

Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca

Vicerrectorado

Centro de Estudios de Posgrado e Investigación



Doctorado en Derecho

**“La valoración en juicio oral del testimonio de la víctima en hechos de
violencia sexual: Una propuesta de esquema de argumentación probatorio
penal.”**

Trabajo de investigación para optar al grado de Doctor en Derecho

Doctorante: Diego Valdir Roca Saucedo

Tutor: Freddy Huaraz Murillo

**Sucre - Bolivia
2023**

Al presentar este trabajo como requisito previo para la obtención del título de Doctor en Derecho de la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, autorizo al Centro de Estudios de Posgrado e investigación o la Biblioteca de la Universidad, para que haga de este trabajo un documento disponible para la lectura según las normas de la Universidad.

También cedo a la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca los derechos de publicación de este trabajo; o de parte de él, manteniendo mis derechos de autor, hasta por un periodo de 30 meses después de su aprobación.

Diego Valdir Roca Saucedo

Sucre, noviembre de 2023

Agradecimientos

A mi esposa, la mujer virtuosa con quienes formamos un hogar al lado de nuestros hijos, cimentados en la roca fuerte que es Jesucristo, a quien debo lo que soy y tengo, y de quien será la gloria y el honor en todo lo que haga.

A mi padre y madre, siempre en mi corazón.

A todos quienes de alguna y otra forma contribuyeron en la formación de este documento y guiaron con sus consejos.

Y un agradecimiento especial a tres personas: la Dra. Grace Paredes, a quien conozco desde mi formación en el Instituto de la Judicatura de Bolivia, y a la Dra. Soraya Santiago por su gran colaboración en mi búsqueda de expertos en el tema, y al Dr. Freddy Huaraz, quien accedió gentilmente a tutorar el presente trabajo, por el tiempo dado para ello dentro de su ocupada agenda.

A todos, Dios les bendiga siempre...

Resumen.

El abordaje de la valoración del testimonio de la víctima de hechos de violencia sexual, plantea sin lugar a duda, muchos desafíos ante los cuales no se cuenta con herramientas adecuadas y pertinentes para afrontarlas, más aún ante una realidad jurídica nacional que poco o nada ha realizado en aras de tratar de manera adecuada esta temática, ni en casos ordinarios y mucho menos en los más sensibles como lo son los de violencia sexual.

Hasta el momento todo lo que se desenvuelve en este asunto, pasa solo por los aspectos procesales más comunes con relación a la práctica probatoria: admisión y exclusiones de prueba, dejando de lado que la parte esencial del proceso penal, que es el juicio, se debe a su vez al momento de la valoración de los hechos y prueba. La misma solo han sido abordados de manera superficial en lo procesal, desde la práctica empírica, dejando de lado el estudio profundo de los componentes de lo que implica el razonamiento probatorio y como los mismos pueden interrelacionarse con otros componentes centrales del estudio u análisis de hechos de violencia sexual, como lo es la Perspectiva de Género, por ejemplo, y ni que decir de acudir al aporte de la ciencia, válidamente dispuesta pero escasamente utilizada.

Conviene aquí hacer referencias a las sabias enseñanzas Jesucristo, “el Salvador”¹, en alusión a dos aspectos en la vida del ser humano: la prudencia y la insensatez, los cuales muchas veces definen el resultado de las acciones o decisiones que se asumen. El prudente, recoge la buena enseñanza, la analiza y la aplica, construyendo de ese modo su destino bajo sólidos cimientos; en cambio, el insensato, el imprudente, hace lo contrario, desecha la buena palabra, la enseñanza, y por tanto asume sus decisiones bajo su propia convicción, que muchas veces lo lleva a edificar sobre arena, que ante la mínima situación conflictiva, cae o se derrumba.

Y ello ocurre en el caso de la valoración de la prueba, se desconoce los aspectos esenciales de esta etapa procesal, y ante tal descuido, se acude a buscar distintas formas por las cuales se afronta esa labor, algunas muy buenas, pero los más, de una

¹ Mateo 7: 24-26. Biblia Versión Reina Valera 1960

forma muy limitada. La tarea en cuestión demanda conocer los aspectos centrales de la prueba y sus componentes, lo cual no se obtiene solo por el conocimiento empírico obtenido por la práctica, aunque la misma es muy importante, pero no suficiente por si sola; debe necesariamente estar de la mano. De esa forma, se garantiza decisiones que se basen en sólidos conocimientos, como aquella roca que refiere el Cristo, que permita justificar los razonamiento y decisiones de forma suficiente, clara y en respeto al debido proceso, que conlleva el derecho a la defensa y a la fundamentación y motivación de las decisiones judiciales.

En ese sentido, en el presente trabajo se plantea precisamente proponer alternativas de abordaje a ese componente del proceso penal que resulta muy importante.

En una primera parte se podrá apreciar todo el componente metodológico de la investigación, la formulación de problema, así como la Idea a Defender sobre la cual se plantea precisamente el objeto general y los específicos. Del mismo modo, se apreciará el enfoque de la investigación, los métodos y técnicas utilizadas, así como la población y muestra seleccionada.

En el CAPITULO I, referido al marco teórico y contextual.

El mismo está dividido en tres partes: la primera identifica los enfoques jurídico filosóficos del tema investigado, y en ella se desarrolla los aspectos centrales de la llamada Epistemología Jurídica, de la cual deriva la Epistemología del Testimonio, la cual estudia en sí, las forma en que se llega al conocimiento de la realidad a través del testimonio y sus formar de apreciación; en ella se proceden a estudiar sus diferentes teorías y en especial la teoría de las Injusticias Epistémicas, de la cual derivan muchos de los postulados de protección a los llamados grupos vulnerables o en situación de vulneración, estableciendo las formas en las cuales los conocimientos que se perciben de las declaraciones de las persona de dichos grupos, desfavorablemente interpretadas a la realidad.

Así también se desarrolla de forma precisa, los principales aspectos filosóficos de la triada probatoria: Hechos, prueba y verdad, los cuales son los cimientos del proceso penal, describiendo en cada uno de ellos sus componentes y la interrelación o

interactuación entre los mimos, en aras de la búsqueda de la verdad que caracteriza la finalidad del proceso penal.

En la segunda parte, se desarrolla los componentes de la Actividad Probatoria y en específico de la prueba testifical.

En consecuencia, podrá apreciarse la descripción de los aspectos esenciales de la prueba, los resultados de esa actividad, los estados mentales que pueden presentarse en los juzgadores en dicha labor, la contextualización de la prueba judicial, entre otros.

En esta parte se podrá apreciar un concreto desarrollo de lo que implica la valoración racional de la prueba, sus características y estructura, así como un estudio sobre los que implica de manera esencial, la Sana Critica y sus reglas, los cuales se constituyen en elementos estructurales para el desarrollo de la propuesta en el presente trabajo, es decir el componente de valoración individual y conjunta de la prueba.

Podrá también el lector encontrar el desarrollo de los principales aspectos de la prueba testifical; y dentro de ello, los criterios que la doctrina establecer para verificar la credibilidad y suficiencia del testimonio, así también, se aborda un aspecto central: los aportes de la Psicología del Testimonio, y en la cual podrá conocerse la naturaleza, objeto y principalmente la utilidad de la misma en el análisis de la declaración, ello a través del conocimiento de los principales componentes del proceso cognitivo, la inmediación, la confluencias de factores internos y externos que influyen en la memoria y el recurso, y que desembocan muchas en errores sinceros en la declaración, que muchas veces se confunden con mentira o falsedad de la misma, entre otros aspectos importantes.

En la tercera parte, se desarrolla otro de los componentes de la idea a defender: la perspectiva de género en la valoración de la prueba.

En ella, el lector podrá apreciar algunos mitos en relación con el uso de ésta en la etapa del juicio, así como la descripción de lo que implica su uso en este momento de la actividad probatoria: la identificación de sesgos y estereotipos, los cuales son definidos y descritos en su composición.

Posteriormente, se desarrolla el Marco Contextual, en el cual se podrá advertir principalmente, el estado de arte acerca de todo lo estudiado sobre el tema, en el ámbito nacional e internacional, así como también el tratamiento jurisprudencial con relación al testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual, tanto extranjera como nacional.

Por último, se asume ciertas consideraciones finales y posturas en relación a la Presunción de Inocencia, testimonio único y la perspectiva de género, una triada que en la actualidad motiva muchos debates; así como también en relación a la protección reforzada que se le otorga a dicha declaración y los criterios de valoración establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se analiza el posible mal uso de la misma dentro de los procesos penales internos de cada país.

En el CAPITULO II, se hace referencia al diagnóstico.

En la misma, por una parte, se podrá apreciar los resultados y hallazgos relevantes de las entrevistas realizadas a jueces y juezas en materia penal, así como a psicólogas forenses. Por otra parte, se expone el resultado del análisis de contenido de las resoluciones identificadas como más relevantes para la investigación.

En el CAPITULO III, se desarrolla todo lo que implica la propuesta en cuestión.

El lector podrá apreciar el desarrollo de un marco teórico filosófico de la misma, en el cual se realiza una descripción gráfica del mismo y a la vez de sus principales componentes, y sus interrelaciones. Se explica los fundamentos de la propuesta, ello en base a lo que implica un modelo de valoración objetivo de la prueba, ya partir de ello se desarrolla los componentes de la propuesta, es decir, los esquemas de argumentación para la valoración individual y conjunta de la prueba testifical, apoyado en criterio epistémicos de control, apoyados en la sana crítica y la perspectiva de género, como en la Psicología del Testimonio.

Asimismo, se presenta un estudio de pertinencia y aplicabilidad de la propuesta basado en el método cuasiexperimental, realizado con los estudiantes del Tercer curso de Formación y Especialización Judicial Ordinaria a cargo de la Escuela de Jueces del

Estado, en donde se apreciará los resultados de la experiencia en cuanto a la impartición de esos esquemas como parte de la formación judicial y la práctica asumida por los estudiantes, con resultados satisfactorios.

Así también, se presenta el proceso de validación realizado, a través del método Delphi de consulta a expertos y expertas, y que permitieron importantes aportes que concluyeron con la validación y aprobación del esquema planteado en la propuesta.

Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones finales de todo el trabajo realizado.

Índice

I. Introducción.	1
II. Situación problémica.....	2
III. Formulación del problema de investigación.	4
Objeto de Estudio.....	5
Campo de Acción.	5
IV. Idea a Defender.....	5
V. Objetivos de la Investigación.	5
Objetivo General.	5
Objetivos Específicos.	5
VI. Justificación.....	6
VII. Diseño Metodológico.	9
Enfoque y tipo de investigación.	9
Tipo de Investigación.	9
Métodos Teóricos y Empíricos.	11
Población y Muestra.....	13
CAPÍTULO I.....	16
MARCO TEÓRICO Y CONTEXTUAL	16
Primera Parte.....	16
Enfoque Jurídico-Filosófico del testimonio, verdad, hecho y prueba.	16
1. La Epistemología jurídica.	16
1.1. La Epistemología Jurídica y su finalidad.....	18
1.2. Epistemología del testimonio e Injusticias Epistémicas. Un acercamiento desde la filosófica del derecho y la teoría de la prueba.....	20
1.1.1. Teorías de la Epistemología Jurídica.	21
1.1.1.1. Epistemología individual.	21
a) Teorías Bayesianas.	22
b) Teorías del fundacionalismo moderado.....	24
c) Teorías aseverativas del conocimiento.....	24
1.1.1.2. Epistemología jurídica social.	25
a) Teorías revisionistas.	28
b) Teorías expansionistas.	28
c) Teorías preservacionistas.	29
1.2.1. Epistemología del Testimonio. Testimonio en sentido amplio y estricto.	30

1.2.2. Concepciones de la epistemología del Testimonio. Presuntivismo y el no Presuntivismo.	33
1.2.2.1. Presuntivismo (no reduccionismo).....	33
1.2.2.2. No Presuntivismo (reduccionismo)	35
1.2.2.3. Toma de postura.	37
1.3. La teoría de las injusticias epistémicas.	37
1.3.1. Injusticia hermenéutica.	38
1.3.2. Injusticia testimonial.	40
1.3.2.1. Injusticia testimonial por enrarecimiento de la testificación.	43
2. La relación hechos, prueba y verdad en el proceso penal.	46
2.1. Los hechos y objeto en el proceso.	46
2.2. ¿Qué es probar un hecho?.....	47
2.3. La necesaria distinción entre hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado. Problemas de percepción y de interpretación.	49
2.4. ¿Es posible conocer objetivamente los hechos? Dos concepciones de la prueba: el cognoscitivismo y la concepción persuasiva.....	53
2.4.1. Concepción cognoscitivista de la prueba.	54
2.4.2. Concepción persuasiva de la prueba.	56
2.5. Las relaciones verdad-prueba. ¿Cuándo un enunciado es verdadero?	57
2.6. Teoría sobre la verdad en el razonamiento probatorio.....	60
2.6.1. Teorías semánticas de la verdad como correspondencia (verdad como correspondencia).	60
2.6.2. Teorías sintácticas de la verdad como <i>coherencia</i>	61
2.6.3. Teorías <i>pragmatistas</i> de la verdad.	61
2.7. Distinción: Verdad material (sustantiva) vs. Verdad formal (procesal).	63
2.7.1. La aceptabilidad de una proposición. “Ser verdadera” y “ser tomada por verdadera”	65
Segunda Parte.....	67
Actividad Probatoria y la Prueba Testifical.	67
3. Aspectos esenciales sobre la Prueba.	67
3.1. Replantando los moldes conceptuales: una traducción epistemológica del vocabulario dogmático-probatorio.	69
3.2. El derecho a la Prueba y sus elementos.....	70
3.2.1. Elementos.....	71
3.3. La actividad probatoria y sus resultados, el contexto de la prueba judicial.	72
3.4. Los resultados probatorios.	73

3.4.1. Los estados intelectuales del juez como consecuencia de la valoración de la prueba.	74
3.4.2. El contexto de la prueba judicial.	75
3.5. Momentos de la actividad probatoria. Valoración de la Prueba.	77
3.5.1. Definición del concepto de Valoración de la Prueba.	78
3.6. Valoración racional de la prueba. Características y Estructura.	80
3.6.1. Características.	82
3.6.2. Estructura de la valoración racional: Un ejemplo de la valoración de la prueba a partir de hipótesis en el caso penal.	83
3.7. La relación: Valoración de la prueba -Estándar de Prueba.	84
3.8. Sistemas de valoración de la prueba.	86
3.9. Sana Critica y sus reglas, como pauta de racionalidad en la valoración de la prueba.	89
3.9.1. Las reglas de la Sana Critica.	90
3.10. Aspectos Estructurales de la prueba judicial. Valoración Individual y Conjunta de la prueba.	96
3.10.1. Valoración individual. Documental y testifical.	97
3.10.2. Valoración Conjunta.	100
4. La prueba testifical.	101
4.1. Aspectos esenciales que considerar en su valoración.	101
4.2. Credibilidad y Criterios de Valoración del testimonio.	102
4.2.1. Credibilidad.	102
4.2.1.1. Circunstancias de estricta índole técnico-psicológica. La valoración de las emociones del declarante.	104
4.2.1.2. Circunstancias controlables por un juez.	105
4.2.2. Valoración de la credibilidad desde la doctrina y jurisprudencia comparada. Caso Perú y España.	108
4.2.2.1. España.	108
4.2.2.2. Perú.	115
4.3. Suficiencia del testimonio. Algunas consideraciones con relación al testigo único y la presunción de inocencia.	118
5. Los aportes de la Psicología del testimonio.	123
5.1. Definición y campo de acción.	124
5.1.1. Campo de acción.	126
5.2. Procesos Cognitivos.	126
5.2.1. Procesos cognitivos básicos.	127
5.2.2. Procesos cognitivos complejos.	128

5.2.3. Indicio Cognitivo.....	129
5.3. El principio de Inmediación y su validez epistemológica en la valoración del testimonio. El mito de la detección de mentiras.	129
5.2.1. Mentira y su diferenciación.....	134
5.2.2. Errores sinceros.....	136
5.2.3. Factores que influyen en los errores sinceros.	139
5.4. Obtención del testimonio.	142
5.4.1. Técnicas de ayuda al recuerdo. La entrevista cognitiva.	143
5.4.2. Análisis de credibilidad del testimonio. SVA y HELPT	145
5.4.3. Recomendaciones con relación a la Valoración del testimonio.	147
5.5. Consideraciones finales.....	151
Tercera Parte.....	153
Valoración de la prueba y perspectiva de género	153
6. Necesaria referencia. La perspectiva de género como aporte del feminismo.	153
6.1. El juzgamiento con perspectiva de Género.....	156
6.1.1. Mitos sobre la Perspectiva de Género.	160
6.2. Sesgos y Estereotipos.....	161
6.2.1. Sesgos.....	161
6.2.1.1. Clases de sesgos en el proceso y en las decisiones judiciales.....	162
6.2.2. Estereotipos.....	165
6.2.2.1. Su relación con la discriminación. Estereotipos de Género.	166
6.2.2.2. Los llamados estereotipos sexuales.	167
6.4. Contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio en juicio oral.....	170
7. Marco contextual. Valoración del Testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual.	173
7.1. Estado del arte sobre la cuestión.....	173
7.1.1. Ámbito internacional.....	173
7.1.2. Ámbito Nacional.....	181
7.2.Tratamiento jurisprudencial: El testimonio de menores de edad víctimas, la valoración del testimonio de la víctima como prueba única para condenar y la valoración del testimonio contradictorio de la víctima.	183
7.2.1. El testimonio de menores de edad víctimas.	183
7.2.2. La valoración del testimonio de la víctima como prueba única para condenar. ..	189
7.2.3. La valoración del testimonio contradictorio de la víctima.	199
8. Consideraciones finales.	206

8.1. El cuidado de la no revictimización.....	206
8.2. Derechos en debate. Presunción de Inocencia, Testimonio único y Perspectiva de Género.....	209
8.3. La protección reforzada y los criterios de valoración en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿un mal uso de esta?	213
CAPITULO II.....	217
DIAGNÓSTICO.....	217
1. Caracterización general del objeto de estudio.....	217
2. Resultado obtenidos.	218
2.1. Resultados de la Entrevista.....	218
2.1.1. Entrevistas a Juezas y Jueces en materia Penal.	218
2.1.1.1. Graficación de los resultados de la entrevista a jueces.....	241
2.1.2. Entrevista a Psicólogas Forenses.	248
2.1.2.1. Graficacion de los resultados de las entrevistas a psicólogas.....	254
2.2. Resultados del Analisis de Contenido.....	255
2.2.1. Resoluciones Ganadoras del Concurso de Sentencias con Perspectiva de Género.	256
2.2.2. Sentencia emitidas por los Tribunales de Sentencia Penal.	275
3. Hallazgos relevantes.	295
3.1. Con relación a las entrevistas a juezas y jueces.	295
3.2. Con relación a las entrevistas a psicólogas.....	297
3.3. Con relación a las sentencias.	299
CAPÍTULO III.....	303
PROPUESTA.....	303
1. Explicacion del modelo teórico y sus relaciones.....	303
1.1. El vigente paradigma constitucionalista.....	303
1.1.1. Estado Constitucional y Argumentación Juridica.	305
1.1.2. Argumentación Juridica y Derechos Fundamentales.....	306
1.1.2.1. Argumentacion con perspectiva de Derechos Humanos.....	308
1.1.3. Interpretación Jurídica en el Estado Constitucional.	310
1.1.3.1. Interpretación jurídica con perspectiva de Género.....	313
1.1.3.2. Relaciones de la argumentación con la interpretación.....	315
1.1.4. Garantías Constitucionales del proceso penal. Imputado y Víctima.....	315
1.1.5. El papel del juez o la jueza penal y el garantismo.	319
1.1.5.1 El garantismo penal.....	322

1.1.6. La teoria del silogismo juridico.	325
1.1.6. Casos Fáciles y Casos Difíciles.	326
1.1.7. Teoria de la justificacion o motivacion de las decisiones judiciales.	329
1.3.1. Justificacion Interna y Externa.	331
1.1.8. Criterios o reglas generales para poder tener justificada una decisión.	333
1.1.9. Racionalidad y razonabilidad en la Decisión.	335
1.1.10. Argumentacion sobre los hechos.	337
1.1.11. El contexto de descubrimiento y justificación de la premisa fáctica.	338
1.1.12. Valoración racional de la prueba. Individual y Conjunta	340
1.1.12.1. Testimonio de la víctima.	342
2. Graficación del Modelo teórico.	344
3. Objetivo de la Propuesta.	346
4. Fundamentación de la propuesta.	347
5. Desarrollo de los componentes de la propuesta.	357
5.1. Valoración Individual del testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual.	358
5.1.1. Fiabilidad.	361
5.1.1.1. Fiabilidad Interna. Credibilidad Subjetiva y exactitud.	361
a) Factores de codificación.	364
b) Factores de retención y de recuperación.	368
c) Aportes de la Psicológica del Testimonio.	370
5.1.1.2. Fiabilidad Externa. Verosimilitud.	371
a) Coherencia interna.	372
b) Coherencia externa.	374
c) Contextualización del hecho.	375
5.1.2. Graficación de los criterios propuestos	380
5.3. Valoración conjunta del testimonio de la víctima.	381
5.3.1. La inferencia probatoria.	383
5.3.2. Esquema de inferencia probatoria en base a la propuesta de Toulmin.	388
5.3.3. Ejemplificación del Esquema inferencial probatorio propuesto para la valoración del testimonio de la víctima.	391
5.3.4. Graficación del esquema propuesta.	397
5.3.5. Tratamiento del testimonio prestado fuera de audiencia. Cámara Gesell y Pericia de Credibilidad del Testimonio.	399
6. Estudio de pertinencia y aplicabilidad de la propuesta.	400
6.1. Antecedentes.	400

6.2. Desarrollo.....	401
6.2.1. Fase Virtual.....	401
6.2.2. Fase presencial.....	401
6.3. Resultados obtenidos.....	402
6.4. Consideraciones finales sobre el estudio de pertinencia y aplicabilidad.	406
7. Diseño de aplicación de la propuesta.....	406
8. Validación de la propuesta a través del Método Delphi.	408
8.1. Consideraciones finales con relación a la validación de la propuesta.	432
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES.....	433
Bibliografía.....	453
ANEXOS.....	464

Índice de Cuadros, gráficos y tablas

Cuadro 1 Resumen de ideas Bloque 1, P.2	411
Cuadro 2 Resumen de ideas Bloque 1 P.3	414
Cuadro 3 Resumen de ideas Bloque 1 P.4	417
Cuadro 4 Resumen de ideas Bloque 3 P.5	430
Gráfico 1 Preguntas Introductorias (1 -4). Conclusiones sobre el nivel de conocimiento.....	241
Gráfico 2 Pregunta 5. Dificultades en la Valoración de la Prueba.	242
Gráfico 3 Pregunta 6. Elementos con relación a la credibilidad del testimonio.	243
Gráfico 4 Pregunta 7. Suficiencia de la declaración de la víctima para condenar.....	244
Gráfico 5 Pregunta 8. Uso de la perspectiva de Género en la valoración de la prueba.	245
Gráfico 6 Pregunta 9. Conocimiento de la Psicología del Testimonio en la valoración de la prueba	246
Gráfico 7 Pregunta 10. Elementos en la valoración conjunta de la declaración de la víctima.	247
Gráfico 8 Pregunta 11. Necesidad de contar con un esquema argumentativo.	248
Gráfico 9 Necesidad de mayor abordaje en la EJE	403
Gráfico 10 Consideraciones sobre la utilidad del esquema propuesto	404
Gráfico 11 Aplicabilidad del diseño de la propuesta de Guía o Manual de valoración de la prueba penal.....	404
Gráfico 12 Aplicación del esquema de argumentación en la práctica.....	405
Gráfico 13 Postura sobre la suficiencia o no del testimonio único de la víctima	415
Tabla 1. Ventajas y desventajas en la recuperación de la memoria. Elaboración propia. Fuente Manzanero, 2022, p.300.	143
Tabla 2. Ideas centrales de las entrevistas a psicólogos.....	255
Tabla 3. Encuesta sobre necesidad de aplicación de esquema de argumentación EJE	406

Tabla 4 Aspectos beneficiosos del esquema individual propuesto	423
Tabla 5 Aspectos dificultoso del esquema individual.....	424
Tabla 6 Aspectos beneficiosos del esquema conjunto	427
Tabla 7 Aspectos dificultosos del esquema conjunto	428
Tabla y Gráfico 1 Opinión sobre el objeto de la investigación.	409
Tabla y Gráfico 2 Suficiencia o no en el abordaje del tema.....	410
Tabla y Gráfico 3 Afirmaciones con relación al papel de la P. de G.	412
Tabla y Gráfico 4 Necesidad de Contextualización del hecho	418
Tabla y Gráfico 5 Claridad del contenido y planteamiento del esquema	419
Tabla y Gráfico 6 Utilidad de los criterios de fiabilidad propuestos.....	419
Tabla y Gráfico 7 Uso de la Psicología del Testimonio en la valoración individual de la prueba	422
Tabla y Gráfico 8 Consideraciones del contenido y planteamiento del esquema conjunto ..	425
Tabla y Gráfico 9 Conformidad con el esquema propuesto de valoración conjunta.....	425
Tabla y Gráfico 10 Tratamiento de la declaración de la víctima fuera de audiencia	429

I. Introducción.

Hablar de la valoración de la prueba en los hechos de violencia sexual, se constituye hoy en día en un elemento muy importante en la labor jurisdiccional, enfoque desde el cual se desarrolla los contenidos de la presente investigación, no solo por la función misma de quien está llamado resolver en derecho y justicia, sino porque también dicha decisión tiene un efecto en el colectivo social que es quien al fin al cabo, aunque de manera un poco ilusoria, busca depositar en la administración de justicia, sus esperanza de que este tipo de hechos no se vuelvan a cometer o por lo menos tengan el castigo que se merecen quienes lo realizan². Debe quedar claro, que esa labor desarrollada por el o la juez, constituye una parte solamente, de todo un sistema que debe de igual forma articularse a fin de alcanzar o por lo menos procurar, un mejor y más efectivo abordaje de este fenómeno social.

Sin embargo, siendo parte de ese conjunto, la o el juez desde su posición debe saber dar una respuesta adecuada, equilibrada y conforme a los principios que consagran la labor que desempeña, comprendiendo a la vez el papel que desempeña en todo ese cometido.

Para ello se aborda la temática desde tres aspectos: el primero en relación a los componentes filosóficos y jurídicos que hacen a lo que implica la epistemología del testimonio y las relaciones entre hecho, verdad y prueba en el proceso penal; el segundo aspecto se centra en la actividad probatoria y en específico, la prueba testifical; y como tercer aspectos, las relación entre valoración de la prueba y la perspectiva de género; con ello se intente establecer la interrelación que entre estas tres cuestiones pueden suscitarse, sin necesidad de que se trate de posturas contrapuestas, entendiendo su papel y a la vez la proponiendo la forma en la cual las mismas pueden ser abordadas a fin de que se logre una resolución debidamente

² El asunto es que muy difícilmente, los jueces logren erradicar la violencia que sufren mujeres, niñas, niños, adolescentes, entre otros, sea esta de cualquier tipo, no solo sexual, ya que el compromiso debe ser y es integral con cada entidad del Estado en todo los niveles, pero ello no ha ocurrido, y en la práctica todas las miradas se dirigen al juez, sobre quien se ha representado la idea máxima de "justicia" para estos hechos, muchas veces con el alto costo de dejar de la ignominia pública en caso de no fallar a favor de la víctima, y dejar "en la impunidad" estos hechos, cuando en muchos casos, esa decisión es tomada en razón a la deficiente investigación, no adecuado abordaje del hechos, etc., por parte de las demás instancias intervinientes, y ni que decir de los aspectos preventivos; de allí que las esperanzas o ilusiones depositadas se vean afectadas.

motivada en relación a los aspectos valorativos de la prueba y lo hechos descritos por la víctima en su testimonio, y que, en su caso, sustenten la condena o la absolución del encausado.

Sin lugar a dudas que es una temática que plantea muchos desafíos, y más aún bajo los lineamientos del razonamiento probatorio, que están en boga en muchos países hispanoamericanos, y que requiere mayor atención en el ámbito procesal interno, a partir de estudios sobre la prueba y razonamiento probatorio en los delitos de género, con autores como Jordi Ferrer en el ámbito de la prueba y el razonamiento probatorio, José Luis Rodríguez en relación al estudio de la aplicación de la perspectiva de género al momento de la valoración de la prueba, especialmente de la declaración de la víctima como único testigo, y de Víctor de Paula con un estudio sobre la valoración de la prueba testifical y la utilización de la psicología del Testimonio en ese ámbito, entre otros autores que serán abordados en lo consiguiente, junto con la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional aplicable.

II. Situación problemática.

En la actualidad, para nadie debe ser llamativo que el marco normativo, partiendo desde la misma Constitución Política del Estado³, reconoce un amplio margen de protección a la mujer, a una vida libre de toda violencia, desarrollado aún más en la Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida libre de Violencia (Ley 348), sobre la cual también se hubo ampliado el ámbito de protección a toda persona que, estando en situación de violencia, en especial a quienes se reconoce dentro de la llamada población vulnerable, deban gozar de la más amplia y reforzada protección por parte de Estado, y en este caso por parte de las y los jueces. Es así como se estableció la obligación constitucional de “juzgar con perspectiva de género”⁴ como

³ Art. 15.II de la CPE. “Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.”

⁴ La SCP 0064/2018-S2 de 15 de marzo, en su Fundamento Jurídico III.2, impone: “...*independientemente de la conformación del Tribunal, ya sea por varones o por mujeres, sus integrantes están obligados a aplicar una perspectiva de género, en el marco de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Boliviano, nuestra Constitución Política del Estado y las normas internas; en ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia,*

método o herramienta esencial para la identificación de aquellas situaciones de discriminación y desigualdad que puedan presentarse dentro del proceso y que impliquen mantener en impunidad lo hechos de violencia que afecten a las víctimas.

Así, se presenta el aspecto problemático en la presente investigación, y es que en la práctica jurídica, se advierte como la llamada “perspectiva de género”, ha dado paso a que la decisiones dictadas por las y los jueces, se constituyan en “compilados de los estándares de la corte IDH”, lo cual es una buena práctica, pero que generalmente, y no en todos los casos, carecen de una estructura y pertinencia adecuada en su aplicación, al momento de realizar la valoración de los hechos y la prueba en los casos de violencia sexual. Y esto no es un tema reciente, sino que se arrastra desde la formación misma de los y las jueces, y porque no decirlo, desde la misma universidad en las facultades de Derecho, ya que el tema de la argumentación y valoración de la prueba ha sido poco o nada tratada a profundidad, siendo la misma el momento esencial del juicio penal, y en donde el o la juez debe tener el tecnicismo de saber expresar las razones o motivos por el cual considera o no determinado hecho y prueba como esenciales para la condena o absolución, y a la vez, saber expresar dichas razones de forma clara y ordenada, de modo que sea comprensibles. Y este problema, invisibilizado porque es un aspecto técnico que a cualquier ciudadano o ciudadana no le interesaría reclamar, salvo que cuenta con una defensa técnica (abogado/a) responsable, se acentúa más cuando se le exige al o la juez juzgar con perspectiva de género, cuando dicho concepto tampoco es comprendido en su cabal dimensión por la mayoría de ellos, incluso, existiendo aun un cierto rechazo a la aplicación de la misma, por diferentes factores, pero principalmente por incorrecta aplicación del mismo en el proceso penal, en especial al momento de valorar los hecho y pruebas en los casos de violencia sexual.

Sin lugar a dudas que el tratamiento de los Derechos Humanos en el ámbito penal a través de la aplicación del juzgamiento con perspectiva de género es importante, en especial en este tipo de hechos de notoria repercusión social, sin embargo, las

por Acuerdo de Sala Plena 126/2016 de 22 de noviembre, aprobó el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, que contiene los estándares internacionales e internos que tienen que ser cumplidos de manera obligatoria por jueces, juezas y tribunales...”.

razones o motivaciones realizadas por las y los jueces al momento de analizar los hechos y las pruebas, también lo son, y deben por ello optimizarse, de modo que el análisis del material probatorio presentado, no se reduzca a la mera indicación y aplicación de dichos estándares internacionales, sino que también se cumpla con la obligación de fundamentación y motivación en lo que respecta principalmente el momento de la valoración probatoria. Ello demanda también en los juzgadores/as, y en realidad en todos los actores que intervienen en el proceso penal, una correcta comprensión de la relación “prueba-perspectiva de género” como eje central del juzgamiento con perspectiva de género en el proceso penal, y de esa forma comprender como debe ser utilizada la perspectiva de género en el ámbito probatorio y hasta qué punto la prueba puede estar afectada por cuestiones de género, así como los aspectos de la prueba que serían susceptibles de examinarse con perspectiva de género; aspectos que sitúa el problema en la cuestión del como los tribunales valoran los hechos y las pruebas en casos de violencia sexual, y como emplean la perspectiva de género en esa labor.

Y ello resulta relevante en la práctica, puesto que, las razones expresadas en las sentencias no sean meras transcripciones de las pruebas y los hechos, así como de criterios emitidos por los altos tribunales internacionales o incluso nacional, que conviertan a la resolución en prácticamente una especie de “formulario preestablecido” al cual debe aumentarse o quitarse parte de la misma para que se adecue a la decisión que se pretende, la que generalmente es de condena, lo cual no es consecuente con el derecho al debido proceso en lo que respecta la obligación de fundamentar y motivar la decisión judicial, más aún si se pretende enervar el principio de inocencia que también es un derecho humano consagrado y protegido por las convenciones y tratados internacionales sobre la materia.

III. Formulación del problema de investigación.

¿De qué manera se podría llegar a garantizar que, en la valoración del testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual, por parte de las y los jueces penales, se obtenga una decisión suficientemente motivada y racional?

Objeto de Estudio.

Los esquemas de argumentación de los hechos y la prueba en el proceso penal

Campo de Acción.

La valoración del testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual con perspectiva de género a partir de un modelo de argumentación probatorio.

IV. Idea a Defender.

“El desarrollo de pautas o criterios de valoración epistémicos que consideren el uso del conocimiento de la ciencia especializada, y establezca la correcta aplicación de la perspectiva de género, garantizará una decisión de parte de la o el juez penal, que sea suficientemente motivada y racional⁵, al momento de valorar el testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual.”

V. Objetivos de la Investigación.

Objetivo General.

Proponer el desarrollo de pautas o criterios epistémicos controlables por el juez penal en la fase de juicio oral al momento de realizar la valoración del testimonio de la víctima de violencia sexual, a fin de garantizar la adecuada y racional motivación y aplicación de la perspectiva de género, en la valoración de los hechos y la prueba en este tipo de casos.

Objetivos Específicos.

- Determinar los fundamentos epistémicos que sustentan los aspectos relacionados al testimonio, así como también los elementos esenciales de la teoría con relación a la valoración de los hechos y la prueba testifical.

⁵ Por racional, se entiende que la decisión o sentencia debe estar debidamente justificada, y esto a través de los razonamientos que se establecen en primer lugar con relación a la valoración de los hechos y las prueba, de allí a la estimación de los hechos probados y, la aplicación de la norma como consecuencia.

- Analizar los esquemas de argumentación teóricos, doctrinales y jurisprudenciales, aplicados en la práctica jurídica con relación a la valoración de la prueba testifical de la víctima y la aplicación de la perspectiva de género en esta labor.
- Identificar los aportes epistémicos que puedan otorgar ciencias como la psicología del testimonio a la valoración de la prueba testimonial.
- Diseñar esquemas de valoración del testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual, tanto en forma individual como en conjunto.
- Validar la propuesta a través del uso del método Delphi.

VI. Justificación.

Pertinencia social y jurídica, e importancia de la temática.

La violencia sexual, sin lugar a dudas es uno de los temas más delicados que se pueden tratar en una sociedad organizada, por el efecto nocivo que conlleva, no solo a la salud física y psicológica de la víctima, sino también en relación a los efectos sociales en la víctima, por los contextos en los cuales se pueden suscitar, sean en el orden familiar, laboral, así como en conflictos armados, entre otros, y que la comunidad Internacional ha establecido de forma clara y precisas, como una forma de violación de los derechos humanos, especialmente cuando se refiere a la violencia hacia la mujer, identificada en mayor porcentaje como víctima de la misma, así como a las niñas y niños, entre otros. En ese sentido, el marco jurídico internacional se ha ocupado de este tema, en especial a partir de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y muy especialmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, denominada Convención Belem do Pará, así como la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW), instrumentos que se erigen como los más visibles en este asunto, y a los cuales nuestro país se ha adscrito.

Bolivia no ha sido ajena a esa realidad, y si bien se ha buscado en cierta forma legislar sobre la materia, no fue sino a partir de la promulgación de la ley 348, en

fecha 09 de marzo de 2013, que se hubo dado un carácter de prioridad nacional al tema, dando a su vez un tratamiento mucho más amplio, abarcado diferentes aspectos que conllevan la prevención, atención, protección y reparación, así como la persecución y sanción penal de los hechos de violencia que se susciten en el marco de la lucha contra la Violencia contra la mujer como política de Estado, en razón a los compromisos internacionales asumidos sobre esta temática, y que además se amplía a otras poblaciones consideradas vulnerables, entre los que se tienen, personas adultas mayores, niños niñas y adolescentes, y personas con discapacidad, como los más identificados, y con ello la incorporación de la Perspectiva de Género, como un herramienta aplicable a los procesos en procura de identificar aquellos aspectos que puedan implicar situación o criterios de desigualdad y discriminación especialmente en relación a aquellos grupos de población considerados vulnerables.

Aporte teórico - jurídico, y a la ciencia del Derecho en nuestro país.

A través de la presente investigación, se dotará de elementos o criterios racionales, que permitan estructurar el razonamiento judicial en relación a la valoración de la declaración de la víctima en los hechos de violencia sexual, y a su vez lograr la mejor comprensión de la perspectiva de género, y su aplicación en los procesos penales por hechos de violencia de sexual, muy especialmente al momento exacto de la valoración de la prueba en este tipo de caso, más precisamente, de la prueba de la declaración única del testigo-víctima. En ese sentido, el desarrollo de los aspectos relativos a la forma de la valoración de la prueba con perspectiva de género, en un elementos teórico a desarrollar que, muy bien puede incidir en el debate, no en relación a la aplicación de la perspectiva de género en los procesos, lo cual no es motivo de objeción o controversia alguna en el presente trabajo, sino más que todo, la correcta aplicación del mismo y su incidencia en la decisión final, como elementos suficiente o determinante al momento de establecer el debilitamiento del principio y garantía de presunción de inocencia. Ello conlleva la necesidad de establecer también si la jurisprudencia nacional ha considerado la reducción del estándar de prueba para este tipo de hechos, a través del solo hecho de acudir o invocar la aplicación de la perspectiva de género, de modo que se

flexibilice la posibilidad de enervar la presunción de inocencia, o, por el contrario, se actúa aun en franca contraposición de las reglas básicas del sistema de valoración probatorio vigentes en la doctrina y la teoría de la prueba.

Se trata de un análisis no muy extendido ni analizado profundamente en Bolivia, con referencia al estándar de prueba, y la forma de valoración de la prueba en este tipo de casos, a la luz no solo de la correcta interpretación de los estándares internacionales aplicados, sino también, en relación a la doctrina del razonamiento probatorio existente en nuestro país, y su relación a la suficiencia de la misma para lograr una debida, fundamentación de la sentencia condenatoria, a partir de una valoración de la prueba, que pasa por los objetivo y a la vez racional por parte del o la juez, e identificar a su vez la incidencia de resoluciones carentes de fundamentos o motivación.

Aporte práctico.

Sin lugar a dudas, que el debate abre puertas a diferentes posturas tanto ideológicas como a su vez teóricas, pero que en la práctica bien pueden ser sujetas de análisis, ya que tanto el derecho humano a una vida libre de violencia, que emerge del derecho a la igualdad y no discriminación, merece la atención debida, como así también el principio de la presunción de inocencia, reconocido también como un derecho humano, que transmite a su vez una garantía fundamental a la persona frente al aparato punitivo estatal, para que sea esta la que le demuestre su culpabilidad, en un proceso con las debidas garantías constitucionales y procesales.

En ese sentido, una decisión debidamente justificada y motivada en lo que refiere la valoración de hechos y pruebas, se constituye en una garantía de defensa que beneficiará tanto a la víctima como al acusado, a la par de garantizar a la sociedad la impartición de la justicia de forma idónea, que comprenda todos los aspectos que implican en análisis de estos hechos.

Esto también permitirá, a corto o mediano plazo, posibilitar en la práctica el estudio de los errores judiciales en las sentencias, el cual, según Luis Paz y otros (2017), “se verifica cuando el juez o magistrado, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, ha actuado de manera manifiestamente equivocada en la fijación de los hechos o

en la interpretación o aplicación de la ley, ocasionando un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.” (p. 131)

VII. Diseño Metodológico.

Enfoque y tipo de investigación.

Enfoque.

El enfoque del presente trabajo es mixto o cualicuantitativo, en razón a las características de ambos enfoques, por una parte el enfoque cuantitativo al utilizar la recolección y el análisis de para establecer con exactitud patrones de comportamiento en una población objeto de estudio, como ser los jueces en materia penal, así también las entrevistas o encuestas a realizarse, y por otra parte, el enfoque cualitativo, al utilizarse primero en descubrir y refinar preguntas de investigación y al basarse en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones y por su flexibilidad se mueve entre los eventos y su interpretación, entre las respuestas y el desarrollo de la teoría. Esta triangulación aparece como alternativa en esta investigación a fin de tener la posibilidad de encontrar diferentes caminos para conducirlo a una comprensión e interpretación lo más amplia del fenómeno en estudio.

En consecuencia, a partir de este enfoque mixto, se procedió a recolectar, analizar y vincular datos cuantitativos y cualitativos en un mismo estudio para responder al planteamiento realizado. En lo cualitativo se aplicó principalmente al estudio de casos, es decir, las sentencias recolectadas, entrevistas, teoría y jurisprudencia penal sobre el tema, lo cual es determinante para el presente trabajo.

Tipo de Investigación.

- **Descriptiva:** Indudablemente que tanto el objetivo general como la idea a defender, establece la pertinencia de una investigación del tipo descriptivo, ello en razón a que la finalidad es establecer aquellos criterios que resultan determinantes al momento de realizarse la valoración del testimonio único del testigo-víctima en

hechos de violencias sexual. A partir de allí, comprender el papel de la perspectiva de género en este momento de la actividad probatoria en juicio y la relación siempre conflictiva de dichos criterios con los aspectos teóricos de la valoración de la prueba en el proceso penal a fin de establecer la suficiente motivación de la decisión final. De otra parte, se procedió a describir los aspectos teóricos y demás principios que rigen la materia en relación con la valoración de la prueba y que pueden estar o no siendo mal interpretados y aplicados, en desmedro del principio garantía de la presunción de inocencia. Así también, se estableció la posibilidad de que la investigación sirva como base para la realización de otros estudios similares o relacionados a la temática, siempre está latente.

- **Propositiva.** Toda la investigación realizada no tendría sentido, sin que se utilice todo el conocimiento generado, en proponer alternativas de solución para el mejor entendimiento o la mejor comprensión del fenómeno de estudio. En ese sentido, como refiere Arandia (2010), se entiende que el fin de la ciencia es generar explicaciones de los fenómenos, al “por qué” de las cosas, para luego sobre ello, abrir las puertas al campo de la ciencia aplicada, es decir, al campo de las acciones concretas de intervención en la realidad con la finalidad de cambiarla, para lo cual ya la ciencia dispuso un sólido basamento. (p.211)

- **Socio-Jurídica.** El presente trabajo, se adapta plenamente a este tipo de investigación, toda vez que lo esencial de conocer cómo es que se aplica la perspectiva de género en la valoración de la prueba, y la incidencia en las sentencias condenatorias, el aspecto social que conlleva esta temática, permite dimensionar el alcance la investigación, de modo que al lograr comprender el fenómeno jurídico de la valoración de la prueba en perspectiva de género, con el fenómeno social de la violencia sexual, se permite establecer pautas de una visión sociología del derecho que permita dar una mayor grado de efectividad de la norma, sea para el afianzamiento de la aplicación de la perspectiva de género, para la mejor comprensión en relación a la forma de su aplicación al momento de la valoración, o en su caso, para el afianzamiento de la presunción de inocencia como garantía constitucional ante el poder punitivo del mismo Estado.

Métodos Teóricos y Empíricos.

Teóricos.

- **Método de Modelación.** Corresponde por excelencia a este trabajo en razón a la Idea a Defender planteada. A través de este medio, se procedió a abordar el problema identificado, partiendo de los que ya se tiene establecidos como conocimientos sólidos generales con relación a las variables de la Idea a Defender planteada, para de ese modo indagar en relación a los principios, teorías, por ejemplo relativas a la argumentación e interpretación en materia probatoria, así como los alcances teóricos prácticos de la perspectiva de Género en ese momento procesal, así como también los aspectos que hacen a la conformación de la presunción de inocencia en el contexto de la valoración de la prueba bajo esa perspectiva, para de esa forma llegar a conclusiones que permitan describir y comprender cada uno de los aspectos del problema de investigación y la forma en la que se lo aborda en la administración de justicia en Bolivia.

- **Método Inductivo.** Se escogió este método, en razón a la necesidad de sacar conclusiones e inferencias a partir del análisis de los casos a identificarse, es decir, de las sentencias condenatorias dictadas, para de allí establecer en cierta medida conclusiones generales que se relacionen a la idea planteada, que aporten en la tarea de confirmarla o desestimarla.

- **Método Sistémico, estructural y funcional.** A través de este método, se procedió a visualizar el objeto que se investiga, cuales los criterios y la forma de aplicación de la perspectiva de género en la valoración de la prueba testifical dentro del proceso penal y su incidencia con relación a la presunción de inocencia, estableciendo su importancia dentro del todo el sistema procesal penal, así como su estudio pormenorizado, identificando las funciones y el rol de cada uno de los conceptos que de ella emergen dentro del proceso penal: perspectiva de género, valoración de la prueba, testimonio de la víctima, presunción de inocencia, y las interconexiones entre las mismas y en relación al fenómeno motivo de estudio.

- **Método de Análisis - Síntesis.** El mismo se constituyó en el método principal para realizar lo antes indicado, es decir, en el proceso de descomponer el objeto que se estudia en el presente trabajo, en sus elementos para luego recomponerlo a partir de la integración de éstos, y esto a través del estudio de las normas, instituciones, procedimientos, conceptos, etcétera, que necesitan descomponerse en sus estructuras para caracterizarlas.

- **Método del Derecho Comparado.** A través de este método se realizó la comparación del comportamiento del fenómeno motivo de estudio, con relación a otros sistemas jurídicos extranjeros, como así también, la comparación interna en relaciona la forma de aplicación del mismo, en lo que respecta la jurisprudencia principalmente, con lo cual se posibilita destacar semejanzas y diferencias, establecer clasificaciones, descubrir tendencias y revelar modelos exitosos.

Empíricos.

- **Método Cuasiexperimental.** Siendo que se caracteriza porque el sujeto de estudio no se selecciona de forma aleatoria, sino que se encuentra o establece previamente, se procedió a su utilización en los estudiantes del Tercer Curso de Formación y Especialización en materia Ordinaria de la Escuela de Jueces del Estado, ello en razón a la condición de docente del investigador, en dicho curso, a quienes se les impartió, como parte del avance de materia en dicho curso, los elementos de la propuesta, a fin de que una vez se evalúe los mismos, se establezcan importantes conclusiones.

El estudio se realizó de forma Transeccional o Transversal, ya que la recolección de los datos se realizó en un solo momento, en un tiempo único, con el propósito es describir variables y analizar su incidencia en un momento dado. Así también *Ex post facto*, esto es de que, una vez concluido el avance curricular con relación a la temática planteada, se procedió a recolectar los datos esenciales con relación a la propuesta en cuanto a su pertinencia y aplicabilidad. (Vasquez, s/f, diapositiva 10)

- **Método Delphi.** El objetivo principal de este método, fue de validar la propuesta del presente trabajo, y de esa forma establecer si la aplicación de criterios que el juez penal pueda tener a su alcance para estructurar su razonamiento sobre los

hechos y la prueba en la fase de juicio oral al momento de realizar la valoración del testimonio de la víctima de violencia sexual, garantizará la adecuada y racional motivación y aplicación de la perspectiva de género, en la valoración de los hechos y la prueba en este tipo de casos.

- **Método de Análisis de Contenido.** A través del mismo se realizó el análisis de las distintas resoluciones, como también las conclusiones de las entrevistas a expertos para el método Delphi, y las entrevistas a psicólogos forenses y jueces.

5.1. Técnicas de investigación.

- **Entrevistas,** a través un cuestionario con preguntas semiestructuradas, para las entrevistas individuales a jueces en materia penal y expertos, así como psicólogos forenses.

- **Cuestionario,** como método de consulta a otros expertos respecto a la propuesta.

Población y Muestra

Con relación a la documentación:

Se realizó principalmente un análisis de las resoluciones judiciales que, en materia penal, hayan establecido cierta relevancia nacional en relación a la temática abordada, ello en razón también, a que son de más fácil acceso para recabarlas por la imposibilidad material de trasladarse a otros distritos, por la distancia y dificultades en transporte y costos.

En ese entendido, se consideró las sentencias ganadoras del Concurso de Sentencias con Perspectiva de Género que organiza el Comité de Género del Órgano Judicial juntamente con otras instituciones internacionales, esto en razón al alcance y difusión que las mismas han tenido y a que se entiende que han pasado por el filtro de expertos en la temática, que luego de valorar muchas otras, han establecido su mejor parecer en relación a las mismas, de modo que su representatividad en relación al conjunto, resulta muy útil y pertinente.

Además, se ha tomado en cuenta otras sentencias emitidas por los tribunales de sentencia de Pando, ello en razón a la facilidad de acceso a las mismas y a la vez permiten establecer, a margen de las sentencias antes indicada, el trabajo en este punto que se realiza en los distintos casos sujetos a conocimiento de los mismos.

Con relación a las entrevistas y encuestas:

Con relación a las entrevistas a juezas y jueces, se procedió a realizar entrevistas a 13 juezas y jueces de distintas especialidades, como ser Sentencia Penal ordinario y especializado en violencia hacia la mujer, así como los jueces de Tribunales de Sentencia en materia penal de las Capitales de los departamentos de Santa Cruz, Cochabamba y La Paz, ello en razón a la mayor cantidad de procesos por hechos de violencia que se procesan en los mismos, así también del departamento de Pando, al ser el distrito del cual parte la presente investigación. Se escogió la muestra en el entendido de que comparten características o cualidades que son similares para resolver este tipo de casos y que aportan criterios importantes sobre el tema de investigación, al margen del factor económico y geográfico en relación al lugar donde el investigador tiene su residencia, así como los entrevistados, siendo necesario acudir a las herramientas tecnológicas para tal cometido, atendiendo también al tiempo disponible de los mismos; lo que constituye un muestreo con un criterio intencional y opinático, así como no probabilístico.

También se realizó entrevistas a tres (3) psicólogas forenses expertas que formaron o forman parte del Instituto de Investigaciones Forenses del Ministerio Público, las cuales comparten las mismas características en cuanto al desarrollo y conocimiento de las ciencias para abordar el testimonio de víctimas de hechos de violencia sexual.

Con relación a la utilización del Método Delphi, se acudió al criterio de 22 expertos inicialmente, entre mujeres y hombres, de ellos 20 fueron las respuestas que se recibieron, pese al tiempo de espera y las reiteradas solicitudes de respuesta. Las mismas, destacan en el ámbito jurídico nacional como juezas y jueces en materia penal y violencia hacia la mujer, fiscales, abogados/as y docentes de post grado, y

dos son expertos internacionales de México, una Jueza y un académico, cuyas obras han sido también consideradas en la bibliografía en la presente investigación.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO Y CONTEXTUAL

Primera Parte.

Enfoque Jurídico-Filosófico del testimonio, verdad, hecho y prueba.

1. La Epistemología jurídica.

Parafraseando a Pablo Rovatti y Alan Limardo (2020), las pruebas de los hechos en el derecho es un fenómeno complejo cuyo estudio justifica la existencia de un ámbito disciplinar autónomo, abierto a los aportes de la epistemología y las ciencias cognitivas. El estudio de la prueba de los hechos a partir de su relación con ámbitos o intereses del ciudadano especialmente protegidos, propios del derecho constitucional, aporta una perspectiva enriquecedora, aunque también insuficiente: la mayor parte del fenómeno queda fuera de su alcance. A su vez, el abordaje de cuestiones de importancia como la de los límites a la averiguación de la verdad- la consabida y sensata afirmación de que la verdad no puede perseguirse a cualquier precio- acaban por parecerse al final de una historia que no tiene principio. En efecto, es razonable que el derecho constitucional solo se preocupe por las limitaciones jurídicas a una empresa epistemológica⁶, pero no menos necesario resulta el preguntarse, antes, cual es la conexión entre proceso, prueba y verdad o porque el objetivo de obtener aserciones probablemente verdaderas sobre los hechos disputados constituye un presupuesto necesario, aunque no suficiente, de toda decisión judicial.

Concluyen indicando estos autores, que ante las miradas un tanto opuestas de procesalistas y constitucionalistas en relación a este punto, surgen problemáticas necesarias de abordar, que no han tenido la atención debida, tales como los desafíos de las posiciones teóricas coherentistas o pragmáticas sobre la verdad, las particularidades de la prueba en los contextos institucionalizados; la discusión

⁶ Esto sería, a un área propia de su conocimiento y estudio, cual implica el abordaje de los derechos y garantías de las personas en su generalidad a partir del caso concreto y con proyección general.

acerca de cuáles son los criterios de racionalidad epistemológica y cual su naturaleza; o de cuáles son los peligros de toda generalización empírica y cuál es su función en la construcción de argumentos probatorios; las complejidades múltiples de nociones tan elementales como la relevancia de un elemento de prueba; la función que cumplen los estándares de prueba y las reglas de la carga de la prueba; el estudio de la memoria por las ciencias de la cognición y su incidencia en la práctica y valoración de la prueba testifical o de las variables que inciden en la prueba de reconocimiento, entre otros muchos aspectos más que se podrían citar por estos autores.(pp.15-17)

Así, es necesario referirse a lo indicado por Carmen Vásquez, en el prólogo del libro *Pensar la Prueba Vol.1* de los ya citados Pablo Rovatti y Alan Limardo (2020), en cuya óptica, si se asume que el objeto de la institución probatoria es la averiguación o establecimiento de la verdad sobre lo sucedido, se debe tener clara la distinción entre que determinado hecho sea (o no) verdadero y nuestro conocimiento sobre esos hechos, siendo este último al que se debe poner mas énfasis; de modo que se afirma que la prueba en el derecho es una tarea sobre todo, epistemológica. Por eso, entre mas rico y completo sea el conjunto de pruebas relevantes con el que se tome una decisión, mayores serán las probabilidades de acierto de esta. Esto supone un principio básico de la epistemología: la fiabilidad de nuestro conocimiento (no hay, no puede haber certezas racionales en aquello que se tiene como probado a partir de un conjunto de pruebas). Por eso, la determinación o el establecimiento (judicial) sobre la verdad de los hechos en un proceso judicial es susceptible de errores: dar por probado un hecho no supone que ese hecho sea genuinamente verdadero. De allí que surja la llamada Epistemología Jurídica, como una área de la academia que busca sentar las bases para pensar la prueba y, por supuesto, ofrecer herramientas de utilidad práctica para abordar casos concretos, area que puede identificarse tambien como “razonamiento probatorio”, cuando se quiere hacer énfasis en la tarea de establecer premisas y las inferencias que a partir de ellas se hacen para concluir si “Está probado que P”. (pp.21-22)

Hasta aquí, se muestra una pequeña introducción al concepto de epistemología y lo que implica el conocimiento de los hechos a través de la prueba, por lo que a continuación corresponde profundizar esos aspectos que dan las primeras aproximaciones filosóficas al estudio de la prueba.

1.1. La Epistemología Jurídica y su finalidad.

Con relación a este concepto, Larry Laudan, uno de los más grandes epistemólogos de los siglos XX y XXI y pionero de la epistemología jurídica, afirma que la Epistemología (aplicada) en términos generales, es el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo. En claro contraste, la Epistemología Jurídica apenas existe como un área reconocida de reflexión. Pese a la aceptación casi universal de la premisa de que un proceso penal es una institución jurídica que busca averiguar la verdad sobre algún tipo delito, reina una considerable incertidumbre y confusión en torno a si las múltiples reglas procesales y probatorias que estructuran el sistema de impartición de justicia penal facilitan u obstaculizan el descubrimiento de la verdad. (Laudan, 2013, p.23)

En suma, una definición más concreta de este concepto debe abarcar, según Marrero (2015) ubicando en primer lugar el campo de la epistemología jurídica en la intersección de tres áreas del pensamiento: la epistemología, la filosofía del derecho y el derecho probatorio. Con esto, define a la *epistemología jurídica* en los siguientes términos: “es una parte de la filosofía del derecho que aplica los métodos e ideas de la epistemología general al estudio de los procesos cognitivos en el campo del derecho.” (p.17)

De modo que, según Laudan (2013), la epistemología jurídica, concebida apropiadamente, consta de dos proyectos:

- a) uno de carácter descriptivo, consistente en determinar cuales de las reglas vigentes promueven o facilitan la verdad y cuales las obstaculizan, y b) otro normativo, consistente en proponer cambios en las reglas existentes al efecto

de modificar o eliminar aquellas que constituyan impedimentos graves en la búsqueda de la verdad.(p.18)

En ese sentido, resulta necesario en este momento reconocer que la posibilidad de equívoco en la búsqueda de la verdad que el interesa al derecho, y en específico al proceso penal, está impregnada de la falibilidad propia del conocimiento que todo ser humano puede llegar a alcanzar. De ese modo, y parafraseando a Aguilera (2020) resultaría sensato considerar que las instituciones publicas tambien son falibles, particularmente las encargadas de la investigacion penal, cualquiera sea la situacion o contexto en que la mismas se encuentren, es decir, con todas las condiciones para realizar su labor o, de forma mas frecuente y como ocurre en la gran mayoría, con la escases de medios y demas condiciones, las cuales asientan la posibilidad de incurrir en los errores fácticos, es decir:

Conclusiones acerca de hechos, en este caso, reconocidos como delitos por el ordenamiento respectivo, que no reflejan la forma en que en realidad acontecieron; cosa que paradigmáticamente ocurre cuando el sistema emite sentencias condenatorias falsas, es decir, cuando produce “falsos positivos”, y cuando emite sentencias absolutorias falsas o llamadas “falsos negativos”. (p.20)⁷

Refiere este mismo autor, haciendo referencia a Laudan, que la epistemología jurídica, propone hacerse cargo de esa falibilidad, o de apuntalar su vocación de averiguar la verdad, esto, a través de la proposición de ciertas medidas genéricas que buscan la eliminación o modificación de algunas reglas procesales que suelen estar típicamente presentes, a efectos de reducir los casos de falibilidad que se presentan en la instituciones de investigación penal y que tienen sus efectos en los casos de error antes indicados. En consecuencia, es objetivo de la epistemología jurídica, “reflexionar sobre las condiciones institucionales que minimizan las probabilidades de que se cometan estas dos clases paradigmaticas de error (falsos positivos y falsos negativos en conjunto)”. (Aguilera, 2020, p.20)

⁷ Sobre este punto, se realizó una breve referencia en la Justificación de la presente investigación, pág.9

De ese modo, un análisis en ese sentido se centra en los actuales sistemas penales que se centran en el excesivo garantismo o proteccionismo que se plantea para evitar que el sistema condene a un inocente, lo cual históricamente se ha considerado mas grave que absolver a un culpable. En ese sentido, el problema central de esa corriente, como refiere Laudan citado por Aguilera (2020), es que “parecen proceder con una total indiferencia al daño ocasionado por las absoluciones falsas”. (p.23)

Centrar la atención solamente en evitar las absoluciones falsas, puede traer consecuencia devastadoras para la sociedad, ya que seria un incentivo a seguir delinquiendo. Por ello, entre las medidas que propone Laudan a considerarse en su abordaje desde este enfoque, es el de considerar la reducción tanto de los supuestos de exclusiones probatorias, como la severidad del estandar de prueba vigente en materia pena, que no es otro que el de “mas allá de toda duda razonable”. (Aguilera, 2020, p.26).⁸

1.2. Epistemología del testimonio e Injusticias Epistémicas. Un acercamiento desde la filosofía del derecho y la teoría de la prueba.

En principio, tanto la epistemología del testimonio como las llamadas Injusticias Epistémicas, son abordadas desde la epistemología jurídica social, dado la trascendencia de las mismas en el ámbito del derecho y en especial, de la teoría de la prueba, y porque en ambos se trata, desde distintos enfoques, lo que se refiere al valor del testimonio como medio de conocimiento de los hechos en el proceso.

Por lo que, es conveniente desarrollar las mismas en los aspectos centrales con relación al tema de estudio.

⁸ Sobre este punto, actualmente existen distintos planteamientos desde la academia que plantean el análisis de lo que es la aceptabilidad de prueba ilícita y el replanteo de la exclusión probatoria de las misma en los hechos de violencia sexual, dada la dificultad probatoria que se tiene en la práctica probatoria en dichos casos. Al respecto, puede consultarse trabajo como el de Marcela Paz Araya, *Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal, disponible en <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/56915>*

1.1.1. Teorías de la Epistemología Jurídica.

Se reconocen dos teorías en este ámbito, una de enfoque individual y otra de enfoque social.

Mientras la primera se ocupa de las condiciones bajo las cuales es correcto afirmar que un agente jurídico tiene una creencia justificada, la segunda evalúa la manera como los sistemas jurídicos alcanzan sus fines epistemológicos: la búsqueda de la verdad o la evitación de errores. Al escoger sus objetos de estudio, dichas teorías dependen de conjuntos específicos de información y son independientes de otros. Por una parte, mientras el individualismo metodológico depende de las justificaciones epistemológicas, es decir, de las pruebas que los agentes jurídicos poseen en un momento específico, la perspectiva social es dependiente de los procesos sociales de adquisición de conocimiento jurídico. Por la otra, mientras la aproximación individualista es independiente de los diseños institucionales, la epistemología social es libre de evaluar los aspectos epistemológicos internos de los agentes jurídicos. (Marrero, 2015, p.15)

1.1.1.1. Epistemología individual.

Según Marrero (2015), “cuando un tribunal establecido con legitimidad tiene que resolver un asunto en litigio, se espera que este crea justificadamente en los hechos que soportan su decisión. Pero ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales se considera que un tribunal cree justificadamente un hecho en litigio?”. (p.19)

Esta es la mayor preocupación de las teorías individuales de la epistemología jurídica. En tal sentido, Marreno (2015) señala:

Dichas teorías proveen condiciones necesarias y suficientes que completan la fórmula de creencia justificada en el derecho, a saber:

Fórmula de la creencia justificada: un juzgador de los hechos (juez o jurado), en un momento específico $m1$, conoce p , si y sólo si $C1, C2, \dots, Cn$. En la que p se debe entender como una proposición fáctica que captura los hechos en litigio y $C1, C2, \dots, Cn$ son las condiciones necesarias y suficientes para que una creencia esté justificada. (p.19)

A partir de esto, se han establecidos diferentes teorías a fin de dar una respuesta a dicha fórmula.

a) Teorías Bayesianas.

En ese sentido, siguiendo con Marrero, se tiene las Teorías Bayesianas del conocimiento judicial proponen una interpretación probabilística del derecho. Su argumento es que los estándares legales de la prueba muchas veces están descritos en términos de probabilidades. En especial, dichas teorías se justifican en la regla 401 de las *Federal Rules of Evidence*⁹ que define la prueba relevante como “la prueba que tiene la tendencia a hacer que un hecho, que es consecuencia de una acción, sea más o menos probable de lo que este sería sin dicha prueba”. Para los bayesianos, la expresión *probable* y todas sus variaciones deberían ser entendidas según el cálculo de probabilidades. Así, desde esta perspectiva “Un juzgador de los hechos (juez o jurado), en un momento específico, $m1$, conoce p , si y sólo si ... su grado de creencia de que p en $m1$ tiene una probabilidad mayor que su creencia de que p en $m0$ ”. Este cambio en el estado de creencias entre $m0$ y $m1$ se debe a las nuevas pruebas que el juez conoce. (2015, pp.19-20).

En contraposición a estas teorías, surgen las llamadas teorías Coherentistas, que en palabras de Amaya (2015), constituye uno de los dos pilares fundamentales de la epistemología jurídica, junto con la idea de virtud. Sostiene esta autora que:

la idea central de la teoría bayesiana de la confirmación es que una prueba confirma una hipótesis cuando aumenta su probabilidad; en consecuencia, a través del uso del teorema de Bayes, su principal pieza, sería posible determinar la probabilidad de la hipótesis de culpabilidad a la luz de las pruebas admitidas en el juicio; si esta probabilidad es mayor que la exigida por el estándar de la prueba aplicable, entonces el juez o miembro del jurado está justificado en aceptar la misma, por lo que se constituiría en una

⁹ O Reglas Federales de Evidencia en español, codifican la ley de evidencia que se aplica en los tribunales federales de los Estados Unidos.

herramienta muy útil a la hora de estructurar un problema probatorio, tales como el caso de las pruebas estadísticas.

Sin embargo, un problema central que tiene esta aproximación a la teoría de la prueba, a saber, el problema de su implausibilidad psicológica. Como diversos estudios han mostrado, la teoría bayesiana impone una forma de razonamiento que es ajena a la manera en la que razonamos en condiciones de incertidumbre, condiciones que caracterizan el razonamiento probatorio en el derecho. Dados nuestros recursos cognitivos, no resulta posible razonar de la manera prescrita por el teorema de Bayes. Esto impide que una teoría bayesiana de la prueba pueda orientar, guiar y —algo que es esencial— mejorar la práctica jurídica de manera significativa. (pp.37-38)

En ese sentido, señala Amaya (2015) citando a Mercier, que el coherentismo acerca de la justificación de los enunciados fácticos tiene una ventaja importante sobre la posición probabilística mencionada. Diversos estudios empíricos en psicología cognitiva muestran que la coherencia es un aspecto central en el razonamiento ordinario: habitualmente solucionamos problemas en condiciones de incertidumbre usando formas coherentistas de razonar. En concreto, una teoría coherentista de la inferencia probatoria en el derecho está avalada empíricamente por estudios que muestran que, en el contexto del razonamiento acerca de los hechos, los decisores jurídicos procuran maximizar la coherencia. A ello añade otras razones de la importancia de esta teoría:

En primer lugar, esta teoría tiene los recursos necesarios para explicar cómo los jueces y jurados revisan las hipótesis acerca de los hechos en disputa en un juicio, conforme nuevas pruebas se van presentando. En segundo lugar, citando a Thagard, refiere Amaya que la coherencia es un instrumento importante para garantizar algunos de los valores fundamentales en un proceso, en especial, el valor de la verdad. En tercer lugar, la teoría coherentista —como algunos de sus defensores lo han mostrado— es fácilmente modificable para revelar el lugar de las emociones en el razonamiento jurídico. En cuarto lugar, como han mostrado algunos estudios

destacados en psicología cognitiva, la coherencia cumple una importante función social: la coherencia de la información transmitida hace más probable que sea aceptada por otros, es decir, está relacionada de manera positiva con el consenso. Esto aumenta significativamente la confianza del individuo, ya que cuando alguien piensa que es probable que su información va a ser aceptada por los demás, se siente más seguro. (pp. 40-41)

b) Teorías del fundacionalismo moderado.

Siguiendo con Marrero (2015) estas teorías sugieren que el conocimiento judicial depende de la estructura justificatoria que soporta a p .

En este sentido, toma en consideración los postulados de la filósofa del derecho, la inglesa Susan Haack, quien, con relación a su funderentismo al campo del derecho, sugiere que los estándares de la prueba deberían ser entendidos como grados de justificación, y no como una ecuación propia del cálculo de probabilidades. Toma en consideración la propuesta de dicha autora:

Un juzgador de los hechos (juez o jurado), en un momento específico, $m1$, conoce p , si y sólo si ... las pruebas de dicho juzgador de los hechos (i) tienen una fuerte conexión con p , (ii) cada elemento probatorio individualmente considerado es sólido, independientemente de su relación con p , y (iii) dichas pruebas incluyen la mayor cantidad de elementos probatorios incluidos en el proceso. (pp.20-21)

c) Teorías aseverativas del conocimiento.

Cuyo exponente, Ho, citado por Marrero (2015) refiere que la misma empieza explicando la naturaleza del conocimiento judicial. Para el autor:

el juzgador de los hechos en sus veredictos es responsable de aseverar una proposición fáctica que aspira a ser categóricamente verdadera, por ejemplo, “X mató a Y”. En consecuencia, el juzgador de los hechos asevera la probabilidad de sus creencias, como en “la probabilidad de que X matara a Y es de tanto” (p. 123). Si esto es correcto, el bayesianismo desdibuja la determinación judicial de los hechos. Para solucionar este problema, la teoría

estipula que “al determinar que p , los juzgadores de los hechos aseveran que p ”. Además, esta teoría reconoce que “uno puede aseverar que p sólo si ... uno está justificado en creer que p ”.

Por lo tanto, Un juzgador de los hechos (juez o jurado), en un momento específico, $m1$, conoce p , si y sólo si ... (i) uno estuviera justificado en creer que p , y (ii) si uno fuera la persona determinando que p , determinaría dicha proposición en parte porque tendría justificaciones para creer que p . (p.21).

1.1.1.2. Epistemología jurídica social.

Para la epistemología jurídica social, el derecho es un sistema cognitivo. Según esta, un sistema cognitivo es un sistema social que hospeda una variedad de procesos, instituciones y patrones que influyen en los estados epistemológicos de sus miembros. (Marrero, 2015, p.24)

En este punto sobresale la teoría confiabilista de la justificación epistemológica, de Alvin Goldman, citado por Merrero (2015), quien explica lo anterior en base a la siguiente formula: un sujeto S está justificado en creer que p si y sólo si ... p es producto de un proceso cognitivo confiable.

Añade además que hay tres conceptos que requieren aclaración en esta propuesta. En primer lugar, un *proceso cognitivo* es una función de ciertos estados *input* que tienen creencias como *output*. Para Goldman, refiere Marrero, dos tipos de procesos cognitivos son importantes. Por una parte, los *procesos independientes de las creencias*, como la percepción, que no tienen otras creencias como *input*. Por otra, los *procesos dependientes*, que tienen otras creencias como *input*, por ejemplo, los procesos de razonamiento, como la deducción o la inducción, en los que las premisas funcionan como *input* y la conclusión funciona como *output*. En segundo lugar, de esta distinción se desprende dos tipos de creencias: las *creencias independientes de otras creencias* y las *creencias dependientes de otras creencias*. Mientras las primeras son el *output* de un proceso cognitivo independiente, las segundas son el producto de un proceso cognitivo dependiente. En tercer lugar, la *confiabilidad* es la tendencia de los procesos cognitivos a producir más creencias

verdaderas que falsas. En un proceso cognitivo independiente la confiabilidad es categórica, en tanto en un proceso cognitivo dependiente la confiabilidad está ligada a las creencias *input*, es decir, si las premisas de un argumento deductivo son falsas, todo el argumento será incorrecto, inclusive si tiene una forma válida. (pp.24-25)

Ahora bien, Marreno (2015) se propone mostrar cómo las instituciones jurídicas afectan las creencias de los agentes jurídicos, presentando para ello, dos asuntos que, para Mirjan Damaška, hacen parte de la agenda de la epistemología jurídica social. El primero es el tipo de instituciones jurídicas que se construyen para garantizar una eficiente labor judicial, en otras palabras, los modelos institucionales que influyen en la toma de decisiones judiciales. El segundo es el diseño de los procesos jurídicos. (p.26)

Con relación al primero, citando a Damaška, Marrero (2015) refiere que son diferentes problemas los que influyen en las decisiones tomadas por los jueces:

El primero que puede mencionarse es: ¿deberían los juzgadores ser jueces profesionales o jurados laicos? Para entender la diferencia entre estos diseños institucionales, piénsese en la forma en que las tareas rutinarias y no rutinarias afectan a los agentes cognitivos. Los profesionales suelen convertir sus decisiones en tipos de los que las decisiones particulares son instancias, la mayoría de las veces, confirmatorias. Además, su trabajo se hace rutinario y fácil de predecir. Los laicos, por su parte, no pierden el interés en los nuevos casos que examinan, pero muchas veces su inexperiencia es desconcertante. Concluye que, una forma de mostrar este problema en el derecho es a través de la distinción entre casos “fáciles” y “difíciles”. Mientras en la resolución de los primeros todo lo que hace el juez es aplicar los métodos y los contenidos de los casos similares que ha resuelto antes (en eso consiste su facilidad), los casos difíciles representan un reto, porque no pueden ser entendidos mediante los casos anteriores (en esto consiste su dificultad o fascinación). Si la facilidad es producto de la rutina, entonces los jueces profesionales, la mayoría de las veces, resuelven casos fáciles, mientras los jurados laicos trabajan con casos difíciles. A ello, se debe añadir

la cuestión de la composición de los tribunales, ya sea si son jueces individuales u de un tribunal grupal, es decir, las decisiones tomadas por una persona como consecuencia de sus deliberaciones privadas son diferentes de las tomadas por un grupo de personas que delibera en público. En este sentido, ¿qué tipo de controles se deben crear para el juez considerado individualmente? Dado que las creencias son internas, ¿cómo es posible acceder al conocimiento del juez? Para los jueces colectivos la argumentación y la defensa externa de las posiciones es mucho más importante. Con respecto a esto, ¿qué diseño institucional protege las intervenciones de todos los individuos que toman una decisión?, ¿cómo es posible garantizar que la decisión grupal es racional? (pp.26-27)

Con relación al segundo asunto, este mismo autor refiere que los modelos más populares son el modelo adversarial y el no adversarial o inquisitivo. Estos dos modelos se pueden entender como dos estructuras procesales específicas. En el modelo adversarial, la recolección y la manipulación de las pruebas es una responsabilidad de las partes; en el modelo inquisitivo, esta tarea es una responsabilidad del juez. Esta contraposición implica que cada modelo judicial es totalmente diferente. En el modelo inquisitivo, el o la juez es un investigador activo, mientras que en el modelo adversarial adopta un papel más pasivo con respecto a la recolección de pruebas. ¿Cuál de estos dos modelos genera una decisión judicial que se acerque más a la verdad? Un problema del modelo adversarial es que cuando el juez es pasivo, la búsqueda de la verdad se ve afectada. En el sistema inquisitivo, por otra parte, la intervención judicial en las etapas de investigación vulnera su imparcialidad. Estos diseños procesales también modelan a las partes en el proceso. En los procesos inquisitivos, pareciera que la búsqueda de la verdad se viera afectada, porque sólo un agente jurídico investiga lo que ocurrió: el o la juez. En los procesos en los que las partes tienen un rol activo, es necesario crear incentivos para que cooperen en la búsqueda de la verdad y no se limiten a alcanzar sus intereses. En este sentido, cabe preguntarse ¿qué hacer para que las partes le permitan a su contraparte conocer las pruebas que se presentarán en juicio?, ¿qué tipo de institución jurídica haría que las partes no sólo preparen a sus testigos para

mostrar los hechos que les interesan, sino para que transmitan lo que realmente percibieron? (Marrero, 2015, pp.27-28)

Por otro lado, Goldman, citado por Alvarez (2021) divide la epistemología social en tres grupos: las teorías revisionistas, las teorías expansionistas y las teorías preservacionistas.

a) Teorías revisionistas.

Estas posturas tienden a negar los aspectos que caracterizan a la epistemología tradicional analítica tales como la objetividad de la verdad, la racionalidad, la justificación e, inclusive, de la posibilidad de la agencia epistémica. Por consiguiente, Goldman, citado por Álvarez (2021) señala que

“[e]llos deberían ser llamados ‘epistemólogos sociales’ por cortesía, pues hay un gran abismo entre sus cuestionamientos y aquellos que tradicionalmente caen bajo la etiqueta ‘epistemología’, de modo que las teorías revisionistas, al negar prácticamente todos los elementos que caracterizan a la epistemología tradicional analítica, no deben ser considerados como una forma legítima de epistemología social. (subtítulo 3, párr.3)

b) Teorías expansionistas.

Estas se posicionan, como propuestas epistemológicas legítimas y consistentes con la epistemología analítica clásica, que, como bien dice el nombre, *expande* sus horizontes hacia la evaluación de la toma de decisiones doxásticas¹⁰ de dichos agentes epistémicos colectivos como, a su vez, hacia la evaluación de la toma de decisiones doxásticas de los sistemas sociales que puedan surgir a partir de ello. Así, siguiendo el ejemplo de Goldman, la política de libertad de expresión de gobierno puede ser epistémicamente evaluada desde una perspectiva veritista al considerar cuántas creencias verdaderas resultan de ella; de ser el caso de que la

¹⁰ Las actitudes doxásticas, traslada al ámbito de las decisiones, son actitudes o posturas epistémicas que una persona puede tener hacia una proposición. La actitud doxástica más comúnmente discutida es la creencia (sostener que algo es verdad). Otras actitudes doxásticas incluyen la incredulidad (sostener que algo es falso) y la suspensión del juicio (negar el asentimiento a una proposición sin juzgarla verdadera o juzgarla falsa). También puede referirse a estados suficientemente similares a las creencias, como la certeza psicológica y la credibilidad. Véase https://hmong.es/wiki/Doxastic_attitudes

cantidad de creencias verdaderas fuera mayor a la cantidad de creencias falsas, la toma de decisiones doxásticas que dio lugar a la política mencionada sería positiva bajo los estándares del consecuencialismo epistémico. De este modo, las teorías expansionistas sirven para explicar los efectos epistémicos de la toma de decisiones doxásticas en una escala mayor a lo que lo haría, como veremos a continuación, las teorías preservacionistas o la misma epistemología analítica clásica, sin denegar del espíritu objetivo y normativo de las dos anteriores. (Álvarez, 2021, subtítulo 3, párr.4)

c) Teorías preservacionistas.

Goldman, citado por Álvarez (2021), refiere a cómo estas lidian con tres clases de problemas ya presentes en la epistemología analítica clásica, pero desde su variante social. En primer lugar, se refiere a la toma de decisiones doxásticas con evidencia social. En tal sentido, no todo proceso de formación y revisión de creencias es inherentemente social, aunque un sector de la toma de decisiones doxásticas sí involucra evidencia social como, por ejemplo, lo que alguien pudo haber dicho de primera mano, o de segunda o tercera. Bajo esta caracterización podemos ubicar a la epistemología del testimonio, pues su objeto involucra necesariamente tratar con la palabra de otro. (subtítulo 3, párr.5)

En segundo lugar, Goldman, citado por Álvarez (2021) señala el problema de la recolección de evidencia. Propone que debemos poseer un alto grado de creencia razonable respecto de una verdad, recolectando suficiente evidencia social para adquirir buenos motivos que justifiquen la creencia en juego, siendo así el razonamiento práctico fundamental para ello a pesar de no ser él mismo epistémicamente fundado:

En el caso de la epistemología del testimonio, este problema también se hará latente. Por ejemplo, discernir sobre si es adecuado confiar en el intercambio testimonial es algo que, dependerá de las normas que dirijan nuestra sociedad; no es lo mismo confiar en el testimonio de un vendedor acerca de la legitimidad de su producto si este lo vende en una tienda establecida que si lo vende en el comercio informal. Nuestra recolección de evidencia social

hará patente el primer caso como confiable mientras que el segundo no, lo cual influirá en la transmisión de justificación para la creencia acerca de la legitimidad del producto en cuestión. Así, el problema de la recolección de evidencia desde una perspectiva social será determinante para las teorías preservacionistas. (subtítulo 3, párr.6)

Para finalizar, Goldman refiere que:

los problemas epistemológicos de la comunicación señalando que un tópico actual en el área es la pregunta acerca de la norma de aserción, es decir, la pregunta acerca de en qué condiciones un agente epistémico posee derecho a aseverar que p a otro agente epistémico. En el caso de la epistemología del testimonio, este punto lo podemos evidenciar en la denominada *assurance view*.¹¹ Al concebir al testimonio como un acto de habla asertivo, esta propuesta busca dar cuenta de las propiedades epistémicas del testimonio aludiendo a las normas que rigen su comunicación. Para la *assurance view*, al aseverar que p , un agente epistémico es capaz de presentarse a sí mismo como un seguro de que lo dicho es verdadero. De esta manera, el testimonio se vuelve confiable en virtud de la norma que rige el acto. (Álvarez, 2021, (subtítulo 3, párr.7)

1.2.1. Epistemología del Testimonio. Testimonio en sentido amplio y estricto.

Un primer acercamiento a lo que implica el testimonio, elemento central en el presente trabajo, es el que el punto anterior ha permitido establecer la ubicación de ésta dentro de la categoría de la epistemología jurídico social, permitiéndonos dilucidar la importancia del testimonio como un tema de relevancia para el estudio del conocimiento desde una perspectiva social.

En este sentido, sostiene Páez (2014), que

el estudio del problema epistemológico también puede arrojar luces acerca de la mejor manera de valorar la prueba testimonial, lo cual puede conducir

¹¹ En español, *punto de vista* que, en relación al testimonio, hace referencia que a menudo estamos justificados testimonialmente para creer una proposición p en virtud de la seguridad del testificador de que p o la aceptación de esa seguridad por parte del receptor.

a un mejoramiento de las reglas de procedimiento. Por su parte, las particularidades de la prueba testimonial ponen a prueba algunas de las aproximaciones filosóficas al problema del testimonio y ayudan a replantear los términos del debate. De esta manera el derecho y la epistemología pueden entrar en un diálogo de mutuo beneficio. (p.96)

En ese sentido, cabe preguntarse ¿Qué implica el estudio del testimonio en la epistemología jurídica?

Para responder dicha pregunta, De Paula (2019) refiere que “para la epistemología, el testimonio es un concepto más amplio que el correlativo del derecho, puesto que implica no solo la forma de aportación de informaciones en juicio o, en ocasiones, jurídico-formales, sino las comunicaciones del día a día”. (p.70)

A partir de allí, Coady, citado por De Paula, ofrece una definición estricta, según la cual:

alguien declara mediante una afirmación p si y solo si: 1) la afirmación de p es prueba de que p y se ofrece como prueba de que p ; 2) quien afirma tiene competencia, autoridad o credenciales para afirmar verdaderamente que p ; 3) la afirmación de que p es relevante para alguna cuestión controvertida o no resuelta y se dirige a aquellos que tienen la necesidad de tener pruebas sobre el tema. (p.71)

Estas afirmaciones son refutadas por el mismo De Paula, quien, con relación al primer punto, sostiene que cuando se dice que es necesario que la afirmación sea ofrecida como prueba eso no quiere decir que el sujeto deba tener intención de ofrecerle como tal (subjektivamente). Es necesario que esa sea objetivamente ofrecida como tal, es decir, es necesario que el contexto objetivo permita concluir que quien está haciendo una afirmación esté de hecho retratando un estado de cosas, de esa forma se evita considerar que se incluyan dentro del alcance del concepto de testimonio, a quien afirma ser príncipe de Dinamarca cuando en realidad representa a ese personaje en una obra teatral. Así también, refiere que esta misma objeción corresponde al segundo punto, ya que si alguien en realidad,

no tiene competencia o simplemente no sabe lo que está diciendo, ello solo hará que su testimonio sea malo, pero no que haya una falta de testimonio. Por último, con relación al tercer punto, establece que no es necesario que exista controversia con relación a un hecho no que el testimonio se dirija a alguien con necesidades epistémicas. Si alguien afirma “son las 4 de la tarde” y otra persona responde “ya lo sé” o “¿y qué?”, esto no hace que la afirmación de que “son las 4” deje de ser un testimonio en sentido amplio, de allí que no sea necesario que quien habla pretenda que su interlocutor considere el testimonio como verdadero. (2015, pp.71-72)

Obtener (o pretender obtener) una información mediante testimonio no es, por tanto, ver con los propios ojos: es obtener de la palabra (o de la comunicación en general) de otro una información. De este modo, el testimonio natural depende exclusivamente de un acto de comunicación, escrito, sonoro o visual, mediante el que una persona afirma que p, donde p es un estado de cosas presente o pretérito, que o necesariamente tiene que haber presenciado el testigo. El estándar mínimo que cada persona exigirá, por tanto, para aceptar un testimonio podrá variar según el contexto. (De Paula, 2015, pp.73-74)

Por tanto, según De Paula (2015):

el testimonio al que la epistemología denomina natural no es más que un testimonio en sentido amplio: un género, del que el testimonio jurídico es una especie, con algunas especificidades (p.ej., el hecho de que en el derecho no cualquier persona puede declarar como testigo ni cualquier persona puede tomar declaraciones). Son dos las especificidades más importantes del testigo jurídico. La primera de ellas es que, al contrario de los que sucede con el testigo en sentido amplio, el testigo en sentido estricto tiene que ser (al menos in *estatus assertionis*) presencial), el llamado *eye-witness*. Tiene que afirmar haber visto, oído o sentido algo (es más, los hechos descritos deben ser relevantes). La segunda especificidad es que, en el testimonio jurídico, la verdad siempre importa, a diferencia del testimonio en sentido amplio, en los que la veracidad de la supuesta información difundida no le importa a quien escucha, en el derecho, siempre que hay un testimonio, la

verdad (correspondencia entre lo narrado y lo que en efecto sucedió en la realidad) importa. (p.75)

En este sentido, cada testimonio de una persona a otra implica una comunicación, y quien recibe la información deberá a su vez y conforme al contexto, ser epistémicamente responsable para confirmar o no la suficiencia de la información recibida.

1.2.2. Concepciones de la epistemología del Testimonio. Presuntivismo y el no Presuntivismo.

1.2.2.1. Presuntivismo (no reduccionismo)

La denominación de no reduccionismo deriva de pensamiento de Reid, a quién se reconoce como precursor de esta concepción, que, en líneas generales, según refiere De Paula (2015), consiste en una concepción que defiende que cuando no hay razones para dudar de lo que se dice en un determinado testimonio, se debe creer en su veracidad. Deriva de la idea de que la asunción de que el testimonio es tan básico como fuente de conocimientos como cualquier otra fuente, como la percepción y la memoria. En otras palabras, no se podría “reducir” la autoridad del testimonio con relación a las demás fuentes, por lo que se debe presumir verdadero un testimonio, en defecto de pruebas en contrario (lo que justifica también el nombre de Presuntivismo). (p.89)

Tyler Burge, citado por Páez (2014) ha sintetizado la posición no reduccionista en lo que él llama el *principio de aceptación*: “Una persona tiene derecho a aceptar como verdadero algo que es presentado como verdadero y que es inteligible para él, a menos que haya razones más poderosas para no hacerlo”. Existen varias razones que pueden impedir que una persona acepte un testimonio. Estas se pueden dividir, según Lackey, citado por Páez, en razones psicológicas y razones normativas:

Las primeras son creencias, dudas o experiencias que el oyente posee y que pueden llevarlo a creer que el testimonio que está a punto de aceptar es falso, o que ha sido formado a través de medios poco confiables. Las segundas

son creencias, dudas o experiencias en contra del testimonio que el oyente debería tener dada la evidencia que posee. Por ejemplo, si alguien lee una noticia sobre algún actor famoso en un tabloide cuyas “noticias” son constantemente desmentidas por las personas involucradas, y el lector está al tanto de la reputación del tabloide, debería tener dudas sobre la veracidad de la noticia. La evidencia que debe servir como razón para desconfiar es muy variada y sensible al contexto. La situación epistémica es la misma que en el caso de la evidencia sensorial: debemos creer lo que vemos, a menos que tengamos la sospecha de que se trata de una alucinación o de una ilusión óptica. En ambos casos existe una presunción de veracidad. (pp.99-100)

Las críticas a esta concepción son puntuales.

Páez (2014), haciendo cita de Lackey, refiere que esta concepción incita a la irresponsabilidad epistémica o en el mejor de los casos a la ingenuidad, debido a que no requiere ninguna evidencia positiva. (p.100)

Por su parte, De Paula (2019) establece que los ejemplos que utilizan los epistemólogos del testimonio para “justificar” una supuesta confianza “automática” en el testimonio funcionan en contexto en los que la verdad importa muy poco. Otro punto que debilita el no reduccionismo son los testimonios inverosímiles o sobre eventos sobrenaturales o milagros. Alguien en quien se confíe mucho y afirme, sin demostrarlo, haber visto alienígenas o haber presenciado una resurrección, este testimonio no se considerará una fuente de creencias justificadas. En realidad, el no reduccionismo parte de un grave *non sequitur*¹², que revela un *wishful thinking*¹³. Algo como: a) ya que tenemos muchos conocimientos; b) que muchos de los conocimientos se obtuvieron a partir de testimonios; c) que en muchos de esos testimonios no hicimos investigaciones epistémicas, y d) que muchos de los conocimientos así obtenidos resultaron ser verdaderos; luego es testimonio es fiable hasta que se demuestra lo contrario. (pp.91-93)

¹² Es un argumento en el cual la conclusión no se deduce (no se sigue) de las premisas

¹³ Ilusiones, en su traducción al español, para describir un pensamiento ilusorio.

Con todo lo indicado, el no reduccionismo, en contextos donde la verdad es relevante, es epistémicamente irracional.

1.2.2.2. No Presuntivismo (reduccionismo)

Esta posición es asociada generalmente con David Hume, quien analizó el problema del testimonio en el contexto de los relatos sobre los milagros. Dice Hume, citado por Páez (2014), que “no hay un tipo de razonamiento más común, más útil e incluso más necesario para la vida humana que el derivado de los testimonios de los hombres y los reportes de los testigos presenciales y de los espectadores”. Al indagar sobre la fuente de la confianza que generalmente les otorgamos a los testimonios de los demás, Hume afirma que “nuestra seguridad en cualquier argumento de esta clase no deriva de ningún otro principio que la observación de la veracidad del testimonio humano y de la habitual conformidad de los hechos con los informes de los testigos”. La evidencia testimonial se reduce entonces a una simple inducción por enumeración hecha a partir de la observación directa de la conjunción constante del testimonio con los hechos reportados. (p.97)

En ese sentido, y en una versión contemporánea de esta concepción, De Paula (2019) afirma que:

el nombre “reduccionismo” alude a la eliminación del testimonio como fuente de justificación a priori, es decir, como fuente básica del conocimiento. Así, para los reduccionistas, dado que no es posible confirmar el testimonio mediante otro testimonio, la teoría reduce la justificación epistémica a otras fuentes, como la percepción, la memoria y la inducción. No obstante, señala que el reduccionismo no disminuye la importancia o utilidad del testimonio, tan solo exige que para que un conocimiento obtenido mediante testimonio esté epistémicamente justificado sea confirmado por razones positivas. Aquí se habla exclusivamente de justificación epistémica, no pragmática. (p.95)

Entonces, ¿Qué concepción podría ser mejor asimilable para un adecuado análisis del testimonio en el proceso?

En primer lugar, Páez concluye que ni un reduccionismo ni un no reduccionismo global son satisfactorios. El resultado del anterior análisis revela que es posible determinar localmente la actitud epistémica adecuada, y que ésta estará determinada por criterios objetivos basados en la relevancia, el poder explicativo y la fuerza probatoria del testimonio. Esa actitud epistémica tomará matices reduccionistas en aquellas ocasiones en que el valor informacional del testimonio sea muy alto, y no reduccionista en aquellos en que sea muy bajo. (2014, p.116)

De otra parte, De Paula se decanta por la versión no presuntivista del testimonio, señalando que:

si la importancia que la verdad tiene un esencial papel en el proceso es como mínimo temerario que el derecho simplemente presuma la veracidad de los mensajes emitidos. La información debe analizarse de forma objetiva y es posible que alguien de intachable reputación, preste un testimonio falso, así como que alguien que incluso ya haya sido condenado por falso testimonio preste un testimonio verdadero. Lo que se percibe a partir del análisis del procedimiento probatorio en el derecho es que este se preocupa en exceso de la persona del testigo, al partir de un análisis abstracto de fiabilidad a una presunción de sinceridad y veracidad basada en la falta de pruebas en contrario, una clara adopción de una postura no reduccionista del testimonio. Por tanto, el derecho tendría mucho que ganar, en términos de una calidad epistémica, con la no presunción de que aquello que un testigo dice que es *verdadero* lo es, salvo prueba en contrario. Si se adoptara una versión reduccionista, se podría verificar, de hecho, que, epistémicamente, hasta que se confirme la información prestada por un testigo, esta tiene un valor epistémico casi inexistente. Además, tendría mucho que ganar la adopción de una versión objetiva de testimonio, que no esté tan orientada a la persona que presta el testimonio, sino al mensaje que esta transmite. En otras palabras, más con el testimonio que con el testigo. (2019, pp.99-100)

1.2.2.3. Toma de postura.

En este sentido, se asume desde este trabajo, la opción de una concepción no presuntivista o reduccionista del testimonio, que viene a establecer las bases mismas de lo implica la valoración racional de la prueba, que más adelante se abordará, y que en cierto modo garantiza la exposición de motivos y razones que se deben dar para decantarse por una opción en cuanto se trata de llegar a una decisión final en el caso particular, más aún en la función judicial.

1.3. La teoría de las injusticias epistémicas.

En este punto, trasciende el trabajo de la filósofa inglesa Miranda Fricker, quien publicó en 2007, en el Reino Unido, la obra *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing* un aporte fundamental al estudio de la epistemología social.

Refieren Andrés Paez y Janaina Matida (2023), que la teoría de la injusticia epistémica de Fricker caracteriza dos formas en que los sujetos pueden ser dañados como conocedores. La primera variedad, llamada “*testimonial injustice*” [injusticia testimonial], ocurre cuando las palabras de una persona son ignoradas o reciben una credibilidad reducida debido a un prejuicio de identidad en el oyente. Se supone que el hablante no ha mostrado signos de incompetencia o deshonestidad que podría justificar el uso de una norma epistémica prudencial contra su. La única razón por la que sus palabras no reciben la credibilidad que merecen es el prejuicio del oyente. La segunda variedad es la “*epistemic injustice*” [injusticia epistémica], llamada también injusticia hermenéutica, no es causada por oyentes prejuiciosos sino más bien por las desigualdades sociales estructurales que impiden a las personas desfavorecidas tener acceso al aparato conceptual necesario que les permita para dar sentido a su propia realidad y a los daños recibidos dentro de esa estructura. (p.14)

Para ir delimitando los aspectos esenciales de los aportes en este punto, Gonzales de Requena (2015), refiere que las críticas a la concepción normal de la justicia responden a muy diferentes formas de malestar ante el formalismo, el legalismo y el procedimentalismo. Pero que principalmente debe responder a un tipo de

injusticia: la sospecha de que la justicia no se agota en la construcción imparcial de un ordenamiento jurídico coherente que permitiera reparar formalmente sus infracciones al identificar a los culpables, sino que radica en el sentido de la injusticia y la denuncia de lo injusto; resulta inseparable de esa atenta preocupación por las percepciones ajenas de humillación, por la identificación con las expresiones del daño inferido a otros y por la escucha de la voz de las víctimas. En suma, el sentido de la injusticia encarna concretamente nuestra concepción de la justicia; así, el sentimiento de injusticia de los despreciados nos permite enriquecer nuestra interpretación de los contextos sociales y de las relaciones interpersonales, de las pretensiones de reconocimiento y de las formas de valoración social, en una sociedad democrática. Se ha insistido con frecuencia en aquellas modalidades de vulneración que afectan a nuestra integridad personal: el daño directo que priva a las personas de su seguridad y confianza; el desprecio de la iniciativa responsable de las personas, que destruye el respeto a su dignidad y mina su autoestima; o la humillación pública y la exclusión social, desde la simple indiferencia, hasta la estigmatización. (p.52)

1.3.1. Injusticia hermenéutica.

Refiere Fricker, citada por Andrés Paez y Janaina Matida (2023), que la injusticia hermenéutica ocurre cuando *“a gap in our collective hermeneutical resources puts someone at an unfair disadvantage when it comes to making sense of their social experiences”*. [una brecha en nuestro colectivo recursos hermenéuticos pone a alguien en una desventaja injusta cuando se trata de dar sentido a sus experiencias sociales]. (p.16).

Así mismo, señalan estos autores que:

si bien la injusticia testimonial es el resultado del prejuicio individual, la injusticia hermenéutica es un problema estructural en el que el prejuicio se arraiga en el tejido social. Uno podría estar tentado de atribuir la injusticia hermenéutica a la pura mala suerte o mal momento, como estar afectado por una enfermedad que no había sido descubierta o comprendida por la ciencia médica de la época. Además, algunos podrían argumentar que los

acosadores sexuales también se ven perjudicados por la falta de recursos hermenéuticos y, por lo tanto, que es incorrecto pensar en la situación como una injusticia que sólo afecta a las mujeres. Fricker argumenta enérgicamente contra ambas pretensiones. En el caso del acoso sexual, la brecha en nuestros recursos hermenéuticos colectivos afecta a la mujer en un grado de mayor medida que los hombres. El daño soportado por las mujeres es incomparablemente mayor que la soportada por los hombres. Este efecto diferencial es injusto. Además, esta injusticia no es solo mala suerte. La brecha hermenéutica deriva del hecho de que los miembros del grupo más desfavorecido por la brecha están, en cierto grado, hermenéuticamente marginados, es decir, participan desigualmente en las prácticas a través de las cuales se generan los significados sociales. (Andrés Paez y Janaina Matida, 2023, p.17)

El ejemplo más famoso de injusticia hermenéutica —que afortunadamente encontró un remedio a través del activismo social— es la historia de cómo el término “acoso sexual” pasó a formar parte del concepto colectivo recursos disponibles para las mujeres que tuvieron que soportar relaciones sexuales no deseadas en el lugar de trabajo sin poder entender exactamente por qué estaban siendo dañados. El término apareció en la década de 1970 en el contexto del movimiento feminista en los Estados Unidos, después de que muchas mujeres describieron repetidamente haber sido despedidas porque fueron acosadas e intimidada por los hombres. De esta manera, un recurso hermenéutico que antes no estaba disponible se convirtió en una herramienta útil para las mujeres a fin de comprender la situación y buscar una solución. Lin Farley y sus colegas de la Universidad de Cornell elaboró el término “acoso sexual” para describir el problema y generar interés en el tema. Catalina Mackinnon (1979) suele atribuirse el mérito de ser la primera persona en ofrecer una formulación del concepto. (Andrés Paez y Janaina Matida, 2023, p.16)

Es con base en ello, que se estructura la llamada injusticia epistémica, bajo el influjo esencial del movimiento feminista que buscaba disminuir el déficit de credibilidad que afecta a las mujeres cuando denuncian hechos relativos a violencia sexual

como la violación y el acoso, y que dificulta el castigo y la crítica social de tales acciones, lo cual forma parte del fenómeno que Miranda Fricker conceptualiza como “injusticia epistémica”. (Rekers, 2019, p.12)

Continuando con este punto, para Fricker, citada por Gonzales de Requena (2015), la injusticia epistémica, afecta a algunas prácticas cognoscitivas cotidianas como la entrega verbal de información, el compartir conocimientos con otros y la interpretación discursiva de nuestras experiencias sociales, y daña capacidades humanas tan valiosas como nuestra condición de sujetos de conocimiento o el ser partícipes de una comprensión socialmente compartida. Este tipo de injusticia tiene un carácter distintivamente epistémico, ya que concierne a nuestras capacidades como sujetos de conocimiento o de comprensión, y no se deja reducir a cuestiones de justicia distributiva relativas a la asignación de recursos epistémicos como la información o la educación. En ese sentido, la injusticia epistémica cubre aquellas formas de vulneración que se deben a la pérdida de credibilidad de la palabra de un sujeto debido al influjo de los prejuicios identitarios en la evaluación de su competencia o su sinceridad (esto es, la injusticia testimonial). (p.52-53)

Establecido entonces el marco de la injusticia epistémica, corresponde centrar la atención en la llamada injusticia testimonial, dada su relevancia para el objeto de estudio.

1.3.2. Injusticia testimonial.

En lo respecta a la definición original del concepto en cuestión, Miranda Fricker sostiene que “*a speaker sustains a testimonial injustice if and only if she receives a credibility deficit owing to an identity prejudice in the hearer*” [un hablante sostiene una injusticia testimonial si y sólo si recibe un déficit de credibilidad debido a un prejuicio de identidad en el oyente]. (Andrés Paez y Janaina Matida, 2023, p.14)

En consecuencia, se entiende que este tipo de injusticia se presenta cuando la persona pierde credibilidad o su versión de los hechos es ninguneada.

Es importante destacar el alcance del concepto desarrollado por Fricker, según Muniz (2023):

embora forneça subsídios teóricos importantes para a compreensão da (e combate à) injustiça sofrida pelas mulheres no cerne do Sistema de Justiça, é mais amplo que a questão específica ora analisada, na medida em que essa forma de injustiça pode ser motivada não apenas por preconceitos de gênero, mas também de cor, etnia e classe. Ademais, essa concepção não se reduz às situações específicas de prova testemunhal – enfocadas no presente artigo – abrangendo qualquer forma de testemunho, em sentido amplo [si bien brinda un importante sustento teórico para comprender (y combatir) la injusticia que sufren las mujeres en el seno del Sistema de Justicia, es más amplio que el tema específico aquí analizado, en la medida en que esta forma de injusticia puede estar motivada no sólo por prejuicios de género, sino también por color, etnia y clase. Además, esta concepción no se limita a las situaciones específicas de la prueba testimonial -enfocadas en este artículo- abarcan cualquier forma de testimonio, en sentido amplio]. (p.77).

Ahora bien, según Rekers (2019) cuando uno habla de injusticia testimonial habla de un aspecto ético de nuestras prácticas epistémicas, en ese caso la práctica de transmitir conocimientos a otros diciendo algo. Adicionalmente, en los casos que aquí interesan, y que forman parte de las consignas de los movimientos feministas, casos de abuso y acoso, la transmisión de conocimientos desacreditada versa sobre una vivencia propia. Este tipo de injusticia es la que afecta principalmente a las víctimas de abuso sexual. Además de cuestionar la capacidad del hablante para transmitir información sobre una experiencia propia, la injusticia epistémica conlleva necesariamente otros males:

- 1) Dificulta el acceso a la justicia de las víctimas.
- 2) Como consecuencia de lo anterior, es más probable que los delitos denunciados por las víctimas queden impunes, y esa impunidad esté vinculada a una injusticia testimonial. (p.14)

En cualquier caso, sostiene Gonzales de Requena (2015), el acto de hablar de dar testimonio tiene lugar en contextos tan diversos como un tribunal, una confesión

íntima o una conversación personal, una entrevista pública, un documental, o algún texto escrito, ya se trate de cartas y diarios, documentos históricos o incluso obras literarias. Inclusive en las formas literarias del testimonio, este involucra cierta puesta en escena o la representación performativa¹⁴ de alguna información a través de estrategias dramáticas de actuación y narración que remarcan la construcción dialógica y polifónica de la testificación. De ese modo, pueden desplegarse diferentes formas de injusticia testimonial, de acuerdo a los distintos escenarios dialógicos y marcos convencionales que regulan la realización afortunada del acto de habla consistente en testificar. En el caso de un testimonio formal en contextos legales o institucionales el testigo aporta evidencia ante un tribunal o una corte, ya sea para persuadir a la corte de que ocurrió lo que un tercero afirma, o solo para informar de lo que alguien dijo, o para persuadir al tribunal de su versión de los hechos que están en discusión (independientemente de lo que diga un tercero), o incluso para dar una versión de lo ocurrido. En este tipo de testificación formal, se requieren ciertas condiciones convencionales: el testimonio constituye una forma de evidencia; es algo que se nos invita a aceptar porque alguien lo dice; quien habla tiene autoridad, competencia o credenciales relevantes para testificar; la o el testigo obtiene cierto estatus al aportar evidencia en un marco institucional; el testimonio es de primera mano, y la testificación es relevante para resolver algún asunto en discusión sobre el cual se necesita evidencia. (p.54)

Sin embargo, en los testimonios naturales que se suministran en circunstancias cotidianas de comunicación intersubjetiva las convenciones reguladoras del acto de habla son más laxas: las afirmaciones del testigo sobre un hecho son evidencia de lo que ocurrió y se entregan como evidencia del hecho; el hablante tiene competencia, autoridad o credenciales relevantes para afirmar confiablemente lo que ocurrió, y la versión de los hechos del testigo resulta pertinente para dirimir alguna discusión sobre la que se necesita evidencia. (Gonzales de Requena, 2015, p.55)

¹⁴ Que implica la realización simultánea por el hablante de la acción evocada.

1.3.2.1. Injusticia testimonial por enrarecimiento de la testificación.

Ahora bien, Gonzales de Requena (2015), hace referencia a la injusticia testimonial por enrarecimiento de la testificación, señalando que ante esta diversidad de contextos de irrupción e inscripción del testimonio, y dada la variedad de las interpretaciones que intentan dar cuenta de la eficacia convencional y los usos del discurso testimonial, cabe pensar que las formas de la injusticia testimonial no quedan cubiertas únicamente como casos de la ignorancia o del rechazo de la credibilidad de quien testifica. Si una de las condiciones del testimonio consiste en que la versión testificada resulte pertinente para dirimir alguna discusión sobre la que se necesita evidencia pública, entonces puede inferirse que existe un tipo de injusticia testimonial basada en el enrarecimiento del testimonio: se daría injusticia testimonial cuando se descontextualiza el testimonio en un marco no pertinente, de manera que se cuestiona la relevancia de lo testificado para el asunto en discusión. (p.62)

En ese sentido, Muniz (2023) hace referencia al concepto de poder social, desarrollado por Fricker, indicado que el mismo está definido como una práctica socialmente establecida para controlar las acciones de otros, pudiendo ser ejercida (activa o pasivamente) por particulares o también de forma estructural, impactando directamente en el *status* social que cada persona ocupa en la sociedad. (p.77)

Así mismo, siguiendo con Muniz (2023) dicha autora refiere que:

O poder social se manifesta no âmbito epistêmico na forma de poder identitário, que se alicerça sobre uma concepção imaginativa compartilhada de identidade social. Em outras palavras, o enquadramento do locutor em determinada categoria social conduz à redução da sua identidade a um estereótipo, que será dotado de maior ou menor credibilidade, conforme o grau de poder social concentrado naquela categoria [El poder social se manifiesta en el ámbito epistémico en forma de poder identitario, que se fundamenta en una concepción imaginativa compartida de la identidad social. En otras palabras, enmarcar al hablante en una determinada categoría social conduce a la reducción de su identidad a un estereotipo, que estará dotado

de mayor o menor credibilidad, según el grado de poder social concentrado en esa categoría.] (p.78)

Más adelante sostiene:

Esse impacto pode ser percebido na formação dos estereótipos de gênero: aos homens, são concedidos quase automaticamente os rótulos de “pai de família” e “homem de bem”, ou, ainda, são infantilizados (mesmo que se trate de homens adultos) como “imaturos” e, portanto, incapazes de assumirem responsabilidades pelas próprias ações e decisões; às mulheres, por outro lado, o rótulo de “mulher decente” ou “mulher honesta” é condicionado à sua completa redenção às rígidas exigências do patriarcado, ou seja, a um padrão de comportamento que não ameace a manutenção da estrutura de poder androcêntrica.

Sendo assim, se a própria estrutura da sociedade é marcada pela dominação-exploração da mulher, em contraste ao poder social masculino, essa desproporção reflete em nível epistêmico, implicando graves distorções na distribuição do grau de credibilidade atribuído às pessoas. Os estereótipos de gênero, portanto, propiciam injustiças não apenas nas esferas econômica, educacional, profissional e familiar das mulheres, mas também na sua condição de sujeito epistêmico, ou seja, sujeito capaz de transmitir conhecimento digno de credibilidade [Este impacto se puede ver en la formación de estereotipos de género: los hombres reciben casi automáticamente las etiquetas de "hombre de familia" y "buen hombre", o incluso se los infantiliza (incluso si son hombres adultos) como "inmaduros" y, por lo tanto, incapaz de asumir la responsabilidad de sus propias acciones y decisiones; para las mujeres, en cambio, la etiqueta de “mujer decente” o “mujer honesta” está condicionada a su completa redención a las rígidas exigencias del patriarcado, es decir, a un patrón de comportamiento que no atente contra el mantenimiento del androcentrismo. estructura de poder. Por tanto, si la propia estructura de la sociedad está marcada por la dominación-explotación de las mujeres, en contraposición al poder social de los hombres,

esta desproporción se refleja a nivel epistémico, implicando graves distorsiones en la distribución del grado de credibilidad atribuido a las personas. Los estereotipos de género, por tanto, conducen a injusticias no solo en el ámbito económico, educativo, profesional y familiar de las mujeres, sino también en su condición de sujetos epistémicos, es decir, sujetos capaces de transmitir conocimientos dignos de credibilidad]. (Muniz, 2023, pp.78-79)

En ese sentido, se indica que la injusticia testimonial puede continuar por otros medios, tales como la teoría, cuando las interpretaciones teóricas del discurso testimonial lo privan de su capacidad de enunciación referencial y veredicción, o bien borran su textura polifónica y neutralizan la diversidad de voces singulares que lo conforman. Encontramos ese tipo de injusticia testimonial en aquellas perspectivas teóricas que remarcan el carácter irrepresentable e indecible del testimonio o que enfatizan la imposibilidad y aporía de la testificación; de tal modo que el discurso testimonial sería incapaz de proporcionar versiones contrastables o producir un efecto de verdad, por lo que resultaría absolutamente inverificable. Pero también hallamos vestigios de injusticia testimonial por enrarecimiento en aquellas estrategias literarias o teóricas que codifican el testimonio como una simple representación y escenificación de cierto libreto ideológico dogmático y sectariamente auto reforzante o como una triunfal expresión espontánea de la conciencia de los sectores populares y excluidos, al mismo tiempo que idealizan abstracta y melodramáticamente la ejemplaridad moral del heroico testigo militante. Y es que, de ese modo, se empobrece la voz singular del testigo como una consigna esquemática, abstracta y manida, que ha perdido toda textura expresiva, toda flexibilidad alusiva y toda fluidez estilística. En suma, la injusticia testimonial también se reproduce cuando el testimonio resulta enrarecido y descontextualizado como una enunciación excepcional. (Gonzales de Requena, 2015, p.64)

A partir de estos postulados, se tiene claro la importancia del estudio de la epistemología en el razonamiento sobre la prueba testifical; queda a continuación,

establecer los aspectos inherentes a la adquisición del conocimiento de los hechos en el proceso penal, sobre la base de la antes descrito.

2. La relación hechos, prueba y verdad en el proceso penal.

2.1. Los hechos y objeto en el proceso.

Para Taruffo (2020b), es importante entender cómo se presenta el hecho dentro del contexto del proceso, y es así como considera que el hecho ingresa al proceso como un conjunto de enunciados, es decir, de narraciones, por lo que el proceso puede ser interpretado como un conjunto de narraciones que son construidas y propuestas por diferentes sujetos y desde diferentes puntos de vista, es decir, por los abogados, por los testigos, por los consultores técnicos y, por último, por el juez. (p.169).

En palabras de Gonzales (2022a), los hechos se caracterizan por los siguientes rasgos:

- Los hechos se sitúan en el mundo y no dependen de las creencias, en el sentido de que ocurren “lo crea alguien o no”.
- Los hechos son lo que hace verdaderos o falsos a nuestros enunciados y, por tanto, son aquello a lo que nuestras creencias (y las proposiciones u oraciones descriptivas con las que las expresamos) se refieren y, también son lo que las fundamenta. (p.6)

La anterior definición implica que los hechos y las entidades u objetos son cosas distintas, porque los objetos no hacen verdaderas o falsas a nuestras creencias — salvo indirectamente en la medida en que están involucrados en los objetos— así, como refiere Gonzales (2022a), citando a Bertrand Russell:

Es preciso tener en cuenta que cuando hablo de un hecho no me refiero a una cosa particular existente, como Sócrates, la lluvia o el sol. Sócrates no hace por sí mismo ni verdadero ni falso a ningún enunciado [...] Cuando una palabra aislada alcanza a expresar un hecho, como ‘fuego’ o ‘el lobo’, se debe siempre a un contexto inexpresado, y la expresión completa de tal hecho habrá de envolver siempre una oración. (p.7).

