, a costa del demandado, mediante anuncio en un diario de circulación comercial de la Región correspondiente, a elección del perjudicado.

La Ley de Derechos de Autor no indica si estas acciones pueden deducirse en conjunto o no, por lo que las reglas procesales generales deberían aplicarse: al emanar del mismo hecho (cual sería la adaptación no autorizada de la canción “*Stan*”) y no siendo incompatibles, se admite perfectamente que se entablen en forma conjunta, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil (“*En un mismo juicio podrán entablarse dos o más acciones con tal que no sean incompatibles*”). Así las cosas, Eminem y Dido podrían deducir una demanda ante un juzgado de letras.

En cuanto a la tramitación de este procedimiento, el artículo 85 J dispone que “*el juez de letras en lo civil que, de acuerdo a las reglas generales conozca de los juicios a que dé lugar la presente ley, lo hará breve y sumariamente.*” Esto significa, por aplicación del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil<sup>5</sup>, que la acción civil se tramitará de conformidad con las reglas del procedimiento sumario contenido en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, ofreciendo entonces la posibilidad de tramitar estas acciones de una forma más eficaz y concentrada, teniendo un procedimiento que en la práctica –si bien toma un tiempo en llegar a una sentencia firme y ejecutoriada– es mucho más rápido en comparación al procedimiento ordinario.

En cuanto a la prueba que sería requerida, estimamos que los puntos de prueba más probables a acreditar por los actores serían: (i) la efectividad de que Eminem y Dido son los titulares de la canción “*Stan*”, (ii) que Tito Silva ha incurrido en la infracción –adaptar la canción sin autorización–, y (iii) que la adaptación se ha estado reproduciendo en redes sociales, y aquí podría producirse un problema probatorio, ya que a diferencia de lo que pasa en materia de Propiedad Industrial (en que la prueba se valora según las normas de la sana crítica, y se admite cualquier medio de prueba, esté o no regulado en la ley, salvo testigos), en materia de Derechos de Autor

5 Dicho artículo dispone: “El procedimiento de que trata este Título se aplicará en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz. Deberá aplicarse, además, a los siguientes casos: 1° A los casos en que la ley ordene proceder sumariamente, o breve y sumariamente, o en forma análoga; (...)”

rigen los principios tradicionales del procedimiento civil chileno, por lo cual la prueba se apreciará de forma legal o tasada, según los parámetros que para cada medio de prueba fija el Código de Procedimiento Civil, y solo se admiten los medios de prueba que contempla éste cuerpo normativo. En ese contexto entonces, sería difícil acompañar el fonograma de “Stan” y el de “Mi Bebido Fiu Fiu” en el proceso, ya que sería complejo encuadrarlo dentro de alguno de los medios contemplados en el Código de Procedimiento Civil. ¿Qué habría que hacer entonces? Probablemente se tendrían que acompañar las partituras de ambas canciones, de tal forma de evidenciar que la melodía y base es la misma (y en el caso de “Mi Bebido Fiu Fiu”, como difícilmente Tito Silva compartirá su propia partitura, seguramente se tendría que contratar un perito que realice una partitura a partir del fonograma de la canción).

Asimismo, teóricamente, podría intentarse que, como “*inspección personal del tribunal*”, el juez o la jueza acuda a algún lugar en que hagan sonar ambas canciones y así pueda escucharlas.

Se podría argüir a su vez que los fonogramas podrían ser archivados en un documento tipo pendrive para presentarse como documento electrónico, cuya admisibilidad y eventual valor será discutido en una Audiencia de Percepción Documental. En efecto, la Ley 19.799 define documento electrónico como “*toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior*”. ¿Queda un fonograma comprendido dentro de esta definición y, por tanto, es calificable como documento electrónico? En la respuesta afirmativa, se facilita bastante más la incorporación de las canciones al proceso; sin embargo, ante la negativa, no sería admisible. En nuestra opinión, es bastante discutible el poder encuadrar a un fonograma dentro de esta definición, por lo que creemos que sería complejo optar por este medio de prueba.

Por el contrario, el punto que deberá probar Tito Silva para lograr enervar la acción, será el hecho de que ha ejercido la excepción de parodia, lo cual si bien es una cuestión de derecho y que quizás no sea comprendido dentro de los puntos de prueba –y que en todo caso, como vimos, quedará a la prudencia del juez o de la jueza que conozca el asunto el determinar si la excepción ha operado, en el supuesto de que estime que “*Mi Bebido Fiu Fiu*” constituye un “*aporte artístico*” – probablemente Tito Silva pueda acompañar evidencia de situaciones o casos similares en que se haya fallado a favor de quien alegaba una excepción de parodia.

#### 4) Consideraciones finales

En estas breves líneas hemos podido ver cómo un tema tan trivial, y que a veces se podría pensar que no tiene consecuencias jurídicas, como es el hecho de “copiar” una canción en redes sociales, podría llegar a acarrear grandes consecuencias para las personas involucradas, y nos evidencia cómo, por un lado, el mundo de la Propiedad Intelectual está presente en todos lados, y por otro, cómo opera procesalmente el ejercicio de las acciones legales vinculadas a dicha infracción. Asimismo, nos plasma

cómo el avance de las tecnologías ha ido dejando en entredicho a nuestra legislación procesal.

Si bien es difícil que una acción civil derivada de este asunto llegara a deducirse ante tribunales chilenos, este ejercicio teórico ha servido para repasar los puntos más relevantes desde un punto de vista práctico procesal, si en el futuro se entablaren demandas en Chile por hechos similares; lo cual, dado el auge y relevancia cada vez mayor de las redes sociales, no se avizora como una posibilidad lejana, sino como un escenario real de potenciales litigios.

## Bibliografía

**[HTTPS://WWW.INFOBAE.COM/AMERICA/PERU/2022/07/09/MI-BEBITO-FIU-FIU-EL-VIRAL-DE-TITO-SILVA-MUSIC-QUE-PASO-DE-SER-TENDENCIA-MUNDIAL-A-SER-RETIRADO-POR-TEMOR-A-UNA-POSIBLE-DEMAN-DA-MILLONARIA/](https://www.infobae.com/america/peru/2022/07/09/mi-bebito-fiu-fiu-el-viral-de-tito-silva-music-que-paso-de-ser-tendencia-mundial-a-ser-retirado-por-temor-a-una-posible-demanda-millonaria/). [CONSULTADA EN REPETIDAS OCASIONES EN EL MES DE JULIO DE 2022]**

# Barreras comunicativas en los discursos jurídicos y sus posibles incidencias en el acceso a la tutela judicial efectiva

*Legal discourse and communication obstacles. Possible impacts on access to effective judicial protection*

Artículo de investigación

ALEJANDRA FERNÁNDEZ MALDONADO \*

\* **MAGÍSTER** en Derecho Procesal por la Universidad Central, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Abogada por la Universidad Santo Tomás, **DIPLOMADA** en Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Central.

**Resumen:** Los actores judiciales suelen usar un lenguaje jurídico que se caracteriza por su oscuridad e inteligibilidad y, aun cuando distintos sistemas de justicia han desplegado acciones para avanzar hacia un lenguaje claro y accesible a los ciudadanos, dichas iniciativas no alcanzan la fuerza vinculante del derecho positivo. En el lenguaje jurídico abundan las incorrecciones discursivas, gramaticales y léxicas las que, en algunos casos obstaculizan el desarrollo eficiente del proceso judicial y en otros limitan el acceso igualitario a la justicia. Este artículo, a partir de una metodología exploratoria - analítica pretende definir cuál es la relevancia que tiene del uso de un lenguaje jurídico claro en la eficacia del proceso judicial y en el aseguramiento del derecho a la tutela judicial efectiva. A partir de ello, es posible sostener que el uso del lenguaje jurídico claro permite que los ciudadanos se apropien de los elementos del proceso judicial que los afectan directa e indirectamente, en tanto favorece la comprensión de las resoluciones y la motivación de los fallos, garantizando el acceso a la justicia y asegurando el derecho a la tutela judicial efectiva.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a comprender, tutela judicial, acceso a la justicia.

**Abstract:** *The professionals who intervene in any judicial process usually use a legal language that is characterized by its obscurity and unintelligibility and, even when different justice systems have deployed actions to move towards a clear language accessible to citizens, these initiatives do not reach the binding force of positive law. Discursive, grammatical and lexical errors abound in legal language, which in some cases hinder the efficient development of the judicial process and in others, limit equal access to justice. This article, based on an exploratory-analytical methodology, aims to define the relevance of the use of clear legal language in the effectiveness of the judicial process and in ensuring the right to effective judicial protection. Based on this, it is possible to argue that the use of clear legal language allows citizens to appropriate the elements of the judicial process that affect them directly and indirectly, as it favors the understanding of resolutions and the motivation of judgments, guaranteeing access to justice and ensuring the right to effective judicial protection.*

**KEYWORDS:** *Right to understand, judicial protection, access to justice.*

## Sumario

1. Introducción; 2. Características del lenguaje claro y su importancia para asegurar el derecho a comprender los fallos; 3. Principales amenazas al acceso a la justicia que propicia la ausencia de un lenguaje jurídico claro; 4. La ausencia del lenguaje jurídico claro como obstáculo para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho humano; 5. Conclusiones.

### 1) Introducción

Uno de los pilares del Estado de Derecho es la facultad de los diferentes poderes de administrar eficientemente aquello que les corresponde en materia de Contrato Social. Así, muchas de las amenazas que se advierten en este sentido, suelen vincularse con la eventual pérdida de autonomía de alguno de los poderes que lo constituyen o, con posibles desequilibrios o intervencionismos en sus decisiones o ámbitos de acción. En esta lógica, la observancia de los Derechos Humanos y la garantía de la seguridad jurídica del individuo se constituyen en algunos de los temas que con mayor frecuencia se esgrimen para advertir debilidades en los sistemas democráticos, por consiguiente, es una materia en que la justicia, tanto local como internacional, tiene un rol especialmente activo, puntualmente en lo que refiere al acceso igualitario a la tutela judicial<sup>1</sup>.

Aun así, en estricto rigor, dicho acceso no operaba con la suficiente diligencia en Chile hasta fines del siglo XX. El sistema inquisitivo y escrito que regía desde 1904 en materia penal, ofrecía múltiples obstáculos al ciudadano para acceder de manera efectiva a la justicia. Concretamente, con el sistema antiguo *se acentuaron prácticas en la investigación y el procedimiento jurisdiccional que afectaban los derechos fundamentales de víctimas y acusados. Además, la concentración de funciones para investigar, acusar y juzgar, lejos de producir estructuras profesionales y efectivas, resultó en la institucionalización de la corrupción y la impunidad*<sup>2</sup>.

Luego, con la reforma Procesal Penal del año 2000 y el tránsito a un sistema acusatorio y oral que incorporó los juicios orales, la fiscalía y la defensoría penal pública, la declaración en la forma del derecho a la tutela efectiva se hizo algo más concreta y avanzó en la conexión entre los ciudadanos, el poder judicial y su forma de administrar justicia. Así lo afirman hoy figuras relevantes en el ámbito del Derecho, entre ellos Carlos Aránguiz, ex ministro de la Corte Suprema, quien sostiene que uno de los pilares fundamentales de la democracia son precisamente la transparencia y el acceso a la justicia<sup>3</sup>.

De este modo, una sociedad democrática, respetuosa del Estado de Derecho, que define como pilar estructural de su Poder Judicial el acceso igualitario a la justicia debiera resguardar que dicho acceso no se limite sólo al ámbito de lo declarativo, sino que se materialice en su implementación práctica, esto es, que los ciudadanos no solo tengan acceso a los tribunales y a un debido proceso, sino que, además, se garantice el derecho a comprender aquello del proceso que los afecta directamente.

1 GARCÍA, GONZALO, CONTRERAS, PABLO. (2013). *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Estudios constitucionales, (N°2), pp. 229-282, p. 231.

2 CARBONELL, MIGUEL., OCHOA REZA, ENRIQUE. (2009). *El derecho comparado frente a las reformas legislativas en el caso de Chile*. Revista de Derecho Universidad del Norte, Barranquilla, (N°32), pp. 271-305, p. 275

3 ARÁNGUIZ, CARLOS. (2017). *Editorial*. Revista Acceso a la Justicia, (N°4), 136 pp., p. 3.

El derecho a comprender, en este sentido, no debiera agotarse en simples intenciones o voluntades éticas para acercar a los ciudadanos a los asuntos judiciales, por el contrario, en virtud de su vínculo directo con los derechos fundamentales de las personas, su observancia debiera ser una tarea inexcusable dentro del sistema judicial. Que los ciudadanos comunes puedan relacionarse con los juristas en un contexto que resguarde el circuito comunicativo, es decir, que el mensaje del emisor sea decodificado por el receptor y se satisfaga así su propósito comunicativo, en definitiva, que el lenguaje jurídico sea comprensible para todos los justiciables se constituye en sí mismo en una garantía de derecho elemental para acceder a la justicia.

