



# 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), Límites 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 inadmisibile 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.

85 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>.

86 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

87 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 contrainterrogatorio 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 discorra 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 inadmisibile 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/aobjb0904.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, 90º 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** (46º 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/>