Siguiendo con Gonzales, dado que los objetos no hacen por sí solos verdaderas o falsas a nuestras creencias o afirmaciones, y dado que la finalidad de la prueba — en los casos centrales— es establecer la probable verdad de ciertas afirmaciones, entonces las cosas particulares, por sí mismas, no pueden ser el objeto de la prueba. Lo que puede probarse es *la existencia* de un objeto—que sí es un hecho— pero no, el objeto en sí. Una pistola no puede probarse, pero sí que esa pistola estaba en posesión de un sujeto o que fue el arma utilizada para tal homicidio o que ha sido recientemente usada. Esto es, los hechos son acontecimientos que “les ocurren” a los objetos o propiedades que pueden predicarse de ellos. (2022a, p.6)

Esta distinción entre “hechos” y “objetos” —o “cosas particulares— es importante y su olvido puede conllevar equívocos que conviene evitar. Por ejemplo, la doctrina procesal ha dicho con frecuencia que el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones sobre los mismos, y se ha argumentado que esto es así con el siguiente ejemplo: “Utilizando un ejemplo mencionado por el profesor Serra Domínguez podemos decir que si bien es imposible probar una mesa, por el contrario si una persona afirma que existe una determinada mesa en un cierto lugar y predica determinadas cualidades de la misma, es posible, entonces, la demostración de exactitud de dichas afirmaciones”. Pero, como es evidente, si se tiene en cuenta la distinción entre “hechos” y “objetos” —y dado que una mesa es un objeto, y no un hecho— lo que demuestra el argumento es que no es posible probar objetos, no que no sea posible probar hechos. La posesión o no de las cualidades que se predicán de la mesa del ejemplo son hechos, y es precisamente lo que hay que probar. (Gonzales, 2022a, p.7-8)

2.2. ¿Qué es probar un hecho?

Las normas jurídicas pueden verse como instrumentos de los que dispone la o el juez para resolver los conflictos jurídicos que se le plantean. Tales normas tienen una estructura condicional que correlaciona un supuesto de hecho —que se refiere genéricamente a una clase o tipo de hechos— con una consecuencia jurídica. Las normas le dicen al o la juez qué decisión debe tomar si se produce un caso de un determinado tipo de hechos. Por ello, la o el juez debe establecer si estos hechos

han tenido lugar, como paso previo para la resolución del conflicto. El Derecho, por tanto, tiene la pretensión de reaccionar con determinadas soluciones jurídicas — sanciones u otro tipo de efectos jurídicos— ante distintas situaciones que puedan darse en la realidad. Esta pretensión es fundamental para su función como guía de la conducta, resolución de conflictos y ordenación de la sociedad. (Gonzales, 2022a, p.3)

Según Gonzales (2022a), al conjunto de actividades, inferencias, medios e instrumentos que se usan en el marco del proceso judicial para determinar si debe aceptarse que los hechos descritos en el supuesto de hecho de la norma han tenido lugar podemos llamarlo, genéricamente, *prueba judicial de los hechos*. La palabra “prueba”, como puede verse, tiene una fuerte ambigüedad; los y las juristas suelen usarla para referirse a varias cosas:

- a) A la actividad de probar algo.
- b) A los medios de prueba o *datos probatorios*; es decir, a los instrumentos y elementos de juicio que usamos para averiguar la verdad sobre los hechos del caso.
- c) Al resultado arrojado por los medios de prueba, esto es, a los hechos probados del caso.

A estos, hay que añadir un cuarto elemento: para pasar de la información obtenida a través de los medios de prueba a los *hechos probados* es preciso un razonamiento, que puede ser muy complejo, al que en ocasiones también se le llama “prueba”. Para deshacer la ambigüedad, a este sentido de “prueba” podemos llamarlo *razonamiento probatorio*. Un razonamiento —o inferencia, o argumento— es un conjunto de enunciados que expresan razones que apoyan una conclusión. La prueba de un hecho, en este sentido, es el razonamiento —o el conjunto de razonamientos— que trata de mostrar que tenemos suficientes razones para aceptar que ese hecho ha ocurrido, que ha tenido lugar. (pp.3-4)

Ahora bien, hay quienes sostienen, como Luna (2019a) que:

es muy normal que pensemos que el objeto de la prueba son los hechos, esto no es así, o por lo menos no es un concepto preciso que dentro del rigor académico debemos dejar pasar por alto, toda vez que el objeto de la prueba son los enunciados que las partes esgrimen dentro de un proceso acerca de los hechos acaecidos. El objeto de la prueba son las proposiciones tanto afirmativas como negativas que se esbozan en relación con un hecho. (p.43)

Así también, Gascón (2010) refiere que:

esta forma de hablar (prueba de un hecho), sin embargo, no es del todo exacta, pues el objeto de la prueba no son hechos, sino enunciados sobre hechos. Afirmar que un enunciado fáctico está probado, o que constituye una prueba, significa que ha sido verificado, que su verdad ha sido comprobada; de manera que la expresión «probar un hecho» no es más que una elipsis, una forma de decir «probar la hipótesis de que los hechos han sucedido», pues un hecho no se puede probar a posteriori, sino que sólo se lo puede *constatar* cuando acaece. Lo que se prueban son enunciados asertivos, es decir, proposiciones. Por eso, lo correcto sería hablar de «prueba de la verdad de la afirmación de la existencia de un hecho». (p.76)

2.3. La necesaria distinción entre hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado. Problemas de percepción y de interpretación.

Dentro de la llamada Tesis del objetivismo ingenuo que sostiene Gonzales (2022c), los hechos, y en general la realidad, son plenamente objetivos y los conocemos porque impactan en nuestra conciencia. Se puede precisar a través de dos tesis:

La **objetividad ontológica**, por medio de la cual el mundo es independiente de sus observadores, esto es, las cosas son como son, con independencia de los que sabemos de ellas y como las vemos.

La **objetividad epistemológica**, que refiere que por medio de los sentidos normalmente tenemos un acceso fiel a esa realidad. Para esta imagen del mundo, los hechos son datos brutos, evidentes y no problemáticos ofrecidos por la realidad.

Si dudamos acerca de si un hecho ocurrió, nuestra duda se deberá a un problema de falta de información. (p.22)

Sin embargo, esta concepción tradicional de los hechos no toma en cuenta, una ambigüedad importante de la palabra “hecho”, que se usa indistintamente para referirse a un hecho externo, a la percepción de un hecho o a la interpretación de un hecho.

A tal fin, Gonzales (2022c) define como:

- a) Hecho externo al hecho como acaecimiento empírico, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones.
- b) Hecho percibido al conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos.
- c) Hecho interpretado, a la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales, clasificándolos como un caso de alguna clase genérica de hechos.

Así las cosas, no es lo mismo el hecho real de que Juan agita el brazo, la percepción que un observador tiene de ese movimiento, esto es, los datos sensoriales que tal hecho externo causa en su mente, y la interpretación que hace de esos movimientos, como un saludo, una amenaza, un aviso de algún peligro, etc. En consecuencia, este mismo autor refiere que, entre el hecho externo y el hecho percibido pueden surgir **problemas de percepción**, y entre el hecho percibido y el hecho interpretado, **problemas de interpretación**:

a) **Surge un *problema de percepción*** cuando tenemos dudas acerca de si la percepción que tenemos de un hecho refleja fielmente las propiedades (o algunas propiedades) de dicho hecho, esto es, cuando nos preguntamos si nuestras percepciones son fiables. Podemos distinguir cuatro fuentes de duda acerca de la fiabilidad de nuestras percepciones:

1) *Su relatividad general respecto de los órganos sensoriales*: La primera fuente de duda tiene que ver con el hecho de que las características

de nuestros órganos sensoriales condicionan la manera de percibir el mundo, por lo que no todos los animales tienen la misma imagen del mismo. El mundo percibido por un murciélago es probablemente muy diferente del percibido por nosotros.

2) *La posibilidad de ilusiones*: Nuestra percepción de un hecho no es un todo unitario, sino que está constituida por un conjunto de experiencias sensoriales de diversa naturaleza: visuales, táctiles, auditivas, etc. En algunas ocasiones, el conjunto de experiencias que esperamos que se refiera a un mismo hecho externo no es coherente en un determinado lapso de tiempo. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando vemos como doblado un lápiz con un extremo dentro de un vaso de agua. Si lo tocamos, podemos comprobar que el lápiz en realidad no está roto o doblado. En aquellos casos en los que las experiencias sensoriales que componen una percepción no son coherentes, se dice que sufrimos una *ilusión*.

3) *La posibilidad de alucinaciones*: En otras ocasiones, el problema de la percepción consiste en que el hecho percibido no parece corresponderse con ninguna propiedad del hecho externo. Hay algo que causa nuestra percepción, pero no es el hecho externo que creemos estar percibiendo. Esto es lo que ocurre en los casos de *alucinaciones*, como cuando ando sediento por el desierto y creo ver un oasis.

4) *La interrelación percepción-interpretación*: La percepción y la interpretación de un hecho no son procesos totalmente independientes, sino que se condicionan mutuamente. Por un lado, las interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos, pero, por otro lado, nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos, etc. *dirigen* de alguna manera nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos. Esta dependencia de la percepción respecto de factores socioculturales ha sido señalada frecuentemente por los psicólogos, que han demostrado que la percepción no depende sólo de la naturaleza de los estímulos, sino que sobre

ella influyen los estados y disposiciones del organismo. Al igual que todo proceso, la percepción resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de las características permanentes o momentáneas de los sujetos. Así, por ejemplo, el tamaño con el que vemos un objeto y la velocidad con la que lo reconocemos viene influido por el valor que le atribuimos.

b) Los problemas de interpretación, por su parte, surgen cuando tratamos de atribuirle un sentido a los hechos que percibimos. Interpretar un hecho consiste en clasificar ese hecho en alguna de nuestras categorías, permitiéndonos entenderlo. En ocasiones, la interpretación es un proceso automático, una operación psicológica no consciente, pero en otras requiere la aplicación, o incluso la elaboración, de complejas teorías científicas, o "bucear" en los motivos, razones e intenciones profundas de un agente. Un juez no sólo debe asegurarse de que las percepciones de los testigos -o, en general, las recogidas en los medios de prueba- son correctas, sino que también debe controlar sus interpretaciones, o bien elaborar su propia interpretación a partir de la información de los testigos, si quiere conocer lo que realmente ocurrió, si quiere *comprender* la situación. Ahora bien, este proceso de interpretación puede plantear dificultades. La principal fuente de duda acerca de la corrección de nuestras interpretaciones de los hechos tiene que ver con *la relatividad de las interpretaciones respecto de la cultura, conocimientos, recuerdos, etc.*: si la interpretación de un hecho depende de la información previa que podamos tener, entonces no escapa a cierta subjetividad. Es obvio que no todas las culturas comparten exactamente la misma cultura, los mismos conocimientos y manera de "ver el mundo" (incluso no lo hacen siquiera todos los individuos de una misma cultura). Nada nos asegura que sujetos distintos, pertenecientes a distintas culturas o incluso a una misma, hagan interpretaciones coincidentes de un mismo hecho.

Todas estas dificultades, las relacionadas con la percepción y las relacionadas con la interpretación de los hechos, constituyen escollos que el o la juez deben superar a la hora de valorar la prueba de los mismos.

En definitiva, los problemas de percepción y de interpretación plantean un problema al juez, al menos en dos momentos: por un lado, quien juzga debe asegurarse de que las percepciones y las interpretaciones de los hechos que se le presentan en el proceso son correctas; por otro lado, debe asegurarse de que sus propias percepciones e interpretaciones de las acciones realizadas por las partes para probar los hechos del caso son también correctas. Dicho de otra manera, la distinción entre hecho bruto, la percepción de un hecho y la interpretación de un hecho no solo se da entre la realidad y—por ejemplo— los testigos, sino también entre las declaraciones de los testigos —que, no olvidemos, son también hechos— y quien juzga. (Gonzales, 2022c, pp.24-29)

A la vista de las anteriores dificultades para el conocimiento objetivo, la postura que parece más sensata frente a la pregunta por la posibilidad del conocimiento de los hechos es sostener un **cognoscitivismo crítico**, no ingenuo, que sea consciente de las dificultades para el conocimiento, pero que no caiga tampoco en la desilusión radical acerca de la posibilidad de aprehender datos (suficientemente) objetivos de la realidad. Por ello, el objetivista crítico debe someter a los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué medida construcciones del observador, así como en qué casos y en qué grado podemos conocerlos con objetividad.

Las anteriores consideraciones, en definitiva, no nos llevan a rechazar que sea posible establecer la verdad de los enunciados, sino a ser conscientes de que tal verdad es relativa a una red de conceptos y, por tanto, en este sentido, contextual.

2.4. ¿Es posible conocer objetivamente los hechos? Dos concepciones de la prueba: el cognoscitivismo y la concepción persuasiva

Para responder esta pregunta, que sin lugar a dudas es una cuestionante planteada en todo los operadores de justicia principalmente, es necesario entender, como lo refiere Gascón A. y García A. (2015) que en la medida en que la prueba judicial se endereza a comprobar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos relevantes para la causa (generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador), la concepción de la prueba que se mantenga se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico; es decir, a la epistemología que se adopte. Como en línea de principio cabría adoptar dos tipos de epistemología, cabe distinguir —también en línea de principio— dos concepciones de la prueba, cada una de las cuales se caracteriza por mantener una cierta relación entre los conceptos de verdad (o enunciado verdadero) y prueba (o enunciado probado). Estas dos concepciones son la cognoscitivista y la persuasiva. (pp.233-234)

2.4.1. Concepción cognoscitivista de la prueba.

Una primera epistemología es la que podríamos denominar objetivismo crítico (posición que asume también Gonzales Lagier): objetivismo porque entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente; crítico porque toma en serio las tesis sobre las limitaciones del conocimiento. O sea, se trata de una epistemología que mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer, aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo.

La concepción de la prueba que deriva de esta epistemología es la cognoscitivista, que concibe la prueba como un instrumento de conocimiento, o sea, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento que es sólo probable. En pocas palabras, desde esta perspectiva se asume que la declaración de hechos probados puede ser falsa. Por lo demás, en esta concepción la valoración de la prueba se concibe como una actividad racional, consistente en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control. (Gascon M. y Garcia A., 2015, p.234)

La concepción cognocitivistista de la prueba separa y diferencia estos conceptos (verdadero y probado) es decir, distingue entre la *verdad objetiva*, que es la verdad simplemente, que es la que está en un mundo independiente del proceso y del juzgador -que se busca alcanzar - y la *verdad procesal* que es la que se ha probado en el proceso –la que se ha podido probar atendiendo todas las reglas o límites probatorios-. Ello no significa que el modelo cognocitivistista no postule un realismo mínimo. Sí lo postula, y por tanto concibe el conocimiento de los hechos como la relación entre el sujeto cognoscente -juez- y mundo real. Ahora bien, que las condiciones y obstáculos teóricos e institucionales para alcanzar el conocimiento impidan hablar de verdades absolutas no invalida el modelo cognocitivistista, pone sólo de manifiesto que hay que tomar conciencia del carácter relativo y no absoluto del conocimiento alcanzado, y que tal vez por ello sea preferible hablar de probabilidad o conocimiento probable en lugar de verdad. Pero un conocimiento probable sigue siendo un conocimiento objetivo, pues la falta de certeza absoluta no puede conducir a ignorar que existen diferentes grados de certeza. (Gascón, 2010, p.10)

De ahí que es importante distinguir entre las expresiones que señalan que la **premisa fáctica es verdadera**, que significa que los hechos descritos han existido o existen en el mundo independiente de lo que conoce el juez en el proceso, es decir que los hechos se corresponden con la realidad y la expresión que afirma que la **premisa fáctica está probada**, que significa que la verdad ha sido comprobada, es decir, que el enunciado ha sido confirmado por las pruebas disponibles que sean susceptibles de exteriorización y de control en el proceso, es decir, que hay elementos de prueba suficientes como para que el juez pueda tener esa descripción, esa hipótesis, ese enunciado sobre los hechos, por verdad. Por supuesto que esta última verdad, la procesal, tendrá que aceptarse como la verdad última y final, porque algún día tiene que cerrarse el conflicto de manera autorizada por los jueces en el proceso y, de ahí “deriva una exigencia para el procedimiento de fijación de los hechos que ha originado el conflicto: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos puede alargarse indefinidamente; tiene que existir expedientes procesales

que permitan fijar la verdad cuando no resulte fácilmente descubrible; y tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última. Claro está que esta verdad última no será infalible, pero será final, en el sentido de que pondrá fin al conflicto autorizadamente". (Gascón, 2010, p.108)

2.4.2. Concepción persuasiva de la prueba.

Una segunda epistemología es la constructivista, que entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, que la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En sentido estricto no cabe hablar de un "conocimiento objetivo"; o si se quiere, la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido. La adopción de una epistemología constructivista en el proceso de prueba se manifiesta en aquellas propuestas que postergan la averiguación de la verdad en favor de otras finalidades prácticas del proceso. Estas tesis se vinculan a la teoría del *adversary system* y, en general, a las posiciones ideológicas del proceso civil que conciben a éste esencialmente como un instrumento para la resolución de conflictos. Y es que, si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos: bastará con obtener un resultado formal que sea operativo. Es más, podría incluso pensarse que la comprobación de la verdad es un obstáculo para la rápida solución de la controversia.

Estas propuestas alimentan una concepción persuasiva de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de los enunciados fácticos, es un sin sentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento del juez es correcto o equivocado; simplemente está persuadido. Por lo demás, una concepción de este tipo es compatible con (y, más aún, implica) una concepción irracional de la valoración de la prueba. De un lado, porque la persuasión de un sujeto sobre algo es un estado psicológico y nada más; de otro, porque la persuasión podrá fundarse sobre cualquier cosa que haya influido en la

formación de ese estado psicológico, y no necesariamente en la producción de pruebas. (Gascón, 2010, p.234)

Al respecto, Roca (2022), citando a De Paula, en relación con las consecuencias de adoptar una línea persuasiva de pensar la prueba, refiere que “la concepción subjetiva de la prueba sitúa al juez en una posición de infalibilidad, al eliminar cualquier criterio externo de la decisión”, a lo que añade “aunque se le recomiende que juzgue con prudencia, que valore la prueba con racionalidad y criterio”. Refiere también que la calidad del material probatorio no tendrá una importancia esencial, por lo que es plenamente posible formar el convencimiento incluso con conjuntos probatorios incompletos o poco fiables. (p.27)

2.5. Las relaciones verdad-prueba. ¿Cuándo un enunciado es verdadero?

Refieren Ferney Rodriguez y Juan P. Tuirán (2011) que las pruebas en lo epistemológico se inscriben metafóricamente como vehículos que nos llevan aproximarnos a la verdad de los hechos. En tal medida, no es posible demostrar la ocurrencia de un hecho, si no probándolo, por ello las pruebas son medio y también son fuente, porque de ellas emana el conocimiento necesario para llegar a establecer con certeza cognoscitiva la verdad. (p.205)

Según el conocimiento judicial, el juicio penal tendría finalidad descubrir la verdad sobre hechos en disputa, los cuales se establecen de acuerdo con la prueba producida, pero en palabras de Tuzet (2020) la verdad no está entre los objetivos o las funciones de un juicio, lo que deben hacer los jueces, es evaluar la prueba presentada y tomar una decisión sobre lo que está en juego. (p.125)

El procedimiento probatorio judicial va encaminado a poder afirmar que ciertos hechos *son verdaderos*. Pero se hace necesaria una precisión. Tanto el discurso científico como el judicial son discursos lingüísticos, o si se quiere, en ambos casos se pretende afirmar la verdad no de hechos sino de *enunciados* sobre los hechos. En particular, en el discurso judicial los llamados «hechos probados» no son más que enunciados asertivos de los que se predica la verdad. Por ello, entre las muchas

concepciones de verdad que se han desarrollado a lo largo de la historia, aquí nos interesa la verdad como *propiedad de ciertos enunciados*. (Gascón, 2010,p.50)

Según Gascón (2015), la distinción entre las dos concepciones de la prueba comentadas (cognoscitivista y persuasiva) se puede analizar a la luz de las relaciones entre los conceptos de verdad y prueba. Decir que un enunciado fáctico es verdadero significa que los hechos que describe han existido o existen en un mundo independiente; o sea, que es correcta, en el sentido de que se corresponde con la realidad, la descripción de hechos que formula. Decir que un enunciado fáctico está probado significa que su verdad ha sido comprobada; o sea, que el enunciado ha sido confirmado por las pruebas disponibles. Podría decirse que mientras el cognoscitivismo separa ambos conceptos, la concepción persuasiva los identifica: desde la perspectiva cognoscitivista la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser falsa; desde la concepción persuasiva no tiene sentido realizar tal afirmación, pues aunque, en rigor, la verdad de los hechos no es aquí algo que deba perseguirse, es evidente que en la práctica esta posición descansa sobre un concepto de verdad en virtud del cual verdadero es lo que resulta probado en el proceso.(p.56)

Ahora bien, siguiendo con Gascón (2015), nótese que el concepto de verdad (o enunciado verdadero) traduce, en relación con el de prueba (o enunciado probado), un ideal, y en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido: aunque sólo la declaración de hechos probados resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de mayor pero también de menor calidad) a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las trabas y limitaciones procesales. Por eso, la distinción entre estos dos conceptos no sólo es posible sino incluso necesaria si se quiere dar cuenta del carácter autorizado pero falible de la declaración de hechos de la sentencia. Es más, la distinción juega también un importante papel metodológico, pues pone de manifiesto la necesidad de adoptar cautelas y

establecer garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad. (p.57)

En suma, una concepción racional de la prueba exige distinguir entre los conceptos de verdadero y probado; exige, por tanto, el cognoscitivismo, concepción según la cual el proceso se orienta a la comprobación de la verdad, pero el conocimiento alcanzado es siempre imperfecto o relativo. Por lo demás, como indica L. Ferrajoli:

esta es la única concepción de la prueba que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática, pues, a diferencia de la concepción persuasiva, que no permite pensar que la declaración de hechos de la sentencia sea falsa, ésta sí permite pensarlo: “permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles”. (Gascon M. y Garcia A., 2015, pp.234-235)

Ahora bien, ¿Qué queremos decir cuando afirmamos que un enunciado es verdadero? ¿Queremos decir que todos están de acuerdo? ¿Qué es coherente con el resto de cosas que sabemos? ¿Que todo apunta a que los hechos ocurrieron tal como se afirma?

La faceta justificativa de la decisión judicial, que se agota en la relación entre premisa mayor, premisa menor y conclusión, suele denominársela justificación interna, aspectos tratados por la teoría de la argumentación jurídica.

Según Dei Vecchi (2020) es usual asumir que también las premisas que componen la decisión-entendida como estructura argumentativa o proceso-, deben estar en sí mismos justificadas, en ese sentido, refiere este autor que las premisas normativas (premisa mayor), ha de justificarse desarrollando una interpretación adecuada de alguna fuente del Derecho idónea (ej., legislación o precedente), es la actividad que conduce a identificar la norma válida aplicable al caso. Ahora bien, las premisas fácticas identificadas con la atribución de ciertas conductas a personas

determinadas, parecen exigir un tipo de justificación diferente, atendiendo a dos aspectos centrales: 1) parece inaceptable que una persona sea juzgada y eventualmente condenada por la ejecución de determinado acto prohibido, con total prescindencia de si ella realmente actuó de ese modo, y 2) tampoco parece aceptable que la atribución de acciones a personas pueda justificarse, apelando a cualquier tipo de consideración.

Para ello, el autor propone dos tesis que están ya arraigadas en la cultura jurídica, a fin de absolver dichas preocupaciones. La primera consiste en que la verdad de las premisas fácticas opera como un criterio de corrección de las decisiones judiciales que deben estar presentes en los procesos judiciales; la segunda radica en que, precisamente por ello, la justificación de dichas premisas solo puede apelar a un tipo específico de consideraciones, a saber: razones epistémicas, pruebas genuinas. Estos postulados son los que se aglutinan dentro de la llamada concepción racionalista de la prueba. (pp.21-24)

2.6. Teoría sobre la verdad en el razonamiento probatorio.

Como esta, ha habido muchas discusiones filosóficas y procesales con relación al alcance del concepto de verdad y su relación con la prueba. Es así como desde la filosofía jurídica se proponen explicar la verdad partiendo desde algunas de las teorías de la verdad más relevantes: la teoría de la *verdad como correspondencia*, la teoría de la *verdad como coherencia* y la teoría *pragmática* de la verdad.

2.6.1. Teorías semánticas de la verdad como correspondencia (verdad como correspondencia).

Según Gonzales (2022a), decir que un enunciado o una afirmación es verdadera quiere decir que aquello que tal afirmación describe lo que ha ocurrido en realidad.

Este es el sentido en el que hemos usado la palabra “verdad” hasta ahora. La verdad sería, de acuerdo con esta concepción, una relación de correspondencia o conformidad entre el lenguaje, de un lado, y los hechos o la realidad, de otro. Si afirmo que “Cayo mató a Sempronio”, este enunciado será verdadero si ese hecho —la muerte de Sempronio a manos de Cayo— ocurrió realmente, y falso

en caso contrario. Como dijo Aristóteles en la *Metafísica*: “Decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es falso, mientras que decir de lo que es que es, o de lo que no es que no es, es verdadero”. (p.22)

2.6.2. Teorías sintácticas de la verdad como *coherencia*.

Para Gascón (2010), “la verdad de un enunciado consiste en su pertenencia a un conjunto coherente de enunciados”. (p.51)

Ahora bien, Gonzales (2022a) ejemplifica estos aspectos de la siguiente forma:

La verdad es una relación entre enunciados o sus significados. Un enunciado es verdadero, de acuerdo con esta teoría, cuando es coherente con otro conjunto de enunciados. “Coherente” no quiere decir aquí simplemente que no haya ninguna contradicción entre los distintos enunciados, sino que estos deben apoyarse y complementarse mutuamente. Por ejemplo, tomemos la declaración de cinco testigos —que no se han puesto previamente de acuerdo—. El Testigo 1 afirma que vio a Cayo discutir con Sempronio acaloradamente; el Testigo 2 vio a Cayo comprar una daga, que es la que se encontró posteriormente en el lugar del crimen; el Testigo 3 vio a Cayo dirigirse a casa de Sempronio y el Testigo 4 oyó ruidos de lucha; finalmente, el Testigo 5 declara haber visto a Cayo huir de la ciudad esa misma noche. Todas estas declaraciones son coherentes entre sí porque el resultado de ellas es un relato plausible, que constituye una explicación que no violenta nuestra experiencia acerca de cómo suceden normalmente las cosas. Para la teoría de la verdad como coherencia, este relato sería, en la medida en que es narrativamente coherente, verdadero. (p.23)

2.6.3. Teorías *pragmatistas* de la verdad.

La verdad de un enunciado se concibe en términos de «aceptabilidad justificada». Un enunciado es verdadero si está justificado creer que es verdadero porque sirve a algún fin (versión «instrumentalista») o porque es aceptado (versión «consensualista»). En suma, un enunciado no está justificado porque sea verdadero, sino que es verdadero porque está justificado, o más exactamente,

porque el criterio para aceptarlo como verdadero (el criterio de verificación) está justificado. (Gascón, 2010,p.51)

Gonzales (2022a) explica este punto en el entendido de que la teoría pragmática de la verdad considera que un enunciado o una creencia son verdaderos si resultan útiles:

Pensemos, por ejemplo, en una teoría científica. Esta puede considerarse verdadera mientras sea útil para explicar ciertos fenómenos y predecirlos, o mientras sirva de fundamento para el desarrollo de alguna tecnología. De la misma manera, William James afirmaba que una religión es verdadera mientras sea útil para ciertos fines. También en el ámbito jurídico podemos encontrar argumentos que aluden a la utilidad como criterio para dar por probados —y por tanto, aceptar como verdaderos— ciertos hechos: en ocasiones se ha propuesto, a propósito de la prueba de los hechos psicológicos, que lo relevante no es tratar de averiguar una realidad psíquica a la que no tenemos un acceso objetivo, sino cómo es percibida socialmente la conducta enjuiciada: si socialmente la acción aparece como intencional, por ejemplo, o como expresiva de odio hacia un colectivo, entonces se debe considerar que existe dolo o esa motivación, con independencia de las actitudes psicológicas del agente. Esto se justifica en el hecho de que de esta manera se satisface mejor la función comunicativa de la sanción penal, esto es, mostrar la vigencia de la norma incumplida. (p.23)

En realidad, estas teorías según refiere Luigi Ferrajoli citado por Gonzales (2022a), no tienen por qué verse como teorías o concepciones incompatibles. La teoría de la verdad como correspondencia responde a la pregunta ¿qué quiere decir que un enunciado es verdadero? —decir que un enunciado es verdadero sería afirmar que se corresponde con la realidad— y el resto de las teorías responden a la pregunta ¿cómo sabemos si un enunciado es verdadero? Así, la coherencia, la utilidad o el consenso serían, entre otros, indicios, síntomas o criterios de que un enunciado se corresponde con la realidad. (p.23)

Consecuentemente, y en base a las anteriores concepciones, parece haber un consenso generalizado en que, la teoría de la verdad como correspondencia es la mejor para interpretar el proceso de fijación judicial de los hechos, cuyo propósito principal es reconstruirlos tal y como sucedieron.

2.7. Distinción: Verdad material (sustantiva) vs. Verdad formal (procesal).

Partiendo de lo ya indicado, en el sentido de que una teoría de la verdad como correspondencia, sería el modelo más apropiado para el establecimiento de los hechos en el proceso, ello en el entendido de que “...una aseveración o una creencia es verdadera cuando corresponde al hecho de que se trata”. (Tuzet, 2020, p.137)

Ahora bien, existen aspectos centrales que considerar cuando se hace referencia a la argumentación jurídica sobre la verdad, que la difiere, como señala Tuzet (2020), de una argumentación cotidiana de la misma, planteado así la distinción bien conocida entre lo que es la verdad formal y sustantiva. La primera consistente en conclusiones judiciales; la última en la correspondencia con los hechos. Algunos estudiosos consideran que la distinción significa que un juicio solo se refiere a la verdad formal, y otros sostiene que ambos conceptos son jurídicamente importantes. En ese sentido, citando a Summers, Tuzet señala que una función principal del procedimiento de los tribunales de primera instancia y de las reglas sobre la prueba en los casos ante los tribunales en los que los hechos están en disputa “es encontrar la verdad en un sentido sustantivo, esto no solo por razones de justicia (aplicación justa de la ley) sino también por razones de utilidad. Por lo tanto, en un sistema bien diseñado, los resultados judiciales de la verdad jurídica formal generalmente coinciden con la verdad sustantiva en casos particulares. Pero la verdad jurídica formal puede, en un caso particular, no coincidir con la verdad sustantiva. Esto puede suceder por motivos “patológicos” (por ejemplo, falta de competencia de los juzgadores de hechos), pero también por buenas razones (por ejemplo, protección de los derechos fundamentales). Entonces, la coincidencia de la verdad sustantiva y formal es la regla, y la divergencia es la excepción. (p.138)

De su parte, Ferrer (2005a) sostiene que la verdad material es aquella de la que se halla fuera del proceso judicial.

Por ello también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad *tout court*, sin más calificativos. Refiere también que es posible sostener que la verdad (material) de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no-concurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Esta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones en el proceso judicial. Con relación a la verdad formal, señala que es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la verdad material, pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica. Con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la declaración de hechos probados realizados por el juez o tribunal de sentencia. Esa declaración puede ser revocada y sustituida por otra por parte de un tribunal superior, pero una vez que la sentencia adquiere firmeza es “la única verdad” que interesa al derecho. (pp.61-62)

De este modo, la declaración de hecho probados realizada por el juzgador deviene en verdades (en sentido formal) por el solo hecho de ser pronunciada por el órgano judicial; ello no quiere decir, sin embargo, que el juzgador disponga de total discrecionalidad para determinar hechos probados o que pueda hacerlo a su libre albedrío, ya que podría darse la necesidad de que el juez o tribunal tuviera la obligación jurídica de intentar descubrir los hechos realmente acaecidos, esto es, la verdad material. En ese sentido, ha sido muy habitual que se sostenga que es un objetivo del proceso penal el descubrimiento de la “verdad material sobre los hechos”, mientras que en proceso civil ese no sería un objetivo institucional, conformándose con la “verdad formal”; esto sería debido a la vigencia en el proceso civil del principio dispositivo y ante la presencia de un buen número de reglas de prueba legal. Es importante destacar en este punto, sin embargo, que la diferencia

entre las limitaciones al “descubrimiento” de la verdad en el proceso civil y penal es claramente contingente, es dependiente de la regulación procesal de cada ordenamiento jurídico y, además, es una diferencia de grado. (Ferrer, 2005a, pp.62-63)

2.7.1. La aceptabilidad de una proposición. “Ser verdadera” y “ser tenida por verdadera”

Ante estos aspectos discutibles en torno a la relación entre prueba y verdad, así como la distinción entre distintos tipos de verdades y la insuficiencia de buena parte de las teorías planteadas por la doctrina, Ferrer (2005a) ofrece una posible solución, planteando la noción de aceptabilidad de una proposición, la cual parte de la distinción entre “ser verdadera” y “ser tenida por verdadera”.

La finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera. Refiere así mismo que, citando a Cohen y Ullmann-Margalit y Margalit, que “alguien acepta un enunciado cuando decide proceder o actuar como si fuera verdadero, con independencias de si cree o no que el enunciado es verdadero”.

En consecuencia, la noción de aceptación, así definida, resulta ser una actitud voluntaria y es independiente respecto de las creencias que el sujeto tenga acerca de la verdad del enunciado. Es perfectamente posible que alguien decida aceptar como verdadero un enunciado, aun cuando crea (acertadamente o no) que es falso. Y, además, el elemento de la voluntariedad permite que sea posible también someter a regulación normativa la adopción de esa decisión. Puede observarse que, de esta forma,

se produce un claro paralelismo con la idea de “tener por verdadera” una proposición. (pp.73-75)

Segunda Parte.

Actividad Probatoria y la Prueba Testifical.

3. Aspectos esenciales sobre la Prueba.

Según Taruffo (2020b), el significado que se atribuye al término “prueba” en el contexto del proceso varía de manera relevante según cómo viene definida la función de la prueba en aquel contexto.

Así, una primera concepción se reconduce a las teorías según las cuales el proceso no sería más que un modo para resolver controversias: en realidad este sería un procedimiento con marcados caracteres ritualistas, y con relevantes aspectos teatrales, cuya función esencial consistiría en legitimar, a los ojos de la opinión pública y del contexto social, la decisión con que la controversia es resuelta. Así también, hace relación a que, también se considera a la prueba como un instrumento retórico, cuya función es crear en la mente en quien tiene que decidir (juez o jurado) una creencia relativa a los hechos de la causa; en otros términos, se trataría de un modo persuasivo de condicionar a un destinatario induciéndolo a pensar que una cosa es de cierto modo o es preferible a otra, opera a nivel psicológico produciendo en quien debe tomar una decisión un estado de convicción sobre algo.

Finalmente, pasa a definir a la prueba desde una concepción epistémica, vinculada a una idea de la función del proceso que es radicalmente diferente a las anteriores. En ella, la función del proceso consistiría en la resolución de una controversia, pero esta resolución debe ser justa, derivada de una correcta aplicación de la norma jurídica que constituye la regla de decisión del caso, a partir de una comprobación de la verdad de los hechos. En ese sentido, se habla de la función epistémica de la prueba, así, la prueba es el instrumento mediante el cual el juez puede comprobar la verdad de los hechos sobre los que versa la decisión, y por esta razón cumple una función epistémica, surgiendo a la vez el problema de establecer si en el proceso se puede comprobar la verdad de los hechos y en caso afirmativo de qué tipo de verdad se trata. De ahí que se afirma que, en contexto del proceso, es

necesario adoptar una idea “realista” de la verdad como *correspondencia* de todo enunciado descriptivo a la realidad de la que dicho enunciado habla, ello en el marco de que no es posible hablar de verdades absolutas. (pp.285-289)

Por otra parte, refiere Reyes (2020):

el contexto de la prueba es notoriamente distinto a otros ámbitos ajenos al jurídico, como las ciencias naturales, por las siguientes características: i) la clase de conclusiones que pretende extraerse de ellas-la determinación de la veracidad de afirmaciones de hechos-; ii) su limitación a hechos particulares o individuales jurídicamente relevantes; iii) su uso inferencial, que parte de esos hechos particulares, para asumir conclusiones relativas; iv) su fin particular de otorgar consecuencias jurídicas; v) no busca establecer leyes generales, sino que solo tiene aplicación relativa, para la resolución del conflicto.(p.342)

Refiere además este mismo autor, que:

no se debe perder de vista todas las limitaciones que presenta la prueba jurídica y que afectan a la calidad epistémica del conocimiento que se pueda adquirir en el proceso, que en muchos casos resultan ser contra epistémicas:

- a) Las que impone el propio proceso judicial, es decir, el marco sobre el que se desarrolla la producción de prueba, como ser el lapso en que debe producirse la prueba, la omisión de presentar determinados medios de prueba.
- b) La institución de cosa juzgada que establece un límite a la discusión jurídica, pues una vez decididos los hechos de la sentencia y adquirida firmeza, constituye la veracidad de la afirmación sobre los hechos.
- c) Las reglas sobre la prueba, referidas a la recolección, ofrecimiento, admisión y desahogo, así también, limitaciones contra epistémicas como la exclusión de prueba relevante, pero obtenida con vulneración de derechos fundamentales, prohibiciones probatorias, etc. (p.342)

3.1. Replantando los moldes conceptuales: una traducción epistemológica del vocabulario dogmático-probatorio.

Lo abordado en este breve excurso, recoge los aportes de Diego Dei Vecchi, con relación a las formas en las cuales, el moderno derecho procesal y la filosofía del Derecho, conciben la comprensión de ciertos términos del derecho probatorio, a fin de lograr una mejor comprensión de la actividad probatoria y de sus fines particulares.

Se ha dicho, refiere Dei Vecchi (2020), que:

la premisa menor de una decisión judicial es una aserción¹⁵, una oración proferida con fuerza ilocucionaria asertiva, cuyo contenido es una *proposición*. Las proposiciones son las genuinas portadoras del valor verdad. Una proposición es verdadera siempre que las cosas a que refiere sean o hayan sido tal como se asevera que fueron y es falsa en caso contrario. Pues bien, lo que muchas veces se denomina en el derecho procesal *objeto de prueba* no es otra cosa que la *proposición* expresada por la premisa fáctica de la decisión. Solo pueden probarse proposiciones, porque al tiempo que las pruebas son parámetros indicadores de verdad, solo las proposiciones pueden ser verdaderas o falsas.

Por otra parte, las razones epistémicas, son todas aquellas consideraciones que hacen más probablemente verdaderas las proposiciones factuales que pretenden justificarse, esto es: las que hacen más probablemente verdadero al objeto de prueba. Esas razones -i.e. las pruebas-, son a su vez, *proposiciones*. Lo que justifica eventualmente aceptar como verdadera la proposición expresada en la oración “fuera está lloviendo” no es el hecho de haber oído un repiquetear sobre el techo semejante al que suelen hacer las gotas de lluvia al caer, sino la proposición según la cual

¹⁵ Según este mismo autor, toda aserción entraña un compromiso del hablante con la verdad de la proposición aseverada y con la posesión del tipo de razones adecuadas para justificar aceptar esa proposición. Pág. 47.

“he oído un sonido semejante al que suelen hacer las gotas al repiquetear contra el techo” (p.50-51)

En suma, concluye este autor, las razones epistémicas son contenidos proposicionales que, en una justificación, operan en favor de otras proposiciones (i.e. las que fungen en el proceso como *objeto de prueba*). Esas razones epistémicas son lo que usualmente en el derecho procesal se ha denominado “prueba” en el sentido de *elemento de prueba* o, lo que es lo mismo, indicio, esto es: el contenido informativo que se extrae de algún *medio de prueba*. Este último, por su parte, es la técnica por medio de la cual introducen ciertos datos o elementos de prueba al proceso. (Dei Vecchi, 2020, p.51)

3.2. El derecho a la Prueba y sus elementos.

La idea que sustenta este derecho, como lo refiere Ferrar (2007b), es que “el ciudadano tiene el derecho a probar que se han producido, o no, los hechos que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Solo de este modo se puede garantizar una correcta aplicación del derecho.” (p.54)

Se entiende en consecuencia que este derecho está implícito en la garantía constitucional del debido proceso, más propiamente intrínseco al derecho a la defensa, ya que establece la posibilidad de participa y acceder a la administración de justicia, con este que es el primer acto, el de ofrecimiento de la prueba a fin de dinamizar y colaborar en la investigación o el desarrollo del trámite procesal.

Por otra parte, a la vez que constituye un derecho para la parte, configura la obligación en el juzgador de practicar o producir la prueba ya admitida, no dejando de valorarla, a la vez de establecer con claridad y precisión los hechos que de ella emerjan, es decir, establecer un hecho probado sin indicar cual el o los medios prueba sirvieron para llegar a dicha conclusión.

Estos aspectos, constituyen algunos de los elementos del derecho a la prueba que a continuación se exponen.

3.2.1. Elementos.

Ferrer (2022c), nos aporta estos elementos, desde la óptica de la valoración racional de la prueba.

a) *El primer elemento es el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión.* Por supuesto, se trata de un derecho subjetivo que solo puede ejercer el sujeto que es parte en un proceso judicial e impacta directamente en el primer momento de la actividad probatoria: la conformación del conjunto de elementos de juicio. La única limitación intrínseca a la que está sujeto es la relevancia de la prueba propuesta. De este modo, podría reformularse el propio derecho para acoger únicamente la utilización de las pruebas relevantes a los efectos de demostrar la verdad de los hechos alegados. (p.68)

b) *El segundo elemento que integra el derecho a la prueba es el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso,* de modo que rige de nuevo en el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio. Resulta obvio que no tiene sentido la sola admisión de los medios de prueba propuestos por las partes si esta no va seguida de una efectiva práctica de la prueba. Así se ha manifestado reiteradamente la doctrina y también la jurisprudencia. (p.70)

c) *El tercer elemento definitorio del derecho a la prueba es el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas.* Es habitual considerar que el derecho a la prueba no supone un derecho a un determinado resultado probatorio. Por ello, y por una exagerada devoción a la discrecionalidad de la jueza o juez en la valoración de la prueba, no es extraño que la doctrina y la jurisprudencia consideren, a menudo, que el alcance del derecho a la prueba se agota en los dos elementos anteriores.

Esta exigencia de valoración racional de las pruebas puede descomponerse en dos elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte; por otro lado, se requiere que la valoración que se haga de las pruebas sea racional.

La primera de las exigencias es a menudo incumplida a través del recurso a una mal entendida “valoración conjunta de las pruebas”. Debe advertirse que, si bien una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin esa valoración conjunta, esta no puede ser utilizada para evitar la valoración individual de cada una de las pruebas aportadas. Es más, solo después de valoradas individualmente las pruebas, podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de estas. Por ello, deberían ser considerados como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración en el momento de la decisión. (p.73)

4) Finalmente, el último elemento que permite dotar del alcance debido al derecho a la prueba es la *obligación de motivar las decisiones judiciales*. Aunque es poco común hacer referencia a este aspecto en términos de derecho subjetivo, no se encuentra razón alguna para no hablar de un derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada. En el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que la jueza o el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probados. (p.74)

Constituye además en el ordenamiento boliviano, una obligación constitucional de cumplimiento para toda autoridad sea jurisdiccional o no.¹⁶

3.3. La actividad probatoria y sus resultados, el contexto de la prueba judicial.

En el presente punto, desarrollamos los aportes dados por Gustavo Arocena, con relación a los aspectos pertinente en la utilización de la prueba y las actividades referidas para llegar a cumplir con la finalidad de la misma.

En ese sentido, refiere Arocena (2020), cuando hace alusión a la actividad probatoria, para que la prueba pueda cumplir con su finalidad (establecida esta, como se tiene desarrollado, como la reconstrucción de la verdad conforme a las proposiciones de las partes), los sujetos procesales llevan a cabo una concreta y específica actividad, llamada precisamente actividad probatoria, por lo que

¹⁶ Al respecto, véase las sentencias constitucionales plurinacionales 0450/2012 de 29 de junio, 0875/2019-S1 de 12 de septiembre, entre otras.

delimitando una definición, refiere que ella consiste en el esfuerzo o actividad procesal que realizan los sujetos del proceso tendientes a introducir todos los elementos que puedan servir de base a la decisión jurisdiccional, es decir, con aptitud para producir un conocimiento acerca del objeto a probar. (p.61)

Todo ello tiene un sentido cuando se identifica en el procedimiento, sea este civil, penal, laboral, las obligaciones probatorias que la norma establece para cada caso concreto; de ese modo, se podrá advertir por ejemplo que en el caso del proceso laboral, la inversión de la carga de la prueba al demandado, o el típico caso del proceso penal, en relación a la carga de la prueba al acusador, en especial en los casos de Violencia hacia la mujer, en donde es el Ministerio Público que debe actuar con la debida diligencia en la recolección de elementos de prueba que permitan fundar un caso concreto ante la autoridad jurisdiccional, en el marco incluso del control de convencionalidad referido a los fallos de la Corte IDH que sobre esa materia, deben ser de obligatoria atención.

Estos aspectos conllevan, según el procedimiento a seguir, un resultado que dependerá precisamente de esa labor de aportación de las partes, pero principalmente del análisis que realice el juez sobre los mismos, para llegar a las conclusiones que estime conveniente. Esto son los llamados resultados probatorios de dicha actividad, que se detallan a continuación.

3.4. Los resultados probatorios.

Siguiendo con Arocena (2020), interesa conocer los aspectos que conllevan a los resultados de la actividad probatoria, pero desde la óptica del juez, es decir, los elementos que operan en el criterio del juzgador para llegar a establecer determinada situación probatoria y fáctica.

En ese sentido, como refiere el autor, se reconoce los llamados estados intelectuales como consecuencia de la actividad de valoración de la prueba, que se detalla a continuación.

3.4.1. Los estados intelectuales del juez como consecuencia de la valoración de la prueba.

Según Arocena (2020) el conocimiento de la prueba, durante el curso del procedimiento penal (o de cualquier otro tipo a nuestro entender), produce en el juez diferentes estados que se denominan “intelectuales” o “de conocimiento”. Es así como, tres son los estados subjetivos en que puede encontrarse el juzgador respecto de la verdad: certeza, duda y probabilidad.

- a) La certeza, es la firme convicción de haber reconstruido conceptualmente y acreditado la verdad. Importa la exclusión de todo elemento de prueba negativo por considerar que no merecen, racionalmente, ser tenidos en cuenta. Se asegura que no admite gradaciones, la certeza se tiene o no. (p.65)

Ejemplificado ese aspecto, en el proceso penal, es sabido que, en la búsqueda de la verdad, todos los elementos que se emplean en la proposición de un hecho y su comprobación no dejan de ser meras probabilidades que, como indicios, pueden plantear con mayor o menor fuerza probatoria la verificación del hecho propuesto, dependiendo de la cantidad de indicios que así lo permitan.

- b) La duda, es sentido estricto, refiere Arocena (2020), se da cuando concurren, con igual fuerza probatoria, motivos afirmativos y motivos negativos para creer que algo existió. Representa un estado de oscilación, en el que el intelecto es llevado hacia el sí y luego hacia el no, sin poder quedarse en ninguno de estos extremos. (p.67-68)
- c) La probabilidad, se produce cuando existen, a la vez, elementos positivos y elementos negativos, pero los primeros son superiores en idoneidad probatoria a los segundos y, por ende, más idóneos para proporcionar conocimiento, en virtud de su preponderancia cualitativa.

En si, como se pudo apreciar, mientras la certeza supone que los motivos negativos acerca de la existencia de un objeto no merecen racionalmente ser considerados, la probabilidad ve los motivos positivos y negativos, y los considera dignos de ser tenidos en cuenta, aunque más a los primeros que a los segundos. (p.68)

3.4.2. El contexto de la prueba judicial.

Sostiene Ferrer (2007b), que es necesario establecer un análisis más detallado de las características que conforman el contexto de la prueba, partiendo de la premisa que ni la incertidumbre que caracteriza la toma de decisión jurídica sobre la prueba ni e carácter reglado de las mismas permiten establecer que no sería posible aplicar a esta toma de decisiones, las categorías y los criterios de racionalidad propios de la epistemología general.

Estas características son siete:

- 1. El objetivo institucional es la averiguación de la verdad.** La prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de estos hechos condicionantes, y eso depende de que las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas sean verdaderas. Pero ese no es la única finalidad, puede también hablarse, dependiendo de la regulación jurídica de la prueba, de la protección de otros valores, como ser la celeridad en la toma de la decisión, la garantía de la paz social, la protección de los derechos individuales o el secreto de determinadas comunicaciones (abogado-cliente).
- 2. Se determina normalmente la ocurrencia de hechos pasado.** A través de la prueba jurídica se debe determinar que un hecho *h* sucedió en un momento histórico pasado *m*. así, se determina si Juan mato a Pedro, si la rotura del puente fue debido a una sobrecarga, etc.

3. El derecho incluye un buen número de reglas jurídicas sobre la prueba.

La decisión que debe adoptar el juez o tribunal acerca de los hechos probados no es enteramente libre. El derecho somete a una serie de reglas que regulan tanto la decisión final, en algunos casos, como el proceso por el que puede llegarse a esa decisión. Se identifican tres tipos de reglas sobre la prueba en función del objeto sobre el que versan: i) reglas sobre la actividad probatoria, que establecen el momento en que inicia y finaliza la fase de prueba y los momentos en que pueden o deben proponerse la prueba, a quien corresponde esa proposición, etc., ii) reglas sobre los medios de prueba, define los medios de prueba y cuáles de ellos son admisibles en un determinado procedimiento o excluye expresamente alguno de ellos; iii) reglas sobre el resultado de la prueba, indica al órgano decisor qué resultado debe extraer a partir de la presencia en el expediente procesal de algún medio de prueba específico o bien le concede libertad para que valore los elementos de juicio disponibles.

4. La toma de decisiones sobre la prueba en el proceso está sometido a estrictas limitaciones temporales.

La necesidad de adoptar una decisión en un lapso temporal relativamente corto y, especialmente, de que esa decisión adquiera carácter definitivo hace especialmente necesario que se cuente con los medios necesarios para que la información disponible para el juez en el momento de la decidir sea lo más rica posible.

5. Las partes intervinientes en el proceso.

La intervención de las partes tiene particular importancia, puesto que hace posible que defiendan sus propios intereses, que no necesariamente tiene que coincidir con el descubrimiento de la verdad.

6. La justificación de la decisión adoptada es relativa a un conjunto determinado de elementos de juicio.

7. La decisión que se adopte está dotada de autoridad. (pp.29-40)

3.5. Momentos de la actividad probatoria. Valoración de la Prueba.

Tradicionalmente la doctrina procesal en esta materia ha distinguido como momentos de la actividad probatoria: el ofrecimiento o postulación, recepción o producción y su valoración.

En ese sentido, Arocena (2020) plantea que la postulación consiste en la tentativa que realizan los sujetos procesales para introducir en el proceso, mediante alguno de los procedimientos previstos por la ley, un determinado elemento probatorio. Así también, la recepción ocurre cuando el elemento de prueba se introduce efectiva y definitivamente en el proceso. Con ella, se pone en práctica el medio de prueba para obtener de él el elemento que después será valorado para alcanzar la conclusión. Y finalmente, la valoración de la prueba es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. Consiste en un análisis crítico y razonado de los elementos de comprobación que han ingresado al proceso, dirigido a determinar su efectiva utilidad a los fines de la reconstrucción de la hipótesis delictual objeto del procedimiento. (pp.93-97)

En el ámbito nacional, Yañez (2015) plantea o propone de forma muy sustentada los siguientes momentos que caracterizan a la actividad probatoria: **a)** aseguramiento de los elementos probatorios en prueba; luego **b)** su aseguramiento, mediante cadena de custodia; **c)** su proposición y ofrecimiento; **d)** la admisión, que se produce cuando el órgano jurisdiccional acepta la utilización de la prueba ofrecida al considerarla legal, útil y pertinente; **e)** introducción, producción o recepción, y finalmente, **f)** valoración de la prueba. (pp.27-28)

Ahora bien, hoy en día ese ámbito tradicional de entendimiento de la actividad probatoria ha ido cambiando, a raíz del surgimiento de autores como Jordi Ferrer, Gonzales Lagier, el mismo Gustavo Arocena, Diego Dei Vecchi, Carmen Vásquez entre otros, cuyos postulados se centran en el estudio específico del razonamiento probatorio y de los cuales se sustentarán gran parte del desarrollo de los siguientes puntos.

Es así como Ferrer (2007b), sostiene que, dentro del contexto de la prueba, antes referido, se plantea tres momentos distintos y sucesivos, pero que se presentan entrelazados. Se trata de:

- a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión. En este momento se ha de discutir aspectos tales como la proposición y la admisión de la prueba, ello a fin de que se conformen el conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso;
- b) la valoración de esos elementos, que se desarrollara con más detalle, y;
- c) la adopción de la decisión, en la que se debe determinar el grado de probabilidad suficiente para dar probada la hipótesis. (p.41)

3.5.1. Definición del concepto de Valoración de la Prueba.

Este concepto forma parte de todo un sistema establecido en relación con la actividad probatoria, jugando un papel determinante al abocarse al estudio del razonamiento probatorio del juez, de vital trascendencia en la decisión final. De modo que, no siendo también ampulosos, se ingresará a los aspectos centrales de lo que implica la valoración racional de la prueba, así como el estudio de la sana crítica y los principios rectores de la misma, conforme al sistema de valoración que se reconoce en la normativa procesal boliviana.

Debe tenerse claro que, al ser una operación mental, es necesario que se establezca una metodología racional sustentado en criterios o pautas para analizar y evaluar el peso de las pruebas aportadas, sobre la base de estimar suficientemente probables, los aspectos fácticos propuestos por las partes, culminando así con la elección de la hipótesis más probable entre las demás hipótesis que se planteen. Queda claro que entonces, como ya se ha venido sentando en líneas anteriores, que se trata de una evaluación racional del grado de conformación de hipótesis, desde un razonamiento inductivo a fin de aceptar el grado de verdad probable de determinada enunciado factico.

Al respecto, sostiene Yañez (2015), que esta operación (valorar la prueba) consiste en determinar el valor concreto que debe atribuirse al medio, en función de su certeza. Importa entonces una decisión respecto de su credibilidad, ya que debe decidirse si el testigo merece crédito y puede concluirse que dijo la verdad; si el documento es auténtico y representa los hechos o si el perito es creíble y sus razonamientos están apoyados en la ciencia o la lógica. (p.227)

Definición.

Ahora bien, Nieva (2010), define el concepto de Valoración de la Prueba, como *la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso*. En esa percepción queda incluido, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados, como el juicio racional del juez sobre dicha percepción, que es consustancial a la misma, y que es lo que tradicionalmente se ha definido como valoración de la prueba. Aclara que, la motivación es distinta, puesto que la misma es la puesta de manifiesto por escrito, de esa percepción. (p.34)

A lo anterior se añade, como lo sostiene Ferrer (2007b) que ello no quiere decir que la valoración de la prueba no se realice en absoluto hasta este momento, sino que se podría decir que hay una valoración *in itinere* que el juzgador realiza durante la práctica de la prueba, y ese tipo de valoración tiene la finalidad detectar insuficiencias en el peso o riqueza del conjunto de elementos de juicio a los efectos de resolverlas. Otra cosa es la valoración de la prueba que se debe realizar una vez el conjunto de elementos de juicio ya ha sido cerrado. En este momento, el objetivo es determinar el grado de corroboración que éste aporte a cada una de las posibles hipótesis fácticas en conflicto. (p.91)

Por su parte, Arocena (2020) siguiendo a Cafferata Nore, desde un enfoque penal, define el concepto como “la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba. Consiste en un análisis crítico y razonado de los elementos de comprobación que han ingresado al proceso, dirigido a

determinar su efectiva utilidad a los fines de la reconstrucción de la hipótesis delictual objeto del procedimiento.” (p.97)

3.6. Valoración racional de la prueba. Características y Estructura.

Cuando vinculamos racionalidad y valoración de la prueba, debemos entender dos cosas: 1) La valoración racional de la prueba nos ubica en sentido estricto en un Estado garantista o Constitucional de Derecho, y 2) El sujeto que tiene la obligación de valorar racionalmente la prueba por excelencia y exclusividad es el juez jurisdiccional. (Ferney Rodriguez y Juan P. Tuirán, 2011, p.200)

Ruiz Jaramillo, citado por Rodríguez y Tuirán (2011), refiere que el juez, al momento de valorar la prueba debe realizar una serie de operación mental que son propias de su conocimiento privado: aquí entra en juego el principio de la racionalidad de la prueba. Esta “racionalidad de la prueba” es un concepto epistemológico, pues no requiere de norma alguna que lo establezca para entender que debe aplicarse; la racionalidad en la argumentación como corrección del conocimiento humano”. (p.202)

En ese sentido y desde la perspectiva del derecho procesal contemporáneo, Taruffo citado por los autores antes indicados, refiere que partiendo de la búsqueda de la verdad como elemento esencial, la valoración racional de la prueba debe tener en cuenta tres aspectos: 1) La prueba no establece patrimonios de verdades absolutas como ocurre en las religiones y en algún metafísico, sino verdades relativas,“ como aproximación a la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica; 2) La idea de verdad debe mirarse como verdad por correspondencia del mundo exterior, el cual suele ser cognoscible; y 3) La prueba no es una herramienta de persuasión; y retórica, sino de conocimiento que tiene una trascendencia epistémica. (p.203)

Para la tratadista española Marina Gascón, citada también por Rodríguez y Tuirán (2011), solo existen dos modelos de valoración racional de la prueba de suma confianza racional: El primero, basado en métodos matemáticos, o sea, de probabilidad matemática; y el segundo, en esquemas de confirmación, es decir, de

probabilidad inductiva. Esto significa que los dos predicen la probabilidad, que responde al uso de conceptos como: probable o presumiblemente algo es verdad, y se predica de proposiciones y no de la frecuencia relativa. (pp.204-205)

De allí que, desde estas dos perspectivas, valorar racionalmente, consiste más precisamente en valorar si el grado de probabilidad o certeza alcanzada por las hipótesis que los describe a través de las pruebas e información disponibles son suficiente para aceptarlas como verdadera. Por eso, la principal tarea a la que se enfrenta una valoración racional es la de medir la probabilidad. Y por ello, los objetivos de los modelos de valoración racional de la prueba han de consistir en esquemas racionales para establecer el grado de racionalidad de las hipótesis.

No obstante, Ferrer (2007b) refuta la posibilidad de que el modelo basado en probabilidad matemática, o modelo bayesiano (por el teorema de Bayes), entre otros argumentos, porque resulta arbitraria la asignación de probabilidades números o cuantitativas a las hipótesis a probar, a la fiabilidad de un testigo, a la posibilidad de que un documento contenga datos falses, etc., lo cual explica la razonable y tradicional resistencia de los operadores de justicia al uso del cálculo de probabilidades. En tal sentido, hace mayor énfasis en el modelo de probabilidad lógica o inductiva de la hipótesis como modelo de razonamiento probatorio, con lo que se pretende medir no la frecuencia relativa ni tampoco la fortaleza de nuestras creencias subjetivas en la verdad o falsedad de una proposición, sino la fiabilidad de la inferencia que va de una proposición a otra en contextos donde no la pueda garantizar la lógica deductiva. La fiabilidad de la inferencia aumentara a medida que la hipótesis vaya superando controles probatorios diseñados para falsarla y la superación de cada uno de ellos aumentara su probabilidad. De ese modo, la probabilidad inductiva se aplica también para valorar cada elemento de juicio o prueba de forma individual, midiendo la fiabilidad del testigo, del perito, de un documento, etc., Esta es la valoración individual de la prueba, que resulta imprescindible para posteriormente realizar una valoración conjunta. Una vez valorada la prueba individual (la declaración de T, por ejemplo), si la hipótesis que afirma su veracidad (esto es, que T, vio lo que dice haber visto) se considera

probada, entonces podrán hacerse inferencias a partir de ella tomándola como cierta. Esto supone que cada paso del razonamiento probatorio, que se produce normalmente en cadena, se asuma como ciertas las hipótesis que han sido aceptadas como probadas anteriormente.

En suma, se trata de la valoración de los resultados obtenidos durante la fase de descubrimiento, es decir, durante la práctica de la prueba, y esos resultados se traducirán finalmente en un determinado grado de corroboración de las hipótesis en conflicto o en su falsación. (pp.120-125)

3.6.1. Características.

Sostiene Ferrer (2022c), aun con las normales divergencias que pueden encontrarse entre las y los autores que adoptan la concepción racional de la prueba, que pueden atribuírsele las siguientes notas características:

- 1) se asume un concepto de prueba como corroboración suficiente, de modo que un enunciado sobre los hechos se considerará probado si las pruebas disponibles le otorgan apoyo suficiente para poderlo aceptar como verdadero;
- 2) se requiere del juzgador la inmediación con la práctica de la prueba, pero como un mecanismo de *management* de la práctica en contradicción de la prueba, y una exigencia tendente a evitar errores producidos por la intermediación de terceros, sin que sea en ningún caso un instrumento de valoración subjetiva de la prueba ni un límite al control de esa valoración en sucesivas instancias procesales;
- 3) se exige una motivación de la decisión probatoria, entendida como justificación de la decisión, que debe expresarse de modo explícito y analítico en la resolución judicial; y;
- 4) se promueve un diseño procesal que incluya recursos integrales en materia probatoria, como un mecanismo de corrección de errores. (p.427)

3.6.2. Estructura de la valoración racional: Un ejemplo de la valoración de la prueba a partir de hipótesis en el caso penal.

En este punto, resulta importante el aporte del profesor alemán Frisch, citado por Roca (2022), quien realiza una exposición esencial del esquema valorativo de la prueba, a partir de los postulados racionales, estructurado sobre la base de una hipótesis que, en el caso del proceso penal, es la hipótesis formulada en el escrito de acusación.

Señala que, para asumir la verdad de la hipótesis de comisión del hecho, en primer lugar, se requiere que, por lo menos, existan elementos de prueba que confirmen esta hipótesis, de lo contrario, no se podrá establecer la verdad de la misma. Ahora bien, la presencia de ciertos elementos de prueba que puedan favorecer a la acusación refiere el autor, solo constituyen una primera condición que tiene que darse para que se pueda partir de la veracidad de la hipótesis correspondiente, ya que necesariamente tiene que concurrir un segundo elemento. Este último refiere a aquellas pruebas que resulten contrarias a la hipótesis acusatoria, las cuales en tanto que no sean refutadas plantean dudas serias (*reasonable doubts*) con respecto a la veracidad de esta hipótesis. De allí que la hipótesis de comisión del hecho no puede ser tenida por acreditada por el solo hecho de que existan elementos de prueba que la apoyen, siendo obligación del tribunal también examinar las hipótesis y posibilidades concurrentes, incompatibles con la de la comisión del hecho por parte del acusado. Por lo que se habla de inferencias racionales, cuando no solo la hipótesis de la acusación esté sustentada en elementos de prueba, sino que, a la vez, puedan quedar excluidas las hipótesis concurrentes como posibilidades serias.

Siguiendo con Frisch, la exclusión de las hipótesis concurrentes no es suficiente con simplemente no dar crédito a las hipótesis alegadas por el acusado –con apoyo en intuiciones–afirmar que al tribunal le parece más creíble la declaración de la víctima que la del acusado; sino que se necesitan fundamentos que sean comprensibles intersubjetivamente y que refuten en forma convincente las hipótesis concurrentes, debido a que ellas se apoyan en la lógica y la experiencia. El postulado de tal

valoración de la prueba racional, comprensible intersubjetivamente, tiene importantes consecuencias en los casos en los que solo la declaración de la presunta víctima (de un hecho sexual) se opone a la del acusado.

En este caso, la mera impresión del juez de que la versión de la víctima es más creíble que la del acusado no es suficiente para asumir racionalmente la veracidad de una versión y la inveracidad de la otra, sino que, para ello, también aquí serán necesarios fundamentos objetivamente comprensibles y convincentes, tales como el hecho de que la víctima presenta lesiones que no tenía antes y que solo pueden explicarse como producto de la violencia. (pp.30-31)

3.7. La relación: Valoración de la prueba -Estándar de Prueba.

Las reglas de valoración de la prueba son graduales, según Lagier (2022b), en al menos dos sentidos: Por un lado, hacen referencia a criterios que son ellos mismos graduales (mayor o menor número de elementos de juicio, mayor o menor fiabilidad de los mismos, mayor o menor coherencia de la hipótesis, mayor o menor fundamentación de las máximas de experiencia, etc.). Por otro lado, una hipótesis puede venir justificada por más o menos reglas: sería demasiado exigente pedir que se cumplan todas en un grado relevante.

Este doble carácter gradual tiene dos consecuencias: La primera, que establecer el grado de confirmación de una hipótesis requiere un juicio global a la luz de todos estos criterios; es decir, es necesariamente el resultado de una evaluación holista. Ninguno de estos criterios es en abstracto condición necesaria ni suficiente de un cierto grado de confirmación. No es condición necesaria porque su déficit siempre puede venir compensado por otro u otros criterios. Por ejemplo, no puede decirse que, dado que el número de elementos de juicio a favor de una hipótesis es muy reducido, tal hipótesis tiene necesariamente un grado de confirmación muy bajo, porque eso puede venir compensado por el hecho de que las máximas de experiencia que conectan esos elementos de juicio con la hipótesis sean muy sólidas y se hayan podido eliminar un buen número de hipótesis alternativas. Y tampoco es condición suficiente de cierto grado de confirmación, porque los criterios que tenga a su favor siempre pueden venir contrarrestados por el déficit en otros.

Por ejemplo, no puede decirse que el hecho de que las máximas de experiencia estén muy bien fundadas garantiza que la hipótesis esté bien confirmada, porque eso puede venir alterado por el hecho de que los elementos de juicio sean ellos mismos muy poco fiables. Esto, como veremos, es importante en la discusión acerca de la plausibilidad de un estándar de prueba que sirva como umbral de suficiencia. (pp.68-69)

La segunda consecuencia es que lo que estos criterios permiten es determinar si una hipótesis es más o menos probable (en sentido lógico o inductivo) que otra, pero no cuánto más probable. Es decir, permiten una comparación y ordenación del grado de justificación de diferentes hipótesis particulares, pero no una cuantificación numérica de su probabilidad. De manera que ahora, una vez valorada la prueba, se plantea el problema de la decisión: ¿es el grado de confirmación obtenido suficiente para dar por probada la hipótesis? Contestar a esta pregunta requiere un nuevo criterio: el estándar de prueba. Este criterio debe funcionar como umbral (aunque sea admisible cierto grado de vaguedad) que nos permita discriminar entre lo que damos por (suficientemente) probado y lo que no damos por (suficientemente) probado. (Gonzales, 2022b, pp.69-70)

Por tanto, los criterios de valoración y el estándar de prueba tienen objetos y finalidades distintas: lo que valoramos con las reglas de valoración de la prueba es el razonamiento o inferencia probatoria para tratar de establecer su grado de confirmación o justificación. Por el contrario, el estándar de prueba no pretende valorar (de nuevo) la prueba: lo que valoramos con el estándar es el grado de justificación obtenido (esto es, el resultado del razonamiento previo), para responder a la cuestión de si es suficiente para tomar la decisión. Por supuesto, no necesitamos sólo un estándar de prueba único, sino que éste puede ser distinto - más o menos exigente- según el tipo de decisión de que se trate. Sin embargo, los criterios de valoración son los mismos para todo tipo de casos (aunque algunos pueden ser más relevantes o característicos de algunos tipos de hechos) (Gonzales, 2022b, p.70)

Según Dei Vecchi (2020) es necesaria la comprensión de la interrelación entre estos dos aspectos, muy relacionados a los momentos de valoración y de toma de la decisión que se tienen ya establecidos dentro de la actividad probatoria.

En ese sentido, el autor en cuestión refiere que se piensa a menudo que el discurso de los sistemas de valoración de prueba, por un lado, y el relativo a los estándares de prueba, por el otro, son propios de distintas culturas jurídicas o incluso dos modos contrastantes de abordar la cuestión probatoria. Entre ambos conceptos, ha un entrelazamiento indisoluble, ya que ambos institutos son necesariamente complementarios dentro de un ordenamiento jurídico procesal. (p.123)

Los estándares de prueba, se dijo, son normas jurídicas o criterios normativos de algún tipo que fijan (o, más precisamente, que pretenden fijar) los umbrales de suficiencia de las razones pertinentes a efectos de aceptar justificadamente un determinado enunciado fáctico. Mientras que los sistemas de valoración determinan la índole de factores que cuentan como criterios justificativos de la aceptación de enunciados fácticos, los estándares habrían de determinar el grado a partir del cual esos factores son suficientes para aceptar el enunciado de que se trate como probado. (Dei Vecchi, 2020, pp.129-130)

3.8. Sistemas de valoración de la prueba.

En este punto, entre otros, Dei Vecchi (2020), en relaciona a los sistemas de valoración de la prueba, refiere que los mismos son:

los métodos (idealmente sistemáticos) cuya finalidad es determinar el valor que ciertos elementos tiene entre sí y en conjunto respecto de, la aceptación, de un determinado enunciado fáctico. Lo que un sistema de valoración de la prueba hace es, en gran medida, determinar cuál es la clase de razones adecuadas para justificar, en el ordenamiento jurídico de que se trate, los enunciados facticos de las decisiones judiciales. (p.124)

Estos sistemas, muy conocidos son: Prueba legal o tasada, el de íntima convicción y el de prueba libre o sana critica racional (SRC).

a) El sistema de prueba tasado.

Dei Vecchi (2020) refiere que, en este sistema, lo que determina qué elementos poseen relevancia justificativa y con qué grado respecto del enunciado fáctico de que se trate son las disposiciones legislativas. Es decir, lo que cuenta en última instancia como razón para la aceptación de los enunciados fácticos depende de lo que el legislador haya dispuesto *ex ante* a este respecto.

Los sistemas de prueba tasada tradicionales suelen estar vinculados con institutos como los que en puntos anteriores se hicieron referencia, tal el caso de las presunciones *iruis*. A raíz de ello, se han ganado una mala reputación, en general, por identificárseles como uno de los rasgos característicos de los procedimientos de corte inquisitivo y que además, conduce a la arbitrariedad. Ello se debe a que el sistema constituye un obstáculo infranqueable para que el juzgador de turno contemple circunstancias con relevancia epistémica al margen de aquellas contempladas por el legislador. En ese sentido, desde el punto de vista del juez, lo que cuenta como factor justificativo de la aceptación de una premisa fáctica es lo dicho legislativamente. (pp.125-126)

b) El sistema de íntima convicción.

Refieren Rodríguez y Tuirán (2011) que, en el sistema de la íntima convicción, el juez jurisdiccional, tiene plenas facultades para valorar de acuerdo a su conciencia, a su leal entender y sabiduría interior la prueba allegada al proceso, sin que el sistema jurídico y en particular el legislador, le establezca límites a su arbitrio sobre los medios de prueba. Esto significaba, que el juez no estaba subyugado a ninguna formalidad preestablecida, por lo cual los jueces no tenían el deber de argumentar racionalmente las decisiones judiciales que eran y son la expresión de la valoración de los medios de prueba sobre los hechos históricos reconstruidos en el proceso. (p.197)

Así mismo, para Dei Vecchi (2020), lo que determina el valor justificativo de ciertos elementos respecto del enunciado fáctico es el impacto psicológico que esos elementos provocan en quien debe juzgar sobre la suficiencia probatoria:

El estado mental relevante puede ser determinado por el legislador, con expresiones como: convicción suficiente, sospecha, duda, plena convicción, etc.; con esto, la índole de factores que deben tenerse en cuenta para aceptar o rechazar un enunciado fáctico como premisa menor del razonamiento es subjetiva, es decir, refiere a estados mentales de quienes debe decidir si aceptar o rechazar enunciados fácticos. (p.126)

c) El sistema de prueba libre o sana critica racional.

Según Limay (2020), lo que propugna este sistema, en contrapartida a lo antes referido en el sistema de prueba tasada o íntima convicción, es que no es necesario que los medios de prueba tengan una valoración predeterminada en un Código, sino que ahora el juez es quien a través de su libre valoración orientará su decisión en función del resultado de la actividad probatoria conjunta. Así, un sistema de valoración o sana critica no se refiere a que el juzgador pueda decidir arbitrariamente, como en el sistema de íntima convicción, sino que la diferencia radica en que esta valoración tiene que estar sustentada bajo reglas de la racionalidad, ahora el juez tiene como deber el motivar ¿, y este se constituirá en el control de su actividad racional. Por tanto, no permite al juez sustituir la prueba practicada por otros elementos o datos, o por su mera opinión basada en ciertas conjeturas. (pp.500-501)

Como sostiene Dei Vecchi (2020),

los factores que deben tenerse en cuenta para aceptar o rechazar un enunciado fáctico como premisa menor del razonamiento judicial son de índole pura y exclusivamente epistémico. Lo que un sistema de libre valoración o SCR indica es, que la justificación externa de las premisas fácticas de las decisiones judiciales ha de respetar los parámetros de justificación epistémicas. (p.128)

3.9. Sana Critica y sus reglas, como pauta de racionalidad en la valoración de la prueba.

Asumiendo que el sistema de la libre valoración o sana critica racional es el que tiene mayor aceptación en el actual sistema probatorio, en especial en el ámbito penal, se debe entonces asumir el análisis de los componentes de la Sana Critica.

Así, para Peña (2008) la concepción racional de la valoración probatoria permite establecer el juicio sobre el hecho, en el sentido de fundamentar una versión verdadera de este, en términos de la aproximación a la realidad empírica, que es posible alcanzar procesalmente. Se trata así, de la aproximación (justificada racionalmente) a la realidad empírica de los hechos en el proceso, en función de criterios razonablemente rigurosos. En términos de la Sana critica, como examen o juicio libre de error o vicio, el razonamiento probatorio puede ser considerado como un procedimiento racionalmente controlable, es decir, puede hablarse de un marco de posibilidades en el cual es posible plantear la “racionalidad de razonamiento”, con ajuste a criterios de análisis y valoración de la prueba. Por esta vía se trata de establecer como se realiza la valoración conjunta de medios de prueba individualmente apreciados, los cuales resultan convergentes, en tanto tienden a confluir en un resultado común. (pp.51,53)

En tal sentido, de todas las definiciones revisadas, la que proporciona Laso (2009) expresa en palabras sencillas lo antes indicado. Señala este autor que la sana crítica –que ha sido definida como las “reglas del correcto entendimiento humano”– es un sistema de valoración libre de la prueba pues el juez no está constreñido por reglas rígidas que le dicen cuál es el valor que debe dar a esta, pero tampoco decide únicamente en base a los dictámenes de su fuero interno. (p.144)

En este punto, Roca (2022) citando a Rivera y Rojas, refiere que la sana crítica es una característica de la libre apreciación, también es una regla técnica de valoración de la prueba y es un criterio auxiliar para el juez. La define como “conjunto de reglas o criterios que distinguen y caracterizan el sistema de la libre apreciación”. Así también, la idea de la sana crítica en la fase probatoria puede ser entendida como

la facultad de discernir con verdad y/o corrección ciertos enunciados referidos a hechos (aunque no siempre dependiente de los hechos). (p.29)

3.9.1. Las reglas de la Sana Crítica.

Las reglas de sana crítica se identifican aquí con las guías para la ponderación racional de la prueba en su conjunto. Ello implica establecer que las conclusiones arribadas sean válidas, a partir de los parámetros aceptados por determinados grupos especializados en el asunto, como también considerando el conocimiento común u ordinario del entorno social y cultural en el que se desenvuelve el hecho. Esto es lo que se conoce como una valoración de la prueba con dimensión epistémica cultural. (Roca, 2022, p.29)

Por su parte, Hugo Alsina, citado por Rodríguez y Tuiran (2011), dice que “las reglas de la sana crítica no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio” (p.199)

Esta enunciación de las reglas de la sana crítica corresponde a un conjunto de condiciones de racionalidad para el control de los razonamientos propios de la valoración de la prueba. Racionalidad basada en la lógica deductiva e inductiva, e inspirada en criterios científicos y de sentido común que, a su vez, se proyecta en criterios racionales para la determinación judicial de los hechos, sobre la base de la utilidad racional del material probatorio disponible. (Laso, 2009, p.52)

Por ello es necesario comprender lo que implica los principios de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

a. Principios de la lógica.

El razonamiento lógico se funda, precisamente, en principios lógicos que gobiernan el desarrollo del pensamiento, determinando su estructura y garantizan la producción de la verdad formal del proceso cognoscitivo, para llegar a la verdad material que debe surgir de los hechos.

Los principios lógicos son las leyes que gobiernan el pensamiento, cuyo cumplimiento, formal, llevan a la certeza como propósito del trabajo intelectual.

Entre los principios lógicos podemos mencionar:

El principio de identidad.

El principio de identidad suena según una fórmula corriente: $A = A$, aunque no menciona a “A” como lo mismo, sino como igual. (Heidegger, 1983, pp.73-74)

Para mayor explicación, Maria Soledad y Nelson Pozo (2013), refieren que el concepto de identidad se usa en dos sentidos. Primero, en el sentido de la identidad cualitativa y, segundo, en el sentido de la identidad numérica. Si a y b son una cosa única, si, como aclara Aristóteles, son una y la misma unidad material, tenemos identidad en sentido estricto, la cual es caracterizado como identidad numérica. En sentido amplio, se puede decir también que a es lo mismo que b (o “igual” en lo lugar de los “mismo”) cuando a y b son dos objetos diferentes que son iguales en una determinada propiedad (en varias). De allí que, en lugar de identidad, se habla con frecuencia también de igualdad. (pp.31-32)

Así también, sostiene Zavaleta (2006) que la importancia de la identidad exigida a los actos de las partes radica, asimismo, en que permite al juez fijar el tema *decidendum* o la materia sobre la cual va a dictar su decisión; por eso él tampoco puede cambiar los términos del debate sin incurrir en error in cogitando. Si se comienza atribuyendo a un concepto un cierto contenido, debe mantenerse a través de todo el curso del razonamiento, de otro modo, se manejaría otro concepto, lo que ocasionaría que al final la inferencia sea distinta al concepto inicial, ocasionando con ello una conclusión con un argumento falaz. Este principio goza de notoria influencia y relación con los principios de contradicción, igualdad y defensa. (p.482)

El principio de no contradicción.

Se sustenta en la fórmula de que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones al mismo tiempo; es decir una cosa o sujeto, en atención a una misma situación o relación, no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Visto de otra manera, si se afirma algo de alguna cosa o sujeto, quien la afirma no puede a la vez negarlo, refiriéndose a la misma cosa o sujeto, bajo la misma situación o relación; porque al afirmarse y negarse lo mismo de la misma cosa o sujeto, o ya sea la afirmación o ya sea la negación debe ser falsa.

Este principio lleva al entendimiento, de lógica formal, de que el juicio de contradicción, o que en dos juicios contrarios, uno tiene que ser falso; porque la cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Siguiendo el ejemplo ya esbozado: si, por un lado, se afirma que el hombre es moral; pero, no obstante, frente a la misma situación o relación, también, se afirma que el hombre es inmoral. Entonces, se afirman juicios contrarios que se excluyen el uno al otro. No se puede atribuir una cualidad y negarse al mismo tiempo. Uno de los dos juicios es falso. (Barrios, 2003, p.18)

El principio de tercero excluido

Según Barrios (2003):

El principio de tercero excluido se formula estableciéndose que entre dos proposiciones de las cuales una afirma y otra niega, una de ellas debe ser verdadera. Visto de otra manera, entre la afirmación y la negación no hay una tercera posibilidad; la verdad debe surgir de los dos extremos planteados: ya sea en la afirmación o la negación: el hombre es moral o no es moral, no hay una tercera posición en juicio. (p.108)

Así también, para Zavaleta (2006), la formulación lógica de este principio es: “Entre dos cosas contradictorias no cabe término medio”:

Nótese que este enunciado excluye a las proposiciones contrarias, en la medida que entre ellas si cabe la posibilidad de otros juicios. Cuando decimos “Juan es bueno” y “Juan no es bueno” o “esta afirmación es verdadera” y “esta afirmación no es verdadera”, debemos consentir que entre estas proposiciones contradictorias no existe la posibilidad de un término medio. (p.476)

El principio de razón suficiente.

Según Zavaleta (2006) este principio permite la distinción entre coherencia de la resolución con el contenido de estas. El problema en estos casos no radica en la forma del razonamiento, sino sobre el contenido o fonde las premisas, es decir, recalca en el problema de la veracidad de las premisas, como presupuesto indispensable para obtener una conclusión correcta. (p.479)

Refiere este autor, que la doctrina proporciona algunos criterios para establecer la suficiencia con relación a este principio:

- Debe ser un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba y derivarse de la sucesión de conclusiones que, en base a ellas, se vaya determinando;
- Debe ser concordante y constringente, en cuanto cada conclusión negada o afirmada, responde adecuadamente a un elemento de convicción del cual se puede inferir aquella (conclusión).
- La prueba debe ser de tal naturaleza que realmente pueda considerarse fundante de la conclusión, de tal forma que aquella sea excluyente de toda otra. (p.480)

b. El conocimiento científico.

Refiere Limay (2020) que el impacto de la ciencia en el campo del derecho y específicamente, dentro del ámbito probatorio no es un tema novedoso, ha sido trabajado desde antaño. La implementación de la ciencia y de la técnica en el proceso implica un replanteamiento de la labor del funcionario jurisdiccional a la hora de adoptar decisiones probatorias. Es así que, la ciencia y el proceso comparten la finalidad común de la búsqueda de la verdad. Este objetivo no siempre puede lograrse a través del conocimiento ordinario, sino que resulta necesario el uso del conocimiento científico, que puede ser definido como un saber racional, objetivo, fundamentado crítico, sistematizado y metódico. Se constituyen en sus principales características las siguientes:

1. Es un saber científico y fundamento porque justifica sus conocimientos y da pruebas de su verdad.
2. Es sistemático, porque es un saber ordenado lógicamente conexo.
3. Explicativo, a través de teorías, modelos y leyes.
4. Verificable, susceptible de ser comprobado experimentalmente o contrastado empíricamente.
5. Metódico, consecuencia a los procedimientos a los que está sometido, como la observación, reflexión, contrastación, experimentación, etc.
6. Objetivo, pretende conocer la realidad tal como es.
7. Comunicable, a través de un lenguaje científico, unívoco en términos de proposiciones.
8. Racional.
9. Provisorio, porque no entiende la verdad como algo absoluto, procura certeza, está en constante evolución. (pp.514-516)

c. Las máximas de la experiencia.

Establecer una definición exacta de este concepto, es complejo, por la variedad de definiciones que se presentan, cada una determinada por el contexto procesal y probatorio de cada país.

En ese sentido, refiere Limardo (2021) como primera definición citando a Taruffo, “son nociones derivadas de la experiencia común que representan la base de conocimientos generales para la valoración de la prueba, pero que esos conocimientos expresan nociones de sentido común que tienen como único fundamento el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento”. Añade, además, siguiendo a Taruffo, que se tratan de conocimientos generales, derivados de la experiencia «común» y que su función consiste en posibilitar la valoración de los elementos de prueba (p.121)

Así mismo, en latitudes latinoamericanas, es posible encontrar que, en la doctrina colombiana, las máximas o reglas de la experiencia se tratarían de «simples normas de criterio para el entendimiento de los hechos», según refiere Devis Echandía

citado por Limardo (2021), quien a su vez citando a Parra Quijano, refiere que se utilizarían por los jueces para valorar la prueba y consistirían, simplemente, en la experiencia que todo hombre posee. (p.122)

En la doctrina chilena, Horvitz Lennon y López Masle, citados por Limardo (2021), entienden que integran la sana crítica racional junto con los principios de la lógica, pero que, a diferencia de ellos, las máximas de experiencia serían variables en función del tiempo y el lugar y que «por definición, expresan nociones de sentido común cuyo único fundamento es el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento». (p.123)

Ahora bien, parece interesante y necesario conocer las diferencias que plantea Gonzales (2022c) con relación a lo que son las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia en la labor probatoria. Refiere este autor que las reglas de la sana crítica son distintas de las máximas de la experiencia.

La primera tiene un carácter normativo, aunque no jurídico, y que son exigencia de racionalidad que determinan que formas de razonar son correctas y cuales no) y su fundamentación no es empírica. Una regla que establece que “cuantos más elementos de juicio haya a favor de una hipótesis esta será más sólida” no es algo que podamos justificar en última instancia en la experiencia (aunque es posible que la hayamos aprendido al observar los criterios usados por otros). Las máximas de la experiencia por su parte son enunciados descriptivos (verdaderos o falsos, por tanto) cuya fundamentación es empírica. Llegamos a ellas a través de razonamientos generalizadores (que usan las reglas de la racionalidad epistemológica), a partir del examen de casos particulares. Son necesarias para correlacionar los hechos probatorios y los hechos que hay que probar, pero no se trata de una necesidad lógica o inductiva: son necesarias como premisas de la inferencia probatoria, con como criterios metodológicos de racionalidad. (pp.67-68)

Ahora bien, para ir sentando bases con relación al alcance de esta, Limay (2020) denomina a las máximas de la experiencia como reglas o norma de experiencia de naturaleza no jurídica o reglas generales de carácter empírico, de contenido

general, independiente del caso concreto y que han sido extraídas de la observación corriente del comportamiento humano, pueden ser conocidas por cualquier persona de cultura media. Están conformadas por aquellas conclusiones extraídas de percepciones singulares pertenecientes a los más variados campos de conocimiento, como técnicos, científicos e incluso comunes. (pp.520-521)

En ese sentido, citando a Gonzales Lagier, clasifica a las máximas de la experiencia del siguiente modo:

De carácter científico o especializado, como las que aportan los peritos.

De carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez.

De carácter privado (experiencias corrientes), esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen del ejercicio de su profesión.

Concluye indicando esta autora, que las máximas de la experiencia como las ciencias, no constituyen por sí mismas pruebas, sino que son los instrumentos que el juzgador deberá tener en cuenta para valorar (p.522)

3.10. Aspectos Estructurales de la prueba judicial. Valoración Individual y Conjunta de la prueba.

El deber de motivación se constituye en un derecho y garantías de orden constitucional, que toda autoridad, en especial jurisdiccional, debe cumplir y más aún en el momento de ponderar los hechos y las pruebas en el proceso. Esto implica que al momento de presentar los argumentos que hacen a sus motivaciones en sus sentencias, las mismas deben ser claras, precisas y completas, lo que en otras palabras es justificar debidamente el razonamiento judicial sobre la prueba.

En ese entendido, son dos los momentos que se deben tener en cuenta, uno individual sobre cada medio de prueba, y luego de ello, en conjunto, a fin de establecer las inferencias finales con relación a la proposición fáctica.

3.10.1. Valoración individual. Documental y testifical.

En la valoración individual se otorga un peso probatorio parcial e independiente a cada medio de prueba.

Según Talavera (2010), para que el juez motive acerca del examen individual de las pruebas, debe tener en cuenta que dicho examen se dirige a descubrir y valorar el significado de cada una de las pruebas practicadas en la causa. Tal examen está integrado por un conjunto de actividades racionales tales como: juicio de fiabilidad, interpretación, juicio de verosimilitud, comparación de los hechos alegados con los resultados probatorios, las mismas que deben ser explicadas en los fundamentos de la sentencia.

El juicio de fiabilidad probatoria: atiende principalmente a las características que debe reunir un medio de prueba para cumplir su función, y a la posibilidad de que el mismo medio suministre una representación del hecho que sea atendible, sin errores y sin vicios. Así, por ejemplo, la fiabilidad de una prueba documental exigirá un control de su autenticidad, mientras la de una prueba testifical exigirá comprobar que la misma cumpla todos los requisitos previstos en la ley (...). El primer paso que debe realizar el juez es comprobar que las pruebas hayan sido incorporadas al juicio cumpliendo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, además de los requisitos específicos que la ley procesal establece.

La interpretación del medio de prueba: Después de haber verificado la fiabilidad del medio de prueba, se hace necesario proceder a la interpretación de la prueba practicada. Con esta labor, el juez ha de tratar de determinar y fijar el contenido que ha querido transmitir la parte que lo propuso mediante el empleo de ese medio de prueba. Se trata de una fase crucial que debe ser adecuadamente justificada en la sentencia. Mediante esta actividad se busca extraer la información relevante, el elemento de prueba, lo que el testigo proporcionó como información acerca de algún hecho, lo que el documento representa o las opiniones o

conclusiones del perito. No se trata de obtener un resumen de lo vertido por el testigo, sino de seleccionar información con base en los enunciados fácticos de las hipótesis de acusación o defensa. No es propio de la motivación o fundamentación de los hechos, ni de la fase de interpretación hacer un resumen de las testificales y demás actuaciones probatorias, sino describir el significado o contenido relevante del medio de prueba, de acuerdo con las necesidades argumentativas de apoyo o refutación de un enunciado fáctico. Tampoco es recomendable hacer primero un resumen de la declaración de un testigo y luego justificar con una interpretación adecuada algún aspecto que es relevante en la testifical; se trata de un trabajo innecesario y que además incrementa el número de páginas de la sentencia, pero no su calidad. Se trata de argumentar, no de resumir.

El juicio de verosimilitud: Una vez determinado el significado de los hechos aportados por cada uno de los medios probatorios, el juzgador ha de entrar en el examen de esos mismos hechos. A este fin, tras haber determinado el juzgador el significado de lo expuesto por el correspondiente medio probatorio deberá llevar a cabo un examen sobre la verosimilitud de los hechos relatados por el testigo o por el documento en cuestión, para lo cual deberá efectuar cuantos razonamientos deductivos o silogismos precise, valiéndose para ello de la máxima de experiencia que considere más acertada para cada caso concreto. La apreciación de la verosimilitud de un resultado probatorio permite al Juez comprobar la posibilidad y aceptabilidad del contenido obtenido de una prueba mediante su correspondiente interpretación. El órgano jurisdiccional verifica la aceptabilidad y la posibilidad abstracta de que el hecho obtenido de la interpretación del medio de prueba pueda responder a la realidad, de manera que el juzgador no deberá utilizar aquellos resultados probatorios que sean contrarios a las reglas comunes de la experiencia.

La comparación entre los resultados probatorios y los hechos alegados: Después de haber determinado qué hechos reputa verosímiles o creíbles de entre los expuestos a través de los medios probatorios – desechando todo aquello que se le aparezca como increíble o inverosímil- el juez se encuentra frente a dos clases de hechos: de un lado, los hechos inicialmente alegados por las partes (teoría del caso o alegatos preliminares), y de otro, los hechos considerados verosímiles que han sido aportados a través de los diversos medios de prueba practicados. Además, en ese momento el juez ha de confrontar ambas clases de hechos para determinar si los hechos alegados por las partes resultan o no confirmados por los contenidos de los resultados probatorios. (pp.53-58)

En este sentido, Vargas (2019) refiere que la Pertinencia y la Credibilidad son elementos estructurales que también deben ser tenidos en cuenta por el juez, tanto en la valoración individual como en la valoración conjunta de los medios de prueba durante las etapas de la actividad probatoria de la práctica y la valoración, respectivamente. (p.35)

Siguiendo con este autor, refiere que la credibilidad es el principal aspecto estructural de la prueba testimonial y de la prueba tangible (autenticidad y precisión), como son los documentos por ejemplo, ya que, si un medio de prueba no es creíble, no es pertinente y, por lo tanto, no hace más o menos probable la ocurrencia de una hipótesis, conclusión o pretensión. (p.40)

En consecuencia, hace una expresa elección de ciertos componentes que debe tenerse en cuenta al momento de valorar individualmente la prueba testimonial y documental en relación con esos dos componentes. Así, refiere que, cuando se revisa la credibilidad del medio de prueba testimonios, es tarea intelectual que exige realizar diversas preguntas relación con tres atributos: **veracidad, objetividad y sensibilidad observacional** (que el testigo X haya percibido lo que afirma de forma correcta por medio de sus sentidos). A su vez, la revisión de la credibilidad de un medio de prueba tangible como la prueba documental, exige realizar diversas

preguntas relacionadas con tres atributos: **autenticidad, fiabilidad y precisión**. (Vargas, 2019, p.35)

3.10.2. Valoración Conjunta.

Refiere Linares (2008) citando a Peyrano, que la valoración conjunta de la prueba consiste en tener en cuenta que “el material probatorio ha de ser apreciado en su conjunto mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los diversos elementos de convicción arrimados a los autos, única manera de crear la certeza moral necesaria para dictar el pronunciamiento judicial definitivo”.

De su parte Devis Echeandía, citado también por Linares (2008), señala lo siguiente:

los diversos medios aportados deben apreciarse como un todo, en conjunto, sin que importe que su resultado sea adverso a quien la aportó, porque no existe un derecho sobre su valor de convicción...Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que en realidad le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios en el proceso, tomados en su conjunto, como una *masa de pruebas*, según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos".(3.5, párr.1 y 2)

Ahora bien, sostiene Lagier (2022a) que, si la valoración individual consiste en la determinación de la fiabilidad, pertinencia y otros aspectos de cada una de las pruebas, la valoración conjunta consiste en:

(a) la construcción de un razonamiento, argumento o inferencia —al que llamaremos *inferencia probatoria*— que, partiendo del conjunto de los datos probatorios o elementos de juicio, trata de establecer la hipótesis acerca de cómo ocurrieron los hechos que se enjuician, y (b) en la determinación del grado de “solidez” o corrección de esta inferencia.

En consecuencia, a criterio de este autor, la valoración conjunta de la prueba:

es uno de los núcleos de la teoría de la prueba; sin embargo, la inferencia probatoria no es un tipo de razonamiento o argumento exclusivo de la

actividad jurídica, sino común —aunque con ciertas peculiaridades— a muchos otros ámbitos no jurídicos, tanto científicos como cotidianos. (p.355)

4. La prueba testifical.

4.1. Aspectos esenciales que considerar en su valoración.

El principal motivo de este título, es el de posibilitar la identificación en la teoría y la doctrina, de criterios objetivos que pueden ser utilizado en la valoración de la prueba testifical o Testimonial, independiente de que se trate de la declaración de la víctima misma en los hechos de violencia sexual, a fin establecer aquellas herramienta a las cuales el juez pueda acudir para la realización de la labor de motivar claramente sus decisiones en relación a la prueba en cuestión, entre otras más.

Uno de los elementos típicos en el proceso penal, según refiere Vizcarra (2016)

es recurrir a las declaraciones de las personas quienes, de una u otra forma, puedan tener conocimiento de los hechos o puedan aportar datos de utilidad para el proceso. En este sentido, se puede definir al testigo como la persona física no acusada en el proceso, la cual presta auxilio al juez y emite —con intermediación declaraciones representativas sobre hechos pasados que no habían adquirido naturaleza procesal en el momento de la percepción, con la finalidad de inclinar el convencimiento del juez en un sentido determinado. (p.330)

Como refiere Irisarri (2021) “la palabra testigo proviene del latín *testis*, que significa “individuo que se encuentra directamente a la vista de un objeto y conserva su imagen”, siendo, según este autor, la prueba testimonial, la prueba por antonomasia, su origen y naturaleza son tan antiguos como la humanidad.” (p.47)

Para Taruffo (2008), en todos los sistemas procesales, un testigo es una persona de quién se supone que sabe algo relevante sobre los hechos del caso y a quién se interroga bajo juramento con el fin de saber lo que ella conoce sobre tales hechos. (p. 62)

Dentro de una división histórica, se ha sostenido, que la prueba testifical es una prueba directa, en tanto comprenda el testimonio oral de un testigo presencial, a diferencia de la prueba indirecta, la que comprende pruebas reales y circunstanciales y no originales. Sin embargo, hoy es aceptado el criterio de que, la misma puede ser tanto una prueba directa, tal cual establece *Betham*, como también indirecta, indiciaria o circunstancial, con relación al hecho o hipótesis principal. (Vargas, 2019, p.32)

En mérito a ello, parafraseando a Michele Taruffo, cuando se hace referencia a la información directa aportada por las partes como fuente de prueba, puede ser muy útil, no se debe dejar de lado que a la vez les interesa manipular, distorcionar y ocultar la verdad, y que aunque dicho conocimiento pueda ser útil, el juzgador debe manejarlo con sumo cuidado. (Taruffo, 2008, p.:67)

Se trata, sin duda alguna, de un medio de prueba de gran valor e importancia en el proceso penal. Se afirma que, mientras que el proceso civil es reino del documento, el proceso penal lo es del testimonio. No obstante ello, en la práctica son más que recurrentes los cuestionamientos a este tipo de pruebas por la facilidad que muchas veces se puede dar lugar a la tergiversación de las declaraciones y al condicionamiento que se puede generar en las mismas, tanto por factores internos como externos. No olvidemos que el hecho de presenciar un acontecimiento delictivo genera en la persona un efecto negativo, por el trauma y la impresión que éste puede producir. (Vizcarra, 2016, p.331)

Por lo que a continuación se abordarán algunos de esos aspectos que hacen a la necesidad de su conocimiento.

4.2. Credibilidad y Criterios de Valoración del testimonio.

4.2.1. Credibilidad.

Al momento de analizar lo relativo a la pertinencia en la valoración individual y conjunta de la prueba, se hubo hecho mención a lo que Vargas (2019) referido a los atributos que se deben considerar al valorar la Credibilidad del testimonio: **Veracidad, objetividad y sensibilidad observacional.**

La **Veracidad** esta relacionada con el hecho de que el testigo X cree lo que afirma. En consecuencia, podra considerarse aspectos tales como condenas por delitos relativos al deshonor, prueba que acrediten la desnostidad del mismo, influencia o corrupcion entre testigos, parcialidad, entre otros aspectos similares.

La **Objetividad** esta relacionada con el hecho de que el testigo haya percibido lo que afirma por medio de sus sentidos. En consecuencias, podrá considerarse aspectos o factores como intereses, contradicciones, parcialidad, aspectos relativos a la memoria, entre otros.

Finalmente, la **Sensibilidad Observacional**, esta relacionado con el hecho de que el testigo haya percibido lo que afirma de forma correcta por medio de sus sentidos. En este punto, será importante considerar las posibles contradicciones entre diferentes testigos, defectos sensoriales, condiciones fisicas del testigo, condiciones de observación del hecho, calidad y duración de la observación, expertecia y ubicación de la atención. (pp.42,49,51)

Estos tres atributos, debe dejarse en claro, estan asociaciados a las maximas de la experiencia que el juez pueda aplicar en ese momento.

Asi tambien, es necesario indicar que la experiencia enseña que las personas no siempre dicen la verdad (es decir, no siempre dicen lo que creen, lo que para ellos es verdad), lo cual esta relacionado con la veracidad; pero tambien la experiencia enseña que la personas no siempre creen en lo que sus sentidos registran, lo cual varia con el paso del tiempo, aspecto que esta relacionado con la objetividad en la formacion de las creencias, que esta relacionado con los deseos, expectativas, la capacidad de memoria de las personas y, por ende, la capacidad de estabilidad de estas creencias con el paso del tiempo. Por último, la experiencia tambien enseña, que lo que registran los sentidos de una persona no siempre es registrado de forma fidedigna. El poder de resolucion de los testigos varía de uno a otro. Las condiciones de observación son cruciales en este punto, aspecto que esta relacionado con la sensibilidad observacional, debido a las condiciones de modo, tiempo y lugar bajo las cuales dichas observación es realizada. (Vargas, 2019, pp:36,38)

En este punto, reluce lo ya abordado en relación a los problemas de percepción e interpretación de los hechos, que pueden presentarse no solo en la producción de prueba sino en la valoración por parte del mismo juez de aquella información que es recibida, como en el caso de la prueba testimonial, de manera directa¹⁷. Al respecto, Irisarri (2021b) refiere que, aún tratándose de hechos realizados por el propio testigos, el conocimiento del mundo y en consecuencia el conocimiento del hecho sobre el cuál declarará, se estructura sobre aquello que ha tenido la oportunidad de percibir o sobre aquello que dice percibir. (p.49)

Ahora bien, parafraseando a Jordi Nieva (2010), este autor plantea un análisis quizás mucho más pedagógico a los fines de posibilitar la mejor aprehensión del conocimiento de los hechos a través del testimonio y la credibilidad del mismo; y es que para éste, la ciencia jurídica no ha sido profundizar más que ocasionalmente en estos temas, remitiéndose solo a las reglas de la “Sana Crítica” para el abordaje de aspectos relativos a la fiabilidad de las declaraciones de personas, su memoria y la forma en que pueden expresar la realidad con mayor acierto, y que en cierto modo deben contar con criterios objetivos para el control de las mismas.(p.212)

Por ello, desde un punto de vista práctico, establece que la credibilidad puede valorarse mucho mejor cuando se conoce las circunstancias que afectaron a una persona cuando tuvo la percepción por la que declara, que variables afectan a ese sujeto en el momento de su declaración, cómo le pueden influir, y como interpretar lo que digan en función de los datos que se detallan a continuación:

4.2.1.1. Circunstancias de estricta índole técnico-psicológica. La valoración de las emociones del declarante.

Citando a Manzanero, Jordi Nieva sostiene que en materia de psicología del testimonio se dio un salto cualitativo cuando se pasó de valorar la credibilidad del testigo a examinar la credibilidad del testimonio. Es decir, cuando se dejó de dar tanta importancia a los aspectos conductuales del declarante, que son curiosamente los que siguen teniendo más en cuenta los jueces y, de hecho, cualquier

¹⁷ Véase, “la necesaria distinción entre hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado”, pág.50-51.

observacion, factores que no son controlables por un juez ya que estar basados en una mera actuación fenomenal del declarante que consiga engañar a todos, y por otra parte, no todas las personas son igualmente expresivas. De ahí que considere que es sumamente peligroso guiarse con criterios como la “firmeza de la declaración”, o si el testigo perdía la fijeza de la mirada, o sudaba, o suspiraba o gesticulaba mucho, o titubeaba, o miraba hacia aquí o hacia allá y, por ello es mejor no tenerlo en cuenta en un examen plenamente objetivo. (2010, p.220)

Pero, aun así, sostiene que no hay que despreciar completamente esos datos conductuales, ya que, ante la dificultad de elaborar un relato coherente por parte de estas personas, lo único que se pueda valorar realmente sean estos extremos; pero, aun así, esas conductas están demasiados lejos de lo que podría valorar un jurista por su formación, por lo que, en esos casos, la valoración de esas circunstancias debe ir a cargo de un psicólogo especializado en la interpretación de declaraciones. (Nieva, 2010, pp.: 220,222)

4.2.1.2. Circunstancias controlables por un juez.

En este punto, refiere Nieva (2010), como una circunstancia más para la verificación de la credibilidad del testimonio y, que puede ser controlado por el juez, criterios que permiten guiar el razonamiento del juzgador en el análisis de la prueba testifical.

En ese sentido, se tiene los siguientes:

1. La coherencia de los relatos.

A la hora de analizar la declaración de cualquier persona, una de las características que pueden resultar más útiles para valorar su veracidad es, precisamente que no sea contradictoria. Ahora bien, que la persona exprese un relato coherente no es sinónimo automático de veracidad, ni mucho menos, ya que es una conclusión bastante consolidada que “los testimonios falsos suelen presentarse de una manera continuamente estructurada y generalmente cronológica”. De manera que, si el testimonio de un declarante tiene esas características, lo que abonaría su completa coherencia, tiene muchas posibilidades de ser falso, porque lo más probable es que se haya preparado su declaración para exponerla en el momento del juicio, su

declaración es demasiado perfecta desde el punto de vista formal como para ser auténtica y, sobre todo, espontánea. Pero también es cierto que hay personas que se preparan su declaración perfectamente veraz, para exponerla de la mejor forma ante el tribunal, con absoluta buena fe, y en esos casos, el testimonio habría de ser creíble, incluso cuando contenga falsas coherencias producto de la reconstrucción y reinterpretación de los recursos por parte del propio sujeto, como efecto del paso del tiempo.

Teniendo en cuenta esos datos, la coherencia de una declaración no es un dato para tener en cuenta, por sí solo, a la hora de valorar su credibilidad, ni siquiera en manos de un experto. Si la falta de coherencia existe, lo único que tiene que hacer el juez de momento, es señalar en qué dato se centra esa falta de coherencia. Y tras ello valorar las posibles hipótesis de las causas de esa inconsistencia, conforme a los puntos a tratarse. (Nieva, 2010, pp:224-225)

2. La contextualización del relato.

Siguiendo con Nieva (2010) uno de los aspectos menos considerados por los juristas es que el relato que realice el declarante este contextualizado, es decir, que el declarante describa datos del ambiente vital, espacial o temporal en el que los hechos tuvieron lugar, de manera que lo que declare se inscriba fácilmente en dicho ambiente, aunque lo ocurrido sea sorprendente. Es decir, es un indicio de verosimilitud el hecho de que la persona recuerde qué hizo antes o después del hecho, etc. Aunque todos ellos podrían ser también distorsionados por la memoria, pero ciertamente, si esos hechos ambientales son plausibles y los mismos son declarados de forma claramente espontánea por el sujeto, suele valorarse que es difícil que esté mintiendo.

En el proceso penal, la contextualización tiene una importancia todavía superior. Si el declarante no recuerda nada de eso o da detalles absolutamente vagos y sin embargo ha realizado una declaración perfectamente coherente en cuanto a los demás aspectos, es posible que dicho litigante este mintiendo. Es suficiente con que el litigante informe sobre aspectos tales como qué estaba haciendo en aquel

momento, o dónde se encontraba, aportando información sobre detalles que obviamente no pasan a nadie desapercibidos, como por ejemplo si en una calle peatonal paso algún vehículo, detalles que son tan obvios, que si el declarante duda sobre los mismos es bastante probable que esté mintiendo. (pp:225, 241).

3. Las llamadas “corroboraciones periféricas”

La máxima *testis unus testis nullus*, basa el contenido de este punto; es decir, que el relato de un declarante se viera corroborado por otros datos que, indirectamente, acreditan la veracidad de la declaración. En el caso indicado de la antigua máxima, por el hecho de que dos o más testigos declararan lo mismo que el imputado, por ejemplo, aunque las corroboraciones no tienen que venir siempre de personas, sino de hechos que sucedieran al mismo tiempo que el hecho principal que se está enjuiciando. Por eso este criterio ha sido bastante utilizado por los juristas simplemente porque permite reducir lo que se busca a algo que tiene pleno significado en la mente de un procesalista: la presunción. Esa es la razón por la que también se conoce a este modo de razonar como “prueba circunstancial”, porque lo que se busca es que se expresen las circunstancias en que sucedió todo, circunstancias que, en realidad, debían acompañar al hecho para que realmente pudiera suceder.

Aun así, sostiene Nieva que este criterio conlleva algunos riesgos. El primero está referido a lo subjetivo, esto, en sentido de que varios testimonios no coincidan en cuanto a estas circunstancias periféricas, lo cual no quiere decir que todos ellos mientan, y ni siquiera que alguno de ellos mienta, sino que recuerdan los hechos de modo distinto, como consecuencia del funcionamiento de la memoria¹⁸. El otro aspecto, es el hecho de que todas las declaraciones coincidan, no es indicativo de verosimilitud, al contrario, dependiendo de la buena o mala fe de los declarantes, es posible que se hubiera inducido en todo un conjunto de declarantes una historia errónea que pase a ser auténtica. Y, por último, es posible que las corroboraciones periféricas eviten darle importancia a la prueba del hecho principal indemostrado.

¹⁸ Criterio que se sustentan en la Psicología del Testimonio.

En tal sentido, propone el autor, que el juez debe tomar en cuenta en la valoración de la declaración, dichas corroboraciones periféricas al momento de motivar, es decir, puede llevar a cabo una actividad que, por desgracia, no se ve en tantas sentencias: la explicación del mecanismo lógico de presunciones. El juez tiene que exponer la existencia del dato apuntado como corroboración, y a partir del mismo debe explicar por qué dicho dato ha de ser corroborador. No se puede dejar a la imaginación del lector de la sentencia ese extremo, sino que, si para un juez un indicio es indicador de la existencia de un hecho, debe justificar porque lo cree así para que su razonamiento pueda ser revisado. Deben observarse con la apreciación conjunta del resto de medios de prueba, advirtiéndose de que no se requiere un encaje estricto de todas las circunstancias para considerar creíble un relato. (Nieva, 2010, pp. 226-228, 241)

4.2.2. Valoración de la credibilidad desde la doctrina y jurisprudencia comparada. Caso Perú y España.

4.2.2.1. España.

La jurisprudencia española, refiere Montesinos (2017), ha configurado tres parámetros o pautas orientativas a tener en consideración por el juez a la hora de proceder a la valoración de la declaración de la víctima como prueba de cargo, sin la necesaria rigurosidad de que todos deban cumplirse. Se trata de criterios cuya concurrencia determina la credibilidad de la versión del declarante y su suficiencia incriminatoria, pero que no han de considerarse requisitos imprescindibles, de modo que tengan que concurrir todos unidos para que el Tribunal dé crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo. (p.132)

Ahora bien, el Tribunal Supremo Español¹⁹, ha establecido que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 339/2007 de 30 abril, (RJ 2007\3860).

de tres factores de razonabilidad valorativos, que Montesino explica de la siguiente manera:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes:

i. Sus propias características físicas o psicorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (no es lo mismo un mayor de edad que un menor, o un niño) y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

ii) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatória sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones.

b) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos.

Esto supone que la declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, es decir, no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido y que la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso.

Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etc.

c) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone, tanto la persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse, como en la concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades y, por último, la coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes. (2017, pp.132-134)

Ahora bien, lo antes indicado no implica que dichos criterios conviertan la forma de valoración de dicha prueba, en criterios propios de la prueba tasada. Es por ello que la misma jurisprudencia española ha establecido lo siguiente²⁰:

“Como es notorio, la jurisprudencia de esta Sala no ha establecido la necesidad de cumplir unos requisitos rígidos para que la declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo suficiente, de manera que si se demostrara su concurrencia hubiera de concluirse necesariamente que existe prueba de cargo y, por el contrario, si no se apreciaran tales elementos, también necesariamente hubiera de afirmarse que tal prueba no existe. No se trata, pues, de una vuelta a la prueba tasada. Simplemente se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso con criterios objetivos.

Así, se ha dicho que debe comprobarse que el testigo no ha modificado sustancialmente su versión en las distintas ocasiones en las que

²⁰ STS 672/2011, 29 de junio de 2011.

ha prestado declaración, hasta el punto de no sostener una sino varias versiones fácticas diferentes. La persistencia del testigo no ha de identificarse con veracidad, pues tal persistencia puede ser asimismo predicable del acusado, y aunque sus posiciones y obligaciones en el proceso son distintas y de ello pueden extraerse algunas consecuencias de interés para la valoración de la prueba, ambos son personas especialmente interesadas en el mantenimiento de una determinada versión de lo ocurrido. Pero la comprobación de la persistencia en la declaración inculpativa del testigo permite excluir la presencia de un elemento que podría enturbiar su credibilidad. En caso de que la persistencia aparezca debilitada, por cualquier causa, el Tribunal deberá indagar las razones de tal forma de actuar por parte del testigo, con la finalidad de valorarlas adecuadamente.

Igualmente ocurre respecto de la verificación de la inexistencia de datos que indiquen posibles razones para no decir la verdad, como puede ser la enemistad anterior, el odio, el deseo de venganza o similares, los cuales han de vincularse a hechos distintos de los denunciados, pues no es inhabitual que tales sentimientos tengan su origen precisamente en los hechos que se denuncian sin que ello suponga deterioro del valor de convicción. Que no existan esas razones no supone que deba aceptarse necesariamente la versión del testigo, pero permiten excluir la existencia de motivos para no hacerlo.

Estos dos elementos, que deben ser comprobados por el Tribunal, permiten excluir la existencia de razones objetivas para dudar del testigo y hacen razonable la concesión de credibilidad. Aun cuando concurra solo alguno de ellos, puede ser valorado juntamente con los demás. Lo que importa, pues, es que el Tribunal que ha dispuesto de la inmediación, exprese las razones que ha tenido para otorgar credibilidad a la declaración del testigo.

El tercer elemento al que habitualmente se hace referencia, viene constituido por la existencia de alguna clase de corroboración de la

declaración de la víctima, especialmente cuando tal corroboración es posible dadas las características del hecho concretamente denunciado. No se trata ya de excluir razones para dudar del testigo, sino de comprobar la existencia de motivos para aceptar su declaración como prueba de cargo y consiguientemente, establecer la superación de la presunción de inocencia.” (Tribunal Supremo español, 2011, fundamento de Derecho Primero, 2, párrafo 5)

Volviendo con Montesinos (2017), refiere que esta doctrina no puede aplicarse de manera rígida porque, en los procesos por violencia de género son múltiples las ocasiones en las que, mayoritariamente, este último factor o pauta orientativa no se cumple.