Si bien en el siguiente capítulo se aborda con mayor profundidad qué se entiende por lenguaje jurídico, resulta necesario hacer algunas precisiones en torno a la relación que existe entre lenguaje y derecho, esto considerando que su naturaleza está íntimamente relacionada con el lenguaje y, considerando también el carácter performativo del derecho en cuanto acto de habla. Esta estrecha relación ya la advirtió Wittgenstein a comienzos del siglo XX<sup>4</sup>, para él el lenguaje era la demostración empírica del pensamiento, toda vez que aquello que no se puede nombrar no se puede pensar, lo que no tiene nombre o que no es asible por una construcción lingüística, termina siendo un sinsentido, pues para los individuos el mundo lo constituyen las cosas que pueden pensar y pueden decir. Para el filósofo, el atributo de mayor relevancia del lenguaje es su estructura lógica, es decir, el orden en que opera y cómo se organizan sus proporciones, de manera tal de ir cumpliendo su función dentro del discurso. Previo al propio Jakobson, Wittgenstein esbozó una teoría del lenguaje en la cual el uso de las palabras, al igual que las herramientas, estaría determinado por su propósito.

De acuerdo con sus postulados, el derecho operaría de manera similar a como lo hace el lenguaje, ordenando y clasificando, valiéndose de él para referir su mundo. De este modo, lo que no está dicho en el derecho, no existe para el derecho y ahí la relevancia del lenguaje jurídico claro, puesto que, desde lo que planeta Wittgenstein, si, por ejemplo, una norma jurídica se expresa en un continuo de proposiciones que el receptor no comprende, en un lenguaje que le es ajeno, entonces, en cierto modo, no está dicha para él, la norma no se concreta en su mundo y por consiguiente no se puede acatar. En este sentido, si el lenguaje utilizado para comunicar los pormenores del proceso, las sentencias, sus consecuencias individuales y sociales no favorece su comprensión, entonces el sistema judicial se aleja de los ciudadanos, de ahí la relevancia del lenguaje jurídico claro como condición para asegurar el derecho a comprender y con ello el acceso igualitario a la justicia.

En este orden de cosas, son numerosas las voces coinciden en este asunto, entre ellas la académica Cristina Carretero, quien advierte que el lenguaje jurídico, a propósito de su opacidad y complejidad, estaría amenazando la posibilidad de una justicia real y efectiva. A su juicio, la falta de claridad en este tipo de discursos afecta, no solo la eficacia del proceso, sino que también propicia la falta de cumplimiento de las sentencias, toda vez que estas van dirigidas a ciudadanos que deben ser capaces de comprenderlas para cumplirlas<sup>5</sup>.

4 WITTGENSTEIN, LUDWING. (1922). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Madrid: Gredos. P.81

5 CARRETERO, CRISTINA. (2018). *La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico*. Repositorio de la Universidad Pontificia Comillas. 9 pp., p. 1. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/25574> [fecha de visita 10 de octubre de 2021].



- 6 **COMISIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO.** (2011). *Informe de la Comisión de Modernización del lenguaje jurídico*. 26 pp., p. 2. Disponible en <https://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2013/05/cmlj-recomendaciones.pdf> [fecha de visita 30 de junio de 2023].
- 7 **XVIII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA.** (2016). *Declaración de Asunción, Paraguay*. 28 pp., p. 2. Disponible en <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento/documentos-comision-de-seguimiento/item/333-anexo-iii-declaracion-asuncion-paraguay-2016> [fecha de visita 13 de septiembre de 2021]
- 8 **XVIII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA.** (2016) p. 12.
- 9 **ETXABARRIA, MAITENA.** (1997) *El lenguaje jurídico y administrativo. Propuestas para su modernización y normalización*. *Revista Española de Lingüística*, v. 27, n. 2, p. 341-380. Disponible en <http://www.sel.edu.es/pdf/jul-dic-97/27-2-Etxebarria.pdf> [fecha de visita 4 de octubre de 2021].
- 10 **CUCATTO, MARINA.** (2013). *El lenguaje jurídico y su "desconexión" con el lector especialista. El caso de a mayor abundamiento*. *Revista Letras de Hoje*, vol. 48 (N°1), p. 130. pp. 127-138.
- 11 **CUCATTO** (2013) p.130.
- 12 **JUANES, ÁNGEL.** (2017). *El lenguaje no invade la independencia judicial, al revés se gana legitimidad*. *Revista Acceso a la Justicia*. (N°4), pp. 8-13.

En esta misma línea, expertos españoles señalan que *la modernización de la justicia va más allá del uso intensivo de las nuevas tecnologías y de la mejora del modelo de gestión de los recursos públicos. Una justicia moderna es una justicia que la ciudadanía es capaz de comprender*<sup>6</sup>. Un criterio similar se levantó durante la Cumbre Judicial Iberoamericana, organización que define como propósito el contribuir en la construcción de un espacio iberoamericano en base a *la democracia y la plena observancia de los derechos humanos como valores políticos esenciales* y el imperio de la ley como *garantía fundamental de convivencia pacífica y respeto mutuo*.<sup>7</sup>

Fue precisamente en esa cita que los países miembros firmaron el acuerdo en que se consagra que *la legitimidad de la judicatura está ligada a la calidad y claridad de las resoluciones judiciales, y que ello constituye un verdadero derecho fundamental del debido proceso*<sup>8</sup>. En dicha cumbre, los participantes, entre ellos representantes de las cortes de 23 países, coincidieron en que existe oscuridad y estilo barroco en la mayoría de las redacciones judiciales lo que, a su modo de ver, deslegitima la función judicial, pues la ciudadanía no las comprende. Agregan que avanzar hacia un lenguaje inteligible es requisito para asegurar una tutela judicial efectiva.

No resulta difícil encontrar evidencia acerca de lo intrincado del lenguaje jurídico, pues son múltiples las voces que lo caracterizan como altamente complejo y alejado de los ciudadanos. Una de ellas es la doctora en letras y miembro del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina, Marina Cucatto, quien valiéndose de lo indicado por Maitena Etxebarria lo describe como un lenguaje estático, impersonal, rígido, enmarañado, arcaizante, amanerado, y *con una fuerte tendencia a la formalidad y la neutralidad afectiva*<sup>9</sup>. Asimismo, añade que los textos jurídicos, lejos de acercar a los ciudadanos a la justicia, provocan la ausencia de *contacto mental entre los interlocutores*<sup>10</sup>, advierte a su vez escasa voluntad en el discurso forense de establecer un *auténtico contacto verbal, social, cultural entre ellos*<sup>11</sup>, lo que redundará en una inevitable desconexión entre los juristas y el ciudadano común.

Otro argumento en esta línea lo aporta Ángel Juanes, quien fuera vicepresidente del Tribunal Supremo de España hasta 2019, el exmagistrado considera imprescindible transitar desde un tipo de lenguaje jurídico ininteligible, hacia un discurso comprensible que asegure la tutela judicial efectiva. Juanes pone de relevancia la importancia de la motivación de la sentencia, precisando que esta no se reduce a que el interesado conozca por qué el tribunal falló de determinada manera, sino que, aún más relevante, desde la posibilidad de dictar jurisprudencia, esta motivación tiene un efecto de control social, toda vez que sienta precedentes sobre cómo se ha fallado en asuntos similares. Con todo, el abogado señala que la comprensión por parte de los interesados de la motivación de las sentencias se configura incluso como un Derecho Humano<sup>12</sup>.

En esta lógica, resulta extraño que quienes conforman el Poder Judicial, aquellos cuya responsabilidad es administrar la justicia, no consideren imprescindible desarrollar la capacidad de sus magistrados, funcionarios y juristas de comunicar sus teorías, disquisiciones o reflexiones, resguardando la comprensión por parte del interlocutor, tal como lo hace la ciencia, que, en palabras de Mario Bunge, debe ser comunicable por su

13 BUNGE, MARIO. (1960). *La ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires: Siglo Veinte.

14 COMISIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO. (2011). *Informe de la Comisión de Modernización del lenguaje jurídico*. 26 pp., p3. Disponible en <https://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2013/05/cmlj-recomendaciones.pdf> [fecha de visita 30 de junio de 2021].

15 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2005).

16 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966).

17 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969).

carácter público y su propósito informativo, con el fin de favorecer su verificación y validez<sup>13</sup>.

En esta misma línea la Comisión de Expertos españoles a cargo de la Modernización del Lenguaje Jurídico consideran que, del mismo modo que *los científicos explican en términos sencillos fenómenos tan complejos como la física cuántica o la regeneración celular, los juristas tendrían que poder comunicar al ciudadano, en palabras que fueran comprensibles, la razón que lo trae ante el tribunal, el significado de cuanto ha de acontecer en su presencia y, una vez finalizado, sus consecuencias*<sup>14</sup>.

Considerando la relevancia para el acceso a la justicia que hasta aquí se le otorga al derecho a comprender, llama la atención que, al revisar diferentes cuerpos legales, solo se encuentran alusiones que de manera tangencial refieren a ello. Así, por ejemplo, en la Constitución Política de la República de Chile, el derecho a comprender se encuentra implícito en el derecho de acceso a la información pública, en su artículo 8 inciso 2º, donde indica que *son públicos los actos y resoluciones de los órganos del estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional*<sup>15</sup>.

Igualmente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a comprender también aparece vinculado al derecho a la información. Este cuerpo legal indica en el artículo 14, Nro. 3 que *durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*<sup>16</sup>. Algo similar se advierte en el Artículo 13 N°1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando señala que *toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*<sup>17</sup>.

En virtud de lo expuesto y considerando el consenso a nivel internacional en torno a la relevancia del derecho a comprender para garantizar un real acceso a la justicia cabe preguntarse ¿es el lenguaje jurídico un factor determinante para asegurar la tutela judicial? Y de ser así ¿es necesario avanzar hacia una política más definitiva y orgánica que transite desde las simples recomendaciones a revestir este *derecho a comprender* con las garantías y fuerza vinculante del derecho positivo?.

Sobre aquello es posible encontrar diferentes iniciativas internacionales, tanto en los sistemas anglosajones como en los hispanoamericanos. Lo que claramente se observa es que los primeros llevan considerable ventaja en materia de política pública y referentes legales concretos. En este contexto, se puede encontrar lo que Poblete y Fuenzalida llaman *el giro ciudadano*, expresión mediante la cual caracterizan todo un movimiento por el lenguaje jurídico claro, que va desde la formación de organizaciones como el *Plane Languje* en Canadá o el Comité de Orientación para la Sim-

**18 POBLETE, CLAUDIA., FUENZALIDA, PABLO.** (2018). *Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano*. Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law, (Nº 69). p 123. pp. 119-138. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2436/rld.i69.2018.3051> [fecha de visita 4 de octubre de 2021].

**19 POBLETE Y FUENZALIDA** (2018) p. 121.

**20 GUTIÉRREZ, JAVIER.** (2012). *El español jurídico: Discursos profesional y académico*, en *El español de las profesiones*, Artículos seleccionados del IV Congreso Internacional de Español para Fines Específicos. CIEFE. Amsterdam. pp 150 -166. p 151. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7514888> [fecha de visita 12 de octubre de 2021]

**21 FELICES LAGO, ÁNGEL.** (2005). *La teoría y la práctica en el desarrollo de la lengua para fines específicos en E/LE: revisión crítica de los logros de la última década*. Quaderns de filologia. Estudis lingüístics, 10, pp. 81- 98. p. 82. Disponible en [https://www.researchgate.net/publication/267303361\\_La\\_teor%C3%ADa\\_y\\_la\\_practica\\_en\\_el\\_desarrollo\\_de\\_la\\_lengua\\_para\\_fines\\_espec%C3%ADficos\\_en\\_ELE\\_revisi%C3%B3n\\_cr%C3%ADtica\\_de\\_los\\_logros\\_de\\_la\\_ultima\\_decada](https://www.researchgate.net/publication/267303361_La_teor%C3%ADa_y_la_practica_en_el_desarrollo_de_la_lengua_para_fines_espec%C3%ADficos_en_ELE_revisi%C3%B3n_cr%C3%ADtica_de_los_logros_de_la_ultima_decada)

plificación en Francia, hasta iniciativas de Ley, como es el caso de Suiza en donde existe la Ley Lingüística, cuyo objetivo principal es que el lenguaje administrativo sea cuidado, sencillo y comprensible<sup>18</sup>.

El caso de Chile es menos alentador y, aun cuando desde comienzos de este siglo se han impulsado diferentes iniciativas en orden de avanzar hacia un lenguaje jurídico menos críptico y cercano a la ciudadanía, no existe una norma explícita que obligue a escribir las leyes y los documentos judiciales con claridad<sup>19</sup>.

Lo anterior da cuenta de que se reconoce la barrera lingüística entre el Derecho y los ciudadanos, por lo que resulta, si no imprescindible, a lo menos necesario definir de qué modo la ausencia de un lenguaje jurídico claro puede afectar el proceso judicial y lo que es más grave, el acceso a la justicia, derecho que es considerado como la piedra angular de la democracia y el Estado de Derecho.

En función de lo expuesto la cuestión es ¿En qué medida el uso del lenguaje jurídico claro facilita el acceso a la justicia y asegura el derecho a la tutela judicial efectiva en Chile?.

En este sentido lo que se pretende demostrar es si el uso del lenguaje jurídico claro favorece la comprensión de las resoluciones y la motivación de los fallos, garantizando con ello el acceso a la justicia y asegurando el derecho a la tutela judicial efectiva. Para tal efecto el objetivo es analizar la importancia que tiene el uso de un lenguaje jurídico claro en el aseguramiento del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para lo anterior, este artículo se divide en 5 apartados, incluida esta primera parte introductoria, seguida de un capítulo que refiere a las particularidades discursivas, morfosintácticas y léxicas que caracterizan un lenguaje jurídico claro y cómo estas contribuyen a una mejor comprensión de los fallos; luego, en la tercera parte se hace referencia a las amenazas al proceso judicial que revisten las incorrecciones lingüísticas y con ello obstruyen el acceso a la justicia, para en la cuarta parte referirse a cómo la ausencia de claridad en el discurso de los juristas podría obstaculizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Finalmente se presentan las conclusiones, las que se vinculan con el análisis precedente.

## 2) Características del lenguaje claro y su importancia para asegurar el derecho a comprender los fallos

Para describir con cierta perspectiva metodológica el lenguaje claro y su incidencia en el derecho a comprender, es necesario ampliar la mirada hacia lo que en el contexto europeo llaman el español jurídico. Como se sabe, existen lenguas que, a propósito de los fines profesionales que persiguen, *están dotadas de cierto grado de especialización científica, técnica o profesional*<sup>20</sup>, es por ello que reciben el nombre de lenguas de especialidad o lenguas para fines especiales.

El estudio de estas lenguas se puede rastrear desde el siglo XVI y posee una tradición académica que se ha formalizado recién desde fines del siglo XX<sup>21</sup>, hito a partir del cual se han podido identificar ciertas regularidades que aplican a ellas y que dan luces sobre las condiciones que las definen y

22 GUTIÉRREZ (2012) p. 151.

23 GUTIÉRREZ. (2012) p.153.

24 MONTOLÍO, ESTRELLA. (2012). La modernización del discurso jurídico español impulsada por el Ministerio de Justicia. Presentación y principales aportaciones del informe sobre el lenguaje escrito. Revista de Llengua i Dret, (Nº57), pp. 95-121. p. 104.

25 MONTOLÍO (2012) p. 104.

26 Se conocen los trabajos de Pontandolfo (Fraseología y lenguaje judicial. Las sentencias judiciales desde una perspectiva contrastiva, 2016), González Moreno (Las ambigüedades en el lenguaje jurídico como una forma de control de la autonomía reproductiva de las mujeres, 2010), Cucatto (El lenguaje jurídico y su “desconexión” con el lector especialista. El caso de a mayor abundamiento, 2013), Rodríguez – Toubes (Sobre la opacidad referencial y la ambigüedad de dicto/de re en el derecho, 2017), entre otros.

27 MONTOLÍO (2012) p. 100.

28 CARRETERO (2018) p. 4.

las sistematizan, tanto en sus macroestructuras como en sus microestructuras lingüísticas. En concreto, estas lenguas comparten con las lenguas generales el sistema gramatical, sintáctico y morfológico, sin embargo, se diferencian de ellas en cuanto constituyen conjuntos especializados, en virtud de la temática que abordan, los ámbitos de uso, los usuarios y sus características interrelacionadas<sup>22</sup>.

Así, el lenguaje jurídico se diferencia de otras lenguas de especialidad en que su temática es el Derecho; el contexto en el que se despliega son los espacios que los albergan, como los tribunales, notarías o Cortes, en suma, cualquier espacio público o privado en el que se ventilen asuntos jurídicos; sus usuarios son profesionales o no profesionales del Derecho que participan de un proceso judicial.

No obstante, uno de los elementos diferenciadores más relevantes para fines de este artículo son sus rasgos lingüísticos, los que pueden agruparse en tres categorías: el estilo o tipo de función discursiva; las construcciones gramaticales y las particularidades léxicas<sup>23</sup>. A este respecto son varios los estudios que, a fin de caracterizar mejor el lenguaje jurídico, privilegian la perspectiva global del discurso, entre ellos destaca el trabajo de la académica de la Universidad de Barcelona, Estrella Montolío, quien sostiene que *el enfoque discursivo es necesario para explicar los géneros jurídicos de manera consistente*<sup>24</sup> en tanto se trataría de *textos relacionales bien sea entre juristas, bien entre la Administración de Justicia y los ciudadanos*<sup>25</sup>.

En este contexto y como se ha venido señalando, existe una brecha lingüística entre los profesionales del Derecho y los ciudadanos que son usuarios del sistema judicial. Este obstáculo comunicacional se debe, como ya se ha podido advertir, al uso de un lenguaje opaco, intrincado en el que abundan fórmulas arcaicas que incluso, con frecuencia, requieren de traducción. Como consecuencia, la función relacional entre los juristas y los ciudadanos que suponen los discursos jurídicos, se vería amenazada al punto de que varios expertos<sup>26</sup> han volcado esfuerzos en definir cuáles serían los elementos del discurso, la sintaxis y el léxico que caracterizan un lenguaje jurídico que cumpla con el propósito comunicativo tan preponderante como es asegurar, no solo que los intervinientes comprendan la naturaleza del proceso judicial en que están envueltos, sino, más relevante aún, que la sociedad en su conjunto comprenda aquello que en materia jurídica la ha de regular.

De esta manera, es posible distinguir abundantes intentos por definir qué caracteriza un lenguaje jurídico claro. En concreto, desde la dimensión del discurso, afirman algunos, se espera que *las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico*<sup>27</sup>.

En este mismo sentido, y a fin de identificar las características de un discurso jurídico claro, se apunta a la necesidad de que los profesionales del Derecho sepan diferenciar los tipos discursivos en función de su objetivo. De este modo, conocer las particularidades del discurso narrativo, argumentativo y descriptivo, aporta significativamente a la coherencia de los escritos y por consiguiente a su comprensión y eficacia<sup>28</sup>. En una aproxi-

29 MONTOLÍO (2012) p. 107.

30 GONZÁLEZ SALGADO, JOSÉ. (2015). *Problemas de precisión del discurso jurídico (aproximación desde el ámbito de la asesoría lingüística)*. Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law, (N°64). pp. 47-62. p 50. Disponible en DOI: 10.2436/20.8030.02.115 [fecha de visita 14 de octubre de 2021]

31 ZUNINO, RODOLFO. (2020). *Utilización de lenguaje claro en los procesos judiciales. Propuesta de reforma de los códigos procesales*. Disponible en <https://laleyuruguay.com/blogs/novedades/utilizacion-de-lenguaje-claro-en-los-procesos-judiciales-propuesta-de-reforma-de-los-codigos-procesales> [fecha de visita 16 de septiembre de 2021]

32 GUTIÉRREZ JAVIER. (2010). *El español jurídico: propuesta didáctica orientada a la acción como base para un curso*. Revista de didáctica ELE. (N°11), pp. 1 - 24.

mación más concreta, Montolío ilustran la cuestión a través del siguiente ejemplo: Considerando la necesidad de que en la redacción de los fallos exista la narración de acontecimientos junto con enumeraciones descriptivas, se advierte la común tendencia de mezclar ambos elementos, lo cual redundante en imprecisiones, enunciados enredados y en definitiva, falta de claridad<sup>29</sup>.

Siguiendo en el ámbito del discurso, otras voces coinciden en afirmar que las condiciones clave para allanar el discurso jurídico son los tres principios básicos que se asocian al estilo. Así, considerando los atributos de claridad, precisión y sencillez es posible distinguir algunos supuestos que contribuirían a su mejor comprensión. En primer lugar, en torno a la idea de claridad, privilegiar el orden de los enunciados y cuidar su extensión; en lo que refiere a la precisión, no repetir ideas ni abusar de los tecnicismos y, por último, a propósito de la sencillez, tender a la naturalidad sin abandonar la terminología especializada. En este sentido, se debe tener en cuenta la importancia de *lograr un equilibrio entre la complejidad inherente a los textos jurídicos y la sencillez*<sup>30</sup>, por ejemplo, evitar la invocación de normas por su número o nombre sin que, entre otras cosas, se explicite su contenido<sup>31</sup>.

Por su parte, en lo que refiere al ámbito de la morfosintaxis, abundan los ejemplos que apuntan a identificar particularidades en torno a las construcciones gramaticales que favorecen la claridad del lenguaje. En este sentido, en un artículo orientado a desarrollar estrategias de aprendizaje para estudiantes de derecho, es posible encontrar algunas reflexiones en torno a la especificidad lingüística del lenguaje jurídico y para ello, en el documento se enumeran algunas características que lo distinguen, entre ellas, el uso de construcciones pasivas, de cláusulas ablativas, de sintagmas nominales largos y de la conjugación verbal del futuro imperfecto<sup>32</sup>. No obstante, junto con identificar estas características, reconoce que en ellas se alberga la crítica de quienes bregan por un lenguaje jurídico claro, pues este tipo de construcciones, que por sí solas entorpecen la comprensión, suelen utilizarse mal o excesivamente, lo que aportaría, con frecuencia, opacidad y confusión.

De lo anterior se desprende que contribuye a un lenguaje jurídico claro evitar las construcciones pasivas como por ejemplo *el arma fue disparada con posterioridad por el imputado*, privilegiando su variable activa, es decir *el imputado disparó el arma con posterioridad*. Desestimar enunciados que no evidencian el vínculo entre las partes de la proposición principal, como suele ocurrir con el uso del ablativo absoluto, construir oraciones en donde el sujeto no se extienda innecesariamente, pues dificulta la comprensión global del enunciado, y no abusar de ciertas conjugaciones verbales que, a propósito de su uso repetido dentro de un mismo enunciado, confunden y enredan el discurso (hubiere, requiriere, acudiere, etc.).

Otro rasgo morfosintáctico que tributa claridad y precisión es el uso correcto de los pronombres. En tal sentido, existe cierto consenso en advertir un uso irracional del pronombre demostrativo lo que, según los estudiosos, ocurre principalmente en tres situaciones: cuando el pronombre se utiliza muy alejado del nombre al que refiere, cuando el pronombre utilizado puede hacer referencia a más de un antecedente dentro

33 GONZÁLEZ SALGADO (2015) p. 52.

34 MONTOLÍO (2012) p. 110.

35 GONZÁLEZ SALGADO, JOSÉ. (2014). *Elementos anafóricos en las sentencias actuales: los adjetivos verbales de participio*, Revista de Llengua i Dret, (Nº62), pp. 23-34 p 32. Disponible en DOI: 10.2436/20.8030.02.76 [fecha de visita 21 de septiembre de 2021]

36 MONTOLÍO (2012) p. 115.

37 GONZÁLEZ SALGADO (2015) p. 51.

38 GONZÁLEZ SALGADO (2014) p. 32.

39 ALCARAZ, ENRIQUE. HUGUES, BRIAN., GÓMEZ, ADELINA. (2002). *El español Jurídico*. Barcelona, España: Ed. Planeta, S.A. 376 pp., p. 25

40 ALCARAZ, HUGUES Y GÓMEZ (2002) p. 27.

de la oración<sup>33</sup> o cuando la expresión pronominal no es la adecuada, esto último se ve reflejado generalmente en el uso del pronombre *aquel*<sup>34</sup>.

En esta misma línea, especial atención suscitan los elementos anafóricos o palabras que refieren a objetos que han aparecido con anterioridad en el discurso. Entre ellos se encuentran expresiones tales como *dicho, citado, aludido* (dicho artículo, citado empleado, el aludido) utilizadas como adjetivo demostrativo o el uso de la palabra *mismo* junto a un artículo para referir a un antecedente (el mismo, la misma) o el pronombre *ello* a fin de nombrar lo ya dicho. La dificultad se presenta cuando el uso sin sentido lógico de estos elementos, en lugar de entregar cohesión al texto, genera ambigüedad y errores de interpretación<sup>35</sup>.

Otros elementos que parecen relevantes en el ámbito de la corrección gramatical se vinculan con cuidar el orden cronológico de las acciones que se presentan, poner atención a la especificidad temporal en el uso de los tiempos verbales, conocer y dominar los conectores argumentativos, a fin de marcar una clara diferencia entre las premisas y las conclusiones<sup>36</sup>. A su vez, son decisiones que contribuyen a un lenguaje jurídico claro no excederse en el uso de oraciones subordinadas, es decir, intentar construir oraciones que, sin perder la cohesión, refieran a uno o dos elementos como máximo y recurrir a un nuevo enunciado para agregar los objetos que se requiere mencionar. Evitar la perífrasis verbal, la cual consiste en elaborar oraciones cuyo núcleo se compone de dos verbos que comunican una sola idea (habiendo llegado, fue logrado, va a encontrar), privilegiando el uso de una única palabra (llegó, lograron, encontrará).

Adicionalmente existe consenso en estimar que cualquier adorno, sucesión de sinónimos innecesarios o frases grandilocuentes que no aportan al sentido del discurso deben evitarse en beneficio de la precisión y la claridad<sup>37</sup>. En este orden de cosas, cobra especial sentido la afirmación que indica que el uso indiscriminado de estas palabras y expresiones *parecen más un reflejo de aquella (casi) obligatoriedad que existía siglos atrás en los documentos notariales*<sup>38</sup>.