De hecho, es muy frecuente que la víctima se desdiga de sus declaraciones iniciales vertidas en fase de instrucción. La retractación de la víctima no debe erigirse automáticamente como un indicador de la falta de veracidad de sus declaraciones, sino que debemos ser conscientes de que puede responder a múltiples factores. En los supuestos en los que la víctima se retracta o altera el contenido de su declaración inicial, el juez no está obligado a valorar únicamente la declaración de la víctima en el juicio oral. El juez ostenta la libertad de conceder mayor o menor credibilidad a la declaración que le parezca más veraz, es decir, ya sea la vertida en fase de instrucción o la depositada en fase de juicio oral. En todo caso, para que las declaraciones de la víctima en fase de instrucción sean valoradas por el juez, en detrimento de las declaraciones —exculpatorias— prestadas en el juicio oral, tendrá que procederse a la efectiva lectura de las mismas el día del juicio para que, una vez realizada, la víctima pueda explicar las contradicciones entre las dos versiones. A la hora emitir su opinión, el juez tendrá que argumentar las razones que le han llevado a optar por una u otra versión de los hechos. (pp.133-134)

Por otra parte, el Tribunal Supremo español (STS 678/2019), también hubo establecido otros criterios o parámetros con relación a la valoración de la

credibilidad y verosimilitud en la declaración específica de la víctima. Así, se tiene el siguiente entendimiento:

Presupuestos en el análisis de la valoración por el Tribunal de la declaración de la víctima.

Pero recordemos que es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores para tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

- 1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.
- 4.- "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.
- 5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
- 6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
- 7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del *iter* relatado de los hechos.
- 8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
- 9.- La declaración no debe ser fragmentada.

10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.

11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

Por otro lado, ante las líneas generales anteriores para tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.

2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.

3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.

4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.

5.- Deseo al olvido de los hechos.

6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.
(Montesinos, 2017, pp.5-6)

4.2.2.2. Perú.

La Corte Suprema de Justicia del Perú (2005) a través del Acuerdo Plenario No.2-2005/CJ-116 de 30 de septiembre de 2005, establece en igual línea que su par español, criterios guías para la valoración de la suficiencia de la declaración del testigo y víctima, pero también, de coimputados, a los efectos de tener por enervada la presunción de inocencia de los imputados y justificar la declaración judicial de culpabilidad.

Estos criterios, al igual que el caso español, surgen en razón a los aportes que realiza Miranda Estrampes, para quien la experiencia enseña que, en una multitud de ocasiones, frente a la posición del acusado o procesado que niega rotundamente los hechos delictivos que se le imputan, se alza la declaración de la víctima u ofendido por el delito como única prueba incriminatoria. La declaración de la víctima en los delitos denominados “clandestinos” es vital. Esta declaración es admitida como única prueba de cargo legítima, sobre todo en delitos contra la libertad sexual, pero requiere la presencia de datos periféricos de carácter objetivo que corroboren su versión (ejemplo: las lesiones sufridas y acreditadas en el certificado médico legal).

Se rechaza en estos casos el principio *testis unus, testis nullus* y se establece que, para valorar la declaración de la víctima como testimonio hábil para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, deben concurrir corroboraciones periféricas de carácter objetivo. (Vizcarra, 2016,p.333)

Es así que el fundamento 10 de dicho acuerdo, refiere en lo relativo a la valoración de la credibilidad del testimonio de la víctima, lo siguiente:

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

2. Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez en la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.
3. Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior. (p.26)

Ahora bien, en el fundamento 9, con relación a las declaraciones de coimputados, aspecto llamativo en este punto, refiere lo siguiente:

1. Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es el caso examinar las posibles motivaciones de delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.
2. Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.
3. Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada. (p.26)

Por otra parte, la doctrina y jurisprudencia peruana, establece de igual forma criterios muy interesantes con relación al juicio de credibilidad de la retractación de la declaración, en este caso, de la víctima de delitos sexuales, aspecto que se torna en uno de los obstáculos más difíciles de asimilar en la labor jurisdiccional.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia del Perú (2012), a través del Acuerdo Plenario No. 1-2011/CJ-116 de 06 de diciembre de 2011, en su fundamento 26, refiere lo siguiente:

La validez de la retractación de la víctima está en función de los resultados tanto de una evaluación de carácter interna como externa.

En cuanto a la primera, se trata de indagar: a) la solidez o debilidad de la declaración inculpativa y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -venganza u odio- y la acción de denunciar falsamente.

Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos. (p.8)

Del mismo modo, el fundamento 27 de dicho acuerdo, realiza una puntualización muy importante:

Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: “...de la experiencia sexual

anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado”. (p.8-9)

4.3. Suficiencia del testimonio. Algunas consideraciones con relación al testigo único y la presunción de inocencia.

El presente título pretende visualizar unos de los aspectos más trascendentes en relación con la prueba testifical y su grado de suficiencia cuando se constituye como prueba “única o fundamental”, y su incidencia en la culpabilidad o no del encausado, aspecto que en los hechos de violencia sexual tiene ya unas líneas de pensamiento establecidas que se abordara en lo posterior. Por lo pronto, es necesario conocer los aspectos generales que, desde la teoría de la prueba se plantean sobre la suficiencia del mismo.

Para abordar este tema, es necesario plantearlo a través de una cuestionante que no es nueva.

¿puede la palabra de un solo testigo, aportar suficientes razones para fundar la condena en contra de una persona?

Quizás convenga realizar una referencia histórica, basada en la tradición judeocristiana, en la cual se rechaza cualquier acusación que no sea presentada con respaldo de dos o más testigos.

En la Biblia, en lo que se denomina Antiguo Testamento, el libro de Números Capítulo 30 versículo 15, hace referencia a lo siguiente: “Cualquiera que diere muerte a alguno, por dicho de testigos morirá el homicida; más un solo testigo no hará fe contra una persona para que muera.”

Así también el libro de Deuteronomio 17:6, señala. “Por dicho de dos o de tres testigos morirá el que hubiere de morir; no morirá por el dicho de un solo testigo.”

De otra parte, en el Nuevo Testamento, se tiene las siguientes citas:

Mateo 18:15-16. “Si tu hermano llega a pecar, vete y repréndele, a solas tú con él. Si te escucha, habrás ganado a tu hermano. 16Si no te escucha, toma todavía contigo uno o dos, para que todo asunto quede zanjado por la palabra de dos o tres testigos.”

Juan 8:17-18. “Y en vuestra Ley está escrito que el testimonio de dos personas es válido. 18Yo soy el que doy testimonio de mí mismo y el que me ha enviado, el Padre, da testimonio de mí.”

2.^a Corintios 13:1. “Por tercera vez voy a vosotros. Por la palabra de dos o tres testigos se zanjará todo asunto.”

1.^a Timoteo 13:19: “No admitas ninguna acusación contra un presbítero si no viene con el testimonio de dos o tres.”

Hebreos 10:28: “Si alguno viola la Ley de Moisés es condenado a muerte sin compasión, por la declaración de dos o tres testigos.”

En ese sentido, refiere Sancinetti (2013), que:

debería ser sorprendente que reglas morales que cubren las religiones de un muy amplio espectro cultural pudieran ser dejadas de lado por el mero tránsito de “las pruebas legales” a la “libre valoración judicial de la prueba”, acompañado de observaciones tales como la de que los testigos no se cuentan, sino que se pesan. Incluso un declarado defensor actual de que el sistema punitivo debería aumentar en eficiencia para que una de las obligaciones del Estado asumidas en el “contrato social”: proteger al ciudadano inocente de condenas injustas, no vaya en detrimento de la obligación correspondiente de protegerlo de ser víctima de hechos violentos –la que se cumpliría con mayor eficiencia si se aumentase el número de condenados por tales hechos ¿No habría primero que constatar una pluralidad de declaraciones, para que cada una pueda apoyarse en los detalles concordantes de las otras, de modo que los matices “encastren” respectivamente en los de los demás relatos, antes de que pueda analizarse su respectivo peso? (p.8)

Y es que estos planteamientos o mandatos bíblicos o religiosos como quiera llamárselos permanecieron también en lo posterior, como refiere Sancinetti (2013)

...y es que no se trata tan sólo de un legado propio “de las religiones”, sino que la prohibición del testigo único fue también patrimonio común de la Ilustración, es decir, de un movimiento que en cierto modo pretendía fundar un Estado “no dependiente de la idea de Dios” o que pudiera ser aceptado también por el no creyente. Así lo muestran los pronunciamientos de Beccaria, de Montesquieu y de Filangieri. (p.9)

Uno podría dejar de lado una máxima milenaria, que sobrevivió a muy diversas culturas, inspiradas en preocupaciones humanistas, si la psicología experimental moderna estuviera en condiciones de demostrar qué persona miente y quién dice la verdad (en el siguiente título se abordara con un poco más de detalle este aspecto). Sin embargo, los expertos en estudios sobre detección de mentiras afirman que la mayoría de los mentirosos pueden engañar a sus interlocutores con éxito la mayor parte de las veces, así como también que los niños pueden mentir desde edad muy temprana. (Sancinetti, 2013, p.16)

Irisarri, haciendo cita de Sancinetti, señala los dos modelos de pensamientos notoriamente contrapuestos para este caso, por un lado el modelo basado en la “certeza personal” y, por otro, el modelo sustentado en la “fundamentación objetivo-racionalista de la sentencia”, concluyendo que una condena basada en un testimonio único, y especialmente si el testigo es el acusador del proceso, nunca tendría una base objetivamente suficiente como para alcanzar una “certeza personal” que o sea por vía de un “pálpito” o “corazonada”. Permitir condenar a un sujeto con la sola declaración de la víctima no es más que un adiós al principio de igualdad, como guardián de la presunción de inocencia. (2019b,p.169).

Siguiendo con Sancinetti, este autor refiere a dos posturas que en cierto modo justificarían la suficiencia de la sola declaración de un testigo. Por un lado, se indica que la pluralidad de testimonios no daría tampoco ninguna “seguridad”, pues también dos o más testigos pueden ser falsos. Por otro, el regreso a la “prueba legal

negativa”, al menos en el caso del testimonio único, valdría tanto como dejar impunes todos los casos en que sólo autor y víctima se hallen frente a frente y el hecho no dejase ningún rastro objetivo. (2013, p.18)

Ante ello, respecto de lo primero, refiere este mismo autor que:

...es cierto que también dos o más testigos pueden ser tan falsos como uno solo, especialmente cuando no provienen de fuentes independientes. Pero la pluralidad de testigos independientes, examinados que sean mediante un exhaustivo y hábil ejercicio de *cross examination*, permite correlacionar si las circunstancias acompañantes relatadas por cada uno se acoplan adecuadamente al relato de los demás.²¹ Por encima de ello, suponiendo que dos testigos fueran idóneos y provenientes de fuentes independientes; segundo, partiendo de la base de que un ejercicio de cross examination pudiera tener una eficiencia similar a la de un peritaje de la psicología de la declaración –con un margen de error del 30%–; y, tercero, siendo que ambos testimonios coincidieran en la descripción de los hechos y en la culpabilidad del acusado, la probabilidad de que ambos fuesen falsos se reduciría al 9% ($0,3 \times 0,3 = 0,09$); y si se tratara de tres testigos idóneos, directos y convergentes, la probabilidad de que todas las imputaciones fueran falsas se reduciría al 2,7% ($0,3 \times 0,3 \times 0,3 = 0,027$). Esto demuestra que la pluralidad de testigos no significa la “repetición de un mismo fenómeno” que no aporte más información que el primero. El margen de error se reduciría en todo caso a límites tolerables para un Estado de Derecho. Y, con ello, la expresión bíblica de “*en la boca de dos o de tres...*” cobra pleno sentido. (2019,p.18-19)

Con relacion al segundo argumento, referido al riesgo de impunidad, no hace más que recordar las violaciones a las reglas del procedimiento que se daban

²¹ Esa posibilidad es la que salva a Susana, en el relato del Libro de Daniel (capítulo 13 versos 15 al 64), de la acusación de adulterio hecha por dos ancianos que habían querido poseerla, siendo que ella se había rehusado a quebrantar su deber de fidelidad. Cuando estaba pronta a ser ejecutada por los dichos falsos de aquéllos, Daniel exige examinar separadamente a cada “testigo”, siendo que éstos no pueden acertar en la respuesta a la pregunta de bajo qué árbol había ocurrido el adulterio, pues mientras que uno responde “bajo una acacia”, el otro dice “bajo una encina”.

antiguamente en los llamados *delicta excepta*, y, con ello, la máxima: “*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi*”, contra la cual lanzó su severa crítica Beccaria., pues el argumento vale tanto como decir que en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado “ninguna prueba”, la menor conjetura basta para penar al acusado. De hecho, pues, esto conduce a anular la presunción de inocencia como tal. Así, en el ya citado caso *Coffin v. United States*, se narra la anécdota relatada por Ammianus Marcellinus, que ilustra la fuerza del principio de la duda en el Derecho romano Cuando el acusador *Delphidius* previó el posible rechazo de la acusación, se dirigió a Juliano diciendo: “Oh, ilustre César, si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?”, a lo que Juliano habría respondido: “Y si fuese suficiente con acusar, qué le sobrevendría a los inocentes?”. Es que el argumento de que en caso contrario quedarían numerosos hechos impunes permite que baste con construir una imputación en la que se presuponga que el autor no haya dejado ningún rastro, para que el sujeto pierda, ya con ello, el valor de su propia palabra; entonces sólo vale la palabra del acusador. (Sancinetti, 2013, p.19)

Sobre este último argumento analizado, De Paula (2019) refiere que para evitar impunidades muchos juzgados y tribunales de *civil law*:

acaban considerando probados hechos cuyo grado de corroboración es muy bajo (incluso en aquellos casos que, por su naturaleza lógica y potencial deberían requerir la utilización de estándares altos, como es el caso del derecho penal), al considerar la dificultad de obtener prueba, lo cual tiene consecuencias prácticas importantes: la reducción de la exigencia probatoria para que determinados hechos puedan considerarse probados hace, necesariamente, que aumente, en la misma proporción, el potencial de error de la búsqueda epistémica efectuada. Algo que en el ámbito penal, significa encarcelar a numerosos inocentes. (pp.170-171)

Además de ello, considerese que “las incontables debilidades de la prueba testifical están muy bien documentadas: numerosas posibilidades de errores de percepción, errores de recuperación de recuerdos y errores causados por mentiras”. La prueba

testifical por sí sola, por tanto, tiene un grado de fiabilidad muy bajo, lo que le confiere, si no es corroborada, casi ningún grado de corroboración de las hipótesis de los hechos. (De Paula, 2019, p.171).

Por tanto, si determinados ordenamientos jurídicos deciden aceptar que se consideren probados hechos relevantes con base en un grado de confirmación bajo o casi nulo como este, esto podrá ser una opción práctica o destinada para proteger otros objetivos (no epistémicos, pues se considerarán probados hechos con una corroboración muy inferior). No obstante, esta opción nunca se justificará desde un punto de vista epistémico, dado que siempre será una forma de permitir un número más elevado de decisiones equivocadas con relación a los hechos. En este sentido, el legislador deberá ser consciente de la consecuencia directa: disminuir los estándares es aumentar el número de decisiones equivocadas sobre los hechos; algo que, en el ámbito penal, significa aumentar significativamente, potencialmente, el número de inocentes en prisión. (De Paula, 2019, p.172.)

5. Los aportes de la Psicología del testimonio.

Lo ya descrito hasta este momento, permite realizar algunas puntualizaciones con relación al porqué se debe considerar los aportes de esta ciencia en la valoración de testimonio.

Es sabido que la prueba testifical es eje central dentro del proceso, llegando a ser muy determinantes, en especial en el proceso penal por hechos de violencia sexual. Se ha establecido algunos aspectos o criterios guías que se establecen como elementos a considerar al momento de valorar este tipo de prueba por parte de los jueces, y es claro que prevalece una concepción ampliamente subjetivista tanto en lo que respecta a lo que se debe valorar como a la manera en que se debe valorar. Así, se sigue creyendo que se debe valorar al testigo (es decir, quién lo dice y cómo lo dice) en lugar de centrarse en su testimonio (lo que afirma haber presenciado). Además, se continúa operando bajo la premisa de que el principio de intermediación funciona como un «método de conocimiento» mediante el cual los jueces pueden, de alguna forma, percibir quién dice la verdad y quién está mintiendo.

Todo lo anterior ha sido amplia y sólidamente criticado por los avances de la psicología del testimonio, que ha mostrado cómo la memoria y el proceso reconstructivo de recordar influyen en la credibilidad del testimonio y, además, cómo una persona que cree genuinamente estar diciendo la verdad podría estar afirmando falsedades. Hay muchas y muy variadas explicaciones sobre tales testimonios genuinos pero erróneos: en qué condiciones se percibió algo, cómo se recabaron los recuerdos, cuánto tiempo pasó entre que un sujeto percibió los hechos y declaró en juicio oral y un largo etcétera. Es indispensable que los operadores jurídicos (jueces, abogados, fiscales, etc.) dispongan de las bases necesarias para saber qué y cómo valorar el testimonio de quien afirma haber percibido hechos relevantes para el caso: este curso tiene como objetivo brindárselas.²²

5.1. Definición y campo de acción.

La prueba testimonial es la fuente de evidencia más importante para un gran número de decisiones judiciales. En tal sentido, Mira y López, citados por Morales (2020) ya mencionaba que el testimonio de una persona acerca de un acontecimiento depende de cinco factores:

- a) El modo como lo ha percibido. Depende de condiciones externas (medios) e internas (aptitudes) de observación.
- b) El modo como lo ha conservado su memoria. Puramente neurofisiológico, se encuentra solamente influenciado por condiciones orgánicas del funcionalismo mnémico.
- c) El modo como es capaz de evocarlo. Es mixto, es decir psicoorgánico, es quizá el más complejo, pues en el intervienen poderosos mecanismos psíquicos.
- d) El modo como quiere expresarlo. Grado de sinceridad, es meramente psíquico.

²² Lo indicado forma parte de la presentación del Curso, en modalidad virtual, "Experto en Prueba Testifical desde el razonamiento probatorio y la Psicología del Testimonio", organizado anualmente por la Universidad de Girona y la Fundación UdG, España.

e) El modo como puede expresarlo. Grado de precisión expresiva, es decir grado de fidelidad y claridad con que el sujeto es capaz de describir sus impresiones y representaciones hasta hacer que las demás personas las sientan o comprendan como él. (p.47)

Por su parte, Manzanero (2022), reconocido especialista en la materia, refiere que la psicología del testimonio es la especialidad de la psicología jurídica que se encarga de la optimización de los procedimientos para la obtención y valoración de la prueba testifical en sus diferentes expresiones (declaraciones e identificaciones).

Los especialistas en psicología del testimonio pertenecen, desde un punto de vista teórico, a la psicología experimental o psicología de los procesos cognitivos, no a la psicología clínica, debido a que un testimonio es un relato de memoria que un testigo realiza sobre unos hechos previamente presenciados, sobre el que afectan procesos atencionales, perceptivos, del lenguaje y de pensamiento, desde una perspectiva no patológica. Desde un punto de vista aplicado, tiene una estrecha relación con la psicología criminalista, pues facilita la investigación criminal; y la psicología forense, ya que también se encarga de la realización de informes periciales para asesorar en la toma de decisiones judiciales. (pp.297-298). De allí que, como refiere Morales (2020) citando al mismo Manzanero, la psicología clínica no sea la adecuada para validar o establecer la credibilidad del testimonio, ya que la misma valora más al testigo para descartar o afirmar la presencia de un trastorno. (p.47)

En este punto, cabe señalar que la *psicología del testimonio*, entendida como una ciencia que se ocupa del estudio de la memoria de la persona humana y de todos los procesos que interfieren en la codificación, retención y recuperación de la información recibida, no debe confundirse con la llamada *epistemología del testimonio*, que se refiere al valor que se le atribuye a la palabra de un declarante, es decir, la presunción (o no) de la veracidad de su declaración. Así, la posición que ahora se adopta, de acuerdo con los aportes de la psicología del testimonio, es de no asumir como cierto lo que dice el testigo, debiendo existir otros elementos probatorios que confirmen su testimonio. La postura, en esta línea de razonamiento

no es volver la mirada hacia el testigo, sino a la versión objetiva de su declaración, es decir, al mensaje que transmite. De esta manera, se evalúa el testimonio y no al testigo, no valorándose su conducta o características de comportamiento. (Pires, 2022, punto 3, párr.2.)

5.1.1. Campo de acción.

Siguiendo con Manzanero, la psicología del testimonio abarca dos grandes áreas estrechamente relacionadas: exactitud y credibilidad.

La primera trata de los estudios relativos a los factores cognitivos —atencionales, perceptivos, de memoria, del lenguaje, etcétera— que influyen en la exactitud de las declaraciones y las identificaciones de los testigos presenciales. Aquí han sido especialmente relevantes varios temas: los procedimientos de obtención de las declaraciones —recuerdo, reconocimiento, entrevista cognitiva, ayudas al recuerdo—, los de identificación —fotografías, ruedas, retratos robot—, las diferencias individuales —edad, sexo, implicación, ansiedad—, la influencia de los procesos perceptivos en la interpretación de la información—percepción de sonidos, conversaciones, formas, velocidad, colores—, las falsas memorias —memorias recuperadas, información post-suceso, sugestibilidad—, el efecto de las condiciones atencionales en los procesos de codificación —efecto del arma, detalles sobresalientes, distintividad— y otros factores de retención y recuperación —recuperación múltiple, efecto de las preguntas, preparación, demora—.

La segunda área trata de la discriminación del origen de la información aportada por los testigos —perceptiva y real o sugerida, imaginada, falsa, etcétera—. El abordaje de esta tarea tradicionalmente se ha realizado desde la psicología cognitiva, la psicología social y la psicología clínica. Además, han resultado de interés las aproximaciones al estudio de la mentira desde la neurociencia, la psicofisiología y la psicología del lenguaje y la comunicación. (2022, p.298)

5.2. Procesos Cognitivos.

Los procesos cognitivos son aquellos procesos mentales internos que permiten a los seres humanos imaginar, obtener conocimientos, razonar y evaluar información.

Esta capacidad cognitiva involucra funciones de procesos cognitivos básicos o simples (sensación, percepción, memoria, aprendizaje, atención y concentración) y de procesos cognitivos complejos (pensamiento, lenguaje e inteligencia). Estos procesos son inherentes al ser humano determinan y/o afectan el procesamiento de información, tanto para interpretar la realidad, como para dar fe de la misma. Dentro del ámbito jurídico, la observación de los procesos cognitivos cobra especial relevancia cuando se lleva a cabo la investigación judicial y se explora el indicio cognitivo en víctimas del delito u otro tipo de testigo con auxilio de la psicología del testimonio, mientras que en el Razonamiento Jurídico habrá que observar la competencia cognitiva de operadores jurídicos y en el impacto que puede representar para la toma de decisiones judiciales. (Morales, 2020, p.44)

5.2.1. Procesos cognitivos básicos.

Para Morales (2020), los denominados procesos cognitivos básicos o inferiores, son los que están relacionados con la captación y mantenimiento de la información. No hay ningún procesamiento complejo.

Estos son los principales procesos cognitivos básicos:

1. *Sensación y Percepción.* Es una compleja transformación de los efectos que los estímulos ejercen sobre nuestros sistemas sensoriales en información y conocimiento sobre los diferentes elementos, objetos y entidades de nuestro ambiente. Mientras la sensación es el resultado de la activación de los receptores sensoriales del organismo y de la intervención del Sistema Nervioso Central que decodifica los impulsos nerviosos procedentes de los diferentes órganos sensoriales, la percepción es un proceso psicológico de integración en unidades significativas de conjuntos de informaciones determinados sensoriales.

2. *Atención.* Es un mecanismo central de capacidad limitada cuya función primordial es controlar y orientar la actividad consciente del organismo de acuerdo con un objetivo determinado.

3. *Concentración.* es la capacidad para fijar la atención sobre una idea, un objeto o una actividad de forma selectiva, sin permitir que en el pensamiento entren

elementos ajenos a ella. En ocasiones es un poder mental natural e instantáneo, uno no se plantea concentrarse, lo logra directamente. La concentración es esencial para el aprendizaje, la precisión en la ejecución de movimiento y la puesta en marcha de una estrategia.

4. *Aprendizaje*. Desde el punto de vista evolutivo puede considerarse como la capacidad de adaptación al medio ambiente. Para el aprendizaje es un cambio duradero en los mecanismos de la conducta que involucra estímulos y/o respuestas específicas y que es resultado de la experiencia previa con esos estímulos y respuestas o con otros similares.

5. *Memoria*. En psicología se considera como el proceso por medio del cual codificamos, almacenamos y recuperamos información.

Para poder evocar cualquier información o suceso es necesario enviar información a nuestro cerebro (codificación), retener dicha información (almacenamiento) y, finalmente, recuperarla (recuperación). (p.46)

5.2.2. Procesos cognitivos complejos.

Por otra parte, aunque no hay demasiado consenso sobre cuáles son los principales procesos cognitivos superiores y se detallan a continuación:

1. *Pensamiento*. Es la capacidad de analizar, comparar, evaluar, ordenar, clasificar, hacer inferencias, hacer juicios, aplicar adecuadamente los conocimientos, trascender la información recibida, generar nuevas ideas y resolver problemas.

2. *Lenguaje*. En términos funcionales de comprensión verbal, implica el desarrollo sintáctico y semántico. La sintaxis alude la manera como las palabras se combinan para formar frases o enunciados aceptables y la semántica se refiere al significado de las palabras y las oraciones. El lenguaje también puede considerarse como el conjunto de signos tanto verbales como no verbales o escritos, se configura como la principal forma de expresión y comunicación humana.

3. *Inteligencia*. Es la potencialidad de desarrollo cognoscitivo de una persona frente a problemas nuevos que lo requieren. Capacidad de adquirir del medio o crear

nuevos hábitos, conocimientos y habilidades necesarios para la solución de nuevos problemas y se expresa en la velocidad y calidad con que estos se adquieren del medio social o son creados por el sujeto.

Es una propiedad de la personalidad que participa fundamentalmente en la regulación ejecutora de la actividad y se expresa y surge en los procesos y en la actividad cognoscitiva del sujeto. (Morales, 2020, p.46)

5.2.3. Indicio Cognitivo.

Según Manzanero, citado por Morales (2020):

un indicio cognitivo es una declaración, es un recuerdo sobre el que influyen factores atencionales, perceptivos y de lenguaje. El análisis y valoración del indicio cognitivo (huella de memoria) se convierte así en el principal medio de prueba con el que cuenta el juez.

El indicio cognitivo alude a la prueba testifical (declaraciones e identificaciones), son siempre subjetivas están sujetas a error y reflejan los hechos distintos a la realidad. Al ser subjetivas son vulnerables a presentar errores de omisión y comisión, así como factores de distorsión asociados al paso del tiempo, la toma de declaración en repetidas ocasiones y contaminación de la información. (p.47)

5.3. El principio de Inmediación y su validez epistemológica en la valoración del testimonio. El mito de la detección de mentiras.

En el ámbito de la valoración de la prueba en materia penal, en lo referido a la prueba testifical, la inmediación se constituye como elemento central a la hora del debate y análisis del juzgador con relación al medio de prueba y lo que de la misma pueda concluirse. Sin embargo, debe matizarse dicha situación, puesto que es práctica en la actualidad que las decisiones judiciales tomadas por el juez se basen en sus apreciaciones personales motivadas por ese “contacto personal” con el testigo, de modo que se establezca la “verdad o mentira” de la declaración de esa

forma, lo cual es muy dudoso, en el sentido de que el juez se halle capacitado con tal “don” para determinar la honestidad del testigo.

En ese sentido, refiere Irisarri (2021a), que desde el plano lógico, la intermediación nos acerca a la verdad (entendida como *correspondencia*) hace necesaria la existencia de una regla que relacione de alguna manera la “sinceridad” con la “veracidad” del relato.

Tal regla podría expresarse de la siguiente forma:

“Un relato sincero y desprovisto de errores de percepción, de interpretación, de memoria y de recuperación, probablemente sea veraz”

Si bien *prima facie* la regla parecería superflua, consideramos que sobre ella se podría estructurar el razonamiento sobre el cual se asienta el aspecto epistemológico del principio de intermediación, el cual estaría conformado de la siguiente forma:

- 1) La mentira consiste en la afirmación de aquello que se *cree* o *sabe* que es falso.
 - 2) Si la persona no miente es porque *cree* que dice la verdad.
 - 3) La persona que *cree* decir la verdad, probablemente no lo haga cuando existan: errores de percepción, errores de interpretación o errores de memoria y recuperación.
 - 4) La inexistencia de errores de percepción, de interpretación, de memoria y de recuperación, hacen que el testimonio sincero probablemente sea veraz.
- (Primera parte, párr.1-3)

Refiere De Paula (2019) que, con Chiovenda, se desarrolló la idea de oralidad que, entre otras cosas, prevé que el juez tenga contacto con la prueba y que el juez instructor sea el mismo que dicta la sentencia. La inmediatez (o intermediación), es decir, el contacto inmediato del juez con la prueba como uno de los cánones de la

oralidad, se apunta como la única salida para que el juez pudiera ser realmente “libre” a la hora de valorar la prueba. (pp.58-59)

Según Irisarri (2021b), la doctrina habitualmente se refiere a la inmediación como un principio trascendental a la hora de llevar a cabo el debate; pese a ello, no se han escrito demasiadas obras sobre el tema, en tanto n siquiera ha sido tratado con profundidad. A partir de la implantación del sistema acusatorio de enjuiciamiento luego de la revolución francesa, se lo ha relacionado con la oralidad, la concentración y la publicidad. Si bien puede haber oralidad sin inmediación, es innegable que existe bien puede haber oralidad sin inmediación, es innegable que existe un vínculo muy cercano entre ambas: la oralidad permite y asegura la inmediación, mientras que esta última dota de relevancia a la primera. (p.127)

La consolidación de la inmediación como un principio fundamental para la realización del proceso, se sustenta en tres fundamentos:

1. Fundamento práctico: otorga celeridad al proceso y permite la concentración del debate.
2. Fundamento garantizador de la legalidad del acto: evita la tergiversación o distorsión de los dichos de los testigos, garantiza el derecho a la defensa y el contradictorio, imposibilita la realización de preguntas inadecuadas y permite la comprensión de la declaración mediante la posibilidad de realizar preguntas aclaratorias.
3. Fundamento epistemológico: ayudaría al magistrado a valorar debidamente la declaración de los testigos al advertir la expresión de su mirada, los movimientos faciales, el cambio de color de piel, el timbre de su voz, el ritmo de la respiración, etc.; lo que permitiría la determinación de la sinceridad de los relatos. En otras palabras, serviría para la averiguación de la verdad. (Irisarri, 2021b, p.129)

Es precisamente este último fundamento, el epistémico, causa cuestionamientos con relación a ¿Cómo hace el o la juez para determinar quién miente y quién es honesto en base a la inmediación?

Irisarri (2021b) de forma muy pertinente y clara refiere que, ante esta pregunta, existen dos posibles respuestas. La primera, básica y carente de mucho contenido, es aquella que se sustenta en la “intuición”, “el tacto” o “la divina chispa” del juzgador. Tal criterio parecería más bien una alegación relacionada con poderes mágicos o paranormales del magistrado, más propios de un Dios que de un hombre, de ahí que, sostenga este autor que “desde el plano racional, ni la intuición o el tacto explican satisfactoriamente como se logra determinar la sinceridad de las personas, en otras palabras, no hay objetividad, no hay racionalidad y no hay control intersubjetivo, más bien hay pura subjetividad.” (p.131).

La segunda posible respuesta, refiere Irisarri, sería aquella que algunos sectores de la doctrina avalan que la inmediación es un instrumento que permitiría determinar la honestidad del declarante, sobre la base de las reglas de “máximas de la experiencia”.

Esta regla llevada al ámbito procesal podría traducirse de la siguiente forma:

Premisa mayor: máxima de la experiencia.

Premisa menor: particularidades del caso advertidas por el juzgador.

Conclusión: aplicación de la regla de máxima de la experiencia al caso concreto.

Ejemplificando esa regla:

Premisa mayor: Los testigos suelen ser sinceros cuando no tartamudean.

Premisa menor: El testigo no ha tartamudeado.

Conclusión: El testigo probablemente es sincero. (2021b, pp.132-133)

Se advierte en este caso que se utiliza una regla no expresada como “probable” ni “habitual” ni “usual” (dando a entender que todos los testigos que miran a los ojos son sinceros). En este caso, la utilidad del último silogismo se sustenta en que, si corroboramos que las premisas son verdaderas, también lo será la conclusión. Pero lo cierto es que, por su propia naturaleza, las “máximas de experiencia” siempre

serán probabilísticas, al igual que aquello que se obtenga a partir de su aplicación. Podríamos sostener que estas máximas se sustentarían en tres tipos de señales: a) no verbales (movimientos de cabeza, manos, piernas y pies); b) paraverbales (señales vocales que acompañan el habla, como el tono de voz, tartamudeos, pausas); c) verbales (el uso de ciertas palabras). Pero ¿cómo determinamos que tales máximas de experiencias son correctas? La pregunta nos adentra en la justificación externa del razonamiento: debemos manifestar que no existe hasta el momento ningún estudio ni investigación científica que acredite categóricamente que, en base al color de la piel, a la fuerza del relato, a la tartamudez, a la mirada directa a los ojos, al temor evidente, a la gesticulación o a la fisonomía del sujeto, se pueda determinar la sinceridad del declarante. (Irisarri, 2021b, pp.131-135)

Todo lo antes indicado, no conduce al llamado “mito de la detección de mentiras”, como lo hubo definido De Paula (2019), y que se ha arraigado en la práctica judicial, y que hace de ella casi una creencia popular asimilada así por los jueces, de creer que pueden detectar a un testigo sincero y otro no sincero, a quien miente o no lo hace, cuando en realidad dicha práctica son ejercicios de adivinación que no aportan ninguna calidad epistémica en la búsqueda de la verdad. (p.114)

De la misma forma, refiere De Paula (2019), a lo que él llama “Factores que influye en la percepción de credibilidad”, que es importante destacar que los estudios muestran que “la fuerte y creciente necesidad de detectar mentiras de forma objetiva no la suplen las tecnologías existentes”. Esto es, aunque sea normal oír hablar de testigos o sospechosos que pasaron la prueba del detector de mentiras, no existe, hasta la fecha, ninguna prueba que sirva para detectar mentiras con un grado seguro y comprobación científica.

Lo que la ciencia demuestra es que, cuando alguien imagina que está detectando mentiras, en realidad está valorando la existencia de algunos factores que, cuando están presentes, hacen que se perciba que el testigo tiene más credibilidad (lo que no tiene ninguna relación con la sinceridad ni, mucho menos, con la veracidad del testimonio).

El primero de estos factores es la confianza que el sujeto demuestra, que tiene “un fuerte y persuasivo efecto en los juicios de los jurados simulados”, con independencia de si el testimonio “es consistente o inconsistente”. El otro factor es la forma de exposición del testigo. (pp.114-115)

Todo lo anterior nos permite sostener que la valoración de la Credibilidad o Confiabilidad de una persona es extremadamente subjetiva, por los aspectos de percepción ya indicados. De este modo, cae un dogma de la prueba testifical en el derecho: que se pueden detectar mentiras y, con ello, garantizar supuestamente la calidad de la prueba. Instrumentos como el contacto del juez con el testigo o el careo, por ende, no solo trabajan, en teoría, con la sinceridad y no con la veracidad, sino que, incluso con esa intención, no sirven para garantizar la calidad de la búsqueda epistémica en la práctica de la prueba judicial. (De Paula, 2019, p.116)

5.2.1. Mentira y su diferenciación.

En este punto los aportes de Irisarri y Mazzoni son muy importantes.

Refiere Irisarri (2021b) que la mentira es parte de la historia y naturaleza del hombre: ha existido, existe y existirá (p.56).

Por su parte, Mazzoni (2019) refiere que en el ser humano mentir no es en realidad tan simple como se cree. Desde hace muchos años la investigación ha puesto de manifiesto que para mentir (y en particular mentir bien), es necesario contar con buenas capacidades cognitivas y un desarrollo avanzado del sistema representativo. Puede comenzar a mentir la persona que tiene una teoría de la mente, es decir, la posibilidad de representarse el posible contenido de la mente de los otros. Efectivamente mentir supone saber tanto aquello que conoce el otro como, y quizá sea lo mas importante, saber aquello que no conoce. De hecho, solo así se pueden proporcionar informaciones falsas que puedan resultar creíbles para el interlocutor. Los niños pequeños, hasta aproximadamente los 4 años, mienten, pero sin éxito. Realmente en ellos, la capacidad de representarse mentalmente el conocimiento de los demás es todavía incompleta; de ahí que nieguen haber roto un objeto sin asegurarse previamente de saber si los hemos visto mientras lo

rompían; o afirmen haber llevado a cabo una acción sin saber si tenemos pruebas de lo contrario. (pp.36-37)

Lo que interesa en este título, es la mentira que se desarrolla en el ámbito del proceso (la mentira del testigo). Si bien la naturalidad con la que se utiliza el término denota una aparente sencillez en su definición, lo cierto es que existen dos postulados con relación a qué es una mentira: uno objetivo y otro subjetivo. Conforme al primero, la mentería sería la falta de correlato entre la afirmación y la realidad; el segundo, en cambio, no analiza la cuestión desde un punto de vista objetivo (o si se quiere, no analiza la realidad de aquello que se afirma), sino la intención del sujeto. Para la tesis subjetivista, mentir es la afirmación de aquello que se cree o se sabe que es falso, se aparta de la realidad de los hechos, poniendo énfasis en la creencia de quién realiza la afirmación. En contrapartida, la tesis objetivista presupone que la mentira siempre se corresponde con afirmaciones falsas (es decir, la mentira nunca tendría correspondencia con los hechos), denotando que pueden existir “mentiras voluntarias” y “mentiras involuntarias”: las primeras serían aquellas en que existen animosidad o intención en realizar una afirmación falsa, mientras que en las segundas, la afirmación falsa se realizaría sin intención (en este último caso el sujeto cree estar diciendo la verdad cuando en realidad, no lo hace).

Un ejemplo para clarificar: El caso de un sujeto que, transitando por la ruta, le comenta a su acompañante que a lo lejos hay un lago, tal afirmación no es más que una falsa creencia, pues lo que aparenta ser un lago, en realidad es un espejismo (efecto visual producido por la luz solar sobre el asfalto). La mentira en este caso es involuntaria, debido a la creencia que no corresponde con la realidad. En cambio, si este mismo sujeto sabe que lo que aparenta ser un lago no lo es, pero igualmente manifiesta que a lo lejos hay un lago, entonces la mentira será voluntaria o intencional. (Irisarri, 2021b, pp.57-58)

Como se puede apreciar, la tesis objetivista equipara mentira con falsedad, lo cual no es correcto, ya que según Irisarri, la mentira debe ser analizada subjetivamente (a partir de consideraciones del propio sujeto, independientemente de la

correspondencia con la realidad de los hechos). La mentira es definida así, como la afirmación de aquello que se cree o se sabe que es falso. (2021b, p.59)

Además, refiere Irisarri (2021a), trasladando la cuestión al ámbito judicial, es importante que el juzgador advierta la existencia de la mentira como un posible escenario en la declaración del testigo. Pero claro, en estos casos, la concreción del engaño no es tan fácil de lograr para el mentiroso, pues si bien cualquier sujeto puede realizar manifestaciones cuyo contenido *cree* que no se corresponden con la realidad, no todos logran convencer al receptor del testimonio. Para ello se requieren buenas capacidades cognitivas y un desarrollo avanzado del sistema representativo. (Subtítulo 1. La mentira humana, párr.5)

Explica Mazzoni, citada por Irisarri (2021a), que la mentira incluye los siguientes elementos: 1) la conciencia del estado de las cosas del mundo; 2) la posible diferencia entre los conocimientos de distintas personas; 3) la creación de una representación potencial del estado de cosas que no se correspondan con la realidad; 4) la valoración de la credibilidad (para el engaño) de esta representación potencial; y 5) que estas representaciones supongan una ventaja para el que miente superior a la situación real. (Subtítulo 1. La mentira humana, párr.7)

La importancia de estas cuestiones para la función epistemológica del principio de intermediación se evidencia en tanto la determinación de la mentira (sea por el manifiesto nerviosismo del declarante, por haberse enrojecido su piel) hará desechar testimonios que no hacen más que alejar al juzgador de la realidad de los hechos por ser probablemente falsos.(Irisarri, 2021a, Subtítulo 1. La mentira humana, párr.8)

5.2.2. Errores sinceros.

No siempre quien *cree* estar diciendo una falsedad lo hace y viceversa. Ya dijimos que la expresión de falsedad puede ser voluntaria o involuntaria (no así la mentira) y que una persona puede estar absolutamente convencida de estar manifestándose con la verdad sin hacerlo; este es el caso de los “errores sinceros” o “errores involuntarios. (Irisarri, 2021a, Subtítulo 2. Los errores sinceros, párr.1)

Por su parte, De Paula (2019) realiza la siguiente apreciación: alguien que tiene una información falsa y cree genuinamente en la verdad de esta, puede transmitirla sin configurar con ello una mentira. Se trataría de un error sincero. De ahí que el testimonio puede ser falso al menos en dos formas: mediante mentiras o mediante errores sinceros. En general, en el derecho se ha hecho una contraposición indebida entre verdad y mentira. A fin de cuentas, es habitual considerar que lo contrario de mentir es decir la verdad. No obstante, como se ha indicado, no siempre que la información brindada por el testigo (o cualquiera otra persona) no se corresponda con lo que de hecho sucedió habrá mentido. Así pues, el derecho en general no hace una diferencia esencial entre dos pares de antónimos: *verdad y falsedad*, por un lado, y *mentira y sinceridad* por el otro. (pp.84-85)

En base a ese último aspecto indicado, Irisarri refiere que una cosa es la sinceridad y otra, muy distinta, la veracidad. Ser sincero implica expresar lo que uno cree que es verdad; en cambio, ser veraz implica expresar verdades. De igual forma, mentir no es lo mismo que decir falsedades. Mentir es decir lo que uno cree o sabe que es falso; y decir falsedades implica expresarse sin tener correspondencia con la realidad. La mentira y el relato sincero se analizan subjetivamente, en cambio, la verdad o la falsedad de una afirmación se analizan objetivamente. Por ello, podemos concluir que hay relatos sinceros verederos y falsos, al igual que mentiras verdaderas y falsas. (2021b, p.61).

Desde el punto de vista de la verdad y la falsedad, será *no verdadera* la información/recuerdo que no se corresponda con lo que realmente ocurrió y será verdadero aquella que se corresponda. A su vez, desde el punto de vista de la mentira, esta encuentra su contrario en la sinceridad, que tiene que ver con la memoria del sujeto, no con la realidad: grosso modo, miente quien cuenta una versión diferente de lo que recuerda. Es sincero quien narra una versión igual a lo que recuerda. Por otro lado, es posible que haya percibido de forma equivocada lo que sucedió, de modo que, en ese caso, su declaración contendrá no verdadera, que no se corresponde con la realidad (pero no por ello habrá mentido), pues el testigo narra, supuestamente a partir de un recuerdo. La narración puede

corresponder o no al recuerdo y el recuerdo puede o no corresponder con la realidad. Son cosas diferentes. (De Paula, 2019, pp.85-86)

La explicación es importante pues pone énfasis en la distinción entre “sinceridad” y “veracidad”. Si bien confundir estos términos es un error frecuente en la vida diaria de las personas, este no puede trasladarse al ámbito judicial, pues en dicho caso difícilmente se logre una adecuada valoración de la prueba. Si el juzgador, a partir de la convicción que le produce el testigo durante su declaración, lo considera honesto y, por ello, veraz, posiblemente tome un camino equivocado en la búsqueda de la realidad de los hechos, en tanto la sinceridad no necesariamente tiene correlato con la veracidad. (Irisarri, 2021a, Subtítulo 2. Los errores sinceros, párr.4)

Desde el punto de vista del testimonio, por tanto, se podrían simplificar las categorías en tres opciones, que suelen ignorar, máxime en los juzgados y tribunales: a) el relato verdadero (sincero o mentiroso); b) el testimonio falso, fruto de una distorsión intencionada de los hechos (diferencia entre lo que se dice y lo que se recuerda), y c) el testimonio falso, basado en “recuerdos distorsionados a través de procesos cognitivos normales, sea de forma endógena o exógena. (De Paula, 2019, p.87).

Un ejemplo dado por Irisarri (2021a) puede ayudar a comprender mejor lo indicado:

Juan depone ante el juez que ha visto como un hombre desconocido asesinaba a su vecina durante la noche. Tal afirmación la realiza con absoluto convencimiento de lo que está expresando, alegando que “no tiene ningún tipo de dudas y que está seguro de lo que vio”. Si el juzgador considera que la convicción de Juan es real (por la tranquilidad que transmite al realizar la narración) y que, por ello, debe considerarse *verdadero* aquello que afirma, posiblemente yerre en su decisión final. Esto último podría ocurrir si, en realidad, la persona que vio Juan cometiendo el asesinato no era un hombre, sino una mujer con pelo corto y atuendo masculino. Se advierte que la *creencia* de Juan no se corresponde con la realidad; por ello, su testimonio es *sincero*, pero no *veraz*.

Como se advierte, la convicción de las personas (su creencia) no puede traer conclusiones sobre la veracidad de sus dichos, pues hasta el más alto grado de seguridad, confianza y convencimiento puede no corresponderse con la realidad. (Subtítulo 2. Los errores sinceros, párrs.6-7)

5.2.3. Factores que influyen en los errores sinceros.

En este punto, tanto Irisarri como De Paula, coinciden en dos factores: *fallos o momentos de percepción y de recuperación*; aunque, Irisarri añade también entre ambos, los *momentos de interpretación y de memorización*.

En cuanto al fallo o momento de percepción, la misma tiene como base, según Irisarri, a la atención, sobre la cual se estructura la percepción o captación de los hechos; sin intención los hechos pasan desapercibidos, es un factor gravitante a los efectos de garantizar una buena codificación de los sucesos. (De Paula, 2019, pp.63-64). Se añade a estos, en criterio de dicho autor, que la percepción no solo está condicionada por la atención, sino por otros factores.

En ese sentido, De Paula refiere factores como:

1. Aspectos visuales: luz, cambios de luz y colores;
2. Velocidad;
3. Distancia;
4. Tiempo de exposición;
5. Edad;
6. El efecto de focalización en el arma o en objetos que están fuera de contexto;
7. Estrés;
8. Alcohol y otras sustancias. (2019, pp.117-128)

En relación con el fallo o momento de memorización o recuperación, refiere Irisarri que hablar de memorial es hablar de hechos pasados. Memorizar es retener aquello percibido, pero claro, no conforme ha sucedido, sino conforme ha sido percibido en, incluso interpretado. Por más que un hecho haya ocurrido de una forma determinada, si nuestra captación no es fiel, nuestro recuerdo no se corresponderá con el hecho original (con el hecho externo cuya existencia es independiente al

sujeto que los percibe) sino con el hecho que nuestros sentidos nos han permitido conocer. (2021b, p.76)

En esa misma línea, De Paula refiere que el olvido es la forma más común e instintiva de “fallo” en la recuperación; “fallo” entre comillas porque el olvido forma parte del funcionamiento de la mente y, en ese sentido, incluso se afirma que “en nuestra mente, hay más olvido que memoria”. Señala que el factor del paso del tiempo es una forma de corrosión de los recuerdos, y que con relación a la memoria del testigo, algunos factores del proceso de recuperación de información pueden interferir de manera muy negativa en la memoria, no solo en el sentido de disminuir su precisión, sino en el de “crear hechos” que nunca sucedieron. (2019, pp.129-130).

Por ello, describe algunos factores que pueden alterar la memoria sin que el sujeto se dé cuenta:

1. Tiempo entre el suceso y la recuperación.
2. Información posterior al suceso.
3. *Feedback*²³ sobre el desempeño del testigo;
4. Formas de las preguntas (sesgo de confirmación²⁴ y preguntas tendenciosas). (De Paula, 2019, pp.131-136)

El gran problema de la memoria y, sobre todo, del proceso de recuperación es que al recordar algo lo hacemos parcialmente, sea porque modificamos el recuerdo o porque dejamos de lado otros datos importantes que hacen al suceso. Uno puede recordar haber visto un atraco, pero no el color del auto que usaron los delincuentes para escapar, sin perjuicio de que tal información fue percibida en su momento.

²³ Un aspecto sobre este punto es que De Paula hace referencia a que, con relación a las ruedas de reconocimiento, se tiene demostrado que el mero contacto del investigador con el testigo, ya le influye, al hacer que este quiera, de forma inconsciente, cumplir con las expectativas del entrevistador. Un estudio demostró que cuando se informó al testigo de que el investigador conocía la identidad del culpable, el *feedback* aumento la confianza del testigo en la identificación del sujeto y la precisión del relato, lo que no sucedió cuando se dijo al testigo que el investigador no conocía la identidad del culpable. Esto se produce, aunque el testigo no sienta ningún tipo de presión. Op, Cit., pp.135-136.

²⁴ El sesgo de confirmación se presenta en el proceso, como una tendencia (sea de jueces, fiscales o policías) consciente o inconsciente de buscar, interpretar y crear nuevas pruebas para validar las propias creencias previas. Su influencia en el testigo es crítica en la manera de formular preguntas, ya que se tenderá a formular preguntas que expresen, su criterio. De Paula (2019), op. cit., p.136-137.

Entre los factores que en mayor medida pueden afectar nuestra memoria y nuestro proceso de recuperación se encuentran principalmente la demora⁵⁶, la recuperación múltiple y la información post- suceso. Los mismos, pueden distorsionar nuestra memoria o violentar nuestro proceso de recuperación, generando en el declarante manifestaciones no correspondientes con su percepción original; todo ello sin advertido por el propio sujeto.

Como síntesis de los puntos podemos sostener sin dificultad que un relato sincero no necesariamente es veraz. La cantidad de factores que afectan la correcta percepción, interpretación, memorización y recuperación de los sucesos, hace obligatorio que, a la hora de valorar la declaración testimonial, se tomen en cuenta estos numerosos condicionantes, los cuales, más allá de ser inadvertidos por el declarante, pueden alejarnos de la realidad de los hechos. (Irisarri, 2021a, Subtitulo 3. Errores de percepción, ii), párrs.8-10)

En relación con el momento de interpretación, se hace referencia, según Irisarri (2021a):

a la comprensión que el observador realiza de lo observado, lo cual se corresponde con la segunda fase del proceso de codificación: primero percibimos y, luego, dotamos de sentido (le asignamos un significado) a aquello que hemos percibimos; incluso cuando no lo advertimos, en tanto este proceso de interpretación es activado automáticamente por el sujeto (uno interpreta sin tener plena conciencia de ello). Todo suceso percibido es interpretado.

Utilicemos un ejemplo para advertir rápidamente a qué nos estamos refiriendo:

Un sujeto observa que al otro lado de la calle dos personas se están gritando entre sí mientras mueven sus brazos rápida y abruptamente. Esta escena hace pensar al observador que está presenciando una pelea. Si en realidad los gritos y movimientos efusivos se deben a que estas personas

estaban realizando un espectáculo callejero -una actuación- el sujeto habrá caído en un error de interpretación.

El error de interpretación no obedece a factores perceptivos propiamente dichos, sino a la valoración y significado que el observador realiza sobre el hecho percibido (la percepción es correcta, pero no la interpretación). (Subtítulo 3. Errores de percepción, ii), párrs.2-3)

5.4. Obtención del testimonio.

Manzanero (2022) refiere que la psicología del testimonio ha definido diferentes procedimientos para la obtención de las declaraciones de testigos y víctimas, así como para la valoración de su exactitud y credibilidad.

Podemos señalar dos formas diferentes de toma de declaración: formato de recuperación narrativo y formato de recuperación interrogativo. Tradicionalmente estas dos formas se han empleado de manera complementaria. En el formato narrativo se pide al testigo simplemente que cuente qué sucedió. En términos de tareas de memoria se le está pidiendo que realice una tarea de recuerdo libre: que sin limitación alguna y sin interrupciones cuente todo lo que recuerde, de la forma que prefiera. El formato interrogativo consiste en realizar una serie de preguntas a los testigos que previamente han sido elaboradas formando el guion del interrogatorio, que puede ser implícito o explícito. En términos de tareas de memoria se le está pidiendo al testigo que realice una tarea de recuerdo dirigido. (pp.299-300)

Ambos tipos de recuperación tienen ventajas y limitaciones:

Formato narrativo		Formato interrogativo	
Ventajas:	Limitaciones:	Ventajas:	Limitaciones:
No suelen contener tantas distorsiones.	Suelen ser bastante pobres en cuanto a la cantidad de detalles proporcionados. Presentan errores de omisión.	Proporciona una gran cantidad de información.	Presenta más distorsiones de las aparecidas en el formato anterior, es decir, presenta más errores de comisión

Tabla 1. Ventajas y desventajas en la recuperación de la memoria. Elaboración propia. Fuente Manzanero, 2022, p.300.

5.4.1. Técnicas de ayuda al recuerdo. La entrevista cognitiva.

Siguiendo con Manzanero (2022), este autor destaca que además de estos dos procedimientos utilizados en las entrevistas estándar para tomar declaración a los testigos, existen otros más complejos que facilitan el recuerdo y pueden evitar las desventajas que presentan los formatos de recuperación narrativo e interrogativo.

Una de las técnicas sobre las que más énfasis se ha puesto, como uno de los procedimientos más completos de toma de declaración, es la entrevista cognitiva (EC), de aplicación a testigos adultos con capacidades cognitivas estándar.²⁵

Refiere Morales (2020) que la misma es una forma de entrevista enfocada a la toma de declaración dirigido a la obtención de información cuantitativa y cualitativamente superior a la que es posible obtener mediante las entrevistas estándar, disminuyendo la posibilidad de que aparezcan errores de omisión y comisión en las declaraciones de los testigos.

²⁵ Para la obtención de las declaraciones de menores —de aplicación a la investigación del abuso sexual infantil—, el procedimiento recomendado es la entrevista NICHD —del *National Institute of Child Health and Human Development*—. Ambos procedimientos se encuentran adaptados al castellano.

En la EC se distinguen 3 pasos en la entrevista cognitiva:

1) crear un ambiente propicio, 2) recuerdo libre y 3) aplicación de técnicas de recuperación de memoria:

a) Reinstauración del contexto. Consistirá en tratar de poner al testigo mentalmente en la misma situación física y mental de cuando ocurrió el suceso.

La técnica consiste en pedir al testigo que imagine de nuevo el suceso sobre el que está declarando, intentando recordar todos los aspectos posibles relacionados con el momento del suceso.

b) Focalización del recuerdo. Consiste en ayudar al testigo a concentrarse en lo que está describiendo. Esto puede lograrse mediante la realización de preguntas abiertas, permitiendo pausas largas y no interrumpiendo al testigo cuando está hablando.

c) Técnicas de recuperación extensiva. Puede ayudarse a los testigos a buscar en su memoria más extensivamente mediante el uso de diversas técnicas: cambio de perspectiva y recuerdo de los hechos desde diferentes puntos de partida. (p.48)

Estas formas de entrevista han sido desarrolladas como completos procedimientos de toma de declaración dirigidos a la obtención de información cuantitativa y cualitativamente superior a la que es posible obtener mediante la entrevista estándar, lo que disminuye la posibilidad de que aparezcan errores de omisión y comisión en las declaraciones de los testigos.

Sin embargo, no todo son ventajas en la entrevista cognitiva. Diversas investigaciones han mostrado que esta técnica podría presentar inconvenientes. Entre ellos podemos señalar el hecho de que pedir a los testigos que recuperen información en múltiples ocasiones y de muy diversas formas puede implicar una mayor elaboración de esta información, lo que podría llevar a rellenar huecos de la memoria con material procedente de otros episodios y a realizar más inferencias, lo que afectaría a su vez la calidad y cantidad de información recordada. (2022, pp.300-301)

5.4.2. Análisis de credibilidad del testimonio. SVA y HELPT

Sin ánimo a ingresar a profundizar sobre este punto, el cual requiere de estudios especializados que no pretenden ser abordados en el presente trabajo, se trae a mención algunos métodos que, desde esta ciencia, son útiles con relación al análisis de credibilidad que, en la gran mayoría de los casos, especialmente en los hechos de violencia sexual, son requisitos y hasta necesarios para el juez a momento de valorar la declaración del testigo o víctima.

En el momento actual, la técnica más utilizada en el contexto forense español para valorar la credibilidad del testimonio de menores presuntas víctimas de abuso sexual infantil es el Sistema de Análisis de la Validez de las declaraciones SAV o SVA (*Statement Validity Assessment*; Steller y Köhnken, 1989; Raskin y Esplín, 1991). Esta técnica se compone de tres elementos principales: una entrevista dirigida a obtener un testimonio lo más extenso y preciso posible; análisis del relato del niño bajo los criterios de realidad (CBCA); y aplicación de la Lista de Validez que pondera factores externos al relato. En general, todos los procedimientos propuestos para el análisis de credibilidad emplean un conjunto de criterios para discriminar si la declaración es producto de un hecho experimentado por el menor, de la fantasía o de la sugestión. Así, el procedimiento de análisis queda invalidado si únicamente se considera la presencia de los criterios en el relato, sin una valoración adecuada de los métodos utilizados para obtener las declaraciones, si no se contempla la declaración objeto de análisis en comparación con otras declaraciones de realidad confirmada, y si no se tienen en cuenta todos los factores de influencia. (Antonio Manzanero y Jose Muñoz, 2011, pp.6-7)

Ahora bien, Manzanero (2022) hace referencia el modelo holístico de evaluación de la prueba testifical —HELPT—, que representa un evidente avance respecto de las anteriores propuestas, por cuanto pretende perfeccionarlas para ayudar mejor —si cabe— en el momento más decisivo del proceso judicial: cuando el tribunal tiene que decidir si se cree o no lo que le están contando los implicados, y solo dispone de esas declaraciones para llegar a la verdad y hacer justicia. El procedimiento HELPT implicaría las siguientes actividades:

a) Evaluación de la capacidad para testificar y análisis de los factores de influencia.

Una de las tareas ineludibles para una evaluación holística de la prueba testifical consiste en valorar la capacidad de los testigos para testificar, antes de interrogarlos o entrevistarlos sobre los hechos que se investigan. Con capacidad de testificar nos referimos a las aptitudes de la persona para percibir, recordar y expresar con rigor los sucesos que ahora debe informar. El objetivo no es descartar a los testigos “incapaces”, sino adaptar los procedimientos de entrevista a sus capacidades, para tratar de obtener la máxima cantidad de información posible y de la mejor calidad —exacta—, y poder explicar adecuadamente las características de sus relatos.

Una vez evaluada la capacidad del testigo o víctima para prestar declaración deberemos evaluar el posible peso que distintas variables pueden tener sobre la exactitud de su declaración. Entre estos factores distinguimos los del sujeto, los del testigo y los del sistema. Entre los factores del testigo deberemos tener en cuenta, además de su capacidad —que puede venir determinada por su edad o algún otro déficit cognitivo o sensorial—, su implicación en los hechos, expectativas o estereotipos, el nivel de ansiedad sufrido durante los hechos, el estado mental, entre otros. (p.308)

b) Obtención del testimonio.

Con las actuaciones comentadas con anterioridad se habrán dado los primeros pasos del HELPT, al recopilarse datos que permitan evaluar la competencia testifical y analizar los factores del suceso y del testigo. Toca entonces continuar con las actuaciones, y obtener la mejor declaración posible del implicado. No se pueden resumir en unos pocos párrafos todas las cuestiones que, desde la psicología del testimonio, se recomienda poner en práctica durante una entrevista a personas vulnerables —como menores de corta edad—, por lo que quien tenga interés deberá consultar material especializado para aprender a preparar bien la entrevista y el entorno donde hacerla —lo más favorecedor posible—, a manejar a los adultos que los acompañen, a decidir por qué los familiares no deben presenciar la entrevista —

los niños pueden experimentar un sentimiento de vergüenza perjudicial; uno de los padres, o los dos, podría haber participado en los hechos—; y, en fin, a conducir una entrevista con elementos comunicativos que se adapten a las capacidades y motivaciones en función de cada edad. Algunas autoras y autores reputados en materia de entrevista a menores han publicado guías específicas de entrevista, y una de las más conocidas es el protocolo del NICHD. (p.309)

c) Análisis/evaluación de la prueba testifical.

Una vez obtenida toda la información posible de los testigos y víctimas de un hecho delictivo, con la mínima interferencia, y asegurando su registro fiel —mediante la grabación en video—, es hora de valorar su credibilidad. No se trata de establecer una sentencia acerca de un determinado caso, sino de facilitar la información necesaria de carácter científico para que las y los investigadores, juezas, jueces y tribunales tomen las mejores decisiones relativas a la credibilidad de las manifestaciones de las personas implicadas en hechos delictivos. Existe una gran cantidad de propuestas para la valoración de la credibilidad basada en el contenido de la declaración —SRA, SVA, SEG, etcétera—. Considerando todas ellas, se propone un procedimiento de síntesis, donde se tienen en cuenta los mejores aspectos de cada una.

Así, la metodología descrita por Trankell, consistente en un análisis racional y basado en la formulación y falsación de hipótesis, parece ser la mejor. Uno de los sesgos que implica la aparición de denuncias falsas de abusos sexuales es el que se conoce como sesgo confirmatorio —sesgo del experimentador en psicología experimental—, esto es, que al tratar de confirmar una hipótesis se tiende a valorar más aquellos criterios que la confirmarían que aquellos que la negarían. (pp.310-311)

5.4.3. Recomendaciones con relación a la Valoración del testimonio.

En este punto, los aportes de Diges (2015) son esenciales en la comprensión del papel que juega esta ciencia en la valoración del testimonio.

En primer lugar, dados los efectos que pueden tener las preguntas sugestivas en el recuerdo, es importante ser consciente de que la declaración que alguien está prestando ahora, sea en el juzgado de instrucción, sea en la vista oral, puede estar «contaminada» por los efectos de las «preguntas previas». De nada sirve que los testigos no se comuniquen entre sí en este momento si previamente no se ha controlado esa comunicación, o no se han detectado y eliminado las preguntas sugestivas previas por parte de la policía o en el juzgado de instrucción. De especial relevancia es el no atribuir de manera automática una credibilidad o exactitud mayor al detalle recordado por dos testigos que al detalle que sólo es aportado por uno, puesto que la coincidencia podría ser producto de un interrogatorio inadecuado. Dadas las facilidades actuales, lo más adecuado es la grabación, aun cuando sólo sea en audio, de todas las declaraciones. Si se detecta una pregunta sugestiva debe tenerse en cuenta que puede ser imposible saber si la respuesta del testigo se debe a su memoria o a la sugestión. (pp.28-29)

En segundo lugar, las «declaraciones de los niños» deberían ser objeto de especial cuidado en su obtención inicial y en su preservación. Como se ha comentado, la memoria de los niños es más frágil que la memoria de los adolescentes o los adultos. No es sólo que el paso del tiempo le afecte más proporcionalmente un año en la vida de una niña de 6 es más que un año en la vida de uno de 13; es que, además, los más pequeños perciben e interpretan los episodios de acuerdo con su base de conocimientos de ese momento; cuando se enfrentan a ellos más tarde, su base conceptual ha cambiado, es más rica, interrelacionada e independiente del contexto, de manera que sus intentos de recordarlo que interpretaron de acuerdo con sus antiguos conocimientos puede resultar difícil, probablemente distorsionado y, a veces, inútil. Por tanto, una medida inicial con los niños sería pedirles cuanto antes su recuerdo de lo que vieron o les pasó, y grabarlo audiovisualmente —los más pequeños, cuyo lenguaje es aún deficiente, pueden apoyarse en gestos para dar la información (por ejemplo, «hasta aquí», eran «éstos» mostrando dos dedos), que ayudan a comprender lo que dicen. (p.29)

En tercer lugar, y dado que cada vez más se está dejando en manos de los «psicólogos» la «exploración de los menores» supuestas víctimas de agresión o abuso sexual, conviene asegurarse de que esos profesionales están realmente preparados para obtener una declaración lo más completa y exacta posible. La realidad es que muchos de los psicólogos que entrevistan a los niños en estos supuestos no tienen una formación adecuada en la entrevista de investigación, suelen ignorar los riesgos de la sugestión, y a menudo presentan el «sesgo confirmatorio del entrevistador», esto es, sólo preguntan al niño por datos que puedan confirmar la hipótesis del abuso, y desdeñan la información que aporta el niño si es contradictoria con esa hipótesis. De hecho, estos problemas de formación se siguen poniendo de relieve en la actualidad: se ha señalado que, aunque nos gusta creer que el conocimiento y las actitudes profesionales de los entrevistadores «oficiales» (léase policías o personal de la administración adscrito a estos servicios) reflejan conocimientos científicos basados en investigación empírica, esto no es cierto, pese a la seguridad con que esos profesionales expresan sus puntos de vista. (p.30)

En cuarto lugar, la lista de «técnicas peligrosas» y capaces de lograr «declaraciones falsas» de los niños en casos de supuesto abuso sexual no termina con lo que hemos comentado.

Estudiando las entrevistas se han identificado 6 técnicas problemáticas:

- 1.- Técnica de preguntas sugestivas. Consiste en introducir en una pregunta datos que el niño aún no ha dicho en la entrevista («¿te tocó el culito?», «¿recuerdas las fotografías de gente desnuda?»).
- 2.- Técnica de «Otras personas». Se le dice a la niña que al entrevistador ya le han dicho otros niños algo sobre el tema de la entrevista. Así se crea presión hacia la conformidad (la tendencia a cambiar o modificar nuestra conducta para que sea consistente con la de otras personas).

3.- Técnica de las consecuencias positivas. Es dar o prometer aprobación, orgullo u otras recompensas a un niño, o indicar que la niña demostrará cualidades deseables si declara algo sobre el abuso.

4.- Técnica de las consecuencias negativas. Consiste en criticar o mostrar desacuerdo con una afirmación del niño, o indicarle de alguna otra manera que su declaración es incompleta, inadecuada o decepcionante.

5.- Técnica de «preguntado y contestado». Se formula al niño una pregunta que ya ha contestado de forma clara en la porción inmediatamente anterior de la entrevista. Por ejemplo:

Entrevistadora: ¿Puedes recordar las fotografías de gente desnuda?

Niña: (mueve la cabeza) No

E: ¿No puedes recordar esa parte?

N: No (con la cabeza)

E: ¿Por qué no piensas un ratito? Te puede volver la memoria.

Según los autores, cuando se ha investigado el efecto de la repetición de preguntas, manipulando dos tipos de cuestiones, abiertas y de elección forzosa, se ha encontrado que los niños cambian su respuesta cuando la pregunta es de elección forzosa, pero no cuando es abierta. Esto sugiere que una pregunta sugestiva y repetida seguramente deteriora la exactitud. (pp.31-32)

6.- Técnica de invitar a la especulación. Consiste en pedir a la niña que dé opiniones o especulaciones sobre sucesos pasados, o en enmarcar la tarea del niño durante la entrevista como de imaginación, de «simulación», o de «resolver un misterio», de manera que lo imaginado se vuelve más probable y fácil de confundir con lo real. (p.33)

Por eso también es importante disponer de las grabaciones de las entrevistas, puesto que el propio entrevistador puede (y debe) detectar una pregunta sugestiva

y descartar de cualquier análisis posterior la respuesta del menor. En la práctica éste es un problema con el que se tropieza de continuo. Aun cuando el entrevistador reconozca (casi siempre ya en el juicio oral) que ha sugerido detalles a la niña entrevistada, no considera relevante eliminar esa información de su análisis, a pesar de que no pueda asegurar que la respuesta de la niña viene de su memoria y no de la pregunta sugestiva. Por supuesto, la declaración de un menor, obtenida en la entrevista, puede ser analizada después por medio de alguna técnica acreditada para valorar su credibilidad. Pero el tema de la valoración de credibilidad de una declaración requiere mucho más espacio para tratarlo adecuadamente. (p.34)

5.5. Consideraciones finales.

Es importante puntualizar que el desarrollo de ciertas competencias cognitivas en el juzgador, puede permitir una mejor comprensión de lo que implica la valoración de la prueba testifical; de allí que el conocimiento de estas técnicas, aunque sean en sus elementos principales, puede aportar mucho en esa labor de mejorar la calidad del razonamiento probatorio y la motivación en relación a esta prueba, por ello la necesidad e importancia en el presente trabajo de comenzar a incluir estos aspectos como elementos necesarios y de conocimiento por parte del juzgador.

De otro lado, y parafraseando a Morales (2020) se deben tomar en cuenta otros factores que pueden llegar a tener incidencia en la labor valorativa del testimonio, es imprescindible, dada la necesidad de que la declaración de la víctima y testigo sea sometida a método científico que establezca la calidad de su declaración y por ende la credibilidad, que las funciones cognitivas, no solo del juez sino también de las partes, se encuentren intactas, de tal manera que a los abogados o fiscales, le permita desde la elaboración de la teoría del caso hasta la defensa a través del dominio de su discurso en un juicio oral; mientras que en el caso de los jueces, el desgaste en sus procesos cognitivos, ya sea por cansancio físico o fatiga cognitiva (estar varias horas en escucha y sin descanso) puede influir en la decisión que tome en el fallo final y que no necesariamente sea en función del debate generado por el caso. Esto debe servir, no solo para brindar mayor capacitación, sino programas que doten de mayor habilidad de los peritos en materia de psicología para la

recuperación del indicio cognitivo y la exposición de los mimos, así como la elaboración de protocolos para regular prevenir la fátiga cognitiva en el personal al frente de un juzgado, como lo son los jueces. (pp.49-50)

Tercera Parte

Valoración de la prueba y perspectiva de género

6. Necesaria referencia. La perspectiva de género como aporte del feminismo.

Aunque parezca repetitivo y a esta altura de los tiempos, hablar de perspectiva de Género encierra muchas cuestiones que, ya sea a favor en contra, se manifiestan en la apreciación que sobre la misma se tiene, en base a la forma en que se la entiende y aplica, y en ese caso, por parte de las y los jueces, entre otros actores.

Es por ello que esta breve referencia pero necesaria refencia, busca establecer de un modo mas equitativo y a la vez objetivo, a fin de poner a disposicion aquellos aspectos esenciales en cuanto a la misma y de esa forma, contribuir en la dotación de mayor información con relación a la misma, para que, de acuerdo al sano criterio que cada lector, sea juez/za, fiscal, policia, abogado/da, etc., pueda asimilar y relacionar su aplicabilidad al proceso penal, especialmente al momento de la valoración de la prueba y los hechos.

En ese sentido, señala Ramírez (2019) que el feminismo es una teoría política y cultural, impulsada por mujeres que pretende analizar la realidad en la que viven y tomar conciencia de la discriminación que sufren por la sola razón de ser mujeres. Pero igualmente es una práctica política activada por mujeres que se organizan para cambiar esa realidad injusta. (p:27)

En el ámbito del Derecho, el feminismo a procurado ingresar con todo su potencial a través de la llamada Teoria Feminista del Derecho, y que como lo señala Ramirez (2019) deriva de la Critical Studies Legal (CSL), y de la cual emerge las ideas de que la causa de la desigualdad entre hombres y mujeres es la existencia de una estructura sistémica de poder que ejercen los primeros sobre los segundos. En la base de ese poder se encuentra el concepto de género (p:29-30), el cual, en su definicion mas aceptada, es concebido como una construcción cultural, simbólica;

que define socialmente roles, espacios, estereotipos y atributos de personalidad a partir de cuerpos sexuados, de los datos biológicos que da la diferencia sexual.²⁶

Resulta claro en consecuencia, que las teoricas del feminismo, como Facio A. y Fries L.(2005) dirigen muchas de sus criticas al sistema juridico, al cual consideran como un sistema de articulacion patricarcal, esto es, de que se regulan las conductas de hombres y mujeres, en base a un modelo de convivencia sujeto a la vision y dominacion del hombre. (p.290).

En ese entendido, estas mismas autores refieren:

La critica feminista es una alternativa catalizadora de transformaciones democratizantes dentro del derecho. Esta critica no tiene no tiene por finalidad única las discriminaciones que sufrimos las mujeres sino que es mucho mas profunda y abarcadora. Se puede utilizar el pensamiento feminista para visibilizar la estructura del derecho historicamente condicionada a la parcialidad por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al sexo masculino, y de éste, sólo a los de cierta clase, raza, religión, preferencia sexual, etc. (Facio A. y Fries L.,2005, p.294)

En consecuencia y en diferentes etapas, el feminismo jurídico plantea diferentes críticas al Derecho, partiendo del feminismo liberal de primera etapa, quienes según Censori (2016) ven el Derecho como una institución capaz de ser justa, racional e imparcial, y aceptan la propia visión que el Derecho tiene de sí mismo cuando no se refiere a las mujeres. Para ellas, el problema reside en que el Derecho no ha desarrollado completa y efectivamente los derechos de las mujeres. (p.2).

Así también, las feministas de la segunda etapa de esta teoría, entre las que se tienen a Gilligan y MacKinnon, refieren que el Derecho no solamente es machista

²⁶ El concepto de Género no se refiere a un “sector” o “grupo vulnerable” de la sociedad. Generalmente cuando se utiliza esta palabra para denominar a este tipo de grupo es porque se está utilizando como sinónimo de mujeres que, a su vez, se identifican como constitutivas de un grupo vulnerable. Es importante entender que las mujeres no son un grupo o minoría social, ni tampoco un grupo vulnerable. Constituyen la otra mitad de la población mundial y a lo sumo, se podría indicar que están sometidas a la vulnerabilización por el patriarcado y las estructuras de género. Así también, el género no puede utilizarse para referirse a ningún grupo de personas, vulnerables o no, ya que la misma solo hace alusión a la construcción social de los femenino y lo masculino de manera dicotómica y jerarquizada. (Facio A. y Fries L., 2005, p.277)

en el sentido de que está constituido básicamente por varones, sino que, además, encierra una orientación masculina que infecta todas sus prácticas. Los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad son considerados principios masculinos, desarrollados con el objetivo de ocultar la parcialidad de la ley, su preferencia por los varones y su visión del mundo. (Censori, 2016, p:2).

Por último, las autoras del feminismo post moderno o de tercera fase, entre las que se tienen Carol Smart y Frances Olsen, sostiene que el Derecho no sólo estaría plagado de sesgos machistas, sino que además sería masculino. Conceptos básicos como género y patriarcado, público y privado, caen bajo la mirada crítica de las feministas denominadas postmodernas, que se encontraron ante la necesidad de desarrollar críticas centradas en la diversidad de la vida de las mujeres, al mismo tiempo que rechazaron posiciones universalistas características del pensamiento moderno. (Censori, 2016, p:4-5).

En síntesis, estos son los aspectos que el feminismo introduce al análisis de las cuestiones jurídicas a partir de la conceptualización y definición del término Género como construcción social a través del cual, según sostiene Rodríguez (2015) se organiza el poder en función a esa diferencia sexual estableciendo jerarquías sociales-sexuales que de forma transversal producen, mantienen y reproducen el sistema social a través de sus símbolos culturales, ideología, normas o mandatos sociales, instituciones y construcción de identidades subjetivas a nivel individual y colectivo. (p:23-24)

En consecuencia, como lo refiere Rodríguez (2015):

...a través de la crítica deconstructiva de los tradicionales paradigmas del conocimiento y proponiendo una nueva forma de concebir el derecho, que tenga en cuenta las necesidades, intereses, exigencias, expectativas y experiencias de las mujeres; las distintas corrientes feministas han analizado y propuesto cambios fundamentales en la teoría y concepción del derecho, las mismas que se reflejan en la creación de nuevos conceptos y formas de proceder en lo jurídico, en la conquista de normas jurídicas sustantivas y

procesales, en la introducción del enfoque de género para la enseñanza del derecho y la capacitación de los operadores jurídicos.(p:85-86).

Por ende, se puede afirmar, que la perspectiva de género, como categoría de análisis del derecho pone en evidencia que las relaciones de poder que configuran un orden social estratificado en función a jerarquías genérico-sexuales también fijan los contenidos del derecho a la vez que se sirven de él para crear y mantener el sistema sexo-género de hegemonía masculina. Así pues, la perspectiva de género encuentra que en muchos aspectos, el derecho es funcional al sistema sexo-género en tanto, a través de la regulación de conductas sociales mediante mandatos, prescripciones, facultades y prohibiciones, que reflejan roles, atributos, espacios de acción, formas de interacción y valoraciones diferenciadas por sexo; el derecho produce y refuerza las jerarquías de género, influyendo tanto en las experiencias de vida de las personas así como en el imaginario social, valiéndose de la coacción real y simbólica de lo jurídico. (Rodriguez, 2015, p:86)

No obstante, y aunque lógicamente no se trata de un recurso ideológicamente neutro, la perspectiva de género debe diferenciarse de otros conceptos que conllevan una gran carga de “novedad” antropológica como, por ejemplo, lo que comúnmente suele denominarse ideología de género. En este sentido, Jutta burggrAF advirtió que esta “‘perspectiva de género’, que defiende el derecho a la diferencia entre varones y mujeres y promueve la corresponsabilidad en el trabajo y la familia, no debe confundirse con el planteamiento radical [ideología de género] que ignora y aplasta la diversidad natural de ambos sexos. (Miranda, 2012, p:347-348)

6.1. El juzgamiento con perspectiva de Género.

Refiere Poyatos (2019), que la justicia con perspectiva de género no es un concepto nuevo, o surgido de una especie de “*moda judicial*”. El concepto *gender mainstreaming*, traducido al español como *perspectiva de género*, se incluyó por primera vez en el discurso de la Organización de Naciones Unidas en 1975, en relación a las políticas de ayuda al desarrollo de las mujeres, al cuestionarse que unas políticas aparentemente neutrales podían tener como efecto la consolidación

de las desigualdades de género. Es por ello, que en las cuatro conferencias mundiales sobre las mujeres, (promovidas desde Naciones Unidas entre 1975 y 1995 en México, Copenhague, Nairobi y China), la igualdad de las mujeres y su contribución al desarrollo y la paz de las Naciones se convirtió en un tema central. Como resultado, el concepto *perspectiva de género* se consolidó en la Conferencia de Beijing (China, 1995), donde por primera vez se aborda el concepto de género, y también la violencia contra las mujeres, como una vulneración de los derechos humanos.(p.2)

Ahora bien, para comprender el concepto en cuestión, es necesario empezar definiendo al género, que según Ugarriza (2021) no es más que “el conjunto de estereotipos sociales y culturales asociados a un determinado sexo (esto quiere decir que la persona no sufre violencia por las características físicas del sexo sino por dichos estereotipos asociados a este último)”. Ahora, en aras de contrarrestar este escenario, se buscó introducir una herramienta que tenga presente esta situación histórica y que propugne la eliminación de prejuicios basados en la inferioridad o la superioridad: la perspectiva de género. (pp.78-79)

En relación a la definición del término, se señala que la definición del mismo, desde un ámbito judicial, indicaría que *juzgar con perspectiva de género* puede definirse como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género. (Poyatos, 2019, pp.7-8)

Así también, es entendida como:

...una categoría de análisis que sostiene que las diferencias entre hombres y mujeres se explican a partir de las condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, históricamente creadas para determinar la vida de hombres y mujeres a partir de su sexo biológico. Este análisis, que en su conjunto se conoce como “sistema sexo-género”, permite comprender y profundizar sobre el comportamiento aprendido diferencialmente entre

hombres y mujeres. La perspectiva de género explica así, cómo los hombres y las mujeres históricamente han estado regulados por comportamientos ‘permitidos’, ‘esperados’, ‘negados’ o ‘condenados’ por el ambiente social en que viven, el cual está basado en las ideas de la dominación masculina que plantean –como fundamento principal– la inferioridad de las mujeres y la superioridad de los hombres”. (OACNUDH, 2015, pp.7-8)²⁷

No obstante de lo antes indicado, es necesario enfatizar ciertas aclaraciones que en relación al uso de la perspectiva de género, hace alusión Facio (2002). Dicha autora señala que “un análisis con perspectiva de género requiere que se parta de que toda acción humana impacta a hombres y mujeres de manera particular por la forma como se construyen los géneros y que, por ende, este tipo de análisis debe hacerse al estudiar cualquier fenómeno o grupo social, aunque en él no haya mujeres”. (p.89)

Más adelante refiere otro aspecto muy importante con relación a su finalidad. Así, señala también:

Es necesario hacer énfasis en algo que generalmente no se comprende en relación con la perspectiva de género. Ésta no es una perspectiva sesgada hacia el género femenino. Una perspectiva sesgada hacia el género femenino es la otra cara de la perspectiva androcéntrica y sería la perspectiva gynecéntrica. Pero como por siglos hemos visto y entendido el mundo desde la perspectiva androcéntrica, hemos llegado a creer que ésta es una perspectiva o el punto de vista neutral y objetivo. Y por eso muchas personas –tanto hombres como mujeres– se sienten incómodas cuando se les dice que deben analizar los hechos desde una perspectiva de género. Se sienten incómodas porque piensan y sienten que la forma como han analizado los hechos es objetiva o “sin ninguna perspectiva”. Debido a esa creencia, cuando no hacemos un esfuerzo consciente por utilizar una perspectiva de género, es decir, una perspectiva que incluya a ambos géneros y a las

²⁷ Dicha definición es también asumida en el Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género del Comité de Género del Órgano Judicial de Bolivia (p.56)

desigualdades de poder que hay entre ellos y dentro de ellos, lo que hacemos es utilizar la perspectiva androcéntrica que es la que pasa por una no perspectiva. Por eso, cuando no se ha hecho un diagnóstico de género de cualquier situación humana, lo que se ha hecho es un diagnóstico androcéntrico. Es decir, uno que no nos muestra toda la realidad y que además está sesgado hacia los hombres.

Tampoco se hace un análisis con perspectiva de género cuando se incluye en un estudio por un lado un análisis sobre la problemática de las mujeres en relación con el acceso a la justicia, y por el otro, se analizan los factores económicos, geográficos, conceptuales, etc., que inciden en el pleno ejercicio de este derecho. La perspectiva de género nos permite es entender cómo las relaciones de poder entre hombres y mujeres afectan ese ejercicio, tanto el de hombres como el de mujeres de todas las clases, edades, colores y habilidades. Un análisis con perspectiva de género del acceso de las personas a la justicia debe hacerse observando cómo los factores económicos, geográficos y simbólicos entre otros, afectan a mujeres y hombres de cada sector y no haciendo un análisis del “sector” mujer por un lado y por el otro uno de cómo esos factores afectan los sectores pobres, indígenas, etc., como si en ellos no hubiesen enormes diferencias de poder entre mujeres y hombres.

Con lo anterior no se está afirmando que no existe un grupo humano que se puede denominar “de mujeres” que tiene su identidad, sus problemas particulares y sus necesarias estrategias de sobrevivencia. Lo que se afirma es que cuando hablamos de mujeres, sólo lo podemos hacer en contraposición al grupo humano de “los hombres”. Porque si estamos haciendo un análisis del grupo humano “mujeres” lo único que podemos hacer es contrastarlo con el grupo humano “hombres” no con el sector pobre, o indígena, o negro, etc., ya que en todos los sectores hay hombres y mujeres, y entonces, es obvio que hay mujeres indígenas, negras, discapacitadas, lesbianas, migrantes, desplazadas, enfermas, etc. Por eso,

si queremos saber cómo es la realidad de cada sector, tenemos que hacer un análisis de género de cada sector y estudiar las relaciones de poder que se dan entre sectores pero también al interior de los sectores. (Facio, 2002, pp.89-90)

En ese sentido, es que desde diferentes ópticas, se plantean a través de los llamados Protocolos en algunos casos, como el de Bolivia, Herramientas como en el caso de Guatemala, Guías Metodológicas para el caso de México, entre otros, criterios o pasos que orienten la labor de jueces a fin de procurar la efectiva aplicación de este modelo de análisis, para los fines de la presente investigación, que se considera como un método de análisis e interpretación del Derecho en relación a los hechos que el juez debe conocer y a partir de ello, resolver el caso en cuestión.

En conclusión, se debe tener presente que la aplicación de este método de análisis implica el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en los instrumentos internacionales suscritos, y positivizados a su vez en la misma Norma Suprema.

6.1.1. Mitos sobre la Perspectiva de Género.

Atendiendo a que en torno a este tema subsisten múltiples percepciones equivocadas (mitos) es importante aclarar que:

La PEG (Perspectiva de Género) no fue diseñada para proteger a las mujeres y perjudicar a los hombres. Esta herramienta busca visibilizar las desigualdades que provocan las cargas de género, lo cual sucede tanto a hombres como a mujeres; aunque se haga énfasis en la protección de éstas últimas debido a que es a ellas a quienes históricamente se les han impuesto los roles de género que tienen menor valor y reconocimiento.

La PEG no busca igualdad a las mujeres con los hombres. El enfoque de derechos humanos y, por lo tanto, la PEG, pugnan por el reconocimiento y valor de las diferencias, no pretende la homologación de las personas, sino la protección del derecho que tienen a que sus diferencias o el cuestionamiento a las mismas, no se

traduzca en una “justificación” para obstaculizar sus derechos, discriminarles y violentarles.

La PEG no rompe con el principio de igualdad entre las partes de un conflicto. Por el contrario, permite mostrar en qué momento por motivos de género, cualquiera de las partes se encuentra (o encontraba) en desventaja respecto de la otra para ejercer sus derechos y se hace cargo de esa situación. Esto es justo lo que permite colocar en igualdad a ambas partes.

La PEG no solo se aplica en materia penal, civil y familiar o en casos que afectan a mujeres. Es necesario implementar este enfoque en cualquier materia, siempre que se advierta que las cargas de género son un motivo que pudiera colocar en desigualdad o asimetría de poder a las partes en un conflicto. (EQUIS, 2017, p.12)

6.2. Sesgos y Estereotipos.

6.2.1. Sesgos.

Los sesgos cognitivos, también conocidos como procedimientos heurísticos, son aquellas reglas que, de modo inconsciente, todas las personas aplicamos al procesar la información que recibimos del exterior y que permiten reducir las tareas complejas de asignar probabilidades y predecir valores a operaciones de juicio más simples. Como parte de la herencia genética humana, estos sesgos se encuentran siempre presentes, y permiten agilizar el proceso de toma de decisiones cuando percibimos y analizamos una determinada situación. (Ramirez, 2020a, p.228)

Es bueno sin embargo, hacer aclaración a la implicancia de las reglas o procedimientos heurísticos dentro de lo que son los sesgos. Así, se indica que estas reglas describirían inferencias no demostrativas que permitirían economizar recursos y hacer frente a problemas de cierta complejidad, sin embargo como todo razonamiento intuitivo, proporcionaría sólo cierto grado de consenso o aceptación en cuanto a sus conclusiones y no reglas fijas, automáticas o categóricas. En otras palabras, “las conclusiones de este tipo de razonamiento son siempre de relevancia momentánea, transitoria, efímera y provisional”.

En general, se trataría de procesos cognitivos, estrategias, deliberadas o no, basadas en una evaluación, estimaciones o predicciones que empleamos para sustituir un problema complejo por uno sencillo, dada la dificultad que significaría procesar toda la información que se nos presenta, de allí que nuestro cerebro tome un desvío o atajo. Sin embargo, sucede que la mayoría de veces no somos conscientes de ello y en ese proceso descartamos elementos e información útil e importante para la decisión. (Bustamante, 2021, p.5)

En cuanto al concepto de *sesgo* es posible destacar un primer sentido, según el cual producto de la utilización de reglas heurísticas, aparecen sesgos como consecuencia de error o equivocación. Esto supone que los sesgos serían un producto anómalo de dicho procedimiento. Aunque, cabe indicar que una conclusión de ese tipo no parecería del todo correcta ya que algunos sesgos no contarían equivalencia heurística.

No obstante, dejando de lado estos aspectos y precisando algunos sentidos adicionales en relación a los sesgos, se tiene:

- a) Una tendencia o inclinación general a favorecer una respuesta sobre otra.
- b) Un juicio mental sistemáticamente defectuoso que, en última instancia, es perjudicial para los intereses del sujeto o la sociedad (p. ej. “sesgo racial”).
- c) Una desviación sistemática de las personas de los estándares teóricos, por no comportarse de manera óptima y preocuparse un poco más (esfuerzo mental, capacidad cognitiva, bienestar emocional, multiplicidad de objetivos, etc.). (Bustamante, 2021, p.6)

6.2.1.1. Clases de sesgos en el proceso y en las decisiones judiciales.

Se considera esencial el desarrollo de este punto, toda vez que aporta herramientas a través de las cuales se puede llegar a identificar los sesgos más comunes en los que puede incurrir el juez al momento de resolver un caso en cuestión. En ese sentido, los aportes de Bustamante (2021) y Ramírez (2019b), no permiten describir algunos de los sesgos más relevantes en el ámbito del proceso y las decisiones judiciales:

a) Sesgo de la representatividad. A través del mismo las personas toman decisiones en función de aquello que ya conocen y les resulta parecido a lo que tienen que decidir. (Ramirez, 2019b, p.130)

Para Bustamante (2021), en la representatividad se evalúa la probabilidad de que un hecho, persona u cosa encaje en una categoría determinada. Hay diversas situaciones que exigen que se categorice a personas, o que se realice un razonamiento inductivo (K hizo bien sus tareas, ¿aprobará el curso?). Lo que sucede en la representatividad es que el sujeto en lugar de recurrir a datos estadísticos (su pregunta guía debería ser ¿qué porcentaje de profesionales de la salud en un hospital son médicos y enfermeros?) se apoya, de manera habitual, en aspectos superficiales de similitud, basando sus juicios en el grado en que el estímulo o la situación representan las características esenciales de la categoría. De esta forma, cuanto más típico es un caso o situación respecto de una categoría, mayor será la probabilidad para el sujeto que el objeto analizado pertenezca a la misma:

Si C llevaba un estetoscopio y algunos lapiceros en la ropa de trabajo, será muy probable que crea que es médico y no enfermero, pese a que hay más enfermeros que médicos en un hospital. (p.13)

b) Sesgo de la disponibilidad. Mediante este «atajo mental» el sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares. (Ramirez, 2019b, p.130)

c) Sesgo de anclaje y ajuste. Mediante este procedimiento, el sujeto realiza una estimación a partir de un valor inicial (anclaje) que, posteriormente, va adecuando a medida que obtiene nueva información adicional. Por lo general, la valoración inicial suele ejercer una influencia indebida en el análisis del sujeto, que la ajusta a la información que va recibiendo sin cambiarla. (Ramirez, 2019b, pp.130-131)

Una vez que se asume que un ancla es correcta o razonable (se observan patrones comunes por sobre los diferentes) no se evaluará una opción contraria, nos

aferramos hasta que exista seguridad de que la misma no lo es. Este aspecto está relacionado con una *busqueda de confirmacion*, según la cual tantear una hipótesis anclada orientará la mente para que esa información sea consistente con su posible pronóstico, esto a lo que refiere Bustamante como accesibilidad selectiva en el anclaje. (2021, p.14)

Cuando se hace referencia al ajuste, esta vendría a ser una de las explicaciones más usuales del concepto, pero también una de las más criticadas ya que parecería exigir una “actitud consciente” de parte del sujeto en el momento en que realiza sus predicciones cuando ello parece ser todo lo contrario. Al margen de estas consideraciones el anclaje puede caracterizarse como un proceso donde se necesita emitir una estimación correcta, en un contexto de incertidumbre, pero que suele culminar de forma prematura porque el sujeto no accede a mayor información y otras veces porque no le resulta posible. De esta forma, la estimación suele sesgarse en dirección de la información que apareció en un primer momento (que otorgó el ancla) y a partir de allí también el resto de decisiones que se llevan a cabo. (Bustamante, 2021, pp.13-14)

d) Sesgo de confirmación. En este procedimiento el sujeto tiende a filtrar la información que recibe buscando y sobrevalorando las pruebas y argumentos que confirman su posición inicial, e ignorando las pruebas y argumentos que no la respaldan. (Ramirez, 2019b, p.131)

En palabras de Bustamante (2021), es la tendencia a buscar, interpretar o recordar información de manera que apoye las creencias, expectativas o hipótesis, independientemente que estas sean verdaderas o no. Lo que resalta en este sesgo es que la búsqueda, interpretación o recuerdo se hace de modo unilateral, sin atender otras posibles alternativas. (p.9)

Ahora bien, en cuanto a los tipos de sesgo por confirmación, algunos son más complejos que otros, sin embargo se puede mencionar los siguientes:

i. Búsqueda de pruebas. En este caso el sujeto buscará información que confirme sus creencias o hipótesis de forma unilateral y con ello evitará o dejará de lado

aquellas que las refuten. En otras palabras se producirá una restricción de la atención a una hipótesis, lo que conllevará a excluir la posibilidad de interpretar los datos que apoyan cualquier otra explicación alternativa.

ii. Interpretación de pruebas. El sujeto tiende a interpretar la información de forma selectiva, sobre todo aquella que es ambigua con la intención de favorecer sus creencias.

iii. Recuerdo selectivo. Un fenómeno sutil pero de clara aparición hará que el sujeto recuerde aquella información que le permite confirmar una hipótesis o creencia ⁴⁶, sobre todo sus fortalezas y no las debilidades. (Bustamante, 2021, pp.10,12)

e) Sesgo de grupo. Mediante este procedimiento, el sujeto valora de forma homogénea las acciones y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, por la sola razón de pertenencia a ese grupo. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos, como negativos. (Ramírez, 2019, p.131)

6.2.2. Estereotipos.

Siguiendo con la línea antes descrita en relación a los sesgos, el sesgo de grupo antes referido adquiere gran relevancia y se vincula con el concepto de estereotipo.

El Diccionario de la Real Academia Española define un estereotipo como una “imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable”. Los estereotipos son omnipresentes y abarcan grupos raciales y étnicos —por ejemplo “los asiáticos son buenos en matemáticas”—, grupos políticos—por ejemplo “los conservadores son resistentes al cambio”—, género —por ejemplo “las mujeres son malas en matemáticas”, grupos demográficos —por ejemplo “los residentes de Florida son ancianos”—, y situaciones —por ejemplo “Tel-Aviv es peligroso”—. Como ilustran estos y otros ejemplos, algunos estereotipos son bastante precisos y otros distan mucho de la realidad. Además, como fue mencionado anteriormente, los estereotipos suelen ir cambiando a lo largo del tiempo; aquellos estereotipos vigentes en un determinado momento o período histórico cambian radicalmente o incluso desaparecen en otro. (Ungaretti y Etchezahar, 2022, pp.7-8)

6.2.2.1. Su relación con la discriminación. Estereotipos de Género.

Existen diferentes interpretaciones de los estereotipos, según la disciplina académica y el enfoque que se trate. En ese sentido Rebecca Cook y Simone Cusack, citadas por Timmer A. y Sosa L. (2022), han desarrollado una definición que se utiliza a menudo en las investigaciones jurídicas sobre derechos humanos y que también es utilizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

Un estereotipo es “una visión generalizada o una idea preconcebida de los atributos o las características que poseen los miembros de un grupo determinado, o de las funciones que son desempeñadas o deberían desempeñarse.” La definición deja abierta la posibilidad de interpretar el contenido de los estereotipos; estos pueden ser manifiestamente negativos o positivos, o algo intermedio. Un ejemplo de estereotipo manifiestamente negativo es la idea de que las mujeres son irracionales y propensas a la exageración, o la idea de que los hombres inmigrantes son vagos y peligrosos. Sin embargo, algunos de los estereotipos de género más nocivos son los que se presentan como positivos y, por tanto, se caracterizan por ser benignos. Estos estereotipos colocan a las mujeres en un pedestal, a menudo haciendo referencia a la maternidad o a las capacidades de crianza de la mujer. La capacidad de cuidado de las mujeres sirve, frecuentemente, para justificar un sistema patriarcal en el que los hombres desempeñan los roles principales y las mujeres los de apoyo. El Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer —en adelante CEDAW— ha dejado en claro que ambos tipos de estereotipos de género, tanto los negativos como los aparentemente benignos o positivos, pueden ser perjudiciales porque ambos crean o sostienen una jerarquía que da lugar a la desigualdad de género. (Timmer A. y Sosa L., 2022, pp.53-54)

El CEDAW concibe los estereotipos de género injustos como la “causa fundamental y consecuencia de la discriminación”, así como una forma de discriminación en sí misma. Esto refleja la complejidad de la relación entre los estereotipos y la

discriminación, que algunas comentaristas han caracterizado como un círculo vicioso que se refuerza a sí mismo. Entonces, ¿cómo se abordan los estereotipos con relación a las diferentes formas de discriminación?

Por un lado, la *discriminación directa*, es decir, la “diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares, a partir de características protegidas identificables o su `estatus””, suele estar motivada por los estereotipos de género y los roles parentales fijos con base en el género. La *discriminación indirecta*, en cambio, se produce cuando una norma, política o medida —aparentemente neutra—o una situación *de facto*, tiene un efecto discriminatorio particular sobre un grupo concreto. Esto puede ocurrir incluso si la política o la medida no está dirigida a un grupo particular, o no tiene intención discriminatoria. La discriminación indirecta puede reflejar y perpetuar los estereotipos de género, como por ejemplo cuando los trabajadores contratados a tiempo parcial, que en la práctica son predominantemente mujeres, cobran menos por hora que los trabajadores a tiempo completo, que en la práctica son predominantemente hombres. (Timmer A. y Sosa L., 2022, pp.55-56)

6.2.2.2. Los llamados estereotipos sexuales.

La literatura especializada ha identificado un conjunto de creencias acerca de los ataques sexuales que integran lo que se ha dado en llamar la “cultura de la violación, que tienden a naturalizar este tipo de agresiones hacia las mujeres y a responsabilizarlas por los daños sufridos. Por sus características, estas representaciones contienen supuestas descripciones y prescripciones que, cristalizadas en el discurso judicial, limitan la capacidad de las personas de diseñar sus planes de vida autónomos, de recurrir a la justicia en caso de que se vean afectados sus derechos, y de obtener dicha protección sin discriminación. (Di Corleto, 2022a, p.335)

La cultura de la violación está conformada, por un lado, por una serie de generalizaciones que, sin una base estadística que las sustente, pretenden describir la conducta de las víctimas frente a las agresiones sexuales —estereotipos descriptivos—; y, por otro lado, por prescripciones sobre el comportamiento ideal de las

mujeres en relación con el ejercicio de su sexualidad y autonomía —estereotipos normativos—. En su aplicación general y con independencia de su función descriptiva o prescriptiva, ambas simplificaciones resultan problemáticas: las primeras niegan la protección igualitaria de la ley penal y las segundas constriñen la autonomía sexual de las mujeres. (Di Corleto, 2022a, p.335-336)

Ahora bien, se identifican cuatro creencias a través de las cuales se establecen los estereotipos en hechos de carácter sexual.

En ese sentido, Di Corleto (2022a) refiere lo siguiente:

- La primera prescribe que solo un desconocido puede perpetrar la violación, por lo que parece imposible que la pareja o ex pareja de una mujer cometa una agresión sexual. De esta presunción se deriva que, si una mujer dijo “sí” en una oportunidad, su asentimiento habilita cualquier otro encuentro sexual. Bajo esta representación, solo las mujeres vírgenes pueden ser víctimas de violación, no existe el delito en el matrimonio y no hay margen para establecer condiciones a determinados contactos sexuales. Por estas razones, este estereotipo desconoce que la confianza es una circunstancia que propicia los abusos, de allí que los escenarios más comunes de las violaciones sean aquellos en los que víctima y victimario tenían una relación previa.
- La segunda especulación más extendida en la organización social sostiene que solo hay violación cuando la mujer resulta lesionada. Se trata de un resabio proveniente de la legislación decimonónica que exigía que, para tener por configurado el delito, el agresor debía haber ejercido fuerza y la víctima opuesto resistencia. En esta configuración, no hay violación cuando solo existen amenazas o alguna otra forma de coerción. Ante una “violación real”, la mujer lucha para preservar su honor y resiste con gritos y llantos; de lo contrario la afrenta no tiene relevancia penal.

- El tercer estereotipo afín con la cultura de la violación prescribe que el comportamiento previo al ataque determina la configuración del delito. Según esta creencia, el pasado sexual será una de las variables para evaluar si la mujer consintió el hecho denunciado. La expresión “a las niñas buenas no les pasa nada malo” delimita la idea de que hay personas que no pueden ser víctimas de violación: si las mujeres tienen una vida sexual activa, si concurren solas a determinados lugares o consumen alcohol, habrán realizado un aporte relevante al delito; por lo que su propia responsabilidad neutralizará la conducta de la contraparte.
- El último estereotipo sexual describe y prescribe que las mujeres víctimas siempre denuncian la violación en forma inmediata; de lo contrario, mienten. Con esta idea se arguye que una forma de evaluar la veracidad de la denuncia es atender al tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la presentación de la víctima ante la justicia, así como también su temperamento al momento de hacerlo. Si no muestran estrés o sensibilidad frente a lo sufrido, su credibilidad se verá menoscabada. En estos términos, una víctima *real* de violación irá a buscar ayuda y se mostrará extremadamente avergonzada y afligida por lo sucedido y su relato será rico y preciso en detalles. (pp.336-337)

En ese sentido, refieren Di Corleto y Piqué (2017) que la jurisprudencia interamericana advierte sobre la necesidad de erradicar estereotipos en la valoración de la prueba, y sobre las particularidades que presenta la evaluación del testimonio de la víctima. Por ende, la Corte IDH ha destacado la importancia de que los sistemas jurídicos internos prevean reglas que eviten afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas, dado que muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer. La persistencia de estos prejuicios en el sistema de administración de justicia penal afecta al derecho de la mujer a un juicio justo y evita la plena aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en tanto impone obstáculos que los hombres no enfrentan. (p.426)

Entre otros estereotipos comunes en casos referidos a hechos de violencia sexual, Larrauri (2021), señala que muchos estudios feministas detectan los siguientes estereotipos: a) las mujeres son las que provocan; b) las mujeres dicen no cuando quieren decir si; c) si se relajan (las mujeres), les gusta; d) las mujeres decentes (que están en su casa o con su marido) no son violadas; e) no es un delito grave, era broma; f) es necesario protegerse de falsas denuncias: mujeres despechadas, mentirosas, vengativas. (punto 2.2., párr.22)

6.4. Contribuciones de la perspectiva de género para abordar los estereotipos en el razonamiento probatorio en juicio oral.

Las etapas procesales más conocidas en materia penal, por lo menos en los sistemas de corte acusatorio, son la de investigación y juzgamiento, cada una con sus características propias, y en las cuales la labor valorativa del juez o jueza, resulta esencial. Sin embargo, es motivo de este título, hacer referencia únicamente a la labor que se realiza desde el ámbito del juicio oral, y más propiamente el aporte de la perspectiva de género en la valoración de los hechos y la prueba, es decir, el razonamiento probatorio judicial.

En ese entendido, refiere Jose (2022) que:

si bien el riesgo de la influencia de estereotipos insostenibles u opresivos en el razonamiento judicial es bastante extendido, su incidencia más negativa suele producirse cuando se trata de evaluar elementos probatorios relacionados con personas que pertenecen a alguno de los siguientes grupos: mujeres, extranjeras, trans, trabajadoras sexuales, entre otros. No sorprende entonces que quienes con mayor insistencia señalaron los peligros de los estereotipos para el razonamiento probatorio fueran los movimientos feministas dentro del derecho y, en particular, las proponentes de la epistemología jurídica feminista o perspectiva de género dentro de la teoría de la prueba. (pp.225-226)

La Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia (CEDAW, 2015), establece el siguiente entendimiento:

26. Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley y pueden afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. Esto tiene consecuencias de gran alcance, por ejemplo, en el derecho penal, ya que dan por resultado que los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma una cultura de impunidad. En todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes. (p.14)

Es así que, coincidiendo con Ramirez (2020a), al tenor de las precedentes consideraciones, parece claro el papel que la perspectiva de género puede desempeñar en el ámbito de la disciplina probatoria, en tanto que permite al juzgador identificar los estereotipos subyacentes en sus evaluaciones, tomar conciencia de la posibilidad de que hayan tenido incidencia en los procedimientos heurísticos a los que recurre inadvertidamente, y hacer uso de la información que proporciona este punto de vista para valorar sin prejuicios la prueba practicada. Servirían así como máximas de la experiencia de indudable valor epistémico, en tanto que aportarían criterios cognoscitivos sobre la base de los cuales realizar inferencias, sin reproducir los roles inherentes a la distribución asimétrica de poder existente entre hombres y mujeres. (pp.229-230)

Ello no hace mas que reafirmar la idea de que en el ámbito del juicio, lo que se trata es tomar conciencia de la presencia de los estereotipos y de su potencialidad distorsionadora en el proceso de cognición y de interpretación. En ese sentido, si suele afirmarse que la actitud victimizada de quien dice haber sufrido un hecho delictivo es un signo de fiabilidad de su testimonio y dato corroborador de éste, la perspectiva de genero nos enseña que si la victima esperase a la finalización de la jornada de trabajo, y que tras una reflexión de varios días, decidiera denunciar los hechos, no merma la fiabilidad del testimonio, pues la persona pudo sufrir a reacción de estrés agudo, tambien conocida como bloqueo traumático, y que se caracteriza por la falta de una respuesta adecuada al estímulo, lo que explicaria que no reaccionaria inmediatamente. (Ramirez, 2019, pp.137-138)

En otro ejemplo, en el caso de maltrato a la pareja, la perspectiva de género pone de relieve que la violencia de género es transversal y que, por tanto, una mujer independiente económicamente y con buena posición social se encuentra igualmente expuesta a ella. Su falta de ajuste al estereotipo de víctima económicamente dependiente y de extracción social inferior, no puede por ello, ser tomada en consideración. (Ramirez, 2019, pp.138-139)

En definitiva, sostiene Ramirez (2019) en el ámbito probatorio del juicio oral, la perspectiva de género juega un papel valioso para no descartar la atendibilidad de la declaración de la afirmada víctima. Ahora bien, no sirve para afirmar, por sí sola, el superior peso probatorio de la narración individualmente considerada, esto es, de los elementos probatorios que suministra. Consecuentemente, tambien sirve para evaluar la atendibilidad del resto de medios de prueba y, en especial, la declaración de la persona acusada, pero no para calibrar, de forma individual, su fuerza probatoria. (p.139)

La perspectiva de género, como refiere Gama (2020), citando a Ramirez, desempeña una función epistémica al ofrecer una herramienta que permite al juzgador identificar y visibilizar los estereotipos de género que se presentan en el razonamiento probatorio bajo el ropaje de pretendidas máximas de experiencia. La perspectiva de género permitiría así desactivar máximas de experiencia espurias y

estereotipadas, sustituyéndolas por criterios cognoscitivos adecuados con los que el juzgador pueda realizar inferencias probatorias y valorar las pruebas sin prejuicios ni estereotipos de género. (p.287)

7. Marco contextual. Valoración del Testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual.

7.1. Estado del arte sobre la cuestión.

El aspecto relativo al alcance del testimonio de la víctima, y la relación de ésta en cuanto a los criterios de valoración de la prueba conforme a los criterios de suficiencia probatoria admitidos en cada legislación, como a su vez la utilización o el uso obligatorio que en estas circunstancias se establece en relación a la llamada “Perspectiva de Género”, ha sido motivo de discusiones, tanto en el ámbito de la aplicación de los estándares internacionales sobre la protección de los derechos humanos, en especial en relación a la violencia sobre la mujer, y su incidencia al momento de admitirse como un elemento determinante a la perspectiva de género, para el debilitamiento de la presunción de inocencia, garantía y principio constitucional de igual relevancia.

Estos aspectos se han tratado a través de diferentes instigaciones, mayoritariamente en el ámbito internacional, y a la vez en el ámbito nacional, de menor medida, como se podrá apreciar a continuación.

7.1.1. Ámbito internacional.

Dentro de las posturas que se podrían identificar, partidarios de establecer que la sola aplicación de la perspectiva de género para dar mayor peso probatorio al testimonio de la víctima y testigo no es suficiente, se tienen interesantes planteamientos.

Según Ramírez (2019b), al momento de analizar lo que puede aportar la perspectiva de género en el proceso penal en los supuestos de declaración de la víctima como prueba única, concluye de que en la fase de enjuiciamiento su valor epistémico, suministrando nuevas máximas de la experiencia que permiten valorar las pruebas

sin prejuicios, no puede subsanar la insuficiencia de un medio probatorio sobre cuya base, cuando no se encuentra corroborado, no puede entenderse válidamente desvirtuada la presunción de inocencia. Destaca a su vez que, en estos casos, en la fase de investigación, la perspectiva de género adquiere una notable utilidad Heurística, tanto para construir adecuadamente las hipótesis inculpatorias como para buscar otras fuentes que sirvan para corroborar el testimonio en el futuro juicio oral.

Concluye además que la versión racionalista de todo sistema tendencialmente orientado hacia la libre valoración probatoria exige siempre, y con independencia de la clase de víctima y del tipo de delito objeto de enjuiciamiento la corroboración del testimonio de aquélla, sin que los aportes de la perspectiva de género sirvan para incrementar el peso probatorio de tal testimonio. Cuando se constata la existencia de un hecho posiblemente delictivo sobre la base de una declaración testifical no corroborada, es en el ámbito de la investigación en el que deben volcarse los esfuerzos para dar cumplimiento a los compromisos internacionales, pues ni la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW), de 1979, ni el Convenio de Estambul, ni la Convención Belem do Pará, ni las recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, establecen estándares probatorios diferenciados para los delitos que constituyen su objeto que flexibilicen o degraden la presunción de inocencia, y que la flexibilización del estándar probatorio lo que afirman esos textos internacionales, sino el deber de los Estados de llevar a cabo investigaciones diligentes y efectivas para esclarecer los hechos en cuestión, lo cual sería el mejor camino para combatir el fenómeno de la violencia de género, aspecto de su posición que nos parece muy interesante de analizar.

Con relación a la presunción de inocencia, refiere que la misma, a diferencia de otros derechos fundamentales, es una regla de juicio que incorpora un determinado estándar probatorio, y que por lo tanto es un derecho absoluto, que no puede ser matizable, modulable ni sujeta a ponderación con otros intereses en conflicto, lo

cual supondría, a entender del autor, la destrucción del derecho penal basado en la premisa que la culpabilidad no existe previamente y que solo a través de un procedimiento establecido, se puede llegar a establecer la misma. (p.201)

Por su parte, Martín (2018), asume una postura similar, pero además contextualiza el estudio del fenómeno desde la importancia de la presunción de inocencia como derecho fundamental a nivel universal, y los diversos factores que pueden menoscabar este derecho de todo investigado y encausado. Señala que el derecho a la presunción de inocencia rige en toda su extensión, plenitud y eficacia, y además no sería aceptable, ni encontraría ningún tipo de acomodo constitucional, a nuestro parecer, cualquier operación legal o jurisprudencial que merme o menoscabe su aplicación, se trate del tipo de delito que se trate o de la condición de la víctima (incluso aunque pueda clasificarse a ésta como especialmente vulnerable). Hace mención especial a que en los últimos tiempos la presión social ante determinados hechos, como los de violencia de género, y que conllevan a su vez la violencia sexual entre otros, condiciona el pleno respeto a la presunción de inocencia.

Así mismo, refiere que el testimonio de la víctima constituye en muchas ocasiones, especialmente en virtud de la clandestinidad que caracteriza a este fenómeno criminal, la única prueba de cargo directa y disponible para enervar la presunción de inocencia del encausado, pero que también, no se debe olvidar el matiz de que la intervención de la víctima, especialmente en los momentos temporales más próximos al suceso criminal se puede ver muy influida por una sensación personal de desprotección y de miedo, así como de las consecuencias emocionales y psíquicas de la relación de afectividad mantenida con el agresor. Por ello es esencial, desde el primer momento, en la primera declaración en la fase de instrucción y posteriormente, sin bajar un ápice la guardia ni las garantías, en la fase de enjuiciamiento, garantizar la seguridad, a todos los niveles (no solo personal con la adopción por ejemplo de medidas cautelares personales frente al agresor como pueden ser la orden de alejamiento, sino familiar, parental, económico, laboral y social) de la víctima. La no existencia de otras pruebas y la exclusividad de la declaración de la víctima como prueba de cargo en un proceso penal por violencia

de género, y en cualquier otro tipo de delito, ha de relacionarse con la interpretación que se debe dar, con relación al principio de libre valoración de la prueba por el juzgador. ¿Se exige un determinado y mínimo número de pruebas para una sentencia condenatoria? La respuesta es no. La Ley no lo exige ni nada impide que el juzgador, aplicando ese principio, pueda sostener una condena, si así motiva su convicción de forma suficiente y coherente en la sentencia en relación con el resultado de la práctica de la prueba de la declaración de la víctima del delito. No obstante de ello, refiere que será determinante la fundamentación y explicación del juzgador en la sentencia, por la cual otorga una mayor credibilidad a un testimonio (el de la víctima) frente al otro (el del encausado). *Sensu contrario* el juzgador podría determinar la absolución y las razones por las cuales no ha llegado a una convicción condenatoria, existiendo declaración testifical de la víctima en el plenario, sobre la base del contraste y acreditación de contradicciones en la declaración de la víctima, la existencia de un móvil espurio, de resentimiento, venganza respecto del encausado e incluso la ausencia o irrelevancia de otros datos que puedan corroborar la credibilidad de su versión.