Ya en la dimensión léxica o de vocabulario, Alcaraz, Hugues y Gómez desarrollan un exhaustivo análisis del español jurídico en el cual, junto con caracterizar esta lengua de especialidad, consiguen identificar aquellos usos que, lejos de entregar la confiabilidad o, al menos la solidez interpretativa que se espera de este tipo de discursos, solo aportan rípios, opacidad e imprecisión. A juicio de los estudiosos, el español jurídico es con frecuencia *altisonante y grandilocuente, muy dado a la exageración e incluso a la afectación*<sup>39</sup>. A ello le suman una tendencia fuertemente arraigada por el lenguaje arcaizante, junto con el uso de expresiones estereotipadas o la excesiva inclusión de expresiones en latín, usos que no dialogan ni con los tiempos ni con los usuarios. En concreto, los autores indican que el uso de latinismos o palabras latinas; de expresiones altisonantes como *fehaciente, proveído, pedimento, elevar un escrito*; o de fórmulas estereotipadas como *estimado como estimo, acordar y acuerdo*, entre otras, parecieran tener por finalidad presumir una buena oratoria más que transmitir con claridad y precisión un mensaje a un receptor<sup>40</sup>.

En este sentido, los autores distinguen una serie de palabras y expresiones que, al igual que en los ejemplos anteriores, cumplen dentro del discurso jurídico una función puramente retórica, sin contribuir a sustentar el enunciado o a ponerlo al alcance de los receptores no expertos. En este rango estarían expresiones como *corresponder en Derecho, ser conforme a Derecho, con arreglo a ley*, entre otras.

Asimismo, advierten una tendencia que va aún más lejos en el ámbito del léxico jurídico y se relaciona con la propensión a inventar nuevos términos. Así, existen expresiones que los especialistas jurídicos han creado, sin aparente reserva por la normativa lingüística, y que luego incorporan a sus escritos, ajenos a la tradición léxica de la lengua en la que se expresan. Entre estos casos se encuentran palabras como *garantista, anulatorio, (fase) autorizatoria*, por mencionar algunas<sup>41</sup>.

De este modo, se observa una creatividad inusitada para elaborar neologismos jurídicos que, en muchas ocasiones, no son necesarios en tanto la palabra para referir la idea que se busca ya existe. Esto ocurriría, señalan los estudiosos, en cierta medida, por el afán de dinamizar una expresión nominal, así, se privilegia la construcción *proceder a la admisión* en lugar de *admitir, presentar una reclamación* en vez de *reclamar, pronunciar sobreseimiento* en vez de *sobreseer; interponer recurso* en vez de *recurrir o dar cumplimiento* en vez de *cumplir*<sup>42</sup>.

La lista crece cuando se suma otra tendencia similar que, en general, quienes estudian el fenómeno coinciden en llamar “relexicación”. Esto es, atribuirles a las palabras significados o usos diferentes a los que gramaticalmente les corresponden. En este ámbito se encuentran numerosos ejemplos en que, o se fusionan verbos y sustantivos, o se nominaliza una palabra con función adjetiva. Con todo, esta suerte de libertinaje léxico, redundante en vocablos enrevesados, asociados, según se indica, a *valores oscuros o misteriosos a veces mágicos o prodigiosos*.<sup>43</sup>

A la luz de lo anterior, no sería del todo erróneo afirmar que estos usos léxicos rara vez se vinculan con una idea concreta que se quiere transmitir, ni siquiera con la elección de un estilo lingüístico personal, sino más bien con la imitación irreflexiva de fórmulas que han trascendido en el tiempo, cuyo propósito hoy resulta, a lo menos, difuso y que, lejos de aportar claridad, vienen a sumar oscuridad y entorpecen la comunicación entre quienes administran y quienes son usuarios del sistema judicial.

### 3) Principales amenazas al acceso a la justicia que propicia la ausencia de un lenguaje jurídico claro

Habiendo examinado los rasgos que caracterizan el lenguaje jurídico, especialmente aquellos elementos que lo hacen más o menos accesible, se puede afirmar que un requisito innegable para que cumpla su función es que sea comprendido por los justiciables, en tanto su finalidad es incidir en el colectivo. En este sentido, no hay que olvidar que el Derecho se entiende como *el conjunto de reglas que regulan la conducta humana en su vertiente social*.<sup>44</sup>

41 ALCARAZ, HUGUES Y GÓMEZ (2002) p. 30.

42 ALCARAZ, HUGUES Y GÓMEZ (2002) p. 30.

43 ALCARAZ, HUGUES Y GÓMEZ (2002) p. 31.

44 HERNÁNDEZ, JOSÉ. (2015). *El proceso judicial como espacio comunicativo*. Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law, (Nº64), 2015, pp. 29-46. P. 33. Disponible en DOI: 10.2436/20.8030.02.114 [fecha de visita 4 de noviembre de 2021].

45 HERNÁNDEZ (2015) p. 40.

En virtud de ello, a la norma legal se le atribuye un poder transformador, es decir, se concibe también como un acto de habla de carácter performativo que incide en la realidad de los involucrados en el proceso judicial y, aun cuando transmite la impresión de una realidad inamovible y de funcionamiento automático, depende en cierta medida de su realización lingüística. Así *las normas procesales, (...) trasladan al proceso, no solo categorías jurídicas, como los presupuestos procesales, las reglas de carga de la prueba, la legitimación, etc., sino también categorías que beben directamente de la ciencia del lenguaje, del fenómeno de la comunicación.*<sup>45</sup>

46 CARRETERO (2018) p. 7.

En este contexto, si bien existe consenso en afirmar que el lenguaje jurídico busca incidir en la conducta de los destinatarios, considerando su alcance general, debiese aspirar también a ser conocido y comprendido por ellos, propósitos que se desdibujan en la oscuridad de las elecciones lingüísticas que con frecuencia hacen los profesionales del Derecho. Precisamente, al revisar algunos de los vicios lingüísticos más habituales, y conociendo asimismo el juicio experto en torno a lo que motiva a los juristas a insistir en ese estilo barroco e inaccesible, es dado pensar que avanzar hacia un estilo más llano, más cercano a los usuarios, que privilegie una comunicación efectiva, no sería una tarea reñida con la dimensión técnica del Derecho, sino más bien una labor orientada a modernizar su discurso.

47 CARRETERO (2018) p. 7.

Lo anterior, según Cristina Carretero, cobra suprema importancia si se atiende al hecho de que *la claridad del Derecho es tanto una exigencia legítima de la ciudadanía como una obligación para los poderes públicos.*<sup>46</sup> Al respecto la académica agrega que todos quienes utilizan el Derecho como herramienta están *implicados en conseguir una Justicia transparente, con un Derecho accesible, comprensible y adaptado al siglo XXI.*<sup>47</sup>

48 HERNÁNDEZ (2015) p. 33.

En esta línea, es importante destacar el sentido de voluntariedad que se suele asociar al proceso judicial, en tanto el fenómeno jurídico no se reduce a la creación de normas y a su cumplimiento, sino que trasciende hacia la generación de expectativas de sanción o de protección, razón por la cual los ciudadanos se someten a su arbitrio. De esto se desprende *que la eficacia de las normas no es consecuencia de su fuerza transformadora sino del voluntario cumplimiento por parte de los destinatarios.*<sup>48</sup>

49 ZUNINO (2020).

En tal sentido, que la opacidad del discurso ponga en entredicho la transparencia de la Justicia, enciende una alerta importante en torno a lo relevante de las consecuencias que trae la ausencia de un lenguaje claro, pues la falta de transparencia propicia desconfianza en el trabajo de los juristas, lo que podría amenazar al sistema judicial en su conjunto, considerando que si los ciudadanos dudan de las competencias de los tribunales y de las capacidades de los juristas, esto podría deslegitimar los fallos o relativizar la obligación de cumplir las sentencias.

Asimismo, hay quienes ven cierta intención de crear una oscuridad artificial en el proceso judicial, cierta atmósfera elitista que reservaría la comprensión sólo a algunos esclarecidos a fin de que los otros acaten sin reparos. Concretamente, en lo que identifican como barreras de comunicación, advierten una *política de marginación de una sociedad que solo quiere preservar para un mínimo de aparentes privilegiados las seguridades de un dialecto que sirve de coraza a algunos y de confusión a los más.*<sup>49</sup> Más allá de



50 GONZÁLEZ SALGADO, JOSÉ. (2011). *La elección lingüística como fuente de problemas jurídicos*, Revista de Lengua i Dret, (Nº 55), pp. 57-79. p. 73.

51 GONZÁLEZ SALGADO (2011) p. 64.

la atención que esta afirmación pueda suscitar, lo que es interesante destacar es el alcance que se le puede atribuir a la ausencia de claridad en el lenguaje jurídico.

Pero situando esta discusión en esferas menos generales, es posible identificar diversos estudios que refieren a las consecuencias más específicas que conlleva la falta de claridad en el lenguaje jurídico. Así, una de las principales amenazas la constituye, como habría de esperarse, la ambigüedad. En esta lógica, algunos autores reconocen que la principal atención que se debe tener al elaborar escritos es evitar *que por el uso inconveniente de las herramientas lingüísticas ese escrito presente un sentido distinto al que se le ha querido dar*.<sup>50</sup> De este modo, lo que puede comenzar como un vicio lingüístico menor, puede redundar en un vicio jurídico que, a propósito de una doble interpretación, anule un contrato, relativice una cláusula o desestime un plazo.

Junto a ello, es posible encontrar casos en los que la imprecisión lingüística ha sido argumento para refutar, cuestionar o impugnar escritos, lo que sumaría un trámite al proceso. Sobre este asunto, tribunales españoles han tenido que referirse, según se consigna en la sentencia citada por González, en ella se indica que para ser acogida la reclamación ante un escrito, la ambigüedad del texto *ha de provocar un vacío o laguna que no pueda ser suplido por razonamientos lógicos o analógicos o integrarse con el apoyo del resto de lo declarado probado*.<sup>51</sup> Como se advierte, aun cuando el argumento de impugnación por imprecisiones lingüísticas no suele ser acogido, igualmente es necesario una pronunciación por parte del tribunal para ser desestimado.

Otro resultado que se puede identificar a propósito del uso de un lenguaje jurídico opaco es tan inusitado como relevante. Un efecto común de la ausencia de precisión y claridad es que el destinatario de la sentencia no sepa si ganó o perdió el juicio. Así, se pueden rastrear casos en los que, a propósito de impresiones o errores en el discurso como los descritos más arriba, ha sido necesario que el tribunal solicite un peritaje lingüístico, que no siempre resulta definitorio para resolver la controversia.

También es frecuente encontrar textos donde el empleo de palabras con sentidos distintos de los que en realidad tienen, terminan por restarle coherencia al discurso, e incluso peor, el uso de palabras con significados erróneos trae consecuencias que afectan al proceso judicial, por ejemplo cuando se utilizan como sinónimos las palabras suspender e interrumpir, términos que en el ámbito jurídico producen distintas consecuencias en el desarrollo del proceso, mientras la primera refiere a que se ha extinguido el plazo, la segunda se relaciona con su congelación. Del mismo tenor resulta el uso irracional de expresiones tales como *necesario*, *interés suficiente*, *plazo razonable*, que se pueden catalogar entre las fórmulas fijas utilizadas por las y los operadores jurídicos, sin reparar en la ambigüedad que generan. Por ejemplo, la expresión *plazo razonable* abre un sinnúmero de interpretaciones, toda vez que no existe una voz suprema que defina con exactitud lo que constituye un plazo razonable.

Al respecto es posible rastrear un caso en el que el uso de esa expresión ha requerido de la aclaración de la Comisión de las Naciones Unidas para

el Derecho Mercantil, en concreto la aclaración indica: *Se han propuesto los siguientes plazos presuntivos como razonables para dar aviso: pocos días después del descubrimiento de la falta de conformidad; una semana (tras la semana prevista para el examen requerido por el artículo 38); ocho días después del descubrimiento, y dos semanas (después de una semana prevista para el examen). En varias decisiones se ha adoptado una teoría según la cual, en circunstancias normales, el plazo razonable para dar aviso es un mes a partir del momento en que se descubrió o debiera haberse descubierto el defecto (a veces llamada teoría del mes noble).*<sup>52</sup>

52 GONZÁLEZ SALGADO (2011) p. 68.

Otro caso que se puede asociar al mismo fenómeno se puede encontrar en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. En concreto, según lo consigna un tribunal español, fue necesario anular un precepto de un reglamento de extranjería, pues se consideró que descansaba en una *norma oscura que dificulta una respuesta segura a la hora de su aplicación.*<sup>53</sup>

53 MOREU, ELISA. (2020). *Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho*. Revista de Derecho Público: Teoría y Método Vol. 1. pp. 313 – 362. p. 345. Disponible en <http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/29/55> [fecha de visita 14 de octubre 2021]

No obstante, con esto no se pretende simplificar el lenguaje jurídico, se sabe que, como toda lengua de especialidad posee un argot necesario para comunicar con precisión sus temas, no es correcto pretender quitarle complejidad o vaciarlo de su natural contenido técnico, pues se entiende que de esa manera le es posible abordar los problemas propios del Derecho, sin embargo, a la luz de lo expresado se hace muy necesario hacerlo transitar a un estado en el cual el destinatario final del fallo, como usuario del servicio de justicia, comprenda mejor lo que se decide<sup>54</sup>, sin con ello perjudicar *la economía procesal que viene propiciada por la utilización de la palabra técnica, que resulta más breve y consigue fácilmente la precisión necesaria.*<sup>55</sup>

54 GONZÁLEZ ZURRO, GUILLERMO (2018). *Sentencias en lenguaje claro*. Revista Pensamiento Penal. Disponible en AR/DOC/2608/2018.