Concluye también que, el principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, prueba de cargo que debe practicarse en juicio oral con todas las garantías legales y que solo excepcionalmente, y mediante previsión legal podría tener lugar *ex vista oral*. Prueba de cargo que además ha de ser específicamente valorada y motivada su convicción en la sentencia y en relación con los hechos y el autor a efectos de la apreciación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal aplicable. Inside además de que el proceso penal no puede desarrollarse ante un “culpable” predeterminado, sino que ha de hacerse desde la neutralidad judicial hacia el investigado y, posteriormente en su caso, encausado. Sólo desde la ausencia de “prejuicios” es posible juzgar de manera imparcial y desarrollar un proceso justo y con todas las garantías. (p.51,62)

De otra parte, Calderón (2018) aborda la temática desde otro ángulo de análisis del problema identificado, relativo al razonamiento probatorio al momento de valorar la prueba en este tipo de hechos, acudiendo a la perspectiva de género, tomando en

cuenta la necesidad imperiosa de la implementación de un sistema racional de la prueba, ello en razón a que la actual practica de que la prueba debe generar la certeza y la convicción en la persona del juez, lleva a señalar que dicha decisión es subjetiva y atentatoria a los principios de igualdad y seguridad jurídica, siendo en consecuencia arbitraria aquella decisión basada en la intima conviccion del fallador. De alli que señale la necesidad de que se dote a la actividad probatoria de herramiento racionales, fundadas en la epistemeología jurídica, que sirvan para tomar una decisión probablemente razonable, estan herramientas serían: la valoración de la prueba, estandar de prueba y el concepto de reglas probatorias asimétricas.

Asi tambien, sin pretender criticar la inclusion de la perspectiva de género en la valoracion de la prueba, sostiene su critica al Tribunal Supremo de Justicia de Colombia, que recurre al argumento de la aplicación del enfóque diferencial en la valoración de la prueba, pretendiendo que el juez de mayor de corroboración a determinadas pruebas y/o menos a otras, sin ningún argumento lógico o epistémico, sino desde una perspetiva política, no pareceria una decision racional. Ello implica un sacrificio de la finalidad ultima del razonamiento probatorio, cual es la averiguación de la verdad. Asi también, hace referencia al estandar de prueba diferenciado que se exige al momento de utilizar la perspectiva de género, lo cual implicaria la disminución de la carga de la prueba para el acusador, y aumento al acusado, lo cual pone en juego el principio acusatorio. Se realiza una crítica al hecho de que se indica que el juez no puede fallar en base a sus creencias, que es lo que define un estereotipo o prejuicio, por ende, pretender la aplicación de la perspectiva de género, cae tambien en la misma categoria.

Concluye indicando, entre otras cosas, que al involucrarse la perspectiva de género en la actividad probatoria, no se toma en cuenta la naturaleza, finalidad y efectos de algunos conceptos que integran el razonamiento probatorio, lo cual puede llevar a modificaciones arbitrarias en la valoración de la prueba, inseguridad juridica, al aplicarse un estandar de prueba diferenciado y que no estaría fijado, y una exagerada tasa de falsos positivos, o condenas falsas o erroneas, debido a la

superposición de beneficios en una parte, dentro de lo que es el Estandar de Prueba, la carga de la prueba y las Ventajas Probatorias Asimétricas. (p.115-135)

Ahora bien, en contrapartida a esta posición, se encuentran aquellos que establecen la necesidad e importancia de la perspectiva de género, basados en la conclusión de que no se debe dejar impune las agresiones sexuales, y de que se debe eliminar todo sesgo de género en la valoración de las pruebas en este tipo de hecho, por parte de los jueces.

En este sentido, surgen posturas críticas al planteamiento inicial de Ramirez, entre las que destacan las realizadas por Gama (2019), el cual basa su análisis y conclusiones en tres puntos: el primero en la necesidad de reconocer el vínculo entre la perspectiva de género, y el feminismo sus perspectivas, ya que de no hacerlo se corre el riesgo de convertirse en una visión desprovista del potencial reivindicativo y crítico que le dio origen; de allí que establezca una definición de perspectiva de género, como una herramienta surgida y construida desde el feminismo, para identificar, develar y corregir las diferentes situaciones y contextos de opresión y de discriminación hacia las mujeres. El segundo, esta referido al alcance de la perspectiva de género en el ámbito probatorio, el cual comprende toda la prueba en general y de que todos los temas y problemas probatorios son susceptibles de examinarse con perspectiva de género. En tercer lugar, hace referencia a que el planteamiento con relación a la necesidad de corroborar el testimonio de la víctima, opera en detrimento de las víctimas y refuerza el escepticismo estructural hacia su credibilidad, además de que de exigirse la corroboración, la misma dejaría de ser un criterio de valoración de prueba, y se convertiría en una auténtica regla de decisión ante la falta de prueba. (p. 285, 296).

Así también Fuentes O. (2019), de forma un poco menos crítica, compartiendo algunas conjeturas relativas al trabajo de Ramirez, sin embargo realiza algunas matices en relación a la aplicación de la perspectiva de género en el proceso, la cual asume al igual que Ramirez como una herramienta que puede servir para desvelar aquellas instituciones, reglas y prácticas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación, con el propósito de derogarlas, transformarlas o

sustituirlas, y que debe estar presente en todo el proceso, desde el primer momento; añadiendo además que su papel en el proceso, es esencialmente importante al momento de que el juez interpreta la ley, a fin de desterrar prácticas o interpretaciones estereotipadas de género. Concluye indicando que a través de esta herramienta, se aspira a que los parámetros que utiliza el sistema de justicia para interpretar y aplicar la ley no refuercen, a través de una neutralidad axiológica vinculada a la igualdad formal, las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, consolidando de esta manera, la discriminación de estas últimas.

Con relación a la necesidad de corroboración del testimonio de la víctima, para su valoración y suficiencia al momento de enervar la presunción de inocencia, comparte también ese criterio, el cual es necesario, dado que la perspectiva de género en ese aspecto no puede más que establecer que la ponderación de dicho testimonio se realice suprimiendo aquellos estereotipos discriminatorios que de forma consciente o inconsciente, forman las máximas de experiencias en el juzgador; no obstante, concluye en este punto que dicha necesidad de corroboración, debe y es, respecto de los datos periféricos de los hechos delictivos que la víctima haya emitido en su declaración, por lo que exigir la corroboración del relato fáctico principal o de concretos elementos del tipo penal, supone exigir otras fuentes de prueba del delito, con la consecuencia de que dicho testimonio, en la práctica, nunca alcance el valor probatorio debido en consideración a las dificultades probatorias en este tipo de hechos. (p.271-284)

Por último, recogemos también los aportes realizados por Montesinos (2017) quien refiere que las pruebas que se practican en los procesos por violencia de género, no presentan divergencias en cuanto a sus modalidades o valoración, respecto de las pruebas de otros procesos penales, pero que sin embargo, se debe reconocer que a la problemática general que existe en toda la temática de prueba, se añaden los problemas que en concreto se tienen en este tipo de procesos, como ser las dificultades probatorias, ya que la mayoría de estos ilícitos se producen en el ámbito privado, en la intimidad familiar o doméstica, con exclusión de terceros que no forman parte de ese núcleo, por lo que la ausencia de testigos directos es la nota

comun, sumado a ello la actitud que muchas veces toma la víctima, en general pasiva y hasta obstructiva a la hora de investigar el hecho, por razones tales como la relación de sumisión o de dependencia frente al agresor, los lazos de afectividad todavía existentes, el miedo a represalias, el perdón, etc.

Por otra parte, resalta la parquedad probatoria en algunos procesos, en donde la obtención de elementos de corroboración de la veracidad de la declaración de la víctima, resulta clave, pero aun con esa exigencia, sostiene que el testimonio de la víctima, incluso cuando es la única prueba, es apto para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, lo cual no sucede de forma automática, al igual que el resto de pruebas, sino que debe someterse a la valoración del tribunal de juicio, quien a la hora de proceder a la valoración de la misma, debe tener presente especiales características y circunstancias que rodean a ese tipo de víctimas y a la particular relación que les une con el agresor, para poder comprender su comportamiento durante el proceso, el cual se manifiesta generalmente en el abandono del mismo, la no participación en actuaciones de investigación, retiro de la denuncia, modifica el contenido de su declaración inicial para lograr la absolución del acusado. Para considerar la valoración de la testifical única de la víctima, recurre a citar la fórmula o pautas de valoración establecidas en la jurisprudencia española, que refiere tres factores de razonabilidad en la misma: Ausencia de incredulidad subjetiva, Verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

Concluye en su estudio la necesidad de una mayor indagación y diligencia en la investigación y recolección de pruebas en este tipo de hechos, por parte de policías, fiscales y jueces, que abarquen todas las fuentes probatorias que puedan ser útiles en fase de juicio, entre las que se debe resaltar por ejemplo la necesidad de acudir a los testigos de referencia, que pueden constituirse en un medio de corroboración del testimonio de la víctima, muy útil en los supuestos antes indicados. En definitiva demanda el cumplimiento de la debida diligencia al momento de recabar el acervo probatorio suficiente para contar con un material probatorio óptimo que sustente una acusación firme, a sabiendas de que puede suceder con el comportamiento de la misma víctima, como se tiene indicado. (p.127-165)

7.1.2. Ámbito Nacional.

Las investigaciones sobre este en Bolivia, no se encuentran muy avanzadas, y esto en gran medida a que la implementación de la perspectiva de género en el juzgamiento es un tema que ha sido implementado en los últimos 6 años, y sobre el tema se han escrito muchas cosas, necesarias para justificar la necesidad de su implementación, la cual recalcamos, no realizamos objeción alguna. Si los escritos en relación con la valoración de las pruebas en el proceso penal en general, es algo que muy pocos autores han tratado en el contexto nacional²⁸, menos aún podemos hacer referencia al tema de la valoración de la prueba y la aplicación de la perspectiva de género; no obstante, se tiene identificado algunos artículos que muy bien pueden asimilarse en el problema motivo de investigación.

En ese sentido Noya (2016), quien basada en la investigación "La sana crítica del juez en la aplicación de justicia a casos de violencia contra las mujeres"²⁹, presenta uno de los seis casos estudiados que permite hacer una crítica al sistema de valoración de la prueba para dictar sentencia, denominada "la sana crítica del juez". Refiere que el sistema de la sana crítica ha sido adoptado y está vigente en la mayoría de las legislaciones de los países iberoamericanos, por considerar que logra un equilibrio entre la aplicación rígida de la norma y la libre convicción, llevando al juzgador/a a dictar resoluciones valorando la prueba en relación a elementos culturales, psicológicos y de contexto, no obstante, pone en tela de juicio el sistema de apreciación y valoración de la prueba para las resoluciones del juez, en una sociedad donde la lógica, la experiencia, el buen sentido y el entendimiento del juez, están absolutamente permeados por una cultura patriarcal y machista que rige el momento de dictar sentencias, como se pudo observar en los seis casos estudiados, dando lugar al "sesgo de género en la aplicación de justicia". (sección Justicia y Género, párr.1)

²⁸ Se puede citar como el más representativo, al Dr. Arturo Yañez Cortez, y su obra "Actividad Probatoria".

²⁹ Obra en conjunto con Lila Carrasco y María Esther Padilla, Serie Estudios e Investigaciones 8, Conexión Fondo de Emancipación y Centro Juana Azurduy de Padilla, en la cual se realiza una serie de análisis a los criterios y razones emitidos por distintos jueces del distrito judicial de Chuquisaca, en sus fallos a la hora de valorar la prueba en hechos de violencia contra la mujer.

La principal conclusión a la que llega el estudio es de que la “sana crítica del juez”, si bien es un sistema reglado y equilibrado de valoración de la prueba para dictar sentencia, presenta debilidades en su aplicación. Desde una perspectiva feminista, encuentra su principal límite en que el juzgador o juzgadora, al estar impregnado/a de una ideología patriarcal y androcéntrica, al momento de realizar la valoración de la prueba antepone esta ideología, emitiendo en sus fallos criterios cargados de prejuicios y subvaloración de la mujer, manteniendo jerarquías patriarcales y coloniales que tienden a perpetuar la situación de subordinación de las mujeres y con mayor rigor de mujeres en situación de pobreza y exclusión. Pese a que la Ley 348 muestra un avance fundamental en su base filosófica y política, superando el concepto de la violencia contra la mujer de una contravención a un delito, encuentra serias limitaciones en su aplicación, por los dispositivos culturales e institucionales. (sección Justicia y Género, párr.3 y 6)

Sostiene además que las condiciones en las que se encuentra una mujer en situación de violencia son realmente sombrías: su entorno familiar, sus propios sentimientos que la censuran, el agresor que pide perdón, la normativa que no responde a sus necesidades y la institucionalidad ajena a su dolor, la convierte en una verdadera presa del sistema patriarcal que opera de una manera meticulosa para lograr su propósito: mantener la estructura social jerarquizada y de ejercicio de poder abusivo de los hombres contra las mujeres. Ante ello, queda denunciar y combatir el patriarcado en todas sus expresiones, por más mínimas que sean, solo entonces, indica la autora, se habrá dado fin con todas las manifestaciones injustas y violatorias de los derechos de las mujeres, traducidas, en un sistema judicial que verdaderamente ejerza justicia sin sesgo de género, aplicando el sistema de la sana crítica de manera sana y saludable para la vida en sociedad. (sección ¿Qué hacer?, párr.2)

De otra parte, Montaña (2016) realiza un abordaje de la temática planteada desde un ámbito teórico normativo en general, estableciendo marcos conceptuales en relación a la violencia sexual, así como el abordaje analítico del marco normativo nacional e internacional referido al tratamiento de denuncias de violencia sexual, así

como una enumeración de los medios probatorios en delitos sexuales, resaltando de que en este tipo de hechos, de acuerdo a los estándares de la Corte IDH, por las características de ausencia de testigos, la actividad probatoria del delito es difícil de probar bajo los parámetros de valoración común de la prueba. De ahí que, en relación a la declaración de la víctima como medio de prueba, tiene un estatus especial y se constituye en un elemento de probatorio idóneo para formar la convicción en el juzgador, y apto para destruir la presunción *iuris tantum* de inocencia, incluso en aquellos supuestos en que sea la única prueba existente. En ese sentido, hace cita de la jurisprudencia de Perú que establece los parámetros de análisis de dicho testimonio: Ausencia de incredulidad subjetiva, Verosimilitud y Persistencia en la incriminación.(p.149)

Concluye de que la valoración de la prueba es potestad del juez o tribunal que juzga el hecho, y le asigna el valor correspondiente a cada elemento de prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, pero a la vez sostiene que esta valoración de la prueba, debe estar libre de preconcepciones o sesgos de género u otra condición, y tener presente en todo momento las pautas señaladas en la jurisprudencia de la Corte IDH, como el caso Rosendo Cantú vs México, que marca los estándares de valoración de la prueba testifical en hechos de violencia sexual. (p.153)

7.2.Tratamiento jurisprudencial: El testimonio de menores de edad víctimas, la valoración del testimonio de la víctima como prueba única para condenar y la valoración del testimonio contradictorio de la víctima.

La doctrina, como la jurisprudencia nacional e internacional ha permitido identificar tres aspectos o situaciones particulares que se presentan en la valoración del testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual: el testimonio de menores de edad víctimas, la valoración del testimonio de la víctima como prueba única para condenar y la valoración del testimonio contradictorio de la víctima.

7.2.1. El testimonio de menores de edad víctimas.

El procedimiento para la obtención y valoración en este caso, cobra un interés muy especial, ya que la importancia del testimonio de menores de edad, implica la

atención a un grupo reconocido por la jurisprudencia internacional como especialmente vulnerables que requieren de una protección reforzada.

En ese sentido, según Vara A., Manzanero A. y Vallet R. (2021),

para definir a una víctima como especialmente vulnerable la jurisprudencia valora dos tipos de criterios: i) las características propias de la víctima y ii) el tipo de delito cometido. Bajo el primer criterio se engloban a aquellas víctimas que corren el riesgo de sufrir una victimización secundaria y cuyos testimonios pueden verse gravemente afectados por procedimientos inadecuados de investigación; es decir, menores de edad, personas con DI, personas con trastornos mentales y ancianos de avanzada edad. Por otra parte, en función del tipo de delito se consideran especialmente vulnerables las víctimas de delitos sexuales, violencia de género y trata de personas. En particular, los menores de edad componen un colectivo de víctimas especialmente vulnerable para este tipo de delitos, debido a las limitaciones sobrevenidas por su desarrollo evolutivo y a la carencia de conocimientos y experiencia acerca de la sexualidad. (pp.3-4)

Los menores de edad tienen una competencia notable para informar de un recuerdo autobiográfico; sin embargo, la cantidad y la calidad de la información que aportan puede verse condicionada por las estrategias empleadas en la obtención de sus declaraciones. Así, en la práctica, es frecuente encontrar actuaciones de profesionales en las que predomina la obtención del testimonio mediante preguntas cortas, muchas veces sugestivas, más que como relato libre de los hechos, pudiendo contribuir a la alteración de la huella de memoria original. (Vara A., Manzanero A. y Vallet R., 2021, p.5)³⁰

Los niños son igual de capaces que los adultos a la hora de proporcionar información precisa sobre sus experiencias; no obstante, esta capacidad se ve mermada, no solo por las cualidades de sus recuerdos, sino también por factores cognitivos y sociales, como la inteligencia, la capacidad de lenguaje, los

³⁰ Estos mismos autores recomiendan emplear protocolos de entrevista, válidos y fiables, adaptados a las características especiales de la víctima, como —por ejemplo— el protocolo NICHD.

conocimientos previos, la deseabilidad social y la autoridad del entrevistador. Pese a existir variabilidad interindividual, la capacidad para evocar y describir unos hechos está considerablemente dominada por la variable edad. No es hasta los 3-5 años cuando se desarrolla la memoria episódica, estando en consecuencia más capacitados para aportar un recuerdo exacto y sensible a la sugestión e imaginación cuanto más mayores sean, gracias al aumento de la capacidad para diferenciar el esquema general de los detalles periféricos, de la cantidad de conocimientos oportunos para reconstruir el pasado y de la capacidad de recordar una mayor cantidad de detalles. Por lo tanto, se refleja una mayor consistencia en el recuerdo y cantidad de detalles en los relatos infantiles a medida que aumenta la edad. (Vara A., Manzanero A. y Vallet R., 2021, pp. 11-12)

Ahora bien, en el ámbito de la Jurisprudencia internacional, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha señalado que la declaración que rindan los menores de edad “está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental” o inmadurez psicológica³¹. La jurisprudencia de la Corte Suprema también estipula que el testimonio de menores de edad víctimas de violencia sexual, goza de especial confiabilidad. Al respecto se ha pronunciado señalando que ese testimonio adquiere gran credibilidad dada la naturaleza del acto y del impacto que genera en la memoria de las víctimas menores de edad; que el desconocimiento de la fuerza conclusiva que merece ese testimonio implicaría la transgresión del principio del interés superior del niño; y que la confiabilidad del testimonio de tales víctimas no se puede descalificar con el argumento de que la ley procesal penal no exige que el mismo sea rendido bajo juramento³². También ha dicho que no es posible demeritar el testimonio de víctimas menores de edad por la mera edad prematura o porque tengan una capacidad

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 24468, sentencia del 30 de marzo de 2006.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29740, sentencia del 19 de agosto de 2008.

imaginativa que les permite construir historias fantasiosas.³³ (Buenahora et. al, 2010, pp.137-138)

En tal sentido, se deben considerar algunos factores tales como: sugestibilidad, ansiedad y miedo (temor a castigo, el enfado de la familia por las consecuencias derivadas o la venganza del acusado)³⁴, sesgos como los de adquisencia (tendencia a responder afirmativamente a preguntas disyuntivas que requieren confirmación o negación) y familiaridad (la posibilidad de basar erróneamente sus respuestas en la familiaridad o sensación subjetiva de probabilidad entre varias alternativas ante las preguntas de opción múltiple o elección forzosa, por ejemplo ¿La camisa era roja o azul?, debiendo tener en cuenta que a mayor libertad en la elección de las alternativas de respuesta (preguntas abiertas, como el caso de ¿De qué color era la camisa?, más se reduce la probabilidad de aportar información falsa.) (Vara A., Manzanero A. y Vallet R., 2021, pp.12-14)

En Bolivia, el Tribunal Supremo de Justicia, a través del Auto Supremo 832/2017-RRC de 30 de octubre hubo establecido la validez de la declaración de la víctima Niña Niño y Adolescente, realizada ante profesional psicólogo en la fase de investigación, e introducida a juicio como elemento de prueba documental para su valoración, en aras de precautelar el interés superior del mismo de no ser revictimizado nuevamente en audiencia ni puesto frente a su agresor y que lo sitúan en una posición de vulnerabilidad.³⁵

Así también, en el Auto Supremo 268/2022-RRC de 21 de abril, se ha consolidado en cuanto al momento de valoración de la declaración testifical de los mismos, el principio de Presunción de Veracidad, bajo el siguiente entendimiento:

“IV.2. (...) Con el fin de garantizar el respeto del derecho de la niña, niño o adolescente, al acceso a la justicia, a ser oído y tomado en cuenta durante el proceso judicial que le involucre, se debe tomar en cuenta la regla de

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29117, sentencia del 2 de julio de 2008.

³⁴ Este es un aspecto que justifica la necesidad de la toma de declaración en menores de edad, en Cámara Gesell por única vez en la primera intervención que se realice en el hecho, y su uso válido en juicio oral, evitando la revictimización.

³⁵ Así también, el Auto Supremo 343/2020-RRC del 28 de julio de 2020.

credibilidad de la declaración o testimonio hecho por una niña, niño o adolescente, en base al principio procesal de presunción de verdad y considerando su derecho de participar activamente en la promoción, protección y vigilancia de sus propios derechos, a no ser que se demuestre falsedad o contradicción grave.

Lineamientos de Actuación: a) Bajo el principio de presunción de verdad, todo testimonio y declaración hecha por una niña, niño o adolescente, será tomada como cierta, no se considerará éste carente de credibilidad por su edad, siempre que cuente con el desarrollo necesario para prestar un testimonio o declaración inteligente y razonable de acuerdo a la valoración psico-social hecha por el Equipo Profesional Interdisciplinario. b) La valoración de la declaración o testimonio de la niña, niño y adolescente se hará de acuerdo a su edad, grado de desarrollo, condiciones y los informes especializados emitidos por el Equipo Profesional Interdisciplinario. c) La inconsistencia grave de la declaración o testimonio de una niña, niño o adolescente deberá ser demostrada ya sea por informes especializados del Equipo Profesional Interdisciplinario o prueba contraria, si por este motivo no se toma en cuenta dicho testimonio se le debe informar a la niña, niño o adolescente, aclarándole las razones”. (Tribunal Supremo de Justicia, 2022)

En relación a la doctrina antes indicada, la misma hallaría razón en lo que se tiene establecido por la Corte IDH en relación a la recolección de elementos de prueba en los casos en donde el NNA tenga que intervenir, debiendo limitarse dicha participación:

163. La Corte advierte que las niñas, niños y adolescentes víctimas, en particular de violencia sexual, pueden experimentar graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales causadas por el hecho violatorio de sus derechos, así como una nueva victimización a manos de los órganos del Estado a través de su participación en un proceso penal, cuya función es justamente la protección de sus derechos. En este sentido, si se estima que la participación de la niña, niño o adolescente es necesaria y puede contribuir

con la recolección de material probatorio, deberá evitarse en todo momento la revictimización y se limitará a las diligencias y actuaciones en donde su participación se estime estrictamente necesaria y se evitará la presencia e interacción de aquellos con su agresor en las diligencias que se ordenen. (Caso V.R.P., V.P.C.* y otros vs. Nicaragua, 2018)

Siguiendo en ese sentido la Corte IDH, ha recalcado la necesidad de un estándar en relación a la **debida diligencia reforzada** y el deber de protección especial en investigaciones y procesos penales relacionados con violencia sexual cometida contra niñas y niños y el deber de no revictimización.

Así, en este alto Tribunal se indica lo siguiente:

104. Así, todos las y los funcionarios y autoridades que intervienen en las investigaciones y en el proceso penal relacionado con la violencia sexual deben estar especialmente atentos para evitar que las víctimas sufran aún más daños durante esos procedimientos. En el curso de la investigación y el proceso judicial, las niñas, niños y adolescentes víctimas no solo deben ser tratados de manera adaptada a ellas/os, sino también con sensibilidad, “teniendo en cuenta su situación personal, sus necesidades, su edad, su sexo, su discapacidad y su grado de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral”.

106. Conforme la Corte ha establecido, los Estados deben garantizar que (i) el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña, niño o adolescente; (ii) el personal encargado de recibir el relato, incluyendo autoridades fiscales, judiciales, administrativas, personal de salud, entre otras, esté debidamente capacitado en la materia, de modo que la niña, niño o adolescente se sienta respetado y seguro al momento de relatar lo que le sucedió y expresar su opinión y en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado, que permita que relate los hechos ocurridos o sus vivencias de la manera que elija, sin la utilización de un lenguaje ofensivo, discriminatorio o estigmatizante por parte del personal; (iii) las niñas, niños y adolescentes sean tratados a lo largo del

proceso penal con tacto y sensibilidad, explicándoles la razón y utilidad de las diligencias a llevarse a cabo o la naturaleza de los peritajes a los cuales se le someterá, siempre con base en su edad, grado de madurez y desarrollo, y conforme a su derecho a la información; (iv) las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual tengan respectada su intimidad y la confidencialidad de la información, de ser el caso, evitando en todo momento la participación de estos en una cantidad excesiva de intervenciones o su exposición al público, adoptando las medidas que sean necesarias para evitar su sufrimiento durante el proceso y causarle ulteriores daños; (v) la entrevista con la niña, niño o adolescente víctima de la violencia sexual, la cual debe ser videograbada, se lleve a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones, no pudiendo ser interrogada en forma directa por el tribunal o las partes; (vi) las salas de entrevistas otorguen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, que les brinde privacidad y confianza a las víctimas, y (vii) que las niñas, niños y adolescentes no sean interrogados en más ocasiones que las estrictamente necesarias, atendiendo a su interés superior, para evitar la revictimización o un impacto traumático. (Caso Angulo Losada vs. Bolivia, 2022)

7.2.2. La valoración del testimonio de la víctima como prueba única para condenar.

Como se ha hecho referencia, una de las dificultades en la actividad probatoria en los hechos de violencia sexual, muestran que la única prueba de cargo resulta ser la misma declaración de la víctima, y frente a ello, resulta una tarea muy compleja, no sólo para el Ministerio Público demostrar su acusación, sino más aún al juez, quien en última instancia deberá valorar dicha declaración a los fines de establecer la suficiencia de la misma para poder vencer la presunción de inocencia del encausado.

Di Corleto y Piqué (2017) siguiendo esa línea que trazan los instrumentos internacionales que en materia de Derechos Humanos rigen esta temática, refieren

que la Corte IDH ha reconocido que las agresiones sexuales se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores y que, ante la falta de pruebas gráficas o documentales, la declaración de la víctima es fundamental³⁶. (p.428)

Refiere Manuel (2012), que ante la "*notitia criminis*" de una agresión sexual,

la firme imputación por parte de la damnificada sumada a la incorporación de indicios relevantes resultan suficientes para sospechar que la posible comisión y participación en el hecho por parte de una persona determinada, pueda tenerse por acreditada. En esa dirección se sostiene que la firme imputación de la víctima sumada a la incorporación de indicios relevantes, son suficientes para sospechar que el imputado participó en el delito achacado, máxime en este tipo de delitos que se desarrollan casi siempre fuera de la presencia de terceros. Por tal razón, es un indicio fundamental, la fiabilidad del testimonio de la víctima, de manera tal que si sostiene firmemente su imputación y a ellos se suman otros indicios, como los testimonios de personas que hubiesen apreciado su estado de congoja, un informe psicológico que revele una marcada agresividad o angustia y un comportamiento distante y temeroso, propio de quien ha sufrido una traumática experiencia. También es fundamental que se establezca pericialmente, que la víctima no es una persona fabuladora, haciendo hincapié en la inexistencia de motivo alguno como para perjudicar gratuitamente al imputado. Reunidos estos elementos, comienza a visualizarse un cuadro probatorio de entidad suficiente. (punto I párr.1)

En consecuencia, se afirma, como refiere Montesinos (2017,) que el testimonio de la víctima, incluso cuando es la única prueba, es apto para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Su declaración tiene naturaleza de prueba testifical y,

³⁶ Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 100, y *J. vs. Perú*, párr. 323; *Espinoza González vs. Perú*, párr. 150.

como tal, puede convertirse en prueba de cargo suficiente³⁷. Lo que, sin embargo, no sucederá de manera automática sino que, al igual que el resto de pruebas, debe someterse a la valoración del tribunal enjuiciador (p.130).

Así, en la jurisprudencia española, se ha declarado que aún cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de tres requisitos: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio, -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso- sinó una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento; en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; 3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad. (Tribunal Supremo, 2000, p.3)

³⁷ En Bolivia, el Auto Supremo 145/2013-RRC de 28 de mayo, refiere que “En el sistema actual, a diferencia del sistema anterior, el Juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba, ni a las presunciones que ésta defina, de ahí que puede convencerse por lo que le diga un único testigo, frente a lo que digan varios.”

En ese sentido, se habla de la llamada declaración del testigo-víctima como una declaración privilegiada bajo el argumento de que es necesario atribuir un especial valor convictivo a su testimonio porque, de otro modo, quedarían impunes conductas de suma gravedad, que habitualmente se producen en la clandestinidad. El *argumento*, reiterado en no pocas sentencias es «que nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad». (Andrés Ibañez, 2020, p.91)

Sobre este punto, la jurisprudencia boliviana, refiere lo siguiente:

Al respecto, también resaltó que la doble cualidad de testigos-víctimas, propicia una específica y atenta ponderación circunstanciada que, por un lado, ofrece fiabilidad; y, por otro, permite prestar una extremada atención a los detalles del lugar, tiempo y modo, como datos objetivos que ofrece la versión de los agredidos prestada en el acto del juicio oral bajo la garantía de oralidad, contradicción e inmediación... (Tribunal Supremo de Justicia, 2015, punto III.3 párr.8)³⁸

No obstante lo antes referido, como todo en el derecho, dicha afirmación no puede estar ajena a las posiciones que afirman la necesidad de comprender de una mejor forma dicha consecuencia o efecto que se pretende atribuir a la sola declaración de la víctima, ya que se debe tomar en cuenta que ante ese planteamiento, se estaría también ingresando a la esfera de la presunción de inocencia, como un elemento sujeto a ponderación que se puede ver comprometido, de acuerdo al enfoque que se le atribuya.

³⁸ En el mismo sentido, se refiere la STS 691/2000 emitida por el Tribunal Supremo español en fecha 02/02/2000. La finalidad perceptiva que otorga el Principio de Inmediación a las declaraciones de los que normalmente tienen en aquéllos la doble cualidad de únicos testigos-víctimas, propicia una específica y atenta ponderación circunstanciada que, por un lado, aparece si cabe como más rigurosa y exigente en lo que a la fiabilidad se refiere y, de otro, sugiere prestar una extremada atención a los detalles de lugar, tiempo y modo que, como datos objetivos complementan la constatación narrativa que, en casos como el presente, ofrecen la versión prestada por el agredido que debidamente analizados por el Tribunal "a quo" conducen a declarar injustificado el Motivo y su consecuente desestimación, pues en el presente supuesto la afirmación inculpativa de la Sala una vez ultimado su global proceso valorativo han de tenerse por cumplidas las notas que tratan de asignar la garantía de certeza de las declaraciones de las víctimas de este tipo de delitos..."

En este punto, vale hacer referencia a aquellos aspectos o criterios de valoración de la prueba testifical tratados anteriormente: «ausencia de incredibilidad subjetiva», «verosimilitud» y «persistencia en la incriminación», que dentro de legislaciones como la española y peruana, vienen siendo aplicadas como una forma de realizar un mejor control en relación a la valoración del testimonio, especialmente en este tipo de hechos.

Por ello, como refiere Andres Ibañez (2020):

no es que el contenido de una testifical de cargo que supere ese triple filtro deba ser tenido como válidamente inculpatario. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera debería ser desestimado *a limine* como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará *atendible en principio*, y, por tanto, estará justificado —en un segundo momento— entrar en el análisis de su contenido para confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, como forma de evaluar la calidad de los datos. (p.91)

De otra parte, este mismo autor, manifiesta su desacuerdo con la referencia a la condición de testigo-victima en hechos de violencia sexual, al que cataloga como un criterio aberrante, porque la valoración de un elemento de prueba no puede hacerse depender de un estado de opinión, ni de la gravedad del delito, ni tampoco de la demanda social de represión de determinadas conductas, por más graves que estas sean. Pero lo cierto es que cada época tiene sus emergencias, de ahí que aquel no acabe de abandonar el campo. El derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, goza de una vigencia absoluta y no condicionada ni condicionable, y requiere que la condena tenga como fundamento la acreditación del delito y su autoría con certeza práctica, alcanzada como fruto de un examen del material probatorio presidido por la racionalidad, que se exprese en un fallo suficientemente justificado en todos sus extremos relevantes. Que es por lo que no cabe hablar de *pruebas privilegiadas* en su calidad convictiva, sin que se produzca una grave degradación de aquel. En efecto, pues la condición, por principio, de testigo privilegiado de alguien, determina la degradación de la presunción de inocencia del afectado por su testimonio inculpatario. (Ibañez, 2020, p.91-92)

Por su parte, se recoge los aportes de Jose Luis Ramirez, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, rescatados por Carmen Vazquez en redes sociales, quien refiere en su Sentencia No.344/2021, que la doctrina del testimonio privilegiado puede ser entendida de varias formas:

a) El testimonio de la víctima tiene más valor que otros testimonios o pruebas porque, debido a su condición de víctima, el testigo ha presenciado el hecho. De concebirse así, la conclusión de fondo sería incompatible con el artículo 24.2 CE: si en el marco del proceso el acusado tiene derecho a cuestionar no sólo su participación, sino también la misma existencia del hecho y, por tanto, la invocada condición de “víctima”, que no precede al proceso, sino que es su consecuencia, ello impide otorgar a esta última la pretendida condición de testigo cualificado. La formulación implicaría presumir la existencia del hecho por el solo dato de que hay un testigo que afirma ser víctima.

b) El testimonio de la víctima tiene un “valor especial”. Ahora bien, en tal caso, no se nos dice en qué radica la especialidad del testimonio, lo que parece remitirnos implícitamente a la posición que acabamos de ver o, al menos, introducir una subespecie de prueba tasada, comprometiendo el principio de libre valoración de la prueba.

c) Finalmente, si lo que se quiere afirmar es que, en el caso de que lo que dijera la víctima fuera verdad, habría algunos elementos en su testimonio que necesariamente deberían estar presentes y no otros, fruto de haber presenciado el hecho, nos encontraríamos ante las mismas objeciones vistas en a) y en b). Por otro lado, tal posición parece defender que el valor probatorio del testimonio dependerá de la concurrencia de determinados elementos, semánticos o gestuales, lo que remite a ciertos arquetipos o prototipos de víctimas desconociendo la perspectiva de género.

Si sostenemos que quien sufre o vive un hecho va a narrarlo de forma determinada, corremos el riesgo de utilizar estereotipos en el razonamiento, pues un testigo es un ser humano único e irrepetible y, por ello, su

gestualidad, su forma de expresarse, también lo es. Hay víctimas cuyos testimonios pueden ser pobres, pero eso no significa que la información que aporten sea falsa. Hay víctimas de delitos muy graves, como la trata de personas, que han sufrido años de explotación, con vejaciones de muy diverso tipo, en distintos lugares y tiempos, y cuyos testimonios en el juicio oral, si no se han preconstituido adecuadamente, pueden ser planos y poco emotivos, debido al olvido, a las interferencias en el recuerdo o al sufrimiento que genera bloqueo. Por eso no es sostenible la idea de que las víctimas necesariamente van a narrar los hechos de una forma determinada, pues eso puede desembocar en el estereotipo de “víctima ideal”.

Por otra parte, es interesante destacar la idea de que en materia de prueba testifical suelen oponerse los términos verdad y mentira, como antónimos. Sin embargo, lo correcto es distinguir entre verdad y falsedad, por un lado, y mentira y sinceridad, por otro, pues el testimonio puede ser falso tanto mediante mentiras como mediante errores sinceros (errores en la percepción, o incluso errores en la verbalización de lo percibido). La distinción es importante pues un testigo puede ser sincero (porque cree que lo que narra se corresponde con lo sucedido) y falso (porque percibió mal el hecho o interpretó lo percibido de forma errónea). (Vazquez, 2021)

Por su parte, Di Corleto y María Pique (2017) señalan que en la evaluación de la declaración de la víctima, en el caso *Penal Castro Castro*, la Corte IDH sostuvo que el testimonio de las mujeres tenía que ser valorado especialmente como prueba “necesaria y suficiente”. Esta interpretación no exime de recabar otros elementos de prueba, pues que un testimonio sea necesario y suficiente no significa que sea excluyente, ni que se deba alterar el concepto de investigación exhaustiva que obliga a recolectar todos los medios de prueba disponibles. En efecto, esta observación cobra más relevancia cuando se advierte que en muchos casos el fallecimiento de la víctima obliga a buscar otros medios de prueba. Por otra parte, las estadísticas sugieren que hay una alta tasa de abandono y que las víctimas se

retractan o bien retiran la denuncia, con lo cual muchas veces no son tomadas en serio. (p.431)

Debe quedar claro en consecuencia, que el carácter de prueba esencial, necesaria y suficiente, que tiene la declaración de la víctima en este tipo de casos, no implica en consecuencia la posibilidad de asimilar su valor probatorio al de una prueba tasada, mas al contrario, obliga a realizar mayor diligenciamiento en cuanto se puedan establecer a partir de la misma, medios de corroboracion que permitan dotar de mayor fuerza probatoria a la misma.

En ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia³⁹, al momento de analizar las dificultades y limites probatorios en materia de violencia sexual, hubo señalado lo siguiente:

En ese orden en los procesos por violencia sexual cobran especial importancia determinados medios de prueba, tales como: i) los **dictámenes periciales**, que le permiten al juez incorporar máximas de la experiencia ajenas a su conocimiento profesional por su carácter técnico y especializado; ii) los **indicios**, dado que el abuso suele producirse en circunstancias en las que no hay testigos directos ni rastros fisiológicos de los hechos; y, muy especialmente, iii) el **testimonio de las víctimas**, pues frecuentemente es el único elemento probatorio disponible, también por las condiciones en que ocurren los hechos. (Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 2020)

A traves de ello se puede establecer que en cierto modo la doctrina procesal boliviana en la materia se posiciona en la linea de establecer elementos de corroboración del hecho al margen de la declaracion de la victima. Pero aun asi, siendo en la generalidad de los casos el testimonio de la victima el que mas se presenta, debe tenerse en cuenta que su corroboracion es necesaria en un sistema de valoracion racional de la prueba como el que se plantea.

Al respecto, refiere Andres Ibañez (2020) a momento de criticar la minima exigencia de corroboración que se plantea en los hechos de violencia sexual, que el elemento

³⁹ Auto Supremo 179/2020-RRC de 17 de febrero

de corroboración debe recaer, no sobre la atendibilidad del declarante, sino sobre lo declarado por él, sobre circunstancias que relacionarían al destinatario de la imputación o de la coimputación con el hecho imputado. Esto es, sobre aquello cuya veracidad se trata de confirmar, para que pueda entenderse acreditado. Por tanto, la valoración de esta prueba compleja tiene que producirse en tres tramos, los relativos:

a la credibilidad del testigo-víctima o del coimputado que imputa a otro; a la consistencia interna de la declaración inculpatoria; y a la existencia de elementos de corroboración de otra fuente. En fin, el elemento de corroboración debe estar referido, no genéricamente al destinatario de la imputación, sino al mismo *en relación con* el hecho objeto de esta. Por tanto, no se trata de contar (como muchas veces se dice) con datos vagamente relativos a circunstancias de las llamadas «periféricas», sino que, del mismo modo que la información inicial, la que se cruce con esta debe servir para conectar, indirecta pero eficazmente, al imputado con la acción delictiva que se le atribuye. (p.94)

Un caso para análisis se tiene en el Auto Supremo 109/2018-RRC, en el cual se puede verificar el nivel de corroboración que se exige en relación a lo vertido por la víctima:

III.2.1. (...) A continuación la sentencia apoya ese relato en la corroboración de otros elementos, así el contenido de las pruebas MP5, informe social de 15 de octubre de 2015, labrado por personal de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia; MP7, Informe Social realizado por personal del IDIF y con la declaración brindada por el padre de la víctima, sobre la que el Tribunal de sentencia detectó la existencia de “conexión lógica” (sic) con el contenido de la prueba MP2, esto es cuando el mismo halló a su hija en compañía de un tercero y mediando un regaño la menor confesó que había mantenido relaciones sexuales con el hoy imputado. En lo demás; es decir, otros elementos vertidos en esa declaración no fueron tomados en cuenta por considerarse que “el padre de menor es de origen aimara, su idiosincrasia

cultural, su escasa instrucción y la dificultad de comunicación que fue evidenciada por el Tribunal en juicio” (sic). Asimismo el relato inicial de la menor fue apuntalado en sentencia con la prueba MP3 que es un Certificado Médico Forense, del cual se extrajo lo siguiente: “...desgarro antiguo a nivel de las 6 según las manecillas del reloj, que sugiere presión y penetración de un objeto romo duro compatible con el pene en erección”. Finalmente la Sentencia halló concomitancia con la prueba pericial psicológica practicada a la menor, que concluyó “que el relato de la víctima es altamente creíble, determinando que la adolescente tiene estrés pos traumático en un grado crónico y trauma psicológico a consecuencia del Hecho” (sic).

Como se tiene expuesto, la sentencia posee un eje central basado en las alegaciones de la víctima, a partir del cual emprende su ejercicio de valoración probatoria y sobre la que los demás elementos de prueba y los propios razonamientos extractados de los mismos convergen”. (Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 2018)

Puede considerarse, en el caso puesto a consideración, que en cierto modo se busca ir un poco más allá de la simple corroboración periférica o mínima corroboración, la cual generalmente se sustenta en el informe o entrevista psicológica de la víctima y el certificado médico forense⁴⁰, en este caso, se añaden informes sociales y del IDIF, que, sumados a la declaración de terceros, como el caso de padre de la víctima, para llegar a una conclusión, como indica lógica.

Llegado a este punto, parece necesario ir delimitando algunos puntos o criterios que se debe tomar en cuenta a momento de considerar el testimonio único de la víctima de violencia sexual, partiendo de los aportes de Di Corleto (2015b) para quien, al momento de valorar el testimonio único de la víctima frente al imputado, debe considerarse los siguientes aspectos:

⁴⁰ Aunque es necesario aclarar, que la Corte IDH ha establecido como un criterio guía de que en las violaciones sexuales la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la víctima. Caso Espinoza Gonzales Vs. Perú, párr.153.

- La declaración de la víctima debe ser evaluada a la luz de su coherencia interna. La solidez o fragilidad del testimonio incriminatorio debe medirse en función de la exhaustividad del relato, sin llegar al extremo de requerir detalles que alteren la esencia.
- La declaración de la víctima debe analizarse teniendo en cuenta si entre ella y su agresor existe o existió una relación asimétrica de poder, para lo cual también será imprescindible considerar cualquier variable de vulnerabilidad que afecte su expresión en el juicio. En este examen deberían tenerse en cuenta, por un lado, los posibles contactos entre la víctima y su victimario y la existencia de amenazas o manipulaciones que alteren el relato; y por el otro, la gravedad de las consecuencias negativas generadas por la denuncia en el plano económico, afectivo o familiar. Para estos supuestos, es el relato de la propia víctima el que brindará información sobre estos indicadores.

Finalmente, para valorar en forma adecuada la declaración de la víctima, los órganos judiciales deben despojarse de todo prejuicio. En este campo, los estereotipos de género, generalmente organizados a partir de las categorías de “mujer honesta”, “mujer mendaz”, “mujer instrumental”, “mujer co responsable” y “mujer fabuladora”, pueden afectar el juicio imparcial, por lo que debe velarse por su erradicación. (pp.10-12)

7.2.3. La valoración del testimonio contradictorio de la víctima.

Señalan Di Corleto y María Pique (2017), que entre las dificultades en la valoración de la prueba en supuestos de violencia de género se destacan, por un lado, las eventuales alteraciones o contradicciones en el relato de la víctima; y por el otro, su actitud en relación con la denuncia y el proceso penal en su totalidad. En cuanto a las supuestas inconsistencias en el contenido, estas deberían ser contrastadas con la cantidad de veces que las víctimas son llamadas a declarar. La ausencia de mecanismos de registros de denuncia o la impericia de los operadores judiciales que no agotan la totalidad de las preguntas son algunos de los factores que determinan que las mujeres sean citadas en un sinnúmero de oportunidades y que se observen modificaciones en el relato.(p.429)

También deben ser tenidas en cuenta las consecuencias que estos hechos pueden producir en la memoria de las víctimas. En esta línea, en los casos *Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega Vs. México*, en los que el Estado de México cuestionaba la credibilidad de las declaraciones de las víctimas de violencia sexual, la Corte IDH reiteró la importancia de los dichos de las mujeres y exigió que se fuera cuidadoso con el examen de las posibles inconsistencias en sus relatos. De allí que haya advertido que lo traumático del momento padecido repercute en ciertas imprecisiones en la memoria y que, en la medida en que estas no recaigan sobre aspectos sustanciales, no deben afectar la credibilidad de la mujer.⁴¹ (Di Corleto y María Pique, 2017, p.429)

El contexto en el que se brindan los testimonios también es una variable a tener en cuenta; en ese sentido, señala la autoría que en el caso *J. vs. Perú*, la Corte IDH consideró que las imprecisiones en los relatos de la víctima se explicaban por el hecho de que habían sido rendidos como parte de la misma declaración instructiva realizada dentro del proceso penal, la cual había sido suspendida y continuada en varias oportunidades. Por lo tanto, no resultaba razonable exigir que la víctima declarara sobre todos los maltratos y la violencia sexual que habría padecido en cada oportunidad en que se dirigía a las autoridades estatales.⁴² En consecuencia, se reconoce que la declaración de la víctima debe valorarse teniendo en cuenta si entre ella y su agresor existe o existió una relación asimétrica de poder. En este examen deberían tenerse en cuenta, por un lado, los posibles contactos entre la víctima y su victimario y la existencia de amenazas o manipulaciones que alteren el relato; y por el otro, la gravedad de las consecuencias negativas generadas por la denuncia en el plano económico, afectivo o familiar. Para estos supuestos, es el relato de la propia víctima el que brindará información sobre estos indicadores. En ningún caso la retractación o variación de las declaraciones procesales de la víctima pueden ser invocadas como un indicio contingente de falsedad de la imputación. (Di Corleto y María Pique, 2017, p.430-431)

⁴¹ Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 91 y *J. vs. Perú*, párr. 325.

⁴² Corte IDH, *J. vs. Perú*, párr. 325 y 351.

En la jurisprudencia colombiana, se ha establecido que el Estado está en la obligación de investigar de oficio los delitos sexuales de modo que aún, en el evento de que la víctima se retracte de las afirmaciones hechas en la denuncia o cualquier otra diligencia previa al juicio, el proceso deberá continuar. En este sentido la retractación o desistimiento en estos delitos no es una causal de extinción de la acción penal.⁴³ (Buenahora et. al, 2010, p.141)

En Bolivia, la norma del art.94 de la ley 348 establece que ninguna mujer tiene la responsabilidad de demostrar aquellos actos o situaciones que impliquen violencia hacia ella, siendo una atribución y responsabilidad exclusiva del Ministerio Público. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, hubo dejado claro que, a la luz del debido proceso en estos casos, debe primar el principio de investigación de oficio en su maxima expresión.⁴⁴

Ahora bien, el Tribunal Constitucional Plurinacional⁴⁵, haciendo cita de lo establecido por la Corte IDH en el Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Párrafos 105 y 106, hubo interpretado de que las probables contradicciones de la víctima de violencia sexual, deben ser analizadas con perspectiva de género:

III.3.1. (...) Asimismo, la Corte IDH, estableció que las posibles inconsistencias internas en la declaración de la víctima de violencia sexual - más aún, si es una niña, niño o adolescente- producidas por la expresión, uso del lenguaje, traducción, intervención de terceros, no resultan sustanciales, por cuanto, no es infrecuente que respecto de hechos de esta naturaleza puedan existir algunas imprecisiones. Así, los desacuerdos intrasujeto; es decir, las contradicciones de la persona víctima de violencia sexual, no pueden reducirse a la conclusión que la víctima hubiere mentado, sino, que deben ser valoradas conforme a la naturaleza del hecho. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2018)

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 12767, sentencia del 18 de octubre de 2000.

⁴⁴ Así se tiene establecido en la SCP 0017/2019-S2.

⁴⁵ SCP 0353/2018-S2 de 18 de julio.

Siguiendo lo antes referido, resulta muy interesante lo resuelto en el Auto Supremo 825/2917-RRC, con relación al caso de presentarse contradicciones entre la primera declaración de la víctima al momento de iniciarse el proceso, y la que se dio por la misma en juicio oral:

“III.3. (...) En el caso de autos, se evidencia que la Sentencia parte de la identificación de dos versiones otorgando credibilidad a la planteada por la parte acusadora en el acto de juicio con base a la labor valorativa de los informes y declaración de la psicóloga y las versiones cambiantes de la menor, destacando la versión de la víctima el mismo día que se inició la investigación, oportunidad en la cual refirió haber sido víctima de abuso sexual de parte de su padre, siendo corroborada esta declaración con la testifical de la psicología Cinthia Salazar Barrios y que si bien la primera versión de los hechos intentó ser cambiada por la propia víctima en la audiencia de juicio, el Tribunal de Sentencia asumió que ello obedecía a los sentimientos de culpabilidad y autoincriminación como emergencia de las consecuencias derivadas del proceso en el ámbito familiar, criterio asumido en aplicación del principio de inmediación que tiene el Tribunal de Sentencia y que le permita tener contacto directo con los testigos y demás pruebas, lo que no sucede con el Tribunal de alzada y menos con el de casación; por esta razón, no es válido el reclamo del imputado en sentido de que el Auto de Vista hubiese incurrido en falta de control en la valoración probatoria efectuada en sentencia, por cuanto en el ámbito de la relevancia de determinados pruebas, el Tribunal de Sentencia fundó válidamente la condena dispuesta en contra del imputado, resultando suficientes y razonables las respuestas brindadas por el Tribunal de alzada en sentido de que la condena tuvo como fundamento principal la declaración de Cinthia Salazar Barrios en base a la primera entrevista realizada a la menor y del porqué se aportó de una posterior declaración de la víctima; pues debe tenerse en cuenta que en aplicación de la sana crítica, el juzgador puede afianzar su convencimiento no en el número de pruebas o testigos introducidos al juicio, sino más bien en torno a su pleno convencimiento

conducido por su recto entendimiento; por ende, no se puede exigir un número determinado de pruebas o deposiciones coincidentes de los testigos, si uno solo puede crear convicción en el juzgador.”⁴⁶ (Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 2017)

Se rescata de la misma, que el tribunal considera la primera declaración como la mas confiable, ello considerando elementos que influyeron en relación a la segunda declaración dada en juicio oral y en donde negaba el hecho en relacion al imputado, su padre, aspecto que influye en el sentimiento de culpabilidad que se dá en ese sentido, aplicando una perspectiva de analisis mas integral, propia del enfoque de género, llegando incluso a establecer aspectos corroborativos a traves de la declaración de una tercera persona, que en todo caso es la psicóloga que la entrevistó en un primer momento, y a traves de la cual llego a formarse la convicción sobre la responsabilidad penal del imputado. En este caso, se presentan las tres situaciones que se describen en el presente titulo, lo cual acredita aún mas la importancia de abordar este asunto.

De otra parte, vuelve ser evidente la necesidad de corroboracion del testimonio a traves del adecuado conocimiento y manejo del contexto de violencia, lo cual halla sustento en el principio de Amplitud Probatoria, el cual, según refeire Roca (2022) citando a Piqué, es entendido como un principio que ordena la recolección como la

⁴⁶ Algo muy importante que resaltar de esta resolución, y que permite abrir espacio para el análisis en otro estudio, es que el Tribunal de sentencia estableció en su resolución valorar las condiciones de la víctima en su declaración en juicio, sus gestos, señas y demás particularidades que le permitieron convencerse de que la misma estaba cambiando su declaración para favorecer a su agresor, al ser este su padre. En este sentido el Tribunal Supremo de Justicia considera esencial el principio de inmediación y por el cual limita su ámbito de control sobre la valoración de dicha testifical.

Al respecto, resulta trascendental las observaciones que plantea José Luis Ramírez, en su ponencia ya citada por Carmen Vázquez en el presente caso, al indicar que: *“los aspectos personales relativos al testigo, ajenos a la calidad de la información verbal que proporciona, tales como su apariencia física, disposición, gestualidad, seguridad o nerviosismo, que tradicionalmente se han sobrevalorado por un mal entendimiento del principio de inmediación, no sólo son equívocos, como enseña la psicología del testimonio, sino que, además, no son controlables intersubjetivamente, por lo que no satisfacen las exigencias motivadoras (...). Ello no significa que lo gestual no juegue un papel en el marco del juicio oral con inmediación, pero tal papel lo desempeña fundamentalmente para la acusación y la defensa, en tanto el nerviosismo o la inseguridad de la persona que declara ante una pregunta comprometedora puede ser un indicador para el interrogador de que debe insistir en la línea de inquisición abierta; pero el juzgador ha de atenerse a los aspectos semánticos, al contenido narrativo del discurso. En definitiva, la inmediación no es un método mágico o místico de adquisición del conocimiento, sino simplemente un medio a través del cual el juzgador entra en contacto con el material probatorio, medio que no debe servir de pretexto para blindar la valoración probatoria y hacer imposible la revisión de la corrección de su valoración.”* (Vazquez, 2021)

valoración de la prueba, en los casos que involucran violencia de género. Exige a los órganos de persecución investigar con debida diligencia y recolectar ciertos elementos de prueba, sobre todo con relación al contexto, y obliga a los operadores judiciales, en particular a los jueces, a valorar la prueba de una forma que no sea discriminatoria y tomando en consideración las características de los hechos. En este tipo de cuestiones, dicho principio estaría más del lado de la víctima y sobre la misma se deben tomar en cuenta las “circunstancias especiales o contextos de violencia”, y quienes son sus naturales testigos. (p.37)

Siguiendo con esa línea, la Corte Suprema de Justicia del Perú, ha señalado lo siguiente:

(...) El hecho de que exista retractación del testimonio inculpatario es un dato significativo, pero no conlleva inexorablemente a la imposibilidad de conferir mérito a las manifestaciones preliminares, más aún si estas contaron con la presencia del representante del Ministerio Público y se constataron corroboradas por una serie de elementos externos. Tales declaraciones, siguiendo un criterio objetivo de cercanía e inmediatez con el suceso criminal, revelan datos específicos y contundentes, en un clima de espontaneidad manifiesto. Si una víctima de agresión sexual, a pesar del perjuicio irrogado, ofrece un relato circunstanciado y lineal, con referencias fácticas precisas y coetáneas, y sin recurrir a exacerbaciones, dicho testimonio resulta prueba valorable. Tendrá virtualidad para fundar una condena penal, siempre que en el proceso investigativo vayan surgiendo corroboraciones periféricas inequívocas, respecto a, por ejemplo, los signos físicos en su anatomía, o sobre secuelas en su personalidad, entre otros. (Corte Suprema de Justicia, 2018, sumilla 1)

Así también, realiza una importante apreciación en torno a la forma de valorar dicha retractación, especialmente cuando la víctima es NNA:

(...) Lo descrito, como tal, se constituye como un error lógico, pues en la sentencia impugnada no se han descartado y/o enervado otras hipótesis alternativas, que siendo igualmente racionales pudieron haber conducido a

otro resultado fáctico: es una máxima de la experiencia aplicada a delitos sexuales acaecidos en el seno familiar (y, por ende, clandestinos), que la retractación de las víctimas esté originada por el influjo directo de algún familiar o incluso un tercero, que procura encubrir el hecho o la culpabilidad del agente delictivo. Resultan esclarecedoras las especiales características de las víctimas en delitos contra la indemnidad sexual, ante hechos que ellas desconocen, cuyo significado es desconocido por su corta edad y que cuando el delito lo comete una persona de su entorno, les cuesta formular la denuncia por miedo o por temores⁴⁷. Este escenario debió ser ponderado para confirmar o descartar el presunto resentimiento. De haber ocurrido esto último (por ausencia de pruebas objetivas), las declaraciones primigenias se habrían mantenido incólumes y existiría proscripción para concederle un valor diferente al otorgado en primera instancia. (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2018, párr.10)

Por último, la Corte IDH ha referido en relación a las impresiones de las declaraciones de víctima de violencia sexual:

Párr.150. (...) Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar²³⁹, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente. La Corte, igualmente, ha tenido en cuenta que las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, la Corte ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad. (Caso Espinoza Gonzales Vs. Perú, 2014)

⁴⁷ Similar argumento es el que se expresa por el TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA en el Recurso de casación número 10621/2017, de fecha 13 de junio de 2018, fundamento jurídico segundo.

En consideracion a lo antes indicado, desde la doctrina surgen importantes aportes en relacion al tratamiento del analisis de la retractacion.

8. Consideraciones finales.

8.1. El cuidado de la no revictimización.

Refieren Elena Rocca y Angélica Rocca (2022), que se conoce como revictimización, victimización secundaria o doble victimización el proceso mediante el cual se produce un sufrimiento añadido por parte de los medios, instituciones y profesionales encargados de prestar atención a la víctima a la hora de investigar el delito o instruir las diligencias oportunas en el esclarecimiento de lo ocurrido: jueces, policías, abogados.(p.58)

Si bien evitar completamente la revictimización es casi imposible, para minimizarla al máximo se aconseja: evitar difundir la identidad de la víctima así como respetar tanto su intimidad como la de sus familiares, no poner en duda las versiones de la víctima (con preguntas o aseveraciones que transmitan dudas acerca de la veracidad de su experiencia) por parte de los profesionales sanitarios, policiales y judiciales en el momento de su acogimiento en base a predisposiciones negativas personales, que los interrogatorios sean llevados a cabo por psicólogos u operadores especializados, con entrevistas acordes a la etapa evolutiva de la víctima, minimizar todo lo posible la duración de los procesos judiciales , impedir litigios donde víctima y agresor vuelvan a verse las caras en repetidas ocasiones y evitar continuas tomas de declaración o interrogatorios donde la persona se vea obligada a re experimentar el dolor sufrido, prescindir de aspectos que puedan interpretarse como justificación del acto violento, eximir de responsabilidad al agente de la agresión o incluso culpar a la propia víctima, fomentar un sistema de apoyo psicológico de medidas de seguridad oportunas en el caso de que la persona siga en peligro de volver a ser objeto del delito denunciado por parte de su agresor.

Asimismo, ha aconsejado tener especialmente presente que el objeto del proceso y de la prueba es esclarecer hechos y sancionar eventuales responsables y no la vida sexual de la víctima o de testigos. (Elena Rocca y Angélica Rocca, 2022, p.58)

En mérito a dicha aclaración, uno de los aspectos que debe tomarse en cuenta en relación al abordaje de la víctima en los hechos de violencias sexual, es el de evitar que la misma sea revictimizada por conductas o procedimientos que tengan ese efecto.

En ese sentido, la norma especial contenido en la Ley 348 “Ley de Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia”, refiere en su art. 33, que:

Los procedimientos judiciales o administrativos de protección a mujeres en situación de violencia deberán aplicar el principio de trato digno contenido en la presente Ley, bajo responsabilidad en casos de inobservancia. (art.33. Revictimización)

Así también, en su art. 94, con relación a la responsabilidad del Ministerio Público en la investigación y recolección de elementos de prueba en hechos de violencia contra la mujer, señala lo siguiente:

Ninguna mujer debe tener la responsabilidad de demostrar judicialmente aquellas acciones, actos, situaciones o hechos relacionados con su situación de violencia; será el Ministerio Público quien, como responsable de la investigación de los delitos, reúna las pruebas necesarias, dentro el plazo máximo de ocho (8) días bajo responsabilidad, procurando no someter a la mujer agredida a pruebas médicas, interrogatorios, reconstrucciones o peritajes, careos que constituyan revictimización.

Como se podrá apreciar, la importancia de la no revictimización es tal, que en relación a los derechos y garantías del debido proceso y el acceso a la justicia reforzado que se debe tomar en cuenta en el tratamiento de la violencia hacia la mujer⁴⁸. Es así que la misma guarda funcionalidad con lo que implica el deber de debida diligencia que se le atribuye al Estado en todas sus esferas, y que, entre otros, implica necesariamente el de evitar que la víctima sea sometida a

⁴⁸ Véase Corte IDH, Caso “Masacre de las Dos Erres” vs. Guatemala, Sentencia del 24 de noviembre de 2009, párr.137. Corte IDH, Caso “Penal Miguel Castro Castro” vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrs. 276, 377 y 379

procedimientos y actuados procesales innecesarios que la obliguen a recordar los episodios que le afectaron.⁴⁹

Por otro lado, al tratarse de víctimas NNA, la situación debe ser reforzada aún más, tal cual lo establece el último caso que la Corte IDH, en el caso Angulo Lozada Vs. Bolivia, hubo resuelto y fallado en contra del Estado boliviano, al encontrarse que el mismo hubo fallado en el deber de debida diligencia reforzada, y en revictimizar a la víctima de un hecho de violencia sexual. En una de sus partes más sobresalientes, refiere:

La Corte ha advertido que las niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos, en particular de violencia sexual, pueden experimentar graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales causadas por el hecho violatorio de sus derechos, así como una nueva victimización a manos de los órganos del Estado a través de su participación en un proceso penal, cuya función es justamente la protección de sus derechos. En este sentido, si se estima que la participación de la niña, niño o adolescente es necesaria y puede contribuir con la recolección de material probatorio, deberá evitarse en todo momento la revictimización y se limitará a las diligencias y actuaciones en donde su participación se estime estrictamente necesaria y se evitará la presencia e interacción de aquellos con su agresor en las diligencias que se ordenen. (Caso Angulo Lozada Vs. Bolivia, 2022, párr.104)

En este mismo caso, la Corte hace referencia a un concepto que resulta llamativo, cual es el de “neutralidad empática”, por su uso en la explicación del abordaje a las víctimas de violencia sexual por parte de las autoridades judiciales, indicando que “las mujeres víctimas de delito sexual, y las niñas o adolescentes víctimas de delitos sexuales, se encuentran en posición de desventaja muy fuerte en el proceso penal,

⁴⁹ La CIDH, en el Caso Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos, Informe N° 80/11, 21 de julio de 2011, párrs. 126 y 127, desarrolla lo que se conoce como los cuatros (4) principios esenciales del deber de debida diligencia: 1) responsabilidad internacional por no actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra la mujer; 2) los Estados de enfrentar y responder a la violencia contra la mujer también implica medidas para prevenir la discriminación que perpetúa este grave problema; 3) garantizar el acceso a recursos judiciales adecuados y efectivos para las víctimas y sus familiares, cuando son objeto de actos de violencia; y 4) identificación ciertos grupos de mujeres expuestos a un riesgo particular de sufrir actos de violencia, debido a formas de discriminación que sufren por más de un factor, como las niñas y las mujeres pertenecientes a ciertos grupos étnicos, raciales y minoritarios.

producto de los traumas que han sufrido”. (Caso Angulo Lozada Vs. Bolivia, 2022, párr.104)

En tal sentido, en estos casos, debe tenerse en cuenta el interés superior de las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual; por ello, dentro de un proceso penal, existe un deber ético de quienes integran el sistema de justicia de impedir que la víctima enfrente un proceso judicial que implique una revictimización, pues, ésta ya sufre las afectaciones generadas por el hecho, por ello, en todo proceso penal desde la etapa investigativa, juzgamiento y sanción de esas conductas deben observarse reglas especiales que eviten atentar contra la intimidad o generen circunstancias revictimizantes.⁵⁰

8.2. Derechos en debate. Presunción de Inocencia, Testimonio único y Perspectiva de Género.

Hasta el presente punto, se ha presentado los aspectos esenciales que hacen a la realidad de la temática tratada relativa a la valoración de la prueba testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual, identificandose tres aspectos o situaciones que comunmente se presentan en esta labor.

Ahora bien, al margen de esas situaciones, el abordaje de la este punto exige a la vez se establezca algunas consideraciones en cuanto se hable de tres aspectos sustanciales: Presuncion de Inocencia, Testimonio Único y Pespectiva de Género, conceptos que necesariamente se interrelacionan, pero que no han sido claramente comprendidos en sus alcances y relaciones. En ese sentido conviene plantearse distintos cuestionamientos a fin de posibilitar una respuesta lo mas cercana posible a la realidad de las cosas y que en la practica juridica son motivos de analisis y debates.

¿Existe contraposicion entre la Perspectiva de Genero y la presunción de Inocencia?

⁵⁰ Véase, SCP001/2019-S2 de 15 de enero.

Es sabido que la Presunción de Inocencia es un derecho humano consolidado a nivel mundial, del cual debe comprenderse el alcance efectivo del mismo en el proceso: como regla de trata procesal y regla de juicio. Como refiere Ramírez (2020a), dicho principio o derecho⁵¹, como regla de tratamiento impone a las autoridades encargadas de la persecución y enjuiciamiento la obligación de tratar al encausado como si fuera inocente, proscribiendo el dictado de resoluciones que supongan una anticipación de pena o tratamientos informativos que impliquen un prejuicio sobre la culpabilidad. Pero, además, la presunción de inocencia es una regla de juicio, que se desdobra en una regla probatoria, que exige para la condena la existencia de actividad probatoria de cargo (suficiente) practicada con todas las garantías. (pp.222 y 223)

Como lo sostiene Kamada (2020) se torna indispensable partir del reconocimiento que tanto el derecho del imputado como el de la víctima tienen idéntica jerarquía convencional y constitucional. Del lado del imputado debe admitirse la vigencia de su derecho a ser considerado inocente hasta que una sentencia firme lo declare culpable. Ello implica también sostener que, hasta tanto no recaiga ese pronunciamiento final, el acusado es -y a todo efecto, debe ser considerado- inocente, por lo que el quebrantamiento de ese estado exige observar un estándar probatorio altamente exigente y, sobre todo, respetuoso de las garantías constitucionales que titulariza. En cambio, desde la posición procesal de la víctima, cabe recordar que su pretensión de fondo consiste en un reclamo de justicia y protección en contra de la violencia padecida, por lo que su intervención supera la sola identificación con un objeto de prueba, como ocurría antaño. En ese orden de ideas, su aporte exige ser valorado desde un punto de vista impregnado de perspectiva de género, para que permita a los juzgadores interpretar cabalmente el sentido de sus dichos y la descripción del contexto vivenciado y en el que se cometió el delito que se investiga. (punto 7, párr.2 y 3)

⁵¹ En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional reconoce la triple dimensión en cuanto al alcance efectivo del mismo: como Principio, Derecho y Garantía. SCP 1050/2013 de 28 de junio.

La perspectiva de género, a los fines de la conformación de un cuadro probatorio idóneo para una correcta determinación de los hechos y de la autoría, debe ser aplicada desde el inicio de la investigación y no resulta de actuación simultánea con la presunción de inocencia y su derivado, el principio *in dubio pro-reo*.

En suma, la respuesta debe ser que no, que se trata de un falso dilema, ya que los derechos y garantías del imputado se deben mantener tal cual se consagran como un derecho humano, a la par de los derechos de la víctima, que a través de esta herramienta y método de análisis, busca dar una mejor alcance y aplicación de los mismos en situaciones donde se produzcan desigualdades y discriminación al momento de la aplicación de los mismos, ante los cuales los jueces, y en si toda autoridad, deben estar debidamente preparados.

¿la presunción de inocencia se encuentra comprometido o afectado frente al testimonio único de la víctima?

Conforme a lo ya indicado, es claro que el testimonio de la víctima si bien se constituye en una prueba esencial, para vencer la presunción de inocencia, en un sistema de valoración racional de la prueba o de libre valoración sustentado en la sana critica, que se contrapone al sistema de valoración subjetivista de la prueba penal, se tendrá que considerar la necesidad de que el mismo tenga o cuente con medio de corroboración que se otorguen dicha suficiencia.

Como refiere Ramírez (2020a):

en un Estado Constitucional, las partes y el público en general tienen derecho a conocer las razones por las que una persona es o no declarada culpable de un hecho delictivo. Y esas razones no pueden consistir en la simple convicción personal del juzgador. Han de ser intersubjetivamente asequibles, lo que solo permite la valoración a través de criterios de racionalidad contrastables y susceptibles de confirmación y refutación. Así las cosas, sería preferible, por su mayor precisión, sustituir el ambiguo término «credibilidad» del testigo por el de «fiabilidad» del testimonio o, al menos, optar por el de «credibilidad objetiva». (p.212)

Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido el siguiente razonamiento, que va precisamente en la misma línea antes indicada:

III.2. (...) La potestad de ejercer la jurisdicción penal es legalmente atribuida a jueces y tribunales ordinarios, delegando a éstos la valoración exclusiva de la prueba; ahora bien, si se tiene en cuenta que por lo común valorar prueba con destino a emitir sentencia resulta un trabajo harto difícil y delicado, efectuar dicho análisis cuando la prueba sobre la que se formula la acusación consiste, esencialmente es la versión ofrecida por la víctima, deriva en algo especialmente complejo; sin embargo, la jurisprudencia tiene dicho que tal situación no significa degenerar el proceso de valoración crítica a un juicio de ordalía propio a un estado primitivo del sistema inquisitivo, sino que orienta que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, sin que ello signifique que con ella la presunción de inocencia quede automáticamente desvirtuada, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dando por probada la acusación, sino únicamente la autoridad jurisdiccional en la valoración de dicha prueba debe aplicar criterios de razonabilidad que tengan en cuenta su especial naturaleza en el caso concreto. (Tribunal Supremo de Bolivia, 2020, párr.17)

En consecuencia, resulta lógico concluir que la presunción de inocencia, solo se vería afectada, si se pretende establecer la responsabilidad penal únicamente con el testimonio de la víctima, sin ningún tipo de corroboración, dejando de lado los aspectos centrales de la valoración probatoria (sana crítica, máxima de la experiencia o la ciencia) por más mínima y suficiente que fuera, afectando con ello también el debido proceso en lo que corresponde una debida y motivada decisión.

Y ello nos lleva a cuestionar también si *¿existe contraposición entre lo que significa la perspectiva de género y la valoración racional de la prueba?*

Refiere Jordi Ferrer en una conferencia, refiere que el momento de la valoración de la prueba, supone dos actividades: la primera que es la valoración individual de la prueba, que supone medir el grado de fiabilidad de cada elemento, y el segundo, la valoración en conjunto, que responde a la pregunta *¿Qué grado de corroboración*

me aportan esos elementos de prueba en su conjunto, a las distintas hipótesis del hecho ocurrido?, esto es, a la hipótesis de la culpabilidad o a la o las hipótesis de la inocencia. Y dentro de eso, por más rico que sea el conjunto de pruebas, nunca se podrá tener certezas racionales sobre lo ocurrido, por lo que se tiene que hablar de niveles de corroboración de la hipótesis. Y se llega a la certeza a partir de reglas jurídicas que apoyan esas decisiones, las cuales son los estándares de prueba, cargas probatorias y presunciones. En consecuencia, asume que, en toda esa dinámica, la perspectiva de género no juega ningún papel, y que cuando se habla de valorar la prueba con perspectiva de género, es igual a valorar racionalmente la misma. (Catedra de Cultura Juridica, 2020, 13 min 58 seg.)

Hay que tomar en cuenta que la actividad valorativa implica a la vez ejercicio del razonamiento lógico inductivo y deductivo, guiado por las leyes del pensamiento tales como la sana crítica, las máximas de experiencia o las ciencias, que actúan como criterios guías o correctores del razonamiento judicial, a lo cual, la perspectiva de género, al momento de la valoración de la prueba, viene a desempeñar el mismo papel desde un ámbito mucho más amplio, como lo es el de los derechos humanos, constituyéndose en una herramienta de análisis e identificación de criterios o razones sesgadas o estereotipadas, con apariencia de correctas, que en contextos de aparente normalidad en hechos de carácter sexual, esconden situaciones de desigualdad y discriminación que se buscan erradicar precisamente, a fin de lograr un efectivo acceso a la justicia por parte de las víctimas de violencia sexual.

8.3. La protección reforzada y los criterios de valoración en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿un mal uso de esta?

Refiere Roca (2022) que la exigibilidad de que las y los jueces en sus resoluciones consideren no solo los aspectos relativos al derecho interno, sino principalmente los criterios recogidos por la Corte IDH, como intérprete de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, se constituyen en una garantía para la lucha contra la violencia de género, y en especial la violencia sexual contra mujeres y grupos vulnerables, o por lo menos así se lo entiende por mandato de la misma Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia en sus artículos 256

y 410, por la cual, la aplicación de dichas disposiciones por parte de los jueces se constituye casi en un parámetro por el cual se mide si una decisión judicial se asume bajo las premisas de no discriminación, igualdad y aplicabilidad de la perspectiva de género (podríamos decir que esos tres aspectos son propios del juzgamiento con perspectiva de género) para la resolución de este tipo de hechos. Debe, sin embargo, considerarse que lo referido en dichos instrumentos internacionales o en lo resuelto por la Corte IDH no implica la imposición de criterios o sistemas de valoración de prueba para este tipo de casos en el proceso penal interno de cada país, ni mucho menos la imposición de un estándar diferenciado de prueba para la condena de una persona. (p.46)

En ese sentido, Piqué citado por Roca (2022) ha referido que lo que busca la CIDH es llamar la atención sobre las maneras en que los sistemas judiciales de los Estados han valorado la prueba en casos concretos, ya sea de forma discriminatoria, a través de estereotipos o imponiendo estándares aparentemente neutrales, que en la práctica no responden efectivamente en sus propósitos con relación a la mujer. Es allí donde consideramos que la perspectiva de género desarrolla el papel para el cual ha sido promovida. Por otra parte, tampoco se promueve un estándar de prueba diferenciado, sino que establece el deber de los Estado de llevar adelante la investigación con la debida diligencia⁵², lo cual no implica relajar los estándares de prueba para alcanzar la condena, como señala Di Corleto, citada también por Roca, para quien los que apoyan esta afirmación se basan en las particularidades de este tipo de hechos, cometidos en su mayoría sin presencia directa de terceros testigos, dejando de lado que esas mismas particularidades también están presentes en otros crímenes en los que no se ha promovido estándares diferenciativos algunos. (pp.46-47)

Por otra parte, cabe resaltar que, en el marco de la debida diligencia en la investigación de estos hechos, la misma Corte IDH ha establecido que la referida obligación de investigar es de medio o comportamiento y que no necesariamente es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado

⁵² Gonzales y otras (Campo Algodonero) vs. México.

satisfactorio. En este sentido, las diligencias realizadas para la investigación de los hechos deben ser valoradas en su conjunto y, si bien no compete a la Corte, en principio, resolver la procedencia de las medidas de investigación, corresponde observar si esa obligación estatal ha sido cumplida diligentemente para evitar la impunidad.⁵³

En suma, no se puede descartar la existencia de un errado uso de la jurisprudencia internacional, en donde la simple cita por parte de un juez de determinados criterios de la CIDH muchas veces se constituyen en la última palabra, equiparable a la prueba legal o tasada que no admite debate alguno, sin prestar atención a lo que la defensa del acusado pueda argumentar en su favor o en contra de dicha postura, bajo la lupa de que este tipo de hechos no deben quedar impune y sostenido la condena en la simple transcripción de dichos criterios, que se entienden como criterios de valoración de la prueba para fundar la condena. Según Larsen (2016) citando a Bovino, “esta descontextualización viene dada por el hecho de que atribuir responsabilidad al Estado exige menos requisitos que atribuir responsabilidad penal personal.” (p.96)

En tal razón, el Estado no puede reivindicar un estándar de prueba riguroso como el que rige en el ámbito de los procedimientos penales (prueba más allá de toda duda razonable), por la sencilla razón de que no hay equiparación posible entre el acusado en una causa penal y el Estado demandado en el proceso internacional, según señalan Mariezcurrena J. y Rovatti P. (2017, p.570).

En este sentido, la misma Corte IDH ha indicado lo siguiente: para un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos, ya que el Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños causados por los Estados responsables de tales violaciones.⁵⁴

⁵³ Corte IDH, *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, párr. 136.

⁵⁴ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 128 y 134.

Asimismo, señala que “en un tribunal internacional como la Corte, cuyo fin es la protección de los derechos humanos, el procedimiento reviste particularidades propias que lo diferencian del proceso interno, haciéndolo menos formal y más flexible.”⁵⁵

⁵⁵ “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, 8 de marzo de 1998, párr. 70.

CAPITULO II

DIAGNÓSTICO

1. Caracterización general del objeto de estudio.

Tomando en consideración el planteamiento metodológico en el presente trabajo, se tiene establecido como objeto de estudio el razonamiento judicial sobre la prueba testifical de la víctima que realizan las y los jueces en los casos de violencia sexual, y a su vez el papel que desempeña en esa labor, la utilización de la perspectiva de género, especialmente en aquellos casos que impliquen la condena del acusado. Así, enfocado en análisis dentro de lo que el Derecho Procesal Penal y el Derecho Probatorio, según la realidad del actual proceso penal en su etapa de juicio oral⁵⁶, siendo esta última la más importante, ya que en ella se define la culpabilidad o no del encausado.

En ese marco, la población a estudiar lo constituyen las y los jueces en materia de violencia contra la mujer y los jueces en materia penal ordinaria de capital, mas concretamente las y los jueces de Sentencia, de Tribunales de Sentencia en materia penal, en cuyas atribuciones están el conocimiento de este tipo de hechos de violencia sexual entre otros.

Para ello, se utiliza como métodos la entrevista a través de cuestionario semiestructurado, la cual se realiza en forma presencial inicialmente en la ciudad de Cobija, estableciéndose también las entrevistas mediante plataforma ZOOM con las y los jueces de los otros distritos judiciales para lo posterior. Asimismo, se acude al Análisis de Contenido de las sentencias emitidas por dichos juzgados, centrando el análisis en la labor de valoración de la prueba testifical de la víctima.

⁵⁶ La etapa de recursos es considerada por algunos autores como parte del proceso, pero ello es una situación implícita dado su carácter fundamental como recurso, por ende, seguimos la diferenciación marcada por la SC.1036/2002.

2. Resultado obtenidos.

2.1. Resultados de la Entrevista.

Se procedió a realizar un análisis estadístico elemental, calculando frecuencias de respuesta y porcentajes que representan estas. Las preguntas abiertas han sido leídas para reducirlas a las categorías que aparecen en los cuadros y calcular las frecuencias.

Dado que la finalidad de las entrevistas realizadas a través de cuestionarios semi estructurado, tiene un carácter exploratorio de los fenómenos resaltantes de esta investigación, se presentan los datos agrupados en las categorías de análisis fundamentales de cada instrumento y se presenta un análisis breve de las ideas más relevantes que sugieren las mismas. Se presenta la realidad que se manifiesta en la labor diaria de los jueces al momento de analizar y decidir los hechos y la prueba en este tipo de casos, en especial con relación a la declaración de la víctima.

2.1.1. Entrevistas a Juezas y Jueces en materia Penal.

Distrito Judicial de Pando.

Se realizaron entrevistas en la ciudad de Cobija, a un juez de Sentencia Penal, las y los jueces que conforman los dos únicos Tribunales de Sentencia Penal, dado de que en esta capital no se tiene aún establecidos juzgados especializados en violencia contra la mujer.

A continuación se expone los resultados:

1. Juez de Sentencia Penal No.1

A las preguntas introductorias 1, 2, 3 y 4, responde que es juez desde hace 5 años en dicho juzgado, y que el mismo si hubo realizado cursos en relación a la Argumentación Jurídica y juzgamiento con perspectiva de género en la Escuela de Jueces del Estado (EJE). Añade también que no ha realizado curso específicos en materia de valoración de prueba. El mismo considera que no encuentra suficiente el conocimiento adquirido en relación a la temática antes indicada, porque cada día surgen una nuevos conocimientos sobre la cuestión de la perspectiva de género.

Con relación a la pregunta 5. *En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?*

Señala como dificultades las contradicciones o retractaciones de las víctimas, incluso de las y los testigos de cargo. Entiende que esos casos pueden deberse a presiones sobre la misma víctima, ya que muchas veces los agresores son familiares cercanos de la misma.

Otro aspecto mas que refiere es la ausencia de mayores pruebas por parte del Ministerio Público, es decir, la escasa actividad probatoria de los fiscales.

Con relación a la pregunta 6, *¿como establecen que el testimonio es creible y fiable?*

Con otros elementos de prueba que corroboren la misma, principalmente la primera declaración. En audiencia, tendría que considerarse las máximas de experiencia, en relación a las reacciones que se presentan, si existen contradicciones o no, verificando al detalle con otros elementos de prueba.

Con relación a la pregunta 7. *La declaración de la víctima, ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?*

Sostiene que la sola declaración de la víctima mayor de edad, no es suficiente para condenar, es necesario que sea corroborada, salvo que sea coherente y creíble. No así en los casos donde la víctima es menor de edad, donde se aplica la presunción de veracidad.

Añade que los casos de declaración única, son a consecuencia a una deficiente investigación, no a una dificultad probatoria.

Con relación a la pregunta 8. *¿Como interpretaría usted el juzgamiento con perspectiva de género y cual el uso de ésta en el momento de realizar la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Entiende que ello implica partir de dar por creíble lo indicado por la víctima, más concretamente en los casos donde la víctima es niña o adolescente. Refiere sin embargo que si existe contradicción en la declaración, especialmente cuando la

víctima es mayor de edad, se valora otros medios de prueba, igual ocurre si es que existe contradicción, aunque menciona que pese a la duda a tenido que condenar.

Señala que la perspectiva de género es una forma de sacar estereotipos que impliquen desventaja para la mujer.

Con relación a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es si, ¿consideraría una opcion su utilización?*

Refiere no haber escuchado de la Psicología del Testimonio.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Refiere que principalmente se toma la declaración de la víctima, y sobre ella gira toda la prueba aportada, inclusive la de indicio.

Con relación a la pregunta 11. *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?*

Considera necesario establecer criterios de valoración, estableciendo un protocolo sobre valoración de la víctima, a través de una tabla de parámetros. Asi mismo, señala que la edad y las circunstancias del hecho deben ser atendidas en esa labor.

2. Juez de Tribunal de Sentencia No. 1

A las preguntas introductorias 1, 2, 3 y 4, responde que es juez desde hace 3 años y medio en dicho juzgado, y que el mismo si hubo realizado cursos en relacion a la Argumentacion Juridica y juzgamiento con perspectiva de genero en la Escuela de Jueces del Estado (EJE). Añade tambie que no ha realiziado curso especificos en materia de valoracion de prueba. El mismo considera que conoce de manera suficiente lo que implica juzgamiento de género.

Con relación a la pregunta 5. *En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?*

Señala como dificultades la ausencia de mayores pruebas por parte del Ministerio Público, en especial al momento de recibir la declaración de las víctimas en primera instancia, sin el respaldo de personal especializado y no psicólogos generales.

Con relación a la pregunta 6, *¿como establecen que el testimonio es creible y fiable?*

Necesariamente a través de otros elementos que corroboren la misma, porque uno no es perito para saber si miente o no. No considero relevante los gestos o reacciones corporales, porque cada persona es distinta.

Con relación a la pregunta 7. *La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?*

No, porque se necesita corroboración. En caso de retractación, el valor de la misma esta sujeto al tiempo que transcurre el proceso desde la primera declaración, por la contaminación que puede existir, por eso es que entiende el énfasis en la primera declaración de la víctima y su correcta realización.

Señala que en caso de contradicción en la declaración de víctimas menores de edad, no se debe dudar de la primera declaración, por ende se le debe dar mayor credibilidad.

Con relación a la pregunta 8. *¿Como interpretaría usted el juzgamiento con perspectiva de genero y cual el uso de ésta en el momento de realizar la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Partir del reconocimiento de la situación de la víctima como grupo vulnerable, pero a la par existe el problema de que se ataca con ello mas al hombre. Por ello existe un desequilibrio y desigualdad en la práctica.

Con relación a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a los jueces al momento de valorar*

individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es si, ¿consideraría una opcion su utilización?

Refiere no haber escuchado de la Psicología del Testimonio.

Con relación a la pregunta 10, ¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?

Refiere que principalmente se toma la declaración de la víctima, y sobre ella gira toda la prueba aportada, inclusive la de indicio.

Con relación a la pregunta 11. Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?

Si, aqui se debe incidir en los aspectos de la lógica, la experiencia y la sana crítica.

3. Juez de Tribunal de Sentencia No.1.

A las preguntas introductorias 1, 2, 3 y 4, responde que es juez desde hace 2 años en dicho juzgado, y que el mismo si hubo realizado cursos en relación a la Argumentación Jurídica y juzgamiento con perspectiva de género en la Escuela de Jueces del Estado (EJE). Añade también que no ha realizado cursos específicos en materia de valoración de prueba. El mismo considera que conoce de manera suficiente lo que implica juzgamiento de género.

Con relación a la pregunta 5. En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?

Señala como dificultades la ausencia de mayores pruebas por parte del Ministerio Público, y la sola declaración de la víctima como única prueba.

Con relación a la pregunta 6. ¿como establecen que el testimonio es creíble y fiable?

Tomo en cuenta los aspectos necesarios de la forma en como declara la víctima en audiencia, si es con llanto o no, se persibe si el discurso es aprendido o no. En los casos de las declaraciones realizadas en anticipo de prueba, se toma en cuenta la forma del relato, en el caso de menores de edad, la valoración es diferente a las persona mayores de edad, ya que los menores de edad son menos proclíves de mentir en su declaración, lo cual debe verse a través del punto de vista psicológico.

Con relación a la pregunta 7. *La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?*

No, porque se necesita corroboración, además de una diligente investigación.

Con relación a la pregunta 8. *¿Como interpretaría usted el juzgamiento con perspectiva de genero y cual el uso de ésta en el momento de realizar la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Implica dar mayor reforzamiento a la declaración, en casos como en los que hay contradicción, dando mayor valor a la primera declaración, así también tomando en cuenta otros medios de prueba, en especial en casos de menores.

Con relación a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es si, consideraría una opción su utilización?*

Refiere no haber escuchado de la Psicología del Testimonio.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Refiere que principalmente se toma la declaración de la víctima, y sobre ella gira toda la prueba aportada, inclusive la de indicio.

Con relación a la pregunta 11. *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la*

valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?

Si, aqui se debe considerar la circunstancias del hecho, y el grado de vulnerabilidad de la víctima.

4. Juez de Tribunal de Sentencia Penal No.2.

A las preguntas introductorias 1, 2, 3 y 4, responde que es juez desde hace 6 años en dicho juzgado, y que la misma si hubo realizado cursos en relacion a la Argumentacion Jiuridica y juzgamiento con perspectiva de genero en la Escuela de Jueces del Estado (EJE). Añade tambien que no ha realizado curso especificos en materia de valoracion de prueba. El mismo considera que conoce de manera regular lo que implica juzgamiento de género.

Con relación a la pregunta 5. En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?

Señala como dificultades la ausencia de mayores pruebas por parte del Ministerio Público.

Con relación a la pregunta 6. ¿como establecen que el testimonio es creíble y fiable?

Cuando la declaración es escrita o por cámara Gesell, tomamos su primera declaración como base, en la cual cuentan todo con mas detalle, al no estar muy influida la misma, considerando también se hay persistencia en la declaración. Cuando es presencial, generalmente se toma en cuenta los gestos, las formas de expresarse, la fluides del relato.

Con relación a la pregunta 7. La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?

No, porque se necesita corroboración. En caso de Niñas Niños y Adolescente se debe considera la veracidad de la misma. En caso de retractación se tendría que ver todas las otras pruebas.

Con relación a la pregunta 8. *¿Como interpretaría usted el juzgamiento con perspectiva de género y cual el uso de ésta en el momento de realizar la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Implica una valoración equitativa de la prueba sin sesgos y estereotipos.

Con relación a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es si, consideraría una opcion su utilización?*

Refiere no haber escuchado de la Psicología del Testimonio.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Refiere que principalmente se toma la declaración de la víctima, y sobre ella gira toda la prueba aportada, inclusive la de indicio.

Con relación a la pregunta 11. *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?*

Si, aqui se debe incidir en la evidencia física y el testimonio de las partes.

5. Juez de Tribunal de Sentencia Penal No.2.

A las preguntas introductorias 1, 2, 3 y 4, responde que es juez desde hace 7 años en dicho juzgado, y que el mismo si hubo realizado cursos en relacion a la Argumentación Jurídica y juzgamiento con perspectiva de género en la Escuela de Jueces del Estado (EJE). Añade tambie que no ha realizado curso especificos en materia de valoración de prueba. El mismo considera que que nunca es suficiente lo aprendido en esa tematica

Con relación a la pregunta 5. *En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?*

La retractación, la no asistencia de la víctima mayor de edad al juicio y la falta de mayor actividad probatoria del Ministerio Público.

Con relación a la pregunta 6. *¿cómo establecen que el testimonio es creíble y fiable?*

Ponderamos la primera declaración, en relación a otros elementos como la valoración psicológica. Si hay retratación, y vemos que la primera ofrece mas detalles, optamos por la primera. En los casos en que la declaración es en audiencia, se observa la forma en que lo dice, los gestos, el relato conciso de la misma.

Con relación a la pregunta 7. *La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? Por qué?*

En delitos contra menores si, porque existe la presunción de verdad. En cuanto a las víctimas mayores de edad, se requiere medios de corroboración.

A la pregunta referida al valor reforzado reforzado, señala que el mismo solo será en casos de menores de edad, pero no aplica a víctimas mayores de edad, ya que muchas veces lo ocupan para extorsiones.

Con relación a la pregunta 8. *¿Como interpretaría usted el juzgamiento con perspectiva de genero y cual el uso de ésta en el momento de realizar la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Entiende que la perspectiva de género implica juzgar siempre a favor del mas vulnerable, como los niñas niños y adolescentes, asi como las mujeres. En ese sentido, considera que la misma es más utilizada para salvar la escasa producción de prueba del Ministerio Público.

Con relación a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a las o los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es si, consideraría una opcion su utilización?*

Refiere no haber escuchado de la Psicología del Testimonio.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Refiere que principalmente se toma la declaración de la víctima, y sobre ella gira toda la prueba aportada, inclusive la de indicio.

Con relación a la pregunta 11. *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?*

Si, aquí se debe incidir en verificar que la víctima no denunció por venganza, así también, la conducta de la víctima después del hecho.

Distrito Judicial de Santa Cruz.

Se coordinaron las entrevistas respectivas con las y los jueces via ZOOM, previamente de haber establecido el día y hora.

1. Juez de Tribunal de Sentencia Penal.

A las preguntas introductorias **1, 2, 3 y 4**, responde que es juez desde hace 2 años en dicho juzgado, en su condición de egresado del Segundo Curso de Formación Judicial de la Escuela de Jueces del Estado (EJE) y que el mismo si hubo realizado cursos en relación a la Argumentación Jurídica y juzgamiento con perspectiva de género en la EJE. Añade también que no ha realizado cursos específicos en materia de valoración de prueba. El mismo considera que conoce de manera suficiente lo que implica juzgamiento de género, pero que cada día se debe actualizar.

Con relación a la pregunta 5. *En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?*

Señala que hay casos en los que solo se resuelve con una entrevista preliminar, los certificados médicos que señalan himen elástico en la víctima, o que la misma

tendría experiencias sexuales previas, aspectos que dificultan la valoración. Considera que el Ministerio Público es responsable de esta tipo de dificultades

Con relación a la pregunta 6. *¿como establecen que el testimonio es creible y fiable?*

Refiere que la declaración de la víctima es esencial cuando la misma concuerda con otras pruebas. Por ello, se analiza el contenido de la declaración, si el mismo es detallado sobre los hechos, en relación a la hora, lugar, tipo de ropa, etc.

Con relación a la pregunta 7. *La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?*

Refiere que Si y No, ya que depende del hecho, aunque señala que debe primar la presunción de inocencia, ya que ésta y la presunción de veracidad, son contrapuestas, estan en distintas materias.

Con relación a la pregunta 8. *¿Que implica para usted el uso de la perspectiva de género en la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Señala que la misma no puede suprimir ni suplir las carencias de la investigación, pero es esencial por el uso que permite realizar de los parámetros de la Corte IDH, y de esa forma identificar los “motivos espurios”

Con relación a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a las y los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es si, consideraría una opción su utilización?*

Refiere no haber escuchado de la Psicología del Testimonio.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Refiere que principalmente se toma la declaración de la víctima, y sobre ella gira toda la prueba aportada, inclusive la de indicio.

Con relación a la pregunta 11, *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?*

Señala que sería muy importante contar con criterios que permitan mejor claridad para resolver este tipo de hechos.

2. Juez de Sentencia en lo Penal No.2

A las preguntas introductorias **1, 2, 3 y 4**, responde que es juez desde hace 8 años en dicho juzgado, en su condición de egresado del Segundo Curso de Formación Judicial de la Escuela de Jueces del Estado (EJE) y que el mismo si hubo realizado cursos en relación a la Argumentación Jurídica, valoración de la prueba y juzgamiento con perspectiva de género en la EJE y en cursos de capacitación en instituciones privadas.

El mismo considera que conoce de manera suficiente lo que implica juzgamiento de género y el tema de argumentación probatoria, pero que cada día se debe actualizar.

Con relación a la pregunta 5. *En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?*

Señala que es evidente tal situación debido al accionar del Ministerio Público, y la escasa y negligente actividad investigativa, ya que con las pruebas que se presentan en la medida cautelar, las mismas se presentan en etapa de juicio, aunque ello ha ido cambiando últimamente en algunos casos, pero aún se mantiene dicha situación.

Con relación a la pregunta 6. *¿como establecen que el testimonio es creible y fiable?*

Refiere que la declaración de la víctima es esencial ya que se tiene la presunción de veracidad como marco de análisis, pero aún así, es necesario que dicha

declaración se realice en cámara Gesell, no solo para evitar la revictimización sino para garantizar que no influyan en su declaración.

En todo caso, señala que a través de la experiencia y la Sana Crítica, además de los gestos, titubeos entre otros, se puede establecer que la declaración de la víctima es verdadera, pero esos parámetros se perfeccionan a través de la práctica.

Con relación a la pregunta 7. La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?

Considera que si bien puede ser suficiente, según la SC 357/2018, sin embargo se necesita de otras pruebas, esto en razón a que la presunción de inocencia está por encima de la veracidad; sin embargo, señala que para considerar la sola suficiencia de dicha declaración, lo declarado tiene que ser muy notorio o claro para que sirva para condenar.

Con relación a la pregunta 8. ¿Que implica para usted el uso de la perspectiva de género en la valoración de la prueba testifical de la víctima?

Señala que juzgar con perspectiva de género persigue ciertas ideologías que no pueden tampoco imponerse por sobre nuestras propias creencias. Sin embargo, se debe adoptar el mismo a fin de evitar injusticias, pero sin dejar de lado nuestras creencias. Señala que en la valoración de la prueba, la misma implicaría el análisis jurídico y social del hecho, como metodología para identificar las desigualdades en las partes. Añade que si bien existe un protocolo, el mismo solo ayuda a conocer los aspectos jurisprudenciales en relación a los DDHH, pero nada en relación a la valoración de la prueba.

Con relación a la pregunta 9, ¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a las y los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es sí, consideraría una opción su utilización?

Refiere no haber escuchado de la Psicología del Testimonio.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Refiere que principalmente se toma la declaración de la víctima ello por la presunción de veracidad, y sobre ella se tienen las demás pruebas que cotejen dicha declaración.

Con relación a la pregunta 11, *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?*

Señala que sería muy necesario.

3. Juez de Instrucción Penal en materia de violencia contra la mujer y Tribunal de Sentencia Penal.

A las preguntas introductorias **1, 2, 3 y 4**, responde que es juez desde hace 3 años, primero como juez de Tribunal de Sentencia Penal, desde el año 2020 y desde hace un mes, Juez de Instrucción en materia de Violencia contra la mujer años en dicho juzgado, en su condición de egresada del Segundo Curso de Formación Judicial de la Escuela de Jueces del Estadado (EJE) y que el mismo sí hubo realizado cursos en relacion a la Argumentación Jurídica, valoración de la prueba y juzgamiento con perspectiva de género en la EJE.

Considera que no es suficiente lo que conocer, y que cada dia debe ampliarse los conocimientos y las herramientas para actuar de mejor forma.

Con relación a la pregunta 5. *En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?*

Señala que el Ministerio Público no realiza una correcta investigación, y a raíz de ello se llega a juicio con escasa prueba. También refiere que existen problemas en la descripción del hecho en la acusación, ya que no se realiza un adecuado desarrollo del contexto del mismo.

Con relación a la pregunta 6. *¿como establecen que el testimonio de la víctima es creible y fiable?*

Refiere que la credibilidad o fiabilidad del testimonio, mas alla de las presunciones (veracidad) el contenido de las declaraciones debe ser corroborado, ya que si bien por la presunción de veracidad se tiene como ciertos lo declarado, ello según incluso los estandares de la Corte IDH, considera que ello no puede ser lo unico a considerar, y que en mérito a las reglas de la Sana Crítica, se deben establecer mayores elementos que sustenten dicha declaración.

Con relación a la pregunta 7. *La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?*

En base a lo ya indicado, considera que no es suficiente, necesariamente debe haber la corroboración, aunque sea mínima.

Con relación a la pregunta 8. *¿Que implica para usted el uso de la perspectiva de género en la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Refiere que la Perspectiva de Género es una herramienta o instrumento para tener una mirada en el tratamiento diferenciado en relación a otros hechos. Es una guía de como se enfoca la valoración, a fin de comprender el contexto del hecho y del porque se presenten dificultades en el testimonio de la víctima, como la retractación, etc.

Con relación a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a las y los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es si, ¿consideraría una opcion su utilización?*

No conozco a profundidad, solo alguna vez escuche hablar de ello.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Señala que todas las pruebas se las considera por igual, pero con mayor relevancia a la declaración de la víctima y a partir de allí las que tengan relación con la misma.

Con relación a la pregunta 11, *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?*

Señala que sería muy necesario.

4. Juez de Tribunal de Sentencia Penal.

A las preguntas introductorias **1, 2, 3 y 4**, responde que es juez desde hace 6 años, desde el 2017, en su condición de egresado del Primer Curso de Formación Judicial de la Escuela de Jueces del Estadado (EJE) y que el mismo si hubo realizado cursos en relacion a la Argumentación Jurídica, valoración de la prueba y juzgamiento con perspectiva de género en la EJE y en cursos particulares.

Considera que no es suficiente lo que conoce, y que cada día debe actualizarse mas.

Con relación a la pregunta 5. *En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?*

Señala que han tenido en algunos casos buenas investigaciones que terminaron en sentencias condenatorias, pero que la gran mayoría son malas investigaciones en el sentido de que no existe la diligencia debida en la recolección o corroboración de la declaración de la victima por parte del Ministerio Público y la Policía. En relación a la valoración del testimonio de la víctima, en un 80% no ha tenido problema para conjugarla con los otros tipos de prueba y que en el otro 20% es evidente que existió influencia sobre la víctima en su declaración.

Con relación a la pregunta 6. *¿como establecen que el testimonio de la víctima es creible y fiable?*

Señala que se revisa los informes y toda la documentación para ver si existen contradicciones y de alli establecer si son por mentiras o presiones. En ese sentido,

refiere que tratan de equilibrar lo que es la presunción de inocencia y la de veracidad en base a la prueba presentada.

Con relación a la pregunta 7. *La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?*

Refiere que se necesita de otras pruebas, aunque si hubo condenado con solo la declaración, esto porque la misma le resulto coherente y veraz, además que contaba con un certificado médico que respaldo la misma.

Con relación a la pregunta 8. *¿Que implica para usted el uso de la perspectiva de género en la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Señala que es importante su aplicación pero se debe tomar en cuenta los derechos y garantías del imputado, y a la vez reforzar los testimonios de la víctima, en especial de menores de edad. Además de ello, lo importante de la perspectiva de género es que debe ayudar a eliminar estereotipos en el juzgamiento.

Con relación a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a las y los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es si, ¿consideraría una opción su utilización?*

Señala que conoce un poco, pero no a profundidad, lo que sabe es que la misma refiere al estudio del testimonio o recuerdo del testigo. Seria un buen aporte como criterio.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Señala que revisan los hechos denunciados, con la declaración de la víctima, presencial o en cámara gesell, y de ahí, pasan a verificar si las pruebas corroboran lo denunciado por la víctima.

Con relación a la pregunta 11, *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la*

valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?

Señala que sería muy pertinente, a fin de unificar criterios guías.

5. Juez de Tribunal de Sentencia Penal.

A las preguntas introductorias **1, 2, 3 y 4**, responde que es juez desde hace 8 años, desde el 2014 a la fecha y que hubo realizado cursos en relación a la Argumentación Jurídica, valoración de la prueba y juzgamiento con perspectiva de género en la EJE.

Considera que no es suficiente lo que conoce, en especial con relación a la Argumentación y Valoración de la prueba.

Con relación a la pregunta 5. En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?

No se tiene una adecuada investigación por parte del Ministerio Público; las víctimas no aparecen al juicio, cuando hay anticipos de prueba se valora en favor de la víctima cuando está corroborada y no existe contradicciones.

Con relación a la pregunta 6. ¿como establecen que el testimonio de la víctima es creible y fiable?

Estando frente a ella uno se da cuenta, se comparan versiones y si existen cambios notorios en los relatos, generalmente se pondera entre la presunción de inocencia y de veracidad.

Con relación a la pregunta 7. ¿La declaración de la víctima es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?

No, tiene que ser corroborado.

Con relación a la pregunta 8. ¿Que implica para usted el uso de la perspectiva de género en la valoración de la prueba testifical de la víctima?

Refiere que es muy importante para identificar estereotipos como a la vez identificar situaciones de vulnerabilidad de la víctima.

Con relación a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a las y los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es sí, ¿consideraría una opción su utilización?*

No conozco.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Se tiene que buscar coincidencias, se empieza valorando la declaración inicial, luego del acusado, los testigos y la documental.

Con relación a la pregunta 11. *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?*

Sería ideal.

DISTRITO JUDICIAL DE COCHABAMBA.

Se coordinaron las entrevistas respectivas con los jueces via ZOOM, previamente de haber establecido el día y hora.

1. Juez de Tribunal de Sentencia Penal.

A las preguntas introductorias **1, 2, 3 y 4**, responde que es juez desde hace 9 años, mas propiamente desde el 2014 y que el mismo hubo realizado cursos en relacion a la Argumentación Jurídica, valoración de la prueba y juzgamiento con perspectiva de género en la EJE y de forma particular.

Considera que no es suficiente lo que conocer, y que cada día se esta actualizando.

Con relación a la pregunta 5. *En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?*

Señala que la poca prueba producida por el Ministerio Público es el principal problema, ya que se espera que el mismo actúe con la debida diligencia en la etapa preparatoria.

Con relación a la pregunta 6. *¿como establecen que el testimonio de la víctima es creible y fiable?*

Refiere que la inmediación es central en ello, sumado a la cotejación con otros elementos de prueba.

Con relación a la pregunta 7. *La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?*

Considera que no, que se requiere contar con elementos que corroboren la declaración de la victima, tiene que ser un mínimo de elementos de prueba. Los jueces buscamos eso para dar o no mayor solvencia a dicha declaración.

Con relación a la pregunta 8. *¿Que implica para usted el uso de la perspectiva de género en la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Nos ha permitido un mejor análisis de los hechos de violencia sexual y su abordaje. Se constituyen en parámetros de valoración para la mejor interpretación de la prueba.

Con relación a la pregunta 9. *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a las y los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es sí, ¿consideraría una opción su utilización?*

Si conozco y me parece muy necesario de abordar en la valoración individual.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Señala que la declaración de la víctima es central, de ahí se tiene que ver la actividad corroborativa, de la misma, además que consideramos parámetros

establecidos en la jurisprudencia internacional, como la de España: ausencia de credibilidad, verosimilitud y persistencia.

Con relación a la pregunta 11, *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?*

Si, mientras más herramientas, es mejor.

2. Juez de Sentencia Penal en materia de Violencia contra la Mujer.

A las preguntas introductorias **1, 2, 3 y 4**, responde que es juez desde hace 5 años, primero como juez de Tribunal de Sentencia Penal, desde el año 2020 y desde hace un mes, Juez de Sentencia en materia de Violencia contra la mujer años en dicho juzgado, en su condición de egresada del Primer Curso de Formación Judicial de la Escuela de Jueces del Estadado (EJE) y que el mismo si hubo realizado cursos en relacion a la Argumentación Jurídica, valoración de la prueba y juzgamiento con perspectiva de genero en la EJE.

Considera que no es suficiente lo que conoce, y que cada día debe actualizarse.

Con relación a la pregunta 5. *En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?*

Señala que la valoración de la prueba no es dificultosa en sí, sino la deficiente investigación del Ministerio Público.

Con relación a la pregunta 6. *¿como establecen que el testimonio de la víctima es creible y fiable?*

Refiere que necesariamente debe haber otros elementos de prueba.

Con relación a la pregunta 7. *La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?*

En base a lo ya indicado, considera que no es suficiente, necesariamente debe haber la corroboración de otras pruebas.

Con relación a la pregunta 8. *¿Que implica para usted el uso de la perspectiva de género en la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Refiere que permite la identificación de categorías sospechosas y asimetrías de poder, para luego hacer un “descarteo”. Señala que también actúa como un metido de control del razonamiento para que no existan esas asimetrías de poder.

Con relación a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a las y los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es sí, ¿consideraría una opción su utilización?*

Refiere que no conoce.

Con relación a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

Señala que se basa sobre la declaración de la víctima y de allí las demás pruebas que corroboren a ésta.

Con relación a la pregunta 11, *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?*

Señala que sería muy necesario para unificar criterios sin que implique una forma tasada de valorar la prueba.

DISTRITO JUDICIAL DE LA PAZ

Se coordinaron las entrevistas respectivas con los jueces via ZOOM, previamente de haber establecido el día y hora.

1. Juez de Tribunal de Sentencia Anticorrupcion y de Violencia contra la mujer.

A las preguntas introductorias **1, 2, 3 y 4**, responde que es juez desde hace 7 años, mas propiamente desde el 2015, y que el mismo si hubo realizado cursos en relacion a la Argumentación Jurídica, valoracion de la prueba y juzgamiento con perspectiva de genero en la EJE, asi como tiene diplomados, maestrias.

Considera que es suficiente los conocimientos adquiridos.

Con relación a la pregunta 5. *En el ámbito de sus funciones, ¿que dificultades ha encontrado al momento de valorar las pruebas en los hechos de violencia sexual?*

Señala que la insuficiencia probatoria del Ministerio Público es la principal causa, son negligentes ya que las mismas pruebas de la imputación formal son las que se presentan en la acusación.

Con relación a la pregunta 6. *¿como establecen que el testimonio de la víctima es creible y fiable?*

Señala que se basa en la Sana Crítica, como la lógica y las máximas de la experiencia.

Con relación a la pregunta 7. *La declaración de la víctima ¿es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual? ¿Por qué?*

En base a lo ya indicado, considera que no es suficiente, necesariamente debe haber la corroboración, aunque sea mínima.

Con relación a la pregunta 8. *¿Que implica para usted el uso de la perspectiva de género en la valoración de la prueba testifical de la víctima?*

Refiere que es un método de interpretación de los hechos, y evitar asi la discriminación, no es un auxiliar para valorar la prueba.

Con relacion a la pregunta 9, *¿Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a las y los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es si, ¿consideraría una opción su utilización?*

Si conoce, y refiere que es un intento de conocer el testimonio, la mirada, las formas de hablar entre otras, a fin de establecer la credibilidad del testimonio. Señala que es interesante y que puede ser un auxiliar al momento de cuestionar las pericias psicológicas.

Con relacion a la pregunta 10, *¿Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?*

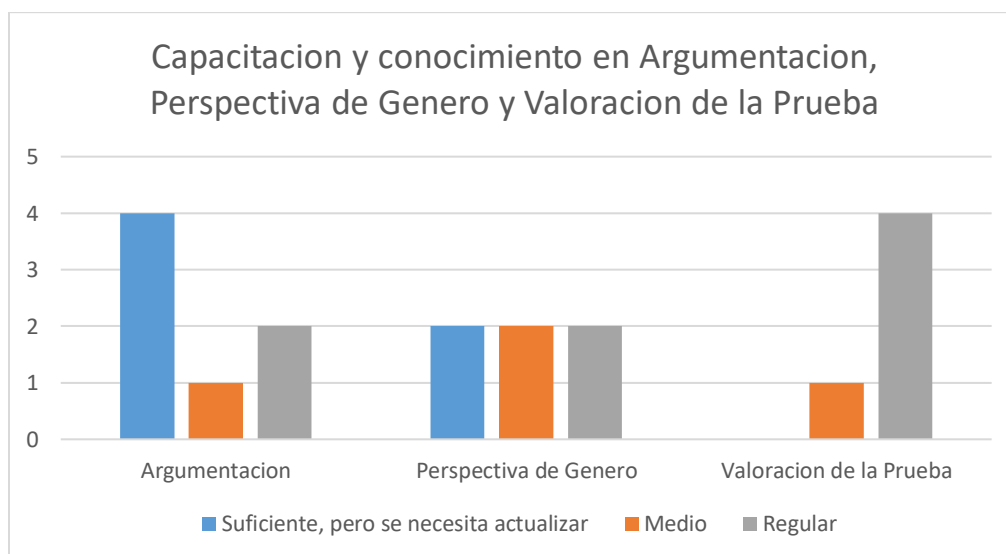
Señala que se toma un hecho y de allí se analiza las pruebas relacionadas a ese hecho, antes lo hacia de forma individual, ahora de forma conjunta.

Con relacion a la pregunta 11, *Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. ¿Considera usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?*

Señala que la academia debiera impulsar dichas guías, es necesario, pero jurídicamente refiere ser liberal.

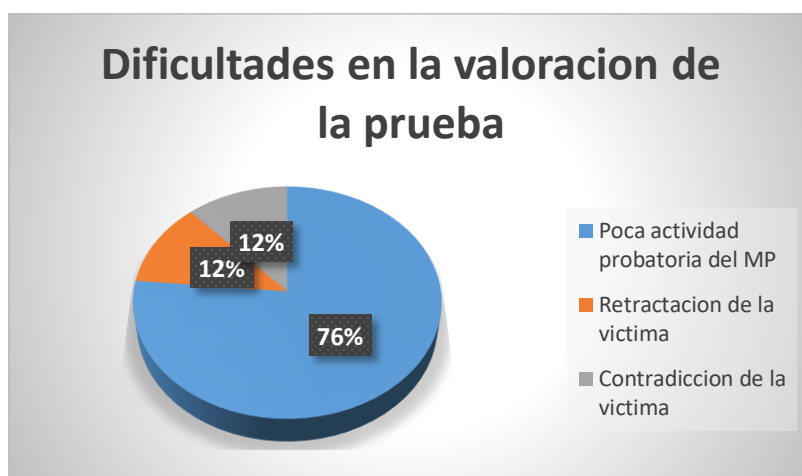
2.1.1.1. Graficación de los resultados de la entrevista a jueces.