55 CARRETERO (2018) p. 3.

En suma, el Derecho se vale del lenguaje como una forma de persuasión, se sirve de él para comunicar sus decisiones y también lo utiliza como herramienta para configurar una realidad. Si además existe acuerdo en estimar que los cuerpos jurídicos no son manuales que produzcan resultados unívocos para determinadas circunstancias, entonces, la relación Derecho – Lenguaje cobra una relevancia mayor, puesto que la naturaleza interpretativa del Derecho supone un espacio de actuación abierto, en el que es posible que los intervinientes, invocando las mismas normas en apoyo de sus peticiones y exponiendo los mismos hechos, puedan hacerlo de infinitas formas ante infinitas maneras de ser reconocidas por los magistrados<sup>56</sup>.

56 HERNÁNDEZ (2015) p. 39.

Considerando lo anterior, y en el entendido de que los operadores judiciales tienen perfecta conciencia de las implicancias de utilizar una palabra en lugar de otra cuando refieren a una norma expresa, por ejemplo, en el caso de hurto o robo, pues conocen de sobrada manera las consecuencias disímiles que ambos vocablos representan en lo penal, no titubearían un segundo en cuál de las dos usar. Esta misma certeza se debe trasladar a todo el ámbito del lenguaje jurídico, pues *en la redacción jurídica, por definición, debe reinar la claridad y la precisión, porque, de lo contrario, lo que comienza siendo un problema de carácter lingüístico puede llegar a convertirse en un problema jurídico de proporciones considerables.*<sup>57</sup>

57 GONZÁLEZ SALGADO (2011) p. 73.

No obstante, existen acciones en torno a resolver esta brecha comunicativa. En concreto, dentro de las iniciativas chilenas vinculadas al lenguaje claro se pueden encontrar el Glosario de términos legales desarro-

58 RED DE LENGUAJE CLARO CHILE. (2017). *Acuerdo de Colaboración Red de Lenguaje Claro*. Disponible en <http://www.lenguajeclearo-chile.cl/documentos/> [fecha de visita 8 de octubre de 2021].

llado por el Poder Judicial, la creación de la Comisión de Lenguaje Claro, y, también del Poder Judicial y la Red de Lenguaje Claro, entre otras. Pero lo que podría ilustrar en cierto modo la naturaleza voluntariosa de estas iniciativas es, posiblemente, la firma del Acuerdo de Colaboración Red de Lenguaje Claro<sup>58</sup>, documento, suscrito por diferentes instituciones públicas de la mayor relevancia administrativa y política. En el acuerdo se declaran una serie de *intenciones* orientadas a que las instituciones firmantes, como el Congreso Nacional o la Contraloría General de la República, cumplan con promover y difundir el uso del lenguaje comprensible, sin embargo, en su carácter de intenciones, están lejos de alcanzar la fuerza de la ley o de formar parte del ordenamiento jurídico.

#### 4) La ausencia del lenguaje jurídico claro como obstáculo para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho humano

La corriente que defiende el uso de un lenguaje jurídico claro no es nueva ni se reduce solo a la lengua española. Según se puede rastrear en la literatura disponible, esta campaña se origina en Estados Unidos y el Reino Unido durante la segunda mitad del siglo XX y su génesis se vincula a la defensa de los consumidores, quienes acusaban a ciertas empresas de utilizar un lenguaje encriptado, burocrático e incomprensible. Así surge la campaña por un inglés llano que con el tiempo se extendió hacia el lenguaje administrativo y jurídico. Luego, la campaña se amplió a otras naciones como Australia y Canadá, acuñando el nombre de Movimiento por un lenguaje llano o *Plain Language Movement*.

Este movimiento se extendió por Europa, materializándose en España con la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, fundada en 2009 bajo el lema *El derecho a comprender*. Este hito tuvo como precedente la publicación de la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia y en su presentación, por parte del Ministerio de Justicia de la época, la autoridad reconoció la necesidad de contar con una declaración que atendiera los principios de transparencia, información y atención adecuada de los usuarios de la justicia.

En concreto, el documento en sus puntos 5, 6 y 7 consagra el derecho de los ciudadanos a que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos contengan términos sencillos y comprensibles; a que en las vistas y comparecencias se utilice un lenguaje que les resulte comprensible aunque no sean especialistas en derecho y a que las sentencias y demás resoluciones judiciales les sean comprensibles, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico<sup>59</sup>.

Como se observa, tanto el origen del movimiento por un lenguaje claro y la carta de los Derechos de los Ciudadanos refieren al mismo conflicto: la dificultad que se le presenta a los ciudadanos para acceder a información que les afecta directamente, ya sea como consumidor o como usuario del sistema judicial. Con anterioridad en este mismo artículo se hizo referencia a cómo, precisamente, el derecho a la información está consagrado, tanto en la Constitución Política de la República de Chile (artículo 8 inciso 2°)

59 MINISTERIO DE JUSTICIA ESPAÑOL (2002) *Carta de derechos ciudadanos*. Disponible en <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/05/Carta-de-Derechos-de-los-Ciudadanos-ante-la-Justicia.pdf> [fecha de visita 30 de junio de 2023].

60 MOREU (2020) p. 346.

61 Véase: CARRETERO (2018), GONZÁLEZ (2015) y MOREU (2020).

62 RAMÍREZ, RENÉ. (2020a) *La tutela judicial efectiva y el lenguaje de las sentencias*. Centro de Estudios Constitucionales SCJN. Disponible en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-tutela-judicial-efectiva-y-el-lenguaje-de-las-sentencias> [fecha de visita 8 de noviembre de 2021]

63 TARUFFO, M. (2011) *La motivación de la sentencia*. Madrid: Trotta. p. 416.

64 MONTOLÍO (2012) p. 100.

65 SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE MÉXICO (2007) *Manual de Lenguaje Claro*. p. 9. Disponible en [www.economia.gob.mx/files/empleo/ManualLenguaje.pdf](http://www.economia.gob.mx/files/empleo/ManualLenguaje.pdf) [fecha de visita 30 de junio de 2023]

como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no obstante, si se rastrea el alcance de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, lo que se observa es que su ámbito de acción se limita al campo de las indicaciones y las sugerencias y, por su parte, la Carta de Derechos Ciudadanos, se reduce a una *simple proposición*<sup>60</sup> pues no tiene efectos normativos ni se ha previsto forma alguna para hacerla efectiva.

Pero aun cuando diferentes países y sistemas judiciales han reparado en este conflicto y han desplegado ciertas iniciativas para atender sus efectos, existe abundante evidencia que apunta al sentido contrario. De esta manera, numerosos autores, como Carretero, González o Moreu<sup>61</sup>, entre otros, siguen describiendo el lenguaje jurídico como farragoso y encriptado, revelando con ello que las actuales iniciativas no han conseguido corregir la situación de manera significativa.

En esta lógica, y atendiendo a la relación asimétrica de poder que existe entre los tribunales y sus usuarios, es que este conflicto cobra suprema relevancia, pues se trata de un poder del Estado que mandata al ciudadano común a obedecer normas y acatar sentencias a las que, en estricto rigor, no siempre tiene acceso. De este modo, cuando un sujeto que se ve envuelto en un proceso judicial no comprende la sentencia que el juez le ordena cumplir, entonces, *el objeto de la sentencia no se satisface, dado que su fin último, el de solucionar un conflicto, no se cumple, lo cual es un atraso e incremento de la brecha entre la ciudadanía y los aparatos de justicia*.<sup>62</sup>

Siguiendo con lo anterior, reviste singular importancia lo que refiere a la motivación de las sentencias, toda vez que constituyen discursos cuyo efecto recae, por una parte, dentro del proceso judicial y, por otra, en la sociedad en su conjunto. De este modo, resulta de mayor relevancia atender a la calidad comunicativa de ese discurso, en tanto se trata del ejercicio del poder del Estado sobre los ciudadanos, y aquí es gravitante tener en cuenta que *quien ejerce un poder debe justificar las modalidades por las que este es ejercido de un modo determinado y no de otro*<sup>63</sup>, sobre todo si se considera que la falta de transparencia o el acceso limitado a la justicia puede interpretarse como una amenaza a la democracia, a los Derechos Humanos e incluso al Estado de Derecho.

A este respecto hay quienes sostienen que esta desconexión de los juristas con los ciudadanos contrasta con la toma de conciencia de sus derechos democráticos, lo que contribuye a que la sensación de desconfianza hacia el sistema judicial aumente, provocando a su vez una mayor predisposición a exigir una justicia que sea comprensible<sup>64</sup>. Consecuentemente, los movimientos por un lenguaje claro proponen terminar con las sentencias redactadas en estilos barrocos y rebuscados o innecesariamente técnicas y, en su lugar, privilegiar una redacción más llana y accesible, toda vez que el lenguaje claro *acerca a ciudadanos y gobernantes; aumenta la confianza de los ciudadanos en sus instituciones; (...) fomenta la transparencia y la rendición de cuentas*<sup>65</sup>, todos atributos que apuntan a fortalecer la democracia.

En este contexto, y desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, se abre otra arista aún más compleja en el conflicto comunicativo que se ha descrito hasta ahora. Considerando que el Código Civil en su artículo 8°

66 **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE** (2021)

67 **PRIETO, JESÚS.** (1996) *La exigencia de un buen lenguaje jurídico y estado de derecho.* Revista de Administración Pública. (N°140). pp. 111 – 129. p. 114

68 **BORDALÍ, ANDRÉS.** (2011) *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial.* Revista Chilena de Derecho, vol. 38 No 2, p. 314

69 **CONTRERAS, PABLO., SALGADO, CONSTANZA** (2020) *Curso de derechos fundamentales. Capítulo X "Debido proceso y garantías jurisdiccionales"* Flavia Carbonell y Raúl Letelier p. 368.

señala que *Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después de que esta haya entrado en vigencia*<sup>66</sup>, se ha visto que no existen condiciones comunicativas que garanticen que todos los ciudadanos comprendan lo que la norma espera de ellos, entonces, lo que se obtiene es un sujeto obligado a conocer y acatar una norma que no siempre está a su alcance.

En esto, precisamente, estriba el derecho a comprender y de esta manera la ausencia de un lenguaje claro se convierte en un obstáculo para el real acceso a la justicia, o dicho de otro modo *el lenguaje que no entiende el pueblo no sería, por ello, un lenguaje democrático*.<sup>67</sup>

A partir de lo anterior, se puede afirmar que para que una norma pueda considerarse justa o, a lo menos eficaz, es necesario que ostente cierta racionalidad comunicativa, es decir, que comunique de manera clara lo que pretende modificar en la conducta de los justiciables, pues esa claridad discursiva aseguraría la comprensión de la cual depende el acceso a la justicia, asunto que se vincula directamente con el derecho a una tutela judicial efectiva.

A este respecto es importante referir algunas conceptualizaciones en torno a la tutela judicial, a fin de delimitar su relación con el derecho a comprender. Si bien aún no existe acuerdo en cuanto a la configuración del derecho a la tutela judicial, diferentes autores se valen del derecho al debido proceso para definir sus alcances. Pero más allá de la abundante discusión académica en torno a ello, existe cierto consenso en identificar una relación ineludible entre tutela judicial y acceso a la justicia. En este sentido, se puede entender la tutela judicial efectiva como *un derecho que garantiza el acceso a un proceso para pedir tutela de derechos e intereses que se reclaman como propios*<sup>68</sup>, y es aquí donde cobra relevancia el derecho a comprender, pues si una de las partes ve limitada su posibilidad de tomar conocimiento de lo probado y alegado en el juicio, si no logra comprender las materias en las que se ve envuelto o no consigue comprender la sentencia que modifica el estado de sus intereses, entonces su posibilidad de acceder a la justicia se vería, a lo menos limitada. Lo que aquí se espera precisar entonces es que comprender aquello que el tribunal ventila con respecto a un juicio es una forma de acceder a la justicia, pero si, por el contrario, no se asegura el derecho a comprender aquellos temas que son de interés del justiciable, uno de los elementos clave de la tutela judicial no se estaría cumpliendo.

Lo mismo ocurre con la motivación de las sentencias, pues, tal como lo señala el Tribunal Constitucional los litigantes tienen derecho a conocer el fundamento de la decisión judicial, esto es, al resolver el conflicto de relevancia jurídica, el juez o el tribunal se encuentra obligado a explicitar las razones fácticas y jurídicas sobre las que se basa<sup>69</sup>. En este sentido, cabe preguntarse si el juez cumple con su obligación si, a propósito de sus elecciones lingüísticas, no consigue la claridad suficiente para que las personas comprendan dichas razones.

En esta misma línea, en materia de tutela judicial efectiva, se puede advertir una similitud entre el principio de Omnipotencia de la Ley, una especie de tutela legal efectiva, la cual tiene su materialización en que la ley, una vez publicada, se presume de derecho conocida por todos. Por lo

tanto, esta obligación correlativa del justiciable tiene como base que este debe conocer que existe una ley y poder comprender cómo esta le es aplicable, para que la pueda acatar. De igual forma, pero ya en un nivel superior del derecho, se encuentra el principio de la tutela judicial efectiva, que abarca pasos y condiciones complejas para la correcta solución de un conflicto de interés jurídico. Este principio-derecho se encuentra concatenado al derecho que tiene el justiciable a comprender cómo puede obtener la protección del Estado, cómo puede activar la maquinaria jurisdiccional y de qué manera los tribunales le entregarán una solución integral al conflicto puesto en su conocimiento.