Gráfico 1 Preguntas Introductorias (1 -4). Conclusiones sobre el nivel de conocimiento



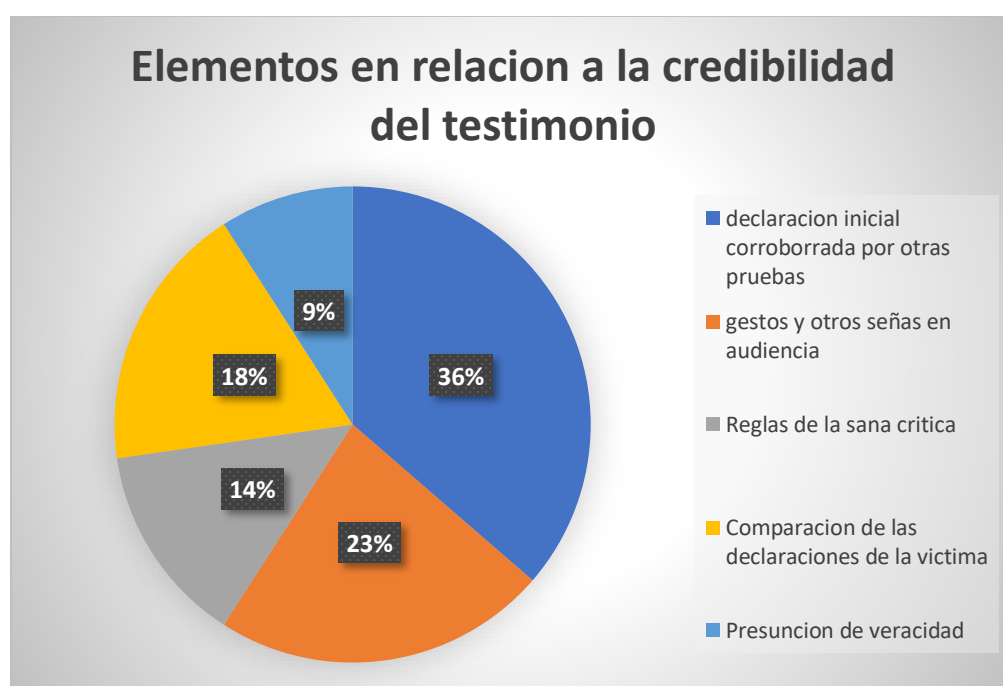
Las cifras en estos gráficos, permiten concluir que entre las y los jueces se consideran que la capacitacion en las areas de Argumentación, persceptiva de género y vaoracion de la prueba, difere. Por ejemplo, en lo que respecta la argumentación, existe suficiencia en la misma, según indican, aunque reconocen la necesidad de una constante actualizacion; al contrario, con relación a la valoración de la prueba, refieren que tener un regular conocimiento del mismo. Con relación a la perspectiva de género, señalan contar una con grado de conocimiento regular.

Gráfico 2 Pregunta 5. Dificultades en la Valoración de la Prueba.



Las cifras en esta gráfica, resumen un aspecto central en relacion a los aspectos que tanto las y los jueces consideran como relevante al momento de establecer las dificultades probatorias, como entienden, que se tendrían en este tipo de casos, siendo la poca actividad del Ministerio Público el factor central de esa dificultad al momento de valorar la prueba.

Gráfico 3 Pregunta 6. Elementos con relación a la credibilidad del testimonio.



Este cuadro, grafica precisamente aquellos elementos que las y los jueces toman como parámetros para determinar la credibilidad del testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual. En primer lugar, se puede apreciar que el principal aspecto que se considera como central para llegar a la convicción de que el testimonio es creible, es la primera declaración realizada por la víctima, la cual debe estar corroborada de igual forma. Este aspecto es quizás el mas importante, ya que en cierta forma sigue la máxima establecida en el Sistema Interamericano de DDHH, con relación al carácter fundamental que se le asigna a esta declaración, matizándose sin embargo con la necesidad de medios de corroboración de la misma, como plantean los entrevistados. Ello guarda relacion con los datos que refieren a la comparación del testimonio con otras declaraciones que hubiera realizado la victima, y la utilización del principio de presunción de verdad, como una regla de ponderación infaltable en el análisis de dicha declaración.

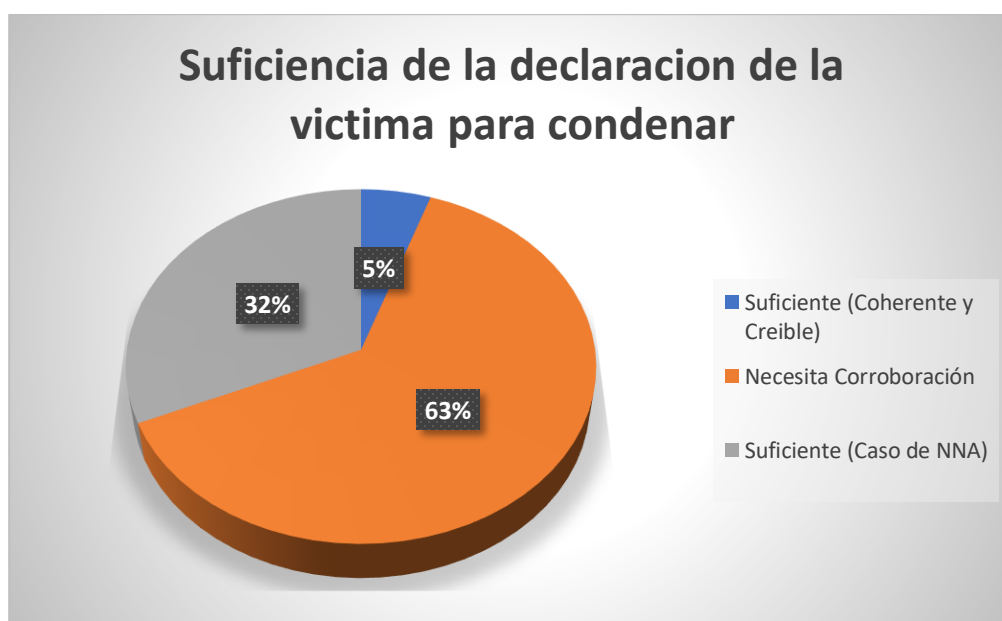
En segundo lugar, se tiene la apreciación de los gestos y otras señas que, en audiencia, sean observados en audiencia, aspecto que deja ver de igual forma una

forma de apreciación de la prueba, un tanto subjetiva y sujeta en todo caso a la razón de cada juez o jueza.

En ese mismo sentido, es que se considera también, en menor escala, la consideración de una valoración sustentada principalmente en la Sana Crítica y sus reglas, que en cierto modo deben ser también ponderadas con los elementos antes indicado.

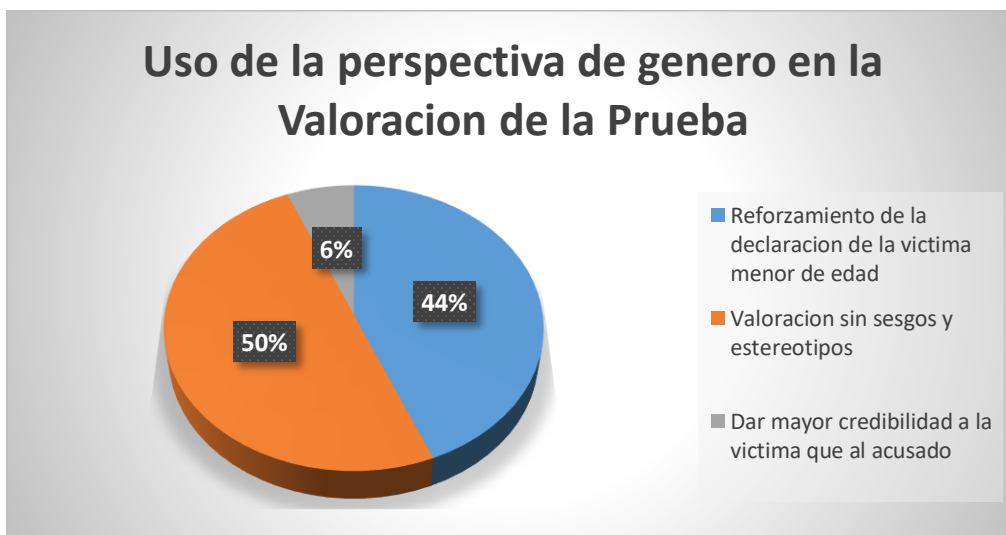
Es así que a través de estos aspectos que las y los jueces consideran necesarios abordar, llegan a la conclusión en relación a la credibilidad del testimonio.

Gráfico 4 Pregunta 7. Suficiencia de la declaración de la víctima para condenar.



Resulta determinante en este cuadro, señalar que para más de la mitad de las y los jueces entrevistados, la sola declaración de la víctima no puede ser suficiente para establecer la suficiencia probatoria que enerve la presunción de inocencia del acusado y motive por ello su condena, sino que necesariamente debe ser corroborada por otros medios o elementos de prueba.

Gráfico 5 Pregunta 8. Uso de la perspectiva de Género en la valoración de la prueba.



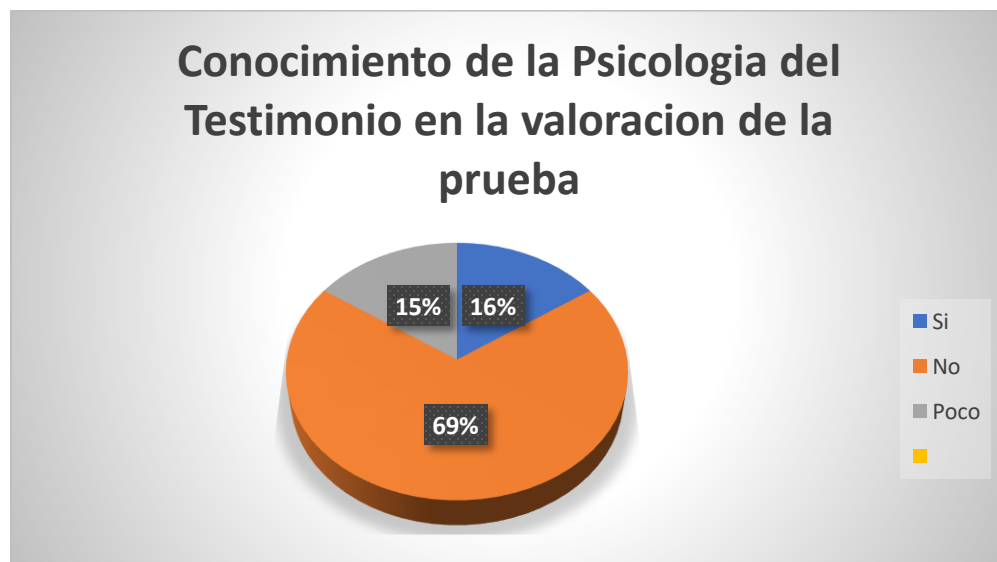
A través de esta gráfica, se puede identificar la utilidad que las y los jueces encuentran a la perspectiva de género en el momento de la valoración de la prueba, en específico del testimonio. La mitad de los entrevistados establecen que la misma juega un papel decisivo en la identificación de sesgos y estereotipos en la valoración de la misma, lo cual se considera como un correcto entendimiento del uso y aplicación de esta herramienta de análisis.

En un porcentaje igualmente importante, se sostiene que por medio de la misma, se estaría reforzando la declaración de la víctima, en especial de personas menores de edad. Este último punto, tiene en cierta medida, una relación con lo que en menor escala indican algunos entrevistados, y es el hecho de que la perspectiva de género, lo que haría es otorgar mayor credibilidad a la víctima que al acusado, lo cual confirma un aspecto negativo en relación al real alcance de dicha herramienta en el proceso penal.

Todo ello permite en cierto modo, corroborar los distintos enfoques a través de los cuales las y los jueces comprenden el uso de la perspectiva de género, apreciándose en gran medida la idea de que la misma es una herramienta para

beneficio exclusivo de la víctima en relación al imputado o acusado, quien se encontraría en desventaja en esa situación.

Gráfico 6 Pregunta 9. Conocimiento de la Psicología del Testimonio en la valoración de la prueba



La gráfica en cuestión pone manifiesto una necesidad en la formación de las y los jueces, en especial para la correcta ponderación del testimonio de la víctima, ya que la gran mayoría de los entrevistados no conocen los aportes de la psicología del testimonio al estudio del relato de las personas en el proceso, cuestión muy necesaria de abordar en la investigación.

Gráfico 7 Pregunta 10. Elementos en la valoración conjunta de la declaración de la víctima.

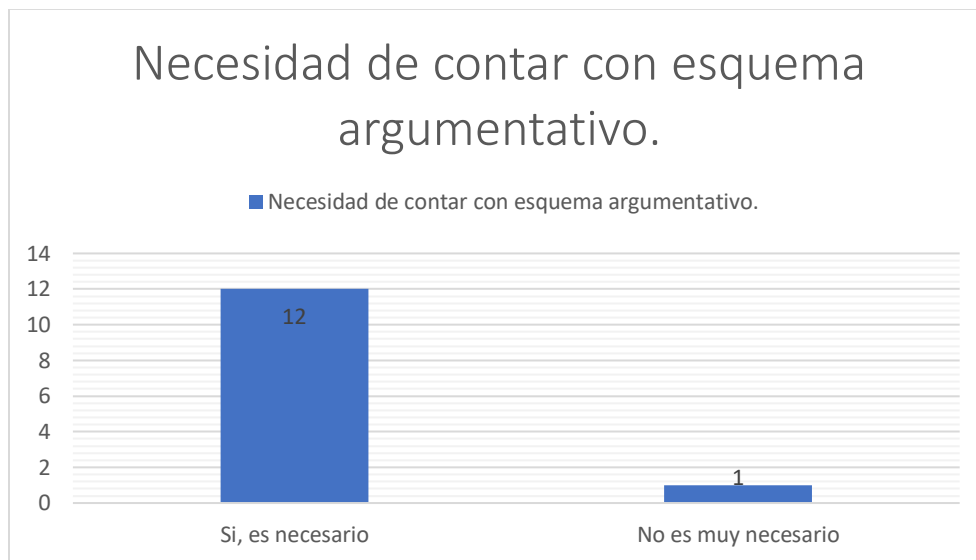


En el gráfico referido, se puede apreciar un poco la forma en que las y los jueces abordan la valoración del testimonio de la víctima en relación a los demás medios de prueba.

Esta claro para las y los entrevistados, que la sola declaración no sería suficiente para justificar una condena, en tal sentido, su ponderación junto con los demás medios de prueba, será necesario. Es así que, la valoración en conjunto sigue una estructura básica guiada por la declaración de la víctima, a partir de la cual la actividad probatoria debe girar en aras de dar fuerza corroborativa a la misma.

De este modo, las y los jueces lo que hacen es establecer, entre todos los elementos de prueba que se tengan, cuáles pueden o no dar mayor sustento a lo indicado por la víctima. En ese sentido, habría que añadir el hecho de que no se toma en cuenta de igual forma, los elementos tanto fácticos como probatorios que puedan ser presentados por el acusado, de modo que se deja de lado dicha situación, la cual es propia de una valoración racional.

Gráfico 8 Pregunta 11. Necesidad de contar con un esquema argumentativo.



Por último, esta grafica visualiza una necesidad que los mismos entrevistados reconocen como importante, cual es la de contar con un esquema de argumentación que les permita plasmar tanto sus razones, como tambien guiar las mismas a través del adecuado uso de las herramientas juridicas que se tienen para el análisis de estos casos.

2.1.2. Entrevista a Psicólogas Forenses.

1. Licenciada Sandra Calderón Saavedra.

Con relación a la pregunta 1. Refiera su nombre completo y su formación académica y experiencia profesional.

Psicóloga egresada de la UCB, con 13 años de experiencia y formación en psicología jurídica, clínica y forense. Desde el años 2009 al 2014 trabajo en la UPVT de la fiscalía en Chuquisaca, y luego desde el 2014 al 2022 como perito psicologa en el IDIF.

Realizó postgrados en Psicología del testimonio, evaluación de testimonio, psicopatías.

Con relación a la pregunta 2. *En el abordaje de la declaración de la víctima de violencia sexual, ¿que complejidades se tienen en la evaluación del testimonio de las mismas?*

Se ha visto una involución en lo que refiere los testimonios, ya que los NNA en general acudían a decir la “verdad” lo que no es lo mismo que creible. En estos últimos años, se ha manoseado la declaración de dichos menores, ya que viene con cierta influencia, por lo que se tiene muchas dudas en la fecha, ya que pueden ser influenciados por los padres por distintos motivos, hay que dudar de los mismos. En lo que refiere la ley 348, se tiene mucha violencia familiar, por lo que se tiene muchos testimonios que no son reales en niños que indican haber sufrido violencia sexual. Se ha desvirtuado hoy en día a partir de lo que se indica de la presunción de veracidad, hoy en día se esta comenzando a prescindir de la evaluación del testimonio y su credibilidad.

Existe complejidad en la declaración de niños pequeños, en los cuales la comunicación es difícil, por lo que se hace imposible una evaluación de credibilidad del testimonio.

Con relación a la pregunta 3. *¿Que mecanismos o filtros se tienen en relación a dichas complejidades, al momento de realizar sus informes, a fin de que no ingrese una mala o distorcionada información? Que técnicas utilizan para saber si estamos ante un testimonio no verdadero o fiable?*

Hay que diferenciar en las entrevistas a mayores y a NNA.

Si se trata de niños pequeños, de 5 años en adelante, se hace una evaluación cognitiva. Para niños hasta los 13, se utiliza el protocolo de NICH, para los que han sido agredidos sexuales. A través de esta técnica se utiliza por ejemplo los muñecos anatómicos, que deben previamente tener un contexto claramente definido en la declaración, así como también la realización de dibujos. Esa técnica la utilicé en el caso de Analis Huaicho, en donde se logró establecer como reconoció el cuchillo con el que se cometió el hecho. Aquí también se realiza la diferencia entre

la verdad y la mentira, a fin de que no invente cosas. Existen otras técnicas y protocolos

En adolescentes y adultos, se utiliza la entrevista cognitiva, como lo refiere en su trabajo, en ella no se deja de lado el report, y todo el relato del hecho. Se utilizan distintas técnicas para establecer la verdad o mentira: la primera ir desde adelante para atrás y viceversa, en lo que refiere el relato dado, para ver inconsistencia y mejorar el relato, permitiendo que aparezcan situaciones que quizás no se recordaban muy bien, ya sea por la falta de una adecuada capacidad de abstracción. Otra técnica es la de tercera perspectiva, muy útil para ello.

Con relación a la pregunta 4. la psicología del testimonio ¿dónde se ubica en la psicología general?

Psicología jurídica es lo general y de allí se desprende la psicología del testimonio, por ende, es una subespecialidad de la psicología jurídica, y en la cual se evalúa el testimonio de la persona, y no a la persona. En ese caso, ya no se utiliza el polígrafo por ejemplo, que arroja un 60 % de certidumbre, así como el examen personal, o características no verbales, ya que resulta muy subjetivo, por ello la psicología del testimonio pretende dar mayor objetividad, inclusive más que el polígrafo.

Con relación a la pregunta 5. ¿qué opinión le merece que la psicología del testimonio sea utilizado en el ámbito de la valoración individual de la declaración del testimonio?. ¿Es necesario que las y los jueces conozcan de ella para establecer la fiabilidad o credibilidad del testimonio?

Es muy necesario, cuanto más se conoce es mejor. La memoria es constructiva no reproductiva, y es por ello que los jueces deben tener conocimiento de los procesos cognitivos, ya que no toda experiencia se reproduce de la misma manera. De allí que, cuando se hace referencia a la exactitud en las declaraciones, se debe sospechar, ya que podría ser un libreto aprendido. De allí que se revise las distintas declaraciones, las cuales deben tener coherencia, pero no necesariamente exactitud.

Cuando se habla de la retractación, o de los recuerdos implantados, estos últimos a través de los cuales se pretende acomodar ciertos recuerdos para dar o no mayor razón a ciertas posturas de fiscales o abogados.

Entonces, el juez debe tener también estos conocimientos o capacidades científicas al momento de ponderar los aspectos relativos al trabajo que se realiza en el abordaje del testimonio de las víctimas en este tipo de hechos.

2. Lic. Patricia Cervantes Saavedra.

Con relación a la pregunta 1. Refiera su nombre completo y su formación académica y experiencia profesional.

Refiere haber sido psicóloga del Ministerio en Santa Cruz, Chuquisaca y Potosí, luego desde el 2014 hasta el 2021 fue Psicóloga Forense del IDIF en la Fiscalía General, y a la fecha volvió a ser contratada como psicóloga forense del IDIF.

Indica tener especialidad en psicología forense, en atención a víctima de violencia de género, maestría en violencia de género.

Con relación a la pregunta 2. ¿Que aportes puede dar la psicología del testimonio al momento de valorar la declaración de las víctimas de violencia sexual.

Es un área que viene siendo estudiada muchos años atrás, que se han estado actualizando. Nos permite identificar los criterios de realidad, no si es verdad o mentira la declaración, porque no trabajamos sobre ello, sino que se trabaja la credibilidad del testimonio, es decir, cuanto le creo al relato de la persona X. Para ello existen diferentes técnicas, dependiendo de la edad de la persona.

Con relación a la pregunta 3. ¿como es el abordaje del testimonio de menores y de mayores, en cuanto a su credibilidad, y que aspectos son más complejos.?

De acuerdo a la persona, se utilizan técnicas como la SVA. Para niños de 5 años, utilizo el Protocolo de Juarez, aquí entran los diferentes factores de intervención de la memoria, por ello es que propugna la intervención inmediata. El SBCA es otro protocolo que maneja 11 criterios sobre la fiabilidad del relato de un niño. Luego esta la lista de validez, los cuales se sacan de otras pruebas aparte de la entrevista del

menor, por ello es que se insiste en revisar todo lo que se tiene en los juzgados. En estos criterios se ven detalles del lenguaje propio del niño, o que fue adquirido o enseñado por alguien, de ahí es que se indica que el relato es creíble o no. Esto se usa hasta los 12 años

En personas adultas, a partir de los 12 años en adelante se utilizan otras técnicas que tienen criterios de fiabilidad y validez, de ahí que nuestros informes no son nuestros criterios personales, sino se basa en un trabajo técnico.

De allí también que se indica que no todo relato uniforme significa que sea verdadero, haya que dudar de ello. Siempre va a haber variación en los eventos que una persona vive, lo que los abogados lo interpretan como contradicción, lo cual no es así. De ahí que se habla de contradicciones de forma, sobre elementos que no son esenciales, y otras de fondo, que viene a ser sobre el relato principal en sí.

Con relación a la pregunta 4. ¿cómo debiera un o una juez abordar esta temática. Usted halla necesario que los jueces conozcan y sepan estos aspectos al momento de valorar el testimonio.?

Si, es muy necesario, ya que dentro de los juicios que se ven existen muchas cosas que son mal abordadas por los abogados.

Entre los aspectos mínimos que debe conocer un juez en lo que respecta la psicología del testimonio, es en relación al funcionamiento de la memoria, es decir, como se adquiere, se mantiene o se olvida los mismos.

Con relación a la pregunta 5. ¿qué elementos influyen en establecer la credibilidad o fiabilidad del testimonio, que deban ser considerados por las y los jueces al momento de valorar esa prueba.?

Las entrevistas iniciales es algo que está fallando, las que hacen las defensorías, las cuales no son bien hechas. Luego la cámara Gesell, en donde existen algunos vacíos, luego la pericia de credibilidad. Por ello es que debe capacitarse más a los profesionales que realizan la primera intervención.

3. Lic. Carola Higuera Rivera.

Con relacion a la pregunta 1. *Refiera su nombre completo y su formacion academica y experiencia profesional.*

Refiere que la misma es psicóloga y abogada, con post grado en Psicología Clínica y Forense, asi como tambien cursos de post grado en violencia sexual y violencia intrafamiliar.

Trabajo en el IDIF, en la unidad de atencion a victimas especiales de la Fiscalia General, y actualmente es Psicóloga particular.

Con relación a la pregunta 2. *¿Cuales son los aspectos más complejos al obtener el testimonio de víctimas de violencia sexual?*

En niños pequeños es bastante complejo obtener información detallada, especialmente a partir de los 3 o 4 años, que tiene un lenguaje concreto, y por el lugar donde se recoje el relato. Para ello estan los protocolos específicos para dichas declaraciones.

En niños de 14 años en adelante, la complejidad se da en torno al desafio de no querer hablar, es menos complejo, en cambio con adultos, los relatos son extensos si uno no lo direcciona, al contrario del relato de niños.

Con relacion a la pregunta 3. *En el ámbito de su experiencia profesional, ¿que opinión le merece la aplicación de la psicología del testimonio en el proceso de valoración la declaración de la víctima?*

La psicologia del testimonio es una rama de la psicología forense, y estudia los aspectos de la memoria, de manera retrospectiva. Lo que más se conoce de ella son los análisis de criterios, y abarca los procesos de memoria, retención.

Con relación a la pregunta 4. *¿Es pertinente su aplicación por parte de las y los jueces.?*

Claro que si, dado que el juez es el perito de peritos, y debe tener estos conocimientos de manera básica, incluso debe conocer la psicología del desarrollo, asi como el tema de victimización.

Con relación a la pregunta 5. *¿Que elementos serian necesarios que el o la juez conozca en ese ámbito?*

El lenguaje verbal por ejemplo, es importante de conocer en la declaración de los niños, y ello es un aspecto que puede y debe ser conocido por el juez, no para sacar conclusiones finales, pero si para considerar ello. En relación al relato y su persistencia, el juez debe saber que aspectos pueden variar de la misma, que en todo caso no signifique contradicción, y sea en todo caso un aspecto de la memoria, ello en razón a que el olvido es una parte normal en lo que respecta la memoria.

Es necesario que conozca los sistemas criteriosales, en España por ejemplos son los jueces que rechazan los análisis criteriosales basados en el SVCVA, ya que se ha demostrado que tiene muchos errores, por ello debe conocer las técnicas esenciales, si bien no a profundidad, pero por lo menos como funcionan o para que sirven.

Esto es muy importantes, porque el gran problema son las primeras entrevistas que se hacen a las víctimas, las cuales no tienen técnica y estan sesgadas, y a los peritos ya no se les permite realizar nuevas entrevistas o metapericias, por el tema de la no revictimización, de alli que sea necesario una correcta preparación del profesional en esas primeras intervenciones.

Estos sistemas de criterios, no verifican la falsedad o verdad del relato, sino la veracidad o fiabilidad del mismo.

2.1.2.1. Graficación de los resultados de las entrevistas a psicólogas.

Dado que el cuestionario planteado a las profesionales psicologas a sido abierto, con preguntas semiestructuradas, se han identificado tres aspectos relavantes y coincidentes en relación al papel del juez al momento de la valoración del testimonio y los aportes que se tienen a través de la psicología del testimonio, los cuales se plasman en la siguiente tabla:

Abordaje por parte de los especialistas	Abordaje por parte de las y los jueces
Existe una inadecuada primera intervención en las entrevistas a las víctimas, en especial en NNA, lo cual tiene incidencia en la forma en que como se va adquiriendo el relato de la misma, y la interpretación que de ellos se realiza. Existe riesgo de manoseo de declaración de NNA, por la falta de una adecuado abordaje a través de profesionales debidamente capacitados.	Resulta muy necesario que las y los jueces conozcan y apliquen los aspectos esenciales de la psicología, en especial del testimonio, como herramienta de análisis al momento de ponderar la posibles variaciones en el relato, es decir, la mejor comprensión por ejemplo del porque no toda contradicción puede significar o restar validéz al mismo, entre otras situaciones.
Se esta llegando a prescindirse de las pericias psicologicas de credibilidad, ante la vigencia de la presunción de veracidad del relato como principal elemento en la investigación.	

Tabla 2. Ideas centrales de las entrevistas a psicólogas.

2.2. Resultados del Analisis de Contenido.

Objetivo:

Analizar las distintas resoluciones judiciales en materia penal relacionadas a los hechos de violencia sexual y la forma de valoración de los hechos y la prueba, en especial, el testimonio de la víctima.

En tal sentido, se acude a las sentencias ganadoras de los distintos concursos de Sentencias con perspectivas de Género organizado por el Comité de Género del Organo Judicial, desde el año 2017 a la fecha, ello por considerar principalmente la

estructura que las mismas tienen y porque emergen de un proceso de selección a cargo de un comité compuesto por distintas entidades nacionales e internacionales, lo que permite que sea una muestra representativa de muy buena calidad informativa.

Así también, se acude a revisar algunos Autos Supremos relevantes con relación a la temática, ello en razón a que marcan línea a seguir por parte de los jueces de mérito y en cierto modo reflejan los criterios asumidos desde las altas esferas de la administración de justicia del país.

2.2.1. Resoluciones Ganadoras del Concurso de Sentencias con Perspectiva de Género.

1. Auto de Vista No.32/2017 Sala Pena Primera de la ciudad de La Paz⁵⁷

Establecido que la presente resolución realiza la labor de control de lógica y legalidad del razonamiento del Tribunal de Primera instancia, se hace referencia a los siguientes argumentos pertinentes con relación a la valoración de la prueba realizada:

Antecedentes Fácticos.

La base fáctica sería que la menor Y. M. Q.M. hubiera recibido llamadas del acusado en fecha 31 de mayo de 2013, se hubieran encontrado por inmediaciones del Faro Murillo, el acusado la hubiera llevado a la menor a un karaoke para hacerle ingerir bebidas alcohólicas, habiendo ingerido la menor estas bebidas, posteriormente el acusado la hubiera trasladado a la menor a una vivienda de su amiga con la que también hubiera estado consumiendo bebidas alcohólicas, lugar donde hubiera procedido a violarla a la menor.

El recurrente, en lo pertinente y referido a la valoración de la prueba del tribunal de mérito, señala lo siguiente: “...en la emisión de la sentencia se ha cometido la violación de principios como el de la presunción de inocencia, congruencia, *in dubio pro-reo* y el debido proceso, haciendo mención de una prueba inexistente con la cual el Tribunal a Quo se basaría para emitir la sentencia. Refiere también que la

⁵⁷ Disponible en <https://comunidad.org.bo/assets/archivos/publicacion/06e56ff47179763b1db2340680e5f6b8.pdf>

parte querellante retiró la prueba pericial que podía haber identificado al autor del hecho, ello en pleno desarrollo del juicio oral, y no se demostró con ninguna prueba pericial, testifical o pericial la autoría del acusado. Así mismo, refiere la violación a la valoración de la prueba, ya que la fundamentación jurídica que existe en la sentencia es vaga, pobre, infundada, inconsistente e incongruente con la ley adjetiva y sustantiva penal, ya que es inconcebible que sin tener prueba idónea se considere la comisión del delito de violación, pues ante la ausencia de estudio pericial de los hisopados era aplicable el principio *in dubio pro reo* porque no existió prueba plena para demostrarse si en el fluido existía fluido perteneciente al acusado”.

Propósitos del análisis:

a) Con relación al contenido:

- Describir las tendencias en relación a los argumentos que se plantean por parte de los jueces, en relación a la valoración de la prueba testifical de la víctima en hechos de violencia sexual.

En este punto, se identifican los siguientes razonamientos:

1. “...considerando que el tipo penal de violación de infante, niña, niño o adolescente se encuentra considerado como un delito de violencia contra la mujer, es imperioso recurrir no solo a las normas, sino que además se debe realizar un control de convencionalidad y de constitucionalidad, conforme a lo previsto en los Arts. 13, 256 y 410 de la Constitución Política del Estado.”
2. “...Concluyendo en suma que los delitos de violación deben ser tratados y considerados de forma abismalmente diferente a los tradicionales delitos juzgados, puesto que estos delitos de violencia contra la mujer no dejan vestigios, muchas veces son cometidos en la intimidad del hogar o de una habitación, sin la presencia de testigos”.
3. “...En el juicio se incorporaron las pruebas MP 1 y MP 5 consistentes en certificado médico forense y el informe del Sof. 2do Octavio Chavez Quisbert, también se cuenta con la declaración de la menor en cámara Gesell, pruebas

sobre las cuales el Tribunal a quo determina la culpabilidad del acusado, habiéndole dado el valor respectivo, entonces si bien es evidente que no existe una pericia biológica y genética, prueba que es exigida y observada por la defensa en apelación, tal cual se lo ha referido, en principio en materia penal no existe la prueba tasada, ni tampoco una prueba reina que determine la condena o la absolución, es así que los jueces deben realizar una apreciación conjunta y armónica, aplicando las reglas de la sana crítica, verificando que no se incurra en los supuestos del Art. 172 de la Ley N° 1970; de ahí que la exigencia de otras pruebas periciales no condice con estos criterios de insuficiencia de pruebas en delitos de violación, y tampoco condice con los fundamentos expuestos por la CIDH, puesto que jurisprudencialmente se ha determinado que en estos delitos por la forma de su comisión incluso puede presentarse ausencia de evidencia física y ello no implica que el hecho no ha existido, es así que se ha desarrollado la tesis del valor reforzado al testimonio de la víctima.”

b) Con relación a las causas del contenido:

- Identificar la existencia de esquemas de argumentación que incidan en la valoración de los hechos y la prueba.

1. Resulta evidente de que la decisión en el presente tiene fuerte carga de argumentación basada en los parámetros que ofrece la Corte IDH en sus decisiones con relación a este tipo de hechos.

2. Se puede apreciar que en este caso, la declaración de la víctima menor de edad en cámara Gesell, corroborada por otros medios de prueba periféricos como ser un certificado médico forense y un informe policial, resulta suficiente para establecer la responsabilidad penal del encausado. Nótese que la ausencia de una prueba científica como la pericia en relación a las muestras recolectadas a la víctima, no es determinante para descartar la hipótesis acusatoria y establecer que el razonamiento del tribunal esta acorde a la jurisprudencia de la CIDH.

-Determinar como influye el uso o no de la perspectiva de genero en la valoracion y decision sobre el hecho y la prueba.

3. La vocal en su resolución hace alusión al sistema de la libre valoración de la prueba y su valoración conjunta, que se entiende deriva de la declaración de la víctima y la ponderación de los medios periféricos de corroboración, así mismo refiere a las reglas de la sana crítica, aunque no se tiene constancia de un análisis referente a las mismas, ya que se hace indicación a la conformidad del razonamiento del tribunal con las mismas y con las reglas establecidas por la Corte IDH. De ello es que resuta un argumento base de esta resolución, lo parámetros o lineamientos establecidos por la Corte IDH, entre los que se encuentra la corroboración de testimonio de la víctima menor de edad, aunque no fuera en juicio oral, como aspectos que la perspectiva de género.

Lo llamativo es que sólo se hace mención a la reglas de la sana crítica, pero no se ahonda en el análisis de las mismas, para conocer la razones propias que el o la juez pueda establecer en relación a dichas pruebas, mas allá de lo que los estandares internacionales señalan, aunque en ello también juega la carencia en la actividad recursiva del acusado.

c) Con relación al efecto:

- Describir si la existencia o no de un esquema de argumentacion influye en la justificacion debida de la decision asumida.

- Reflejar los resultados que se optiene en la sentencia sobre la base de la valoración testimonio de la víctima, entre otras causas.

Como se tiene claro, en este caso la sentencia de condena del acusado, fue confirmada, con la sola utilización de la aplicación de los criterios establecidos por la Corte IDH, y una superficial revisión a razonamiento probatorio del o la juez en las pruebas.

En este sentido, la declaración de la víctima, corroborada por dos medios de prueba, fue sustentada por lo antes indicado.

2. Sentencia 01/2018 de 12 de Junio. Tribunal de Sentencia Penal No.3 de Tarija.⁵⁸

Antecedentes Fácticos.

Se trata de una adolescente de 16 años agredida sexualmente y de manera permanente por su padrastro desde que tenía 5 años. Debido a esta situación de violencia cotidiana decide dejar su casa, donde vivía con él y sus hermanos, abandonados por su madre biológica, quien era víctima de alcoholismo. Las agresiones no solo eran sexuales sino psicológicas y físicas, algunas de ellas cuando la menor se resistía a ser abusada, al grado que en algún momento el agresor la golpeó con un martillo en la pierna

Propósitos del análisis:

a) Con relación al contenido:

- Describir las tendencias en relación a los argumentos que se plantean por parte de los jueces, en relación a la valoración de la prueba testifical de la víctima en hechos de violencia sexual.

En este punto, se identifican los siguientes razonamientos:

1. "...El relato de C., revela información precisa y suficiente en cuanto a la forma como fue sometida sexualmente por su padrastro durante muchos años, así como las circunstancias de todo orden en que ello ocurría, sometiéndola a maltrato físico y amenazas para que se quedara callada, tal como ocurrió, tanto así, que la menor guardó silencio durante mucho tiempo y solo pudo reaccionar contra su agresor cuando, avanzados varios años, alcanzó un poco de madurez y sintió que podía tener el apoyo de otras personas, como su novio.."
2. "...la entrevista informativa de la víctima D.F.R comporta entidad suficiente para informar el convencimiento del Tribunal sobre la responsabilidad del

⁵⁸ Disponible en

<https://comunidad.org.bo/assets/archivos/publicacion/ca0e8522945a7fdb3354f3114ee8d760.pdf>

acusado, no solo porque sobre su cuerpo se ejecutó el delito, sino en atención a que este ilícito se ha cometido en un entorno privado ajeno a la auscultación pública. Así mismo, cuando, la víctima es un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar los hechos, pues se ha superado esa especie de desestimación que se hacía de lo declarado por los menores, solo en razón a su minoridad. Por ello esta prueba de carácter esencial goza de presunción de verdad conforme el art. 193 inc c) del CNNA, norma que debe ser interpretada desde y conforme la CPE en su art. 60 que establece el interés de todo niño, niña y adolescente, que implica la preeminencia de sus derechos, por lo que corresponde aplicar el art. 193 CNNA a la luz del art. 13.I de la CPE⁴, que reconoce el carácter progresivo de los derechos, por ello la aplicación de la norma que rige la presunción de verdad, no se limita a procesos especiales establecidos en la Ley 548, sino que debe extenderse a todos los ámbitos en los que sea parte los niños, niñas y adolescentes, como en el presente caso.

3. "...Si bien la menor indica que los comportamientos punibles de acceso carnal comenzaron a ejecutarse desde sus cinco (5) años de edad, el Tribunal genera la convicción que se trata de una confusión que de acuerdo a la lógica y la experiencia común resulta razonable toda vez que los menores de edad víctimas de violencia sexual no cuentan con la capacidad de precisar con exactitud la fecha en el que se suscitaron las agresiones sexuales, tal es así que ni a los adultos se les puede exigir establecer exactamente este detalle..".
4. "...Desde luego, debe agregarse que se ha verificado también la trascendencia del relato inculpativo de la menor, debido a que es razonado, coherente y no confuso, ni contradictorio en sus términos, además que no existe justificación alguna para que C., efectúe una falsa inculpativa de esta magnitud para perjudicar a su padrastro. A ello se suma un cúmulo de pruebas que apoyan lo referido por la víctima..."
5. "...El Tribunal considera que este no es el caso toda vez que conforme se ha expuesto en el punto 1 de valoración de la prueba, ha generado la convicción

que las agresiones sexuales comenzaron a ejecutarse cuando la víctima ya contaba con más de seis años de edad y no cinco años, por lo que de acuerdo a la explicación de la médico forense la literatura enseña que a partir de los 6 a 7 años de edad, es posible mantener relaciones sexuales sin producir desgarros grandes porque el diámetro de la vagina va creciendo con el mismo cuerpo, pero además expone que los abusos a menores son cíclicos y progresivos, el acceso carnal no es inmediato, reforzando lo sostenido por este Tribunal en el punto 1 de la valoración de prueba, en sentido que la primera oportunidad que el acusado atacó sexualmente a la menor no la accedió carnalmente preparándola para consumir la penetración por la vía vaginal la segunda vez que somete a C...”

b) Con relación a las causas del contenido:

- Identificar la existencia de esquemas de argumentación que incidan en la valoración de los hechos y la prueba.

-Determinar como influye el uso o no de la perspectiva de genero en la valoración y decisión sobre el hecho y la prueba.

1. Resulta llamativo que en el presente caso, el criterio que sostiene el Tribunal, no lleva expresa mención de los precedentes de la Corte IDH en relación a la declaración de la víctima, sino que realizan una razonamiento directo de la declaración de la víctima y de otros medios de prueba, como ser la pericia psicológica y el informe médico forense. Tomando en cuenta que se trata de un hecho que se habria suscitado cuando la víctima era infante, y la denuncia la realiza años despues cuando tiene 16, resulta claro que el tribunal razona en sentido amplio al presentarse contradicciones en su relato, las cuales considera entendibles por la edad que la misma tenía, y basado también en la declaración de la médico forense. A ello se suma el resultado de la pericia sicológica que en cierta medida apoya en relato de la victima.

2. A lo antes indicado, desarrolla en el punto 5 de su sentencia, toda la normativa internacional y nacional aplicable al caso. Sin embargo, desarrolla también criterios muy interesantes y racionalmente aceptables: el hecho de dar congruencia a un

relato sobre hechos suscitados años atrás, fue sostenido en base a otras evidencias corroboradas del mismo relato de la víctima, como ser las lesiones que indica las infringuio el agresor en la pierna con un martillo, las cuales fueron certificadas por el médico forense. Así también toma muy en cuenta el hecho de que no considera que exista otros motivos que funden una denuncia inculpativa falsa de la víctima en contra de su padrastro, aspecto que materialmente no se constató tampoco por otros medios de prueba, es decir, se llega a esa conclusión en base a una presunción legal de veracidad, que no ha sido revatida tampoco por el acusado.

3. No obstante de todo ello, resulta claro que el tribunal en su razonamiento utiliza la perspectiva de género basado en los estándares de la Corte IDH, que si bien no se mencionan expresamente como en otros casos, la práctica y el conocimiento general da cuenta que emergen de los mismos, en el sentido de dar un valor reforzado a esa declaración.

c) Con relación al efecto:

- *Describir si la existencia o no de un esquema de argumentación influye en la justificación debida de la decisión asumida.*

- *Reflejar el índice de condenas sobre la base del testimonio de la víctima, entre otras causas.*

Como se tiene claro, en este caso la sentencia de condena del acusado, fue emitida basado en criterios que a los fines de esta investigación guardan cierta racionalidad en la valoración de la prueba, apoyados por los criterios que aporta la Corte IDH., todos ellos sobre la base de la declaración de la víctima, reforzada por otros medios de prueba.

3. Auto de Vista Sala Penal Cuarta del TDJ de la La Paz⁵⁹

Establecido que la presente resolución realiza la labor de control de lógica y legalidad del razonamiento del Tribunal de Primera instancia, se hace referencia a

⁵⁹ Disponible en

<https://comunidad.org.bo/assets/archivos/publicacion/1adad3c714cb36a845abc6037b1e954f.pdf>

los siguientes argumentos pertinentes en relación a la valoración de la prueba realizada:

Antecedentes Fácticos.

Una niña de 12 años de edad fue agredida sexualmente, producto de lo cual quedo embarazada, y a consecuencia de un aborto espontaneo fue internada en un centro médico, lugar en el cual se produjo la intervención policial, identificando la menor a su cuñado como el agresor sexual, aunque en el transcurso del juicio también afirmó que su propio hermano igualmente la violaba sexualmente. El Tribunal de Sentencia dictó SENTENCIA ABSOLUTORIA basado en una pericia de genética forense a través de la cual se demostraba que el acusado no era el padre biológico del hijo concebido producto de la violación; además porque el Tribunal de Sentencia consideró que el testimonio de la menor resultaba ser irrelevante ya que no determinaba nada respecto al hecho acusado, puesto que dicho testimonio de la menor presentaba algunas incongruencias o contradicciones sobre los hechos, sin tomar en cuenta que la menor de manera reiterada, en dos informes psicológicos, en su declaración en cámara gesell, y en otra entrevista, reconocía reiterada y plenamente a su cuñado como el agresor, otorgando datos sobre las circunstancias en las que se produjeron los hechos de agresión sexual en su contra, y si bien en el juicio afirmó que también fue violada por su propio hermano, nunca retiró la sindicación en contra de su cuñado.

Propósitos del análisis:

a) Con relación al contenido:

- Describir las tendencias en relación a los argumentos que se plantean por parte de los jueces, en relación a la valoración de la prueba testifical de la víctima en hechos de violencia sexual.

En este punto, se identifican los siguientes razonamientos:

1. “...Esa forma de razonamiento, a criterio del suscrito Vocal es una manifestación de la perspectiva patriarcal en la cual corrientemente se ha venido impartiendo justicia, ya que dicho razonamiento demuestra que la mujer, o el cuerpo

de la mujer, es visto como un simple instrumento o cosa que sirve para la reproducción de la especie humana, vinculando el acto o relación sexual única y exclusivamente con la meta o finalidad de tener hijos, de reproducirse, con lo cual se afecta severamente la dignidad del ser humano, en este caso de la mujer menor de edad. Esa forma de razonamiento del Tribunal de Sentencia A-quo es errada y no juzga los hechos con perspectiva de género, puesto que para el Tribunal de Sentencia A-quo toda relación sexual necesariamente debe tener como consecuencia un embarazo, aun cuando sea una relación sexual “contra natura”, aun cuando sea una relación sexual constitutiva del delito de violación, igual la mujer tiene que terminar embarazada, lo cual no es admisible ni razonable...”

2. “...de la revisión del contenido de la sentencia impugnada se tiene que el Tribunal de Sentencia A-quo en cuanto se refiere a la declaración de la menor víctima de los hechos hace referencia a la PRUEBA MP-4 correspondiente a la EVALUACION PSICOLOGICA DE 02 DE AGOSTO DE 2017, en la cual la menor víctima en lenguaje claro habría relatado las circunstancias de hecho en las que se habría producido la agresión sexual en su contra por parte del acusado, identificando como tal al referido acusado, concluyendo el Tribunal A-quo que dicha prueba RESULTA SER IRRELEVANTE YA QUE NO DETERMINARIA NADA RESPECTO AL HECHO ACUSADO; asimismo, sobre la declaración de la víctima de los hechos, el Tribunal A-quo hace referencia a la PRUEBA MP-6 consistente en el INFORME PSICOLOGICO DE 03 DE AGOSTO DE 2017 en el cual se afirma que LA MENOR IDENTIFICA COMO SU AGRESOR AL ACUSADO, Y QUE EL EVENTO TRAUMATICO DEL QUE HA SIDO VICTIMA GENERA CONFUSION EN LA NIÑA, prueba en relación con la cual el Tribunal de Sentencia A-quo una vez más concluye en sentido de que dicha prueba RESULTA SER IRRELEVANTE YA QUE NO DETERMINARIA NADA RESPECTO AL HECHO ACUSADO. También el Tribunal de Sentencia A-quo en cuanto se refiere a la declaración de la víctima de los hechos hace análisis de la PRUEBA MP-7 correspondiente a la DECLARACION DE LA VICTIMA EN CAMARA GESSEL, transcribiendo partes de dicha declaración, prueba en relación a la cual el Tribunal concluye una vez más en sentido de que ES UNA PRUEBA IRRELEVANTE POR PRESENTAR CONTRADICCIONES ya que la

menor inicialmente habría afirmado que fue agredida por el acusado en una oportunidad, y luego afirmaría que fue agredida en tres o cuatro oportunidades diferentes. Finalmente el Tribunal de Sentencia A-quo hace referencia a la PRUEBA PD-2 consistente en el ACTA DE DECLARACION DE LA MENOR VICTIMA DE LOS HECHOS, en la cual la menor refiere que quien la habría violado sería su cuñado, es decir el acusado, concluyendo el Tribunal de Sentencia una vez más que DICHA PRUEBA ES IRRELEVANTE ya que se trata de una prueba producida en la etapa investigativa que no ha sido sometida al contradictorio...”.

3. “...El hecho de que se hubieren identificado por parte del Tribunal de Sentencia algún tipo de contradicciones entre la declaración inicial de la menor víctima de los hechos con otras declaraciones posteriores, de ninguna manera resulta ser suficiente como para determinar que sus declaraciones son irrelevantes, ya que la propia PRUEBA MP-6 consistente en un informe psicológico realizado en fecha 03 de agosto de 2017 por un profesional de la Defensoría de la Niñez del área de psicología establece entre sus conclusiones con absoluta claridad que EL EVENTO TRAUMATICO CONSISTENTE EN LA AGRESIÓN SEXUAL SUFRIDA GENERA CONFUSIÓN EN LA NIÑA, aspecto que de ninguna manera ha sido analizado en la fundamentación insuficiente ejecutada por parte del Tribunal de Sentencia. En todo caso, en relación a las alegadas incongruencias que se mencionan por el Tribunal de Sentencia A-quo, es indispensable tener presente que la menor víctima de los hechos, es decir la testigo, se trata de una persona de 12 años de edad, una niña, quien además ha prestado su declaración con la carga emocional psicológica negativa de estar llevando en su vientre un embarazo de por lo menos 25 semanas, embarazo que concluyó en un aborto espontaneo, y que es una declaración prestada luego de una agresión sexual evidente, de manera tal que resulta completamente irrazonable exigir por parte del Tribunal de Sentencia A-quo que el testimonio de la menor hubiere sido prestado de manera intachable, sin ningún error o mínima contradicción, omitiendo considerar que el presunto agresor de la menor víctima de los hechos resulta ser su propio cuñado, es decir el esposo de su hermana mayor, el yerno de su propia madre, aspectos que pueden influir en el testimonio brindado por dicha menor...”

b) Con relación a las causas del contenido:

- Identificar la existencia de esquemas de argumentación que incidan en la valoración de los hechos y la prueba.

-Determinar como influye el uso o no de la perspectiva de genero en la valoración y decisión sobre el hecho y la prueba.

1. Resulta evidente de que la decisión en el presente tiene fuerte carga de argumentación basada en los parámetros que ofrece la Corte IDH en sus decisiones con relacion a este tipo de hechos.

2. Se puede apreciar que en este caso, que la declaración de la víctima menor de edad hubo sido declarada irrelevante por el Tribunal de mérito, ante la existencia de contradicciones en la misma, asi tambien, existiendo otras prueba que reforzarian la declaracion de la victima, como pericia psicologica, la misma tambien es considerada irrelevantes. Todos estos aspectos son sustentados por el Tribunal de mérito en razon a que la prueba pericial practicada a la víctima establecería que el bebé que tenía la misma no era hijo del imputado, es decir no existía coincidencia de ADN, frente a ello, la resolución de apelación razona en el sentido de que debe darse credibilidad al testimonio de la víctima menor de edad, a pesar de la contradicciones, sustentando su fallo en precedentes de la Corte IDH (Caso Fernandez Ortega vs. Mexico) asi como doctrina del Tribunal Supremo de Justicia en relacona a que la solo delcaracion de la victim se consittie en prueba fundamental y tiene mucha relevancia para establecer la culpabilidad y responsabilidad penal (A.S. 420/2015 de 29 de junio de 2015).

3. Otro criterio que se considera relevante, y que no tiene relación a la aplicación de perspectiva de genero, sino a un razonamiento lógico en relación al fundamento del Tribunal de mérito para absolver al acusado, es el relativo al hecho de que el tribunal consideró insuficiente la declaración de la víctima, y por el hecho de que la pericia practicada estableció que el bebé de la víctima no era hijo biológico del acusado, ante lo cual señala “el objeto del juicio, el cual no consistía en la determinación de la paternidad respecto del hijo concebido por la menor víctima, sino consistía en

establecer quien resultaba ser el autor o responsable de la agresión sexual, ya que por el solo hecho de haber mantenido relaciones sexuales con una menor de edad, aun cuando se alegue consentimiento, ya se ha consumado la violación, más aún cuando en el presente caso la menor ha quedado embarazada...”

c) Con relacion al efecto:

- *Describir si la existencia o no de un esquema de argumentacion influye en la justificacion debida de la decision asumida.*

- *Reflejar el indice de condenas sobre la base del testimonio de la victima, entre otras causas.*

Como se tiene claro, en este caso la sentencia absolutoria fue anulada, ante las consideraciones hechas desde el punto de vista de la perspectiva de género, como tambien de criterios racionales de valoración y control de los argumentos del tribunal de mérito.

En este sentido, la declaración de la víctima menor de edad, es considerado en este caso, como prueba fundamental para sustentar la condena, ademas de otros criterios expuestos.

4. Sentencia 31/2017 de 05 de Julio. Tribunal de Sentencia Penal No.2 de Cobija-Pando.

Antecedentes Fácticos.

En fecha 30 de octubre de 2015 a horas 18:40 la madre de la menor víctima en el presente caso, se demora en recoger a su hija de la Unidad Educativa en Villa Cruz, observando de manera extraña que la mismas al llegar a casa se va inmediatamente a su cama y se tapa con una colcha, y al día siguiente no quería ir a la escuela, pensando los padres de que existiría algún conflicto con alguna compañera, pero les llega a contar que un señor mayor que vende a las afueras del colegio, le había abusado sexualmente habiéndola lastimado mucho, señalando en su entrevista psicológica que cuando estaba anocheciendo ella había ido a tomar a agua al baño

y en ese momento es que el acusado la habría jalado y tapado la boca, llevándola al baño de niñas para introducir su miembro viril, según la relata la menor.

Propósitos del análisis:

a) Con relación al contenido:

- Describir las tendencias en relación a los argumentos que se plantean por parte de los jueces, en relación a la valoración de la prueba testifical de la víctima en hechos de violencia sexual.

En este punto, se identifican los siguientes razonamientos:

1. “...Del desfile de los medios de prueba ofrecidos, este Tribunal concluye que la agresión sexual a la víctima menor de edad, se tiene plenamente demostrada con la prueba consisten en la MP7 consistente en el acta de reconocimiento de personas que la misma menor realiza y en la cual se establece y detalla que la misma reconocer plenamente al acusado como su agresor, de allí que resulta relevante si se coteja con lo aseverado por la menor en las entrevistas psicológicas, primero en fecha 11 de noviembre de 2015 ante la Defensoría de la Niñez y Adolescencia, cursante como prueba MP3, en donde la menor relata en forma consistente y clara los hechos suscitados, y posteriormente ratifica dicha declaración en la entrevista pericial psicológica realizada en fecha 10 de diciembre de 2015, cursante como MP9, posterior al acto de reconocimiento de personas, en donde la menor mantiene la declaración de los hechos y establece con mayor claridad la identidad del acusado a quien reconoce también y describe como la persona que tiene una venta asentada en la esquina del colegio sobre la acera junto con su esposa y que siempre lo veía por allí, aspecto que hubo sido verificado en la inspección judicial solicitada, en donde se pudo apreciar el lugar donde habitualmente se asentaba dicha venta, la cual está a escasos metros de una de las puertas de entrada al colegio; además se pudo verificar el lugar donde la menor hubo tomado agua y de donde el acusado la habría interceptado y llevado al baño, el cual está a unos metro del lugar, tal cual la

menor relata, y que también es verificable con la prueba MP8 en el cual se tiene el acta de inspección y el muestrario fotográfico, en donde se tiene que incluso el lugar donde la menor tomaba agua queda al frente de una oficina del colegio, pero que en ese momento no había nadie, como señala la misma víctima, aspecto que tampoco hubo sido negado por la parte acusada, concluyendo además este informe pericial que si bien no se puede establecer la veracidad del testimonio, el mismo es válido y además de consistente en todo el mismo. Estos extremos también son coherentes con lo relatado por la madre de la menor, quien también sostiene el hecho de que el acusado conocía del lugar donde sucedieron los hechos, porque su esposa vende en la esquina del mismo, y su casa queda sobre esa misma calle, y no sería la primera vez que lo hubiera visto por el colegio, así se pudo incluso apreciar en la inspección judicial donde se constató el lugar donde el acusado tendría su domicilio que dista a una cuadra aproximadamente del colegio, por ello es que la declaración de la misma es veraz dado que el relato de la misma es coherente con lo que se apreciado en la audiencia de inspección, y no se ha demostrado por parte de la defensa del acusado que existiera algún tipo de interés que permita sostener que la misma busca algún beneficio o ventaja ilícita con relación al acusado a raíz del presente proceso...”

2. “...el examen médico legal presentado como MP2, en el cual se establece que la menor tendría contusiones o lesiones a nivel genital en la base de la membrana himenal, la cual se encuentra integra, permite establecer que sobre la menor hubieron maniobras que buscaba un fin sexual por parte del acusado, y aunque si bien la menor indica que el acusado le habría “metido su cosa” como ella señala y que le habría “hecho doler y sangrar”, de lo relatado por el médico forense en audiencia ofrecido como testigo, Dr. Rodrigo Buitrón, el mismo establece que las lesiones encontradas en la menor pudieron ocasionar un pequeño sangrado, lo cual corrobora lo que la menor manifiesta en torno al sangrado, descartando que hubiera penetración, sin embargo es entendible que en una menor de edad hubiera

ocasionado dolor más aun en un zona sensible de su cuerpo, aspecto que la madre de la víctima incluso llega a indicar cuando señaló que vio pequeñas manchas de sangre en la ropa interior de la niña. De allí que no existe contradicción entre lo que se indica y lo que en ciertas partes de la declaración de la menor ante los psicólogos, ante la Defensoría de la Niñez como del Instituto de Investigaciones Forense del Ministerio Público, dado de que esos elemento de prueba deben considerarse como instrumentos de apoyo y no como base para establecer la credibilidad de la menor, más aun cuando los demás elementos de prueba son veraces, coherentes y consistentes en identificar al acusado como autor del hecho...”

3. “...La declaración testifical de descargo consistente en los testigos Orlando Aramayo Nossa y Carmen Hurtado Ramírez, están enfocada en cierta medida a establecer que el acusado en la hora y lugar donde se indica hubo sucedido el hecho, se encontraba realizando trabajos de limpieza en el cementerio de la ciudad, aspectos que si bien pueden coincidir en ambas declaraciones, ya que el señor Orlando sería quien hubo contratado al acusado para la limpieza, y la señora Carmen sería administradora del cementerio, de ambas declaraciones se tiene que no existe consistencia al momento de indicar que el acusado se hubiera encontrado en el cementerio a la hora de salida del colegio donde la menor estudiaba que generalmente es de 18:00 a 18:30 pm, ya que ambos son coincidentes en haber visto al acusado entre las 17:00 y 17:30 pm, y luego de las 19:30 pm, este último horario lo indica la testigo Carmen Hurtado, por ello es que existe un lapso de tiempo considerable entre un lugar y otro, más aun cuando entendemos que las distancias en la ciudad de Cobija, y más concretamente entre el Cementerio y la Unidad Educativa de Villa Cruz, no dista a más de 3 minutos en moto taxi, medio de transporte habitual en esta ciudad, de lo que se puede sostener que no existe motivo alguno para dudar de que el acusado hubo estado en ese lapso de tiempo en la Unidad Educativa y luego haber retornado al cementerio. De allí que exista inconsistencia en dichas

declaraciones. Aunque el acusado niega el hecho en su declaración ante este Tribunal, no obstante, ello resulta descartado, ante los medios de prueba presentados y ya considerados anteriormente, los cuales permiten destruir el principio de presunción de inocencia en la conducta del acusado, no haciendo creíble lo aseverado por el mismo...”

4. “...Referente a la documental arrimada como prueba MP4 y MP6, las misma constituyen informes policiales sobre hechos ya establecidos a través de los demás elementos de prueba presentados, por lo que son intrascendentes al igual que la prueba MP5 consistente en el acta y resolución de aprehensión del acusado, aspectos netamente procesales que no están en discusión dentro del objeto de juicio. El mismo criterio también se aplica con relación a la testifical de cargo producida referente al padre de la víctima Rolando Mamani, quien al margen de haber realizado al denuncia el presente hecho, conforme consta en la prueba MP1, no detalla mayores elementos que lo que su esposa y madre de la víctima describe con mayor amplitud. Por su parte, la declaración del testigo Pablo Lima no aporta ningún elemento de análisis al hecho, ya que solo conoce el hecho por referencia de terceros, de allí que la declaración del mismo sea intrascendente...”

b) Con relación a las causas del contenido:

- Identificar la existencia de esquemas de argumentación que incidan en la valoración de los hechos y la prueba.

1. En primer lugar, resulta evidente que la declaración de la víctima, NNA, ha sido valorada y ponderada sobre la base de lo recolectado en las entrevistas psicológicas realizadas a la misma, en dos oportunidades en la fase de investigación.

2. Otro aspecto que es clara en la sentencia, es que dichas declaraciones realizadas por la víctima en esas entrevistas, es corroborada por otros medios o elementos de prueba, de esa forma se sostiene cada una de las narraciones de la víctima, tanto centrales como periféricas.

3. Es muy rescatable que la sentencia recoge de manera concreta, aunque no muy precisa y desarrollada, los planteamientos de la defensa del acusado, atribuyéndoles en su caso, un efecto, esto es, si lo que indicado tiene o no sustento en relacion a lo que plantea el relato de la acusacion que es basicamente el de la victima; de esa forma, la sentencia pondera y da razones del porque no se sustentable las posiciones que realiza la defensa del acusado.

4. Ademas de ello, el tribunal desarrolla en base al esquema de argumentación preestablecido en el Protocolo para el Juzgamiento con Perspectiva de Género, los aspectos referidos a: Identificación del problema juridico a resolver, identificacion de las normas juridicas aplicables, determinacion de los hechos al tipo penal, todo ello dentro de la fundamentacion juridica de la sentencia. Pero lo que interesa en el presente caso, es la valoración de la declaración de la victima, la cual lo realiza en el apartado referido a la fundamentación descriptiva, analitica e intelectiva.

- Determinar como el uso o no de la persectiva de género, influye en la valoración del testimonio.

1. Siguiendo el anterior punto, dicho esquema permite apreciar como el tribunal realiza o aplica el enfoque o perspectiva de género como criterio de control de razonamiento, principalmente de los que plantean las partes. Se puede apreciar que en el punto referido a la identificación de las normas juridicas aplicables, se realiza una precisa identificacion y cita de las normas y jurisprudencia nacional e internacional en relación a la temática abordada, llegando a establecer una analisis entre lo que es el principio de inocencia y el de presunción de veracidad en la declaración de la víctima, recogiendo los entendimientos internacionales sobre la calidad de prueba fundamental que tiene el testimonio de la victima, y en especial el de victimas menores de edad. Y es importante este punto, porque el tribunal no se ampara solo en lo que indican los estandares de la Corte IDH en relacion a la valoración de la declaración de la victima, sino que refiere que llega a la convicción de los hechos, por el relato de la victima, el cual tuvo los medios suficientes para corroborar su relato, siendo de ese modo que el razonamiento del tribunal en este caso, utilizó como respaldo de sus criterios, a los estandares y normas indicadas.

2. Otro aspecto importante, es que el tribunal hubo realizado un control sobre los criterios emitidos por la defensa del acusado, como argumentos para desvirtuar la acusación fiscal, indicado que:

Es insuficiente pretender desacreditar la credibilidad del testimonio de la menor y de la madre, sobre la cual la defensa del acusado hubo planteado la posibilidad de que estos hechos se hubiera suscitado o denunciado por intereses ilícitos por parte de la madre de la menor, que pretende desacreditar la versión de la menor víctima por el hecho de haber esperado más de 10 días para realizar la denuncia, o de que sería una práctica común en la madre de la víctima este tipo de denuncias, como se sostuvo en parte de los debates en juicio, cuando en los hechos conforme al principio de verdad material, no se tiene ningún elemento que permita concluir ese extremo, aun teniendo el acusado el tiempo suficiente para presentar dichos elementos que consideraba pertinentes a su defensa, tomando en cuenta que ello no afecta el principio acusatorio, ya que se basa en el principio de “quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo”, establecido en el Auto Supremo 211/2013, de 22 de julio de 2013 emitido por la Sala Penal I del Tribunal Supremo de Justicia.

Mas abajo realiza la cita de otro elemento que respalda a dichas conclusiones, sobre la base de la jurisprudencia internacional.

Exigir una reacción inmediata a las víctimas de violencia sexual como en el presente caso, y más aun de menores, no condice con la realidad de este tipo de hechos y es un estereotipo que debe ser erradicado de la administración de justicia, así lo entiende Dictamen del caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas del Comité CEDAW. CEDAW/C/46/D/18/2008.

De esa forma se puede apreciar como la utilización correcta de la perspectiva de género al momento de valorar los hechos y la prueba, tiene una real dimensión en cumplir como un criterio mas de control, que implícitamente viene a par de la reglas de la sana critica que son igualmente visibles en los argumentos planteados.

c) Con relación al efecto:

- Describir si la existencia o no de un esquema de argumentación influye en la justificación debida de la decisión asumida.

En este caso, se podría indicar que se sigue un cierto esquema general de argumentación, pero en concreto, sobre lo que es la valoración individual y conjunta de la declaración, aun no es muy desarrollada, específicamente en lo que refiere la valoración individual, la cual no es muy desarrollada en la sentencia.

No obstante, en lo que refiere que valoración conjunta, el tribunal como en la gran mayoría, parte de la declaración de la víctima como base para establecer corroboraciones a la misma y de esa forma concluir en aceptar como verdad lo indicado por la misma, ejercicio que en cierto modo justifica una decisión. En esta sentencia se ha observado que el tribunal identifica ciertos hechos o planteamientos que considera esenciales, y sobre ellos realiza la labor de verificación de los mismos, aspecto que no se ha logrado observar con claridad en las anteriores resoluciones analizadas.

- Reflejar el índice de condenas sobre la base del testimonio de la víctima, entre otras causas.

Como se tiene claro, en este caso la sentencia de condena del acusado, fue emitida basado en criterios que a los fines de esta investigación guardan cierta racionalidad en la valoración de la prueba, apoyados por los criterios que aporta la Corte IDH., todos ellos sobre la base de la declaración de la víctima, reforzada por otros medios de prueba.

2.2.2. Sentencia emitidas por los Tribunales de Sentencia Penal.

1. Sentencia No. 01/2016 de 08 de enero. Tribunal de Sentencia Penal No.2 de Cobija-Pando.

Antecedentes Fácticos.

En fecha 12 de agosto de 2013 la víctima K.M.CH. de 11 años de edad fue encontrada por miembros de la Brigada de la Familia en inmediaciones de la Av. 9

de febrero, a horas 3:00 a.m., es así que fue entrevistada y remitida a la Defensoría de la niñez y adolescencia donde relata que en el transcurso del año 2013 su padre de nombre D. M. B. procedió a indicarle que se desvista para hacerle una revisión y así tocarle sus partes íntimas llegando incluso a frotar su pene en la vagina de la menor y ya en otra oportunidad en horas de la noche se habría entrado a su cama donde de igual manera procedió a manosearla, subiéndose encima de ella e indicándole posteriormente que ese sería un secreto y que no cuente a nadie. Es ante tal situación que la menor habría escapado de su hogar siendo que no cuenta con apoyo de su madre y a la fecha se encuentra viviendo en SEDEGES, donde habría intentado quitarse la vida en dos oportunidades.

Propósitos del análisis:

a) Con relación al contenido:

- Describir las tendencias en relacion a los argumentos que se plantean por parte de los jueces, en relacion a la valoracion de la prueba testifical de la victima en hechos de violencia sexual.

En este punto, se identifican los siguientes razonamientos:

1. “...i.La menor K.M.CH. manifiesta que se vinieron de Riberalta y que su papá no le tocó, tampoco intentó suicidarse, no recuerda haber comentado nada a su amiga Jhoselin e indica que el día que no volvió a su casa, fueron a Abaroa junto a sus compañeros y maestros y al regreso se quedó en el parque dando vueltas, no quiso regresar por miedo a que le riñan. Su padre los trataba bien y fue su mejor amiga (Darinka) que le dijo que le denuncie a su padre, pero no recuerda por qué.

Este tribunal a simple vista denota que la menor vino mentalizada a deponer su testimonio negando el hecho, limitándose a dar respuestas sumamente cortas no existiendo la espontaneidad característica de una menor de edad, denotándose la enorme desesperación que sentía la misma para salir del Hogar de SEDEGES, por ello el tribunal se apartó de la declaración de la

propia víctima en resguardo de sus propios derechos al no ser consciente de que sus palabras le perjudicaban a ella misma.

2. “...La Prueba MP-2 Entrevista informativa N° 91/2013 a la víctima K.M.CH. de fecha 13 de agosto de 2013 efectuado por el Psicólogo del Ministerio Público Lic. Adalid Portillo Bautista donde la menor relata por primera vez lo sucedido e indica que se fue de paseo con su colegio y cuando volvió no quiso volver a su casa, porque su papá la tocaba en su vagina, no recuerda cuando pasó exactamente pero era mas o menos en abril del mismo año, y dice lagrimeando “...Mi mamá estaba de salida y mi hermana y mi papá se volvieron del trabajo ese día y me llamó y me dijo que me baje el pantalón... luego me tocó mi vagina, el se bajó también su pantalón... de ahí me bajó mi pantalón también... luego puso su pene en mi vagina... me sentía mal, le tenía miedo (lagrimea y expresa temor), el me dijo después que se subió su pantalón que iba a ser un secreto entre los dos... pasó en mi casa... él se portaba malo conmigo, una vez que vino su cortejo de mi hermana a mi casa, se pusieron a charlar y el fue a apagar la luz de mi cuarto, él me estaba tocando en mi vagina...”; esta primera declaración es clave para el proceso siendo que en base al principio de Verdad Material, las primeras declaraciones de una menor de edad son lo suficientemente acreditables al tratarse de un desahogo en el momento exacto del hecho, siendo que dicho argumento con el transcurso del tiempo tiende en algunos casos a variar, por ello cabe dar credibilidad a lo mencionado por la menor conforme es explicado jurídicamente más adelante.”
3. “...La Prueba MP-12 Informe de Pericia Sicológica realizado por la Lic. Cinthia Salazar Berríos a la menor K.M.CH. de fecha 02 de diciembre de 2013 en la cual la menor relata de forma coherente lo ocurrido indicando: “Hasta mis 5 años viví con mi mamá, tengo pocos recuerdos de ella, despues mi padre me recogió de Riberalta y me trajeron a vivir aquí con mi madrastra mas...Yo a mi madrastra le digo mama, ella me trata bien, pero nunca me anime a contarle lo que mi padre me hacia porque tenía miedo que no me

crea... mi padre también era alegre, se acercaba a jugar conmigo, pero después comenzó a tocarme mi cuerpo... la última vez que me agarró mi padre fue el mes de abril... fueron dos veces, quiso abusarme... la primera vez era de día, yo estaba sólo con mi hermanita Escarlet tiene 2 añitos, mis hermanos se fueron a la escuela y los demás a trabajar, era en la tarde, mi madrastra salió se fue a SEDUCA y mi padre se fue a trabajar de mototaxi y volvió al ratito y me llamó a mi cuarto, me dijo que me baje mi pantalón y yo le hice caso, primero me dijo que me revisaría si no tenía alguna infección, pero comenzó a tocarme mis partes y yo le decía que no lo haga y no me contestaba nada... mi hermanita estaba durmiendo, se frotó en mí y me lastimó, era en mi cama, se puso encima de mí... me dijo que iba a ser un secreto y se salió... yo me puse a llorar, miré después que se manchó mi calzón y lo boté al barranco... y solo le conté a una amiga que se llama Jhoselin de mi curso, es mi mejor amiga... La segunda vez era de noche, yo dormía con mi hermana Alicia que tiene 10 años... todos ya estaban durmiendo y mi puerta era solo una cortina.... mi papá estaba apagando las luces y cuando entró a mi cuarto se metió a mi cama y comenzó a manosearme mi cuerpo, yo acordé y me asuste, estaba con un camisón de vestido y me lo suspendió, quiso abusarme mi padre pero yo me defendí, le desperté a mi hermana Alicia y mi padre se levantó y se fue, ese día también me puse a llorar.... Yo no sabía qué hacer, me sentía sola, quise una vez quitarme la vida, pensé en ahorcarme (llora), incluso escribí una carta despidiéndome... Yo no quería volver a mi casa, por eso cuando volví del paseo del colegio me quedé encerrada en mi curso, nadie sabía, ni la portera se dio cuenta, estaba dos días ocultándome y pensando porque no sabía que iba a hacer después... el lunes me puse a caminar y me encontró la policía, y recién conté lo que me pasaba... no entiendo por qué me hizo eso mi padre, cuando mi madrastra viajaba mi padre varias veces me manoseaba mi cuerpo..., yo lo quiero pero le tengo miedo, quisiera que me pida perdón por lo que me hizo..." (textual).

Asimismo la adolescente Jhoselin Saldías compañera de curso en la U.E. Mariano Baptista, señala: “A Kendi no le querían mucho las compañeras, no sé porque, ella es un poco especial y muy callada, casi siempre paraba solita, y yo a veces la miraba llorando y me acercaba a ella, éramos amigas, yo me sabía sentar con ella en la clase, ella me contó una vez que su padre le quiso abusar, y que por eso estaba en el hogar... yo creo que es verdad porque cuando me contó parecía sincera y estaba demasiado triste...” (textual).

4. “...La Prueba MP-13 Informe Pericial Sicológico realizado por la Lic. Rocío Lorena Cox Mayorga (Sicóloga Clínica Legal Forense de la UAVT) de fecha 31 de julio de 2014 referido a la Credibilidad del testimonio y al Daño sicológico y secuelas a corto y largo plazo. En el cual en sus conclusiones indica que la menor presenta daño sicológico con síntomas muy similares a los mostrados por menores sometidos a situaciones abusivas en la esfera sexual en el contexto familiar, lo cual puede llevar a un trastorno de personalidad, indicando que las características externas asociadas al conflicto son consistentes con una situación de abuso en la esfera sexual, por lo que “...realizada la Evaluación del grado de Credibilidad el mismo NO ES ALTAMENTE NO CREÍBLE, ya que desde el plano evolutivo, los pre-adolescentes suelen presentar mayor conciencia de la situación, por ello aumentan los sentimientos de culpabilidad y autoinculpación que en el presente caso podrían haber influido para el cambio de la versión inicial...”, Conforme a esta prueba se tiene que el relato inicial de la víctima es creíble, por ello el tribunal se aparta de su declaración de audiencia de juicio oral, y siendo esta prueba fundamental este aspecto es explicado más adelante en el punto 5 de esta sentencia.”
5. “...Dicha teoría planteada por la representante del Ministerio Público también fue corroborada por las declaraciones de los testigos de cargo descritos el punto 3.1 de esta sentencia, entre ellos la Psicóloga CINTHIA SALAZAR BERRIOS, GLADYS MAMANI LARICO y RODRIGO ROBERTO BUITRÓN

ALIAGA, quienes relatan de forma concreta e inequívoca los actuados realizados y lo sucedido en el transcurso del proceso corroborando la primera declaración de la víctima K.M.CH. quien en la primera entrevista manifiesta de forma sincera lo sucedido, argumento totalmente acreditado por el tribunal en pleno al tratarse de un relato inicial espontáneo sin ningún tipo de influencia en la menor, relato muy bien producido y difícil de ser inventado por una niña de 11 años de edad la cual no tiene la capacidad de detallar los hechos si no fuesen reales, algo totalmente contrario al segundo relato que presta la víctima ya en juicio oral donde intenta confundir al tribunal indicando que no pasó absolutamente nada con el señor D. M. B. y que éste sería una buena persona, empero, el tribunal en base a la sana crítica, los gestos y palabras de la menor vertidos en juicio delatan que la misma prestó un testimonio pre elaborado y más aún complicado, pero entendible en el sentido de que trata de salvar el entorno familiar ya que a causa del proceso penal la familia se desvincula y es albergada por SEDEGES, por ello, es que se denota que la niña tiene un sentimiento de culpabilidad por la desvinculación de su familia y siendo que no es la hija biológica de la madrastra y ésta tiene 6 hijos más que mantener es que la Sra. Sara Chipunavi apoya incondicionalmente a su marido quien es el padre biológico de la niña, todo por la dependencia económica.

Con todo lo manifestado no podemos dar credibilidad a una segunda declaración de la víctima sumamente corta y concisa, desdiciendo lo argüido en las primeras entrevistas, pensando con ello tener estabilidad familiar. Con estos motivos ampliamente fundamentados el tribunal se aparta de la declaración de la víctima vertida en juicio oral, dando por válidos todos los anteriores actuados descritos en la prueba documental y testifical.

Es por ello que de manera inequívoca ante la abundancia de prueba y la enorme similitud de las declaraciones vertidas por los testigos que fueron corroboradas por la prueba documental, dan a entender a este Tribunal de Sentencia #2 que la verdad o teoría contada por el Ministerio Público es la cierta, identificándose plenamente al agresor como D. M. B.”

b) Con relación a las causas del contenido:

- *Identificar la existencia de esquemas de argumentación que incidan en la valoración de los hechos y la prueba.*

1. En la sentencia analizada se puede observar que en la misma se realiza una valoración individual y conjunta de la prueba testifical de la víctima, tanto la realizada en un primer momento, como la que hubo dado en audiencia de juicio oral.

2. En lo que refiere la valoración individual, el tribunal al realizar un análisis de cada elemento de prueba aportado, va otorgando un determinado criterio de suficiencia en relación a los hechos narrados, esto es, va atribuyendo determinada finalidad o efecto a cada elemento. Así por ejemplo a lo que es la prueba MP2 referida a la primera declaración de la víctima, establece que la misma tienen mayor credibilidad por ser la que se otorgó en primer lugar.

3. En la labor de valoración individual, se puede apreciar que el tribunal va descartando de forma paralela los planteamientos u objeciones de la defensa del acusado, anticipando en cierto modo un resultado de ello.

4. Al momento de realizar la valoración conjunta de la prueba, es donde se puede establecer, a través de la identificación de los planteamientos o hipótesis del caso, la suficiencia o no de la prueba presentada. De ese modo se puede apreciar como es que el tribunal otorga mayor validez a la primera declaración de la víctima, por sobre la retractación de la misma en juicio, principalmente porque entiende que existen elementos de prueba que corroboran la primera declaración realizada.

5. En ese sentido, se puede apreciar que el tribunal al momento de valorar la declaración de la víctima en juicio oral, en donde la misma se retracta de su primera declaración, al margen de otros elementos de prueba, indica que se podía apreciar que la misma estaba influenciada para que cambie su versión, ello por la forma en que respondía, y porque además, entiende el tribunal, que los gestos de la misma al momento de declarar en juicio delatan que fue influenciada para cambiar de versión, conclusiones a las que arriba, según indica, a través de la Sana Crítica, pero no

indicando en que elementos de la misma se sustentaría dichas afirmaciones. Quizá se haga referencia a las maxims de la experiencia que arguyen los jueces en relación a los casos que se resuelven de forma cotidiana y que establecen un entendimiento o comprensión de los hechos, basados en anteriores experiencias del juzgador.

- Determinar como el uso o no de la perspectiva de género, influye en la valoración del testimonio.

1. Resulta llamativo que en el presente caso, el criterio que sostiene el Tribunal, no lleva expresa mención de los precedentes de la Corte IDH en relación a la declaración de la víctima, sino que realizan un razonamiento directo de la declaración de la víctima y de otros medios de prueba, como ser la pericia psicológica y las declaraciones previas de la misma, comparadas con otros elementos de prueba. Tomando en cuenta que se trata de un hecho que se habría suscitado cuando la víctima era infante, y la denuncia la realiza años después cuando tiene 16, resulta claro que el tribunal razona en sentido amplio al presentarse contradicciones en su relato, las cuales considera entendibles por la edad que la misma tenía, y basado también en la declaración de la médico forense. A ello se suma el resultado de la pericia psicológica que en cierta medida apoya en relato de la víctima.

2. A lo antes indicado, ello no impide identificar que el Tribunal implícitamente desarrolla un razonamiento de la prueba con perspectiva de género, ya que las razones dadas para establecer el porque otorga mayor validez y credibilidad al testimonio de la víctima dado en los primeros momentos de denunciado el hecho, implica dar un valor reforzado de la misma, que establecen los estándares de la Corte IDH, pero que no son citados por el tribunal para dar respaldo debido a sus criterios.

c) Con relación al efecto:

- Describir si la existencia o no de un esquema de argumentación influye en la justificación debida de la decisión asumida.

En este caso, se podría indicar que se tiene una decisión asumida, en la cual se ha valorado tanto de forma individual como en conjunto la prueba aportada para justificar los hechos acusados. Sin embargo, es claro también que dichos argumentos han pretendido en cierto modo establecer razones a ciertos criterios emitidos, por ejemplo, al porque no se otorga credibilidad al testimonio dado por la víctima en audiencia, ya que si bien indica el uso de la Sana Crítica, no establece los respaldos respectivos que den fiabilidad a los razonado por el tribunal.

Es obvio también que no se establecen las normas, doctrina o jurisprudencia nacional o internacional que otorgue la solidez y justificación debida a las inferencias arribadas.

- Reflejar el índice de condenas sobre la base del testimonio de la víctima, entre otras causas.

Como se tiene claro, en este caso la sentencia de condena del acusado, limitados únicamente en la corroboración del testimonio.

2. Sentencia No. 43/2017 de 04 de septiembre. Tribunal de Sentencia Penal No.2 de Cobija-Pando. Delitos: Abuso Sexual con agravante.

Antecedentes Fácticos.

La acusación formal da cuenta que la madre de la víctima menor de edad habría denunciado ante la FELCV al ahora acusado A.S. y al hermano de este de nombre M. S., indicando que los mismos habrían abusado sexualmente de su hija menor de edad, hecho que hubo conocido cuando la menor le manifestó un dolor en el vientre, por lo cual la llevó al centro de Salud de Santa Clara y en ese lugar, en donde la médico que la atendió le manifestó que su hija había sido abusada sexualmente, indicando que habría sucedido en el domicilio del acusado en donde ella siempre frecuentaba ir, además que el abusado llevaba a su hija a su oficina para abusar de ella, así como también habría sido abusada por su otro tío M. S.

Propósitos del análisis:

a) Con relación al contenido:

- Describir las tendencias en relacion a los argumentos que se plantean por parte de los jueces, en relacion a la valoracion de la prueba testifical de la victima en hechos de violencia sexual

En este punto, se identifican los siguientes razonamientos:

1. "... de las entrevistas informativas realizadas a la víctima, cursante como MP6 y MP8, y de descargo como PDDC3, se puede establecer dos aspectos de las mismas que resultan muy llamativos. La primea declaración que se le toma a la menor, es la cursante como prueba MP8, en fecha 12 de noviembre de 2015, en la cual se puede apreciar que la menor en ningún momento de las primeras preguntas que realiza la psicologa, identifica al acusado A. S. como su agresor, mas al contrario su declaración esta firmemente dirigida hacia el otro acusado M.S., luego y ante la insistencia en las preguntas de la psicologa, la menor de forma escueta menciona el nombre del acusado, refiriendo los hechos que la madre de la víctima denuncia en primera instancia. Luego en lo posterior de la declaración hace mención a que el acusado M.S seria quien habría abusado de ella más veces que el acusado A. S; luego de ello, se tiene la otra declaración informativa tomada a la víctima en fecha 28 de diciembre de 2015 en donde se vuelve a preguntar a la víctima sobre los mismos hechos y en donde la misma vuelve a mencionar a los dos acusados, aunque haciendo mucho más énfasis en el nombre del acusado M. S. En algo que coinciden las dos declaraciones es que los hechos de agresión sexual se habría suscitado en el domicilio del acusado A. S., en el cual también se encontraba el acusado M.S., quien se encuentra declarado rebelde en el presente caso. De la declaración realizada por la madre de la víctima y la misma víctima menor de edad en cámara Gesell, se tiene que las mismas se retractan de las sindicaciones realizadas en contra del Arlin Siani. La madre de la víctima en su declaración ante este tribunal, refiere que se encontraba muy nerviosa, indicando ser la primera vez que se encontraba en esta situación y que no pensaba llegar a esto, señala que en realidad ella en un momento y sin pensar denunció también a su primo A. S., siendo en realidad que quien habría sido identificado por su hija como agresor era el otro acusado M. S., declaración que realiza en reiteradas oportunidades de su

intervención, señalando que los motivos que la llevaron a esa situación fue la rabia del momento. En la declaración de la menor en cámara Gesseil, se hubo logrado escuchar atentamente a la misma, la cual refiere con certeza y claridad de que el acusado A.S., a quien reconoce como su tío más querido, nunca la hubo abusado, y que no entiende porqué su mamá lo habría denunciado, quizá por rabia en ese momento, pero refiere con firmeza que quien la hubo abusado era su otro tío M.S.

Estos aspectos de las declaraciones tomadas a la menor, son determinantes para este Tribunal a fin de darles el valor correspondiente, ya que se concluye de la apreciación directa de la declaración de la menor, que la misma mantiene la línea que en la primera entrevista se hubo percibido, la cual era la de identificar con mayor intensidad como su agresor al acusado M. S., no realizando lo mismo con respecto al acusado A. S., sobre el cual mantiene una versión que inicialmente fue denunciada por la madre de la misma, quien en audiencia, sostiene que lo hubo realizado en un momento de ofuscación al conocer el abuso. De allí que estos medios de prueba permiten concluir a este tribunal en la veracidad de lo declarado en audiencia por la madre de la víctima y esta última.

2. "...de los demás elementos de prueba aportados por el Ministerio Público, se tiene que el certificado médico forense signado como prueba MP5 señala entre lo más sobresaliente de las conclusiones, que la víctima no tendría ningún tipo de lesión entre sus partes íntimas, pero que si muestra lesión característica de condiloma genital propio de infección de transmisión sexual (contagio antiguo), este aspecto sin embargo es contrarrestado por la defensa del acusado, con la documental de descargo signada como PDDC2 en la cual se arrima resultados de exámenes y laboratorios, requeridos por la misma medico forense, en los cuales se indicaría que la misma tendría resultados negativos para la reacciones establecidas, sin embargo con relación al condiloma que se indica, en dicho exámenes se hace referencia a una elevación carnosa a nivel de piso del periné interno, que quizás pueda establecer lo que señala el certificado médico forense con relación al condiloma, pero es un aspecto que no se tiene establecido con certeza, por ello que el tribunal no puede presumir su existencia, más aun cuando tampoco se tiene

realizado o aportado examen con relación al acusado, para establecer si el acusado también sería portador de dicha enfermedad de transmisión sexual, para de esa manera lograr establecer algún tipo de relación en el presente hecho. Este aspecto refuerza aún más la duda establecida por la declaración de la menor y la madre de la misma, en torno a la participación del acusado A. S. en el presente caso.”

3. “...las prueba MP7 referida al informe social realizado, es insuficiente en torno a lo que se pretende establecer, sin embargo señala aspecto relativos a la dependencia emocional de la víctima con relación a los acusados, pero que como manifiesta la misma psicóloga de la UPAVT en audiencia, necesita ser referida por estudios especiales, ya que la misma fue realizada a la madre de la víctima y no a la misma, aspecto que influye una vez más en que la madre de la víctima pudo haber pretendido sustentar la versión que ahora señala no ser cierta, más aun cuando según la prueba PDDC4 que adjunta el acusado, referido a una ampliación de informe social, se tiene que la misma madre de la víctima refiere que el acusado A.S. es quien hubiera estado mostrando colaboración para la investigación en el presente caso, y de que el otro acusado sería quien, aprovechando las relaciones familiares estarían presionando a través de otros familiares para que la misma desista del presente proceso, tal cual se tiene incluso por la documental de descargo PDDC1 conste en el memorial donde la misma retira la denuncia en contra de los dos acusados. Estos aspectos si bien pueden concluir en que los familiares de la víctima y a la vez de los acusado estarían presionando psicológicamente a las mismas para desistir del proceso, no obstante de ello, lo antes valorado con relación a al declaración de la menor en cámara Gesell y demás documentación, no quitan que existe duda en al participación del acusado A. S., lo cual es muy distinto con relación al otro acusado, quien sería la persona que estaría tratando de influir sobre la víctima a través de sus demás familiares para que desiste de proceso, de allí que dicha prueba sea insuficiente con relación a demostrar la participación del acusado A.S., aunque distinto tratamiento corresponderá en relación al otro acusado declarado rebelde....”.

b) Con relación a las causas del contenido:

- *Identificar la existencia de esquemas de argumentación que incidan en la valoración de los hechos y la prueba.*

1. En la sentencia analizada se puede observar que en la misma no se realiza una valoración individual de la prueba como tal, que permita establecer la fiabilidad de las mismas, en especial en relación a la declaración de la víctima. Sin embargo esa labor parece realizarse al momento de la fundamentación analítica e intelectual, que es donde se realiza la valoración en conjunto.

2. Un elemento esencial en la consideración de la declaración de la víctima, es que la misma se retracta de anteriores declaraciones en donde se acusaba a A.S. como uno de los responsables del hecho. Sobre ello, el tribunal razona con relación a la declaración realizada en audiencia mediante cámara Gesell, a partir de allí compara las anteriores declaraciones, de donde concluye que la retractación es creíble, sustentado claro está en otros elementos de prueba que son valorados en ese momento.

3. A su vez, plantea y sigue un esquema de criterios de análisis de la retractación de las víctimas en este tipo de casos, que emana de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, que señala lo siguiente:

“La validez de la retractación de la víctima está en función de los resultados tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar: **a)** la solidez o debilidad de la declaración inculpativa y la corroboración coetánea –en los términos expuestos- que exista; **b)** la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y, **c)** la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -venganza u odio- y la acción de denunciar falsamente. Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar: **d)** los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y, **e)** la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos

efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.”

- Determinar como el uso o no de la perspectiva de género, influye en la valoración del testimonio.

1. Resulta llamativo que en el presente caso, el criterio que sostiene el Tribunal, no lleva expresa mención de los precedentes de la Corte IDH en relación a la declaración de la víctima, sino mas que todo en relacion a la presunción de inocencia, aunque se hace referencia tambien al valor del testimonio de la victima de este tipo de hechos. No obstante de ello, es claro que el análisis se hubo realizado mas que todo en base a las conclusiones emanadas de la valoración del testimonio, sin que se identifique elemento alguno que amerite el enfoque del caso con perspectiva de género.

2. A lo antes indicado, ello no impele identificar que el Tribunal implícitamente desarrolla un razonamiento de la prueba con perspectiva de género, ya que las razones dadas para establecer el porque otorga mayor validez y credibilidad al testimonio de la viíctima en cámara Gesell, implica dar un valor reforzado de la misma, que establecen los estandares de la Corte IDH, pero que no son citados por el tribunal para dar respaldo debido a sus criterios.

c) Con relación al efecto:

- Describir si la existencia o no de un esquema de argumentacion influye en la justificacion debida de la decision asumida.

En este caso, se podria indicar que la ausencia de una adecuada valoración individual de la prueba, incide en el hecho de que dicha labor pretende realizarse en conjunto o al momento de analizar en conjunto las demas pruebas, lo que lleva a establecer que no existe fundamentación en torno a la fiabilidad o coherencia de las declaraciones de la victima.

Por otro lado, en la valoracion conjunta de la prueba, se parte mas que todo de la base de la declaracion de la victima, para de alli establecer los medios de prueba

que den o no razón a la misma. Es así que, en este caso, el establecimiento de los hechos parten de la interpretación y valoración de la prueba, dejando de lado que primero se debe identificar el elemento fáctico de la hipótesis fiscal o del acusado, para de allí realizar una mejor conformación de argumentos claros y pertinentes en relación al hecho acusado.

- Reflejar el índice de condenas sobre la base del testimonio de la víctima, entre otras causas.

Como se tiene claro, en este caso la sentencia fue de absolución del acusado, emitida en base a criterios de análisis de los hechos y las pruebas que refieren a la retractación de la misma que a los fines de esta investigación, guardan cierta racionalidad en la valoración de la prueba, todos ellos sobre la base de la declaración de la víctima, reforzada por otros medios de prueba.

3. Sentencia No. 11/2022 de 10 de agosto. Tribunal de Sentencia Penal No.1 de Cobija-Pando. Delitos: Violación con agravante.

Antecedentes Fácticos.

Refiere la denunciante y víctima V. Ch. M. que desde la fecha 01 de enero de 2016 al 2020 en el Barrio Perla del Acre su padrastro de nombre E. L. Ch., abusó sexualmente de la víctima, así también menciona que desde que tenía 15 años abusaba de la víctima, quién entraba a su cuarto y se metía a la cama cuando la víctima se encontraba durmiendo, se daba cuenta que su padrastro estaba a su lado tocándole sus partes íntimas, cuando primera vez abuso sexualmente la víctima le comento a su madre Silvania, sin embargo no hizo nada al contrario agredió físicamente a la víctima indicando que era una mentirosa, posterior en el año 2020 por los malos tratos a la víctima la llevaron a SEDEGES y la madre hizo todo lo posible para sacarle para que estudie, pero cuando vuelve a su casa su padrastro volvió a abusar sexualmente de la víctima, hasta que decidió salirse de su domicilio para cuidar una casa como cuidante y su padrastro fue a buscarle y le volvió a abusar.

Propósitos del análisis:

a) Con relación al contenido:

- Describir las tendencias en relación a los argumentos que se plantean por parte de los jueces, en relación a la valoración de la prueba testifical de la víctima en hechos de violencia sexual

En este punto, se identifican los siguientes razonamientos:

1. "...MP6... INFORME DE ENTREVISTA PSICOLOGICA", realizada a la víctima...De donde se puede advertir que la víctima pudo individualizar e identificar como el hoy acusado E. L. Ch., habría abusado sexualmente de su persona, aprovechando que la misma se encontraba sola en el cuarto y aprovechando la ausencia de la madre biológica y sus hermanos, Que, su agresor para cometer el ilícito, aprovechaba la vulnerabilidad de la misma e incluso le tenía amenazada que si iba a comentar algo de lo sucedido, le iba a devolver a su padre biológico o se lo llevaría a una de sus hermanas. Que cansada de las agresiones sexuales que sufrió desde sus 15 hasta los 18 años, decidió denunciarlo en la FELCV.

Por ello, éste Tribunal advierte que en éste tipo de delitos debe realizarse una ponderación de derechos, esto en razón a que estos crímenes gozan de derechos fundamentales como el derecho a la dignidad humana y a la protección de la honra, el derecho a la integridad física, psicológica, moral como a la protección especial, las mismas que se encuentran reguladas y consagradas por la Convención Americana en los artículos 5, 11 y 19, permitiendo de este modo, la protección especial para las víctimas de agresiones sexuales."

2. "...MP15..."ACTA DE AUDIENCIA VIRTUAL DE ANTICIPO DE PRUEBA DE LA VICTIMA V. CH. M." ... VALOR PROBATORIO.- ALTAMENTE RELEVANTE para el Tribunal, por cuanto la víctima ha podido identificar de forma clara y objetiva a su agresor e incluso detallo de manera precisa donde se habría suscitado el hecho delictivo y la forma como habría sido víctima.

(...) Esto al permitir establecer de forma categórica en su declaración anticipada lo siguiente: "...Conozco al Sr. E. L. Ch., es mi padrastro, vivía con él desde mis 13 años...Me toco cuando tenía 15 años, cuando estaba durmiendo, le conté a mi

madre pero dijo que era una mentirosa que yo nomas me encimaba al lado de su marido y cuando era de noche me di cuenta que estaba en mi cama...El logro tener relaciones sexuales cuando tenía 16 años....Me decía que quería estar conmigo, que quería tener relaciones conmigo...Tuve todos los años...Llegaba del Cema y cada que llegaba se metía a mi cama, cuando no estaba mi mamá aprovechaba.....La última vez que tuvimos relaciones sexuales fue en la casa donde estaba cuidando, tenía 18 años...Cuando tenía 15 años, me abusaba sexualmente en el Colegio, en la vivienda que le dan a las porteras, en ese cuarto...Cuando no estaba mi mamá y mis hermanitos, eso aprovechaba él...Me llevo también varias veces al Motel...Mi mamá me boto de la casa cuando tenía 18 años, fue porque no hice empanada para su hija y yo no quería hacer porque ella no hacía nada....Mi padrastro me pidió tener un hijo, indicándome que mi mamá no puede darle un hijo hombre....Me amenazo para no decir a nadie, refiriendo que no vería a mi madre y que si decía no me iba a creer... Denuncie después de 4 años porque nadie me iba a creer, espere hasta tener 18 años....Las agresiones sexuales eran en el Colegio Simón Bolívar.....No denuncie a alguien cercano, porque no me dejaba que me apegue a nadie....Estuve en SEDEGES cuando tenía 16 años...Tengo 5 hermanos de diferentes padres... A mi mamá le conté cuando tenía 15 años....Me salí de su casa fui a vivir en Perla como cuidadora de una casa...”.

Todos esos extremos referidos por la propia víctima, guardan coherencia en tiempo, lugar y espacio con la atestación de la testigo de cargo entre ellos, el de la Trabajadora Social Sandra Taraune Atoyay, testigo de descargo Lic. Vanessa Flores Ibarra y la propia Lic. Cinthia Salazar Berrios, Psicóloga del Tribunal Departamental de Justicia, corroborado con las pruebas documentales signadas con la MP-1, MP-2, MP-6, MP-7 y MP-15.

3. “...corresponde analizar la situación del presente caso, donde una adolescente es víctima de un hecho que implica violencia sexual que como se tiene establecido, obligan al Estado a extremar medidas de prevención; y es allí donde también se presenta el hecho de que la declaración de la misma víctima se constituya en el principal elemento de prueba para atribuir el hecho delictivo al

acusado. Dadas la circunstancias en las que este tipo de hechos suceden, en donde solo se tiene la versión de la víctima y la del acusado, corresponde aplicar ciertos estándares internacionales que permiten establecer la necesidad de la revalorización del testimonio de las víctimas de agresión sexual, cuyo testimonio goza de la **PRESUNCION DE LA VERDAD**, que tiene como norte fundamental evitar su re victimización, reconocida en instrumentos internacionales, indicando además que son el grupo de personas más vulnerables, así lo ha entendido el Auto Supremo No. 129/2016-RRC de 17 de febrero emitido por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Los extremos anotados en líneas precedentes, están ampliamente corroborado por intermedio de la prueba documental de cargo ofrecido por el Ministerio Público, consistente en la Declaración Anticipada prestada por la víctima Valeri Chagaray Maolo, ante el Juzgado de Instrucción Penal Nro. 1 de la Capital, signada bajo la sigla **MP-15**. De igual forma, están respaldadas y corroboradas por intermedio de la prueba documental de cargo signada con la **MP-1, MP-2, MP-3 y MP-11...**”.

b) Con relación a las causas del contenido:

- Identificar la existencia de esquemas de argumentación que incidan en la valoración de los hechos y la prueba.

1. En la sentencia analizada se puede observar que en la misma se realiza una valoración individual y conjunta de la prueba testifical de la víctima, tanto la realizada en un primer momento, como la que hubo dado en audiencia de juicio oral.
2. En lo que refiere la valoración individual, el tribunal al realizar un análisis de cada elemento de prueba aportado, va otorgando un determinado criterio de suficiencia en relación a los hechos narrados, esto es, va atribuyendo determinada finalidad o efecto a cada elemento.
3. En la labor de valoración individual, se puede apreciar que el tribunal va descartando de forma paralela los planteamientos u objeciones de la defensa del acusado, anticipando en cierto modo un resultado de ello.

4. Al momento de realizar la valoración conjunta de la prueba, es donde se puede establecer, a través de la identificación de los planteamientos o hipótesis del caso, la suficiencia o no de la prueba presentada. De ese modo se puede apreciar como es que el tribunal realiza dicha labor a la par de realizar la fundamentación jurídica del caso, es decir, identifica los elementos del tipo pena y proceder a establecer su concurrencia partiendo de los planteamientos de la acusación y las pruebas que respalda la misma, y de esa forma en relación a determinados elementos del tipo penal bajo el mismo esquema.

5. En ese sentido, se puede apreciar que el tribunal al momento de valorar la declaración de la víctima, considera muy pertinente la prueba de la pericia psicológica sobre la cual toma la declaración de la víctima que no asistió a la audiencia de juicio, junto con la declaración realizada como anticipo de prueba, conclusiones a las que arriba, según indica, a través de la Sana Crítica, pero no indicando en que elementos de la misma se sustentaría dichas afirmaciones. Quizá se haga referencia a las máximas de la experiencia que arguyen los jueces en relación a los casos que se resuelven de forma cotidiana y que establecen un entendimiento o comprensión de los hechos, basados en anteriores experiencias del juzgador.

- Determinar como el uso o no de la perspectiva de género, influye en la valoración del testimonio.

1. La resolución, se sustenta en el principio de presunción de veracidad, bajo el cual desarrolla un título completo sobre la normativa nacional e internacional en materia de protección a la mujer en hechos de violencia sexual. Al respecto, cabe indicar que la misma no desarrolla un esquema que permita establecer la pertinencia de la norma o jurisprudencia citada que se sea vinculante al componente fáctico que se tiene en la acusación, lo que convierte a la misma en un cúmulo de aspectos normativos que no establecen respaldo en relación a las razones que exponen al momento de valorar las pruebas y los hechos.

2. A lo antes indicado, ello no impele identificar que el Tribunal implícitamente desarrolla un razonamiento de la prueba con perspectiva de género, ya que las

razones dadas para establecer el porque otorga mayor validez y credibilidad al testimonio de la víctima dado en los primeros momentos de denunciado el hecho, implica dar un valor reforzado de la misma, que establecen los estándares de la Corte IDH, pero que no son citados por el tribunal para dar respaldo debido a sus criterios.

c) Con relación al efecto:

- *Describir si la existencia o no de un esquema de argumentacion influye en la justificacion debida de la decision asumida.*

En este caso, se podria indicar que el tribunal utiliza un esquema de criterios de valoración del testimonio de la victima en este tipo de casos, que emana de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, que señala lo siguiente:

“...FUNDAMENTACIÓN JURIDICA...a) AUSENCIA DE INCREDIBILIDAD SUBJETIVA. es decir, que no existan relaciones entre el agraviado y el imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza... b) VEROSIMILITUD, que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria y c) PERSISTENCIA EN LA INCRIMINACIÓN, con las matizaciones que señalan en el literal c) del párrafo anterior. Asimismo indica que las circunstancias que han de valorarse son las siguientes: “...c) También, debe observarse la coherencia y solidez del relato de la víctima; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso....”.

Es a traves de este esquema que el tribunal realiza la valoración conjunta de la prueba y a la vez la fundamentación jurídica de la misma, lo que conlleva precisamente la evaluación de ciertos parámetros de análisis que resultan útil para guiar el razonamiento en cuestión.

- *Reflejar el índice de condenas sobre la base del testimonio de la víctima, entre otras causas.*

Como se tiene claro, en este caso la sentencia de condena del acusado, fue emitida basado en criterios que a los fines de esta investigación guardan cierta racionalidad en la valoración de la prueba, todos ellos sobre la base de la declaración de la víctima, reforzada por otros medios de prueba.

3. Hallazgos relevantes.

3.1. Con relación a las entrevistas a juezas y jueces.

1. Se identifican como aspectos o dificultades al momento de la valoración de los hechos y de la prueba en delitos de violencia sexual:

a) La escasa actividad probatoria del Ministerio Público, que principalmente está vinculada a la aplicación directa por parte de los operadores fiscales del principio de presunción de veracidad de la declaración de la víctima, en contra de lo previsto en el art. 94 de la Ley 348 que establece que la carga de la prueba en este tipo de delitos corresponde al Ministerio Público.

b) En relación con lo anterior, ante esa escasa actividad probatoria, se plantea un análisis en relación a la veracidad de las contradicciones y retractaciones de las víctimas de violencia sexual en sus declaraciones, a partir de su contrastación con la primera declaración, a la cual se le da mayor veracidad, generalmente en atención a las disposiciones establecidas en los parámetros dados por la Corte IDH⁶⁰. Es necesario destacar, que en algunos casos se acudió a criterios establecidos en la jurisprudencia internacional, para de alguna u otra forma, establecer razones que permitan una mejor motivación de la decisión en esos casos.

2. En cuanto a la valoración de la declaración de las víctimas, se manifiesta una notoria diferencia cuando se trata de personas mayores de edad y NNA. En relación a los primeros, es evidente la tendencia a establecer que la sola declaración de las mismas no es suficiente para establecer con cierta suficiencia, la responsabilidad

⁶⁰ Generalmente se cita los casos *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr.89 y *Espinoza Gonzales vs. Perú*, párr.153. Véase también la SCP 353/2018-S2 de 18 de julio.

penal del encausado, es necesaria la corroboración de la declaración refiere los entrevistados. En contrapartida, cuando se trata de la declaración de víctimas NNA, resalta la aplicación del principio de presunción de veracidad, con la cual se justifica en gran medida la otorgación de mayor peso probatorio a dicha declaración, mas aun si esta acompañada de una pericia psicológica de credibilidad. Se hace necesario indicar en ese punto, que la presunción de veracidad esta constituida como una regla de trato por mandato expreso de la norma de protección especial⁶¹, misma que no es absoluta pero que exige prueba en contrario para ser descartada.

3. En mérito a lo anterior, y con relación a la comprensión del alcance y aplicabilidad de la perspectiva de género en la valoración de la prueba, la mayoría de los entrevistados coinciden en que la herramienta, como la catalogan, permite un análisis mas reforzado de lo que indica la víctima, a la par de ser una herramienta muy necesaria para identificar los sesgos y estereotipos en el proceso. No obstante, algunos de los entrevistados han indicado que a través de la misma, se establece un análisis siempre favorable a los grupos vulnerables, y muy contrario a los planteamientos de los acusados, es decir, que se utiliza generalmente en contra del hombre y para dar la razón a la mujer o la víctima en todo lo que indica, especialmente cuando el Ministerio Público no realiza una adecuada investigación y producción de pruebas.

Con ello, se puede apreciar que aún no existe una cabal comprensión del alcance y uso de la perspectiva de género en este momento del juicio oral por parte de algunos juzgadores; y, por otra parte, visualiza los aspectos relativos a las deficiencias en la investigación, y como influyen en la forma de apreciación de los hechos y prueba en este tipo de situaciones.

5. En lo que refiera la valoración individual de la prueba, la credibilidad del testimonio de la víctima, generalmente pasa por la corroboración del mismo a través de otros elementos vinculados al método de libre valoración de la prueba (art.171 del CPP), a partir del cual los operadores judiciales realizan una valoración a los gestos,

⁶¹ Art.193 inc. c) de la ley 548 Código Niña Niño Adolescente. Presunción de Verdad. Para asegurar el descubrimiento de la verdad, todas las autoridades del sistema judicial deberán considerar el testimonio de una niña, niño o adolescente como cierto, en tanto no se desvirtúe objetivamente el mismo

movimientos físicos, forma de la declaración, entre otros aspectos para generar convencimiento a momento de establecer la veracidad de dicha declaración.

6. Se identificó que los juzgadores no tienen conocimiento y en muchos casos infravaloran los aportes de la Psicología del Testimonio a la valoración de la declaración de la víctima, lo que en muchos casos ocasiona una valoración sesgada de la prueba en delitos de violencia sexual.

7. En relación a la valoración conjunta de la prueba, un esquema común que siguen los juzgadores, es el que implica partir de la declaración de la víctima y de allí establecer los elementos de prueba que pudieran corroborar dicha declaración, algunos de ellos sustentados en ciertos parámetros o criterios de jurisprudencia internacional como: ausencia de credibilidad, verosimilitud y persistencia; en lo que respecta las contradicciones o retrataciones, al margen de considerar lo indicado en el punto 1. B) del presente acápite, de igual forma, se apoyan en algunos casos en criterios de la jurisprudencia internacional sobre aspectos internos y externos que permitan contextualizar y comprender el porque de dicha situación⁶², que se manifiesta como una de las mayores dificultades probatorias que los jueces deben encarar en el juicio.

8. Los jueces admiten la necesidad de contar con reglas o criterios que guíen la actividad de valoración de la prueba testifical de la víctima, aunque no establecen cuales serían esos criterios.

3.2. Con relación a las entrevistas a psicológicas.

1. Basado en la experiencia comprobada de las profesionales entrevistadas, se identificó un aspecto central con relación a las dificultades en el abordaje de la valoración del testimonio de las víctimas de violencia sexual, y es que se tendría serios problemas en relación con la primera declaración que se les toma a las víctimas de estos hechos, las cuales no son correctamente estructuradas y realizadas, más aún cuando se trata de víctimas Niña Niño y Adolescente (NNA), sobre los cuales debe existir una adecuada preparación del profesional encargado

⁶² Aspectos que se observan en las sentencias analizadas, pág.281.

de realizar las mismas. Esto resulta muy importante de considerar, si se toma en cuenta las consideraciones que se hubieron realizado en la Sentencia de la Corte IDH Angulo Lozada vs. Bolivia, en su párr. 105.

2. En ese marco, cuando se trata de las declaraciones realizadas a NNA o mayores de edad, un juez debe tener mínimo conocimiento de las técnicas que se utilizan para ello, de allí que también se indique que es necesario aplicar los protocolos y técnicas adecuados a la edad de la persona que va a declarar, y sobre esa base el juez puede de algún modo sacar conclusiones en relación con la fiabilidad de dicha declaración. En ese sentido, hacen referencias a la distintas técnicas y métodos de recolección de dicha información que debe ser de conocimiento de los jueces. Este aspecto sin embargo, según las propias especialistas entrevistadas, estaría dejándose de lado, al propugnarse aún más la aplicación y, errónea aplicación, del principio de presunción de verdad en las declaraciones de las víctimas NNA, aspecto que coincide en cierta parte con lo indicado por los jueces entrevistados.⁶³

3. En relación al anterior punto, refieren como muy necesario el estudio de la psicología del testimonio por parte de los jueces, toda vez que a partir de ello, se puede comprender de mejor forma el alcance de cada una de las técnicas que se presentan en juicio a través de los distintos informes periciales, y sobre los cuales los jueces deben conocer más que todo, como es que hubo sido el proceso de obtención de la declaración, como elemento principal a considerar en la valoración de la misma, siendo distinto para personas mayores a diferencia de los NNA, en los cuales se atraviesan mayores problemas en relación a la obtención de un adecuado recuerdo y relato de los hechos, ya que generalmente se tiene la influencia de factores externos, como ser familiares, que llegan a entorpecer dicha labor. De allí que se recalque nuevamente la adecuada preparación de los profesionales psicólogos, como también de los demás entes encargados de este tipo de investigación.

⁶³ Véase, Graficación de los resultados de las entrevistas a los jueces, Grafica 3, pág.239

3.3. Con relación a las sentencias.

1. En las resoluciones analizadas, prima los criterios que establecen los estándares de la Corte IDH a través de sus distintos fallos para los casos de valoración del testimonio de la víctima de hechos de violencia sexual, lo que deja ver que resulta más en una especie de adecuación de hechos y pruebas a dichos criterios, que la aplicación misma de la valoración de los hechos y la prueba de forma racional y conforme a los elementos que aporta también el derecho procesal penal y el derecho probatorio, la sustentan para llegar a una decisión debidamente motivada en cuanto a la valoración de los hechos en este tipo de casos, aún así se imponga la condena o la absolución

2. Así mismo, se ha identificado que aún persisten ciertas prácticas jurídicas que revictimizan a las víctimas de una forma casi normalizada. Esto en razón a que en uno de los casos analizados y en donde se hubo dictado sentencia absolutoria, la víctima fue revictimizada por parte del Ministerio Público, puesto que fue sujeta a más de una entrevista psicológica, en donde, bajo el argumento de no se clara en sus declaración en relación a la participación de los acusados, fue reiteradamente abordada por las entrevistadoras a fin de que establezcan la participación de los acusados, incluso con la presencia de la madre de la víctima, para finalmente llegar a ser ofrecida como testigo juicio oral, recibiendo su declaración en Cámara Gesell, en la cual manifestó que el acusado no habría abusado de ella, aspecto que el Tribunal consideró suficiente para fundar una “duda razonable” en favor del acusado. El Tribunal de Sentencia, para ponderar dicha retractación, acudió a un esquema de criterios de la jurisprudencia internacional, antes indicados y citados en el presente trabajo, con los cuales guió sus razonamientos para establecer la veracidad y fiabilidad de dicha declaración de retractación de la víctima.

Esta situación fue claramente identificada por el tribunal, pero aún así, no fue un aspecto suficientemente abordado por el mismo, que en el marco de la debida diligencia estricta y reforzada que en los hechos de violencia sexual contra menores de edad, se exige en torno a la prohibición de no revictimización al momento de

recolectar su declaración.⁶⁴ Otro aspecto que se encuentra en relación a este punto, es el hecho de que se ratifica el inadecuado abordaje que se realiza a los NNA víctimas de violencia sexual por parte de los profesionales en psicología.⁶⁵

3. Así mismo, en el análisis de las sentencias ganadoras de los concursos de género, que las y los jueces en relación con la declaración de la víctima y sus contradicciones, asumen ante dicha situación, no pueden ser consideradas como elemento para desvirtuar en primera instancia la veracidad de la misma, ya que en relación con las demás pruebas, se habría identificado el trauma sufrido por la misma por el hecho, aspecto que conlleva una adecuada contextualización de los hechos y la prueba en ese tipo de situación.⁶⁶

Así también, se identificó argumentos con estereotipos en relación a la conducta de la víctima, a la cual atribuye un interés personal al haber denunciado días después y no en ese momento, las cuales establece el acusado, a fin de restar credibilidad a la misma. Tales argumentos fueron rechazados por el tribunal de sentencia.⁶⁷

4. Otro aspecto es el hecho de que las y los jueces no utilizan en nada los principios procesales de valoración de la prueba que establece la ley 348 para este tipo de casos; generalmente el análisis se centra en toda la estructura normativa que provee el código de procedimiento penal, la doctrina del TSJ y los parámetros establecidos en la Corte IDH, como principales herramientas para el análisis de los hechos y la práctica probatoria, y esto se explica porque la referida normativa especial no desarrolla de forma pertinente los aspectos que hacen a la valoración de los hechos y las pruebas en este tipo de casos, simplemente se hacen meras referencias a cuestiones generales, dejando de lado el desarrollo estructurado de un sistema normativo de razonamiento probatorio en hechos de violencia de sexual.

5. Como se tiene indicado en el punto 7 de los resultados de las entrevistas a jueces, se ha identificado resoluciones en donde los razonamientos probatorios de los

⁶⁴ Así se hubo manifestado la Corte IDH en el caso Lozada Angulo vs. Bolivia, párr.116.

⁶⁵ Aspecto ya identificado en el primer y tercer punto de los resultados de las entrevistas a las psicólogas.

⁶⁶ Ver el punto 2.2.1., del análisis de las sentencias ganadoras. Así también, se hubo abordado en el punto 7.2.3. del marco contextual, pág.199.

⁶⁷ Ver el punto 2.2.1., del análisis de las sentencias ganadoras, pág. 265

jueces se sustentan en criterios asimilados de doctrina y jurisprudencia penal comparada, tales como la ausencia de credibilidad, verosimilitud y persistencia, más que todo en las que no formaron parte de los concursos de sentencias con perspectiva de género, los cuales realizan al momento de la fundamentación jurídica de la sentencia, es decir, a fin de justificar la adecuación del hecho al tipo penal respectivo, en un análisis netamente teórico penal, al cual se acompaña la cita de los criterios y estándares de la Corte IDH, mucho de ellos sin relación alguna al hecho.

Cabe establecer que en relación a dichos criterios, su utilidad se centra más en contextualizar la situación en torno a la declaración de la víctima, de allí que su utilización en la fundamentación jurídica de una sentencia, no sea muy adecuada, ya que en cierto modo, si es que se entiende correctamente su aplicación, puede contribuir al análisis de credibilidad y fiabilidad del testimonio, muy necesario especialmente en los casos de escasos elementos de prueba y retratación de la víctima principalmente.

6. Es también importante establecer que estructuralmente no se tiene en la mayoría de la sentencia analizadas, una adecuada fundamentación o valoración individual de la prueba, y ello repercute no solo en el incumplimiento de los parámetros que exige la norma y la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia⁶⁸, sino que resta motivación a la decisión en torno a cada uno de los elementos de prueba; lo que repercute en la fiabilidad, veracidad, pertinencia, entre otros, y que se relacionan directamente con la valoración conjunta de la prueba. Generalmente la valoración individual es realizada a la par de la valoración conjunta, y en la mayoría de los casos, simplemente se limita a una mera descripción del elemento de prueba.

7. Respecto a la valoración conjunta de la prueba, se ha confirmado lo que se indica en el punto 7 de los resultados de la entrevistas a los jueces, en relación a que los jueces asumen la postura de recoger los elementos establecidos en la declaración de la víctima, sea esta dada en audiencia o mediante pericia psicológica entre otros, y procurar establecer los elementos de prueba de corroboren esa versión, dejando

⁶⁸ Abordado en el punto 7 del marco contextual

muchas veces de lado que en la valoración racional de la prueba, se debe considerar también otros planteamientos o hipótesis alternas, como las que pueda plantear el acusado, las cuales deben ser valoradas a fin de establecer cual de ellas tiene mayor aceptabilidad en base a los elementos de prueba que las sustenten o las debiliten. Con ello, se priva a la sentencia de mayor justificación.

8. Un aspecto más a resaltar, es que el uso de normativa internacional es generalizado para sustentar las decisiones relativas a la valoración de la declaración de la víctima, en especial cuando se hace mención a principio como el de presunción de veracidad, en especial en las declaraciones de NNA, así como la consideración de prueba fundamental de la misma para este tipo de casos, sobre los cuales giran el razonamiento de los jueces. La ponderación que se pretende realizar con relación al principio de inocencia, en algunas sentencias, es muy limitada, por no decir nula, ya que la misma cede generalmente en aquellos casos en donde la víctima es NNA, por el hecho de tener mayor prevalencia, en el parecer de los jueces, la presunción de veracidad, y más aún cuando no se arrojó prueba por parte del acusado.⁶⁹

⁶⁹ Aspecto que confirma lo establecido en el punto 3 de los hallazgos en relación a las entrevistas a los jueces.

CAPÍTULO III

PROPUESTA.

1. Explicación del modelo teórico y sus relaciones.

La propuesta que a continuación se desarrollará, tiene que necesariamente contar con un adecuado y sólido marco teórico y filosófico, partiendo principalmente de la idea de posibilitar la construcción de esquemas de argumentación probatoria que permitan guiar la labor del o la juez, al momento de analizar el testimonio de la víctima y a la vez, expresar las razones adecuadas, pertinentes y motivadas, para la toma de decisión en hechos tan complejos como lo son los conllevan actos de agresión de carácter sexual.

Esa labor parte principalmente de entender el actual papel que tiene el o la juez dentro del modelo constitucional y como a través de éste, se le dota de mayores elementos para poder completar aquella labor que se le consigna: administrar justicia con probidad, idoneidad, celeridad entre otros principios, con base a los derechos humanos reconocidos en la esfera internacional.

Por lo que a continuación se desarrolla dichos elementos a partir del papel del juez o jueza en la actual visión constitucional, para de allí relacionarse con otros elementos doctrinales y teóricos que deben necesariamente ser considerados por el juzgador.

1.1. El vigente paradigma constitucionalista.

Según refiere Lifante (2011), es usual distinguir entre el “Estado constitucional” en cuanto fenómeno histórico (y que haría referencia a un determinado modelo de organización jurídica y política) y el “constitucionalismo” en cuanto teoría que pretende dar cuenta de dicho fenómeno.(p.260)

Por ello, cuando se habla de Estado Constitucional de Derecho que, dicho sea de paso, en palabras de Nuñez (2015) “(...) No es el Neoconstitucionalismo el que ha generado el denominado Estado Constitucional de Derecho sino que, a la inversa, el surgimiento de éste ha estimulado la proliferación del amplio espectro de ideas

que se albergan (o a veces se estigmatizan) bajo el título de neoconstitucionalistas.” (p.514), se recoge principalmente aquellos postulados que establecen a la constitucion como una verdadera norma juridica.

Al respecto, Gascón M. y Garcia A. (2015) refieren con relación al Estado Constitucional de Derecho que

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de derecho es la orientación del Estado a la protección de los derechos al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución. En particular, comporta cambios profundos en la manera de concebir las relaciones entre legislación y jurisdicción: el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez a Derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales pero no a la ley, lo que resulta polémico desde el punto de vista del principio democrático. (p.15)

De todo ello, se puede concluir, como lo indica Lifante (2011), que los aspectos que caracterizan a este paradigma constitucional son:

- La importancia otorgada a los principios como ingredientes necesarios, además de las reglas, para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico. Con ello, la norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la constitución.
- La consideración del Derecho como una realidad dinámica y que consiste no tan sólo en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, sino también en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.
- Se caracteriza por una tendencia hacia la integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política.

- La consideración de que el Derecho no es solo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada.
- El nuevo paradigma destaca la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones, como característica esencial de una sociedad democrática. En conexión con ello, asume la existencia de criterios objetivos (como podría ser el principio de univesalidad, coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque ello no implique necesariamente a aceptación de la tesis de que existe siempre una respuesta correcta para cada caso. (pp.261-262)

1.1.1. Estado Constitucional y Argumentación Jurídica.

Según Rosada A. y Ricaurte C., (2015), la teoría de la argumentación jurídica es al Estado Constitucional lo que el logicismo, encarnado en la teoría del silogismo judicial, es para el Estado legislativo (llamado también Estado de Derecho).

La teoría (estándar) de la argumentación jurídica reconoce que el razonamiento jurídico tiene un componente lógico-deductivo ineliminable, es decir, que respecto de toda argumentación jurídica, particularmente judicial, siempre es posible elaborar un silogismo jurídico que la represente. Pero, eso sí, una representación tal es del todo insuficiente para dar cuenta del razonamiento jurídico. Son dos, sintéticamente hablando, los déficits del enfoque logicista. En primer lugar, desprecia el *contenido de las premisas*, mayor y menor. Ello se debe a que, para ella, el raciocinio jurídico consiste en *inferencias impecablemente logradas a partir de un conjunto de premisas*, y no en *la búsqueda de buenas razones a favor de una conclusión*. (p.35)

Así como, según se indicó, el Estado Constitucional conserva la idea fundamental, inaugurada por el Estado legislativo, de que el poder estatal ha de inscribirse en la forma del Derecho, y por ello incorpora los valores radicales del segundo.

De otra parte, el enfoque logicista, plasmado en el esquema del silogismo judicial, tiene además un segundo déficit: ignora el aspecto activo de la argumentación. Olvida que –al igual que el Derecho– la argumentación jurídica es una práctica social; específicamente, una *actividad humana dirigida a convencer y persuadir* a favor de una determinada tesis. Bien, la teoría estándar de la argumentación jurídica –conviene reiterar– no excluye la visión lógico-deductiva del razonamiento jurídico como *inferencia* silogística, pero –junto a ella– incorpora adicionalmente las visiones del razonamiento jurídico como búsqueda de *buenas razones* y como actividad encaminada a *convencer y persuadir* de la suficiencia de tales razones para sostener una determinada tesis. (Rosada A. y Ricaurte C., 2015, p.38)

1.1.2. Argumentación Jurídica y Derechos Fundamentales.

Ahora bien, conviene en este punto, responder a la pregunta ¿Qué es la argumentación jurídica?

Señala Atienza (2011) que la argumentación jurídica (y en particular la judicial) “es un tipo de argumentación práctica dirigida a justificar (no a explicar) decisiones. Explicar una decisión significa mostrar causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, supone mostrar razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable.” (p.92)

Para Neil MACCORMICK, citado por Galindo, (2013), la argumentación jurídica es “una controversia orientada a poner de manifiesto las razones que muestren que una decisión es justa porque es coherente con la ley.” (p:114)

Así también, Correas (1998) argumentar suele decirse que “es dar razones que justifiquen una decisión. Justificar, no es otra cosa que conseguir la aceptación de la decisión por parte de un auditorio, que podría ser la comunidad de juristas en primera instancia y la sociedad civil en definitiva.” (p:219)

Ahora bien con relación a los elementos que la configuran, Rosada A. y Ricaurte C. (2015), citando a Atienza, refieren que consta de los siguientes rasgos:

Primero: Argumentar es una forma específica del uso de lenguaje que consiste en *sostener una tesis o pretensión dando razones para ello*. Se distingue, así, de otras maneras en que usamos el lenguaje, como narrar, alabar, insultar, informar, ordenar, etc.

La argumentación puede verse, entonces, como un juego –aunque en el caso del Derecho se trata de un juego extremadamente serio– consistente en un determinado intercambio lingüístico, cuya finalidad es resolver determinados problemas, ya sea escribiendo o hablando.

Segundo: Una argumentación *presupone uno o varios problemas o cuestiones* que suscitan, precisamente, la necesidad de ofrecer razones a favor de una tesis determinada.

Esto es de la máxima importancia teórica y práctica, implica, por un lado, que no tiene sentido argumentar si no hay, como punto de partida, al menos un problema o cuestión; y, por otro, que la argumentación se va a edificar por referencia necesaria y exclusiva a este último. El juego de la argumentación no puede darse si no hay una cancha, y cuando este presupuesto se cumple, aquélla demarca el territorio que necesariamente se debe transitar, así como los límites más allá de los cuales aquello está vedado.

Tercero: El argumentar puede concebirse *como proceso o como producto*. Es decir, como la actividad encaminada a resolver el problema planteado; o bien, como el resultado de esa actividad, o sea, las premisas, la conclusión y la inferencia que condujo a ésta.

La dimensión pragmática de la argumentación se corresponde con la noción de ésta como proceso, mientras que las dimensiones formal y material, con la argumentación vista como producto. Podríamos decir que mientras el Estado Constitucional requiere considerar la argumentación –según los contextos– como proceso y como producto, el Estado legislativo, solamente como lo segundo.

La argumentación, entonces, es un juego de roles, es imprescindible tener en cuenta “el sombrero” que llevan puesto los participantes: el de juez, fiscal, abogado, etc.

Cuarto: Argumentar es una actividad racional, tanto porque se orienta a un fin determinado (resolver un cierto problema), como porque existen criterios a partir de los cuales una argumentación puede ser evaluada como válida, sólida, convincente, persuasiva, etc.(pp.40-41)

Por definición, entonces, la argumentación es un juego donde la irracionalidad está proscrita, y en tal virtud, constituye uno de los elementos esenciales del Derecho del Estado Constitucional: el elemento *racional*, los otros son el *coactivo* y el *institucional*. Esto hace del Derecho, usando el término de Stephen Toulmin, una empresa racional, pero va más allá: perfila un particular concepto de justicia, el correspondiente al ideal del Estado Constitucional.

En el Estado Constitucional hay, por consiguiente, un vínculo indisoluble, prácticamente –incluso– una equivalencia, entre *argumentación jurídica* y *justicia*, y en consecuencia, entre estas dos y los *derechos fundamentales*, tres caras de una misma realidad: el Estado Constitucional.

1.1.2.1. Argumentacion con perspectiva de Derechos Humanos.

En relación con lo antes indicado, no se debe dejar de lado que la argumentación en estos tiempos alcanza un lugar preponderante dentro de lo que implica el reforzamiento en la protección de los derechos humanos, y en ese sentido, la relación entre ambos juega un papel determinante en los actuales sistemas de justicia. En ese sentido, se puede hablar de argumentación con perspectiva de derechos humanos, que según Fuentes (2013) es aquella que se orienta a la exposición de razones debidamente sustentadas en garantías y respaldos para cumplir las siguientes pretensiones:

- Determinar los alcances de los derechos fundamentales —interpretar su contenido— que posee una persona, tomando en cuenta sus características normativas como universalidad, interdependencia e indivisibilidad, así como

sus principios de aplicación: igualdad y no discriminación, progresividad y máximo uso de los recursos disponibles.

- Demostrar si hay o no incumplimiento de las obligaciones que el Estado tiene respecto a tales derechos.
- En caso de acreditarse tal violación, establecer medidas integrales para la reparación del daño ocasionado.

Un componente fundamental en la argumentación jurídica con perspectiva de derechos humanos es la consideración del contexto y características de la persona titular del derecho; a éstos se les puede denominar *enfoques de análisis de caso*.

La acepción *enfocar*, conforme al Diccionario de la Lengua Española quiere decir “dirigir la atención o el interés hacia un asunto o problema desde unos supuestos previos, para tratar de resolverlo acertadamente”. Al tratarse de derechos humanos, al menos son cuatro enfoques los que deben tomarse en cuenta al llevar a cabo cualquier análisis de caso:

- *Enfoque de género*. La perspectiva de género tiene como finalidad observar las dinámicas de las relaciones de poder que se establecen a partir de la identidad sexo-genérica de las personas y que pueden propiciar desigualdad.
- *Enfoque por edad* (infancia/persona adulta mayor). Se trata de la revisión de la condición de las personas conforme a su edad verificando, entre otros elementos si subsisten obstáculos como la falta de reconocimiento a su autonomía de voluntad para que ejerzan sus derechos de manera directa y personal.
- *Enfoque de discapacidad*. Quien argumenta debe considerar si la persona involucrada en el caso tiene una disfunción física, sensorial, mental o intelectual que, al interactuar con el entorno (normativo, económico, jurídico, cultural, etc.), le impida ejercer personalmente sus derechos.⁴⁶ Asimismo, habrá que hacer una valoración sobre la naturaleza temporal o permanente, congénita o adquirida de la disfunción.

- *Enfoque de interculturalidad.* Esta perspectiva evalúa si el contexto cultural —que puede considerarse no dominante— del cual es originaria la persona del caso es una condición que afecta el ejercicio pleno de sus derechos, al interactuar en el contexto cultural dominante.

Los enfoques o perspectivas de análisis no son otra cosa que la valoración jurídica de las diferencias —particularmente de los grupos en situación de vulnerabilidad—, orientada al cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación. En una sola persona pueden coincidir varias condiciones de vida que la posicionen como parte de más de un grupo en situación de vulnerabilidad. En tal caso, estaremos ante un supuesto de interseccionalidad en las circunstancias de vulnerabilidad.

La adopción de uno o varios enfoques de análisis tiene las siguientes implicaciones:

- Recurrir al marco normativo nacional e internacional que protege de manera especializada a las personas que se encuentran en cada una de las situaciones señaladas.
- Implementar en la argumentación del caso razones que demuestren las condiciones normativas, materiales y estructurales que colocan a la persona en desventaja para el pleno goce de sus derechos.
- Acreditar la necesidad de incluir, como parte de la reparación del daño, la aplicación de medidas de compensación que permitan a la persona superar la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra. (pp.29-30)

1.1.3. Interpretación Jurídica en el Estado Constitucional.

A la par de la argumentación jurídica, necesariamente se debe establecer lo que implica la interpretación jurídica.

En ese sentido, Interpretar es para el Derecho: “comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido. No supone una valoración subjetiva del juez, sino una comprensión de las pautas valorativas fijadas

en la ley que tienen una naturaleza eminentemente objetiva. En el Derecho Penal cobra particular importancia la interpretación de la ley penal, dado que, por la vigencia irrestricta del principio de legalidad, constituye la única fuerza autorizada para la creación y modificación de los delitos y las penas. (Castillo, 2006, p:23,24,26)

Para Igartua (2014), en lo que respecta a la palabra “interpretación” hay, en la actualidad, dos concepciones fundamentales en liza (una tradicional y otra heterodoxa) y éstas son sus respectivas caracterizaciones. Para la tradicional, sólo ha lugar a la interpretación cuando la formulación lingüística de un texto normativo no es suficientemente clara; para la heterodoxa, siempre hay interpretación, independientemente de la presunta claridad en la formulación lingüística de un texto normativo. (p: 30)

Con relación al contenido y finalidad, se puede establecer que, en un sentido usual, tanto en la teoría como en la práctica, se sostiene que la interpretación jurídica significa el paso de un enunciado a otro; de un enunciado a interpretar a otro enunciado interpretado. El propósito es solucionar problemas derivados de: a) una expresión imprecisa (por ambigüedad o vaguedad); b) cómo debe articularse el texto a interpretar con otro u otros (problemas de lagunas o contradicciones); c) cuál es el alcance de la intención del autor; d) una relación problemática entre la intención del autor del texto y sus finalidades o propósitos; y e) cuándo el texto es incompatible con los valores del ordenamiento. (Juan, 2021,p.64)

Así también, en relación con los métodos o técnicas de interpretación, es posible convenir cierto consenso en lo relativo a cuáles son los cánones, métodos o técnicas de interpretación jurídica. La posibilidad de realizar un análisis correcto requiere diferenciar dos momentos en el proceso interpretativo, cuyos niveles de complejidad son dispares. El primero es el paso de los enunciados (A) y (B) al (C), que no ofrece dificultad, ya que se trata de una operación meramente deductiva. El segundo, en cambio, sí la tiene, pues consiste en justificar el “enunciado interpretativo” (el enunciado B). Para ello habrá de recurrirse a los métodos conocidos, que se clasifican en reglas de primer grado, esto es, aquellas que expresan cómo justificar

el enunciado interpretativo, y reglas de segundo grado, que son las que indican cómo usar las reglas de primer grado, cuando éstas son concurrentes o contradictorias entre sí. Las reglas de primer grado son las siguientes: a) reglas lingüísticas, indican que las palabras se entienden en su sentido habitual; b) reglas sistemáticas, expresan que una palabra o enunciado debe entenderse de modo que no contradiga otro enunciado del sistema; c) reglas pragmáticas, remiten a la exposición de motivos para aclarar el significado del enunciado; d) reglas teleológicas, exponen que la interpretación debe ser coherente con el fin perseguido por la ley; y e) reglas valorativas, limitan el resultado de la interpretación estableciendo que no puede menoscabar los valores constitucionales (en el caso argentino, los principios y valores del derecho de los derechos humanos que adopta nuestro sistema constitucional-convencional). Por su parte, las reglas de segundo grado (también llamadas reglas de prioridad) establecen qué criterios prevalecen y en qué condiciones. En este momento de la labor, el intérprete debe asumir alguna Teoría de la interpretación.⁷⁰ (Juan, 2021, pp.65-66)

⁷⁰ Al respecto, en la literatura jurídica moderna cabe identificar en línea de principio tres grandes concepciones de la interpretación (más exactamente: de la interpretación-actividad), que van también íntimamente ligadas a un modelo de juez o jueza:

a) Una concepción o teoría objetivista o cognoscitivista (y optimista) de la interpretación, según la cual los textos legales tienen un significado propio u objetivo e interpretar consiste en averiguarlo o conocerlo. Si esta concepción puede calificarse también de optimista es porque se confía en la posibilidad de encontrar, a través de la interpretación, la decisión interpretativa “correcta”.

(Marina Gascón y Alfonso García, 2015, p:72)

b) Una concepción o teoría subjetivista (y escéptica) de la interpretación, según la cual los textos legales no tienen un significado propio u objetivo e interpretar consiste justamente en decidir o adjudicarles uno que estará influido por las actitudes valorativas de los intérpretes y/o los intereses sociales, económicos, etc. que rodean el caso. Si esta concepción puede calificarse también de escéptica es porque desconfía de la posibilidad de obtener, a través de la interpretación, la decisión interpretativa “correcta”: sencillamente ésta no existe. Esta concepción de la interpretación se conecta con un modelo de juez “creador” de Derecho; un juez que en todo caso desempeña una actividad ideológica, valorativa, no aplicativa sino esencialmente subjetiva y que, por ello mismo, no es susceptible de control racional. Es decir, esta posición es también escéptica frente a la posibilidad de control racional de las decisiones.

(Marina Gascón y Alfonso García, 2015, p:72)

c) Una concepción o teoría intermedia de la interpretación, según la cual interpretar consiste en atribuir (no subjetiva o arbitraria sino racionalmente) significado al texto legal, y en ciertos casos (fáciles) tiene sentido referirse a la interpretación como descubrimiento o averiguación del significado. Esta concepción se conecta con un modelo de juez donde, tomándose conciencia del carácter político o valorativo (por tanto, en alguna medida, creativo) presente inevitablemente en la interpretación, no se aboca, sin embargo, al subjetivismo extremo: la interpretación es considerada una decisión más o menos discrecional en el ámbito de las posibilidades interpretativas del texto legal y, por ello mismo, susceptible de un control racional. (Marina Gascón y Alfonso García, 2015, p:68)

Las tesis positivistas más conservadoras afirmaban que sólo era necesario interpretar cuando la disposición resultaba vaga, ambigua o poco clara. Lo cierto es que, en tanto el derecho es lenguaje, todas sus expresiones son susceptibles de ser interpretadas, es decir, se les puede asignar un sentido. El contexto de aplicación y los hechos del caso determinan la complejidad y dificultad interpretativa.

Jerzy Wróblewski distingue tres modalidades en la interpretación:

- *Sensu largísimo*, se lleva a cabo al intentar comprender un objeto como parte de un fenómeno cultural.
 - *Sensu largo*, consiste en asignar un sentido a un signo lingüístico de manera general; se atiende a las reglas del lenguaje en que se encuentra el signo.
 - *Sensu estricto*, se realiza cuando hay dudas respecto al sentido que debe darse a un término por haber varios; se decide siempre por uno de ellos.
- (Fuentes, 2013,pp.21-22)

1.1.3.1. Interpretación jurídica con perspectiva de Género.

Y como se tiene indicado con relación a la argumentación jurídica desde una perspectiva de derecho humanos, cada enfoque que la misma conlleva, implica a su vez una forma de interpretación de dicha realidad, y en el presente trabajo, el enfoque de género es esencial en la forma como es que se llega a comprender los distintivos fenómenos jurídico-sociales que acontecen.

Desde luego, pensar la interpretación jurídica con perspectiva de género incluye la noción identidad de género, de modo que su comprensión no se limita solo a aquellas personas cuya diferencia de sexo se encuentra determinada biológicamente, sino también a la propia autopercepción individual. La misma Opinión Consultiva 24/17 la entiende como "...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento...". (Juan, 2021,p.70)

Alda Facio, citada por Juan (2021) sostiene con razón: "La teoría de género, tan desarrollada en nuestro tiempo, nos ha enseñado que no se puede comprender

ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género y que ésta generalmente implica reconceptualizar aquello que se está analizando.” En ese sentido, siguiendo con Juan (2021) el derecho, además de un conjunto de normas positivas, es también una práctica social destinada a satisfacer los fines y valores admitidos por la comunidad dialógica, que en un Estado de Derecho constitucional-convencional se basan en la dignidad de la persona humana, principio donde se apoya la estructura del derecho de los derechos humanos, podría compartirse que toda interpretación jurídica debe comprender la perspectiva de género. (pp.70-71)

En consecuencia, dado que el derecho es fundamentalmente una práctica social dialógica (intersubjetiva y lingüística), la labor hermenéutica debe necesariamente incluir al colectivo estructuralmente desventajado, asumiendo el problema como categoría bidimensional. Con otras palabras, el “quien” y el “cómo” condicionarían el “qué”, propio de las teorías tradicionales, en general centradas en uno u otro aspecto (distribución o reconocimiento).

Y esta inclusión se realiza al amparo del paradigma de la transdisciplinariedad. Según se sabe, las cuestiones que atañen al género se pueden abordar desde cada una de las disciplinas que la tienen entre su objeto de estudio; así sucede por ejemplo con los análisis sociológicos, antropológicos, filosóficos, psicológicos, históricos o jurídicos. Las distintas ciencias y disciplinas cuentan con desarrollos específicos, conforme los tópicos de análisis que les son propios. Pero también puede realizarse un estudio desde el entrecruzamiento del derecho con cada una de esas otras áreas de conocimiento. Este método presenta mayor riqueza, dado que contempla la multiplicidad de matices propios de la problemática. La Corte IDH parte de este paradigma transdisciplinario. De allí que, desde una concepción del derecho interpretativa-argumentativa, esta clave dialógica que involucra el entrecruzamiento del derecho con otras áreas de las ciencias sociales favorece la comprensión de aspectos diversos, que conforman este fenómeno complejo y multifacético de género. (Juan, 2021, p.73)

1.1.3.2. Relaciones de la argumentación con la interpretación

Ahora bien, conforme se hubo indicado, la labor del o la juez en la actual conyuntura normativa, le exige y obliga la necesidad de saber establecer y exponer con claridad y certeza, las razones que le llevan a establecer determinadas situaciones a la luz de los hechos presnetados y contrastados con los elementos que le son puestos a consideración. Es alli donde ingresa la labor interpretativa y argumentativa del juzgador.

Según Galindo (2013), toda interpretación requiere una dosis de argumentación, debido a que el intérprete ejerce discrecionalmente esa facultad necesita dar razones de por qué elige esa interpretación y no otra, es decir, si al interpretar puede elegir entre dos o más significados deberá convencer por qué su resultado es el más adecuado para los fines del caso.

El discurso jurídico es tanto interpretativo como argumentativo, pues si la argumentación tiene una función de justificación y la interpretación supone atribuir un significado a una norma, entonces habrá que justificar por qué se da esa interpretación y no otra; esto es, hay que aportar argumentos para poder interpretar.

Por ello la interpretación y argumentación están íntimamente relacionadas, y toda interpretación significará expresar con argumentos las razones que tuvo en cuenta el intérprete para explicar o atribuir el contenido normativo al que arribó. (p: 246)

Al interpretar se asigna un sentido a los términos de una expresión; ese sentido o significado se expresa mediante una estructura argumentativa, pues un argumento es una relación de proposiciones articuladas que pretenden justificar algo. Así es como resulta factible afirmar que toda interpretación se argumenta y toda argumentación es susceptible de ser interpretada. Quien trabaja con disposiciones normativas, lleva a cabo ambas tareas de manera simultánea. (Fuentes, 2013,p.22)

1.1.4. Garantías Constitucionales del proceso penal. Imputado y Victima.

En toda la construcción que el o la juez debe realizar, al momento de argumentar e interpretar los hechos y la norma, sin lugar a dudas que debe partir siempre del

marco constitucional de protección que se otorgan tanto al imputado como a la víctima, y esa labor acarrea una adecuada elaboración de razones a la hora de decidir sobre las mismas.

Refiere Gomez Colomer, citado por Caro (2006) señala que “los derechos fundamentales pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales”. Y, agrega que “los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, incluyen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución y que tienen aplicación en el proceso penal”. De lo expuesto, se puede advertir que sea derecho fundamental procesal, derecho humano, libertades públicas o garantías institucionales, observarlos y respetarlos dentro del proceso penal es vital para la vigencia de un Estado democrático y de derecho. Por tanto, por garantías constitucionales del proceso penal debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, *lato sensu*, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado. (pp.1027-1028)

El proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que, como se ha relevado, buscan no sólo otorgar al procesado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. En este contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal; de ahí que resulte de suma importancia relevarlas y ajustarlas a las exigencias de la sociedad moderna. Básicamente, todo sistema procesal penal reconoce dos bloques de garantías procesales: las genéricas y las específicas. Entre las primeras se encuentran el derecho a la presunción de

inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y el debido proceso. Entre las segundas se incluyen aquellas garantías derivadas de las genéricas y que tienen un ámbito propio de protección: igualdad de armas, igualdad ante la ley, intermediación, inviolabilidad de domicilio, derecho a un juez natural, prohibición de valoración de prueba prohibida, etcétera. (Caro, 2006, p.1029)

Ahora bien, en el análisis de cada una de ellas por parte del juez o la jueza confluyen los intereses que presentan tanto la víctima como el imputado, en tal sentido, es razonable identificar aquellas garantías que, de acuerdo a la condición de las personas, en los casos de violencia sexual, se establecen como concurrentes y necesarios de interpretar.

Con relacion al imputado.

Aunque al imputado se le reconoce, al igual que la víctima, todas y cada una de las garantías antes referidas, sin lugar a dudas que en cuanto al proceso penal se refiere, la presunción de inocencia se erige como una de las garantías genericas a las cuales se adscribe el imputado.

Sin ingresar en mayor desarrollo, puesto que ya se hubo abordado en su momento, es necesario dejar claro, como refiere Caro (2006), que mediante esta garantía se reconoce el derecho de la persona que viene siendo sujeto de una persecución criminal de ser considerado y tratado como inocente por el ordenamiento jurídico en su conjunto hasta que no exista un pronunciamiento judicial firme en el sentido de que el sujeto ha realizado un comportamiento delictivo.⁷¹ (p.1037).

Con relacion a la víctima.

⁷¹ Al respecto, la SCP 2055/2012 de 16 de octubre, determinó que la presunción de inocencia tiene un triple valor, porque se trata de un principio, un derecho y una garantía, que se encuentra reconocida por el art. 116 de la CPE; cuyo contenido dispone que no es el imputado el que debe probar su inocencia, sino el acusador es quien tiene que probar la culpabilidad del encausado o procesado; siendo este principio únicamente vencible cuando exista una sentencia condenatoria con calidad de cosa juzgada formal y material. La jurisprudencia determina, además, que este principio impide que los órganos de persecución penal realicen actos que presuman la culpabilidad del procesado; por último, se determina que la presunción de inocencia, al ser parte integrante del debido proceso, es extensible y aplicable a todo proceso judicial o administrativo, cuya consecuencia es la aplicación de una sanción o determinación de responsabilidades a cargo de una persona.

Como señala Cafferata Nores, citado por Caro (2006), y se ha señalado anteriormente, la víctima comparte con el imputado tres garantías judiciales comunes: 1) la igualdad ante los tribunales, 2) la defensa en juicio y el acceso a la justicia, y 3) la imparcialidad de los jueces. Pero a la víctima compete además un sólido lugar en el proceso penal. El artículo 25 de la CADH establece la obligación del Estado de dispensar una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando alguno de sus derechos, constitucional o convencionalmente reconocidos, ha sido vulnerado. Más concretamente, la CIDH ha establecido que la vulneración de derechos por particulares o funcionarios públicos, derivados de delitos, obliga a los Estados a perseguir y sancionar a los responsables. Y ello comprende por un lado la necesidad de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación; pero además implica que la investigación emprendida sea efectiva, que persiga verdaderamente la sanción de los culpables y, además, que “toda esa actividad del gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada”.

El artículo 8.1 de la Convención obliga además, en ese contexto, a proveer mecanismos procesales para invocar tutela jurisdiccional; así, las víctimas conservan un derecho fundamental de acceder al proceso y de lograr una respuesta adecuada y eficaz a su pretensión. Se entiende de ese modo que la víctima tiene cuando menos dos derechos: el derecho a la verdad (procesal) y a intervenir en el proceso penal a fin de que se esclarezca el delito en su agravio (incluso ejerciendo actividad probatoria e impugnatoria), al igual que el derecho a una reparación adecuada (artículo 63.1 CADH). (pp.1041-1042)

En ese sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (2015), en su Recomendación No.33, hubo establecido que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Es un elemento fundamental del Estado de Derecho y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la

participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley. El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia. A los fines de la presente recomendación general, todas las referencias a la “mujer” debe entenderse que incluyen a las mujeres y las niñas, a menos que se indique específicamente otra cosa.⁷² (p.3, párr.1)

1.1.5. El papel del juez o la jueza penal y el garantismo.

Hasta este momento se debe ya tener una idea del papel esencial que toma el o la juez en relación a la labor valorativa y los elementos que confluyen sobre dicha actividad y que deben ser observados por la autoridad en cuestión. Resulta muy importante rescatar lo manifestado por Ramirez, (2019) para quien el juez penal es el sujeto institucional, independiente e imparcial llamado a resolver los conflictos sociales, previamente definidos como delitos en la ley, en el marco de un proceso dotado de garantías aplicando la señalada ley, que ha de interpretar a la luz del texto constitucional. Desde el punto de vista de la determinación de los hechos, el juez penal se limita a decidir si la hipótesis de la acusación queda o no acreditada mas alla de toda duda razonable, a la vista de la prueba practicada en el plenario. Ese es el objetivo institucional al que debe aspirar. Desde el punto de vista de la aplicación de la norma, la tarea del juez consiste en interpretar, dentro del proceso estructurado sobre la base de ciertas garantías, un corpus de textos que consagran un determinado sistema político y orden de convivencia, con la finalidad de decidir si estima o no acreditada la hipótesis de la acusación y, en caso positivo, qué

⁷² Así también, la SCP 734/2020-S3 de 12 de noviembre, hace referencia a la debida diligencia en cuanto a las actuaciones de los entes estatales en resguardo de la mujer víctima de violencia: III.2. (...) El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) que supervisa el cumplimiento de las normas contenidas en la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que se constituye en un instrumento jurídico internacional del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, emitió la Recomendación General 19 de 29 de enero de 1992 -sobre la violencia contra la mujer- por la que afirma que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación, que impide gravemente que esta goce de derechos y libertades en la misma condición que el hombre; y que dicha violencia, conlleva responsabilidad estatal, no solamente por actos violentos cometidos por agentes estatales, sino por particulares, cuando el Estado no implementa los mecanismos necesarios para proteger a las mujeres, y cuando no adopta medidas con la diligencia debida, para impedir la lesión de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas

consecuencia haya de extraer de esa previa decisión. Por tanto la medida de legitimidad del o la juez penal, vendrá dada por la medida en que se respete las garantías del proceso, en especial el derecho de presunción de inocencia, y por la medida en que decida anclando su decisión en la ley constitucional. Por tanto, cuanto más se aleje el o la juez del radio que marcan la ley y las garantías procesales mas se separa de su fuente de legitimación y mas se aproxima a un operador político irresponsable, en términos técnicos, y carente de toda legitimidad. Consecuentemente, no es función del juez penal hacer política social ni política criminal.

El juez o jueza penal no puede combatir la desigualdad de género, ni la discriminación, porque no es su función institucional. No lucha contra la violencia de los hombres sobre las mujeres. Otros poderes públicos, sí lo hacen. Las instancias encargadas de la persecución y acusación (policía y fiscalía) también. Cuestión distinta es que el efecto reflejo de una decisión de condena sea el de dar respuesta al conflicto social, en los términos en los que el derecho penal lo haya redefinido, pero el ajeno a la función jurisdiccional y no debe pesar en la conciencia del juez penal cuando juzga y sentencia. Del mismo modo, ello no obsta para que el juez penal deba ser consciente de la realidad social cuyos hechos ha de enjuiciar y del contexto en que tales hechos se enmarca, tanto para valorar la prueba que se le ofrezca como para aplicar la ley penal. (pp.93-95)

Pero no obstante de ello, y siendo esa la logica del ideal, la realidad establece situaciones en las que el componente ideológico o subjetivo del juez o la jueza, puede estar de igual forma presente en la decisión que asuma, y comprender ello es de vital importancia.

En ese entendido, señala Tulián (2016), la “verdad” que las resoluciones conllevan hace referencia a su *potencialidad* o *poder simbólico* para “instaurar realidad” a partir de la asignación de significados, posiciones, roles y obligaciones, que se imponen a los involucrados directos en la contienda como a otros que, sin serlo en lo inmediato, están igualmente sujetos a los efectos simbólicos de lo resuelto por el juez.(p.85)

De lo antes indicado se destaca la puesta en relieve de “*la preocupación valorativa que reposa en una plataforma siempre ideológica, propiciada desde una determinada cosmovisión del sentenciante*”, como un componente o una dimensión constitutiva. Esta afirmación implica asumir que siempre, y en todos los casos, hay una plataforma ideológica propia del juez o la jueza. Es un sustrato que opera como catalizador de las normas, condicionando su interpretación, sus elecciones. Se despliega o se repliega, se exhibe o se oculta, pero su presencia –más o menos relevante-, es absolutamente innegable y su influencia al momento de la aplicación del derecho, es ineludible.

Podría entenderse que esta *plataforma ideológica* se refiere al conjunto de principios y fines políticos fundantes del sistema jurídico de que se trate (abarcador tanto de aspectos normativos e institucionales) y que como tales son externos al juez, se le imponen *ex ante* de su decisión. Si existiese la posibilidad de pensar que los jueces coincidirán siempre y en todos los casos con esta plataforma, el mandato dirigido a ellos de actuar con neutralidad valorativa, y aplicar las normas en el sentido marcado por estos principios y fines políticos resultaría evidentemente superfluo, superabundante, y la referencia a esta plataforma ideológica no agregaría nada a la noción de sentencia. En un segundo sentido, esta plataforma ideológica podría hacer referencia a cierto núcleo de principios y fines políticos fundantes que constituyen acuerdos indiscutidos, aceptados, estabilizados, que son también externos, anteriores al juez, pero a partir de los cuales se despliegan diversas intelecciones posibles sobre los modos, normas y mecanismos más aptos para actualizar, para concretizar estos acuerdos. (Tulián, 2016, p.86)

La cosmovisión del juzgador, entendida como el conjunto de sus ideas, opiniones y percepciones sobre el mundo y la realidad en la que opera, resultará un factor absolutamente relevante en la conformación de esta plataforma ideológica y estará con ella en permanente y mutua interacción. Esto constituye, la *justificación profunda o última* de las resoluciones, que permanece en el plano óntico de la sentencia, y por ello es -en principio- inaccesible, ininteligible. Opera como una suerte de *meta* premisa no explicitada –ni explicitable- que, en la estructura del

razonamiento jurídico genera un *nudo entimemático* que no es controlable ni fiscalizable mediante los criterios y pautas interpretativas tradicionalmente postulados por el derecho y las ciencias jurídicas para verificar la corrección lógica, la verdad, la justicia, la adecuación normativa, o lo que se quiera controlar de las resoluciones judiciales. Pero, no obstante, deja huellas.

Entendida así, la existencia de una plataforma ideológica propia del juez a partir de la que se hacen opciones valorativas que orientarán su interpretación y aplicación de las normas, como el sentido de la decisión, se vuelve un elemento subjetivo que especifica de modo determinante la noción de sentencia y pone de relieve la importancia radical de la subjetividad del juez en el acto y en el proceso sentencial, en posición contraria al tradicional postulado de neutralidad valorativa del juez, como exigenciatípica y específica de su tarea. (Tulián, 2016, p.87)

Establecido aquello, no cabe duda que en el control de esa subjetividad casi necesaria, hace resaltar el papel que puede llegar a tener herramientas como la perspectiva de Género, visto desde el punto de la argumentación e interpretación con enfoque de Derechos Humanos, de modo tal que posibilita en cierto modo, el control sobre ciertas razones o criterios que pueden llegar a ser nocivos para la formulación de una decisión ajena a todo sesgo o estereotipo, implica a la vez en cierto modo, un compromiso ético del juzgador al momento de juzgar.

1.1.5.1 El garantismo penal.

Estableciéndose aspectos importantes en relación a la labor jurisdiccional dentro del llamado Estado Constitucional de Derecho, no deja de ser necesario establecer hasta qué punto las facultades que se le otorgan al o la juez en relación a la interpretación y argumentación de la ley, incluso por encima de la misma basado en principios constitucionalmente señalados, puede afectar el ámbito del garantismo penal, que propugna precisamente el establecimiento de mayores controles al poder punitivo del Estado, el cual debe contar con ciertos límites; es allí donde surge el denominado garantismo penal, del cual Ferrajoli (1995) establece unas importantes consideraciones al respecto:

“El garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de estricta legalidad”, es propio del Estado de Derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.” (p.851). Así también concluye con lo siguiente:“(…) mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismo de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas - es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.” (p.852)

En este ámbito, Marina Gascón y Alfonso Garcia (2015), citando a Ferrajoli, señalan que “(…) la actuación judicial en el modelo garantista está regida por el principio de legalidad. La propia concepción garantista del Derecho así lo exige: el poder jurisdiccional sólo puede funcionar como garantía de los derechos a condición de ser un poder “en cierto modo nulo”, para lo cual es necesaria una formulación de la ley que reduzca al mínimo las facultades potestativas del juez. El principio de estricta legalidad, una de cuyas tesis básicas es el uso de un lenguaje normativo riguroso (porque todos los términos empleados estén definidos) y factual (porque emplee sólo términos referenciales y no valorativos), traduce esta exigencia. Sin embargo, paradójicamente, el propio garantismo termina atribuyendo al juez un gran poder dispositivo. Y ello como consecuencia de los rasgos definitorios del Estado constitucional”. (p.20)

Según Romero (2017), tanto en el modelo garantista como en el neoconstitucionalista el papel del juez ha sido revalorado, pues ahora ya no es suficiente hablar de una simple sujeción del juez a la ley, sino de una sujeción a la

ley en cuanto sea coherente con los valores y principios prevalecientes en la sociedad. En el modelo garantista de Ferrajoli, la validez de la ley ya no es sólo formal, sino, como se ha venido señalando, también material; es decir, coherente con la Constitución, la cual rescata la pluralidad cultural de significados. De esta forma, la actividad del juez retoma un aspecto material, ya que sus decisiones deben mirar y respetar primordialmente los principios que han ido construyendo los individuos, institucionalizados ahora en derechos fundamentales, por lo que el juez es un sujeto relevante para la realización de dichos derechos, y en caso de que exista una afectación ilegítima de éstos, los individuos que integran las sociedades cubiertas con esquemas garantistas cuentan con vías de protección que les funcionan como herramientas para controlar el respeto de sus ideales básicos. De ahí, el nuevo y difícil papel de los juzgadores en los sistemas garantistas como el descrito por Ferrajoli. (p.32,35)

Este aspecto constituye el eje central a través del cual se hace necesario abordar, en el marco de el actual enfoque constitucionalista del Derecho que en la actualidad marca el camino por el cual el sistema de justicia no solo en Bolivia sino en el mundo, pretende transitar como cambio del llamado Estado de Derecho⁷³, hacia el Estado Constitucional de Derecho que admite la posibilidad de que en la justificación de una decisión judicial, el juez, hacemos referencia al o la juez ordinario, distinto en sus funciones del juez constitucional, adquiere conciencia de la importancia en la labor argumentativa e interpretativa de los hechos y el derecho, de aquellas componentes, principio o valores que aportan la doctrina no solo en la misma constitución Política del Estado, sino también en aquellas normas

⁷³ Señalan Marina Gascón y Alfonso García (2015) que el Estado de Derecho significa "(...) la sumisión de la Administración y del Juez a la ley, que, por cuanto norma general y abstracta y expresión de la voluntad general, es también garantía de justicia... (p.10) ...Se trata de un juez neutral, sin ideología, aséptico, apolítico. Es "la boca que pronuncia las palabras de la ley", en la célebre descripción de Montesquieu. Un juez sin sentimientos y sin pasiones cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad. Por lo demás, la vinculación del juez a la ley, aparte de ser una exigencia del modelo de legitimidad, garantiza ciertos valores que se consideran irrenunciables: la certeza o previsibilidad de las decisiones jurídicas, la igualdad en la aplicación de la ley y la uniformidad jurisprudencial (p.11)

supranacionales cuya trascendencia redunde en beneficio y resguardo de los Derechos Humanos.

1.1.6. La teoria del silogismo juridico.

Dentro de ámbito de la argumentacion juridica y sus componentes, tradicionalmente se ha sostenido que el mismo se sustenta en el modelo del razonamiento judicial que vendria a ser el llamado es el silogismo juridico, que, simplificado en su maxima expresi3n como lo refiere Guarinoni (2011), constaría de una premisa normativa (premisa mayor), premisa fáctica (premisa menor), una conclusi3n normativa (inferencia) de la cual a su vez se deriva una decisi3n final, aunque muchas veces se omite la decisi3n, con lo que el razonamiento culmina en la conclusi3n normativa, lo cual a muchos te3ricos les ha parecido suficiente.(p.216)

Para la llamada Teoria del Silogismo Juridico, la decisi3n judicial es el resultado de la subsunci3n de unos hechos bajo una norma jurídica. A tenor de la misma la premisa mayor est3 constituida por la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposici3n factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusi3n es la decisi3n judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias jurídicas establecidas por la norma jurídica. (Iturralde, 1991, pp.241-242)

Ejemplificando el silogismo, el ejemplo clasico que nos presenta Guarinoni (2011) es el siguiente:

Premisa Normativa (premisa mayor): El que mate a otro debe ser condenado de ocho a veinticinco años. De prisi3n.

Premisa Fáctica (premisa Menor): Juan mato a Pedro.

Conclusi3n normativa: Juan debe ser condenado de ocho a veinticinco años de prisi3n.

Decisi3n: Condeno a Juan a diez añoz de prisi3n. (p.216)

La teoría del silogismo judicial, siguiendo las ideas de Eugenio Bulygin, se pueden resumir en las siguientes proposiciones:

- a) La sentencia es una conclusión del razonamiento hecho por el juez en los considerandos.
- b) Las premisas de este razonamiento están dadas por las normas aplicables y los hechos del caso.
- c) La actividad del juez (una vez determinados los hechos) es puramente mecánica: consiste en extraer una conclusión lógica de las premisas dadas.
- d) La sentencia está determinada por las normas.
- e) En cada caso hay una y sólo una, solución correcta: es la conclusión del razonamiento contenido en los considerandos. En consecuencia, esta teoría sostiene que el conocimiento de las normas es fundamental para la ciencia jurídica. (Martínez, 2020, p.133)

1.1.6. Casos Fáciles y Casos Difíciles.

Establecer esta diferenciación, siempre resulta necesaria al momento de abordar la cuestión de la argumentación y motivación, ya que marca un entendimiento con relación a cómo es que se construye los criterios y razones que expresa el juez en relación a cada caso. Y es así que se encuentra la ya reconocida diferenciación entre casos fáciles y difíciles, que en la teoría de la argumentación delimita el grado de profundidad en que se desarrolla el razonamiento judicial, con especial énfasis en los casos difíciles, que bien representan los casos de violencia sexual, en los cuales la complejidad del hecho y de la cuestión probatoria, conlleva precisamente una especial y profunda reflexión en cuanto a la desarrollo y exposición de los argumentos pertinentes para la resolución de los mismos. Por ello la necesidad de establecer en el marco teórico de la propuesta, a manera de un conocimiento ya aceptado, esta diferenciación muy importante.

Los casos fáciles

En los casos fáciles o rutinarios como les llama Aarnio, la solución al problema planteado es la aplicación de la norma jurídica a un caso individual en donde no existe la menor duda de su aplicación, “la decisión es literalmente la aplicación de la ley, es mecánica su aplicación y no se permite la discrecionalidad en estos casos.

El método jurídico tradicional concibe la aplicación del Derecho como un procedimiento encaminado a especificar el significado abstracto y general de una norma jurídica a tenor de los hechos del caso concreto sobre el que se ha de tomar la decisión. “El esquema clásico que representa esta forma de proceder es el de la subsunción de los hechos en la norma abstracta y general. Según esto, la decisión jurídica presupone un sencillo silogismo práctico en el cual la premisa mayor es siempre una norma jurídica abstracta y general y la premisa menor consistiría en los hechos concretos fijados por el juez o el intérprete, de tal suerte que la conclusión se produciría automáticamente por el juego lógico de ambas premisas.”

En general se admite que en los casos fáciles se aplica la estructura del silogismo judicial que es la siguiente:

Premisa mayor = norma general

Premisa menor = hechos del caso a estudiar o resolver

Conclusión = sentencia (Martinez, 2020, p.135-136)

Los casos fáciles o *casos claros* serían aquellos en los que la justificación de la respuesta jurídica no plantee dificultades en la medida en que las premisas normativas y fácticas son claramente identificables: en relación con las premisas normativas, existe un amplio consenso entre los juristas acerca de cuál o cuáles son las normas aplicables, así como en relación con su interpretación, mientras que en relación con las premisas fácticas, resultan claros cuáles son los hechos del caso (hechos probados), así como su calificación jurídica.

En suma, los casos fáciles parecen no requerir un especial esfuerzo interpretativo (Carrasco, 2018, p.757)

Los casos difíciles.

Se pueden distinguir al menos tres especies diferentes de casos difíciles. En primer lugar, hay casos en los que la solución es incierta, porque existen dudas en cuanto a la interpretación de una disposición legislativa, no hay certeza que la disposición legislativa en cuestión a la controversia sobre la cual se debe juzgar, recordemos que muchas de las dudas interpretativas están determinadas por dos las características de las lagunas naturales (en las cuales las leyes son formuladas): la indeterminación semántica y la ambigüedad sintáctica.

El segundo tipo de caso difícil es aquel en que la solución es incierta porque no se encuentran disposiciones legislativas susceptibles de aplicación a la controversia en cuestión. Se trata de situaciones que son tradicionalmente llamadas por la doctrina como lagunas del Derecho.

En tercer lugar, hay casos en los cuales la solución es difícil porque varias o al menos dos normas incompatibles parecen aplicables a la misma controversia. Se trata de las situaciones que se llaman tradicionalmente como antinomias del Derecho. (Martinez, 2020,p.137)

Un caso es difícil cuando la aplicabilidad de la norma al caso resulta controvertida; es fácil cuando su aplicabilidad no es objeto de dudas o discrepancias, independientemente de que en abstracto o en otros contextos tales dudas puedan plantearse.

Es evidente que cuando las y los jueces aplican (o dejan de aplicar) una norma en los casos difíciles ejercen discrecionalidad, pues la decisión de la controversia requiere elegir entre al menos dos soluciones (o interpretaciones) alternativas; pero cuando aplican una norma a los casos claros o fáciles la decisión aparece o es sentida como no discrecional porque de hecho nadie la cuestiona. Por eso, en el discurso de los juristas, donde es frecuente usar un concepto de interpretación no en su sentido amplio de atribución de significado a un texto legal sino en su sentido más restringido de esclarecimiento de ese significado en situaciones de duda o controversia en torno a su campo de aplicación, sólo se entiende que existe necesidad de interpretar cuando estamos ante un caso difícil. (Marina Gascón y Alfonso Garcia, 2015, p:83)

1.1.7. Teoría de la justificación o motivación de las decisiones judiciales.

Resulta necesario insinuar en este punto, toda vez que se constituye en el eje central de la actividad jurisdiccional, dado que el juez no solo tiene la obligación de juzgar o resolver un determinado conflicto que las partes le ponen en conocimiento para la aplicación respectiva de la ley, sino que a la par de ello, y de forma mucho más exigente, se le impone la obligación de exponer las razones que le llevaron a tomar determinada decisión, de modo tal que se justifique la misma, es decir, la exposición de razones que busquen lograr el convencimiento de que la decisión asumida, es la mejor. A esto es cuando se hace referencia al deber de motivar o justificar la decisión.

Al respecto, refiere Hernández (2013) que, ante un litigio, un juez o una jueza están obligado por derecho a desarrollar tres actividades:

- a) La actividad procesal, consistente en que el procedimiento para dirimir el litigio se sustancie conforme a las normas jurídicas procesales., de esa forma, la decisión será procesalmente conforme a derecho.
- b) La actividad decisoria, que consiste en dictar una decisión que resuelva el litigio.
- c) La actividad justificatoria, que es la acción de motivar la decisión dictada.

De estas, la obligación de motivar es la que más atención ha recibido. Existe unanimidad acerca de que motivar una decisión judicial, consiste en dar la razón o el motivo que se ha tenido para dictar una decisión. La misma se concreta en un razonamiento denominado razonamiento justificatorio de la decisión judicial. (pp.100-101)

En ese sentido, el estado actual de la teoría de la decisión judicial, hoy en día el deber de los jueces de justificar sus decisiones viene a constituirse en una obligación de carácter constitucional que garantiza el debido proceso⁷⁴.

⁷⁴ En ese sentido, el TCP en la SCP 0450/2012 de 29 de junio, remarcó: *“La jurisprudencia señaló que el debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades judiciales, jurisdiccionales y administrativas, y constituye una garantía de legalidad procesal prevista por el constituyente para proteger la libertad, la*

Según Pedernera (2020), en el Estado contemporáneo, las controversias jurídicas sobre conflictos de intereses o la determinación de procedencia de sanciones se resuelven mediante la adopción de decisiones que culminan en las llamadas “sentencias judiciales”. La sentencia, a su vez, constituye la culminación de un proceso. Se trata del proceso judicial, cuya “función principal es la determinación de la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula determinadas consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho”. (p.2)

A nivel general, se han efectuado una serie de consideraciones acerca de cómo quien determina hechos, vincula consecuencias y las impone, debe tomar sus decisiones. En otras palabras, aquellas consideraciones indagan acerca de la posición del juez ante la ley y cuáles son los valores que éste debe realizar. Al respecto, se han identificado al menos tres posiciones que responden a esos interrogantes, pero de las cuales la más aceptada en la actualidad es la llamada “*ideología de la decisión legal y racional*”. Esta tesis valora positivamente el papel de la legalidad y afirma la racionalidad de la decisión. Postula que el proceso psicológico de la decisión no puede identificarse con la justificación de la decisión. En este sentido, se ha dicho que la polémica entre la posición de la decisión vinculada y la de la libre decisión “se ha desarrollado sobre la base de una confusión entre el plano lógico y el plano psicológico”. Para esta tesis, una decisión motivada es aquella que cuenta con las razones que la justifican, y afirma precisamente, que la decisión judicial debe hallarse justificada en normas jurídicas válidas, hechos probados, razonamientos y valoraciones. (Pedernera, 2020, pp.3-4)

seguridad jurídica y la fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales o administrativas. Abarca un conjunto de derechos y garantías mínimas que garantizan el diseño de los procedimientos judiciales y administrativos, entre sus elementos se encuentra la fundamentación y motivación de las resoluciones, a las que toda autoridad a cargo de un proceso está obligada a cumplir, no solamente a efectos de resolver el caso sometido a su conocimiento, sino exponiendo de manera suficiente, las razones que llevaron a tomar cierta decisión, así como las disposiciones legales que sustentan la misma, es decir, debe llevar al convencimiento que se hizo justicia, tanto a las partes, abogados, acusadores y defensores, así como a la opinión pública en general; de lo contrario, no sólo se suprimiría una parte estructural de la resolución sino impediría que las partes del proceso conozcan los motivos que llevaron a dicha autoridad a asumir una determinación, lo que no implica que dicha motivación contenga una exposición ampulosa y sobrecargada de consideraciones y citas legales, basta con que ésta sea concisa pero clara y satisfaga todos los aspectos demandados...”

Precisamente la idea de justificación supone la construcción de un razonamiento que arriba a una conclusión basándose en premisas que exigen la toma de decisiones. Una de ellas es la fijación de la *quaestio iuris* o premisa normativa del razonamiento y la otra es la que tiene por objeto a la *quaestio facti* o premisa fáctica, las cuales a su vez involucran otra serie de decisiones internas. (Pedernera, 2020, p.4)

1.3.1. Justificación Interna y Externa.

Redondo, citado por Pedernera (2020), refiere que, en lo relativo al tópico de la justificación, se ha distinguido entre justificación interna y justificación externa de la decisión. De este modo, se ha señalado que las decisiones deben fundarse en argumentos formalmente adecuados, y que dichos argumentos deben ser sustancialmente correctos. La justificación interna hace referencia, precisamente, a la adecuación formal de los argumentos y la justificación externa a la verdad o adecuación material de las premisas que conforman aquellos argumentos³. Tanto uno como otro tipo de justificación son necesarios para afirmar que el contenido de una decisión se halla adecuadamente justificado (p.5).

La teoría estándar de la Argumentación jurídica parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales, y circunscribe el estudio de la argumentación jurídica a este último ámbito. O sea, una cosa sería dar cuenta de los motivos (en el sentido de los factores causales) de diverso tipo que llevan a un juez o a un tribunal a tomar una determinada decisión; y otra señalar las razones que permitan considerar esa decisión como algo aceptable, justificado. En otros términos: una cosa son las razones que explican la decisión, y otra las que la justifican. La palabra “motivar” puede utilizarse en los dos sentidos, pero cuando se dice que los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones, lo que quiere decirse es que deben justificarlas. (Atienza, 2016, p.114-115)

En todo caso, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación nos permite, a su vez, distinguir dos perspectivas de análisis de las argumentaciones. Por un lado está la perspectiva de determinadas ciencias

sociales, como la psicología social, que han diseñado diversos modelos para explicar el proceso de toma de decisiones al que se llega, en parte, por medio de argumentos (...) Por otro lado, está la perspectiva de otras disciplinas que estudian bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado. Aquí, a su vez, cabría hablar de una justificación formal de los argumentos (cuándo un argumento es formalmente correcto) y de una justificación material (cuándo puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable). Ello permitiría distinguir entre la lógica formal o deductiva, por un lado, y lo que a veces se llama lógica material o informal (en donde se incluirían cosas tales como la tópica o la retórica), por el otro. La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, esto es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas. (Atienza, 2004,p.21-22)

Ahora bien, cuando se hace referencia a la justificación es donde se tiene presente la conocida justificación interna y externa.

En los casos jurídicos simples o rutinarios puede considerarse que la labor argumentativa del juez se reduce a efectuar una inferencia de deductiva, es decir, el paso de una premisa normativa y una premisa fáctica a una conclusión normativa. Pero, naturalmente, además de casos simples hay también casos difíciles (de los que se ocupa especialmente la teoría de la argumentación jurídica), esto es, supuestos en que la tarea de establecer la premisa fáctica y/o la premisa normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas. Wróblewski (cuya terminología resulta hoy ampliamente aceptada) ha llamado al primer tipo de justificación, la que se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas, justificación interna.

Y al segundo tipo de justificación, la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas, justificación externa (Wróblewski, 1971 y 1974). La justificación interna es tan sólo cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto. (Atienza, 2004, p.37)

Volviendo al punto referido a la racionalidad y razonabilidad en la argumentación, según Aulis Aarnio, citado por Romero (2017) (...) un paralelismo entre racionalidad y razonabilidad con las concepciones de justificación interna y externa de una proposición interpretativa sobre las que ya han hablado Języ Wróblewski y Robert Alexy nos puede ayudar a entender mejor las primeras nociones.

Una justificación interna significa, según Wróblewski, la derivación de la interpretación a partir de las premisas de acuerdo con las reglas de inferencia. Por su parte, una justificación externa se puede identificar cuando una decisión está justificada si sus premisas son calificadas como buenas de acuerdo con los parámetros seguidos por el sujeto que efectúa la calificación. En otras palabras, la justificación externa es una cuestión sobre la validez de las premisas y las reglas de inferencia.

Ahora bien, cabe decir que tanto la justificación interna como la racionalidad se representan a través de la inferencia deductiva y la validación del argumento mediante reglas de la lógica; por ejemplo, la no contradicción o la consistencia. En cambio, cuando nos referimos a la justificación externa estamos en otro terreno; esto es, en el del discurso en oposición al silogístico.

Así, tanto en este tipo de justificación como en el campo de la razonabilidad, lo que se busca es el convencimiento del destinatario de la interpretación o de los argumentos.

En este sentido, en el ámbito del derecho bien cabe decir que una decisión judicial podría ser tanto racional como razonable; racional, porque busca la consistencia interna (por ejemplo, entre la decisión, las normas jurídicas, los principios y las circunstancias del caso), y razonable, porque se basa en un discurso a través del cual se ofrecen razones para justificar la toma de posición de una cuestión discutible. (pp: 63,66).

1.1.8. Criterios o reglas generales para poder tener justificada una decisión.

A partir del uso (justificado) de los argumentos interpretativos, así como de los planteamientos que ofrecen las teorías del silogismo y de la justificación de las

decisiones judiciales, se plantea la cuestión de cuándo puede decirse que una decisión está justificada. Para entender que una decisión está justificada debe pasar un test de racionalidad, ello en base a los aportes de Marina Gascón y Alfonso García (2015)

Estos son los criterios que componen este test:

a) Consistencia. Expresa la exigencia de que la decisión normativa sea lógicamente compatible con otras normas del sistema: una sentencia *contra legem* es inconsistente.

b) Coherencia. Expresa la exigencia de que la decisión sea coherente con el resto de las normas y principios del ordenamiento jurídico.

Nótese que el juicio de coherencia es relativo, pues una decisión puede ser más o menos coherente que otra con principios del ordenamiento. Por eso, lo que exige la coherencia es que si una decisión se basa, por ejemplo, en haber interpretado una disposición de determinada manera, esa interpretación debe mostrarse conforme (o la más conforme) con los principios y valores del sistema. Por otro lado, dado que existen muchos principios y la decisión puede ser compatible con unos y contrastante con otros, lo que exige la coherencia es que la decisión sea compatible con el mayor número de principios (o con los más básicos).

c) Universalizabilidad. Se centra en el criterio o regla jurídica usada como fundamento de la decisión y establece que para que una decisión pueda estar justificada es necesario que el criterio o principio en el que se asienta sea universalizable; esto es, que no se base en un criterio ad hoc, válido sólo para el caso presente, sino que estemos dispuestos a usarlo para resolver conflictos sustancialmente idénticos. La universalizabilidad traduce la regla de auto precedente y supone que si en determinadas circunstancias C se ha tomado la decisión D, siempre que se repitan esas mismas circunstancias u otras sustancialmente equivalentes habrá que decidir en el mismo sentido.

d) Consecuencias. Se centra en las consecuencias que derivan de la decisión. Para que una decisión pueda estar justificada las consecuencias que de ella se

derivan deben resultar aceptables: no deben poner gravemente en peligro bienes o estados de cosas que se consideran valiosos en el ordenamiento (la seguridad y el orden, la vida, la vinculatoriedad del ordenamiento, la no-politización de la función judicial, etc.).

e) Corrección de la decisión. La decisión es correcta (y por tanto estará justificada) si: (i) el criterio general establecido por el juez como adecuado para resolver este tipo de casos no es incorrecto y (ii) ha sido bien (correctamente) aplicado; es decir, lo que se pretende evitar que el criterio vaya por un lado y la decisión por otro. (Marina Gascón y Alfonso García, 2015, pp.143-144)

1.1.9. Racionalidad y razonabilidad en la Decisión.

Este punto, resulta esencial para comprender lo que implica la racionalidad al momento de valorar la prueba por parte del juez o de la jueza.

Refiere Iturralde (1991) que a través de las teorías de la argumentación jurídica se pretende dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación judicial: el relativo a cómo justificar la elección entre las alternativas jurídicamente posible. En otras palabras, para evitar que la discrecionalidad judicial desemboque en arbitrariedad, resulta imprescindible el recurso, no ya a argumentos más o menos persuasivos sino, a una justificación racional de las decisiones judiciales. Ahora bien, la cuestión reside en determinar qué hay que entender por "decisión judicial racionalmente justificada".

El término racionalidad (referido a la decisión judicial), se emplea con dos sentidos diferentes: racionalidad externa y racionalidad interna. En el primer sentido, se dice que la decisión jurídica es racional si las premisas han sido debidamente justificadas. En el segundo, la racionalidad se refiere a la forma correcta de razonamiento. Así, es un lugar común señalar que el razonamiento judicial es racional si el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de acuerdo con las reglas del razonamiento lógico.

Pues bien, uno de los instrumentos que se aduce como garantía de racionalidad de las decisiones judiciales es el carácter lógico de las mismas. "La lógica" se convierte

en el discurso iusfilosófico en una garantía de certeza y seguridad jurídica, y, correlativamente, en un obstáculo a la inclusión de criterios subjetivos en la decisión. (p.240)

Por otra parte, y siguiendo la misma línea, Romero (2017) refiere que racionalidad y razonabilidad no son nociones sinónimas. La lógica, por ejemplo, se desarrolla en el campo de la racionalidad y no en el de la razonabilidad. Así, se debe comenzar por señalar que la racionalidad tiene diversos conceptos. Algunos hablan hasta de doce. Los que aquí interesan son el de sentido lógico y dialéctico. En el primero, la racionalidad se refiere al esfuerzo por la consistencia; es decir, evitar la contradicción, y en el segundo sentido, el dialéctico, la racionalidad se refiere a comprobar la validez de las inferencias o, mejor, la conformidad con las reglas de la inferencia deductiva. Por tal motivo, se puede decir que la racionalidad es un esquema que permite estructurar ideas de manera consistente, así como verificar la validez de las inferencias dadas entre un grupo de proposiciones que forman un argumento.(pp.61-62)

Galindo (2013) distingue en el pensamiento de MacCormick, como principios para que una decisión sea racional: la consistencia y la coherencia.

Una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas, es decir, no infringir el derecho vigente y ajustarse a la realidad en materia de pruebas, mientras que la decisión satisface el requisito de coherencia cuando la resolución es acorde con el resto de las normas y los principios del ordenamiento jurídico, además distingue los siguientes tipos de coherencia:

- Coherencia normativa. Es cuando una norma puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que resulten aceptables como: seguridad, respeto a la vida, etcétera.
- Coherencia narrativa. Suministra un test en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe la prueba directa, por ejemplo las presunciones.(pp: 127-128)

Así mismo, y siguiendo con Romero (2017), la razonabilidad no se identifica con la consistencia o no contradicción de una proposición, sino más bien se relaciona con los procesos discursivos que buscan el convencimiento de una determinada postura mediante la presentación de argumentos, por lo cual ésta se desarrolla en la praxis. Así, lo razonable es una posición que es aceptada mediante el consenso, en donde no son relevantes los criterios de validación lógica, como es la prueba de consistencia o el principio de universalidad, que son fundamentales en la racionalidad.

Con la razonabilidad no se intenta comprobar la validez de las inferencias, sino el dar razones sustentadas en otros criterios de naturaleza no formal, como aludir a valores. De esta forma, es muy probable que un razonamiento desarrollado en algún contexto particular pueda no ser validado desde su aspecto lógico. Aquí una importante distinción entre racionalidad y razonabilidad; sin embargo, no se debe confundir y pensar que no existe conexión entre ambas nociones, pues también se podría caer en un razonamiento desarrollado sobre una base racional. En ese sentido sigue el pensamiento del profesor Auris Arnio, que desarrollaremos a lo largo del trabajo principal de investigación.

En síntesis, se puede concluir señalando que la teoría de la argumentación jurídica se sustenta en dos puntos principales: la exigencia de racionalidad y la exigencia de aceptabilidad de los contenidos; este último implicaría, desde luego, la noción de razonabilidad. (p: 61-63,66)

1.1.10. Argumentacion sobre los hechos.

Siendo que, en el proceso penal como se tiene indicado, la averiguación de la verdad marca un horizonte por el cual transcurre la actividad de las partes y en especial la actividad probatoria, corresponde entonces al juez al momento de su decisión, saber interrelacionar dichos aspectos fácticos, con los aspectos normativos a la hora de la decisión final del asunto, con especial énfasis en los hechos principalmente, que es la esencia sobre la cual se construyen las razones que se deben dar al momento de motivar la resolución. Por fortuna, según refiere (Rosada A y Ricaurte C. (2015):

el interés por la dimensión epistémica del Derecho suscita cada vez mayor adhesión, produciéndose un interés creciente por el problema de la justificación de las premisas fácticas; después de todo la decisión del juez, necesariamente, implica la averiguación de los hechos relevantes para la aplicación del Derecho. La averiguación de la verdad, o dicho de otra manera, la perspectiva epistémica es la única que permite alcanzar, racionalmente, soluciones justificadas. (p.69)

Todo lo antes referido, toma razón en cuanto permite dirigir el horizonte del estudio a la labor de juez al momento de establecer los llamados hechos probados a partir de las pruebas presentadas. Y en ese punto, la utilización de esquema de argumentación sustentado en el silogismo jurídico antes referido, encuentra mayor profundización.

1.1.11. El contexto de descubrimiento y justificación de la premisa fáctica.

Como sostienen Gascón M. y García A. (2015), en el discurso fáctico, y concretamente en el discurso sobre la prueba, el *descubrimiento* es el *iter* intelectual que ha conducido al juez a formular como verdaderas aserciones sobre hechos controvertidos, en tanto que la justificación hace referencia a las razones por las que dichas aserciones pueden entenderse como verdaderas; por ello, el contexto de descubrimiento no puede confundirse con el de justificación y, en ese ámbito, la motivación debe ser entendida como el conjunto de argumentos que permiten presentar dichas afirmaciones como verdaderas. (p.262).

La perspectiva asumida por Gascón (2010) se debe abordar el estudio de la fijación judicial de los hechos no es la de la simple descripción de las prácticas forenses o de las construcciones dogmáticas, aunque tampoco su sola valoración o la propuesta de otras nuevas. La perspectiva adoptada es distinta y recoge aspectos de las dos anteriores: se intenta esbozar un *modelo* de fijación judicial de los hechos desde el que poder, de un lado, describir o dar cuenta de los procedimientos normativos existentes y de la praxis de fijación de los hechos; pero también, de otro lado, evaluar esos procedimientos y prácticas y avanzar, en su caso, propuestas normativas. En realidad esta doble función que atribuimos al modelo no es un dato

particularmente llamativo, pues el término modelo es en sí mismo ambiguo y —entre otras cosas— designa tanto el esquema teórico que sirve para representar de manera más simple realidades que en la práctica son complejas (*función descriptiva*) cuanto el parámetro que permite «medir» —precisamente desde el punto de vista del modelo— esas realidades (*función normativa*). (pp.46-47)

Esto quiere decir, según lo refieren Carrillo y Luna (2021), en resumen lo siguiente:

- *Función descriptiva*: responde a la cuestión de cómo se conocen o se descubren los hechos (contexto de descubrimiento) y de cómo se justifican o validan en la práctica judicial. La función descriptiva alude a los fundamentos lógicos, epistemológicos y metodológicos del conocimiento sobre los hechos.
- *Función prescriptiva*: responde a la cuestión de cómo deben conocerse o descubrirse los hechos (contexto de descubrimiento), y de cómo deben justificarse o motivarse en la práctica judicial. La función prescriptiva alude a los fundamentos legales y normativos del conocimiento sobre los hechos. (p.179)

Debe quedar claro, que cada una de estas funciones (descriptiva y normativa) puede proyectarse tanto en el llamado *contexto de descubrimiento* de los hechos cuanto en el *contexto de justificación*. Así, con referencia a la función descriptiva, una cosa es describir el descubrimiento (decir cómo se conocen, de hecho, los hechos) y otra describir la justificación (decir cómo se justifican, de hecho, los hechos); y, con referencia a la función normativa, una cosa es prescribir el descubrimiento (decir cómo deben conocerse los hechos) y otra la justificación (decir cómo deben justificarse los hechos).

En suma, siguiendo con Gascón (2010), el modelo que estimamos adecuado debería posibilitar la construcción de una serie de reglas (*prescripciones*) sobre el conocimiento (*descubrimiento*) y motivación (*justificación*) de los hechos, pero debería permitir también dar cuenta de (*describir*) cómo se conocen (*descubren*) y validan (*justifican*) los hechos en la práctica judicial. (p.47)

Así mismo, refiere la autora:

el modelo judicial de conocimiento de los hechos, debe basarse en el modelo epistemológico teórico, que sirva como herramienta o instrumento para examinar los procedimientos reales, así como para realizar una crítica epistémica consistente en comparar éstos con los principios derivados del modelo y proponer, en su caso, la reforma de aquellos aspectos que se separen del mismo. Es así que modelo epistemológico que más de adecua a esa finalidad es el *cognoscitivista*, entendida como el modelo en el cual, los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario. En otras palabras, la fijación judicial de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye «existencia independiente». Por ello, el concepto de verdad requerido por el modelo es el semántico de la *correspondencia* y el principal criterio de verdad el de la *contrastación empírica*. (pp.48-49)

Aspectos tratados en el desarrollo del marco teórico del presente trabajo.

1.1.12. Valoración racional de la prueba. Individual y Conjunta

La valoración en sentido estricto corresponde al segundo de los momentos de la actividad probatoria que se tienen desarrollados en el presente trabajo, de modo que en ella se verifica una vez se ofrece y produce la prueba en el juicio oral, y en ella es que se desenvuelve la actividad del razonamiento judicial en cuanto a la premisa fáctica y la consecuencia directa del mismo en la decisión que asuma el Juez.

Como refiere Anaya (2020), el razonamiento probatorio, en este momento, se vuelca a la epistemología y a la racionalidad que, sin perjuicio de estar presentes también en el primer y tercer momento de la actividad probatoria, aquí lo están con prescindencia de reglas jurídicas que predeterminen a priori un resultado. La falta de regulación jurídica en este segundo momento constituye una fuerte tentación para que —cerrada la puerta— ingrese por la ventana el subjetivismo y se entienda como un momento ausente de toda regla, aun de las de naturaleza cognoscitiva, en

que campee a su antojo el decisionismo del adjudicador, lo que debe ser desechado de plano. Así, la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable (entendida como dotada de un grado de probabilidad suficiente) entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos. Los esquemas de valoración racional son, por consiguiente, esquemas probabilísticos. Es decir, si el sistema jurídico establece un régimen de libre valoración de la prueba, entonces deberá valorarse el apoyo inductivo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en forma individual y en conjunto, pero debe advertirse que la prueba es libre únicamente en el sentido que no está amarrada a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración. No obstante, la operación que consiste en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis está sujeta los criterios generales de la lógica y de la racionalidad, es decir, a criterios epistemológicos. (p.45)

Los criterios generales de racionalidad epistémica —reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos— operan haciendo posible el razonamiento probatorio inferencial. En este sistema, el modelo de corroboración de hipótesis al cual pueden ser reconducidos los principios de la lógica responde a la necesidad del proceso penal de recurrir a una lógica de la probabilidad inductiva, que no cuantifica ni calcula numéricamente la probabilidad, como los modelos matemáticos o estadísticos. En él, la justificación de una proposición fáctica que describe un evento que no es directamente observable, se basa en la constatación directa de hechos que dados nuestros conocimientos acerca del mundo tendrían que haberse producido si esa proposición fuere verdadera. En el modelo de la inferencia inductiva se asume hipotéticamente la ocurrencia de un hecho para derivar, recurriendo a los conocimientos científicos y a nuestra experiencia previa del mundo, ciertos eventos que deberían haber tenido lugar (las evidencias), si es que ese hecho (a probar) efectivamente hubiese ocurrido, de modo que la constatación de estos eventos corrobora o atribuye probabilidad inductiva a la hipótesis de que el hecho a probar sucedió. No obstante, la hipótesis que ha resultado corroborada es una explicación posible, pero no hay garantía de que se trate de la única explicación posible sobre los hechos

1.1.12.1. Testimonio de la víctima.

Llegados a este punto, que constituye el objeto del presente trabajo, en los hechos relativos a la violencia sexual, la declaración de la víctima o de la afirmada víctima como sostiene Ramírez (2019, pp.141-142), se constituye en la principal fuente primaria de prueba.

“Lo reconoce sin ningún género de dudas” o “se ratifica totalmente en su dicho” son un tipo de fórmulas ampliamente usadas que, sin brindar información sobre la exactitud de un testimonio, en cambio, sí informan de la existencia de una creencia. Por ejemplo, si *Y* afirma *q* con seguridad y confianza, entonces eso significaría que su relato o identificación se ajusta a la realidad de lo que ha sucedido. En cambio, la investigación empírica ha mostrado bajísima o nula correlación entre confianza y exactitud; y ha encontrado también distintas variables que afectan la confianza sin altear la exactitud y viceversa, tales como la repetición de preguntas, la información engañosa post-suceso, el paso del tiempo y las condiciones del suceso. (Carmen Vazquez y Mercedes Fernandez, 2022, p.312)

Pero, entonces, si esas habituales circunstancias controlables por un juez se han demostrado empíricamente inadecuadas, ¿hacia dónde hay que transitar? Afortunadamente, ya en el marco del nuevo sistema de justicia penal encontramos tesis que hacen planteamientos no solo novedosos, sino acordes con los desarrollos científicos: el juzgador podrá hacer uso de la psicología del testimonio; disciplina inmersa en la psicología experimental y cognitiva, que se centra en delimitar dos puntos:

- i. La credibilidad de la declaración analizada, entendida como la correspondencia entre lo sucedido y lo relatado por el testigo; y,
- ii. La precisión de lo declarado, esto es, la exactitud entre lo ocurrido y lo que el testigo recuerda. Véase que esta herramienta facilita al juzgador determinar la calidad de un testimonio, con base en las premisas objetivas señaladas, para restar o conceder la credibilidad que, de acuerdo con el examen indicado, estime pertinente. (Carmen Vazquez y Mercedes Fernandez, 2022, p.307)

En ese marco, cuando se hace referencia al testimonio de una de las partes en el proceso, surgen problemas en torno a considerar la fiabilidad del mismo, ello motivado por las pretensiones que los mismos persiguen dentro del proceso, en ese sentido, el papel del juez o jueza en este momento debe ser muy cautelosa y lo suficientemente probo para fundar una decisión en base a esta prueba.

Y ese es el caso del testimonio de la víctima, la cual, como refieren las ya citadas autoras Carmen Vazquez y Mercedes Fernandez (2022) aunque suele considerarse un tipo de declaración testifical, presenta unas peculiaridades que es necesario tener en cuenta a la hora de su valoración. Frente al testigo, la víctima no es un tercero, sino quien afirma haber sufrido el hecho delictivo o sus consecuencias, por lo que cabe plantearse si su estatuto a la hora de prestar declaración debe ser el mismo que el del testigo. Su testimonio puede presentar también mayores problemas de fiabilidad que el de los testigos como consecuencia del mayor estrés al que pudo estar sometida al suceder los hechos, lo que puede tener un importante reflejo sobre su memoria y su capacidad de expresar los recuerdos. En segundo lugar, son muchos los delitos —especialmente los vinculados con la violencia de género— en los que únicamente se cuenta con la declaración de la víctima, por lo que se plantea el problema de determinar si tal declaración puede ser por sí misma prueba de cargo suficiente que evite la impunidad del delito. (pp.328-329)

En ese sentido, se ha desarrollado en la presente investigación, que si bien la jurisprudencia dota de una carácter especial y suficiente a la declaración de la víctima, para poder enervar la presunción de inocencia, la misma sin embargo debe matizarse en el sentido de establecer condiciones bajo las cuales debe realizarse un juicio de fiabilidad del mismo, de allí que se acuda a determinados criterios o guías para de algún otro modo, dotar de cierta racionalidad a la decisión que se tome en torno a esta prueba.⁷⁵

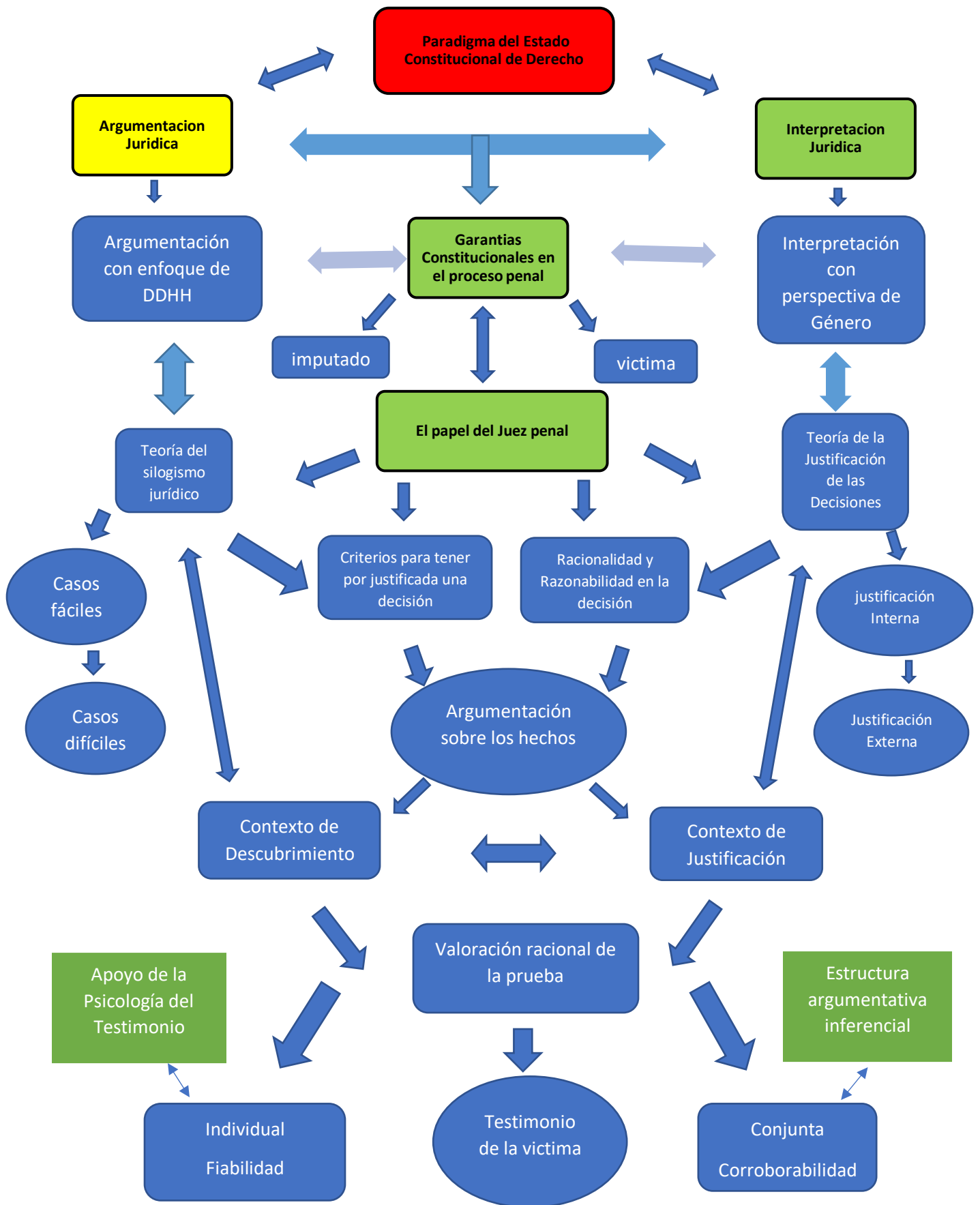
No obstante, como refiere Araya (2020a) en el ámbito de la valoración racional de la prueba, es preciso recordar que en lo concerniente a las pruebas personales y en

⁷⁵ La cuestión de la suficiencia de la declaración de la víctima para enervar la presunción de inocencia es un aspecto abordado en el punto 8.1 del marco teórico, referido a Derecho en debate.

especial a la prueba testimonial, se requiere de dos enjuiciamientos. El primero es el relativo a la credibilidad del testigo, que se dirige a saber si lo declarado por él es realmente lo que conoce, que no haya tenido errores de percepción o de memoria y que no tenga ánimo ganancial. El segundo está enfocado en calibrar la calidad informativa de los datos transmitidos, es decir, su adherencia a la realidad empírica. De esta forma, se afirma que las fases de la valoración aludidas: Se necesitan recíprocamente, no hay valoración conjunta racional si previamente no se ha tomado en cuenta el valor de los distintos elementos que forman el conjunto, como tampoco se puede otorgar una fiabilidad definitiva a cada fuente de prueba con independencia de la atribuida a las demás. (pp.50-51)

Se trata en todo caso de circunstancias que, aunque caracterizan, por un lado, la situación de quien presta declaración y, por otro, las condiciones de especial clandestinidad o reserva en las que se cometió el delito, no pueden suponer en modo alguno la modulación de las exigencias probatorias impuestas por el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, es preciso relativizar la contundencia con la que supuestamente se le confiere probatorio suficiente a la declaración de la víctima para condenar al acusado, pues su credibilidad se hace depender —junto con otros criterios— de la corroboración de su contenido mediante otros datos probatorios. No podría ser de otro modo, si se piensa que incluso pruebas con un altísimo grado de fiabilidad, como puede suceder con la prueba de ADN, no pueden, por sí solas, fundamentar una condena, sino que deben ir acompañadas —salvo en contadísimas excepciones— de otras pruebas que acrediten todos y cada uno de los elementos del hecho punible. (Carmen Vazquez y Mercedes Fernandez, 2022, p.330)

2. Graficación del Modelo teórico.



3. Objetivo de la Propuesta.

En mérito al desarrollo teórico establecido, es evidente que la labor del juez se halla muy comprometida al momento de establecer las razones de la decisión expresadas en sus sentencias, de modo que ha sido una preocupación constante dentro de la formación judicial, incidir en el ámbito de la estructuración, argumentación y motivación de las resoluciones; sin embargo, dichas preocupaciones no han sido suficientes para dar prioridad a un aspectos que es tan esencial y a la vez poco abordado en materia procesal: la valoración de la prueba.

Y en ese sentido, se ha justificado quizás su no profundización en aspectos referidos a que en dicho momento, incide en demasía los aspectos subjetivos y de convencimiento del juzgador, o en su caso, se ha limitado su entendimiento a la mera aplicación de jurisprudencia internación y nacional, que ha venido a suplir la labor motivacional que debiera ser el eje central de las decisiones, y mucho más aun en los casos donde se tiene intereses tan encontrados como los del presente trabajo, los derechos y garantías de la víctima de violencia sexual, frente a los del imputado.

Siendo así, el objeto de la propuesta se centra en lo siguiente:

“Proporcionar un esquema argumentativo sustentado en criterios de valoración epistemológicos controlables por la o el juez penal, al momento de proceder a la valoración individual y conjunta de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual, a fin de lograr una suficiente motivación y justificación en la decisión a tomarse en sentencia”.

En ese sentido, como refiere Garay (2002)

Un criterio es una manera de determinar frente a casos particulares si sabemos, si cierta proposición es verdadera, si estamos justificados, si cierta proposición es evidente, etcétera. Podemos utilizar la percepción sensible como criterio de evidencia para proposiciones empíricas, o la coherencia con un sistema de creencias como criterio de verdad de una proposición. Los

criterios de valoración epistemológica son, pues, medios para otorgar cierto lugar en una escala valorativa a un estado epistémico. (p.2)

En ese cometido, a continuación, se pasará a explicar los componentes de la propuesta, sustentada básicamente en un esquema central propio del razonamiento probatorio contemporáneo juntamente con la teoría de la argumentación de Toulmin, Daniel Gonzales Lagier, entre otros.

4. Fundamentación de la propuesta.

El reto de valorar la prueba de forma libre y lógica.

Aunque es un tema ya de mucha data, no deja de ser aun necesario de recordar el efecto que tuvo y quizás aún lo tiene, el paso de un sistema de valoración de la prueba tasado en el proceso penal, a uno que propicia la libre convicción y además añade el componente racional y lógico en la decisión, y aunque sin lugar a dudas ha habido avances en superar ese aspecto, y sobre los cuales existen diversos criterios, como se podrá observar en la jurisprudencia citada en el presente trabajo; no obstante, la formación de los juzgadores en la obligación de motivar y fundamentar las resoluciones, constituyen parámetros a considerar si es que se pretende concluir que la línea de razonamiento judicial sigue esa libertad probatoria basado o sustentado en la lógica y sus componentes.

Se afirma ello porque, siguiendo un razonamiento silogístico simple, el juez solo debiera revisar si la prueba cumplía los requisitos del ordenamiento procesal para otorgarle o no valor probatorio, lo que hace que la motivación sea “sencilla”; en cambio, ahora se precisa que el juez conozca disciplinas diversas al Derecho como, por ejemplo, la epistemología jurídica o la psicología del testimonio, incluso cuestiones sobre ciencias forenses. (Balleza, 2019, párr.3)

Ahora bien, la construcción del conocimiento y por ende del pensamiento judicial a la hora de la toma de la decisión, es por mucho, un aspecto que merece la debida atención y ante el cual, todo operador de justicia debe estar compelido a conocer y ahondar en ello. De allí que, la forma en la cual se conoce y decide en el ámbito del razonamiento probatorio, resulta vital para los fines mismos del proceso penal, que

no es otro que el buscar la verdad de los hechos, no una verdad final como tal, pero por lo menos la que más respaldo probatorio tenga para ser considerada de esa forma.

En ese sentido, como se tiene desarrollado en el presente trabajo, se plantean dos formas básicas de pensamiento sobre la prueba: el subjetivo y objetivo.

Para el modelo subjetivo, la finalidad de la prueba es convencer al juzgador de la realidad de los hechos objeto de enjuiciamiento. En ese sentido, refiere José Luis Ramírez, citado por Vázquez (2021), que:

el convencimiento personal del juez se convierte en el aspecto central de la actividad probatoria y del proceso. Por ello, ni la calidad ni la fiabilidad de las pruebas, ni la de las informaciones probatorias son relevantes, ni los controles jurídicos son efectivos, pues el criterio de determinación de la suficiencia de las pruebas es estrictamente individual. En definitiva, si el juzgador resulta íntimamente persuadido por la prueba practicada, pasa a declarar probado el hecho en disputa. Además, en la tradición jurídica continental la argumentación judicial es típicamente deductiva. Este modo de razonar, subsuntivo, ha dado lugar a una cierta mecanización del fenómeno de la valoración de la prueba. Por un lado, al automatizarse, volviéndose abstracta y general e independiente del contexto y aproximándose a la prueba legal (v.gr: un testigo en el que concurren las circunstancias abstractas A, B y C, proporciona información verdadera; o, un acusado no proporciona información verdadera, ya que tiene derecho a mentir). Pero, además, porque, al expresarse en términos de necesidad eclipsa u oculta la, siempre presente, posibilidad de error judicial y minimiza la relevancia de la duda. Los efectos de la combinación de estos dos tipos de razonamiento probatorio (subjetivista y deductivo) se evidencian en la forma clásica de evaluar la prueba testifical: la valoración viene a ser un procedimiento de transmisión de las creencias del testigo al juzgador, quien debe decidir si cree o no cree al testigo. (pp.3-4)

Además de ello, refiere este autor que, en el sentido contrario, es decir, en el modelo objetivista, el racionalismo ilustrado propició un nuevo modo de aproximarse al conocimiento del mundo, lo que debiera haber tenido reflejo en el ámbito del conocimiento judicial de los hechos en el proceso. En el modelo probatorio intersubjetivo, la prueba tiene como meta la acreditación de la verdad de un enunciado fáctico. El enunciado es verdadero, en el sentido de que está probado, de existir elementos de juicio suficientes en su favor. El convencimiento subjetivo del juez pasa a segundo plano, pues lo esencial es el establecimiento de la verdad entendida como correspondencia entre el enunciado y la realidad. Para este modelo, la calidad de las pruebas y la fiabilidad de las informaciones probatorias adquieren una gran trascendencia. Del mismo modo, los controles jurídicos se refuerzan, pues el juicio sobre la suficiencia del conjunto de pruebas se independiza de la opinión personal de quien juzga. Las razones han de ser intersubjetivamente comunicables y compartibles. En consonancia con lo anterior, la argumentación probatoria se ancla en un paradigma inductivo. La verdad de las premisas no implica necesariamente la verdad de la conclusión, por lo que ésta siempre se expresa en términos de probabilidad, no de certeza lógica. Ello aproxima el razonamiento probatorio judicial al de las ciencias empíricas, despierta la conciencia de la falibilidad de la valoración y deja siempre abierta la puerta a la duda sobre la ocurrencia de la hipótesis acusatoria, duda inherente a toda inducción probabilística, aun cuando sólo haya de generar consecuencias jurídico penales cuando sea razonable. (Vazquez, 2021, p.4)

Ahora bien, todo ello trasciende en la observancia del “derecho a probar”, ya abordado anteriormente, el cual se encuentra contenido en el art. 8.2 de la Convención América sobre Derechos Humanos, y en virtud de la cual no basta que los jueces valoren la prueba, sino que ésta se encuentre correctamente justificada. Esto conlleva en consecuencia el derecho de la persona a presentar sus pruebas y que las mismas sean debatidas, como también la obligación que asume el juez, y por ende el mismo Estado, de que se considere las mismas dentro del marco jurídico y se le asigne el respectivo valor probatorio, en el marco de la libre apreciación de la misma, de donde si no se cumple con ello, se estaría impidiendo la consecuencia

de una garantías constitucional y procesal contenida en el art.115 de la CPE, como ser el derecho a un debido proceso, que en el ámbito penal, implica a la vez el derecho a conocer la verdad de lo sucedido.

La necesidad de considerar en el razonamiento judicial, la perspectiva de los derechos humanos.

En el modelo teórico, se hubo establecido los elementos que confluyen con relación a la actividad del juez al momento de la toma de la decisión y la justificación de esta.

Al margen de los aspectos centrales referidos al componente constitucional, así como la argumentación e interpretación jurídica, mucho tiene en juego como y de qué forma, el juzgador utiliza los mismos al momento de garantizar, no solo que el proceso penal se lleva a cabo en respeto a los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos tanto al imputado como a la víctima, sino principalmente como es que se desarrolla esa labor argumentativa que conlleva precisamente exponer en la sentencia dichas razones.

Partiendo de que las cosas en el Derecho cambian a diaria, así como el paradigma constitucional vigente obliga a tomar en cuenta no solo a la ley expresa, sino que su aplicación e interpretación están sujetas a los valores y principios que se consagran desde la misma Norma suprema y las normas de carácter supranacional, es donde viene a establecerse el aspectos ya abordado de la argumentación con perspectiva de Derecho Humanos, y en donde se llega a superar muchos de los aspectos del aún vigente silogismo jurídico por el cual, se establece una forma de razonamiento judicial de la decisión, sujeto principalmente a la llamada subsunción del hecho a la norma, demandando en el juzgador mayores capacidades a la hora de realizar dicha labor.

Y es que, al entrar los derechos humanos al escenario jurídico, se llegó a la conclusión de que, si bien es cierto que la subsunción en algunos casos es útil para aplicar las normas jurídicas, entendidas en su sentido tradicional, en el caso de los derechos humanos no sucede así. Y es que los hechos de violencia sexual contienen ese componente social y jurídico común, y se coloca en un lugar de

atención especial: la lucha contra toda forma de violencia hacia la mujer en especial, aspectos contenidos en el art. 15.II de la CPE.

Siendo ese un factor a considerar, como se hubo indicado al momento de sustentar la argumentación con enfoque de derechos humanos, que una característica de las mismas es el de considerar el contexto y las características de la persona, y ello se va estableciendo el enfoque o perspectiva desde la cual se tiene que analizar dichos casos, pudiendo ser estos en razón a la edad, discapacidad, interculturalidad y el género, con lo cual se configura la protección reforzada a los llamados grupos vulnerables o vulnerabilizados.

Y en ese sentido, siendo el género, entre otros ámbitos de análisis, materia importante de análisis en el presente trabajo, tal cual se hubo señalado, la misma cumple una función en el momento de la valoración probatoria, de posibilitar la identificación de aquellas estructuras normativas y subjetivas en la labor del juzgador, que perpetúen aun la situación de desigualdad y discriminación que paradójicamente puede suscitarse en el proceso, a través de ideas o preconceptos que no permitan un análisis e interpretación de los hechos y las pruebas, conforme al contexto en el que se desarrollan este tipo de hechos, comprender ello y saber establecer su uso correcto, posibilita sin lugar a dudas una mejor comprensión del mecanismo actual en el que confluyen tanto los derechos garantías del imputado, como también los de las víctimas en estos hechos. Como refiere Fuentes (2013) “el tipo de perspectiva de análisis que se tenga del caso será determinante al estructurar la argumentación respectiva, es decir, es el punto de referencia a partir del cual se analizan los hechos para identificar derechos y subderechos violados, obligaciones de autoridad y reparaciones del daño.”⁷⁶ (p.31)

⁷⁶ La SCP 0064/2018-S2 de 15 de marzo, en su Fundamento Jurídico III.2, impone: “...*independientemente de la conformación del Tribunal, ya sea por varones o por mujeres, sus integrantes están obligados a aplicar una perspectiva de género, en el marco de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Boliviano, nuestra Constitución Política del Estado y las normas internas; en ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia, por Acuerdo de Sala Plena 126/2016 de 22 de noviembre, aprobó el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, que contiene los estándares internacionales e internos que tienen que ser cumplidos de manera obligatoria por jueces, juezas y tribunales...*”.

A ello, no se debe olvidar la obligación constitucional impuesta, en especial a los jueces, de aplicar de forma directa no solo las normas contenidas en la constitución, sino en los tratados, convenios y demás instrumentos que en materia de Derechos Humanos, sean pertinentes al caso en cuestión.⁷⁷

En ese contexto, va tomando forma la idea de que el actual silogismo jurídico aplicado al razonamiento del o la juez, referido a la premisa mayor (normativa), premisa menor (fáctica) y con la conclusión, queda corto para los propositos de una suficiente justificación en estos casos. Como sostiene Fuentes (2013), el método interpretativo de la subsunción sostiene que el derecho está integrado por reglas que describen supuestos hipotéticos concretos, cuya aplicación se agota cuando la o el juez verifica si la conducta descrita se actualiza y, sólo en caso de ser así, se tiene consecuencia jurídica. La visión positivista o formalista del derecho defiende la idea de la mínima intervención de quien aplica (interpreta) la norma; no hay necesidad de llevar a cabo *creaciones jurídicas* porque todo está escrito. En ese sentido, la argumentación jurídica es un silogismo que justifica la subsunción. (pp.13-14)

El abordaje de la valoración del testimonio de la víctima.

La valoración de la prueba, se constituye en el segundo momento clave en la actividad probatoria y como se tiene establecido, su escaso abordaje tanto en la academia como en la misma jurisprudencia, donde no pasa de meras consideraciones a lo que son las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia, todo ello como mecanismos correctores del sistema de la libre valoración de la prueba que se tiene en nuestro sistema procesal penal, lo que no impide de todas formas, que aun así, se produzcan resultados que se alejen de la racional y suficiente.

En ese sentido, refiere Araya (2021b) que el razonamiento probatorio en este segundo momento se vuelca a la epistemología y a la racionalidad que, sin perjuicio de estar presentes también en el primer y tercer momento de la actividad probatoria, aquí lo están con prescindencia de reglas jurídicas que determinen ex ante un

⁷⁷ SC 1662/2003-R

resultado sobre el peso y suficiencia de los elementos de juicio. La falta de regulación jurídica en este segundo momento constituye una fuerte tentación para que —cerrada la puerta— ingrese por la ventana el subjetivismo y se entienda como un momento ausente de toda regla, aun de las de naturaleza cognoscitiva, en el que campee a su antojo el decisionismo del adjudicador. Esto debe ser desechado de plano y, en contraste, la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional o cognoscitiva, que consiste en optar por la hipótesis dotada de un grado de probabilidad suficiente entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos. Los cánones generales de racionalidad epistémica —reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos— operan haciendo posible el razonamiento probatorio inferencial, debiendo descartarse los modelos matemáticos o estadísticos, por lo que el método de la *inferencia inductiva* o corroboración de hipótesis es el que de mejor manera se adecua al razonamiento en materia de prueba judicial, ya que no cuantifica ni calcula numéricamente la probabilidad y emplea el lenguaje de la plausibilidad. (p.207)

En tal sentido, es que los esfuerzos por procurar que la labor de los jueces no se limite únicamente a la verificación y cumplimiento de requisitos de legalidad, sino que en esa labor, se considere a la par de los elementos y reglas básicas que rigen a la labor valorativa de la prueba (reglas de la lógica, sana crítica, máxima de la experiencia y la ciencia) las condiciones estructurales de las mujeres y de las personas menores de edad que se ven afectadas por tales actos, y el efecto o consecuencia en el ámbito de sus derechos.

Es por ello, que se justifica la necesidad de abordar en esta etapa o momento de la actividad procesal, tan importante pero a la vez tan descuidado, como lo es la valoración de la prueba, elementos que estructuren el argumento a seguir y posibiliten a la vez una mejor y más adecuado control sobre la lógica y corrección de los razonamientos judiciales al momento de valorar el testimonio de la víctima, que se constituye generalmente en el principal elemento en este tipo de casos, pero que, al igual que todo el conjunto de prueba, esta sujeta al análisis de las leyes del pensamiento que rigen a la labor judicial, y en ese sentido, la implementación de

perspectivas de análisis que posibiliten, a la par de ello, mayores razones para dar o no confiabilidad a dicha labor, permitirá elaborar argumentos sólidos, en garantías de los derechos de las partes, pero especialmente sensibles al contexto de las víctimas.

De otro lado, debe quedar claro que el modelo subjetivo y deductivo de razonamiento sobre la prueba y los hechos no es sostenible hoy día, donde la garantía de la presunción de inocencia y la obligación de la motivación de las decisiones judiciales, han instaurado una nueva epistemología de la racionalidad, en la que el foco de atención deja de ser el estado mental del juzgador (inaccesible) y se desplaza a la identificación de los criterios normativos de justificación. Estos criterios no pueden ser meras intuiciones o impresiones provenientes del cuadro probatorio (v.gr. “el juez se cree al testigo o al perito”), pero tampoco supuestas racionalizaciones de creencias lógicamente erróneas o empíricamente falsas (v.gr: la gestualidad del testigo o su asertividad siempre nos indican la verdad del testimonio). (Vazquez, 2021, p.4)

Es por ello que cuando se hace referencia a la Valoración racional de la prueba, se pretende destacar, en primer lugar, que en el Estado constitucional el principio de libre valoración no significa que sea admisible cualquier tipo de valoración. Ésta ha de ser racional. La alusión a las “reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia”, así lo indica. Ahora bien, debe aclararse que estas reglas, si son entendidas al modo tradicional (la “sana crítica”), son inservibles. Es imprescindible otra aproximación. El tribunal ha de evaluar, de acuerdo con criterios objetivos o intersubjetivamente compartibles, tanto las pruebas que se practiquen como el grado de apoyo que prestan a los hechos afirmados por las partes. Para alcanzar tal meta, en un primer momento ha de valorar todos los medios de prueba practicados, tanto los de cargo, como los de descargo, e identificar las informaciones provenientes de cada medio de prueba que considere provisionalmente relevantes y fiables y las razones para ello (es lo que se conoce como valoración individual). Acto seguido, habrá de valorar conjuntamente dichas informaciones probatorias y establecer qué relaciones existen entre ellas y con los hechos objeto de juicio, y determinar cuáles estima

definitivamente relevantes y fiables (valoración conjunta). Y, finalmente, decidirá si tales informaciones permiten obtener una certeza objetiva acerca de los hechos enjuiciados aplicando el exigente estándar probatorio aplicable al proceso penal, cual es el de “mas alla de toda duda razonable”.⁷⁸ (Vazquez, 2021, p.5)

Se observa, en consecuencia, como refiere Jose Luis Ramirez, un tránsito desde la “credibilidad” del medio de prueba a la “fiabilidad” de la información que proporciona dicho medio de prueba, que desemboca en otro tránsito: el que lleva del modelo probatorio de valoración y motivación subjetivo y deductivo al modelo intersubjetivo e inductivo. Dicho en formulación abreviada: no se trata de creer, sino de probar. (Vazquez, 2021, p.6)

Sin perjuicio de que este doble enjuiciamiento, es decir, lo relativo a la credibilidad y fiabilidad, como tambien el de valorar individual y colectivamente la prueba, está sujeto a la realización de inferencias que deben justificarse adecuadamente en la motivación de la sentencia, refiere Araya (2020a) que tratándose de la credibilidad de los testigos (incluida la víctima) se suele operar en base a intuiciones o percepciones que parecen ser producto de un «sexto sentido», que permite captar en clave, obviamente no técnica, esos matices propios del lenguaje gestual que el juez percibe desde la privilegiada posición que la inmediatez propicia y que, por ello, solo él podría apreciar. Los elementos como la afectación emocional o la ausencia de ella, la seguridad al declarar, la palidez o el rubor, son datos que deben procesarse de la misma manera que los datos tomados de la realidad empírica a la luz de máximas de experiencia que puedan tener la virtualidad epistémica de brindar una conclusión racional y sólida, erradicando de esta fase igualmente las máximas machistas que solapan prejuicios y preconcepciones de cómo debería idealmente comportarse una mujer en determinado tránsito. (p.51).

⁷⁸ El estándar reconocido en el proceso penal es el de Mas allá de toda duda razonable, sin embargo, para los hechos de violencia sexual, el Auto Supremo 179/2020-RRC de 17 de febrero, hubo establecido dicho estándar no puede constituirse en una barrera judicial en este tipo de hechos, por lo que concluye que la evaluación probatoria en hechos de violencia sexual “...no responde a la categoría de certeza más allá de toda duda razonable dadas las dificultades implícitas y la necesidad de protección reforzada de las víctimas de estos delitos así como la aplicación de la perspectiva de género...”. Con ello, consagra un estándar diferenciado de prueba en procesos por violencia sexual.

En relacion a ello, refiere Jose Luis Ramirez que ante esos aspectos relativos a los gestos, movimientos y demás cuestiones que se presenten, el juzgador ha de atenerse a los aspectos semánticos, al contenido narrativo del discurso, y es así que para este autor, la intermediación no es un método mágico o místico de adquisición del conocimiento, sino simplemente un medio a través del cual el juzgador entra en contacto con el material probatorio, medio que no debe servir de pretexto para blindar la valoración probatoria y hacer imposible la revisión de la corrección de su valoración. (Vazquez, 2021, p.9)

Queda claro que para que una declaración testifical, cualquiera sea la misma, tenga el valor probatorio suficiente, debe darse en el marco del cumplimiento de las garantías propias del debido proceso en sus disintintos componentes: derecho a al defensa, contradicción, motivación, etc., que permitan en todo caso establecer la justificación de la sentencia. y, en especial, del principio de contradicción, es lo que permite conferir valor probatorio a las declaraciones personales para fundamentar una sentencia. En ese sentido, las reglas de la sana crítica, las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicos, identificadas generalmente como los criterios de corrección del pensamiento racional al momento de valorar la prueba, deben necesariamente ser reforzados con otros lineamientos de valoración que posibiliten que el peso epistémico asignado a un elemento de prueba, sea justificado de forma clara y precisa, para de esa forma permitir un mejor control intersubjetivo.

En conclusion, de todo ello emergen dos consecuencia, que se comparten según lo referido por Carmen Vazquez y Mercedes Fernandez (2022): la primera es la relativa a la imperiosa necesidad de explicitar o establecer ciertas pautas que permitan determinar de manera más o menos aproximada el valor que cabe otorgar a estas pruebas, de modo que se reduzcan en la medida de lo posible los espacios de discrecionalidad del tribunal llamado a valorarlas; la segunda es la necesidad de exigir que tal valoración se exprese en la sentencia con el suficiente grado de detalle como para posibilitar que sea objeto de control en instancias superiores.

Es en esa línea, que a continuación se desarrollan los aspectos esenciales de la propuesta.

5. Desarrollo de los componentes de la propuesta

La propuesta se plantea con relación al momento de la valoración de la prueba testifical, en sus respectivas etapas, tal cual se reconoce en la doctrina y jurisprudencia ya indicada: individual y conjunta, así como también en la necesidad de contextualizar el hecho, ello en el marco del tratamiento de los hechos constitutivos de agresión sexual, y su evidente dificultad probatoria.

En ese entendido, partiendo de que lo que se pretende es establecer la credibilidad del testimonio, a través de la fiabilidad del mismo, entendida esta última como “la correspondencia entre lo relatado y lo acontecido” (Mazzoni G. , 2010b, p.17)

Son dos los elementos centrales puestos a consideración: Valoración individual y Valoración conjunta de la prueba. En cada uno se presentará un esquema de criterios guías que no buscan constituirse en más que eso, sobre la base de la recopilación de los aportes de ciertos autores y además de los postulados de la Teoría de la Argumentación de Toulmin y que recoge a su vez Daniel Gonzales Lagier como propuesta central en la valoración conjunta, para su aplicación en el razonamiento sobre los hechos y la prueba, ello en el marco de los que implica los aspectos centrales de la valoración racional de la prueba.

Sin embargo, no se debe dejar de lado dentro de ese marco, la necesidad de contextualizar el hecho, que se constituye en un elemento esencial en el análisis de este tipo de casos, no solo por las dificultades probatorias que conlleva, sino que a misma busca de igual forma perseguir la finalidad del proceso penal, cual es la averiguación de la verdad de los hechos que tenga el mejor respaldo probatorio.

En ese sentido, se establece la contextualización de los hechos como base necesaria de la valoración individual y conjunta de la prueba.

5.1. Valoración Individual del testimonio de la víctima en hechos de violencia sexual.

Refiere Mira (1991) que las investigaciones sobre la *credibilidad* parten de un postulado:

la memoria falla y sabemos qué instrucciones debemos dar a las personas que toman declaración a los testigos para que interfieran lo menos posible en sus testimonios; sin embargo, esto no es suficiente para garantizar un proceso objetivo. Un aspecto crucial en la toma de declaración (y por ende en la utilidad del testigo y su testimonio - la calidad del testimonio -) es la credibilidad del testigo o de cada uno de sus testimonios a juicio de sus observadores. La confianza que el propio testigo dice tener en su declaración, la credibilidad que inspira a jueces, jurados y policías, o el grado de concordancia entre dos declaraciones sucesivas del mismo testigo, tienen una importante repercusión en las evaluaciones que sobre la credibilidad hacen quienes escuchan a un testigo. (sección Introducción)

Más adelante, este autor señala que las investigaciones sobre la credibilidad de los testigos se centran sobre todo en el estudio del contexto social y de las circunstancias en las que un testigo declara y aporta su testimonio sobre un suceso o sobre una persona durante un proceso legal. En otras palabras, se basa en el estudio de las predicciones de exactitud que el propio testigo realiza de su testimonio (metamemoria/conducta de memoria) o en las predicciones que realizan quienes proceden a tomarle declaración (metamemoria/conducta de memoria de los otros). En el primer caso hablaríamos de *confianza*, en el segundo propiamente de *credibilidad*. La medida de la confianza se ha realizado valorando la fiabilidad (consistencia de las declaraciones) y la validez predictiva (conducta de memoria) del testigo. (Luna, 1991, sección El problema de la credibilidad de los testimonios).⁷⁹

⁷⁹ Luna define el concepto de *metamemoria* como los procesos de autoobservación de las habilidades de memoria, lo que incluiría cualquier tipo de conocimientos que posea la persona sobre su memoria. (1991, op cit.)

Dentro de lo que son los casos de violencia sexual, la misma Credibilidad del testimonio no puede estar supeditada simplemente a la condición de víctima especial que le atribuye la jurisprudencia internacional, sin dar mayor justificación, para dar por ciertos lo dicho referido por la misma, dejando de lado el deber constitucional de motivar una decisión dentro de los parámetros que establece el sistema de valoración racional de la prueba vigente, lo cual no implica que no se deba acudir a dichos estándares internacionales, sino que se debe establecer un adecuado uso de los mismos; así como también, la situación de víctima-testigo, no puede ser un elemento que tenga un efecto negativo en la valoración de su misma declaración en relación al hecho, esto es, pretender desconocer las condiciones propias en las cuales se suscitan este tipo de hechos, así como las condiciones especiales de cada víctima (NNA, adultos mayores, personas con capacidad diferente) siendo ahí donde interviene la perspectiva o enfoque de género como método o herramienta de análisis del mismo, a fin de evitar situación de discriminatoria o desigualdad.