De esta manera, la ciudadanía frente a la obligación de acatar la ley, so pena de recibir una sanción por su incumplimiento tiene el derecho a la tutela judicial efectiva si ven vulnerados sus derechos. Si esta garantía a la tutela, no se ve reflejada en una función jurisdiccional pública, informada y clara, su efectividad se desvanece, tal como la pretensión de justicia.

En esta misma línea, no son pocos los autores que vinculan directamente el uso de un lenguaje claro con el acceso igualitario a la justicia e incluso con el orden democrático. Al respecto unos afirman que *el Derecho sería indecible sin la lengua e ininteligible y no democrático sin un buen lenguaje*<sup>70</sup>; otros sostienen que la claridad y entendimiento de la sentencia estaría dentro del derecho al acceso a la justicia<sup>71</sup>; o incluso, como lo indicó en su momento el Ministro de Justicia español, *la claridad en el lenguaje jurídico enhebra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues es el presupuesto para comprender el Derecho y su aplicación por los tribunales*.<sup>72</sup>

En este orden de cosas, se ha podido observar que, paulatinamente, algunos tribunales han comenzado a reconocer, a partir de hechos concretos, que la claridad del lenguaje con que se comunican los asuntos judiciales sería un factor que incide en el acceso a la justicia. Ejemplo de ello es el caso de un Tribunal de Santiago, que recientemente remitió una carta a una niña que había sido víctima de un delito. En el documento le explican, en un lenguaje claro y simple, los pormenores del juicio en el que participó. En concreto la carta señala: *Ese día te escuchamos a ti, a tu mamá, a tu abuelita y otras personas más y los jueces, decidimos castigar a \*\*\*\*\*. Ese castigo lo cumplirá siendo vigilado todo el tiempo para que aprenda a portarse bien*<sup>73</sup>.

Una carta similar ya había sido escrita por un Tribunal mexicano en 2020 y otra del mismo tenor en 2021 en Formosa, Argentina<sup>74</sup>, hechos que dan lugar a especular dos cosas: por una parte que los magistrados reconocen que los discursos que producen no son accesibles a todos los justiciables y deben buscar estrategias para acercar el proceso judicial a los usuarios, considerando como un factor relevante el tipo de receptor de sus fallos. Esto, a su vez, abre la interpretación en torno a que solo aquellas personas que poseen ciertos conocimientos jurídicos podrían comprenderlos en su total magnitud, generando una desigualdad constante<sup>75</sup>, en consecuencia, vulnerando el derecho humano de acceso a la justicia.

Asimismo, la otra línea de interpretación, a propósito de las misivas en lenguaje simple, permite suponer que es perfectamente posible adecuar el

70 PRIETO (1996) p. 113.

71 RAMÍREZ (2020a).

72 MONTOLÍO (2012) p. 102.

73 5º TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO (2021) Carta enviada a una menor en el contexto de darle a conocer la sentencia.

74 La carta mexicana emana del Juzgado Sexto del Estado de Aguascalientes para informar a una menor que había ganado el juicio de amparo, la argentina, por su parte, refiere al Juzgado de Instrucción y Corrección N°6 y en ella se le comunica a una menor acerca de la condena del sujeto del que había sido víctima de abuso sexual.

75 RAMÍREZ, RENÉ. (2020b) *El impacto del lenguaje de las sentencias en los derechos de acceso a la justicia y transparencia judicial*. Disponible en <http://derechoenaccion.cide.edu/el-impacto-del-lenguaje-de-las-sentencias-en-los-derechos-de-acceso-a-la-justicia-y-transparencia-judicial/#print> [fecha de visita 28 de septiembre de 2021]

lenguaje en atención a las características de los usuarios receptores, situación que dependería de la voluntad de los magistrados. Sobre esto muchos autores, entre ellos Elisa Moreu, advierten que en las elecciones lingüísticas de los jueces existiría una especie de celo profesional vinculado a alcanzar mayor estatus entre sus pares al redactar de determinada manera sus sentencias. En tal sentido, se suele pensar que los jueces, pudiendo redactar en un lenguaje más llano, conociendo las dificultades de sus receptores para comprender sus discursos y teniendo a su alcance la elección lingüística; ante la disyuntiva de escribir para los ciudadanos o escribir para sus colegas, *el juez suele optar por un discurso especializado, con su léxico propio, su estilo ampuloso y arcaizante y su sintaxis embrollada, por miedo a perder credibilidad profesional*<sup>76</sup>.

76 MOREU (2020) p. 322.

Pero tampoco se trata de que los profesionales del derecho renuncien a la especificidad técnica de su lengua de especialidad, en tal sentido, lo que aquí se hace necesario es diferenciar el lenguaje simple del lenguaje claro. Como ya se indicó más arriba, el jurista y los operadores judiciales requieren de los tecnicismos que facilitan la comunicación de aquello que, en la ciencia del Derecho, suscita una mirada de experto. Tampoco se trata de que las comunicaciones judiciales se redacten en un idioma para niños, se trata de mantener la complejidad del discurso jurídico, pero privilegiando la claridad discursiva. Así, sin restarle su natural espesor técnico, se espera disponer de un discurso accesible, claro y que soslaye la barrera comunicativa que se advierte en su uso más frecuente.

A la luz de lo anterior, los magistrados no parecen sopesar el hecho de que una decisión judicial expresada de manera sencilla fortalece los mecanismos jurisdiccionales, facilitando así una tutela judicial efectiva, toda vez que la emisión de una sentencia expresada en términos que sean comprensibles por los ciudadanos no solo garantiza el derecho de acceso a la justicia de las personas, sino que también sitúa a los tribunales al alcance de la sociedad, legitimando así su labor en un contexto democrático<sup>77</sup>. De ahí que resulte incomprensible que algunos insistan en preferir la ampulosidad por sobre la precisión, la formalidad estática por sobre la naturalidad, la grandilocuencia por sobre la sencillez, sin atender a que esa elección sólo aparta a los ciudadanos del sistema, crea barreras comunicacionales y limita significativamente el acceso a la justicia como derecho fundamental de las personas.

77 SILVA, MARÍA. (2016) *Sentencias ciudadanas: Una herramienta para garantizar el derecho de acceso a la justicia a través de tribunales abiertos*. Revista justicia y sufragio. (N°16). Pp -13 - 19. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/sufragio/article/view/34187> [fecha de visita 14 de septiembre de 2021]

## 5) Conclusiones

Con todo lo visto y analizado en torno a lo que es y significa para una nación democrática el derecho a la tutela judicial efectiva, se ha definido un conjunto de amenazas a las cuales se enfrenta este derecho fundamental, para lograr cumplir su finalidad. Particularmente, y sobre lo que versa este artículo de investigación, la falta de un lenguaje claro y comprensible en los actos que se desarrollan en cualquier proceso judicial, incluidas las actuaciones sobre medidas cautelares prejudiciales, obstaculiza el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual puede devenir en una afectación a la paz social, toda vez que si el justiciable se percibe desprotegido por parte del

estado, podría incluso recurrir a la autodefensa o autotutela privada, coaccionando ilegítimamente a su contradictor.

Si la conversación que se da en un Tribunal, fundamentalmente entre los usuarios y los profesionales del Derecho, no descansa en una discurso llano, accesible y ajustado a la corrección gramatical, es probable que la solución del conflicto no se comprenda en su real alcance o se entienda contrariamente a lo resuelto. Por lo tanto, se puede concluir que los obstáculos discursivos que refieren ya sea, a lo enrevesado y técnico del lenguaje utilizado, a lo escueto e impreciso del mensaje o a la utilización de formalismos innecesarios y arcaicos, producen una desconexión entre los intervinientes del proceso judicial y amenazan el acceso a la justicia.

De esta manera, se puede afirmar que si el ciudadano no profesional del derecho no entiende qué resolvió el juez, por qué resolvió de esa manera y qué puede hacer al respecto si considera injusta o desproporcionada dicha solución, el propósito de la función jurisdiccional del Estado no se logra. A su vez, cuando la ciudadanía conoce sobre las sentencias, ya sea por la prensa, canales especializados o simplemente a través de su círculo social, las percepciones de lo sucedido dependen de las herramientas lingüísticas que se usaron para transmitir la decisión judicial, relativizando la exigencia y cumplimiento de lo resuelto en tales materias.

Así, toda vez que el justiciable deba informarse respecto de cierta jurisprudencia para decidir cómo enfrentar un eventual conflicto jurídico, se encontrará con documentos llenos de teorías, latinismos, tecnicismos e incluso palabras comunes que usadas fuera de un proceso judicial, pierden su naturaleza jurídica, resultando incomprensible para el ciudadano promedio el contenido comunicativo de dichos documentos, provocando una exclusión de la tutela judicial efectiva, de sus derechos e intereses legítimos, netamente debido a la ausencia de claridad en la comunicación.

En consecuencia, todo lo anterior incide significativamente en el derecho fundamental que tienen todas las personas a comprender lo que se decide legal y jurídicamente con relación a su trabajo, situación familiar y en general sobre sus vidas, para así poder acceder de manera informada a los distintos mecanismos de solución de conflictos que entrega el Estado. Si los ciudadanos no entienden la ley o la forma en que esta es aplicada por los jueces, menos podrán comprender y acatar lo que se falla. La falta de claridad en el discurso, la poca transparencia en el mensaje judicial envuelve al usuario en una maraña de desconfianza, profundizando la brecha entre la función jurisdiccional y sus destinatarios.

Como se advirtió a lo largo de esta investigación, los tribunales chilenos han incorporado ciertas herramientas, producto de compromisos internacionales con países más avanzados en el uso y promoción del lenguaje jurídico claro. Por tanto, se hace patente la conciencia del Estado en cuanto al rol que deben ejercer los órganos llamados a la administración de justicia, lo que denota la relevancia de un lenguaje claro, comprensible y cercano al ciudadano, entendiéndose que no puede existir democracia si los ciudadanos no conocen sus derechos o no comprenden de qué manera los pueden ejercer.



En definitiva, se hace indispensable que el legislador, así como en otros derechos fundamentales implícitos en nuestra Constitución Política de la República, sin definirlos, incorpore referencias inequívocas a la obligatoriedad de utilizar un lenguaje claro y comprensible en todas las actuaciones jurídicas. Tal como se ha venido diciendo en el desarrollo de este trabajo, la modernización de la justicia corresponde al dinamismo del derecho, por lo tanto, sosteniendo un criterio de realidad, no es sugerible que un derecho fundamental como el derecho a comprender a través de un lenguaje claro, sea limitado por una definición que, además de no garantizar su utilización, sea una camisa de fuerza para su desarrollo y evolución, de tal manera que la forma en que este es recibido por los destinatarios, corresponde a los cambios que en el lenguaje se van produciendo de manera natural. Por todo lo anterior, se concluye que el uso del lenguaje jurídico claro favorece la comprensión de las resoluciones y la motivación de los fallos, garantizando el acceso a la justicia y asegurando el derecho a la tutela judicial efectiva.

## Bibliografía

- ALCARAZ, ENRIQUE. HUGUES, BRIAN., GÓMEZ, ADELINA.** (2002). *El español Jurídico*. Barcelona, España: Ed. Planeta, S.A. 376 pp., p. 25.
- ARÁNGUIZ, CARLOS.** (2017). *Editorial*. Revista Acceso a la Justicia, (N°4), 136 pp., p. 3.
- BORDALÍ, ANDRÉS.** (2011) *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*. Revista Chilena de Derecho, vol. 38 No 2, pp. 311 - 337. Disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718-34372011000200006](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-34372011000200006) [fecha de visita 3 de julio de 2023]
- BUNGE, MARIO.** (1960). *La ciencia, su método y su filosofía*. Buenos Aires: Siglo Veinte.144 pp.
- CARBONELL, MIGUEL., OCHOA REZA, ENRIQUE.** (2009). *El derecho comparado frente a las reformas legislativas en el caso de Chile*. Revista de Derecho Universidad del Norte, Barranquilla, (N°32), pp. 271-305, p. 275.
- CARRETERO, CRISTINA.** (2018). *La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico*. Repositorio de la Universidad Pontificia Comillas. 9 pp., p. 1. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/25574> [fecha de visita 10 de octubre de 2021]
- COMISIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO.** (2011). *Informe de la Comisión de Modernización del lenguaje jurídico*. p2. Disponible en <https://lenguajeadministrativo.com/wp-content/2013/05/cmlj-recomendaciones.pdf> [fecha de visita 7 de septiembre de 2021].
- CONTRERAS, PABLO., SALGADO, CONSTANZA** (2020) *Curso de derechos fundamentales. Capítulo X “Debido procesos y garantías jurisdiccionales”* Flavia Carbonell y Raúl Letelier p. 345 - 348 disponible en <https://www.studocu.com/cl/document/universidad-catolica-del-norte/derecho/52-2020-debido-proceso-y-garantias-jurisd-flavia-c/52171228> [Fecha de visita 3 de julio de 2023]
- CUCATTO, MARINA.** (2013). *El lenguaje jurídico y su “desconexión” con el lector especialista. El caso de a mayor abundamiento*. Revista Letras de Hoje, vol. 48 (N°1), p. 130. pp. 127-138.
- ETXABARRIA, MAITENA.** (1997) *El lenguaje jurídico y administrativo. Propuestas para su modernización y normalización*. Revista Española de Lingüística, v. 27, n. 2, p. 341-380. Disponible en <http://www.sel.edu.es/pdf/jul-dic-97/27-2-Etxebarria.pdf> [fecha de visita 4 de octubre de 2021].
- FELICES LAGO, ÁNGEL.** (2005). *La teoría y la práctica en el desarrollo de la lengua para fines específicos* en E/LE: revisión crítica de los logros de la última década. Quaderns de filología. Estudis lingüístics, 10, pp. 81- 98. p. 82. Disponible en [https://www.researchgate.net/publication/267303361\\_La\\_teor%C3%ADa\\_y\\_la\\_pr%C3%A1ctica\\_en\\_el\\_desarrollo\\_de\\_la\\_lengua\\_para\\_fines\\_espec%C3%ADficos\\_en\\_ELE\\_revisi%C3%B3n\\_cr%C3%ADtica\\_de\\_los\\_logros\\_de\\_la\\_ultima\\_decada](https://www.researchgate.net/publication/267303361_La_teor%C3%ADa_y_la_pr%C3%A1ctica_en_el_desarrollo_de_la_lengua_para_fines_espec%C3%ADficos_en_ELE_revisi%C3%B3n_cr%C3%ADtica_de_los_logros_de_la_ultima_decada)
- GARCÍA, GONZALO, CONTRERAS, PABLO.** (2013). *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Estudios constitucionales, (N°2), pp. 229-282, p. 231.