Como se podrá apreciar, se debe abandonar la idea de que la credibilidad de un testimonio pase por aspectos propios de la persona quien la otorga, en este caso, la misma víctima, en donde se plantean muchas cuestionantes a la hora de considera su credibilidad por el hecho de que la misma no es simple testigo, sino que es sobre quien cae la acción ilícita del agresor y por ende tuviera interés en acusar el hecho.

En consecuencia, dejando de lado ese aspecto, será de vital necesidad en los jueces, al momento de realizar la valoración individual de la declaración de la víctima, centrarse en el aspecto de la fiabilidad del testimonio, pero desde un marco de análisis centrado en la efectiva capacidad de testigo de discernir el hecho, la concurrencia o no de factores que hubiera dificultado la percepción y en la memoria del mismos, para luego de corroborada, juntamente con los demás elementos de

prueba. Esto es a lo que se hace referencia como fiabilidad interna y externa, de la hacen referencia Carmen Vazquez y Mercedes Fernandez (2022, p.317)⁸⁰.

Será también importante centrar el análisis en la mayor o menor exactitud de su testimonio, y los factores que pueden predisponer esas situaciones.

En la práctica observada, según la jurisprudencia, se ha recurrido a criterios muy importantes para establecer la fiabilidad del testimonio de quienes afirman ser víctimas en hechos de violencia sexual, aplicadas por la jurisprudencia española y peruana: *la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del contenido de las informaciones y la persistencia en la incriminación*, los cuales han sido desarrollados en el marco jurisprudencial de la presente investigación, y que se constituyen en criterios que bien pueden ser también asumidos por la doctrina penal interna, y de hecho en algunos casos analizados se han encontrado su uso recurrente. Son lo que se pueden denominar como “criterios epistemológicos de control de la credibilidad”.

En ese sentido, su finalidad no va ser otra más que constituirse en un aporte muy necesario al momento de posibilitar un análisis racional sobre la credibilidad y la fiabilidad de testimonio en este momento del proceso, y que coadyuvan en la labor valorativa a un mejor control en la aplicación de los principios de la lógica, la ciencias o las máximas de la experiencia, que operativizan lo que se conoce como razonamiento probatorio inferencial, que sustenta el modelo de corroboración de hipótesis, propio de los sistemas de valoración racional de la prueba; no obstante, es evidente que no constituyen un listado cerrado y que, por otra parte, deben ser contextualizados de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, por ello es que ni la concurrencia de todos o la ausencia de alguno de esos criterios, puede ser concluyente en relación a determinar la validez o fiabilidad del testimonio. En otras palabras, no son una especie de regla de prueba tasada o reglas que validen la prueba testifical, sino que aspiran a ser criterios orientadores para la motivación de la misma.

⁸⁰ Lo referido a la fiabilidad externa, abarca los aspectos de corroboración del testimonio a partir de los hechos narrados, ello se aborda al momento de la valoración conjunta de la prueba.

En consecuencia, se propone abordar el análisis individual del testimonio de la víctima, desde la fiabilidad del misma, partiendo en principio de los criterios ya establecidos en la jurisprudencia y doctrina: Credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia, a la par de los siguientes factores: Codificación, retención y recuperación, como aportes de la Psicología del Testimonio, junto con el análisis de dos elementos importantes: el error y la mentira, sobre los cuales, se construyen máximas de la experiencia que la psicología del testimonio aporta para su mejor comprensión, y que son parte de lo que es la valoración racional de la prueba como criterio de control del razonamiento inferencial probatorio (Gonzales, 2022, pp.61,63).

Finalmente, será infaltable el análisis de dichos razonamientos bajo la mirada crítica de la perspectiva de Género, plasmada en los instrumentos internacionales y fallos de la Corte IDH, que al margen de ser vinculantes, aportan conocimientos generales al razonamiento para cada caso en concreto, dentro de lo que implica además la contextualización del hecho.

5.1.1. Fiabilidad.

Estableciéndose en consecuencia, que la credibilidad del testimonio pasa por la correcta apreciación de diferencias factores, lo que interesa a este estudio, es el abordaje de la fiabilidad del testimonio como eje central en la valoración individual.

En tal sentido, se establece los siguientes componentes:

5.1.1.1. Fiabilidad Interna. Credibilidad Subjetiva y exactitud.

En varios criterios relacionados con el testimonio único se alude a la idea de “adminiculación con el resto de las pruebas”, lo que es extraño porque supuestamente estamos ante una única prueba, ¿cómo entonces consideraríamos una valoración del —inexistente— conjunto de elementos de juicio? Además, en este escenario no queda claro si se está confundiendo la valoración individual de la prueba testifical con la valoración en conjunto, si es que hubiera otros elementos de juicio disponibles. (Vazquez y Fernandez, 2022,p.317)

Según se tiene indicado, cuando se hace referencia a la Credibilidad o incredibilidad subjetiva, se acostumbra a constatar, además de que por algunas características físicas o psíquicas singulares del testigo que pudieran debilitar su testimonio (discapacidades sensoriales o psíquicas, edad, etc.), por la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

Cuando se hace referencia a la exactitud del relato, es “la correspondencia entre lo representado en la memoria y lo sucedido en el transcurso del hecho” (Mazzoni, 2010b, p.17).

La exactitud es, pues, lógicamente independiente de la cantidad de elementos recordados. Es decir, un recuerdo, incluso pobre, siempre que sea exacto, puede ser sumamente útil a los efectos de una investigación (Mazzoni, 2010b, p. 18). Por ejemplo, los niños, en la medida en que se les permita relatar de manera espontánea sin ninguna clase de presiones o de cuestionamientos cerrados o de preguntas sugestivas o tendenciosas, serán capaces de recordar eventos pobres, sin mucha información, pero sí con mucha exactitud. En este caso es lo que se requiere para que el testimonio resulte altamente fiable. Así que, entre mayor margen de libertad exista en un interrogatorio a un niño, más espacio existirá para que el infante responda con mayor exactitud y, por ende, con mayor fiabilidad. En relación con las entrevistas realizadas a niños que han sido presuntamente víctimas de delitos sexuales, consideran que otra fuente de declaraciones incorrectas no intencional son las falsas memorias. Estas pueden ser generadas por a) una reinterpretación errónea de hechos que tuvieron lugar, pero no responden a conductas de abuso sexual, b) inadecuados formatos de entrevista en el contexto de la investigación policial y judicial y c) inadecuados procedimientos terapéuticos. (Luna, 2021b, p.59)⁸¹

⁸¹ Sobre este mismo asunto, las psicólogas entrevistadas han concluido de igual forma la necesidad de un correcto primer abordaje de dichas entrevistas. Ver sección Conclusiones y Hallazgos relevantes, punto 3.2.

En consecuencia, se pueden resumir en dos aspectos subjetivos relevantes:

a) Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatória sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones, pues a nadie se le escapa, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aun teniendo estas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Es por cuanto si bien el principio de presunción de inocencia impone en todo análisis fáctico partir de la inocencia del acusado, que debe ser desvirtuada fuera de toda duda razonable por la prueba aportada por la acusación, si dicha prueba consiste en el propio testimonio de la víctima, una máxima común de experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra persona determinada, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado.

Los aportes en este punto vienen de la mano de Antonio Manzanero⁸² citado por Carmen Vazquez y Mercedes Fernandez(2022) y Javier Sanchez (2012), entre otros.

a) Factores de codificación.

Refiere Sánchez (2012), que es presupuesto de toda declaración haber conocido la materia sobre la cual se va a declarar, de modo que surgen problemas porque la capacidad de percepción no es igual en todas las personas, sino que depende de su edad, de su predisposición para la observación y concentración, del interés que la persona tenía en el evento, etc. (p.152)

Siendo así, intervienen en este asunto, aquellos factores que pueden desembocar en errores de percepción e interpretación de la declaración del testigo, llamados también “errores sinceros”, tanto en su declaración, en la cual simplemente puede olvidar ciertos hechos o confundirlos con otro, como también por parte del juez, quien en todo caso debe entender correctamente lo indicado o narrado por el testigo. Como refiere De Paula (2019), en el proceso jurídico se ha considerado que mentira es antónimo de verdad, cuando en realidad, mentira es antónimo de sinceridad y falsedad de verdad, de allí que la búsqueda epistémica de un proceso sea saber si los hechos narrados son verdaderos o falsos, y no si el testigo es sincero o está mintiendo. Por ende, la prueba testifical es susceptible no solo de mentiras, sino también a los errores sinceros, los cuales pueden derivarse de errores de percepción o de errores en la recuperación de un recuerdo que, a su vez, son causado por numerosos factores que pueden influir en la memoria. (pp.173-174)

Es por tal razón que se debe considerar la posibilidad de que se produzcan dichos errores sinceros, sobre los cuales la psicología del testimonio aporta bastante.

En consecuencia, y siguiendo lo que plantea Manzanero citado por Carmen Vazquez y Mercedes Fernandez (2022), se presenta la siguiente guía formulada a través de distintas cuestionantes que el juez podrá abordar, dependiendo del caso:

⁸² Citado por Carmen Vázquez y Mercedes Fernández (2022, pp.309-312)

a.1. Condiciones del Suceso o hecho.

i. ¿Cuáles fueron las condiciones de percepción del suceso?

En términos generales, “cuanto mejores sean las condiciones de luz, mejor será el procesamiento visual de la información”, por esto también hay que considerar los posibles cambios de luz y nuestra capacidad para adaptarnos a ellos. Aquí también entrarían la distancia, la perspectiva y la frecuencia espacial, la percepción auditiva y del movimiento de objetos.

ii. ¿Hubo “información especial” o ciertos detalles en el suceso?

Según Manzanero, los detalles más relevantes serían la llamada “información procedimental” relativa a las habilidades que una persona adquiere mediante la experiencia a efectos de evaluar su facilidad para describir determinados hechos relacionados con ellas; la duración del hecho, puesto que permitiría una mejor asimilación de los que se observa; si estuvo la percepción de velocidad implicada, ámbito en el que cometemos muchos errores los seres humanos; o cómo pudo haber impactado en la codificación del suceso el hecho de sentir dolor.

iii. ¿Cuál es la familiaridad del testigo con el tipo de sucesos? Y, ¿se trata de un suceso vivido con alguna frecuencia por el testigo?

Se recordarán mejor y con más detalles aquellos hechos con los que el testigo tenga cierta familiaridad dado que esta “facilita la realización de un procesamiento más profundo y permite realizar procesos de atención más selectivos”. Por lo que hace a la frecuencia de los hechos, aunque se podrán recordar más detalles conforme más se viven el mismo tipo de hechos, se corre el riesgo de confundir en qué ocasión pasaron unas y otras cosas.

iv. ¿De qué tipo de suceso hablamos y, a partir de ello cuál es la implicación emocional del testigo?

La investigación empírica demuestra que es falso que el impacto de un suceso violento que impacta en los testigos los hace tener mejores recuerdos. Por el

contrario, los delitos con mayor grado de violencia, en general, se recuerdan peor que los neutros.

Aplicando perspectiva de Género en el análisis. Dentro de estos cuatro criterios indicados, se debe considerar necesariamente las máximas de experiencia que emite la Corte IDH para estos tipos de casos: “Dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente”.⁸³

a.2. Condiciones del Testigo.

i. ¿Cuál es la edad del testigo?

En términos muy amplios, habría que considerar si podemos clasificarlos como “menores”, “jóvenes” o de “personas mayores”. Aunque hay casos claros de unos y otros, hay casos difíciles puesto que no se puede concretar de qué edad específicamente se trata. En todo caso, por ejemplo, las “personas mayores”, si no tienen alguna patología que afecte su memoria, “tendrán más dificultad para recordar detalles incidentales del suceso y serán más precavidos a la hora de tomar decisiones y expresar confianza [;] disminuye significativamente también la capacidad para identificar personas”. Mientras, como ya se había dicho antes, la memoria infantil es más sugestionable y en algunas franjas de edad se enfrentan problemas relacionadas con la imaginación de los niños o su vocabulario en formación.

ii. Si es posible detectar el empleo de expectativas y estereotipos no solo en la interpretación al percibir sino también al rellenar información en aquellos casos en que la percepción de suceso fue imperfecta.

Sobre este aspecto, la psicología del testimonio hace referencia a una máxima de experiencia que desemboca en un factor de error en la percepción, el supuesto de

⁸³ Caso Espinoza González Vs. Perú, párr.150

“completar lo percibido”: la memoria solo está en condiciones de retener sucesos que tienen una cierta lógica entre sí, de tal modo que situaciones caóticas tienden a ser reconstruidas para poder ser recordadas. Una forma habitual de ello es tratar de suplir las propias lagunas mediante conversaciones con otros testigos, llegando a conclusiones de “conjunto”, imponiéndose la versión de la personalidad más fuerte. A ello también se añade la situación de testigo que debe declarar en diversas ocasiones durante el proceso, en la segunda o sucesivas declaraciones tendrá en su memoria, no ya lo observado, sino lo declarado en la ocasión anterior. (Sánchez, 2012, p.153).

iii. Si evocar los recuerdos del suceso y sus detalles, produce en el testigo ansiedad y o algún otro tipo de emoción.

Este punto es relevante solo en los extremos, es decir, altos niveles de tales emociones tienen consecuencias sobre qué se recuerda, puesto que se obvia información periférica, habiendo un estrechamiento del foco de atención.

Aporte de la Perspectiva de Género. En este punto, se debe considerar en todo el proceso en general, lo que recomienda la Corte IDH que, en cuanto a la entrevista que se realiza a una presunta víctima de actos de violencia o violación sexual, es necesario que la declaración de ésta se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, y que la declaración se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición.⁸⁴

Como resumen de todo lo anterior, se puede concluir que son dos los factores a tomar en cuenta en este primer momento: capacidad de percepción (condiciones físicas como sordera, alcoholismo, como también edad, cultura, etc.) y disponibilidad de la percepción (luminosidad, concurrencia de gran cantidad de personas, situación especial del testigo).

Todos estos factores deben considerarse al momento de analizarse y evaluar las posibilidades de errores sinceros en la declaración de la víctima en juicio, ante posibles contradicciones o lagunas en los relatos, a fin de que su consideración o

⁸⁴ Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, supra, párr. 194, y Caso J. Vs. Perú, supra, párr. 344.

cuestionamientos en torno a la veracidad o falsedad de las narraciones, sea analizada de forma más objetiva y controlable.

b) Factores de retención y de recuperación.

Las máximas de la psicología del testimonio indican aquí, hasta qué punto y en qué medida debe concederse fiabilidad a un testimonio, pues al margen de adolece los aspectos ya indicados anteriormente, puede presentar lagunas en el intento del testigo de traerlos al presente al momento de su declaración en juicio.

En ese sentido, se toma en consideración un factor esencial, y muy recurrente en los hechos de violencia sexual. El tiempo entre el suceso y la declaración y las condiciones de la declaración del testigo.

i. El tiempo entre el suceso y la declaración.

El tiempo que transcurre entre el suceso y la recuperación de la información en sí mismo distorsiona las memorias, “debilitando la fuerza de la huella de la memoria y la información contextual que la caracteriza”.

En muchas ocasiones, el problema reside, simplemente, en el olvido: no necesita de mayor explicación que con el paso del tiempo el recuerdo decae, más por cierto de los hechos desagradables que de los agradables. De este modo, las dilaciones indebidas, problema endémico, se muestra como un vicio perjudicial para este punto. (Sánchez, 2012, p.157)

Aporte de la perspectiva de Género. Sin embargo, la Corte IDH ha referido con relación al factor tiempo en cuanto a la narración de la víctima sobre los hechos de violencia suscitados en un determinado escenario distante: De las diferentes declaraciones de la señora Rosendo Cantú, salvo algunas imprecisiones, se advierte consistencia en lo relatado en cuanto al hecho de la violación sexual. La Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, *a priori*, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos

relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta en el presente caso que al momento de ocurridos los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña.⁸⁵

ii. Las condiciones de la declaración del testigo.

En este punto al margen del nerviosismo y demás condiciones personales que pueda presentar la víctima-testigo, es muy importante considerar que el declarante no pueda o no sepa expresar con acierto lo que quiere decir. Incluso, se puede dar el caso de que el testigo uso expresiones o responda preguntas, de las cuales no conoce con exactitud su significado, sobre los cuales se debe tener un adecuado control en la fase del interrogatorio.

Aporte de la perspectiva de Género. Al respecto, es necesario considerar lo que establece la Corte IDH con relación a dichas imprecisiones en las declaraciones de las víctimas: “(...) las víctimas de violencia sexual tienden a utilizar términos poco específicos al momento de realizar sus declaraciones y no explicar gráficamente las particularidades anatómicas de lo sucedido. Al respecto, la CVR señaló que “[e]s común que las declarantes utilicen términos confusos o ‘proprios’ al momento de describir los actos de violencia sexual a que fueron sometidas” y específicamente se refirió a la utilización del término “manoseos” como una de las formas como las víctimas describían actos de violencia sexual. Igualmente, la Corte estableció que, durante el período mencionado, la señora Espinoza sufrió penetración vaginal y anal con manos y, en este último caso, también con un objeto, los cuales constituyeron actos de violación sexual.”⁸⁶

iii. El relato homogéneo.

Según la Psicología del Testimonio, quien dice la verdad no suele establecer grandes diferencias de detalles en las distintas partes de su discurso, en tanto que quien miente, hará hincapié en unos u otros aspectos, según el sentido de su narración.

⁸⁵ Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, párr.91.

⁸⁶ Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, párr.194; Caso J. Vs. Perú, párr. 359.

De allí que también se suele establecer una máxima de experiencia denominadas “complicaciones negativas” como indicador de credibilidad. Tales complicaciones que surgen de un suceso son difíciles de inventar por parte de quien realiza una declaración falsa, pues es sencillo imaginar qué situaciones cotidianas y casuales podrían haber entorpecido el suceso si hubiese sido cierto, para luego relatarlas mendazmente. Y es que cuanto más natural resulte el relato y as acorde con la personalidad y en el entorno del declarante, mayor credibilidad habrá que conceder.

Y en ese mismo sentido, también es síntoma de un relato veraz, cuando lo narrada se encuentre fuera de la experiencia y el horizonte del declarante, pues, salvo ayuda externa, será poco probable que se haya inventado lo que declara. (Sánchez, 2012, pp.163-164)

Este criterio es esencial en los hechos de violencia sexual, en especial con relación a NNA, ya que los mismos relatan vivencias, o prácticas sexuales que, debido a su edad, difícilmente puedan haber inventado de no haber sido ciertas, salvo que fueran enseñadas por otro adulto, lo cual debe ser investigado.

c) Aportes de la Psicológica del Testimonio.

Considerando necesario los aportes de las ciencias, el estudio del conocimiento y las formas en las cuales el mismo se percibe, desde la Psicología del Testimonio que, como se tiene indicado en la presente investigación⁸⁷, aborda los aspectos relativos a la capacidad de las personas de declarar sobre los hechos, es decir, se puede lograr profundizar sobre los parámetros que el juez puede considerar a fin de inferir hasta qué punto los declarado es fiable o no. Como refiere De Paula (2019), precisamente en relación a lo que en la generalidad de los casos se atribuye a la declaración de la víctima un efecto negativo, como se hubo indicado en líneas arriba, “nos debería llevar a preguntarnos sobre las posibilidades de error en la memoria a efectos de valorar la exactitud de un testimonio, ya que en el testimonio

⁸⁷ Marco Teórico y Conceptual, Segunda Parte, Actividad probatoria y prueba testifical, punto 5 referido a los aportes de la Psicología de Testimonio.

de una persona se puede encontrar errores entre la realidad de lo acontecido y su percepción y errores entre su percepción y la narración” (p.168)

Todo ello se plasma en el análisis de los distintos factores ya enunciados en líneas arriba, que sin lugar a duda pueden contribuir en ese objetivo.

5.1.1.2. Fiabilidad Externa. Verosimilitud.

Una vez que se tienen los datos sobre su fiabilidad interna a través de los factores de codificación, retención y recuperación del recuerdo, la corroboración del contenido del testimonio resulta ser una estrategia muy importante para posibilitar una mejor forma de motivar el valor probatorio que se pretenda dar a dicha declaración.

En ese sentido, se considera fundamental la constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que constituye una declaración de parte; que robustezcan la veracidad de aquella declaración sobre la existencia del hecho a través de la coherencia interna del relato, que además resulta lógico, a fin de evitar se apoye en datos subjetivos.

Exigencia que, sin embargo, habrá de ponderarse adecuadamente en este tipo de delitos sexuales y su conocida clandestinidad, puesto que, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante

Por ello, el testimonio de la víctima y su verosimilitud ha de analizarse desde una óptica interna y otra externa, en lo que refiere a la coherencia del relato.

a) Coherencia interna.

Desde la óptica de interna debe determinarse si estamos ante un testimonio coherente, firme, persistente, sin contradicciones, sin lagunas y sincero.

La persistencia en la incriminación y contradicción o retractación en el relato serán entonces dos aspectos que considerar en este punto.⁸⁸

La práctica asume que una declaración ordenada y sin contradicciones, posee un alto valor probatorio, esto es que, si lo testificado es cierto, la declaración deberá ser constante y firme en sus distintas producciones; en cambio, si lo dicho no responde a la realidad, se concluye que, si no hay un recuerdo en el que se apoye sucesivas declaraciones, de modo que el testigo acaba cayendo en inexactitudes respecto a otras declaraciones, se concluye que lo indicado es falso.

Todo ello viene a ser relativo y no determinante, ya que, según las máximas de experiencia de la psicología del testimonio, la perseverancia solo puede ser relativa, puesto que nadie puede recordar un suceso en todos sus detalles durante un largo periodo de tiempo, por lo que en consecuencia se pueden producir lógicos olvidos, como ya se indicó en líneas arriba. Al contrario, se concluye que una declaración que tiene esta situación puede ser mayor indicativo de veracidad del testimonio, ya que, si una declaración se reproduce exactamente igual en el tiempo, será un indicador de que el testigo ha estudiado o aprendido dicha declaración, lo cual no será necesariamente una señal de falsedad de esta, pero si de un interés por parte del mismo, eso en caso de un testigo ajeno a lo que pueda ser la misma víctima. (Sánchez, 2012, p.165)

Aporte de la perspectiva de Género. Al respecto, como máxima de experiencia para los casos de violencia sexual, se debe recordar lo señalado por la Corte con relación a que las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se

⁸⁸ Sobre ello, ya se tiene desarrollado en el punto 7.2. del marco teórico y contextual. Valoración del Testimonio de la víctima, en el presente trabajo.

refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos.⁸⁹

En ese sentido, y con relación a la retractación, al margen de los componentes jurisprudenciales ya citados, la Corte IDH aporta criterios que deben necesariamente considerados:

“(…) una negación de la ocurrencia de una agresión sexual denunciada no necesariamente desacredita las declaraciones donde se indicó que había sucedido, sino que debe ser analizada tomando en cuenta las circunstancias propias del caso y de la víctima. Adicionalmente, la calificación jurídica de los hechos que utilice la presunta víctima en sus declaraciones tiene que ser valorada tomando en cuenta el significado comúnmente dado a las palabras utilizadas, el cual no necesariamente corresponde a su definición jurídica. Lo relevante es evaluar si los hechos descritos, y no la calificación jurídica dada a los mismos, fueron consistentes”⁹⁰

Conviene al mismo tiempo, considerar algunas recomendaciones que la Comisión Interamericana de Derecho Humanos en su informe No.63 sobre el acceso a la justicia para mujeres víctima de violencia sexual en Mesoamérica:

Los operadores de justicia muchas veces no están conscientes sobre la necesidad de no reiterar las preguntas; del efecto que tiene el trato amable, considerado y respetuoso que debe imperar en el interrogatorio; de lo importante que es crear un ambiente de confianza; del deber de explicar e informar sobre las actuaciones; de la diferencia que puede lograr el crear empatía con la situación de la víctima; y de lo que significa evitar la culpabilización o lo significativo que es escuchar lo que la víctima quiere contar. Olvidan que el apoyo a una víctima de violencia sexual es fundamental desde el inicio de la investigación para brindar seguridad y un marco adecuado para referirse a los hechos sufridos y facilitar su participación de la mejor manera y con el mayor de los cuidados en las diligencias de investigación. Por el contrario, la CIDH observa con preocupación que en la etapa preparatoria la

⁸⁹ Caso J. Vs. Perú, supra, párr. 325. En sentido similar, véase Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, supra, párr. 105, y Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, supra, párr. 91

⁹⁰ Caso J. vs. Perú, párr. 324).

mayoría de los operadores/as de justicia se basa en preguntas revictimizantes y que, además, violentan la vida íntima y privada de las mujeres. En muchos casos, se dirigen a indagar su comportamiento sexual y social; lo cual es innecesario, irracional e incoherente con los términos del delito que se investiga. Estas preguntas buscan diferir la responsabilidad del agresor sobre la vía de un comportamiento provocador de la víctima. Así, por ejemplo, después de hacer preguntas sobre las circunstancias de modo, tiempo, y lugar, siguen otras como: “¿Y Usted gritó?”, “¿Se encontraba sola?”, “¿Por qué no intentó detenerlo?”, y otras tendientes a acreditar la conducta moral de la persona. (CIDH, 2011, pp.73-74, párr.266)

De allí que se justifique precisamente considerar este aspecto al momento de considerar las posibles contradicciones que se invoque, siendo en todo caso coherente señalar que lo esencial de la declaración de la víctima, es muy difícil de olvidarse con facilidad.

b) Coherencia externa.

Desde la óptica externa debe corroborarse si el testimonio de la víctima coincide con datos objetivos que obran en la causa.

De esta forma, se podría indicar que la declaración de la víctima puede ya ser contrastada con otros medios de prueba en lo que respecta la acreditación del contenido del relato, aspecto que no debe confundirse con la valoración conjunta de la prueba. En palabras de Ramírez Ortiz desglosando a Perfecto Andrés Ibáñez:

a) El objeto de la corroboración es un enunciado fáctico emitido por el testigo sobre el hecho principal. No, por tanto, directamente enunciados sobre el hecho principal, ni tampoco enunciados sobre hechos secundarios. b) La fuente de la corroboración ha de ser ajena al testigo. El dato corroborador debe provenir, por tanto, de otro lugar. c) El contenido informativo del dato corroborador no versa directamente sobre el hecho principal, sino sobre alguna circunstancia que guarda relación con él, y cuya constatación reforzaría la veracidad de lo declarado por el testigo. (Ramírez, 2020a, p.219)

Para ello debemos contar con información independiente a la declaración y que permitiría *contextualizar* los hechos que se narran.

c) Contextualización del hecho.

La información sobre el contexto, esto es, las circunstancias o condiciones en que tuvieron lugar los hechos será entonces una pieza clave para la atribución de valor probatorio a un testimonio. Y, por ello, cobra suma relevancia la identificación de elementos de juicio independientes a la declaración misma que sirvan para confirmar su contenido. Aquí nuevamente entran en juego las primeras intervenciones que se hacen en la memoria de un testigo, pues en la medida de las posibilidades deberían servir para que el testigo brinde más información sobre el contexto que pudiera corroborar su testimonio. Evidentemente no solo el testigo podría aportar esa información, una buena investigación del delito seguramente podría abonar mucho en esa contextualización. Paradójicamente la búsqueda exitosa de esa información podría generar que el interés en la corroboración de un testimonio disminuyera porque aquella termina siendo suficiente para probar los hechos con independencia a aquel; este resultado, no obstante, es mucho mejor que la práctica actual consistente en disminuir los esfuerzos de la investigación cuando ya se tiene a un testigo o más. (Vazquez y Fernandez,2022, p.318)

La forma de analizar los hechos en este tipo de casos, dadas las dificultades probatorias que se presentan, plantean la necesidad de que, tanto en la investigación como en la fase de juicio, se conozca las circunstancias o antecedentes que puedan ser circundante al hecho principal denunciado, de modo que permita un mejor abordaje de la investigación como también de la actividad probatoria, lo que incide mucho en la labor valorativa que realiza el o la juez. En consecuencia, el no limitarse al hecho denunciado y procurar establecer antecedentes previos no necesariamente relacionado al hecho, permitirá una mejor comprensión del fenómeno de la violencia que se procura abordar y a partir de allí, sea el fiscal, en el caso de la fase de investigación, o el juez o Tribunal en la fase de juicio, se permitirá el abordaje de una manera clara respecto al problema, y más aun cuando se pretende un análisis que considere aspectos transversales a los que

comúnmente se tienen en el razonamiento judicial de la prueba en el proceso penal, y que nos dirige al llamado enfoque de derecho humanos con los componentes y enfoques respectivos, siendo el que más trascendencia ha tenido, el llamado enfoque o perspectiva de género.

Refiere Equis (2017) que un **análisis tradicional** de los hechos permite conocer **aspectos generales** del conflicto, como:

- Conductas o comportamientos que originan el conflicto y si son ocasionales o reiterados/sistemáticos.
 - Las condiciones de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los hechos, los cuales pueden variar dependiendo si se trata de un hecho ocasional o reiterado.
 - La existencia de situaciones de violencia en cualquiera de sus modalidades. Dato que aporta información para dictar medidas precautorias/ protectoras.
- (p.20)

Esa necesidad de contextualizar debe necesariamente darse desde el primer momento de la investigación, ya que ello permite una mejor comprensión del fenómeno de la violencia, y a partir de allí, establece el “contexto de prueba de la misma”, la cual será base para el desarrollo de la actividad probatoria en juicio.

Continuando con Equis (2017), se indica que la información que se obtiene con base en estos parámetros es relevante para el análisis del conflicto; sin embargo, resulta insuficiente para estudiar el mismo desde un enfoque de género. Esto sucede porque el impacto de género –los tratos fundados en estereotipos de género, la existencia de relaciones asimétricas de poder, el estado de vulnerabilidad en que se encuentra alguien y la desigualdad entre las partes por motivos de género– sólo se puede identificar al hacer un análisis más específico de los hechos, uno al que esta Metodología denomina: **análisis contextual de los hechos**.

Pero ¿cómo es un análisis contextual de los hechos? y ¿por qué es importante para asegurar que se está incorporando la perspectiva de género en un caso? El análisis contextual tiene presente la forma en que el género se crea y reproduce

socialmente. Por lo tanto, no sólo valora de forma aislada el acontecimiento inmediato o sistemático que las partes “creen” que fue el motivo del conflicto, sino que recupera la historia de vida de las partes, toma en cuenta sus características de identidad, el **contexto general** en que se encuentran y su **contexto particular**.

Contexto general

- Identifica una o varias problemáticas sociales -macro- en las que se inserta el conflicto (énfasis en discriminación por género).
- Analiza el conflicto conforme a las condiciones espacio-temporales en que tuvo/tiene lugar (recopilación de datos estadísticos o descriptivos de la problemática).

Contexto particular

- Identifica características de identidad: sexo, género y/o expresión de género, orientación y/o preferencia sexual, edad, identidad cultural específica, nacionalidad, lengua/idioma, estado civil, religión.
 - Revisa condiciones de contexto particulares: condición económica y patrimonial, nivel de educación formal, condición laboral, principales actividades, personas que dependen de su ingreso económico o cuidado personal, condición de salud, condición de discapacidad, existencia de redes de apoyo.
- (pp.20-21)

La revisión del contexto permite que la autoridad conozca cómo influyó la condición de género y otras condiciones o categorías –interseccionalidad– de las partes (una o ambas) en la situación en que se encuentran y, por lo tanto, también en el conflicto. Del mismo modo, permite identificar si se trata de un problema aislado o de una problemática generalizada y estructural, pues de ello depende el tipo de medidas que deben adoptarse para la solución y reparación de los derechos. Además, también posibilita que la autoridad interprete los hechos de forma distinta, poniendo atención en la condición de género (lo que en un análisis tradicional estaría invisibilizado), sin que ello implique descartar todos los demás elementos relevantes

del caso, y más bien, vinculando éstos con aquella condición, reinterpretando así las dimensiones y el significado del conflicto. (Equis, 2017, p.21)

A partir del análisis tradicional y contextual de los hechos es posible observar si un conflicto tiene o no impacto de género en su elemento fáctico, lo cual se constata en un ejercicio de revisión más profundo que tenga los siguientes objetivos:

- a.** Visibilizar la relación que hay entre el género y el contexto particular de las partes.
- b.** Identificar si es necesario revisar otros hechos o datos para tener certeza sobre la existencia de un impacto de género en el caso.
- c.** Evaluar si el conflicto se inserta en una problemática general de violencia de género.
- d.** Advertir cómo interactúa la condición de género de las partes con otras condiciones de identidad y el contexto.

Con la información obtenida es posible reconocer la existencia de condiciones de vulnerabilidad y de relaciones asimétricas de poder en razón del género, que estén colocando en desigualdad a las partes y que sean causa de discriminación. (Equis,2017,p.22)

Cabe recordar que la necesidad de contextualización en los hechos relacionados con vulneración de Derechos Humanos, como ocurre en las agresiones sexuales, tiene relevancia en razón a la interpretación que la Corte y la Comisión IDH han realizado de la obligación del deber de respetar y garantizar los derechos protegidos por el artículo 1.1, CADH, y del derecho de acceso a la justicia que se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 8 y 25, CADH, las investigaciones de violaciones a los derechos humanos deben realizarse por todos los medios legales disponibles, estar dirigidas a procurar la verdad y ser efectivas⁹¹. Esto implica que deben ser conducidas tomando en cuenta su complejidad, su contexto, los patrones sistemáticos que permitieron su comisión y la estructura en la cual se ubican las personas involucradas. Este deber compromete a toda institución estatal, tanto a

⁹¹ Corte IDH, *Velázquez Paíz vs. Guatemala*, párr. 145; *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 378 y *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 241.

las judiciales como a las encargadas de la investigación previa, cuya obligación es velar porque el Estado ejerza su facultad acusatoria y lleve adelante el proceso judicial en forma adecuada⁹². (Di Corleto y María Pique, 2017, p.416)

Esos aspectos forman parte de lo que la Corte IDH ha denominado como la obligación de la “debida diligencia reforzada” en la investigación de hechos de violencia sexual contra mujeres y NNA, y que implica:

“En una investigación penal por violencia sexual, la Corte ha establecido que es necesario que, entre otros: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso. Asimismo, en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género.”⁹³

A ello hay que añadir otro aspecto que es muy necesario resaltar, como refiere también Di Corleto y María Pique (2017) y es que la obligación de investigar con la

⁹² Corte IDH, *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, párr. 135 y 143; y sus citas. Véase también Comisión IDH, *Derecho a la Verdad en las Américas* (Informe temático), OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2, 13 de agosto de 2014, párr. 78 y sus citas.

⁹³ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, párr. 455. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú, párr. 242 y 252, entre otros.

debida diligencia que establece la Corte IDH, es de medio (o “comportamiento”) y no de resultado, por lo que no se viola meramente ante la inexistencia de un resultado satisfactorio, siempre y cuando la investigación, en su conjunto, haya sido cumplida diligentemente para evitar la impunidad⁹⁴.(p.416)

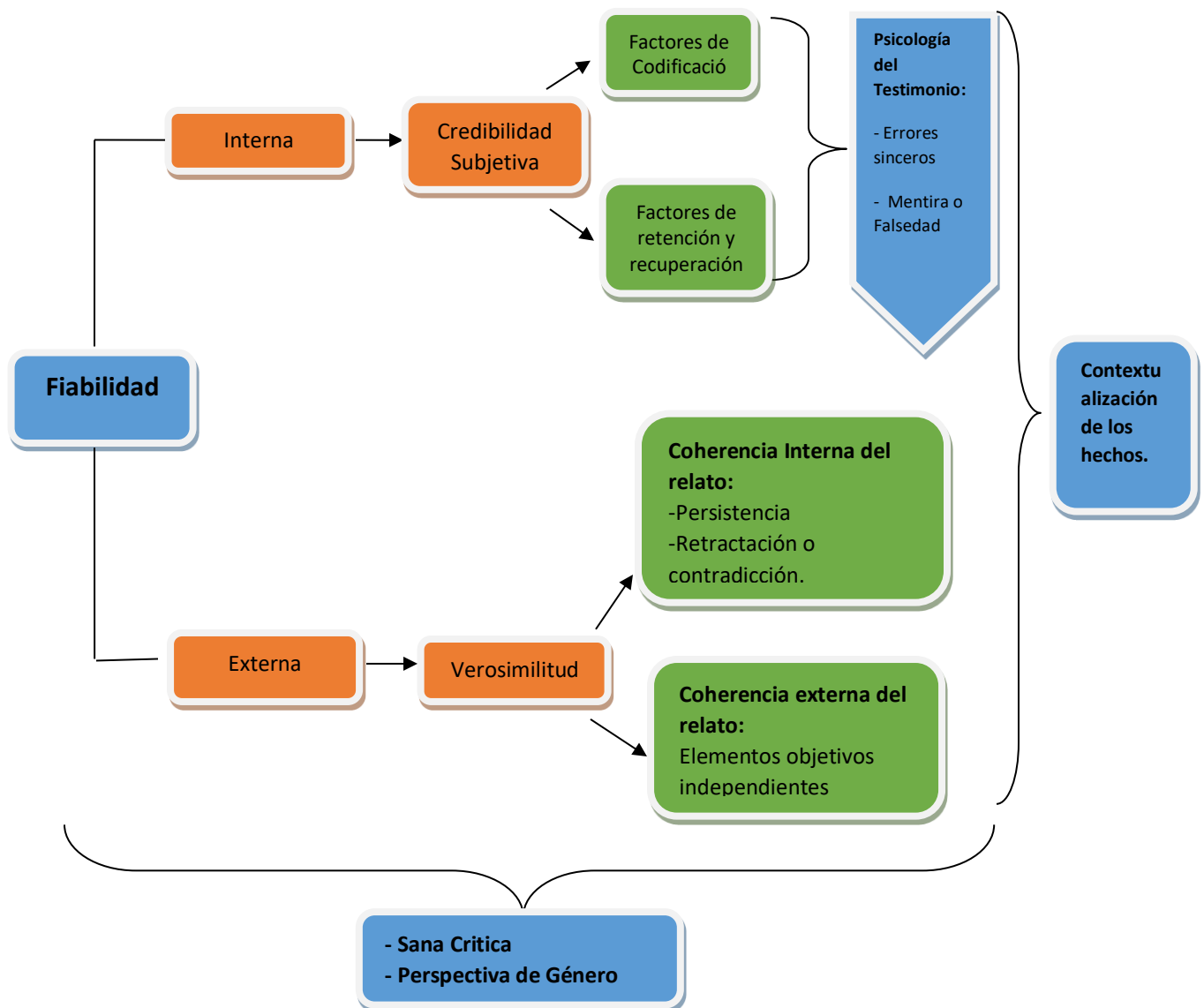
En el caso *Campo Algodonero vs. México*, la Corte IDH se refirió específicamente a este deber de investigar con debida diligencia cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. En estos casos, las obligaciones generales derivadas de la CADH se complementan y refuerzan con las derivadas de la Convención de Belém do Pará, particularmente de los artículos 7.b y 7.c, que obligan a utilizar la debida diligencia en la prevención, sanción y erradicación del fenómeno. En otras palabras, el deber de investigar con debida diligencia tiene “alcances adicionales” cuando se trata de violencia contra las mujeres pues de lo contrario se propiciaría un ambiente de tolerancia y aceptación y, en última instancia, de impunidad⁹⁵. (Di Corleto y María Pique, 2017, p.417)

En ese sentido, es que la contextualización aplicada y entendida de esta forma, permitirá a la vez una mejor y adecuado uso de la perspectiva de género en el análisis individual y conjunto de la declaración, aunque claro está, es importante y esencial desde el primer momento del proceso, específicamente desde la investigación realizada por el Ministerio Público y demás actores, de donde se tiene que si la misma no es realizada diligentemente en esa etapa, se corre el riesgo de una contextualización en fase de juicio de muy baja calidad epistémica, que dificulta mejor la apreciación de los mismos, de allí su importancia.

5.1.2. Graficación de los criterios propuestos

⁹⁴ Caso Angulo Losada Vs. Bolivia, párr.93; Caso *García Ibarra vs. Ecuador*, párr. 136, entre otros.

⁹⁵ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, párrs.293, 388 y 400



5.3. Valoración conjunta del testimonio de la víctima.

La valoración conjunta de la prueba tiene como objeto las hipótesis que se plantean a partir de los hechos o proposiciones de las partes, consistiendo su actividad en establecer el grado de corroboración de estas, a la luz de las pruebas presentadas, las cuales han sido valoradas previamente de forma individual. Como refiere Gonzales (2022): la valoración conjunta consiste en (a) la construcción de un

razonamiento, argumento o inferencia —al que llamaremos *inferencia probatoria*— que, partiendo del conjunto de los datos probatorios o elementos de juicio, trata de establecer la hipótesis acerca de cómo ocurrieron los hechos que se enjuician, y (b) en la determinación del grado de “solidez” o corrección de esta inferencia.

Ahora bien, siendo ese el ámbito de la valoración racional de la prueba, conviene establecer en el marco de la propuesta planteada, que en lo que respectiva a la prueba testifical de la víctima, ese tipo de análisis no puede faltar; esto es, el primero que es el relativo a la credibilidad o fiabilidad, que se dirige a saber si lo declarado por él es realmente lo que conoce, que no haya tenido errores de percepción o de memoria y que no tenga ánimo ganancial, como ya se hubo planteada previamente, y el segundo el cual está enfocado en calibrar la calidad informativa de los datos transmitidos, es decir, su adherencia a la realidad empírica, tal cual lo refiere (Araya, 2020a, p.59)

En este segundo momento, es quizás donde se debe incidir centralmente al momento de establecer una decisión sobre los hechos atribuidos en la acusación fiscal o particular, partiendo del papel que testigo único cualificado que tiene la víctima y en virtud de la cual se ha indicado que su declaración es suficiente para enervar la presunción de inocencia, aspecto tratado ampliamente en la presente investigación y en el cual se ha indicado que dicha situación debe matizarse, dado que el análisis de la misma no puede estar al margen de todo el conjunto de elementos de pruebas que se hubieran recolectado;

Para ello, tal cual se tiene establecido, debemos contar con información independiente a la declaración y que permitiría *contextualizar* los hechos que se narran. La información sobre el contexto, esto es, las circunstancias o condiciones en que tuvieron lugar los hechos será entonces una pieza clave para la atribución de valor probatorio a un testimonio. Y, por ello, cobra suma relevancia la identificación de elementos de juicio independientes a la declaración misma que sirvan para confirmar su contenido. (Carmen Vazquez y Mercedes Fernandez, 2022, pp.317-318)

En mérito a ello, es necesario considerar la necesidad de Corroboración del contenido de la información dada en el testimonio de la víctima de ese modo se atiende a los aspectos propios de la fiabilidad externa del testimonio antes indicado, tomando en cuenta los datos objetivos verificables que le prestan apoyo. Corrobora es, en este sentido, reforzar el valor probatorio de la afirmación de un testigo relativa al hecho principal de la causa, mediante la aportación de datos de una fuente distinta, referidos no directamente al hecho principal, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por el testigo.

En ese sentido, José Luis Ramírez, establece las principales características que tiene la corroboración externa:

- a) El objeto de la corroboración es un enunciado fáctico emitido por el testigo sobre el hecho principal. No, por tanto, directamente enunciados sobre el hecho principal, ni tampoco enunciados sobre hechos secundarios.
- b) La fuente de la corroboración ha de ser ajena al testigo. El dato corroborador debe provenir, por tanto, de otro lugar.
- c) El contenido informativo del dato corroborador no versa directamente sobre el hecho principal, sino sobre alguna circunstancia que guarda relación con él, y cuya constatación reforzaría la veracidad de lo declarado por el testigo. (Vázquez, 2021, p.10)

Con respecto a la corroboración en relación con la valoración conjunta, refiere Andrés Ibáñez, citado por Araya (2020a): Un dato corrobora si versando sobre hechos distintos al principal pero relacionados con él, al ser cruzado con la información inicial relativa al mismo, produce el efecto de conectar también, aunque indirectamente— al imputado con la acción delictiva que se le atribuye. (p.57)

5.3.1. La inferencia probatoria.

Comprender en qué consiste la valoración conjunta de la prueba es conocer la estructura de la inferencia probatoria y sus criterios de corrección. Esto conecta la

teoría de la prueba con la argumentación jurídica, a través de la cual se desarrolla la propuesta en este segundo punto.

Un argumento, razonamiento o inferencia es un conjunto de enunciados —a los que se les suele llamar *premisas*— que expresan razones en apoyo de una determinada pretensión —a la que se le suele llamar *conclusión*—. En el caso de los argumentos probatorios, las premisas son los elementos de juicio que tomamos como pruebas y la conclusión, la hipótesis fáctica que tratamos de justificar. (Gonzales, 2022, p.357)

Una inferencia no es una simple opinión que el juez realiza sin ningún tipo de razones que la sustenten, al contrario, es una herramienta de justificación de las hipótesis fácticas, es decir, aporta razones a las mismas. Y en ese sentido, existe una diferencia necesaria que se debe comprender: una cosa es explicar y otra muy distinta justificar. Explicar responde a la pregunta ¿Por qué?, consiste en indicar las circunstancias, causas, motivos, etc., que permiten responder a la pregunta acerca de por qué se ha tomado la decisión x. Justificar, es contestar a la pregunta ¿es correcto x? A la hora de determinar si una decisión está justificada no nos interesa cuáles fueron las razones que, de hecho, causaron la decisión de un sujeto,⁵ sino si estas eran las correctas —o si, en abstracto, hay razones correctas para adoptar esa decisión—. Las razones que explican una decisión pueden no coincidir con las razones que la justifican —aunque también pueden coincidir, y podría pensarse que eso es lo deseable—. Que el contenido de la misma sea correcto o no es independiente de cuáles fueron los motivos que, de hecho, hicieron que el sujeto tomara una u otra decisión o que opinara una u otra cosa. (Gonzales, 2022, p.361)

Aquí también entra en juego lo que se ya se hubo señalado en relación con la Justificación Interna y Externa de decisión.

La inferencia probatoria consiste entonces en correlacionar dos tipos de hechos —o enunciados sobre hechos—: los hechos que queremos probar y los hechos que usamos para probarlos —los elementos de juicio—. Por tanto, este argumento se compone de un conjunto de premisas —los elementos de juicio o pruebas—, una

conclusión —la hipótesis sobre los hechos que queremos probar— y una conexión o enlace entre las premisas y la hipótesis:

Enlace

Pruebas ————— Hipótesis

Aunque todas las inferencias probatorias tienen la misma estructura, podemos distinguir tres tipos de inferencias probatorias dependiendo de su enlace: **empírico, normativo o conceptual**.

a) En el primer caso, el enlace es una generalización empírica que correlaciona hechos como los descritos en las premisas con hechos como los descritos en la conclusión a partir de la observación de una asociación pasada entre ambos tipos de hechos (podemos incluir en estas generalizaciones al conocimiento científico y llamarlas “máximas de la experiencia”, aunque a veces el término se refiere solamente a las generalizaciones empíricas que se pretenden de sentido común y aceptación general). En estos casos, podemos hablar de inferencias probatorias empíricas (en algunos contextos podría ser adecuado limitar el nombre de “prueba” a estos supuestos).

Por ejemplo:

1. El acusado fue detenido en las cercanías de la vivienda donde se cometió el robo, poco después del momento del mismo, llevando los objetos sustraídos en dicha vivienda y portando una palanca metálica (elementos de juicio).
2. Si alguien es sorprendido en el sitio del suceso o sus cercanías, en un tiempo inmediato al hecho, portando especies o efectos del delito y/o elementos necesarios para cometerlo, probablemente es el autor del delito (máxima de experiencia).
3. El acusado es el autor del delito (hechos probados).

b) En el segundo caso, el enlace es una norma (normalmente de origen legislativo o jurisprudencial) que establece que si se dan hechos como los descritos en las premisas (el hecho base), se debe dar por probada determinada hipótesis (el hecho

consecuencia); podemos llamar a estas normas “normas de presunción” o normas de valoración tasada de la prueba y a estas inferencias, inferencias probatorias normativas.

Por ejemplo:

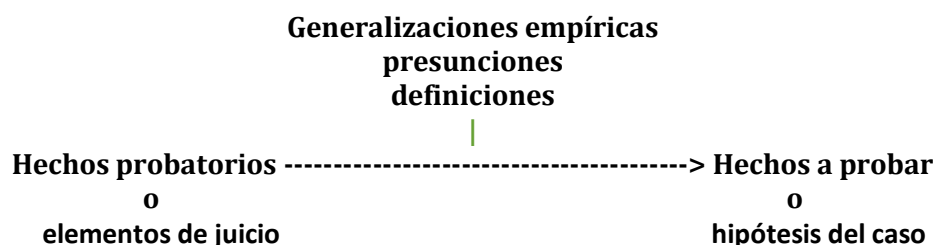
1. Los sujetos x e y (padre e hijo) fallecieron en el mismo accidente automovilístico y no consta quién falleció primero (elementos de juicio).
2. “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas haya muerto primero (...), a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo” (presunción legal establecida en el artículo 33 Código Civil español).
3. x e y fallecieron al mismo tiempo (hecho probado).

c) En el tercer caso, la conexión viene establecida por una definición o regla conceptual, que establece que los hechos del tipo de los descritos en la hipótesis “cuentan cómo” (esto es, son subsumibles en) una cierta categoría de hechos (una acción, una intención, una relación causal, etc.). En estos casos, la función de enlace la realiza una definición, teoría o regla conceptual. Estas definiciones establecen que los hechos del tipo de los descritos en las premisas de la inferencia *cuentan cómo* —esto es, son subsumibles en— una cierta categoría de hechos —una acción, una intención, una relación causal, etcétera—. Lo que está en juego no es tanto la ocurrencia o no de un determinado hecho, sino su “interpretación”, es decir, su clasificación dentro de una u otra categoría genérica de hechos.

Por ejemplo:

1. Todo aquél que contrajo el síndrome tóxico había consumido aceite de colza, pero no todos los que consumieron aceite de colza contrajeron el síndrome tóxico, esto es, el aceite de colza era condición necesaria, pero no suficiente, del síndrome tóxico (elementos de juicio).
2. Cuando un hecho es condición necesaria (aunque no sea necesaria y suficiente) de otro, el primero es causa del segundo (definición).

- 3.** El aceite de colza causó el síndrome tóxico (hecho probado). En todo caso, las inferencias probatorias empíricas son lógicamente prioritarias: no es posible realizar uno de los otros tipos de inferencias sin probar que se ha dado el hecho base de la presunción o de la definición (lo que habrá de hacerse recurriendo a una generalización empírica). En lo que sigue, dejaré de lado las inferencias probatorias basadas en definiciones, que plantean problemas distintos de los que pretendo tratar aquí.



En ese sentido, se centra un poco más la atención en los que es el razonamiento inferencial empírico, ya que es sobre ello que se construye o se estructura lo que conocemos como valoración racional de la prueba, y a través del cual en el procesos penal se busca conocer la verdad acerca de los hechos, pero ello matizado en que no es una verdad absoluta como tal, sino limitada en cierto modo al grado de corrección o solidez de la inferencia probatoria empírica, esto es, el grado en el que las pruebas avalan o corroboran la hipótesis, según refiere Gonzales (2022, p.64)

criterios de valoración, y es allí donde descansa los elementos de la propuesta que a continuación de exponente.

5.3.2. Esquema de inferencia probatoria en base a la propuesta de Toulmin.

Se considera que el esquema a describir, va más allá del simple silogismo jurídico que se aplica en relación a la relación Premisa mayor, menor y conclusión, ya que lo que se pretende es posibilitar un mejor análisis en relación a cada premisa expuesta, su significado y parámetros de aplicación, a fin de que se conduzca a dar una mejor comprensión a determinada proposición o planteamiento, que es en sí lo que se busca siempre al momento de emitir una decisión, es decir, el deber de motivar la misma.

La argumentación jurídica en el sentido que expone Toulmin es particularmente útil para articular proposiciones que interpreten normas jurídicas y a la vez las normas e instrumentos de derechos humanos, que hoy en día en los que respectiva la valoración de la prueba con perspectiva de género en los hechos de violencia hacia la mujer, en cualquier de sus formas, se constituyen en principios o mandatos de optimización del razonamiento judicial, y por ende, su correcta comprensión y aplicación es una garantía de acceso a la justicia.

En tal sentido, se propone este esquema, sobre la base de la teoría de la argumentación desarrollada por Toulmin, como el medio que permita abordar adecuadamente las situaciones antes descritas al momento de razonar sobre los hechos y las pruebas presentadas, en especial con relación al testimonio de la víctima en su corroboración con los demás elementos de prueba que se tengan aportados.

Siguiendo los aportes recogidos por Mejía (2021, pp.157-158), Toulmin afirma que la lógica es como la jurisprudencia generalizada, en la cual una persona establece sus pretensiones y las justifica; de este modo, para él un argumento se compone de los siguientes elementos básicos: pretensión, razones, garantía y respaldo:

- **Pretensión (*claim* (C))**: es lo que quiere conseguir la persona. Incluso se puede identificar con el concepto típico de la práctica procesal. La pretensión es, “un

querer, una voluntad, una intención exteriorizada para someter un interés ajeno al interés propio". Este elemento del argumento responde a la pregunta ¿qué se quiere o se desea demostrar? Viene a ser la hipótesis del caso que plantea el Ministerio Público o la víctima, así como también el mismo acusado. En el primer caso de conocer como hipótesis principal o subyacente, en el segundo como hipótesis alternativa, y es sobre ello que el juez debe concluir sobre lo que se denomina hecho probado.

- **Razones (*Grounds (G)*):** son hechos específicos o motivos relevantes y suficientes que justifican la pretensión. Las razones responden al cuestionamiento ¿por qué motivos se cree que está justificado lo que se pretende? Puede haber varias razones para acreditar una misma pretensión.

- **Garantía (*Warrant (W)*):** son elementos que apoyan cada una de las razones y demuestran la conexión entre ésta y la pretensión. En otras palabras, acreditan el porqué y el cómo de cada razón. Pueden ser reglas de experiencia, normas o principios jurídicos, leyes de la naturaleza, etc., se expresan por lo general a través de enunciados hipotéticos. Las garantías son, por así decirlo, las proposiciones que *explican, interpretan y clarifican* cada elemento de la razón, no a partir del hecho que viene en la razón sino desde su regulación normativa.

Es en este punto, donde se desenvuelve el razonamiento inferencial probatorio, empírico.

- **Respaldo o soporte (*Backing (B)*):** son elementos de prueba que sustentan, a su vez, la garantía, y sólo se hacen evidentes cuando ésta se pone o puede ponerse en cuestión.

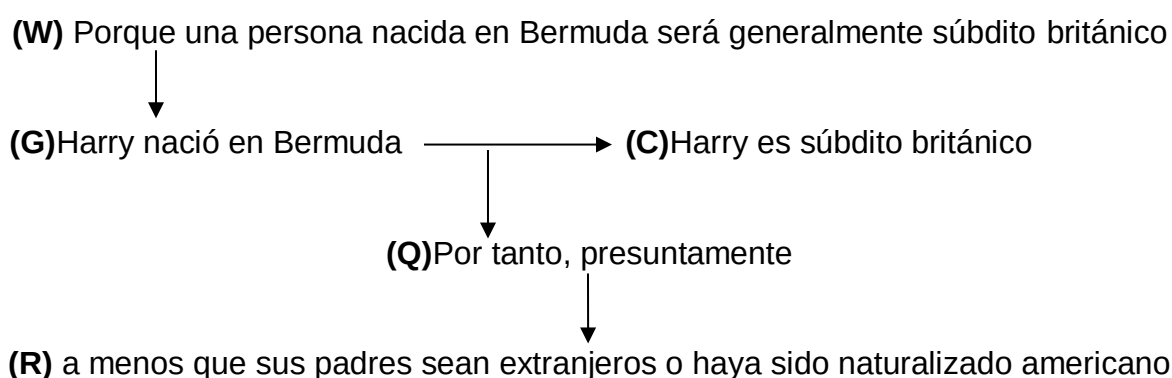
- **Cualificadores modales (*Qualifiers (Q)*):** Para estructurar el argumento se une la pretensión y la razón a través de la garantía, asignando para ello un *cualificador modal* (conector: presumiblemente, posiblemente, etc.) que, de alguna manera, revela el grado de fuerza o certeza que tiene el argumento.

- **Condiciones de refutación (*Rebuttals (R)*):** En el desarrollo argumentativo que señala Toulmin se advierten dos cosas: primera, existen datos, información o

pruebas que objetan el contenido del argumento, a esto lo denomina *reserva o condiciones de refutación*, y sirven para verificar la falsabilidad de las afirmaciones; segunda, que las razones constituyen, a su vez, pretensiones para un nuevo argumento.

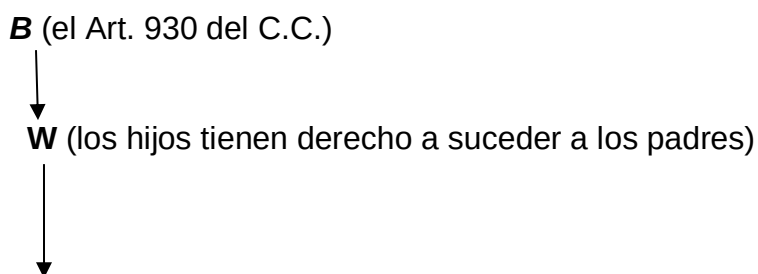
De acuerdo con Toulmin, pretensión, razones, garantía y respaldo son elementos que deben estar presentes en toda argumentación o razonamiento, sea del tipo que sea, jurídico, científico, de la vida cotidiana, etc.

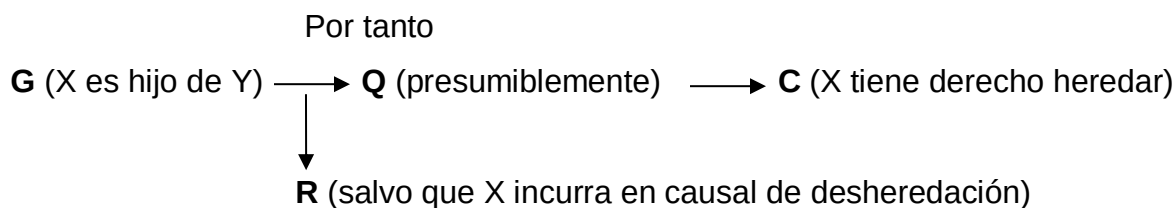
Un ejemplo:



Este esquema puede ser trasladado con facilidad al razonamiento judicial en materia de hechos. Los hechos probatorios constituirían las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión; y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía.

Por su parte, Atienza, brinda un ejemplo de carácter jurídico que grafica los elementos del modelo argumentativo referido, desde el ámbito normativo español:





5.3.3. Ejemplificación del Esquema inferencial probatorio propuesto para la valoración del testimonio de la víctima.

El siguiente ejemplo, pretende poner en contexto cómo el esquema antes descrito, puede constituirse en una herramienta adecuada y muy pertinente a fin de que los jueces cumplan con la obligación de motivar sus decisiones adecuadamente en este tipo de casos. En ese sentido, se utilizará un caso resuelto por el Tribunal de Sentencia en lo Penal No. 2 de la ciudad de Cobija, distrito judicial de Pando, relativo a un hecho de Abuso Sexual con agravante y que fue una de las sentencias Ganadoras del Concurso de Sentencia con Perspectiva de Género.

Se toma en consideración cómo el Tribunal en cuestión llega a establecer un hecho probado, y cuáles serían los criterios que se utilizaron para respaldar dicha afirmación, aspectos que se identificarán en el marco del esquema propuesto.

La hipótesis del acusador.

En fecha 30 de octubre de 2015 a horas 18:40 la madre de la menor víctima en el presente caso, se demora en recoger a su hija de la Unidad Educativa en Villa Cruz, observando de manera extraña que la mismas al llegar a casa se va inmediatamente a su cama y se tapa con una colcha, y al día siguiente no quería ir a la escuela, pensando los padres de que existiría algún conflicto con alguna compañera, pero les llega a contar que un señor mayor que vende a las afueras del colegio, le había abusado sexualmente habiéndola lastimado mucho, señalando en su entrevista psicológica que cuando estaba anocheciendo ella había ido a tomar agua al baño y en ese momento es que el acusado la habría jalado y tapado la boca, llevándola al baño de niñas para introducir su miembro viril, según la relata la menor.

En contrapartida, la **Hipótesis Alternativa** planteada por la defensa del acusado es:

Niega el hecho, indicando, entre otros aspectos, la existencia de contradicción en la declaración de la víctima, quien no asiste al juicio, y además señala que la denuncia tiene un interés al haberse realizado más de 10 días después de supuestamente haberse realizado el hecho.

En ese sentido, el Tribunal de Sentencia decide condenar al imputado por el delito acusado, sobre la base principal de la declaración de la víctima, corroborada por otros elementos de prueba, por sobre los elementos presentado por la defensa del acusado.

En ese sentido, se presenta el típico problema jurídico con relación al ¿porqué se le atribuye mayor credibilidad al testimonio de la víctima con relación al del imputado?

El tribunal de Sentencia establece que el acusado hubo agredido sexualmente a la víctima, en mérito a los siguientes hechos:

C1. El relato de la víctima, la cual reconoce al acusado ya que el mismo frecuentaba constantemente la unidad Educativa, ya que tiene su domicilio por esa misma calle, y además su esposa tiene un puesto de venta de comida en la esquina de la misma escuela.

C2. Refiere se encontraba bebiendo agua dentro de la Unidad Educativa Villa Cruz donde la misma estudiaba y se encontraba esperando a que su madre venga a recogerla, llevándola al interior del baño de dicha unidad educativa el cual se ubica a pocos metros de donde se encontraba inicialmente, llegando a realizar tocamientos en sus partes íntimas de las cuales se originaron lesiones en la base de himen de la víctima, ocasionando pequeños sangrados.

Ahora bien, ¿qué razones se han dado para dar mayor prevalencia del relato de la víctima sobre lo que alega el acusado?

El Tribunal de Sentencia hubo considerado los siguientes elementos:

G1. Acta de Reconocimiento de persona y declaración de la víctima en entrevistas previas.

G2. Acta de Inspección del lugar del hecho, en donde se hubo constatado los lugares y ambientes que la víctima describe en su declaración.

G3. El examen médico legal, así como la declaración del médico forense que realizó la misma, en el cual se indica que la víctima tendría contusiones o lesiones a nivel genital en la base de la membrana himenal, la cual se encuentra integra.

G4. La Declaración del médico forense, quien ratificó muchos de los aspectos establecidos en el informe médico forense, además de indicar que había una pequeña herida en la parte genital de la menor, que pudo ocasionar un pequeño sangrado. lo cual corrobora lo que la menor manifiesta en torno al sangrado, descartando que hubiera penetración.

En este sentido, corresponde establecer cuáles han sido las inferencias la inferencia probatoria que permite entrelazar estos elementos a fin de dar sustento a la decisión asumida.

La sentencia en cuestión, en su punto referido a la fundamentación analítica e intelectual, establece el siguiente razonamiento que se constituiría en una inferencia empírica.

W1. Estos precedentes permiten establecer el porqué de la mayor preponderancia a la declaración de la víctima, la cual si bien es cierto no ha sido tomada en audiencia, ello no puede sin embargo disminuir el contenido de lo que la misma ya hubo manifestado en forma legal ante las instancias establecidos por ley durante la fase preparatoria del proceso, lo cual también evita la revictimización de la misma, por lo que su declaración ante el tribunal no resulta obligatoria para narrar nuevamente los hechos que significaron una gran afectación psicológica y social, como se puede apreciar en los informes psicológicos, inspección judicial, declaraciones testificales que permiten sustentar y corroborar la versión de la menor en cuanto a los hechos, destruyendo así la presunción de inocencia del acusado. Si bien se establece por el principio de inmediación y de oralidad como garantías procesales en materia penal, la presencia de testigos en juicio para corroborar las

declaraciones en audiencia, en el presente caso pesa más el interés superior del menor como bien tutelado de mayor prevalencia constitucional.

Ahora bien, el razonamiento en cuestión debe contar sin embargo con un respaldo, y en ese sentido, la sentencia se sustenta en los siguientes:

B1. En este punto, se torna importante establecer a la luz de lo que establece los parámetros constitucionales que implican ponderar el Principio de Presunción de Inocencia que atañe al acusado, y la Presunción de Veracidad de la declaración de la menor de edad en el presente hecho. El art. 116.I de la Constitución Política del Estado, establece: “Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado”; por su parte, el art. 6 del CPP, determina: “Todo imputado será considerado inocente y tratado como tal en todo momento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada. No se podrá obligar al imputado a declarar en contra de sí mismo y su silencio no será utilizado en su perjuicio. La carga de la prueba corresponde a los acusadores y se prohíbe toda presunción de culpabilidad. En el caso del rebelde, se publicarán únicamente los datos indispensables para su aprehensión”.

B2. Dadas la circunstancias en las que este tipo de hechos suceden, en donde solo se tiene la versión de la niña y la del acusado, corresponde aplicar ciertos estándares internacionales que permiten establecer la necesidad de la revalorización del testimonio de las víctimas de agresión sexual, más aun tratándose de menores, cuyo testimonio goza de la presunción de verdad, que tiene como norte fundamental evitar su re victimización, reconocida en instrumentos internacionales como la Convención Sobre los Derechos del Niño, indicando además que son el grupo de personas más vulnerables, así lo ha entendido el A.S.129/2016-RRC de 17 de febrero emitido por la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia

B3. Por ello, tenemos precedentes internacionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 100, establece que la violencia sexual es una forma de agresión y que se

debe tomar la declaración de la víctima como una prueba fundamental, *“dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”*. Así mismo, el caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, referente a las imprecisiones en el relato de las víctimas, párrafo 91 establece que: *“La Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta en el presente caso que al momento de ocurridos los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña”*.

A todo ello, debe considerarse también la hipótesis alternativa que planteo el imputado, que en el esquema en cuestión actúa dentro de lo que se denomina **Condiciones de refutación (Rebuttals (R))**.

En ese sentido, el planteamiento del imputado fue de refutar la credibilidad del testimonio de la víctima en base a dos motivos: que existía contradicción en la declaración de la víctima, con relación a que manifestó que le introdujo su cosa, pero el médico forense refiere himen íntegro. Así también, porque la denuncia fue realizada 10 días después del supuesto hecho, indicando que fue por algún tipo de interés. Para ello presento pruebas en ese sentido. Señala a su vez que no se encontraba en dicha unidad educativa, sino que estaba trabajando en el cementerio de la ciudad a esa hora.

Sobre tales afirmaciones, el tribunal concluyó lo siguiente:

R.1 Si bien la menor indica que el acusado le habría “metido su cosa” como ella señala y que le habría “hecho doler y sangrar”, de lo relatado por el médico forense en audiencia ofrecido como testigo, Dr. Rodrigo Buitrón, el mismo establece que las

lesiones encontradas en la menor pudieron ocasionar un pequeño sangrado, lo cual corrobora lo que la menor manifiesta en torno al sangrado, descartando que hubiera penetración, sin embargo es entendible que en una menor de edad hubiera ocasionado dolor más aun en una zona sensible de su cuerpo, aspecto que la madre de la víctima incluso llega a indicar cuando señaló que vio pequeñas manchas de sangre en la ropa interior de la niña. De allí que no existe contradicción entre lo que se indica y lo que en ciertas partes de la declaración de la menor ante los psicólogos, ante la Defensoría de la Niñez como del Instituto de Investigaciones Forense del Ministerio Público, dado de que esos elemento de prueba deben considerarse como instrumentos de apoyo y no como base para establecer la credibilidad de la menor, más aún cuando los demás elementos de prueba son veraces, coherentes y consistentes en identificar al acusado como autor del hecho.

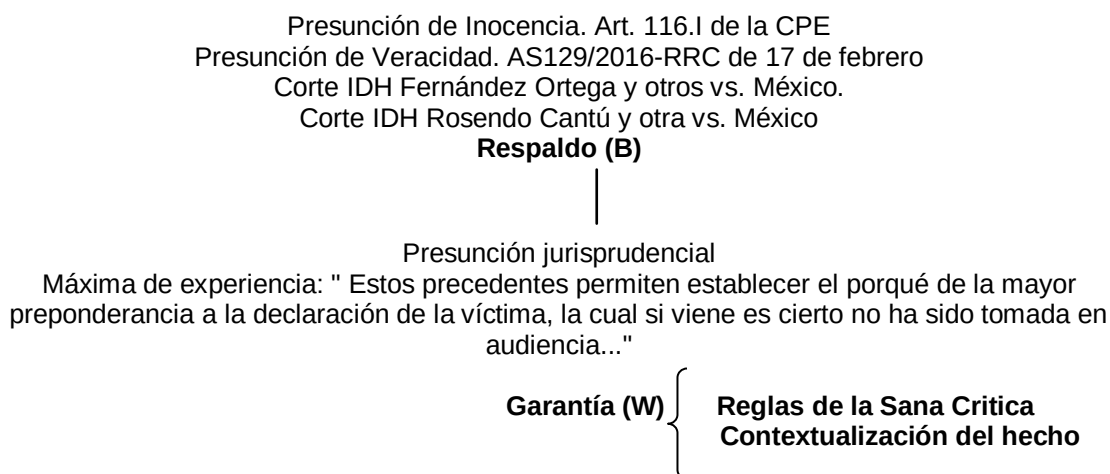
R2. Por ello es insuficiente pretender desacreditar la credibilidad del testimonio de la menor y de la madre, sobre la cual la defensa del acusado hubo planteado la posibilidad de que estos hechos se hubiera suscitado o denunciado por intereses ilícitos por parte de la madre de la menor, que pretende desacreditar la versión de la menor víctima por el hecho de haber esperado más de 10 días para realizar la denuncia, o de que sería una práctica común en la madre de la víctima este tipo de denuncias, como se sostuvo en parte de los debates en juicio, cuando en los hechos conforme al principio de verdad material, no se tiene ningún elemento que permita concluir ese extremo, aun teniendo el acusado el tiempo suficiente para presentar dichos elementos que consideraba pertinentes a su defensa, tomando en cuenta que ello no afecta el principio acusatorio, ya que se basa en el principio de “quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo”, establecido en el Auto Supremo 211/2013, de 22 de julio de 2013 emitido por la Sala Penal I del Tribunal Supremo de Justicia.

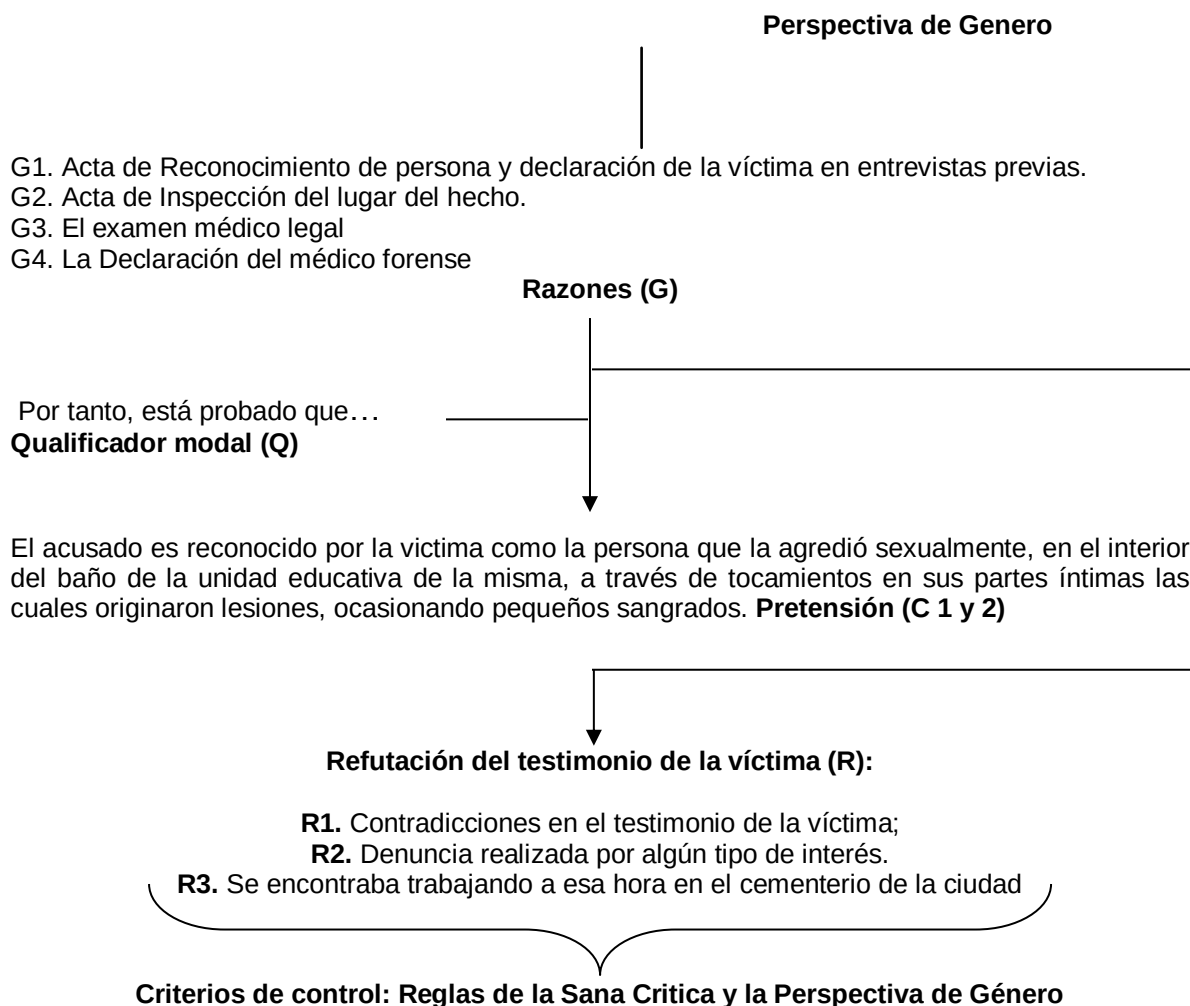
Exigir una reacción inmediata a las víctimas de violencia sexual como en el presente caso, y más aun de menores, no condice con la realidad de este tipo de hechos y es un estereotipo que debe ser erradicado de la administración de justicia, así lo

entiende Dictamen del caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas del Comité CEDAW. CEDAW/C/46/D/18/2008.

R3. La declaración testifical de descargo consistente en los testigos Orlando Aramayo Nossa y Carmen Hurtado Ramírez, están enfocada en cierta medida a establecer que el acusado en la hora y lugar donde se indica hubo sucedido el hecho, se encontraba realizando trabajos de limpieza en el cementerio de la ciudad, aspectos que si bien pueden coincidir en ambas declaraciones, ya que el señor Orlando sería quien hubo contratado al acusado para la limpieza, y la señora Carmen sería administradora del cementerio, de ambas declaraciones se tiene que no existe consistencia al momento de indicar que el acusado se hubiera encontrado en el cementerio a la hora de salida del colegio donde la menor estudiaba que generalmente es de 18:00 a 18:30 pm, ya que ambos son coincidentes en haber visto al acusado entre las 17:00 y 17:30 pm, y luego de las 19:30 pm, este último horario lo indica la testigo Carmen Hurtado, por ello es que existe un lapso de tiempo considerable entre un lugar y otro, más aún cuando entendemos que las distancias en la ciudad de Cobija, y más concretamente entre el Cementerio y la Unidad Educativa de Vila Cruz, no dista a más de 3 minutos en moto taxi, medio de transporte habitual en esta ciudad, de lo que se puede sostener que no existe motivo alguno para dudar de que el acusado hubo estado en ese lapso de tiempo en la Unidad Educativa y luego haber retornado al cementerio. De allí que exista inconsistencia en dichas declaraciones.

5.3.4. Graficación del esquema propuesta.





Lo realmente importante del esquema de Toulmin es que permite realizar un análisis de carácter inductivo de la decisión judicial. En la tradición jurídica europeo continental el derecho se aplica a partir del método deductivo, extrayendo de las normas generales consecuencias jurídicas, para el caso concreto, con base en lo probado en el proceso. La estructura argumentativa de Toulmin invita a invertir la fórmula: se inicia con el sentido de la decisión escrutando la racionalidad de los argumentos en los cuales descansa. Esta cadena analítica parte de las afirmaciones que subyacen y soportan el fallo. Otra de las bondades pragmáticas del modelo es que permite identificar fácilmente la *ratio decidendi*, de modo tal que el análisis se centra en los elementos realmente determinantes de la decisión.

(Mejía, 2021,p.160)

5.3.5. Tratamiento del testimonio prestado fuera de audiencia. Cámara Gesell y Pericia de Credibilidad del Testimonio.

Cabe aclarar que los aportes contenidos en la propuesta están dirigidos a aquella valoración del testimonio que puede ser prestado en audiencia oral, aspectos que esencialmente permite una posibilidad de asimilar de mejor forma los elementos descritos. Ahora bien, ocurre por ello la necesidad de hacer una breve referencia a lo que es el tratamiento del testimonio de la víctima prestado fuera de audiencia, es decir, aquel que se considera en juicio sin la presencia de la víctima, tal cual es el caso en el que generalmente se encuentra el testimonio de Infantes, Niñas, Niños y Adolescentes (INNA).

En este sentido, el detalle que puede diferenciarse en el modelo propuesto, se presenta cuando se tiene la declaración de la víctima prestadas previamente al juicio, ya sea en entrevista psicológica realiza en Cámara Gesell, o no, que de algún modo obliga a un análisis individual de dicha prueba en el marco de todos aquellos aspectos jurisprudenciales ya establecidos en el marco teórico del presente trabajo y que deben ser considerados necesariamente en la valoración individual y conjunta de la misma.

En ese entendido, la Credibilidad del testimonio prestado fuera de audiencia, estará sujeto a las condiciones en las cuales se hubo tomado, es decir, si es el caso del testimonio prestado en Cámara Gesell, la misma tendrá las condiciones legales para que se considere admisible y por ende fiable, pero, aun así, estará sujeta de igual modo a la actividad corroborativa circundante que debe ser desplazada por el Ministerio Público.

Así también, está el caso de las llamadas Pericias de Credibilidad del Testimonio, las cuales deben ser incluida dentro de las llamadas pruebas científicas, y cuya valoración está sujeta de igual modo a la reglas de la Sana Crítica, tal cual se tiene explicado, pero a la par de otros componentes, que como refieren Antonio

Manzanero y Jose Muñoz (2011) versan sobre elementos indirectos a ésta: la autoridad científica del perito, su imparcialidad, la coincidencia del dictamen pericial con las reglas lógicas de la experiencia común, los métodos científicos aplicados y, sobre todo, la coherencia lógica de la argumentación desarrollada por el perito. Junto con estos coinciden también otros elementos secundarios y que aluden a la forma de exposición del dictamen por parte del perito (p.3), elementos que ameritan otro estudio con relación a la valoración de este tipo de prueba.

Sin embargo, es de resaltar que en lo que respecta la valoración conjunta de la prueba, la misma ingresa dentro del conjunto de elementos que tienen que ser ponderados por el juzgador, por ende, el esquema propuesto de valoración conjunta en cuestión no sufre variación significativa, solo en lo que respecta la valoración individual.

6. Estudio de pertinencia y aplicabilidad de la propuesta.

6.1. Antecedentes.

A los fines de establecer la pertinencia y aplicabilidad de la propuesta, se realizó un estudio, a través del método cuasiexperimental, con los estudiantes del Tercer Curso de Formación y Especialización judicial ordinaria de la Escuela de Jueces de Estado, sobre un total de 140 estudiantes, de los cuales algunos son jueces actuales en ejercicio.

Dicha labor se concretizó en razón a las funciones docentes del investigador, las cuales se llevaron a cabo en el Módulo II de dicho curso, correspondiente a las Herramientas para la función jurisdiccional, en la temática específica referida al Razonamiento Judicial sobre los Hechos y la valoración de la prueba, desarrollados en dos fases: la primera, de forma virtual, desde el 26 de diciembre de 2022, hasta el 08 de enero de 2023, la segunda, que es la fase presencial, desde el 11 al 14 de enero de 2023 en los departamentos de Pando, La Paz y Santa Cruz.

6.2. Desarrollo.

6.2.1. Fase Virtual.

El contenido del material de lectura puesto a consideración en la fase virtual, en lo que respecta a la propuesta, tuvo el siguiente contenido abordado, entre otros aspectos centrales referidos a la prueba:

En dicha fase se puso a consideración el material de lectura respectiva, cuyo contenido específico, fue desarrollado por el investigador como docente de la materia.

Dicho material, en lo que respecta a la aplicación de la propuesta, cuenta con el siguiente contenido:

<i>5.7. Razonamiento para probar los hechos y formas de razonar los hechos.....</i>	<i>88</i>
<i>5.7.1. Tres formas de razonar los hechos.....</i>	<i>91</i>
<i>5.8. Inferencias probatorias y su estructura.....</i>	<i>93</i>
<i>5.8.1. La estructura de la inferencia probatoria.....</i>	<i>93</i>
<i>5.8.2. La validez de la inferencia probatoria.....</i>	<i>98</i>
<i>5.8.3. Criterios de solidez de la inferencia probatoria.....</i>	<i>103</i>

En estos puntos, se desarrollaron los aspectos centrales del esquema de argumentación inferencial de Toulmin, en lo que respecta la valoración conjunta de la prueba desarrollado por Gonzales Lagier en la propuesta en cuestión.

6.2.2. Fase presencial.

En el componente presencial y práctico, se desarrolló una serie de actividades tendientes a ejercitar precisamente la aplicación de dicho esquema al momento de ingresar a la valoración individual y conjunta de la prueba:

Estas actividades consistieron en lo siguiente:

Actividad 13 taller presencial.

Sobre la base de los agravios que se tienen establecidos en dos resoluciones de alzada, más propiamente un Auto de Vista en materia penal correspondiente a una

apelación restringida en un caso de Violación, y otro referido a un proceso Familiar en grado de apelación sobre régimen de asistencia familiar y visitas.

En ambos casos, se estableció que los estudiantes deben identificar en la estructura argumentativa de dichas resoluciones, la existencia de los 4 elementos centrales del esquema argumentativo propuesto: Pretensión o conclusiones, razones, garantías y respaldo.

Actividad 14 del taller presencial.

En la misma se distribuyó por sorteo y en grupos, para su análisis, tres casos en materia Penal, Civil y Familiar, en los cuales se les estableció la siguiente consigna:

1. Identifique la pretensión principal y las accesorias si las hubiera.
2. Realice la valoración tanto de la prueba de cargo como la de descargo, de forma individual como colectiva.
3. Establezca los hechos probados que resulten esenciales para la resolución del caso, así también los hechos no probados, conforme las pretensiones o hipótesis identificadas. El argumento por establecer debe posibilitar la identificación de los elementos estructurales de la estructura de argumentación inferencial probatoria avanzado.
4. ¿Cuál la forma de resolución del caso a partir del análisis grupal? ¿La decisión es unánime? ¿Existen disidencias? Debe argumentar de manera oral la decisión. En caso de disidencia la persona o personas disidentes deben argumentar los motivos de la disidencia.

6.3. Resultados obtenidos.

Luego de culminado el avance respectivo de dicho modulo, y estando en fase de defensa de trabajo final del mismo, se hubo realizado una encuesta con relación al aprovechamiento de los conocimientos impartidos sobre el tema en cuestión, ello en consideración al porcentaje de alumnos del dicho curso que son jueces actuales en ejercicio.

Los datos se recolectaron en fecha 05 y 06 de junio de 2023, a través de una encuesta de 5 preguntas realizada por Formulario de Google, enviados al grupo de WhatsApp de los estudiantes, por intermedio de la misma Escuela de Jueces del Estado, obteniéndose 61 respuestas con relación a 4 preguntas y 1 con relación a una de ellas, las cuales reflejaron los siguientes datos gráficos:

1. ¿Considera necesario un abordaje mucho más amplio de la temática referida a la Valoración de la prueba en el proceso de formación y especialización judicial?

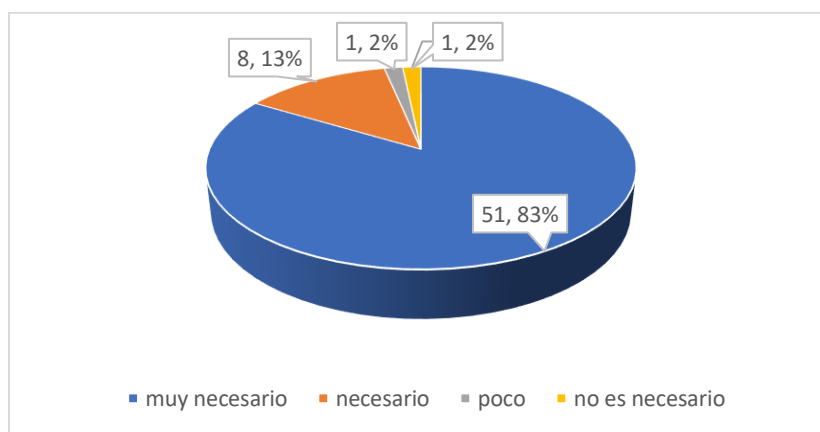


Gráfico 9 Necesidad de mayor abordaje en la EJE

2. ¿considera usted que el contenido de lo avanzado en el modulo II Herramientas para la función jurisdiccional, dentro de lo que fue el razonamiento judicial sobre los hechos y la prueba, y en específico el esquema de argumentación probatorio de Toulmin que se hubo impartido, resultan un aporte útil para mejorar la labor en sus futuras funciones jurisdiccionales?

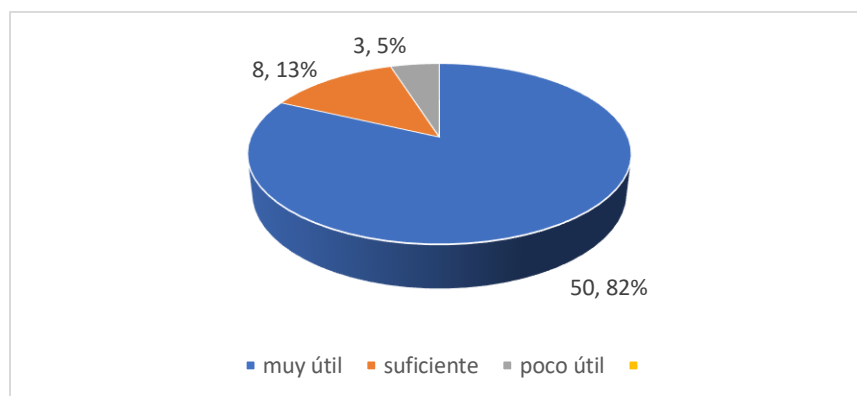


Gráfico 10 Consideraciones sobre la utilidad del esquema propuesto

3. En una escala de 1 a 5, donde 1 es nada, 2 es poco, 3 es neutro, 4 es mucho y 5 es totalmente. ¿considera usted que a la par de la formación en el área, la elaboración de un Manual o Guía relativo a la Valoración de la Prueba en el proceso para jueces contribuiría en el mejoramiento de dichas facultades?

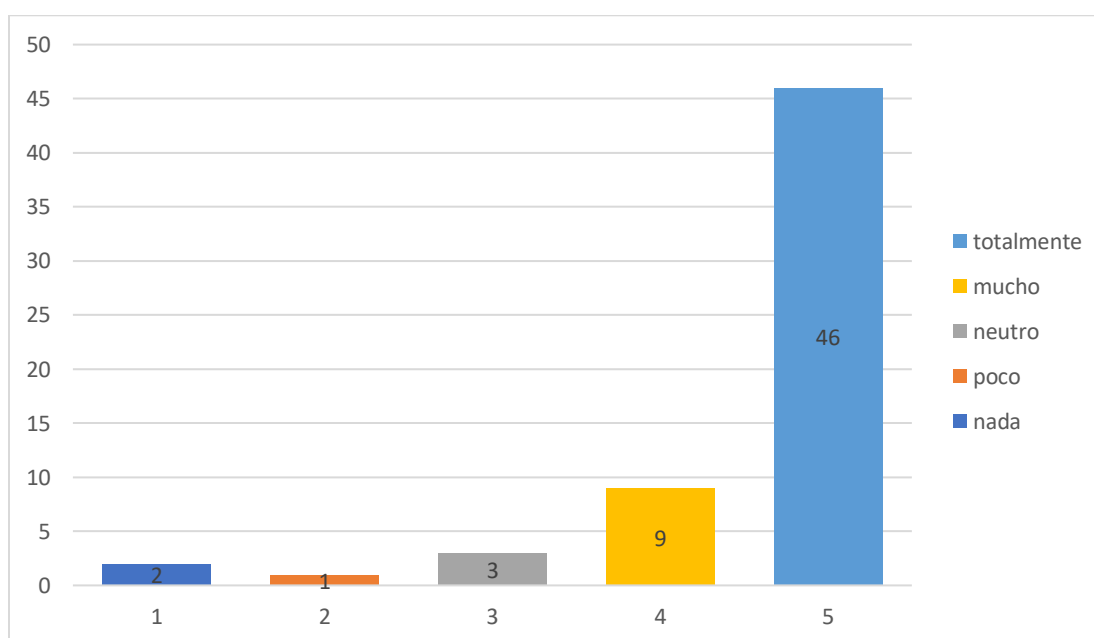


Gráfico 11 Aplicabilidad del diseño de la propuesta de Guía o Manual de valoración de la prueba penal

4. Lo desarrollado en el módulo II en cuanto al esquema de argumentación, ¿ha sido de aplicación en la práctica?



Gráfico 12 Aplicación del esquema de argumentación en la práctica

5. En base a su anterior respuesta, indique el porqué de la misma.

En este punto, se obtuvieron 41 respuestas, las cuales han sido clasificadas entre las que arguyen quienes sostienen su necesaria aplicación, y los que establecen razones para su poca o nada aplicabilidad, rescatando las ideas más concurrentes en ambas

Necesaria aplicación	Poco o nada aplicado
Es una herramienta que contribuye a mejorar la estructura y orden de los argumentos	Es una temática poco conocida y abordada
Permite garantizar una adecuada fundamentación de manera más motivada y razonada las decisiones acerca de los hechos y la prueba	Requiere un mayor abordaje a través de casos prácticos
Posibilita una mejor comprensión de la decisión por parte de los litigantes	Por la recarga laboral, su aplicación es reducida ya que existe muchos casos que resolver y toma tiempo observar cada elemento del esquema, especialmente en materia de medidas cautelares
Identifica el correcto uso de las reglas de la sana critica	
Ayuda a visibilizar con mayor precisión el objeto del problema jurídico y los elementos probatorios para resolver el mismo	

Puede también ser aplicado a otras materias distintas a penal	

Tabla 3. Encuesta sobre necesidad de aplicación de esquema de argumentación EJE

6.4. Consideraciones finales sobre el estudio de pertinencia y aplicabilidad.

Es importante resaltar que lo abordado en esta parte, fue implementado en el marco de la formación a los futuros jueces en materia ordinaria, así como también ha sido de utilidad en la actualización de los conocimientos de jueces en ejercicio que han cursado dicho curso, lo cual denota aún más la importancia del tema.

Se ha logrado identificar la pertinencia en cuanto al abordaje del tema en cuestión, lo cual se refleja incluso en los comentarios que refieren la poca o nada aplicabilidad de los mismos, ya que en ellos se denota que existe desconocimiento en el abordaje del tema pero a la vez la necesidad de mayor profundización en el mismo a fin de obtener la finalidad primaria que es la de dotar de mayores herramientas que le permitan al juzgador una adecuada argumentación en materia de hechos y pruebas, no solo en este tipo de casos, sino en todos los demás casos en los que se halle inmerso la valoración de la prueba testifical, entre otras.

En cuanto a su aplicabilidad, quedó claro en los estudiantes que la misma es posible y necesaria, incluso para otras áreas especializadas del Derecho, pero con una mayor incidencia en su difusión entre los jueces de forma mucho más práctica, esto es, su necesaria implementación a través de casos prácticos que permitan la comprensión de los aspectos teóricos a lo práctico, de forma que sea mucho más ágil su aplicación en las funciones diarias.

7. Diseño de aplicación de la propuesta.

La propuesta en cuestión no pretende de ningún modo constituirse en una regla de obligatorio cumplimiento, pero si en criterios epistémicos de necesaria consulta para su consideración por parte de los jueces al momento de realizar la valoración tanto individual como conjunta del testimonio de la víctima y de los demás elementos de prueba en sí, ya que, como se habrá observado, su utilidad puede ser amplia, incluso como una forma de control de lógica de las decisiones judiciales en grado

de apelación, si es que se logra comprender la importancia de que estos aspectos estén presentes en la decisión a tomarse.

En ese sentido, su aplicación pasa por considerar la elaboración de un Manual o una Guía de Valoración de la Prueba testimonial, que se constituye en un referente a la función jurisdiccional y permita el desarrollo de mejores habilidades, tanto teóricas como prácticas del juzgador. La misma puede o debe realizarse necesariamente a través de la Escuela de Jueces del Estado, con la aprobación respectiva del pleno del Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido, el contenido de este deberá estar acorde a la temática, es decir, aspectos propios de la actividad valorativa y el esquema de argumentación propuesto, sino que a la vez aborde los aspectos transversales que impliquen aspectos como el enfoque de Derecho Humanos, que ya se ha establecido necesario en la labor del juez.

A continuación, se plantea el índice de contenido Mínimo que debe considerarse:

Guía para la argumentación y valoración de los hechos y la prueba en el proceso penal.

Presentación.....

Introducción.....

Módulo I. Nociones generales sobre argumentación.....

Sesgos cognitivos.....

Falacias argumentativas.....

Módulo II. Argumentación jurídica con perspectiva de derechos humanos.....

Enfoque de Género.....

Enfoque por Edad.....

Enfoque de Discapacidad.....

Enfoque Intercultural.....

Módulo III. Prueba, hechos y verdad.....

Módulo IV. Momentos de la Actividad probatoria.....

Conformación de los elementos de juicio.....	
Control de admisibilidad.....	
Prueba ilícita y prohibida.....	
Marco Jurisprudencial.....	
Valoración de la Prueba.....	
Reglas de la Sana Critica.....	
Valoración Individual de la Prueba. Pericial y Testifical.....	
Control de fiabilidad y coherencia interna y externa.....	
Valoración conjunta de la prueba.....	
Esquema Inferencial Probatorio.....	
Marco Jurisprudencial.....	
Decisión sobre la prueba y motivación sobre los hechos.....	
Módulo V. Valoración de la prueba en hechos de violencia de genero.....	
Contextualización de los Hechos.....	
Papel de la perspectiva de Género en la valoración de la prueba.....	
Sesgos y Estereotipos en la valoración de los hechos y la prueba.....	
Marco Jurisprudencial Internacional. Corte IDH.....	
Marco Jurisprudencial Nacional.....	
Bibliografía.....	
Ejercicios y casos prácticos.....	
Autoevaluación.....	
Clave de respuestas.....	

8. Validación de la propuesta a través del Método Delphi.

Los elementos estructurales de la propuesta fueron remitidos a 21 expertos y expertas⁹⁶, a través de un cuestionario con preguntas estructuradas y semiabiertas, dividido en tres bloques: Bloque 1 de objetivo y fundamento de la propuesta, Bloque

⁹⁶ Se estableció contacto con 22 expertos inicialmente, a quienes se les envió los cuestionarios respectivos a través de WhatsApp, por petición expresa de los mismos, para en un plazo de 30 días, puedan remitir sus conclusiones, algunos cumplieron dentro de dicho plazo, en otros casos se ha ampliado las mismas por otros 30 días más. Es así como, 20 de ellos remitieron las mismas, quedando pendiente dos de ellos, pese a las reiteradas solicitudes, no ha sido posible contar con sus respuestas. Se arriman en anexo las constancias respectivas.

2 de los componentes estructurales propuestos para la valoración individual de la prueba testifical y, Bloque 3 de los componentes estructurales propuestos para la valoración conjunta de la prueba.

Bloque 1. Se obtuvieron las siguientes conclusiones:

1. Opiniones sobre el objetivo de la investigación.

Código	Cuenta de Experto
adecuado y necesario	6
importante y trascendente	6
útil y practico	4
pertinente y creativo	4
Total general	20

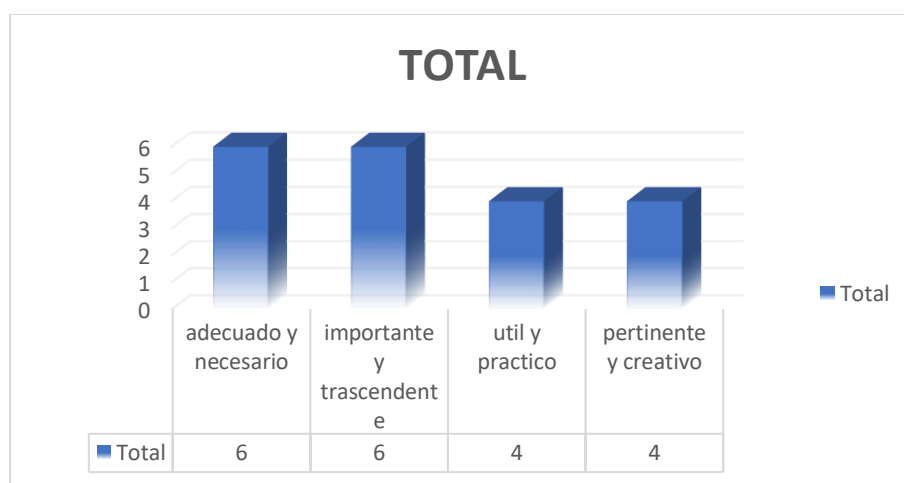


Tabla y Gráfico 1 Opinión sobre el objeto de la investigación.

Como se podrá apreciar, para la mayoría de los expertos, el objetivo trazado en la propuesta resulta adecuado y necesario de establecer en la práctica judicial, a la par de ser trascendente para la realización de los jueces, de una correcta labor de razonamiento probatorio.

2. Suficiencia o no del abordaje del tema en el ámbito de las funciones del juez penal.

Código	Cuenta de experto
Poco	14
muy suficiente	3
suficiente	2
Nada	1
Total general	20

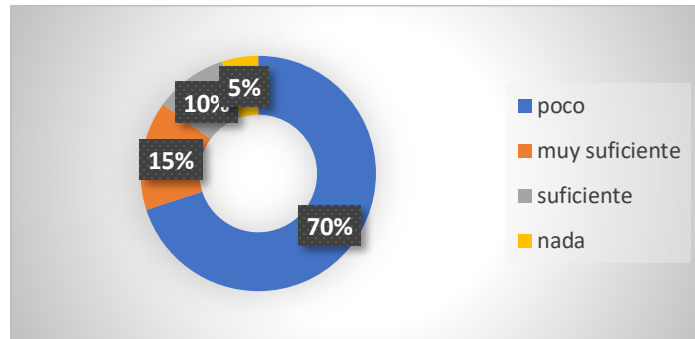


Tabla y Gráfico 2 Suficiencia o no en el abordaje del tema

En este punto, las razones expuestas y por las cuales se decantaron los y las expertos/as al señalar que es poco el abordaje de esta temática, se centra en factores estructurales que hacen a la formación de los jueces, y también a la ausencia de las entidades que son parte de la formación judicial, en abordar esta temática con la profundidad debida.

A continuación se detallan en el siguiente cuadro, las ideas centrales al respecto:

Poco	Muy suficiente	suficiente	Nada
No todos los jueces asume la aplicación de esquemas o guías, la mayoría se aferra a sus tradicionales formas de aplicar la ley	El juzgador entra en contacto con las personas a efecto de aplicar fundamentalmente el principio de contradicción y reglas de la lógica, ciencia y experiencia para la reconstrucción de los hechos objeto de enjuiciamiento	Se trata de un tema que merece abordarse a través de una tesis doctoral, pues en las funciones de un Juez penal es una problemática recurrente. Por ello, se espera un aporte valioso	En nuestro Estado no existe actualmente ningún protocolo o guía que trate sobre la temática, de hecho, los protocolos o guías de actuación se encuentran vinculados a aspectos procesales o de

			dirección de audiencia, empero no lo atinente a la valoración de la prueba, de hecho, la doctrina legal aplicable emanada del Tribunal Supremo de Justicia tampoco aborda con amplitud.
Escasa o nula capacitación de parte de los jueces y a los jueces, en esta temática, con la debida profundidad, especialmente de parte de las Escuelas de Jueces y Fiscales	se destaca la existencia de un estudio e investigación científica, con cita bibliográfica adecuada y la experiencia vivida por el postulante como administrado de justicia, lo que hace que sea una propuesta se actual y de un alto contenido doctrinal	Desde una perspectiva personal, refiere de que siempre ha procurado verificar cuando un testigo de agresión sexual es fiable bajo la teoría objetivista de la prueba.	
La ausencia de produccion academica e intelectual en el pais sobre este tema especifico.			

Cuadro 1 Resumen de ideas Bloque 1, P.2

3. Afirmaciones en relacion al papel de la Perspectiva de Género (P.de G).

Código	Cuenta de código
P. de G. como obligación constitucional y auxiliar del juez en la valoración de la prueba	10
P. de G. como herramientas de corrección y análisis e identificación de sesgos y estereotipos	9
Ninguna	1
Total general	20

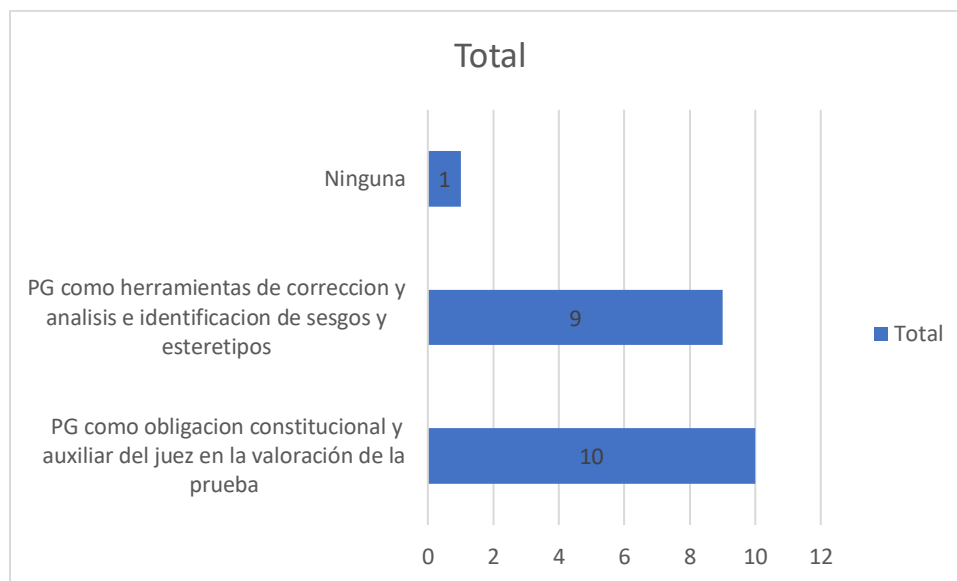


Tabla y Gráfico 3 Afirmaciones con relación al papel de la P. de G.

En este punto, la casi igualdad de criterios en relación al papel que tiene, dentro de lo que es la valoración de la prueba, posibilita concluir que, para los expertos, la perspectiva de género es una herramienta de análisis de las razones de los y las jueces, de obligatoria utilización en este tipo de hechos, y que se torna como un “auxiliar” en la valoración de la prueba testifical por parte del juez o de la jueza, en tanto permite identificar y sacar de los razonamientos probatorios, todos aquellos que estén impregnados de sesgos y estereotipo, lo que se persigue también con el uso de las reglas de la sana crítica, que no buscan otra cosa que permitir la exposición de razones serias y debidamente justificadas, y no en meras impresiones subjetivas.

Por otro lado, para algunos expertos, la perspectiva de género no es una herramienta dirigida a evitar la impunidad en este tipo de casos, ya que la misma es una herramienta establecida para la identificación de situaciones de desigualdad y discriminación, no solo en el ámbito jurídico, sino en todos los ámbitos donde sea aplicable.

Así también, algunos expertos consideran ambas posturas como necesarias. Ello en razón a que, la posición a favor de la primera se da en cuanto al carácter normativo de la perspectiva (ideología) de género reconocida en normativa

internacional y doméstica y su carácter vinculante para la jueza o el juez nacional. Y la segunda, por la integración de la ideología de género y las matrices filosóficas que la sustentan en la actividad racional del juzgador (contexto de descubrimiento).

A continuación se detallan los principales criterios esgrimidos por los expertos sobre la elección realizada:

P. de G. como obligación constitucional y auxiliar del juez en la valoración de la prueba	P. de G. como herramientas de corrección y análisis e identificación de sesgos y	Ninguno
La Constitución boliviana consagra de manera expresa, en su artículo 410-II, la noción de bloque de constitucionalidad, estableciendo que está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos (<i>entre ellas la Convención Americana sobre DDHH, incluyendo, a su vez, la jurisprudencia de la Corte de la IDH</i>) y las normas de Derecho Comunitario ratificados por este país.	No podemos a título de la perspectiva de género, apartarnos de las reglas de la sana crítica establecidas en el Art.-173 del CPP, así como de los principios de objetividad e imparcialidad, que sustentan el debido proceso.	Porque la fuerza de la perspectiva de género considero que debe ser enfocada a partir del contexto del hecho de relevancia, de ahí que comprenda al hecho precedente, hecho concomitante e inclusive el hecho posterior, a partir del cual permita advertir la existencia de relaciones asimétricas de poder que colocan a la víctima de violencia sexual en una situación de especial vulnerabilidad hasta de discriminación basada en el género. Sumado a ello, la perspectiva de género no necesariamente se centra en evitar que se deje en impunidad hechos que afectan a una mujer, sino que va más allá en la obligación de prevenir, investigar, juzgar, sancionar, reparar y eliminar esos hechos.

La razón fundamental, es porque en la afirmación, se hace referencia que todas estas herramientas, cumplen la labor de AUXILIAR al operador de justicia y estimo que ello es lo esencial.	Porque la perspectiva de género es una herramienta conceptual, que puede ser utilizada en diversos campos: social, laboral, económico, etc., en el caso de la impartición de justicia, no deja de ser una herramienta que identifica los planos de desigualdad y atiende los hechos con un enfoque que logra neutralizar esa desventaja y elimina los estereotipos o sesgos que impiden una valoración objetiva. La perspectiva de género no se ha establecido como una herramienta para evitar la impunidad como se afirma en la segunda afirmación, su espectro de alcance de mucho mayor y no solo en el área de justicia.	

Cuadro 2 Resumen de ideas Bloque 1 P.3

4. Postura en relacion a la suficiencia del testimonio unico de la victima para enervar o no la presuncion de inocencia.

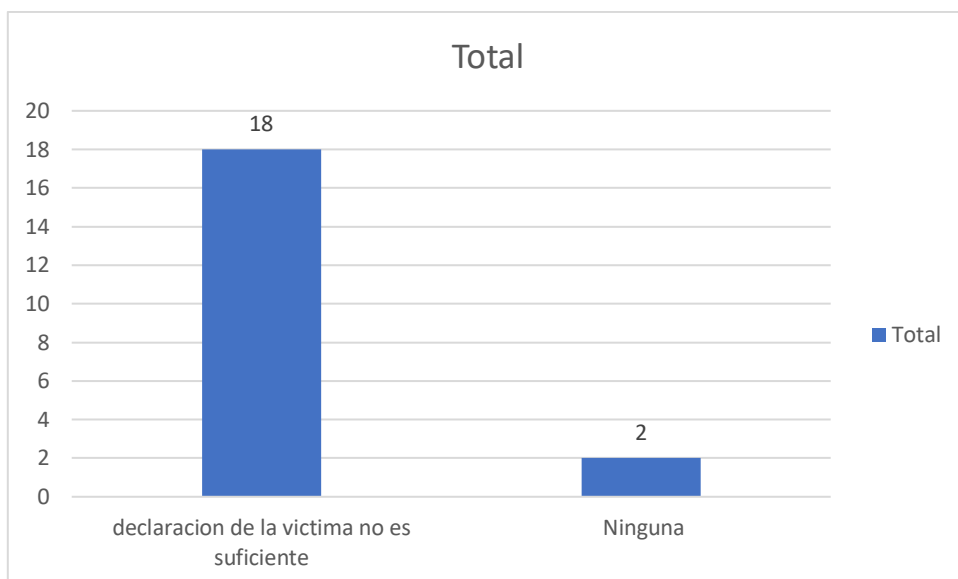


Gráfico 13 Postura sobre la suficiencia o no del testimonio único de la víctima

El planteamiento en este punto, tuvo el objetivo de establecer si la declaración de la víctima, como única prueba, puede ser suficiente para lograr establecer la responsabilidad penal del encausado, conforme a los aspectos abordados en el marco teórico. En ese sentido, han sido claras las posiciones de los expertos en relación a indicar que la misma no es suficiente como tal, sino que necesariamente debe ser corroborada con otros elementos de juicio; esto implica de que si bien se reconoce su carácter de prueba fundamental, a la luz de los estándares internacionales de protección de los DDHH, en especial de las mujeres víctimas de violencia sexual, ello debe tener un cierto matiz en relación a la actividad probatoria, momento en el cual se precisa realizar un análisis amplio y en relación a los demás elementos de prueba aportados. No hubo posición alguna que justifique lo contrario, estableciéndose además dos posturas en relación a que ninguna de las afirmaciones corresponden establecer, puesto que la misma debe ser analizada principalmente desde un adecuado contexto del hecho, a través del cual se pueda establecer las relaciones de poder asimétricas, entre otras.

Estas ideas, se resumen en el siguiente cuadro:

Declaracion de la victima es fundamental, pero no suficiente por si misma.	Ninguno
De acuerdo con los arts. 92 y 45 de la Ley N° 348, toda prueba deberá ser apreciada por la jueza o el juez, exponiendo los razonamientos en que se funda su valoración jurídica, y la adopción de decisiones judiciales deberán ser ecuanimes e independientes, sin sesgos de género o criterios subjetivos que afecten o entorpezcan la valoración de pruebas y la consiguiente sanción al agresor, por ende, acorde con el art. 173 del CPP.	Por principio de libertad probatoria (art. 171 CPP) tampoco debe esta declaración constituirse en una especie de prueba “tasada”, que “per se” permita vencer la presunción de inocencia, lo que no significa que esa declaración siempre requiere cierta “confirmación” con el resto del elenco probatorio, por ello en determinados caso la declaración de la víctima si permitirá la condena del acusado, de la misma forma y en otros casos no, en todo caso las presunciones que se aluden no son invencibles, sino que deberán aquilatarse en función todas las circunstancias del caso y de la prueba producida.
No existe una sola referencia jurisprudencial emitida por el TCP, doctrina legal aplicable del TSJ, y menos jurisprudencia de la CIDH, que afirme la previsibilidad que una sentencia de tipo condenatorio en hechos de presunta agresión sexual se pueda sustentar única y exclusivamente en un solo medio probatorio, independientemente cual sea éste	
Se puede considerar los criterios emitidos por el Tribunal Supremo español: La ausencia de incredibilidad subjetiva La verosimilitud de las manifestaciones de la víctima Persistencia en la incriminación	
La testifical en general por sí sola no puede determinar veracidad, empero, en materia de violencia de género, se le otorgó un valor tazado, que no puede ser	

cuestionado, precisamente por la aplicación errada de la perspectiva de género, cuando debía haberse establecido su relevancia, pero sujeto al principio del tercer excluido -por ejemplo- y así ponderar su valor adecuadamente.	
Esta acorde al método de valoración objetiva de la prueba, misma que implica generar una valoración integral de todos los otros medios de prueba y no solo de la testifical, a objeto de generar prueba corroborativa.	
Tratándose de delitos de naturaleza sexual, por lo general son de realización oculta, ante la ausencia de testigos, la declaración de la víctima pasa a tomar el lugar de prueba fundamental o de mayor relevancia para la descripción inicial del hecho, su fiabilidad va a depender de otros medios probatorios de corroboración como son situaciones secundarias o indirectas, que vienen a fortalecer o a contradecir lo afirmado por la víctima.	