- GONZÁLEZ SALGADO, JOSÉ.** (2011). *La elección lingüística como fuente de problemas jurídicos*, Revista de Lengua i Dret, (Nº 55), pp. 57-79. p. 73.
- GONZÁLEZ SALGADO, JOSÉ.** (2014). *Elementos anafóricos en las sentencias actuales: los adjetivos deverbales de participio*, Revista de Lengua i Dret, (Nº62), pp. 23-34 p 32. Disponible en DOI: 10.2436/20.8030.02.76 [fecha de visita 21 de septiembre de 2021].
- GONZÁLEZ SALGADO, JOSÉ.** (2015). *Problemas de precisión del discurso jurídico (aproximación desde el ámbito de la asesoría lingüística)*. Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law, (Nº64). pp. 47-62. p 50. Disponible en DOI: 10.2436/20.8030.02.115 [fecha de visita 14 de octubre de 2021].
- GONZÁLEZ ZURRO, GUILLERMO** (2018). *Sentencias en lenguaje claro*. Revista Pensamiento Penal. Disponible en AR/DOC/2608/2018.
- GUTIÉRREZ JAVIER.** (2010). *El español jurídico: propuesta didáctica orientada a la acción como base para un curso*. Revista de didáctica ELE. (Nº11), pp. 1 – 24.
- GUTIÉRREZ, JAVIER.** (2012). *El español jurídico: Discursos profesional y académico*, en El español de las profesiones, Artículos seleccionados del IV Congreso Internacional de Español para Fines Específicos. CIEFE. Amsterdam. pp. 150-166. p. 151. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7514888> [fecha de visita 12 de octubre de 2021]
- HERNÁNDEZ, JOSÉ.** (2015). *El proceso judicial como espacio comunicativo*. Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law, (Nº64), 2015, pp. 29-46. P. 33. Disponible en DOI: 10.2436/20.8030.02.114 [fecha de visita 4 de noviembre de 2021].
- JUANES, ÁNGEL.** (2017). *El lenguaje no invade la independencia judicial, al revés se gana legitimidad*. Revista Acceso a la Justicia. (Nº4), pp. 8-13.
- MONTOLÍO, ESTRELLA.** (2012). La modernización del discurso jurídico español impulsada por el Ministerio de Justicia. Presentación y principales aportaciones del informe sobre el lenguaje escrito. Revista de Lengua i Dret, (Nº57), pp. 95-121. p. 104.
- MOREU, ELISA.** (2020). *Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho*. Revista de Derecho Público: Teoría y Método Vol. 1. pp. 313 – 362. p. 345. Disponible en <http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/29/55> [fecha de visita 14 de octubre 2021].
- POBLETE, CLAUDIA, FUENZALIDA, PABLO.** (2018). *Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano*. Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law, (Nº 69). p 123. pp. 119-138. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2436/rld.i69.2018.3051> [fecha de visita 4 de octubre de 2021].
- PRIETO, JESÚS.** (1996) *La exigencia de un buen lenguaje jurídico y estado de derecho*. Revista de Administración Pública. (Nº140). pp. 111 – 129. p. 114.
- RAMÍREZ, RENÉ.** (2020a) *La tutela judicial efectiva y el lenguaje de las sentencias*. Centro de Estudios Constitucionales SCJN. Disponible en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-tutela-judicial-efecti->

- va-y-el-lenguaje-de-las-sentencias [fecha de visita 8 de noviembre de 2021].
- RAMÍREZ, RENÉ.** (2020b) *El impacto del lenguaje de las sentencias en los derechos de acceso a la justicia y transparencia judicial*. Disponible en <http://derechoenaccion.cide.edu/el-impacto-del-lenguaje-de-las-sentencias-en-los-derechos-de-acceso-a-la-justicia-y-transparencia-judicial/#print> [fecha de visita 28 de septiembre de 2021].
- RED DE LENGUAJE CLARO CHILE.** (2017). *Acuerdo de Colaboración Red de Lenguaje Claro*. Disponible en <http://www.lenguajeclarochile.cl/documentos/> [fecha de visita 8 de octubre de 2021].
- SILVA, MARÍA.** (2016) *Sentencias ciudadanas: Una herramienta para garantizar el derecho de acceso a la justicia a través de tribunales abiertos*. Revista justicia y sufragio. (N°16). pp -13 - 19. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/sufragio/article/view/34187> [fecha de visita 14 de septiembre de 2021].
- SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE MÉXICO** (2007) *Manual de Lenguaje Claro*. p. 9. Disponible en <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.economia.gob.mx/files/empleo/ManualLenguaje.pdf> [fecha de visita 10 de octubre de 2021].
- TARUFFO, M.** (2011) *La motivación de la sentencia*. Madrid: Trotta. p. 416.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG** (1922) *Tractatus Logico-Philosophicus*. Madrid: Gredos. Pp. 104. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina29684.pdf> [Fecha de visita 3 de julio de 2023]
- ZUNINO, RODOLFO.** (2020). *Utilización de lenguaje claro en los procesos judiciales. Propuesta de reforma de los códigos procesales*. Disponible en <https://laleyuruguay.com/blogs/novedades/utilizacion-de-lenguaje-claro-en-los-procesos-judiciales-propuesta-de-reforma-de-los-codigos-procesales> [fecha de visita 16 de septiembre de 2021]
- XVIII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA.** (2016). Declaración de Asunción, Paraguay. 28 pp., p. 2. Disponible en <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento/documentos-comision-de-seguimiento/item/333-anexo-iii-declaracion-asuncion-paraguay-2016> [fecha de visita 13 de septiembre de 2021]

## Normas citadas

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE** (2005).
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS** (1966).
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS** (1969).
- CÓDIGO CIVIL** (2021).

# Comentario a la Sentencia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Análisis e Implicancias para el Derecho chileno

*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization. Case summary and implications for Chilean law*

Comentario

CONSTANZA FUENTES LÓPEZ \*

\* **MAGISTER** en Derecho de Daños por Universidad Adolfo Ibáñez, defensa de tesina 14 de junio de 2023. Abogada, Universidad de Chile. correo electrónico: conifuentes20@gmail.com

**Resumen:** El comentario revisa un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos que desecha el precedente existente en relación con el derecho al aborto, y promueve que cada Estado pueda regular dicha materia según lo que señalen sus representantes. Revisado el contexto en el que se dicta esta sentencia y los hechos de esta, se analizan las implicancias que se producirían en Chile, de contar con un reconocimiento constitucional del derecho a interrumpir voluntariamente un embarazo.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho al aborto- precedentes- Constitución

**Abstract:** *The comment reviews a recent United States Supreme Court's judgement that leaves without effect the former precedent related to an abortion right, and finally decides to promote the regulation of this subject to the authority of the elected representatives in each State. After analysing the context of this judgement and its facts, I present some thoughts that could arise if the voluntarily interruption of pregnancy gets Constitutional recognition in Chile.*

**KEY WORDS:** *Abortion rights- precedents- Constitution*



## Sumario

1. Introducción; 2. Contexto de la sentencia; 3. Hechos relevantes y la decisión; 4. Implicancias en el derecho chileno; 5. Conclusiones

### 1) Introducción

Este comentario tiene por propósito revisar un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el cual se ha dejado sin efecto el precedente -probablemente uno de los más conocidos en el mundo occidental- denominado *Roe vs. Wade* (“*Roe*”) del año 1973 en que se consagró el derecho al aborto en dicho país. Actualmente, resulta aún más relevante estudiar este fallo, por cuanto en Chile existe un proceso constitucional vigente que podría derivar en el reconocimiento constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo, en caso de ser aprobada la Propuesta de Nueva Constitución presentada por la Convención Constitucional el 4 de julio del presente año. Finalmente, abordaremos ejemplos de implicancias en caso de que hipotéticamente esta última opción se concretara.

### 2) Contexto de la sentencia

Previo a comentar la sentencia que nos convoca, es menester tener presente el modo en que opera la jurisprudencia en el Derecho anglosajón o *Common Law*, pues las sentencias cuentan con un poder vinculante y son denominados precedentes. En cambio, en nuestro país, las sentencias judiciales solo tienen efecto relativo, esto es, resultan obligatorias solamente respecto de las causas en que se pronunciaren, según lo establece el Código Civil Chileno en su artículo 3°.

Así, el precedente opera en dos direcciones, una de forma vertical, donde la jerarquía mandará. Dicho de otra manera, el fallo de una Corte superior tendrá que ser seguido obligatoriamente por un tribunal de menor jerarquía.

Y por otro lado, encontramos la forma horizontal en la que opera el precedente, esto es, donde una misma Corte -incluso la Suprema Corte - tendrá que hacer valer el criterio de una sentencia del pasado en un caso de similares características, teniendo mayor valor aquella sentencia aun cuando la composición de la Corte fuera distinta o incluso cuando los miembros fueran los mismos, pero hubieren cambiado de opinión<sup>1</sup>. Esta es la forma de aplicar la institución de “*Stare decisis*” que en latín significa a estarse a lo decidido.

En palabras del profesor Schauer, resulta crucial destacar que el *Stare decisis* supone que los jueces estarán obligados a aplicar y seguir un precedente cuando lo consideren correcto pero también, cuando no estén de acuerdo y lo consideren incorrecto. Es más, indica derechamente hablando del fallo *Roe*, que los ministros de la Corte deberán seguir aplicando *Roe*, incluso si es que continúan pensando que fue fallado incorrectamente<sup>2</sup>.

Por consiguiente, la vigencia del *Stare decisis*, se funda precisamente en que los jueces no podrán decidir a la ligera cuál precedente podrán dejar

1 SHAUER, FREDERICK (2012) *Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, p.37.

2 SHAUER (2012) p. 41.

3 SHAUER (2012) p.60.

4 Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. V. Jackson Women's Health Organization et al., alegado el 1 de diciembre, 2021 fallado 24 de junio 2022.

5 MONDACA ET. AL (2015). Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho Chileno. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca. N°1. p. 24

6 "Except in a medical emergency or in the case of a severe fetal abnormality, a person shall not intentionally or knowingly perform.. or induce an abortion of an unborn human being if the probable gestational age of the unborn human being has been determined to be greater than fifteen (15) weeks".

sin efecto, pues la regla es firme y para que pueda respetársele de forma relevante, deben existir razones de peso para poder revertir un precedente del pasado, elevando el estándar acerca de la identificación y consecuencias del supuesto error de este<sup>3</sup>.

### 3) Hechos relevantes y la decisión

Pues bien, el 24 de junio de 2022 la Corte Suprema de Estados Unidos ("EE. UU.") dictó sentencia en el caso *Dobbs, V. Jackson Women's Health Organization*<sup>4</sup> o más conocido entre nosotros como el fallo que modificó el precedente *Roe*, que consagró el derecho a elegir terminar un embarazo.

En ese sentido, desde el año 1973 y hasta comienzos de junio del 2022, se comprendía que la Constitución de EE.UU. había reconocido el derecho al aborto pues el derecho a la privacidad es lo suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer a terminar o no con su embarazo<sup>5</sup>, pero que los Estados podrían limitar aquel derecho con posterioridad a las 28 semanas de embarazo, cuando el feto pudiera sobrevivir fuera del útero materno.

Uno de los razonamientos clave del fallo *Roe* fue identificar qué se entendería por "viability", es decir, la capacidad del feto de tener una vida significativa fuera del útero de la madre. Por ello, también se pudo consagrar que hasta antes de las 28 semanas se podría decidir sobre la terminación del embarazo, pues antes de que el feto fuera viable para vivir de forma independiente a su madre, los Estados no podrían obligar a las mujeres a llevar a término un embarazo. Para ello la Corte introdujo una serie de reglas que en particular distinguían el embarazo con tres trimestres, y a partir del tercero, el feto por ser considerado viable tendría una mayor protección.

Ahora bien, el caso que fue resuelto hace menos de un mes por la Corte Suprema de EE.UU. surge a partir de una Ley dictada el 2018 en el Estado de Mississippi, denominada "*Gestational Age Act*", la cual incluyó una norma en estos términos: "*Excepto que exista una emergencia médica o un caso severo de anomalía fetal, una persona no podrá intencional o conocidamente realizar o inducir el aborto de un humano no nacido si es que la edad gestacional probable del humano no nacido ha sido determinada como mayor a 15 semanas*"<sup>6</sup> (traducción libre).

Como se puede anticipar, esta norma contraviene el tiempo gestacional de "viability" que consagró el precedente de *Roe*. Por ello, luego de publicada esta Ley, *Jackson Women's Health Organization* (una clínica que practica abortos) y uno de sus médicos, presentaron una demanda contra varios organismos de ese Estado. Luego, la Corte de Distrito acogió su demanda y por ello el Departamento de Salud Estatal de Mississippi ("*Dobbs*") recurrió ante la Corte Suprema.

En ese contexto, la Corte Suprema no solo tenía el precedente de *Roe* para revalidarlo, sino que también existía otro caso similar denominado "*Planned Parenthood of Southeastern Pa. V. Casey*" ("*Casey*") de 1992. En éste se reconoció el derecho al aborto utilizando en parte los argumentos que sirvieron de base para *Roe*. Mencionamos esto, porque como vimos *supra* (II), el *Stare decisis* debía ser aplicado.

7 En específico en Roe se habrían fundado en la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Décimo Cuarta Enmienda para argumentar la validez de este derecho.

8 El Anexo A del fallo incluye una recopilación cronológica de las Leyes existentes referidas al aborto en los diversos Estados, desde 1825 hasta 1901.

9 Fallo que fue redactado por Justice Alito, con el voto concurrente de Justice Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barrett. También Justice Roberts incluyó una opinión favorable al fallo.

10 Pág. 6 Dissenting.

Es más, la propia sentencia del 24 de junio indica que el *Stare decisis* protege los intereses de quienes han tomado acciones basados en esas decisiones judiciales y al mismo tiempo que casos similares sean resueltos de la misma manera. Sin embargo, la sentencia continúa indicando que, si una decisión que interpreta la Constitución ha sido errada, es necesario revertir incluso sentencias pasadas.

De acuerdo con los argumentos que considera la Corte para revertir el razonamiento de Roe, indican que (i) las reglas sobre las que se interpretó que se consagraba el derecho a elegir optar por un aborto, no lo reconocían propiamente tal y que nunca la Constitución hizo expresa referencia al aborto<sup>7</sup>. (ii) Para que esta libertad de optar al aborto fuera reconocida tendría que haberse fundado en que el derecho al aborto estuviera profundamente arraigado en la historia de la Nación y sus tradiciones, pero la Corte realiza un largo recorrido histórico en el que el aborto sería incluso criminalizado en la mayoría de los Estados<sup>8</sup>. (iii) Por último, la Corte señala que los casos citados para reconocer el derecho a obtener un aborto no podían ser siquiera similares porque a diferencia de Roe, ninguno de esos casos “*destruye una potencial vida*” en los términos que pretendía Roe.

A mayor abundamiento, se realiza una crítica el razonamiento basal de Roe desde que la Corte incorporó una serie de reglas que no se veían fundadas ni por doctrina ni por otros casos jurisprudenciales, y que, en definitiva, parecían ser parte de una actitud que debió tomar el poder legislativo y no que la Corte se autoproclamara la facultad de regular el derecho al aborto.

Es así, como la Corte termina acogiendo<sup>9</sup> la petición de Dobbs señalando -en síntesis- que la Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado a regular o prohibir el aborto, pero que la Corte en los casos de Roe y Casey se habría arrogado esa facultad, por lo que ahora se devuelve a la gente y a sus candidatos electos, la facultad de elegir esas opciones.

En todo caso, consta el voto disidente de los jueces Breyer, Sotomayor y Kagan, quienes defienden que la verdadera razón por la que se transgredió el *Stare decisis*, tiene que ver principalmente con la composición de la Corte en este minuto<sup>10</sup>. En otros términos, la mayoría de los miembros de orden conservador -lo cual se alcanzó con la llegada de Amy Coney Barrett que fue nominada bajo el mando del expresidente Trump- promovió este vuelco jurisprudencial contra el precedente sentado por los fallos de Roe y Casey.

Además de oponerse a esta decisión, que se contrapone directamente a la garantía de libertad e igualdad consagrada para las mujeres al poder decidir sobre su propio cuerpo hasta el tercer trimestre del embarazo, indican que nada obsta a que los Estados ahora preparen leyes que prohíban el aborto en cualquiera de sus semanas o incluso prohibiendo de forma irrestricta situaciones límites como cuando el aborto se basa en un embarazo que tuvo como causa una violación o un incesto. Finalmente, -entre tantos otros argumentos que por extensión no podremos abordar- hacen presente que, si es que un nuevo derecho a ser interpretado a partir de la Constitución debiera tener un origen arraigado en las tradiciones de



la Nación, tampoco se hubiera garantizado, por ejemplo, la libre adquisición de anticonceptivos.

Como hemos podido revisar, la importancia de esta sentencia modificará el curso de acción de múltiples Estados de dicho país, que con miradas más conservadoras podrán limitar probablemente de forma absoluta, la libertad de decisión sobre el cuerpo de mujeres embarazadas. A modo referencial los Estados de Texas, Oklahoma, Mississippi, Alabama y Wisconsin entre otros, ya cuentan con una prohibición al aborto<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html> (Revisado y disponible el 24/07/2022)

#### 4) Implicancias en el derecho chileno

En base a lo expuesto, resulta pertinente recordar ciertos hitos de la regulación del aborto en Chile. Primero, en 1968 la regulación del Código Sanitario Chileno permitía interrumpir un embarazo sólo con fines terapéuticos. Luego, con una modificación del año 1989 el artículo 119 del mismo cuerpo legal indicó “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Mucho más adelante en nuestra historia, el año 2017, fue promulgada la Ley N°21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: a) peligro para la vida de la mujer; b) inviabilidad fetal de carácter letal; c) embarazo causado por una violación.

Este contexto da cuenta de que actualmente en Chile, en determinados casos, se puede acceder a un aborto. Sin embargo, según la Nueva Propuesta de Constitución, presentada el día 4 de julio de 2022 a la ciudadanía que deberá votar su aprobación o rechazo el 4 de septiembre, la interrupción voluntaria del embarazo sería un derecho. En efecto, el artículo 61 de la propuesta señala:

*“Toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción.*

*El Estado garantiza su ejercicio sin discriminación, con enfoque de género, inclusión y pertinencia cultural; así como el acceso a la información, educación, salud y a los servicios y prestaciones requeridos para ello, asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones. (el destacado es nuestro)*

*La ley regulará el ejercicio de estos derechos. (...)”*

De acuerdo con el referido artículo, el Estado deberá asegurar el acceso a una interrupción voluntaria del embarazo, lo cual al quedar regulado en términos amplios no debería suponer restringirlo a las tres causales que

actualmente rigen según la Ley N°21.030. En todo caso, la propuesta constitucional también deriva al Legislador la facultad de regular el ejercicio de estos derechos, por lo que no corresponde anticiparse aún más a dicha legislación.

Sin embargo, por más que la regulación de los márgenes del derecho quede relegada al poder legislativo, la propuesta es clara e incorpora el derecho a decidir libremente sobre el propio cuerpo por lo que la interrupción del embarazo sería una de las expresiones de dicha libertad. Por consiguiente, arribaríamos a una conclusión similar a la que logró Roe, al indicar que la Constitución ampararía el derecho a abortar de las mujeres, mas, en este caso existiría una explicitación del referido derecho.

Al respecto, conviene indicar que más allá de las implicancias sociales y culturales que pudiera tener un reconocimiento constitucional del aborto en Chile, un efecto directo que se produciría, sería amparar las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* que han recibido acogida en otras latitudes<sup>12</sup>. La primera se refiere a la acción que intentan los progenitores de un hijo que posee una enfermedad o malformación que, en el caso de haber sido correctamente informados por un especialista, habrían optado por abortar. Mientras que la segunda, consiste en una acción comúnmente entablada por los hijos nacidos con alguna enfermedad o padecimiento tan severo -esperando la mayoría de edad o siendo representados por sus padres-, que consideran que su vida “no merece ser vivida” y que hubieran preferido no haber nacido en esas condiciones<sup>13</sup>.

Pese a que este tipo de acciones podrían ya tener un determinado efecto en nuestro país dentro del régimen de responsabilidad común, alegando la lesión a un interés legítimo<sup>14</sup>, la consagración constitucional del derecho al aborto claramente facilitaría alegar la responsabilidad médica respecto a quienes no hubieren informado correcta y oportunamente dichas situaciones. Siendo en aquellos casos, perfectamente plausible alegar la pérdida de la posibilidad de haber abortado.

## 5) Conclusiones

Este comentario ha tenido por objeto comentar el interesante cambio jurisprudencial que se produjo en EE.UU. a propósito del fallo Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization. Debido a que éste no solamente dejó sin efecto un precedente, cuestión que como se revisó en el acápite II es inusual y de todas maneras no es el efecto querido por el principio *Stare Decisis* consagrado en el Derecho anglosajón, sino que además modificó el curso de acción -y seguirá modificando- la regulación del aborto en cada uno de sus Estados. Lo que trae como directa consecuencia, la limitación al derecho a decidir sobre el propio cuerpo de las mujeres de cada uno de los Estados que restrinja ampliamente el derecho al aborto.

Por su parte, la relevancia del tema nos hizo cuestionarnos sobre las implicancias que podría tener la aprobación de la propuesta del nuevo texto constitucional de Chile, si es que fuere favorable el resultado de 4 de septiembre. Y en ese sentido, se apreció en el marco de la sentencia comentada que una consagración explícita del derecho al aborto permitiría reconocer también, la factibilidad de entablar acciones de *wrongful birth* o *wrongful life* en Chile.

<sup>12</sup> Países Bajos, Estados Unidos, entre otros. Véase: Van Dam, C. (2013) *European Tort Law*, second edition. Oxford University Press.

<sup>13</sup> VAN DAM, C. (2013) pp. 193-198.

<sup>14</sup> MONCADA (2015) 31.

## Bibliografía

- MONCADA, A. ET AL.** (2015) Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho Chileno. Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca. N°1.
- SHAUER, F.** (2012) Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press.
- VAN DAM, C.** (2013) European Tort Law, second edition. Oxford University Press.

## Jurisprudencia citada

- DOBBS STATE HEALTH OFFICER OF THE MISSISSIPPI DEPARTMENT OF HEALTH, ET AL. V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION ET AL., ALEGADO EL 1 DE DICIEMBRE, 2021 FALLADO 24 DE JUNIO 2022.** (2022) Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf)

# Instrucciones para publicar en la revista

## Convocatoria Permanente

---



### Escríbenos o envíanos tu manuscrito

revistaderechoprocesal@mail.udp.cl



### Síguenos en nuestra red de LinkedIn

Revista Estudiantil de Derecho Procesal

La Revista Estudiantil de Derecho Procesal (REDP) tiene como objetivo expandir el conocimiento, estudio e innovación de la disciplina procesal y motivar su desarrollo. Con ese fin, la REDP invita abiertamente a la comunidad académica y estudiantil a enviar sus obras originales e inéditas para ser publicadas y difundidas en ella.

Se aceptan manuscritos de: *a) Artículos de Investigación; b) Notas estudiantiles; c) Comentarios; siempre que guarden relación directa con el estudio y profundización de las temáticas que el Derecho Procesal propone.* Los escritos deben ceñirse a lo señalado en las reglas generales de publicación y autores que se encuentran disponibles en la página web de la Revista y deben ser enviados al correo electrónico [revistaderechoprocesal@mail.udp.cl](mailto:revistaderechoprocesal@mail.udp.cl).

Una vez recepcionados, se encontrarán sujetos a un proceso de evaluación consistente en dos etapas: una primera revisión del equipo editorial y una segunda revisión por pares, ambas bajo el sistema doble ciego, para obtener finalmente un dictamen sobre los escritos seleccionados para publicación y las eventuales correcciones que se requieran realizar.

El equipo editor podrá descartar artículos recibidos conforme a un criterio de prioridad. Este criterio se fundará en: a) Los niveles de endogamia académica del número correspondiente de la Revista, no pudiendo superar más de un 30% de publicaciones de la misma institución; b) Los indicadores de descarga de los autores de dichos trabajos, según la base de datos Scielo; c) Los factores o índices de impacto de Scimago, Journal Metrics (Scopus) y JCR (Web of Science); y d) La variedad temática de los trabajos presentados a la Revista.

En caso de que un artículo sea aceptado, será publicado dentro de un plazo de dos años, que comenzará a contar desde la aprobación de este. Con todo, este término podrá ser extendido por acuerdo con el autor. La REDP tiene los derechos de edición, publicación y difusión establecidos en las reglas generales, por su parte, los autores tienen los derechos y deberes establecidos en las mismas. ❀



**udp** FACULTAD  
DE DERECHO

NÚMERO

3

ISSN  
2735-7538

redp  
udp



# Revista Estudiantil de Derecho Procesal

Universidad Diego Portales  
FACULTAD DE DERECHO

NOV 2023