Cuadro 3 Resumen de ideas Bloque 1 P.4

5. Necesidad de contextualizar el hecho, en la valoración individual y conjunta de la prueba?

Código	Cuenta de Código
muy necesario	16
necesario	4
Total general	20

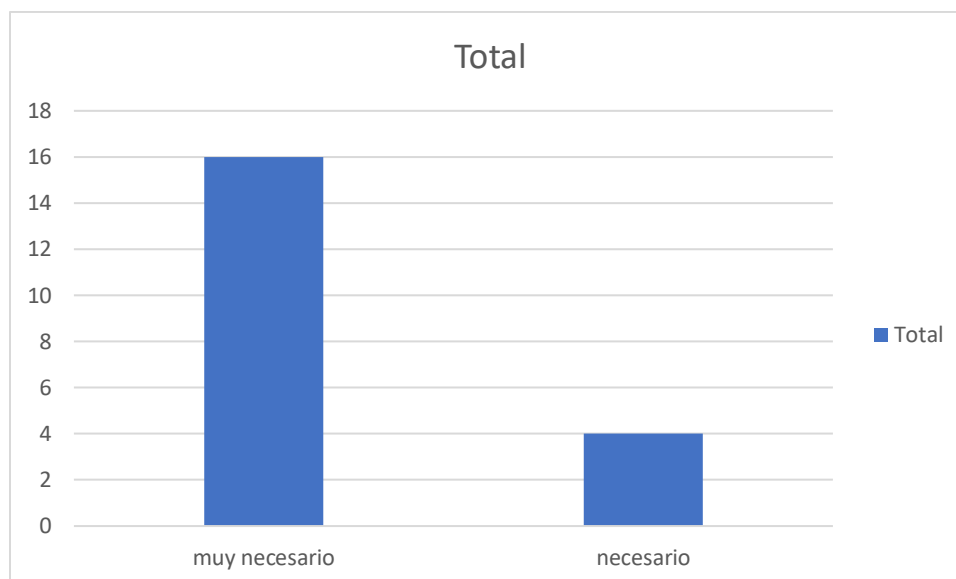


Tabla y Gráfico 4 Necesidad de Contextualización del hecho

Las razones esgrimadas sobre el porqué consideran como muy necesario la contextualización de los hechos en la valoración individual y conjunta, concluyen principalmente motivos normativos para que este punto sea considerado como muy necesario de abordar. Es así que se hizo referencia a que con ello se garantiza el principio de legalidad, dando cumplimiento a los arts. 1, 3 y 173 del CPP velando por un debido proceso, así como el art. 359 del CPP.

Concluyen también que, prácticamente al día de hoy no existe un método más eficaz para dar fiabilidad a un testimonio que la corroboración de cada uno de los enunciados vertidos por un testigo, en ese sentido consideran que el presente trabajo busca mejorar la valoración de la prueba testimonial principalmente a través de la corroboración mínima del testimonio, y, por otro lado, la contextualización brinda una adecuada comprensión del ámbito en que se desarrolló el presunto hecho de violencia sexual contra la víctima.

Bloque 2. Componentes de la propuesta. Valoración Individual de la declaración.

1. Claridad del contenido y planteamiento del esquema propuesto.

Código	Cuenta de Experto
5 muy claro	11
4 claro	6
3 suficiente	2
2 poco	1
Total general	20

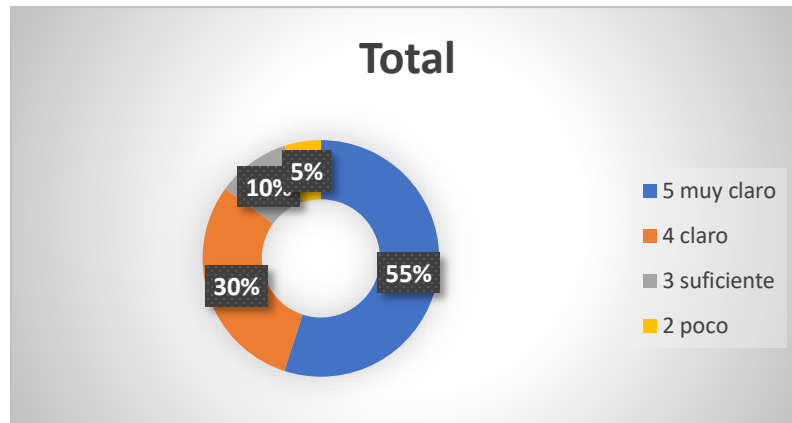


Tabla y Gráfico 5 Claridad del contenido y planteamiento del esquema

2. Utilidad de los criterios propuestos de fiabilidad del testimonio.

Código	Cuenta de experto
muy útil	11
útil	6
Poco	3
Total general	20

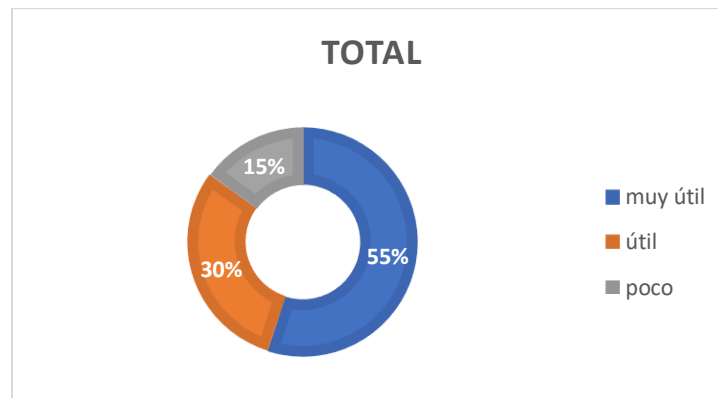


Tabla y Gráfico 6 Utilidad de los criterios de fiabilidad propuestos

Las principales razones emitidas por los y las expertos/as, del porque consideran que dicha esquema propuesto es muy claro o claro, refieren principalmente que el mismo plantea una visión mas amplia e integral de la temática, dotando de parámetros objetivos de valoración, que nos permiten dejar de lado el subjetivismo o el empirismo cuestionado al momento de valorar las pruebas, ello con el fin de lograr una suficiente motivación y justificación de la decisión a tomarse en sentencia respecto de hechos de violencia sexual, siendo necesario deconstruir los referidos criterios a través de la integración de cada uno de sus componentes con la perspectiva de género.

De otro lado, alguno expertos y expertas consideran que dichos criterios van a “tazar” un poco la prueba, más aún cuando se utiliza los criterios de valoración esgrimidos en la jurisprudencia comparada⁹⁷, por lo que recomendaron no seguir esos criterios y mejor apegarse a la epistemología, a la psicología del testimonio y a la corroboración del mismo

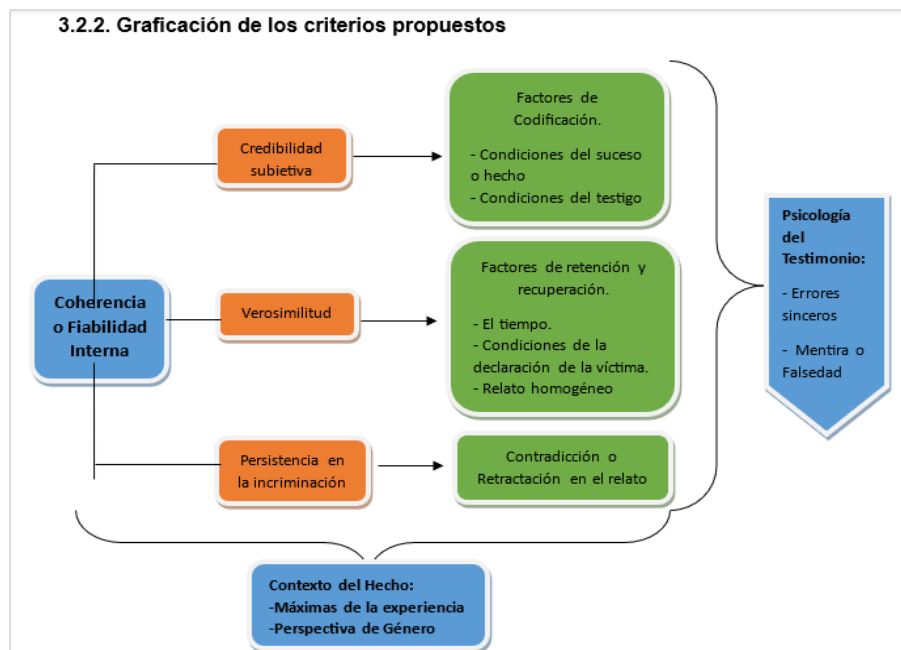
Así también se plantearon las siguientes observaciones a dicho esquema, para justificar la poca claridad del esquema propuesto:

- Es necesario la distinción entre credibilidad y fiabilidad, para una mejor utilización y alcance de los mismos.
- También debe considerar que verosimilitud no es sinónimo de verdadero y por tanto no es lo contrario a la mentira.
- Plantea la necesidad de hacer referencia a lo que se refiere como “la exactitud de lo declarado”, ya en ello intervienen los factores de distorsión por el paso del tiempo, por una mala percepción, por barreras físicas o barreras externas que le impide percibir totalmente hecho (ejemplo: las víctimas que no pueden identificar a su agresor).
- La verosimilitud está relacionada con la coherencia del relato, los factores de retención y recuperación no pueden ser los criterios para la verosimilitud.

⁹⁷ Desarrollado en el Marco Contextual, en el punto 7.2.2, referidos a los criterios de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación, los cuales también son utilizado por algunos jueces en las sentencias analizadas.

- Los errores sinceros conforman un análisis de la credibilidad subjetiva, pero no de la verosimilitud, mucho menos el criterio denominado persistencia en el relato (retractación)
- Así también refiere que la persistencia en la incriminación no debería ser un criterio para la fiabilidad, porque la contradicción tendría que analizarse a la luz de la coherencia del relato y la retractación es una condición para enfrentar una declaración inicial contra una segunda exposición donde niega lo inicial. La experiencia en la actividad jurisdiccional ha llevado a conocer múltiples casos en los que las víctimas son amenazadas para que retracten, pero hay tanto material probatorio que confirman su primera versión de los hechos que se logra condenar aún y a pesar de la retractación de la víctima, pero no puede hacer más fiable un testimonio por el hecho que no se retracte.

En base a ello, y considerando muy pertinente dichas observaciones, es que se realizó un replanteamiento de la propuesta inicialmente enviada, en cuanto al esquema de valoración individual, tal cual se expone en el presente trabajo.



3. Uso de la Psicología del Testimonio al momento de la valoración individual de la declaración testimonial de la víctima dada en audiencia.



Tabla y Gráfico 7 Uso de la Psicología del Testimonio en la valoración individual de la prueba

Las razones esgrimadas por los expertos y las expertas, que en su mayoría refirieron como muy adecuado el uso de la psicología del testimonio en la valoración de la víctima dada en audiencia, ponderaron el aporte del conocimiento científico a la valoración de la prueba que la misma permite, profundizando ello a fin de que la decisión o se sujete a las percepciones o interpretaciones erradas que se pueden dar. De allí que establecieron la necesidad de que es mucho mejor apegar-se a lo más objetivo existente, como lo es la epistemología y psicología del testimonio sin retomar como tales doctrinas ya establecidas que no están del todo aceptadas científicamente, ello con relación a los esquemas planteados por la jurisprudencia española.

Por su parte, los y las expertos/as que refirieron como poco adecuados la utilidad de la psicología del testimonio, lo hicieron no en el sentido de indicar que la misma

no sea útil, al contrario, refirieron que son muy útiles como criterios epistémicos controlables, pero que sin embargo los mismos solo son elementos de los procesos de memoria, por ende, se debe tomar en cuenta también otros criterios. Ello también dio paso al replanteamiento de la propuesta en este punto.

4. Aspectos beneficiosos que aportaría el esquema propuesto.

Se constituye en una herramienta para la toma de decisiones debidamente motivadas y justificadas por los jueces	Proporciona un marco de análisis racional con relación a la credibilidad y fiabilidad del testimonio de la víctima
1. Observa el respeto al debido proceso y el deber de fundamentación y motivación de las decisiones judiciales	1. Elimina la práctica judicial de la prueba tazada en violencia sexual en razón de género y retoma la valoración lógica y razonada
2. Aportan al carácter dialéctico de la argumentación jurídica estándar en la reconstrucción de premisas fácticas de segundo orden para casos difíciles de hechos de violencia sexual	2. Despojar al operador de justicia del subjetivismo en la valoración de la prueba, el creer que, si él está convencido, esta prueba es eficaz.
3. Articula proposiciones que interpreten normas jurídicas y a la vez las normas e instrumentos de derechos humanos, con herramientas actuales como la perspectiva de género en los hechos de violencia hacia la mujer.	3. Busca ser más objetivo en la valoración del testimonio a través del análisis del contexto y su corroboración.
4. Uniformidad de criterios de razonamiento probatorio en víctima de agresión sexual.	4. La uniformidad de criterios mínimos de razonamiento probatorio en víctima de agresión sexual.
5. La labor de valoración probatoria podrá ser impugnada por la defensa de mejor manera.	5. Plantea el análisis sobre la evitación de errores judiciales en las decisiones.
6. Se constituye en una guía para jueces y abogados para una adecuada fundamentación en los hechos de violencia sexual.	6. Plantea que, con los aportes de la psicología del testimonio, se podría tener mayor credibilidad del testimonio de la víctima

Tabla 4 Aspectos beneficiosos del esquema individual propuesto

5. Aspectos dificultosos en la utilización del esquema propuesto.

Dificultades de fondo	Dificultades de forma
1. no pueden ser tomados como irrefutables, sino a manera de orientadores o de sugerencias en su uso o aplicabilidad	1. El constante cambio y movilidad de jueces
2. el nexo entre ambos campos: lo teórico y lo práctico	2. La ausencia de una adecuada capacitación en este tipo de temas aun nuevos en el país.
3. El insuficiente aporte de medios probatorios relativos al contexto y a la validación del testimonio de la víctima de agresiones sexuales	3. La oposición de sectores conservadores del feminismo
4. las víctimas deciden no declarar alegando su derecho a no revictimización, lo que impedirá aplicar este esquema en todos los casos y hacer el control de su declaración.	4. La mecanización del esquema propuesto (cadena analítica) por parte de a o el operador de justicia.
5. la inferencia probatoria tendría que manejar también en la valoración individual de los testimonios	5. Excesivo formalismo en la aplicación de la ley penal por parte de los jueces
6. El insuficiente aporte de medios probatorios relativos al contexto y a la validación del testimonio de la víctima de agresiones sexuales	6. El cambio de paradigma de los jueces y el acompañamiento de la Escuela de Jueces del Estado.

Tabla 5 Aspectos dificultoso del esquema individual

Bloque 3. Componentes de la propuesta. Valoración Conjunta de la declaración.

1. Consideraciones en relación al contenido y planteamiento del esquema propuesto.

Código	Cuenta de experto
5 muy claro	12
3 suficiente	5
4 claro	3
Total general	20

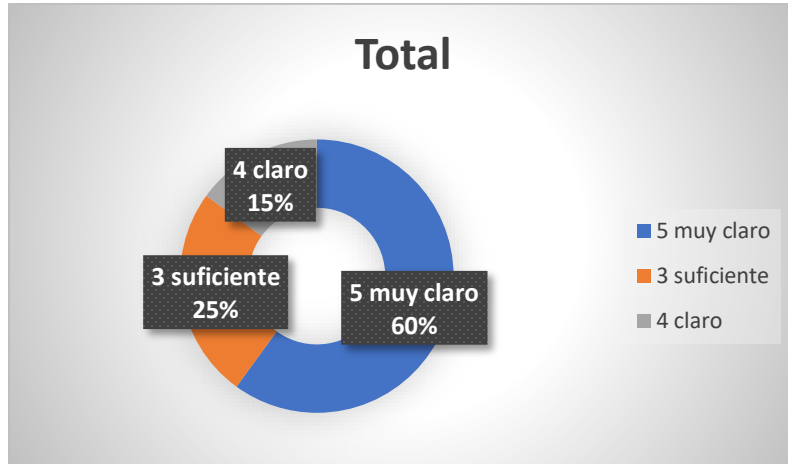


Tabla y Gráfico 8 Consideraciones del contenido y planteamiento del esquema conjunto

2. Conformidad con el esquema para la valoración conjunta de la prueba diseñado.

Código	Cuenta de Código
muy adecuado	12
Adecuado	8
Total general	20

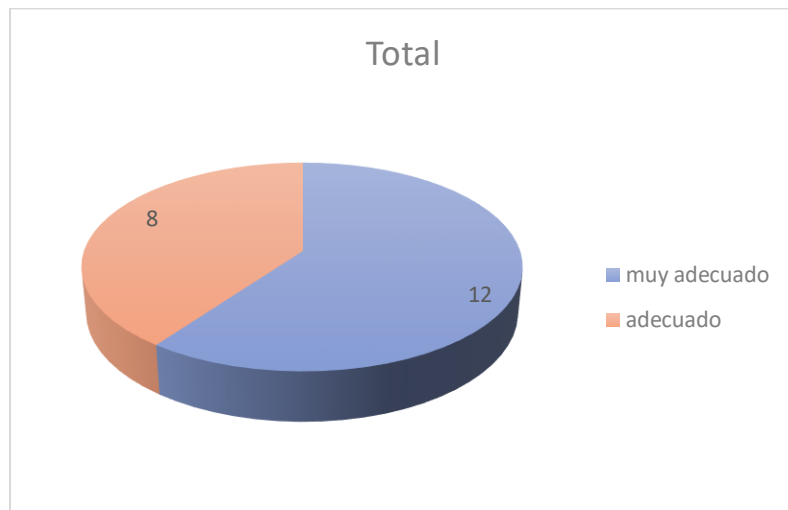


Tabla y Gráfico 9 Conformidad con el esquema propuesto de valoración conjunta

Los y las expertos/as concluyeron que el esquema propuesto se adecúa con mucha suficiencia a la argumentación de premisas fácticas en casos de violencia sexual. Esto se advierte en el entrelazamiento de los elementos del esquema propuesto que en base a las inferencias se efectúa en la (W) Garantía y (B) Respaldo; como también el entrelazamiento de normativa y jurisprudencia (doméstica e internacional) en torno a la naturaleza de los delitos de contenido sexual, de la naturaleza del testimonio de la víctima de hechos de violencia; con las circunstancias contextuales de la víctima en el caso concreto y la perspectiva de género.

Establecieron también que, al margen de llenar un notorio vacío en este aspecto de la valoración de la prueba, la particularidad del esquema inferencial probatorio propuesto es que goza de un modelo de esquema argumentativo inductivo, óptimo para el razonamiento sobre la prueba que permite una mejor justificación de la decisión judicial, ya que no solamente se consideran las reglas de la sana crítica para el análisis del testimonio de la víctima en hechos de agresión sexual, sino que goza de un componente especial, para otorgar criterios de valoración diferenciada de este medio de prueba en particular, ello a partir del enfoque diferencial con perspectiva de género, útil no solo en la valoración conjunta, sino que también lo es para la valoración individual de la prueba testifical, en cuanto se realiza el análisis de corroboración suficiente del mismo.

En suma, refieren los expertos que el esquema supera el análisis simple que se realiza a través de silogismo judicial, a la par de reafirmar las reglas de la sana crítica establecidas en el Art.- 173 del CPP, así como de los principios de objetividad e imparcialidad, que sustentan el debido proceso, concluyendo que es un avance muy importante para racionalizar la valoración de la prueba tanto individual como conjunta, es decir, que debe aplicarse en ambos momentos.

3. Aspectos beneficiosos del esquema propuesto.

Se constituye en una herramienta para la toma de decisiones debidamente motivadas y justificadas por los jueces	Se establece como un esquema que permite pasar de un sistema de valoración probatorio subjetivo a otro objetivo
1. Generar certeza jurídica en los motivos de los porqués de la resolución y la oportunidad de que las partes puedan realizar un verdadero ejercicio al recurso efectivo para controlar intersubjetivamente la decisión del juez.	1. Permite el control intersubjetivo de la valoración probatoria por parte del Tribunal de alzada.
2. Reforzaría a la argumentación jurídica para que se sustente el criterio del juzgador valorando la integridad de las pruebas, cumpliendo el deber constitucional de motivar una decisión jurisdiccional y aplicando la argumentación con perspectiva de género y de Derechos Humanos.	2. Mayor aplicación de la sana crítica y la inmediación judicial
3. Evitaría las incongruencias, sean estas omisivas o aditivas.	3. Propiciar que los jueces cada vez más utilicen criterios objetivos para valorar los testimonios e ir erradicando la valoración intuitiva o persuasiva de la prueba
4. Ayuda a estandarizar criterios con base a razonamientos medibles desde los derechos humanos y la garantía del debido proceso, ello implica que la motivación de la sentencia	4. Este método amplía los argumentos justificativos y promueve someter a la falsabilidad de las afirmaciones, lo que nos acerca a un mayor grado de probabilidad
5. demostrar a los profesionales vinculados a esta clase de procesos, que existen varias posturas respecto de algo, que muchos profesionales consideraba que ya estaba concluido o definido	5. Posibilita tener mayor certeza del valor probatorio de la declaración de la víctima de violencia sexual, ya que, la misma se encuentra apoyada o confirmada por otras pruebas.

Tabla 6 Aspectos beneficiosos del esquema conjunto

4. Aspectos dificultosos en la utilización del esquema propuesto.

Dificultades de fondo	Dificultades de forma
1. La inadecuada identificación por parte de a o el operador de justicia, de los elementos básicos del esquema propuesto.	1. La ausencia de una adecuada capacitación en los operadores de justicia en la temática planteada.
2. La inferencia probatoria tendría que manejar también en la valoración individual de los testimonios, pues, los testigos también realizan afirmaciones que deberían de ser probadas con la estructura de la inferencia probatoria de Toulmin.	2. El cambio de paradigma de los jueces y el acompañamiento de la Escuela de Jueces del Estado.
3. Conectar lo teórico con lo práctico	3. Los esquemas no pueden ser tomados como irrefutables, sino a manera de orientadores o de sugerencias en su uso o aplicabilidad.
4. No se realiza una discriminación entre casos fáciles y difíciles, lo cual considero que es una regla inquebrantable en cualquier modelo argumentativo	4. La falta de otros elementos de convicción, ya que, en muchos casos, el Ministerio Público va a juicio sólo con la declaración de la víctima y otros elementos que no respaldan la misma.
5. Problemas en la identificación de la fuente de la corroboración y en correlacionar los hechos, en lo relativo a la inferencia probatoria	5. La falta de difusión de estos nuevos esquemas que ayudarían a valorar las pruebas en casos como se tiene identificado en el trabajo de investigación.

Tabla 7 Aspectos dificultosos del esquema conjunto

5. Acuerdo en relación al tratamiento de la declaración de la víctima prestado fuera de audiencia.

Código	Cuenta de Experto
en parte	11
si	7
no	2
Total general	20

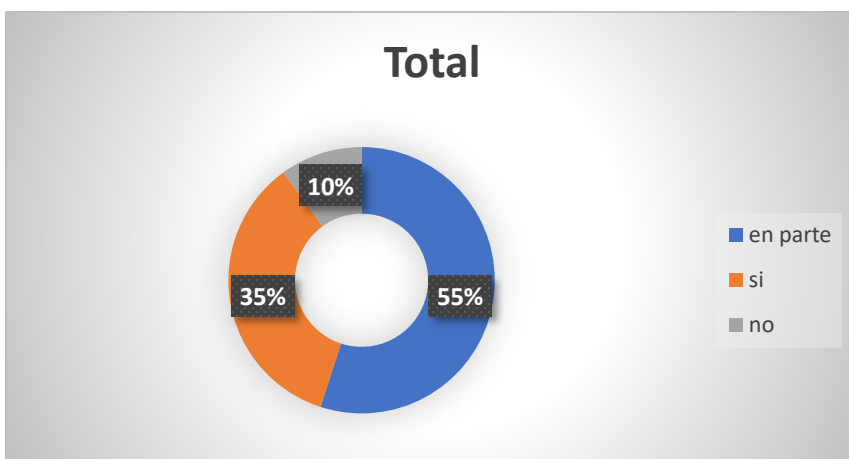


Tabla y Gráfico 10 Tratamiento de la declaración de la víctima fuera de audiencia

En este punto, los y las expertos/as concluyeron en establecer su posición en relación a estar de acuerdo en parte con el tratamiento de declaración de la víctima fuera del testimonio, principalmente por los siguientes aspectos:

En parte	Si	No
La víctima de esta clase de delitos se encuentra vulnerable después de que ocurrió el hecho, porque lo que los factores externos que pueden incidir en el momento de la declaración de la víctima hacen de esta clase de prueba no sea muy fiable.	La corroboración mínima del testimonio hasta el día de hoy es la forma más objetiva que existe para determinar la fiabilidad de un testimonio, en ese sentido la propuesta es que dicho testimonio realizado fuera de audiencia se busque corroborar lo más posible.	El esquema argumentativo planteado podría válidamente aplicarse al testimonio prestado fuera de audiencia sin necesidad de efectuar alguna distinción.
De acuerdo que la valoración de la entrevista investigativa dependa en gran parte de elementos de corroboración, pero no se debería condicionar solo a Cámara de Gesell; hay otros aspectos importantes como la coherencia narrativa, la	La declaración de la víctima, bajo fines de no revictimización, debe ser tratado en ambientes donde no exista una relación de esta con los episodios de violencia y pueda así obtenerse una declaración sin presión contextual que afecte el testimonio.	Va en sintonía con el art. 93 de la Ley N° 348.

exactitud, que también deben tomarse en cuenta.		
Es evidente que, no puede tener las mismas características de una declaración prestada ante el juez, por lo que, se pierde gran cantidad de información que sería útil para la valoración adecuada de esa declaración, consiguientemente el método propuesto pierde en gran medida fuerza en el resultado de la valoración de una declaración plasmada en un documento (transcripción de la declaración prestada en Cámara Gesell).		

Cuadro 4 Resumen de ideas Bloque 3 P.5

De acuerdo a lo concluido por los y las expertos/as, las razones del porque la mayoría de los mismos esta de acuerdo en parte con el planteamiento dado, es por el hecho de que reconocen la necesidad de resguardar la declaración de la víctima, pero que sin embargo, ese elemento no debe ser considerado de por sí como único o necesariamente suficiente, ya que en todo caso puede implicar un debilitamiento del mismo, que afecte su fiabilidad.

En ese sentido, las conclusiones de aquellos expertos o expertas que optaron por el no y el si, coinciden llamativamente de que tratamiento propuesto de la declaración tomada fuera de audiencia, busca precisamente la corroboración de dicho testimonio, es decir, que el esquema de Toulmin, puede también ser aplicado para establecer la suficiencia de dicha declaración.

De este modo, concuyen que si bien es necesaria e importante dicha declaración, no se debe dejar de lado que la misma esta sujeta de igual modo a la actividad probatoria tendiente a su corroboración, a traves del esquema propuesto.

6. Observaciones y recomendaciones con relación a toda la propuesta analizada.

Se estructuró las ideas centrales en torno a esta pregunta, identificandose lo siguiente:

Observaciones.

Se identificaron principalmente tres observaciones:

La primera sugiere se explore más el tema de la revictimización a la víctima y el derecho de las partes a tener una resolución “efectiva”, a fin de poder la impugnar, viéndose con ello involucrado el derecho al recurso efectivo.

La segunda, refiere la necesidad de aclarar ciertos conceptos, entre ello lo que implica credibilidad y fiabilidad, los cuales no son sinónimos, ya que la coherencia no es un concepto que se pueda definir de manera concreta en temas de valoración del testimonio, cada caso varía según las condiciones del testigo y por ende la coherencia varia de testigo en testigo no se puede usar de manera generalizada.

La tercera señala que la propuesta y esquemas planteados, no debe ser limitados a su uso de la declaración en audiencia, sino que pueden aplicarse válidamente al testimonio prestado fuera de audiencia sin necesidad de efectuar alguna distinción.

Recomendaciones o sugerencias.

En este punto, los expertos recomiendan o sugieren lo siguiente:

Explicar a detalle los esquemas propuestos para mayor comprensión de los destinatarios; y, desarrollar nuevos mecanismos y módulos para que el esquema sea aplicado a la perspectiva de género, permitiendo aprovechar en ese sentido, la posibilidad de enriquecer y mejorar el actual modelo de ponderación (limitado) que ofrece el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género.

Implementar en el Manual propuesto para su aplicación, jurisprudencia ordinaria y constitucional que la respalde, al margen de la Jurisprudencia de la C.I.D.H, a manera de facilitar e incentivar el uso del mismo por parte de los jueces penales.

8.1. Consideraciones finales con relación a la validación de la propuesta.

La aplicación del método Delphi, ha permitido identificar, precisar y mejorar ciertos aspectos en la propuesta planteada inicialmente en la investigación.

De este modo, en mérito a las observaciones realizadas al esquema de valoración individual del testimonio, se procedió a realizar la diferenciación de ciertos conceptos y, ubicándose correctamente ciertos parámetros de valoración de acuerdo a determinados criterios, sobre la base de la fiabilidad del testimonio, en sus componentes interno y externo, lo cual permitió el replanteo de la propuesta inicialmente dada, más que todo en relación a la ubicación de cada uno de los elementos abordados, los cuales fueron valorados como pertinentes en su abordaje.

De otro lado, el esquema de valoración conjunta ha sido plenamente aceptado, especialmente porque permite un adecuado y mejor análisis de los hechos y la prueba que posibilite una decisión más comprensible y justificada, a la par de garantizar al mismo tiempo el derecho de recurrir, de forma más efectiva.

En tal sentido, los resultados arrojados por este método de validación, permiten concluir que, los aspectos abordados en la propuesta tienen plena validez en cuanto a su pertinencia y aplicación a la práctica jurídica de los jueces, constituyéndose en una herramienta de necesaria materialización para su uso.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES.

De acuerdo con todo lo recabado y analizado, se tiene lo siguiente.

CONCLUSIONES.

Las conclusiones son presentadas sobre tres ejes principales: abordaje teórico y práctico de la valoración de la prueba y del testimonio⁹⁸; la transcendencia en la aplicación de la Psicología del Testimonio en la valoración del testimonio⁹⁹, y; la aplicabilidad del esquema de argumentación propuesto y su validación¹⁰⁰.

El abordaje teórico y práctico de la valoración de la prueba y del testimonio.

1. El replanteo conceptual de ciertos términos en el presente trabajo, es uno de los aspectos relevantes a considerar en primer término.

Es sabido que en el proceso penal se persigue establecer la verdad de los hechos en contienda (premisa fáctica como se conoce también), sin embargo, lo que en realidad ocurre es el planteamiento de “proposiciones sobre los hechos” que realizan las partes, las cuales serán verdaderas siempre que las cosas a que refiere sean o hayan sido tal como se asevera que fueron y serán falsas en caso contrario; de allí que el valor de verdad de cada una de ella dependa de su comprobación. En tal sentido, la postura por la cual se debe comprender el proceso penal y la búsqueda de la verdad es a través de la llamada “verdad como correspondencia”¹⁰¹ que implica que, una afirmación sea aceptada cuando describa lo que ha ocurrido en la realidad, es la más adecuada de establecer.

De esa forma, se aprecia que la prueba adquiere una relevancia epistémica en el proceso, puesto que se convierte en un instrumento por el cual, el o la juez, puede comprobar la verdad de los hechos sobre los que versa la decisión; de modo que, lo que se conoce como prueba, elemento de prueba o indicio, se constituyen en “razones epistémicas”, a través de las cuales se extrae la información que hacen más probablemente verdaderas las proposiciones factuales que pretenden

⁹⁸ Se relacionan con los objetivos 1 y 2, pág.6

⁹⁹ Se refiere a lo contenido en el objetivo 3, pág.6

¹⁰⁰ Se refiere a lo contenido en los objetivos 4 y 5, pág.6

¹⁰¹ Abordado en el marco teórico, en el punto 2.6.1. pág.60.

justificarse, esto es: las que hacen más probablemente verdadero al objeto de prueba o proposición fáctica. Lo anterior, permite de igual modo concluir que debe asumirse el conocimiento de los hechos propuestos en el proceso, desde una concepción epistemológica cognoscitivista., por la cual se entiende que la valoración de la prueba es una actividad racional, que permite comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control.

2. En relación a lo antes indicado, queda claro que todo el procedimiento penal tiene un carácter epistemológico, en especial la Sentencia, la cual tiene relevante trascendencia, al ser considerada como el acto más importante del proceso, ya que, partiendo de su exigencia de motivación y adecuada fundamentación, se puede garantizar el debido proceso, en lo que respecta también el derecho a la defensa de las partes. En ese entendido, la epistemología jurídica contribuye en este momento en específico, al estudio de los criterios o estándares probatorios usados por el juez, para dar por probado determinado hecho y arribar a la verdad, a efectos de determinar si son fiables y justificados.

Por ello, para que la prueba cumpla su función epistémica, es necesario que el Juez sea libre de valorar y razonar sobre la misma de forma racional, siendo por ello importante reafirmar el sistema de libre valoración racional de la prueba, la cual tiene sus límites en los criterios de control del pensamiento que se establecen por la Sana Crítica y los componentes de la Lógica: identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente, a los cuales se debe sumar el juzgamiento con perspectiva de género, entendida en este momento del proceso penal, como herramienta de control del razonamiento judicial que permite la identificación de sesgos y estereotipos en la valoración de los hechos y pruebas en los casos de violencia sexual contra mujeres y grupos vulnerables.

En suma, el conocimiento epistémico que debe exigirse a los jueces, obliga a que el descubrimiento de la verdad declarada en sentencia sea el resultado de procesos lógicos y científicos, y no en base a meras conjeturas, suposiciones, o sensaciones del juzgador; y a la par de ello, debe considerarse la necesidad de que en la labor

de valoración de la prueba en sentencia, no solo tenga ese enfoque epistémico para el derecho, sino también para la sociedad, es decir, añadir un enfoque cultural, el cual consiste en posibilitar que la información contenida en la sentencia, sea útil y comprensible a la sociedad, para cualquier lector, lo cual dota también de justificación a la misma, esto en el entendido de que los distintos conocimientos que se pudieran haber utilizaron en la resolución del caso, tales como la medicina, o la psicología del testimonio que se plantea en el presente estudio, posibiliten su uso como fuente de debates políticos, académicos entre otros, para mayor difusión de las ideas.

3. En el proceso penal, por lo general, la prueba testifical se constituye en el principal medio de prueba y en ese camino, el abordaje de los aspectos que hacen a la credibilidad del testimonio se torna necesario, especialmente cuando se trata del testimonio de la víctima de violencia sexual.

Desde la diversas miradas teóricas que se han expuesto en la presente investigación, se concluye que la más apropiada de acoger es aquella que propugna una concepción no presuntivista o reduccionista del testimonio, que viene a establecer las bases mismas de lo que implica la valoración racional de la prueba, puesto que, para que un conocimiento obtenido mediante testimonio esté epistémicamente justificado, necesariamente debe ser confirmado por razones positivas, que no estén orientadas en la persona del testigo, sino a lo vertido por el mismo, que es lo que tendría mayor razón en ser valorado, esto es lo que se conoce como justificación epistémica. Pero este punto, debe necesariamente matizarse al tratarse de hechos que impliquen violencia sexual; es aquí donde interviene las llamadas injusticias epistémicas, a través de las cuales es posible sostener un reduccionismo más específico, que permita en todo caso desagregar el concepto de testimonio en general y establecer el análisis caso por caso, dada la cautela que amerita el análisis de la credibilidad y fiabilidad del testimonio en hechos de violencia sexual. Los momentos y situaciones en la valoración de este tipo de testimonio son diferentes, ya que, en muchos casos, resulta dificultoso acreditar cada una de las

afirmaciones que hace la víctima, ello por distintos factores tanto en la investigación como en el juzgamiento.

En consecuencia, la actitud epistémica del juez frente a la prueba testimonial debe ser tendiente a una valoración adecuada del contenido y la relevancia del testimonio dentro de una correcta comprensión del contexto de violencia en el que se establezca el hecho.

4. En lo que respecta la práctica en torno al procesamiento penal sobre la valoración del testimonio en los hechos de violencia sexual.

Es necesario diferenciar dos aspectos necesarios de analizar: dificultades y deficiencias probatorias¹⁰².

4.1. Con relación a las dificultades probatorias¹⁰³, debe diferenciarse de aquellas que se refieren a la fase de investigación propiamente, y a las que se presentan en la valoración de la prueba testifical.

En relación a la primera, se debe considerar aspectos tales como la recolección y producción de elementos de pruebas, puesto que los mismos se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores y que, ante la falta de pruebas gráficas o documentales, la declaración de la víctima es fundamental¹⁰⁴. No obstante, se puede indicar que dicha dificultad deriva no tanto de los hechos en sí, sino más bien de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte del Estado y en donde el Ministerio Público juega un papel determinante. De esa forma, cobra sentido la contextualización del hecho, es decir, no puede pretender aislarse la declaración de la víctima de su entorno, hay que indagar los distintos tiempo, lugares, circunstancias entre otras, a fin de comprender de mejor forma el dinámico ciclo de violencia que generalmente concurre en estos casos; con ello se abre una amplia

¹⁰² Véase el punto 1 de los hallazgos referidos a las entrevistas a las y los jueces, pág.295.

¹⁰³ Son referidas por la mayoría de los jueces entrevistados.

¹⁰⁴ Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 100. En ese sentido, se hubo establecido lo que la doctrina penal boliviana en el Auto Supremo 179/2020-RRC de 17 de febrero refiere como elementos de prueba importantes a considerar en este tipo de hechos. Marco contextual, 7.2.2., pág.195.

gama de elementos de prueba indiciaria, la cual es reconocida en la doctrina nacional como elemento principal a ser considerado para su análisis.¹⁰⁵

La segunda distinción, debe referirse a las dificultades en la valoración de la prueba, y en especial del testimonio de la víctima. En ese sentido, entre esas dificultades se encuentran la presencia de sesgos y estereotipos, la valoración del testimonio de NNA y las inconsistencias o retrataciones en la declaración.

a) con relación a los sesgos y estereotipos sobre los hechos y la prueba testifical, debe entenderse el papel preponderante de la perspectiva de género, que cuando es correctamente entendida y aplicada como herramienta o método de análisis y control de los razonamientos judiciales, junto con los criterios básicos del sistema de valoración de la prueba penal establecidos en la Sana Crítica, se constituyen en criterios de control del razonamiento judicial que pueden dotar de suficiencia y racionalidad a la decisión, permitiendo no solo identificar dichos sesgos y estereotipos, sino también dar mayor atendibilidad a dicha declaración cuando la misma pretende ser descartada en cuanto a su fiabilidad por la tardanza o imprecisión de sus relatos, entre otros criterios que se excusan sobre máximas de experiencias espurias. No obstante, no otorga por sí mismo, la suficiente fuerza probatoria para establecer la responsabilidad penal del hecho, sino que posibilita aún más la atendibilidad y validación de la misma con el resto de los elementos de prueba para de esa forma llegar a una decisión¹⁰⁶. De ese modo, se establece, que el valor de prueba fundamental que se le otorga a dicha prueba en la jurisprudencia nacional e internacional, no puede ser entendida o asimilada al carácter de prueba suficiente cual si se tratase de prueba tasada, sino que necesariamente requiere de actividad probatoria corroborativa, aunque sea mínima pero pertinente y fiable¹⁰⁷; en tal sentido, se debe desechar la idea de que actúa como una forma de auxiliar de la valoración de la prueba que busca “la condena de los hombres” como se hubo identificado en la presente investigación.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Esta es una afirmación generalizada en el hallazgo 5 de la entrevista a los jueces y en el hallazgo 7 del análisis de las sentencias.

¹⁰⁷ En ese sentido, es que el Auto Supremo 179/2020 emitido por la Sala Penal del TSJ, ha establecido la importancia de tres pruebas para estos casos: declaración de la víctima, entrevista psicológica y los indicios.

De esa forma, la perspectiva de género, en el momento de la valoración del testimonio en juicio oral, debe enfocarse como máximas de la experiencia de indudable valor epistémico, en tanto que aportan criterios cognoscitivos sobre la base de los cuales se pueden realizar inferencias, sin reproducir los roles inherentes a la distribución asimétrica de poder existente entre hombres y mujeres.

b) Otro aspecto dificultoso en la valoración de la prueba testimonial, es la declaración de N.N.A., y la aplicación de la presunción de veracidad, mandato expreso de la ley¹⁰⁸, por la cual toda autoridad debe considerar verdadero lo indicado por una NNA, en tanto no se desvirtúe la misma, se aplica taxativamente por jueces. Como toda presunción relativa, al igual que la presunción de inocencia, admite prueba en contrario, y en tal sentido, la actividad probatoria es determinante. El argumento para justificar la mayor preponderancia en cuanto a la valoración de dicha declaración, no será por las consideraciones a la persona del testigo-víctima (NNA), sino la calidad de la información prestada, la forma en que se obtuvo, y que sea a su vez suficientemente corroborada¹⁰⁹, de donde se concluya que si la misma no es debida y pertinentemente contrarrestada por la hipótesis de la presunción de inocencia, motivara en consecuencia que la misma adquiriera un mayor peso epistémico y de justificación en relación al planteamiento que pueda realizar el acusado que no ha realizado la debida actividad probatoria para contraponerse a la misma. De ese modo es que funciona una adecuada comprensión de este principio procesal en la actividad probatoria, como regla de trato¹¹⁰. Y ¿qué papel se otorga al juzgamiento de género en este caso? Aporta precisamente aquella máxima de experiencia relativas al conocimiento normativo y empírico que otorgan un tratamiento más reforzado al testimonio, considerando para ello el análisis

¹⁰⁸ Art.193 inc. C) de la ley 548 Código Niña Niño y Adolescente.

¹⁰⁹ Esto en el sentido de la doctrina de la mínima actividad probatoria que se acoge el Auto Supremo 179/2020 de 17 de febrero, antes citado, cuando hace referencia a las pruebas esenciales para este tipo de casos: testimonio de la víctima, pericia psicológica y prueba indiciaria.

¹¹⁰ Debe dejarse de lado la idea de que la presunción de Inocencia es absoluta, por su carácter constitucional, ya que, en todo caso, la presunción de veracidad encuentra sustento constitucional y convencional en la interpretación que se tiene a través del SIDH con relación a los derechos de NNA víctima de violencia sexual, entre otros. Ambas presunciones deben ser comprendidas en su dimensión procesa en este tipo de situaciones, que es lo que interesa: como reglas de trato, regla probatoria y regla de juicio. Sobre esto último, véase el título Consideraciones finales, punto relativo a *Derechos en debate. Presunción de Inocencia, Testimonio único y perspectiva de Género*, pág.205-206.

pertinente y adecuado del contexto de violencia, un aspecto estructural que no puede faltar en un análisis de hechos que se considere con perspectiva de género.¹¹¹ En suma, debe comprenderse que ambas presunciones en juicio, tanto la de inocencia como la de veracidad, no deben verse afectadas por la aplicación de la perspectiva de género en su sentido más favorable para unos en perjuicio de otros, sino que su ponderación va más por la actividad probatoria que se proponga, ello en consideración a que al tratarse de presunciones *luris tantum*, están sujetos al tratamiento procesal que les corresponda de acuerdo a la fase del proceso.¹¹²

c) Así también, están las inconsistencias o retractaciones que se presentan en el testimonio de la víctima. Es uno de los aspectos más sensibles de abordar, pero a la vez de los más necesarios puesto que están muy relacionado a la credibilidad del testimonio. Se hubo precisado en las sentencias analizadas, casos en los cuales la retratación de la víctima no fue considerada como relevante por el tribunal, concluyendo en condena del encausado sobre la base del análisis de todas las declaraciones de la víctima, en especial la primera, ello a partir de su consistencia interna y precisión, y su corroboración por otros elementos de prueba. Este es un aspecto propio en la valoración de la declaración de la víctima, la cual no puede ser

¹¹¹ Así se tiene identificado en los puntos 1,2,3 y 4 de los hallazgos relativos a las entrevistas con los jueces; así también en el marco contextual, punto 7.2.1, pág.181 se desarrolla con mayor amplitud los vigentes marcos doctrinales y jurisprudenciales en relación al tema. A la par de ello, no debe atribuirse solamente al juzgamiento con perspectiva de género el otorgar mayor valor reforzado al testimonio de la víctima-testigo, sino que dicha condicionante ya se tiene establecida como una generalización empírica, o máxima de la experiencia aplicable a la prueba testimonial, que, como refiere Aguilera (2020, p.32) se articula del modo siguiente: “si alguien dice haber presenciado ciertos hechos, normalmente estos ocurrieron y lo hicieron de la forma en la que el testigo lo describe, salvo que existan razones para dudar, entre otras cosas, de la precisión del testimonio y/o de la honestidad del declarante”. Esto reafirma una vez más la importancia de la prueba testifical en el proceso penal.

¹¹² En ese sentido, el Auto Supremo 268/2022-RRC de 21 de abril, estableció lo siguiente: “IV.2. (...) Con el fin de garantizar el respeto del derecho de la niña, niño o adolescente, al acceso a la justicia, a ser oído y tomado en cuenta durante el proceso judicial que le involucre, se debe tomar en cuenta la regla de credibilidad de la declaración o testimonio hecho por una niña, niño o adolescente, en base al principio procesal de presunción de verdad y considerando su derecho de participar activamente en la promoción, protección y vigilancia de sus propios derechos, a no ser que se demuestre falsedad o contradicción grave.

Lineamientos de Actuación: a) Bajo el principio de presunción de verdad, todo testimonio y declaración hecha por una niña, niño o adolescente, será tomada como cierta, no se considerará éste carente de credibilidad por su edad, siempre que cuente con el desarrollo necesario para prestar un testimonio o declaración inteligente y razonable de acuerdo a la valoración psico-social hecha por el Equipo Profesional Interdisciplinario. b) La valoración de la declaración o testimonio de la niña, niño y adolescente se hará de acuerdo a su edad, grado de desarrollo, condiciones y los informes especializados emitidos por el Equipo Profesional Interdisciplinario. c) La inconsistencia grave de la declaración o testimonio de una niña, niño o adolescente deberá ser demostrada ya sea por informes especializados del Equipo Profesional Interdisciplinario o prueba contraria, si por este motivo no se toma en cuenta dicho testimonio se le debe informar a la niña, niño o adolescente, aclarándole las razones”.

considerada de forma aislada y ende, debe también apoyarse en otros indicios (elementos de prueba) que, a la luz de las características en las que se desarrolla la violencia de género, permiten llenar los vacíos que puedan dejar la ausencia de la declaración de la víctima o su retractación¹¹³. Esta es una buena práctica en el sentido de procurar la no revictimización de la misma¹¹⁴.

No obstante, la investigación también arrojó datos en torno al inadecuado abordaje en la recepción del testimonio de la víctima que se constituyen en prácticas de victimización secundaria y de discriminación con las que se topan las mujeres durante el procedimiento judicial también socavan la actividad probatoria, que dan lugar a la toma de decisiones que perpetúen aún las asimetrías y desigualdades en el acceso a la justicia de parte de las víctimas de estos hechos, como es el caso de las reiteras citaciones a declarar sobre los mismos hechos, y sobre lo cual, se hubo manifestado la Corte IDH en el caso *Lozada Angulo vs. Bolivia*, párr.116.¹¹⁵

4.2. Con relación a las deficiencias probatorias, las mismas presentan aspectos muy distintos a los antes referidos, y ello es recurrentemente identificado en la investigación¹¹⁶, aunque confundido con lo que implican las dificultades probatorias antes analizadas. Y es que en este punto se reafirma la escasa actividad probatoria del Ministerio Público, siendo que por mandato legal del art. 94 de la ley 348, corresponde al mismo recabar de oficio todos los elementos que den cuenta de la existencia de violencia en la víctima.

4.2.1. En ese sentido, se debe considerar en este punto el deber de debida diligencia con perspectiva de género¹¹⁷, la cual obliga al Estado a realizar una

¹¹³ Al respecto, se hubo hecho referencia en el presente trabajo al principio de Amplitud Probatoria, que consagra este tipo de análisis en la valoración del testimonio, y en especial de la retractación del mismo. pág. 203

¹¹⁴ Punto 7.2.3., del marco contextual.

¹¹⁵ En ese sentido, en los hallazgos del análisis de sentencias, se hubo identificado que la víctima, adolescente, fue sometida a tres entrevistas, bajo el argumento de no haber identificado con claridad a su agresor, siendo la última realizada en cámara Gesell, durante el juicio oral, en donde la misma se retractó de la denuncia inicial, sumado al hecho de la escasa producción de mayor prueba por parte de la fiscalía, derivó en la absolución del acusado ante la duda razonable instaurada en el tribunal. Cabe resaltar que tanto la víctima como el agresor eran familiares cercanos, tío-sobrino.

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ Dichas denominación y obligación, surge a partir del caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*.

investigación exhaustiva tomándose en cuenta su complejidad y el contexto mismo del hecho, puesto que, como refiere la misma Corte IDH, esta obligación es de medios y no de resultado¹¹⁸, ello implica que la ausencia de las referidas diligencias, o la realización deficiente de las mismas a fin de esclarecer las versiones o relatos de la víctima, generan una carencia de elementos técnicos certeros e imprescindibles para la ponderación de las mismas y el esclarecimiento de toda la verdad que se persigue en el proceso penal, lo cual tiene notaria influencia en la decisión final a asumirse por el juez, lo cual repercute en el ámbito de la impunidad en este tipo de casos.

Y este es un punto sustancial, ya que, en cierto modo, debe visualizarse que la labor del juez o la jueza es una parte de toda una estructura encaminada, por lo menos en la teoría, a establecer los métodos o reglas para llegar a la verdad en estos hechos. Y en ese sentido, cobra importancia lo que pretende abordarse a través de la epistemología jurídica, cuando se busca analizar las formas en que ese conocimiento puede ser alcanzado al cuestionar ciertas prácticas nocivas a esos intereses, en donde se logre un equilibrio racional entre el resguardo de garantías de acusado y víctimas.

Debe considerarse quizás que en cierto modo, y aunque parezca exagerado, que el actual sistema penal en estos casos, parte de “presuponer” la culpabilidad del encausado, por lo menos se reflejan en cierto modo en los casos de NNA, y en gran medida por la mala comprensión del juzgamiento con perspectiva de género, por el cual, ante la simple mención a la naturaleza fundamental del testimonio de la víctima, a la presunción de veracidad de la misma, tanto en NNA como en mujeres adultas, ha ocasionado en gran parte de los casos analizados, un relajamiento de la actividad probatoria, especialmente en la actividad investigativa dejando de lado la búsqueda del contexto de prueba en los hechos de violencia sexual, que ha tenido incidencias a su vez en los jueces, ello en razón de asumirse que se debe llegar a la sanción necesariamente, a fin de no dejar en la impunidad los mismos, dejando de lado que la obligación que asume el Estado a través de los compromisos

¹¹⁸ Corte IDH, *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, párr. 136

internacionales y la aplicación de los estándares antes descritos, es de asegurar la realización de todas las actividades tendientes a la constatación del hecho relato por la víctima, con todas las garantías necesarias y sin ningún tipo de discriminación de ningún tipo, permitiendo el acceso eficaz a la justicia. Como se indicó anteriormente, es una obligación de medios y no de resultados, de donde se entiende que si la investigación que no necesariamente llegue a la condena del autor/res, deje en impunidad el hecho, si en el desarrollo de la misma, se hubieron realizado y cumplido todas las diligencias debidas que se deben observar.

En palabras de Aguilera (2020) con estas prácticas, se crean “condiciones para que Ministerios Públicos, policía de investigación, incluso de peritos, sucumban en sus labores cotidianas y en perjuicio de los acusados, a la influencia de los vicios cognitivos que en la literatura especializada se conocen como visión del túnel y vicio de confirmación”. (p.28)¹¹⁹

4.3. Dentro de este mismo aspecto, en la investigación se establecieron dos hallazgos relevantes en relación al tratamiento de los esquemas de argumentación en estos casos.

El primer aspecto¹²⁰, hace referencia que las herramientas con las cuales las y los jueces sustentan sus razones para no dar credibilidad a la retratación de la víctima; se sostienen en los parámetros que establece la doctrina penal nacional y la jurisprudencia de la Corte IDH, en donde se plasman básicamente las ideas sobre las cuales los y las jueces construyen sus razonamientos; si bien ello de ninguna manera puede ser considerado como inadecuado, más al contrario refiere el estricto apega al control de convencionalidad en estos casos, limita sin embargo, el ejercicio de una motivación mucho más racional, que no sea precisamente justificada en la adecuación de hechos a los parámetros de dichos fallos, sino que contenga un análisis contrastable y que proporcione a su vez sólidas bases epistémicas y científicas.

¹¹⁹ Sobre los vicios o sesgos cognitivos como también se denominan, se hubo abordado este asunto en el marco teórico, 6.2. Sesgos y Estereotipos, sobre el alcance de los vicios indicados. pág. 161-164

¹²⁰ Véase punto 4 de los hallazgos relativos al análisis de las sentencias.

El segundo aspecto¹²¹, son los criterios o esquemas de la jurisprudencia comparada, que son utilizados para analizar tanto la credibilidad del testimonio. La declaración de la víctima viene a constituirse en el eje central de la investigación, y de la valoración de los hechos y la prueba, ya que, en relación a la misma, es que se desarrolla la labor de corroboración de la misma, sustentándose en criterios asimilados de doctrina y jurisprudencia penal comparada, tales como la ausencia de credibilidad, verosimilitud y persistencia, al cual se acompaña la cita de los criterios y estándares de la Corte IDH. Incluso, se tiene acogido ciertos criterios en relación al análisis de diferentes parámetros para dar fiabilidad a la retractación de la víctima¹²². Lo llamativo es que dichos criterios son considerados al momento de realizar la fundamentación jurídica de la sentencia, es decir, a fin de justificar la adecuación del hecho al tipo penal respectivo, en un análisis netamente teórico penal, cuando en realidad, tienen su objetivo principal el análisis del testimonio de la víctima y los aspectos circundantes al mismo.

Cabe establecer que en relación a dichos criterios, su utilidad se centra más en contextualizar la situación en torno a la declaración de la víctima, de allí que su utilización en la fundamentación jurídica de una sentencia, no sea muy adecuada, ya que en cierto modo, si es que se entiende correctamente su aplicación, puede contribuir al análisis de credibilidad y fiabilidad del testimonio, muy necesario especialmente en los casos de escasos de elementos de prueba y retractación de la víctima principalmente. En consecuencia, es una labor que corresponde realizarse al momento de la valoración individual de la prueba testifical, y como tal, debe enfocarse precisamente en las razones y factores que permitan establecer su fiabilidad.

Abordaje científico en la valoración del testimonio.

1. Se ha evidenciado que para la valoración de la prueba en casos de violencia sexual, el juez no puede acudir a un solo método de interpretación para establecer

¹²¹ Véase punto 5 de los hallazgos relativos al análisis de las sentencias.

¹²² Véase el capítulo referido al Diagnóstico, pág.286-287, en donde se analiza una sentencia absolutoria sobre la base de la retratación de la víctima y los criterios considerados por el tribunal para dar fiabilidad y validez a la misma.

la veracidad de la declaración de la víctima de violencia sexual, el cual esta generalmente regido por la libre valoración, conforme al art.171 del CPP, a partir del cual los operadores judiciales realizan una valoración, en teoría, conforme a la Sana Crítica, pero que en la realidad muchas veces se ciñe a la verificación de los gestos, movimientos físicos, forma de la declaración, entre otros aspectos para generar convencimiento a momento de establecer la veracidad de dicha declaración, situación que subjetiviza más el conocimiento y por ende la forma de valoración de la credibilidad y fiabilidad del testimonio

Precisamente en ello radica la importancia en cuanto al aporte de los esquemas de análisis que propone la psicología del testimonio para el abordaje de la declaración testifical de la víctima, desde un enfoque necesariamente científico, en el que el juez sepa o identifique determinados aspectos esenciales de esta ciencia al momento de la valoración probatoria.

2. Consideresé que, entre los muchos casos en los que esta ciencia puede aportar, se identifica principalmente al momento de dar la fiabilidad a la declaración de la víctima, en especial cuando la misma presenta inconsistencias o contradicciones que muchas veces son mal interpretadas por jueces, fiscales y abogados. Precisamente, una variable debe ser tomada muy en cuenta, está referida a las consecuencias que estos hechos pueden producir en la memoria de las víctimas y que pueden repercutir en ciertas imprecisiones, que de ningún modo deben afectar la credibilidad de la víctima.¹²³ Los jueces, deben considerar el hecho de que, en el testimonio de la víctima, se produzcan errores sinceros, que no necesariamente impliquen la falsedad del mismo. Estos pueden derivarse por distintos factores, como el de percepción y recuperación del recuerdo que afectan a la memoria; de lo contrario se estaría dando la espalda a los aportes de la ciencia al estudio y práctica jurídica, de allí la necesidad de dotar de mayor conocimiento sobre la misma a los impartidores de justicia.

3. El principal obstáculo a superar para la implementación de este tipo de análisis cualitativo, es matizar la llamada presunción de veracidad que se aplica tanto en el

¹²³ Corte IDH, Fernández Ortega y otros vs. México , párr. 91

testimonio de NNA como de mujeres adultas, especialmente cuando se dan un inadecuado alcance al concepto de “prueba fundamental o esencial”, como se ha indicado en párrafos anteriores. En ese entendido, la evaluación del testimonio tiene que ser realizada caso por caso, bajo un nuevo paradigma que deje atrás aquella máxima de experiencia espuria o dudosas, que dotan a los jueces de poderes sobrenaturales para saber cuándo un testigo miente o no, con tan solo ver sus gestos, y demás aspectos físicos¹²⁴. Lo que plantea la propuesta en este punto, es el abordaje de esta labor bajo un enfoque interdisciplinario, sustentado en las reglas propias de valoración de la prueba en el proceso penal, en un dialogo directo con la epistemología jurídica y la psicología del testimonio.

En ese sentido, el conocimiento de este tipo de ciencias por parte de los jueces es un aspecto que no puede ser rechazado, e implícitamente está contenido dentro de la Sana Critica, en cuanto se hace referencia a los conocimientos científicos.

4. Por último, pero no menos importante, es el hecho que el primer abordaje de la declaración de la víctima, no solo en capitales sino también en áreas rurales donde la situación desconocida, es un aspecto que debe ser correctamente estructurado y realizado, más aún cuando se trata de víctimas Niña Niño y Adolescente (NNA), sobre los cuales debe existir una adecuada preparación del profesional encargado de realizar las mismas. Esto constituye además una de las consideraciones que se tienen en la Sentencia de la Corte IDH Angulo Lozada vs. Bolivia, en su párr.105.

Importancia del Esquema de argumentación propuesto y su validación.

1. Como se tiene establecido en párrafos precedentes, el análisis de la declaración de la víctima, resulta muy complejo y de conocidas dificultades probatorias, las cuales se acrecientan aún más si no son diligentemente abordadas desde el primer momento de la investigación, con una adecuada comprensión de los alcances de aplicación de los instrumentos nacionales e internacionales y, con una adecuada contextualización de los hechos como elementos esencial, todo ello a fin de

¹²⁴ Este aspecto se aborda en el llamado “mito de la detección de mentiras”, pág.132-133

garantizar que la o el juez asuma una adecuada comprensión del fenómeno de la violencia sexual y sobre la cual se le pide una decisión justa y motivada.

En ese sentido, la valoración de la prueba en materia penal exige que la misma sea de forma individual y luego en conjunto. La valoración individual persigue establecer el grado de fiabilidad de la misma, en este caso el testimonio, y la conjunta tiene por objeto confirmar o aceptar las distintas hipótesis o proposiciones fácticas que se plantean en la acusación o por la defensa de acusado. Estos aspectos no son cubiertos en las distintas sentencias que se analizaron, sin embargo, coinciden casi todos en que el eje central de este momento se centra en la declaración de la víctima y su corroboración por otros elementos, análisis que resulta suficiente pero limitado en términos de una adecuada motivación de la decisión probatoria.

La no valoración individual de la prueba hace imposible comprender las razones del por qué un determinado elemento de prueba resulta relevante, pertinente o fiable, ya que en esa labor intervienen muchos factores, como ser la sana crítica, la misma perspectiva de género, y también el contexto de los hechos, en especial cuando se hace referencia a la declaración de la víctima. No se garantiza de ese modo, la garantía de control y revisibilidad de dicho razonamiento en apelación.

De otra parte, la no ponderación conjunta de todos aquellos elementos de prueba hace inviable de igual modo el mejor conocimiento del porque el juez se decide o se inclina por determina hipótesis al momento de valorar en conjunto todo el acervo probatorio. Y más aún, cuando en dicha actividad, se debe tener claro cuáles son los hechos sobre los cuales debe girar dicha valoración conjunta para su acreditación, de modo que, la contextualización de la declaración de la víctima es fundamental para establecer precisamente dicha actividad. Al no contarse con un claro esquema que en ese sentido guie dichas actividades, difícilmente se podrá indicar que se hubo averiguado la verdad de los hechos, cuando los mismos no están debidamente identificados, ni mucho menos abordados en cuanto a los aspectos que requieren ser tratados en la temática de los hechos de violencia sexual, y su abordaje íntegro. Lo que se tendrá serán sentencias acomodadas a los criterios establecidos por los estándares internacionales, pero modo alguno, ajustados a los

criterios de razonamiento probatorio necesarios que el derecho interno establece garantía de seguridad jurídica y certeza en la decisión, acorde a una realidad social y cultural que demanda respuesta clara, precisas y razonables.

2. Es evidente que dichos criterios o reglas tradicionales del proceso penal aplicadas a la valoración de la prueba, deben también adecuarse a los nuevos esquemas de análisis de los hechos de violencia, no obstante, esa labor puede ser viable y necesaria, si es que se cuenta con las herramientas que permiten precisamente dicha finalidad, de modo que no se verían afectados los cimientos del proceso penal en su componente de razonamiento sobre los hechos y la prueba. Al fin de todo, valorar la prueba con perspectiva de género, es valorar la misma de forma racional.¹²⁵

Es así que el esquema argumentativo propuesto posibilita una mejor labor de valoración y justificación fáctica y probatoria en la decisión, como garantía del debido proceso establecido en el art.115 de la CPE, recogidos también en los principios rectores establecidos en los arts. 86 en adelante, de la Ley No.348, Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida libre de Violencia, en plena concordancia con la normativa expresa que en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos propugna para su observancia en la resolución de los hechos de violencia sexual.

3. El esquema de valoración individual que se propone, dota de herramientas que permiten un mejor y adecuado análisis de la fiabilidad del testimonio de la víctima, despojado de todo subjetivismo que implica el hecho de considerar los gestos, los movimientos corporales y otras situaciones que los mismos jueces han manifestado considerar al momento de establecer la credibilidad o no del testimonio de la víctima.

En ese sentido, y dado que además en los hallazgos que se tiene de las entrevistas y análisis de casos, se identifican el uso de criterios guías que la jurisprudencia comparada prevé, los cuales no son adecuadamente abordados por los jueces en sus sentencias, pero que sin embargo, encuentran una utilidad dentro de este

¹²⁵ Véase las consideraciones finales al marco teórico y contextual. Derechos en debate (8.2.) pág.209.

esquema, precisamente para establecer los argumentos o razones que permitan considerar más el grado de fiabilidad del contenido del testimonio de la víctima, que las referidas a la víctima por su sola condición.

Eso último, es lo que busca este esquema, centrarse más en el testimonio de la víctima, en contraposición a la actual realidad: se cree en el relato de la víctima, por su condición de tal, por su edad o porque la jurisprudencia internacional la ha catalogado como un sector vulnerable que necesita una atención prioritaria; y no es que ello sea errado, pero sin lugar a dudas es lo que más se ha visto que es lo que se considera primer lugar y sobre todo, ocasionando decisiones limitadas en su motivación, y solo encasilladas en lograr que se encuadren a los estándares internacionales sin ofrecer razones y motivos racionales que sean fruto de una correcta valoración y comprensión del contexto de violencia en la víctima; en el esquema propuesto no sucede ello, sino que se busca centrar el análisis en el contenido de su declaración, a través del uso de los criterios antes identificados en la jurisprudencia comparada (credibilidad subjetiva, entre otros), a los cuales se suma los aportes que la psicología del testimonio puede dar para que el razonamiento no solo se centre en las cualidades de la víctima, sino también en aspectos científicos del conocimiento que bien pueden ser abordados y ponderados, y que dotan de mayor consistencia y valor epistémico al análisis que pueda realizar el o la juzgador/ra. A través del estudio de los procesos de memoria y recuerdo, se podrá comprender de mejor forma, como es que la declaración de la víctima puede no ser persistente o clara en ciertos aspectos, pero aun así, encontrar justificación a ello sin que ello implique necesariamente forzar argumentos apartados de la sana crítica con la finalidad de condenar; así también, identificar al margen de los gestos y demás movimientos corporales, los estados o procesos cognitivos pertinentes que permitan comprender de forma racional, los distintos factores que inciden en la memoria y la capacidad de recordar claramente ciertos eventos. En suma, se busca la obtención de razones epistémicamente válidas a fin de establecer si verdaderamente lo descrito por la víctima puede ser válido y fiable.

A la par de ello, el esquema propuesto permite también ubicar de forma pertinente el momento exacto en donde se debe realizar el análisis sobre la credibilidad y fiabilidad del testimonio de la víctima, en especial cuando la misma es imprecisas o contradictorio, o en último caso, se retracta, de esa forma, ese análisis se traslada de la fundamentación jurídica de la sentencia, al momento adecuado en donde se debe establecer las razones del porque esa declaración, va a ser aceptada como fiable.

Se considera un aporte necesario en aras de dotar de claridad a la sentencia y a su vez de coherencia a la argumentación probatoria en esta etapa del proceso.

4. Los componentes de la valoración conjunta que se asumen como necesarios en la presente investigación, de igual forma viene a suplir una necesidad muy sentida en la actual administración de justicia, tal cual se ha logrado identificar.¹²⁶

Dado que, en este momento se tiene que establecer cuál de las hipótesis en debate pueden ser admitidas a la luz de todos los elementos de prueba valorados individualmente, el orden en que se realice dicha labor tiene que ser preciso. No se pretende establecer con ello un sistema de prueba tasada, sino que dichos criterios pueden ser útiles para ordenar los razonamientos de forma que posibiliten la mejor comprensión de las razones expuestas y a su vez garanticen el ejercicio del debido proceso en lo refiere el derecho a la defensa y el derecho a recurrir.

Este esquema parte de la necesidad de saber identificar el problema jurídico puesto en debate, esto puede ser la pretensión del acusador, una conclusiones o aseveraciones que se afirma como cierta o no, para que de allí se identifique los elementos de prueba que sustentan o den origen a las razones por las cuales se dará por estimada o no dicha afirmación o negación; y es ese el momento en el cual los razonamientos del juzgador, son sometidos al control de la sana critica o la perspectiva de género.

En ese momento también se dan dos situaciones: la primera es que se establecen los elementos que puedan respaldar dichas aseveraciones del juzgador, allí ingresa

¹²⁶ Véase el esquema grafico No.8, correspondiente a los resultados de las entrevistas a los jueces, pág. 248

la doctrina, la jurisprudencia nacional o internacional que sobre el tema que se plantea, sean aplicados de forma vinculante, de ese modo se suple una realidad actual, que muestran que las sentencias en este tipo de casos, están estructuradas por citas de distintos fallos internacionales, pero que no tiene relación o pertinencia alguna al caso, y ello es una garantía también de debida justificación para los casos de violencia sexual. El otro aspecto, es que se puede establecer también el análisis de los argumentos que refuten dichas razones, es decir, al momento en que el o la juez expresa sus razones a favor de determinada hipótesis, puede también realizar la comparación de las razones que pueda exponer el contrario, para de esa forma establecer si las mismas son más respaldadas que las que aporta o no el contrario, de ese modo se consagra de forma clara el sistema de valoración racional de la prueba, que exige precisamente la labor de contrastación de posturas, y que debe estar plasmado en la resolución.

Por último, nada impide que estos esquemas, sean aplicados de igual forma a la valoración del testimonio que se recibe en cámara Gesell o por pericias psicológicas, dado que las mismas están sujetas también a la corroboración, que es propia de la actividad probatoria diligente que debe imperar en estos hechos.

5. Los esquemas referidos, han sido favorablemente validados, ya que se reconoce su utilidad y pertinencia en cuanto a su aplicación, e implícitamente, el cambio de ciertos paradigmas hasta ahora asimilados en relación a la valoración de la prueba con perspectiva de género. Cuando se llega a comprender a profundidad la utilidad de cada uno de los componentes del sistema de valoración de la prueba penal, el alcance y aplicación de la perspectiva de género, el aporte que en esa labor puede brindar el conocimiento de ciertas ciencias sociales como la psicología del testimonio, entre otros aspectos más que se han desarrollado en el presente trabajo, debe quedar aún lado aquello que se propugna en relación a la impunidad de estos hechos y que se condena o absuelve a los supuestos agresores sin ningún tipo de fundamento.

En ese sentido, en estos casos donde el sistema penal depende prácticamente de la evidencia que emerge de una fuente personal de prueba como lo es el testigo-

victima, no está libre de caer en errores en cuanto a los resultados de la ponderación de dicho testimonio, de allí que se justifique la necesidad de plantear estos esquemas de argumentación sustentados desde un enfoque interdisciplinar como se tiene indicado en líneas arriba, a fin de procurar minimizar la ocurrencia de errores, conocidos en la doctrina como los llamados falsos positivos o falsos negativos, sobre los cuales se debe profundizar su estudio en la realidad nacional.

6. La obligación de administrar justicia con independencia, imparcialidad y otros, valores, se suma también la probidad e idoneidad en la labor que se asume, y ello va en garantía de la víctima como del imputado de un adecuado acceso a la justicia con una análisis y enfoque de género; entonces, cuanto mayor elemento cuente un juez para lograr ese equilibrio, mejor será la calidad de sus fallos, y mejor aún será la percepción social de haberse aplicado el derecho, lo más cercano posible al valor justicia. Claro está, que ello depende no solo del juez o la jueza, sino de toda una estructura institucional que debe también coadyubar y cumplir su labor en aras de logra una mejor comprensión de fenómeno de la violencia sexual y su eficaz prevención.

RECOMENDACIONES.

En relación con la teoría y la práctica judicial en las decisiones judiciales.

- Abordar de manera más profunda, el estudio del razonamiento probatorio en general, no solo en fase de juicio oral, sino también en fase de recurso, dentro de lo que son los ámbitos académicos de formación, no solo judicial como lo es la Escuela de Jueces del Estado o la Escuela de Fiscales, sino también desde las mismas universidades.

En relación a la transcendencia en la aplicación de la Psicología del Testimonio en la valoración del testimonio

- Insertar en la malla curricular de formación y capacitación de la Escuela de Jueces del Estado, la capacitación en lo que refiere la psicología del

testimonio, en sus componentes esenciales a fin de permitir al juez su adecuado uso a los casos particulares.

- Reforzar el abordaje inicial que se realiza a la víctima de hechos de violencia sexual, al momento de la toma de declaración, por parte del Ministerio Público y la intervención de profesionales debidamente especializados en el testimonio. Para ello las instancias gubernamentales locales, departamentos y nacionales deben propiciar planes de fortalecimiento en la dotación del personal especializado en el abordaje del testimonio de víctimas en este tipo de hechos.

En relación con el esquema de argumentación propuesto y su validación.

- Abordar, desde el ámbito legislativo la consideración de la responsabilidad del Estado por el error judicial con mayor profundidad, en ese sentido, debe analizarse los alcances del art. 425 del CPP en relación a la no valoración de la prueba que dio lugar a la sentencia condenatoria, en especial en relación a los hechos de violencia sexual, en caso de nuevo juicio, dada la dificultad probatoria que ello implica, dejando únicamente a la declaración de la víctima como único elemento que no puede ser tampoco dejado de lado.
- Consolidar la aprobación un Código de Procedimiento Penal que sistematice todas las normas y procedimientos especiales que correspondan y en especial los aspectos centrales en relación a lo hechos de violencia hacia la mujer y NNA. Ello en razón a que los aspectos que se tienen indicados en la ley 348 en relación al tema, son escasamente desarrollados en lo que refiere principalmente a la adecuada comprensión y aplicación de los principios y reglas probatoria para este tipo de casos.

Bibliografía

- Aguilera, E. (2020). Una propuesta de aplicación de la Epistemología jurídica a la investigación del delito. En J. F. Vázquez, *Del Derecho al razonamiento probatorio* (págs. 17-44). Buenos Aires: Marcial Pons.
- Alvarez, A. (2011). La Prueba de los hechos y las teorías de la argumentación. En C. A. Luis, *Interpretación y Argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales* (págs. 55-63). Buenos Aires: Marcial Pons.
- Alvarez, F. (11 de noviembre de 2021). *El testimonio como tópico de la epistemología social*. Recuperado el 19 de noviembre de 2022, de Critica. Revista latinoamericana de ensayo: <https://critica.cl/filosofia/el-testimonio-como-topico-de-epistemologia-social>
- Amaya, A. (2015). Coherencia, virtud y prueba en el derecho. En A. Páez, *Hechos, evidencias y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*. (págs. 37-63). Bogotá: Uniandes.
- Andrés Ibañez. (2020). En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Questio facti: Revista Internacional sobre razonamiento probatorio* (1), 75-102. doi:https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22364
- Andrés Paez y Janaina Matida. (2023). "Epistemic Injustice in Criminal Procedure" [Injusticia epistémica en el proceso penal]. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol.9 n.1, 11-38. doi:<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.821>
- Antonio Manzanero y Jose Muñoz. (2011). *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio. Reflexiones psico-legales*. Recuperado el 02 de abril de 2023, de Repositorio de la Universidad Complutense de Madrid: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/12544/>
- Antonio Manzanero y Jose Muñoz. (enero de 2011). *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: reflexiones psico-legales*. Recuperado el 07 de junio de 2023, de Universidad Complutense de Madrid: https://eprints.ucm.es/id/eprint/12544/1/CREDIBILIDAD_DEL_TESTIMONIO.pdf
- Arandia, I. (2010). El diseño de un proyecto de investigación con enfoque socio-jurídico-III. La estrategia metodológica. En I. Arandia, *Bases metodológicas para la investigación del Derecho en contextos interculturales* (págs. 207-235). Sucre: Instituto de la Judicatura de Bolivia.
- Araya, M. (2020a). Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal. *Revista de estudios de la Justicia* No.32, 35-69. doi:<https://doi.org/10.5354/0718-4735.2020.56915>
- Araya, M. (2021b). Acceso a la justicia, violencia de género y desigualdades invisibles al proceso penal. En P. Rovatti, *Manuela sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal* (págs. 187-224). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Arocena, G. (2020). *¿De verdad? Prueba, racionalidad y verdad en el procedimiento criminal*. Lima: CEJI-ZELA.
- Atienza, M. (2011). Argumentación y Constitución. En C. A. Luis, *Interpretación y Argumentación Jurídica. Problemas y perspectivas actuales* (págs. 79-114). Buenos Aires: Marcial Pons.
- Balleza, C. (11 de diciembre de 2019). *El derecho a probar: los retos que conlleva la libre apreciación de la prueba en la toma de la decisión penal*. Recuperado el 10 de mayo de 2023, de Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-derecho-probar-los-retos-que-conlleva-la-libre-apreciacion-de-la-prueba-en-la-toma-de>
- Barrios, B. (2003). Teoría de la Sana Crítica. *Revista científica Opinión Jurídica*, 2(3), 99-132. Recuperado el 13 de febrero de 2022, de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1338>
- Betham, J. (2020). *Tratado de las pruebas judiciales*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Buenahora et. al. (junio de 2010). *Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*. Obtenido de Corporación Humanas: <https://www.humanas.org.co/estudio-de-la-jurisprudencia-colombiana-en-casos-de-delitos-sexuales-cometidos-contra-mujeres-y-ninas-2/>
- Bustamante, J. (febrero de 2021). *Sesgos cognitivos en la valoración individual de la prueba*. Recuperado el 04 de marzo de 2021, de Universitat de Girona. Centre d'Estudis de Postgrau: <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/19419>
- Calderón, J. (2019). Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*(48), 115-135. Recuperado el 12 de febrero de 2021, de <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/485>
- Carmen Vazquez y Mercedes Fernandez. (2022). La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba. En J. F. Beltrán, *Manual de Razonamiento Probatorio* (págs. 289-345). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Caro, D. (2006). Las Garantías Constitucionales del proceso penal. En K.-A.-S. E. V., *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano Tomo II* (págs. 1027-1045). Montevideo: FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY. Recuperado el 08 de 05 de 2023, de https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=871a16c7-57d7-7755-f0be-a36421a780e3&groupId=271408
- Carrillo Y. y Luna F. (2021). Aproximaciones conceptuales al razonamiento de los hechos, la verdad y la prueba. *Juridicas CUC Vol.17 No.1*, 173-210. doi:<https://doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.07>
- Caso Angulo Losada vs. Bolivia, Sentencia (Corte IDH 18 de noviembre de 2022). Recuperado el 12 de marzo de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_475_esp.pdf

- Caso Angulo Lozada Vs. Bolivia (Corte IDH 18 de noviembre de 2022).
- Caso Espinoza Gonzales Vs. Perú, Sentencia (Corte IDH 20 de noviembre de 2014). Recuperado el 01 de 05 de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf
- Caso V.R.P., V.P.C.* y otros vs. Nicaragua, Sentencia (Corte IDH 08 de marzo de 2018). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf
- Catedra de Cultura Juridica. (08 de enero de 2020). *Jordi Ferrer: La paradoja de la valoracion de la prueba y la perspectiva de género*. Obtenido de Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=SIsoI3WQLy4>
- CEDAW. (03 de agosto de 2015). *Recomendacion General 33 sobre acceso de las mujeres a la justicia*. Obtenido de ONU. Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fcfcca.html>
- Chaves, J. (2021). *Como piensa un Juez. El reto de la sentencia justa*. Madrid: Wolters Kluwer-Bosch.
- CIDH. (09 de diciembre de 2011). *Informe: Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. Recuperado el 23 de mayo de 2023, de Comision Internamericana de Derecho Humanos: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINA L.pdf>
- Comite para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer. (03 de agosto de 2015). *Recomendación general núm. 33 sobre el acceso sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. Recuperado el 08 de 05 de 2023, de Naciones Unidas-CEDAW: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (26 de noviembre de 2005). *Acuerdo Plenario No.2-2005-CJ/116*. Recuperado el 12 de febrero de 2023, de Poder Judicial del Perú: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_acuerdos_plenarios/as_AcuerdosPlenariosenMateriaPenal/as_AcuerdosPlenarios2005/
- Corte Suprema de Justicia del Perú. (30 de mayo de 2012). *Acuerdo Plenario No. 1-2011/CJ-116*. Recuperado el 12 de febrero de 2023, de Poder Judicial del Perú: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_acuerdos_plenarios/as_AcuerdosPlenariosenMateriaPenal/as_AcuerdosPlenarios2011/
- Corte Suprema de Justicia del Perú, Casacion No.1441-2017 Apurimac (Sala Penal Permanente 02 de octubre de 2018). Recuperado el 01 de 05 de 2023, de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Casacion-1441-2017-Apurimac-LP.pdf>
- De Paula, V. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al dialogo con la psicologia y la epistemologia*. Madrid: Marcial Pons.
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Lima: CEJI-ZELA.

- Di Corleto y María Pique. (2017). Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género. En J. Hurtado, *Género y Derecho Penal* (págs. 409-433). Lima: Instituto Pacífico.
- Di Corleto, Julieta. (2022a). "Cultura de la Violación" y razonamiento judicial. Los estereotipos sexuales en la jurisprudencia de las altas cortes de la región. En F. J. Arena, *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*. (págs. 327-359). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Di Corleto, Julieta. (2015b). La valoración de la prueba en casos de violencia de género. En F. P. Hazan, *Garantías constitucionales en el proceso penal* (págs. 1-16). Editores del Puerto. Obtenido de https://www.academia.edu/26028109/La_valoraci%C3%B3n_de_la_prueba_en_casos_de_violencia_de_g%C3%A9nero
- Diges, M. (28 de diciembre de 2015). *La utilidad de la Psicología del Testimonio en la valoración de prueba de testigos*. Recuperado el 02 de abril de 2023, de Pensamiento Penal. Doctrina: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42675-utilidad-psicologia-del-testimonio-valoracion-pruebas-testigos>
- Elena Rocca y Angélica Rocca. (2022). Jurisprudencia constitucional sobre la revictimización en casos de delitos basada en género. *Revista de Derecho Público*(60), 51-72. Recuperado el 29 de noviembre de 2023, de <https://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/168/150>
- Equis. (2017). *Metodología para el Análisis de las decisiones jurisdiccionales desde la perspectiva de Género*. Recuperado el 14 de octubre de 2022, de Equis Justicia para las mujeres: <https://equis.org.mx/metodologia-para-el-analisis-de-las-decisiones-jurisdiccionales-desde-la-perspectiva-de-genero/>
- Facio A. y Fries L. (2005). Feminismo, género y patriarcado. *Academia. Revista de enseñanza del Derecho de Buenos Aires*(3), 259-294. Recuperado el 22 de noviembre de 2023, de <https://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/jspui/bitstream/123456789/122/1/RCIEM105.pdf>
- Facio, A. (2002). Con los lentes de género se otra justicia. *El otro derecho*(28), 85-102. Recuperado el 22 de noviembre de 2023, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ea00b98043f84b9b9bb8bf009dcdef12/15.+Con+los+lentes+del+g%C3%A9nero+se+ve+otra+justicia.pdf?MOD=AJPERES>
- Ferney Rodriguez y Juan P. Tuirán. (30 de agosto de 2011). La valoración racional de la prueba. *Revista Jurídica CUC*, 07(1), 191-208. Recuperado el 04 de enero de 2023, de <https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/421>
- Ferrer, J. (2005a). *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2007b). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2022c). Los momentos de la actividad probatoria en el proceso. En J. Ferrer, *Manual de Razonamiento Probatorio* (págs. 47-75). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Fuentes, D. (2013). *Guía de Argumentación con perspectiva de Derechos Humanos*. Recuperado el 22 de abril de 2023, de Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de Mexico:
https://cdhcm.org.mx/serv_prof/pdf/argumentacionconperspectivade.pdf
- Fuentes, O. (2020). La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz «El testimonio de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género». *Questio Facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 1, 271-284. Recuperado el 14 de febrero de 2021, de <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22372/26156>
- Gama, R. (2020). Prueba y Perspectiva de Género. Un comentario Crítico. *Questio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 285-298.
doi:10.33115/udg_bib/qf.i0.22373
- Gamero, I. (julio de 2018). *Injusticia epistémica en un juicio sobre violencia sexual*. Recuperado el 19 de noviembre de 2022, de Vº Jornadas CINIG de Estudios de Género y Feminismos y IIIº Congreso Internacional de Identidades:
<http://jornadascinigi.fahce.unlp.edu.ar/v-jornadas-y-III-congreso-2018/actas/Gamero.pdf>
- Garay, C. (2002). Criterios epistémicos no proposicionales. *Revista de Filosofía y Teoría Política*(34), 141-146. Recuperado el 05 de octubre de 2023, de <http://www.rfytp.fahce.unlp.edu.ar/>
- Gascon M. y Garcia A. (2015). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Gonzales, D. (2022a). Inferencia Probatoria y Valoración Conjunta de la prueba. En J. F. Beltrán, *Manual de Razonamiento Probatorio* (págs. 353-396). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Gonzales, D. (2022b). Prueba, hechos y verdad. En J. F. Beltrán, *Manual de Razonamiento Probatorio* (págs. 1-44). Mexico DF: Suprema Corte de la Nación.
- Gonzales, D. (2022c). *Questio Facti. Nuevos ensayos sobre prueba y filosofía Vol. II*. Lima: Palestra.
- Guarinoni, R. (2011). Razonamiento Judicial e interpretación de la ley. En C. A. Luis, *Interpretación y Argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales* (págs. 211-225). Buenos Aires: Marcial Pons.
- Heidegger, M. (1983). El principio de Identidad. *Universitas Philosophica*, 1(1), 73-87. Recuperado el 30 de junio de 2023, de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vniphilosophica/article/view/16823>
- Hernández, R. (2013). *Razonamientos en la Sentencia Judicial*. Buenos Aires: Marcial Pons.

- Irisarri, S. (febrero de 2021a). *Trabajo final de Master: La función epistemológica del principio de inmediación en la prueba testimonial ¿una garantía procesal?* Recuperado el 16 de junio de 2021, de Universidad de Girona: <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/19425>
- Irisarri, S. (2021b). *Valoración racional de la prueba testimonial*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Iturralde, V. (1991). Sobre el Silogismo Judicial. *Anuario de Filosofía del Derecho VIII*, 239-272. Recuperado el 04 de mayo de 2023, de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_1991
- Jose, F. (2022). Estereotipos y hechos en el proceso. En F. J. Arena, *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*. (págs. 217-244). Ciudad de Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Juan, G. (2021). La Interpretación jurídica con perspectiva de Género. Un decálogo de estándares interpretativos. *Revista Boliviana de Derecho No.31*, 60-89.
- Kamada, L. (20 de mayo de 2020). *¿Requiem para la presunción de inocencia en los delitos cometidos en contextos de violencia de género?* Recuperado el 23 de enero de 2021, de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina: <http://www.saij.gob.ar/luis-ernesto-kamada-requiem-para-presuncion-inocencia-delitos-cometidos-contextos-violencia-genero-dacf200098-2020-05-20/123456789-0abc-defg8900-02fcanirtcod?&o=15&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%2>
- Larrauri, E. (2021). La mujer ante el derecho penal. *Revista Pensamiento Penal*, s/n. Recuperado el 06 de octubre de 2022, de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89157-mujer-ante-derecho-penal>
- Larsen, P. (2016). ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos brindar criterios de valoración de la prueba fiables para los procesos penales locales? *En letra: Derecho Penal Año II número 3*, 84-118. Recuperado el 30 de junio de 2022, de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44635-puede-corte-interamericana-brindar-criterios-valoracion-prueba-fiables-procesos>
- Laso, J. (2009). Lógica y Sana Crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 36(1), 143-164. Recuperado el 20 de enero de 2023, de <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v36n1/art07.pdf>
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre Epistemología Jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Lifante, I. (2011). La Interpretación Jurídica y el Paradigma Constitucional. En C. A. Luis, *Interpretación y Argumentación Jurídica* (págs. 253-271). Buenos Aires: Marcial Pons.
- Lila Carrasco, Ma. Padilla y Martha Noya. (2014). *La sana crítica del juez en la aplicación de justicia a casos de violencia contra la mujer. Seria Estudios e investigaciones 8*. Sucre: Conexion fondo de emancipacion y Centro Juan Azurduy.

- Limardo, A. (2021). Repensando las Maximas de la Experiencia. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*(2), 115-153.
doi:<https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22464/26275>
- Limay, R. (2020). Prueba: Nuevas tendencias y paradigmas sobre la valoracion de la prueba. En D. Pisfil, *Prueba, verdad y razonamiento probatorio* (págs. 491-526). Lima: Editores del Centro.
- Linares, J. (2008). *La valoración de la prueba*. Recuperado el 21 de diciembre de 2022, de Derecho y Cambio Social:
<https://www.derechoycambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm>
- Luis Paz y otros. (2017). La figura legal de error judicial en Mexico: el derecho olvidado del imputado. *Revista Juridica Universidad Americana*, 5, 117-148. Recuperado el 11 de 10 de 2023, de
<https://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridicaua>
- Luna, F. (2019a). Hechos, Verdad y Prueba. En F. L. Rio, *Compendio de Derecho Probatorio* (págs. 39-59). Bogotá: Ibañez.
- Luna, F. (2021b). Fiabilidad de la prueba testimonial: breve análisis desde la psicología del testimonio y los errores de la memoria. *Revista Prolegómenos*, 24, 53-67. doi:
<https://doi.org/10.18359/prole.5701>
- Manuel, S. (20 de abril de 2012). *Aspectos probatorios en los delitos contra la integridad sexual*. Recuperado el 29 de abril de 2022, de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina: <http://www.saij.gob.ar/sergio-manuel-ternn-aspectos-probatorios-delitos-contra-integridad-sexual-dacf120029-2012-04-20/123456789-0abc-defg9200-21fcanirtcod>
- Manzanero, A. (2022). La Psicología del Testimonio. Obtención y Análisis de las declaraciones de testigos. En C. Vasquez, *Manual de Prueba Pericial* (págs. 297-317). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Maria Soledad y Nelson Pozo. (2013). *Las leyes del pensamiento en el Derecho*. Santiago de Chile: RIL Editores.
- Mariezcurrrena J., y Rovatti P. (2017). Valoración de la prueba de la violación sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En E. F. Mac-Gregor, *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Ibroamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* (págs. 541-574). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/24.pdf>
- Marrero, D. (2015). Lineamientos generales para una epistemología jurídica. En A. Paez, *Hechos, evidencias y estandares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*. (págs. 15-35). Bogotá: Kimpres.
- Martín, F. (2018). Presuncion de Inocencia en procesos penales por violencia de género. *Revista Juridica Iut et Praxis*(3), 19-66. Recuperado el 13 de noviembre de 2022, de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300019&lng=en&nrm=iso&tlng=en

- Martínez, M. (2020). El uso del silogismo en el razonamiento judicial y sus límites. *Exlegibus No.12*, 123-160. Recuperado el 09 de 05 de 2023, de <https://exlegibus.pjedomex.gob.mx/index.php/exlegibus/article/view/202>
- Mazzoni, G. (2010b). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Madrid: Trotta.
- Mazzoni, G. (2019a). *Psicología del Testimonio*. Madrid: Trotta.
- Mejía, A. (2021). El esquema argumentativo de Toulmin como herramienta de control de racionalidad de las decisiones judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 151-176. doi: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n134.a07>
- Mira, J. (1991). Estudio sobre la exactitud y credibilidad de los testigos y sus testimonios. *Anuario de Psicología Jurídica*, s/n. Recuperado el 30 de septiembre de 2023, de <https://journals.copmadrid.org/apj/archivos/1991/Arti13.htm>
- Montaño, J. (2016). Valoración de la prueba en los delitos de violencia sexual desde una perspectiva de género. *Reflexiones sobre el acceso de la mujeres a una justicia efectiva en casos de violencia según la ley 348.*, 143-153.
- Montesinos, A. (enero de 2017). *Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género*. Obtenido de Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.^a Época, n.º 17, págs. 127-165: http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2017-17-7030/Montesinos_Garcia.pdf
- Morales, N. (2020). Los procesos cognitivos y sus implicaciones en el ámbito jurídico. *Visión Criminológica-Criminalística*, julio-septiembre, año 8, núm.31, 44-51. Recuperado el 08 de abril de 2023, de https://revista.cleu.edu.mx/new/descargas/2003/Articulo08_.pdf
- Muniz, A. (2023). Injustiça epistêmica: a prova testemunhal e o preconceito identitário no julgamento de crimes contra a mulher. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal Vol.9, No.1*, 65-100. doi:<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.788>
- Nieva, J. (2010). *La Valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Noya, M. (2016). La sana crítica del juez, insana para el ejercicio de los derechos de las mujeres. *T'inkazos. Revista Boliviana de Ciencias Sociales*(39), 71-77. Recuperado el 13 de febrero de 2022, de <https://www.redalyc.org/pdf/4261/426146435005.pdf>
- OACNUDH, G. (diciembre de 2015). *Herramientas para la incorporación del enfoque de Derechos Humanos y la perspectiva de Género en la elaboración de Sentencias relativas a delitos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer*. Recuperado el 07 de abril de 2022, de Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Guatemala: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/Herramienta_DHVSG_alta.pdf
- Pablo Rovatti y Alan Limardo. (2020). *Pensar la prueba Num.1*. Buenos Aires: Editores del Sur.

- Páez, A. (2014). La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía No.40*, 95-118. Recuperado el 18 de noviembre de 2022, de <https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/99/98>
- Pedernera, M. (2020). Decisión judicial y criterios de suficiencia probatoria. Implicancias para el rol de los jueces. *Revista Argumentos No.10*, 1-18. Recuperado el 02 de junio de 2022, de <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>
- Peña, J. (2008). *Prueba Judicial. Análisis y Valoración*. Recuperado el 28 de diciembre de 2022, de Escuela Judicial de la República de Colombia: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/node/3118>
- Pires, A. (2022). *La Psicología del testimonio y la valoración de la palabra del policía en Brasil. Análisi jurisprudencial*. Recuperado el 02 de abril de 2023, de Dipost digital de la Universitat de Barcelona: <http://hdl.handle.net/2445/190895>
- Poyatos, G. (2019). Juzgar con Perspectiva de Género: Una metodología vinculante de justicia equitativa. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, 2, 1-21. Recuperado el 07 de abril de 2022, de <https://revistas.um.es/igual/article/view/341501>
- Ramirez, J. L. (2019b). *Perspectiva de género, prueba y proceso penal. Una reflexión crítica*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Ramirez, J. L. (2020a). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Questio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probato. Vol.1*, 201-246. Recuperado el 25 de marzo de 2020, de <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22288/26153>
- Rekers, R. (marzo de 2019). *Justicia Transicional Epistémica*. Recuperado el 19 de noviembre de 2022, de Observatorio de Género en la Justicia. Poder Judicial de la Nación Argentina: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/140588>
- Requena, J. G. (2015). La injusticia epistémica y la justicia del testimonio. *Dsicusiones filosóficas No.26*, 49-67. Recuperado el 18 de noviembre de 2022, de <https://revistasojs.ucaldas.edu.co/index.php/discusionesfilosoficas/article/view/1795>
- Reyes, J. (2020). Valoración e Inferencias. El razonamiento probatorio en la motivación de los hechos. En D. P. Flores, *Prueba, Verdad y Razonamiento Probatorio* (págs. 339-360). Lima: Editores del Centro.
- Roca, D. (2022). Las dificultades (¿o deficiencias?) probatorias en los hechos de violencia sexual, como criterio diferenciador en la valoración de la prueba en la doctrina penal del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. Auto Supremo 179/2020 de 17 de febrero. *Revista de Derecho UCU No.25*, 24-53. doi:<https://doi.org/10.22235/rd25.2682>
- Romero, J. (2017). *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico. Obtenido de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12849>
- Rosada A. y Ricaurte C. (septiembre de 2015). *Manual de Argumentacion Constitucional. Propuesta de un Método*. Recuperado el 07 de mayo de 2023, de Bliiblioteca

CLEA:

<https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/ca75dcc27338c53b93c90f2ed1f7099d.pdf>

Sanchez, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Madrid: Marcial Pons.

Sancinetti, M. (2013). Testimonio único y principio de la duda. *InDret*, 1-22. Recuperado el 01 de abril de 2022, de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/988.pdf>

STS 678/2019, 779/2018 (Tribunal Supremo de España. Sala en lo Penal).

Talavera, P. (2010). *La sentencia en el nuevo código procesal Penal. Su estructura y motivación*. Recuperado el 20 de diciembre de 2022, de Lp derecho: <https://lpderecho.pe/descargue-pdf-sentencia-penal-nuevo-codigo-procesal-penal/>

Taruffo, M. (2008a). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2020b). *Hacia a decision justa*. Lima: CEJI-ZELA.

Timmer A. y Sosa L. (2022). Los estereotipos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En F. J. Arena, *Manual sobre los efectos de los estereotipos sobre la impartición de justicia* (págs. 49-95). Ciudad de Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, SCP 0353/2018-S2 (TCP 18 de julio de 2018).

Tribunal Supremo de Bolivia, Auto Supremo 276/2020-RRC (Sala Penal 18 de marzo de 2020).

Tribunal Supremo de Justicia, 268/2022-RRC (Sala Penal 21 de abril de 2022). Obtenido de https://asr.tsj.bo/ASR/01/01-2022/01-as-2022/01_as_0268_21-4-2022_rrc.html

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 420/2015-RRC (Sala Penal 29 de junio de 2015).

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 825/2017-RRC (Sala Penal 30 de octubre de 2017).

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, 109/2018-RRC (Sala Penal 02 de marzo de 2018).

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, Auto Supremo 179/2020-RRC (Sala Penal 17 de febrero de 2020).

Tribunal Supremo de Justicia de España, STS 691/2000 (Sala de lo Penal 02 de 02 de 2000). Obtenido de <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ef85a55fb1b4e70b/20030830>

Tribunal Supremo español, 672/2011 (Sala Segunda Penal 29 de junio de 2011). Recuperado el 22 de marzo de 2023, de <https://vlex.es/vid/ambito-familiar-agresion-testimonio-u-307280682>

Tulián, M. (2016). Sustratos ideológicos y compromisos éticos en las decisiones judiciales. *Revista Argumentos No.2*, 81-99. Recuperado el 26 de 06 de 2022, de <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

- Tuzet, G. (2020). *La prueba razonada*. Ciudad de Mexico: Editorial CEJI - CELA.
- Ugarriza, L. (2021). El conflicto entre los criterios de valoración probatoria y la construcción de un proceso penal con perspectiva de género. *Revista oficial del Poder Judicial Perú*, 13, 77-99. doi:<https://doi.org/10.35292/ropj.v13i16.360>
- Ungaretti y Etchezahar. (2022). Estereotipos y prejuicios en el ámbito jurídico desde una perspectiva psicosocial. En F. J. Arena, *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (págs. 1-35). Ciudad de Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Vara A., Manzanero A. y Vallet R. (2021). Víctimas de Abuso Sexual especialmente vulnerables: Obtención del testimonio. *Derecho & Sociedad* (57), 1-30. doi:<https://doi.org/10.18800/dys.202102.008>
- Vargas, O. (2019). *El razonamiento inductivo en la valoración de la prueba judicial*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Vasquez, J. L. (s/f). *Diseño de Investigación [diapositivas]*. Obtenido de UNIVERSIDAD ANÁHUAC: <https://www.anahuac.mx/mexico/biblioteca/sites/default/files/inline-files/disenodeinvestigaagos19.pdf>
- Vazquez, C. (21 de mayo de 2021). *Lea estos cuatro párrafos impecables del Mgdo. José Luis Ramírez Ortiz sobre diversos aspectos relevantes de la prueba testifical*. Obtenido de Facebook: [https://www.facebook.com/carmen.vazquez.520900/posts/pfbid0GRaG3uoKyKN9nkp3JcqrZpqP87GaDgJ24FWPGNkiwRqrFMopxvuBgCSKx3n31wPMI?__cft__\[0\]=AZUc5AK-IDsdTCGHLTjIJ93oq75hc6-WQJZo95krB_rhHgyBtRk3prKRWUlwFnB_DddVTCEBTwSRWzJ2ghILE_uhxCF_xKwqg9aPSyZzNFn9FdQde_jDwYx](https://www.facebook.com/carmen.vazquez.520900/posts/pfbid0GRaG3uoKyKN9nkp3JcqrZpqP87GaDgJ24FWPGNkiwRqrFMopxvuBgCSKx3n31wPMI?__cft__[0]=AZUc5AK-IDsdTCGHLTjIJ93oq75hc6-WQJZo95krB_rhHgyBtRk3prKRWUlwFnB_DddVTCEBTwSRWzJ2ghILE_uhxCF_xKwqg9aPSyZzNFn9FdQde_jDwYx)
- Vizcarra, P. (2016). Precisiones al Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116. Declaración de la víctima suficiente para enervar la presunción de inocencia. *Foro Jurídico No.15*, 326-340. Recuperado el 31 de marzo de 2022, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19854>
- Yañez, A. (2015). *Actividad Probatoria*. Sucre: Rayo de Sur.
- Zavaleta, R. (2006). Motivación de las resoluciones judiciales. En L. M. Castillo J., *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de la resoluciones judiciales* (págs. 367-524). Lima: ARA Editores.

ANEXOS

Anexo No.1
Sistematización Delphi

Coeficiente de Conocimiento o Información Kc

$$N^{\circ} \cdot (0.1) = Kc$$

Experto N°.	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	Kc
1								x			0.8
2								x			0.8
3									x		0.9
4								x			0.8
5								x			0.8
6								x			0.8
7									x		0.9
8								x			0.8
9							x				0.7
10										x	1
11								x			0.8
12										x	1
13									x		0.9
14								x			0.8
15							x				0.7
16								x			0.8
17									x		0.9
18								x			0.8
19									x		0.9
20										x	1

Anexo 2
Coeficiente de Argumentación o Fundamentación K

Fuentes de argumentación	Alto	Medio	Bajo
a. Análisis teóricos realizados por usted sobre el tema	3,10,11,12,13,14,20	1,2,4,6,7,8,9,15,16,17,18,19	5
b. Su experiencia obtenida con relación al tema	3,4,5,7,8,10,12,13,15,16,17,18,19,20	1,2,6,9,11,14	
c. Estudio o lectura de trabajos sobre el tema de autores nacionales	2,5,6,8,10,12,13,16,17,19	1,3,4,7,9,15,18,20	11,14
d. Estudio o lectura de trabajos sobre el tema de autores extranjeros	2,5,6,7,10,11,12,13,16,17,18	1,3,4,8,9,14,15,19	20
e. Su conocimiento de estado del problema en el extranjero	7,11,12,13,17	1,2,3,4,5,6,8,9,10,14,15,16	18,19,20
f. Su intuición sobre el tema	3,4,5,7,8,12,13,14,15,17,19	1,6,9,10,11,16,18,20	2

Anexo 3
Tabla patrón de coeficiente de argumentación

Fuentes de argumentación o fundamentación	Alto	Medio	Bajo
a. Análisis teóricos realizados por usted.	0,3	0,2	0,1
b. Su experiencia obtenida con relación al tema	0,5	0,4	0,2
c. Estudio o lectura de autores nacionales	0,05	0,05	0,05
d. Estudio o lectura de autores extranjeros	0,05	0,05	0,05
e. Su conocimiento del estado del problema en el extranjero	0,05	0,05	0,05
f. Su intuición sobre el tema.	0,05	0,05	0,05

Coeficiente de Argumentación
 $Ka = a \ n_i = (a + b + c + d + e + f)$

Experto N°	a.	b.	c.	d.	e.	f.	Ka (a:f)
1	0.2	0,4	0,05	0,05	0,05	0,05	0.8
2	0.2	0.4	0.05	0.05	0.05	0.05	0.8
3	0.3	0.5	0.05	0.05	0.05	0.05	1
4	0.2	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	0.9
5	0.1	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	0.8
6	0.2	0.4	0,05	0,05	0,05	0,05	0.8
7	0.2	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	0.9
8	0.2	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	0.9
9	0.2	0.4	0,05	0,05	0,05	0,05	0.8
10	0.3	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	1
11	0.3	0.4	0,05	0,05	0,05	0,05	0.9
12	0.3	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	1
13	0.3	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	1
14	0.3	0.4	0,05	0,05	0,05	0,05	0.9
15	0.2	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	0.9
16	0.2	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	0.9
17	0.2	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	0.9
18	0.2	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	0.9
19	0.2	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	0.9
20	0.3	0.5	0,05	0,05	0,05	0,05	1

Anexo 4
Coeficiente de Competencia y Argumentación K

Experto N°	$K=0.5*(K_c+K_a)$	Alto si: 0,8 < K < 1,0	Medio si: 0,5 < K < 0,8	Bajo si: K < 0,5	Conclusión: Ka: (a:f)
1	0.8	X			ALTO
2	0.8	X			ALTO
3	1	X			ALTO
4	0.85	X			ALTO
5	0.8	X			ALTO
6	0.8	X			ALTO
7	0.9	X			ALTO
8	0.85	X			ALTO
9	0.75		X		MEDIO
10	1	X			ALTO
11	0.85	X			ALTO
12	1	X			ALTO
13	0.95	X			ALTO
14	0.85	X			ALTO
15	0.8	X			ALTO
16	0.85	X			ALTO
17	0.9	X			ALTO
18	0.85	X			ALTO
19	0.9	X			ALTO
20	1	X			ALTO

Anexo 5

Hoja de Ponderación de Expertos.

El objeto de estudio en la presente investigación, su propuesta, contiene elementos centrales referidos a la argumentación, justificación y motivación de la decisiones judiciales, y especialmente el razonamiento probatorio que realiza el juez al momento de la valoración racional de la prueba y sus componentes, tanto individual como conjunta, para de allí centrarse en el testimonio de la víctima en el proceso penal por hechos de violencia sexual, los alcances de los razonamientos del juez sobre los hechos y la prueba, así como también el papel que según se tiene entendido, debe tener la perspectiva de Género en este momento específico del juicio oral; por ende, solo se abarca la fase de juicio oral en el proceso penal por hechos de violencia sexual.

De allí que la propuesta se centre en el siguiente objetivo:

“Proporcionar un esquema argumentativo sustentado en criterios epistemológicos controlables por el juez penal, al momento de proceder a la valoración individual y conjunta de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual, a fin de lograr una suficiente motivación y justificación en la decisión a tomarse en sentencia”.

En consecuencia, es necesario, antes realizarle la consulta correspondiente como parte del método empírico de investigación: “consulta a expertos”, determinar su coeficiente de competencia en este tema a los efectos de reforzar la validez del resultado de la consulta que se realizará. Por otra razón se le ruega que responda las siguientes preguntas de la forma más objetiva que le sea posible. ¡Gracias!

1. Marque con una X, en una escala creciente del 1 al 10, el valor que se corresponde con el grado de conocimiento o información que tienen sobre el tema en cuestión. (Considérese que la escala que se le presenta es ascendente, es decir, el conocimiento sobre el tema referido va creciendo desde 1 hasta 10)

Expertos	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10

2. Realice una autoevaluación del grado de influencia que cada una de las fuentes, que se le presenta a continuación, ha tenido en su conocimiento y criterios sobre la determinación de indicadores para evaluar la calidad de la educación. Para ello marque con una cruz (X), según corresponde, en: A (alto), M (medio o B (bajo).

Fuentes de argumentación o fundamentación	Alto	Medio	Bajo
Análisis teóricos realizados por usted sobre el tema			
Su experiencia obtenida con relación al tema			
Estudio o lectura de trabajos sobre el tema de autores nacionales			
Estudio o lectura de trabajos sobre el tema de autores extranjeros			
Su conocimiento del estado del problema en el extranjero			
Su intuición sobre el tema.			

Anexo 6

Cuestionario de Evaluación de propuesta.

Bloque 1. Objetivo y Fundamento de la Propuesta.

1. ¿Qué opinión le merece el objetivo trazado en la propuesta abordada en la presente investigación con relación a las labores de los jueces?

R.

2. ¿considera que la temática referida a la valoración de la prueba testifical en hechos de violencia sexual es o ha sido suficientemente abordada en el ámbito de las funciones del juez penal?

() Muy suficiente.

() Suficiente.

() Poco.

() Nada.

¿Por qué?

3. De las afirmaciones que se indican, marque la o las que considere adecuada.

La perspectiva de género al momento de la valoración de la prueba se constituye en una herramienta de corrección y análisis, y que, juntamente con las reglas de la sana critica, permiten al juzgador, identificar y desaterrar de su razonamiento, aquellos criterios sesgados, estereotipados y apartados de la racionalidad, al momento de valorar los hechos y la prueba y que tengan incidencia en la justificación de la decisión final.	
La perspectiva de Género se constituye en una obligación constitucional de aplicación por parte de los jueces, que actúa, a través de los diferentes estándares que establece el sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, y los estándares emitidos por la Corte IDH, como auxiliar del juez al momento de la valoración de la prueba el hecho de violencia de género, a fin de evitar que se deje en impunidad hechos que afectan el derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia, entre otros.	
Ninguna de las anteriores	

Por favor, a continuación, sírvase indicar el porqué de su posición a favor de una, de ambas o de ninguna de las dos posturas puestas a su consideración.

R.

4. De las afirmaciones que se indican, marque la o las que considere adecuada.

La declaración de la víctima en hechos de violencia sexual es suficiente para enervar la presunción de inocencia, ello en atención a que la misma tiene un valor reforzado en el marco del Sistema Interamericano de Derecho Humanos.	
La declaración de la víctima en hechos de violencia sexual es prueba fundamental para guiar la actividad probatoria, pero se debe matizar el hecho de que por sí sola no es suficiente para enervar la presunción de inocencia, necesariamente debe existir una mínima actividad probatoria corroborativa de la misma, lo que no es contrario al marco de protección dado por el sistema interamericano de derechos humanos.	
Ninguna de la anteriores	

Por favor, a continuación, sírvase indicar el porqué de su posición a favor de una, de ambas o de ninguna de las dos posturas puestas a su consideración.

R.

5. ¿Considera necesario abordar dentro de la propuesta, los aspectos referidos a la necesidad de contextualizar el hecho, a los fines de realizar la valoración individual y conjunta de la prueba?

☐ Muy necesario.

☐ Necesario.

☐ Poco.

☐ Neutral.

☐ Nada.

¿Por qué?

Bloque 2. Componentes de la propuesta. Valoración Individual de la declaración.

1. En relación con el contenido y planteamiento del esquema propuesto, ¿considera que es claro? Asigne un valor, en donde 1 es nada, 2 poco, 3 suficiente, 4 claro y 5 muy claro, marcando en la casilla respectiva.

1	2	3	4	5

2. En cuanto al análisis individual de la Fiabilidad del testimonio, se ha establecido tres (3) criterios centrales: a) Credibilidad subjetiva y errores sinceros, b) Verosimilitud y mentira, y c) Persistencia en la incriminación. ¿considera usted útil el uso de dichos criterios?

☐ Muy útil.

☐ Útil.

☐ Poco.

☐ Neutro.

☐ Nada.

¿Por qué?

3. Conforme a la anterior pregunta, a la par de los criterios centrales del esquema propuesto, se ha establecido la necesidad de contar con criterios epistémicos controlables a través del análisis de distintos factores (codificación, retención y recuperación), todo ello como aporte de la Psicología del Testimonio en esta labor. ¿Considera adecuado el uso de estos para la labor jurisdiccional al momento de la valoración individual de la declaración testimonial de la víctima dada en audiencia?

☐ Muy adecuado.

☐ Adecuado.

☐ Poco.

☐ Neutro.

☐ Nada.

¿Porque?

4. De acuerdo a su criterio, cuales serían los aspectos beneficiosos que en la práctica judicial aportaría el esquema propuesto. Por favor señale como mínimo 2 aspectos.

R.

5. De acuerdo a su criterio, cuales serían los aspectos dificultosos que implicaría en la practica la utilización del esquema propuesto. Por favor señale como mínimo 2 aspectos.

R.

Bloque 3. Componentes de la propuesta. Valoración Conjunta de la declaración.

1. En relación al contenido y planteamiento del esquema propuesto, ¿considera que es claro? Asigne un valor, en donde 1 es nada, 2 poco, 3 suficiente, 4 claro y 5 muy claro, marcando en la casilla respectiva.

1	2	3	4	5

2. Cuan adecuado considera el esquema inferencial probatorio propuesto para la valoración conjunta de la prueba para su aplicación en la práctica?

☐ Muy adecuado.

☐ Adecuado.

☐ Poco.

☐ Neutral.

☐ Nada.

¿Por qué?

3. De acuerdo a su criterio, ¿cuáles serían los aspectos beneficiosos que en la práctica judicial aportaría el esquema propuesto? Por favor señale como mínimo 2 aspectos.

4. De acuerdo a su criterio, ¿cuáles serían los aspectos dificultosos que implicaría en la practica la utilización del esquema propuesto? Por favor señale como mínimo 2 aspectos.

5. En relación al tratamiento de la declaración de la víctima prestado fuera de audiencia. ¿Está de acuerdo con lo planteado?

☐ Si.

☐ No.

☐ En parte.

¿Por qué?

6. Si tiene algunas observaciones o recomendaciones con relación a toda la propuesta analizada, por favor sírvase indicarlás.

Anexo No.7

Instrumentos de Validación.

Cuestionario Semiestructurado para ENTREVISTA a Jueces de Sentencia y tribunales de Sentencia Penal y Vocales de Sala Penal.

Introducción.

- i) Podría indicarnos su nombre completo y cargo.
- ii) Que tiempo viene desempeñando estas funciones.
- iii) Dentro de sus funciones, ha realizado o ha sido capacitado en temas referidos a la argumentación jurídica, perspectiva de género y valoración de la prueba?
- iv) Considera usted que conoce de manera suficiente lo que implica el juzgamiento con perspectiva de género?

Situación problemática.

- v) En el ámbito de sus funciones, que dificultades ha encontrado al momento de valorar los hechos y las pruebas en los hechos de violencia sexual?
- vi) ¿cómo establecen que el testimonio es creíble y fiable?
- vii) La declaración de la víctima es suficiente para lograr la condena de una persona por hechos de violencia sexual?
- viii) Como interpretaría usted el juzgamiento con perspectiva de género y cuál el uso de ésta en el momento de realizar la valoración de la prueba testifical de la víctima?

Propuesta.

- ix) Conoce usted sobre la Psicología del testimonio y el aporte que la misma puede otorgar a los jueces al momento de valorar individualmente las declaraciones testificales? Si o no. Si es si, consideraría una opción su utilización?
- x) Como procede a valorar la prueba en conjunto y que papel juega la declaración de la víctima en ese contexto?
- xi) Ante la ausencia de más pruebas y con solo la declaración de la víctima. Consideraría usted necesario establecer criterios racionales de análisis que permiten una mejor argumentación con relación a la valoración de la declaración testifical de la víctima en los hechos de violencia sexual?

2. Cuestionario para psicólogo/a forense.

Dada la experiencia de las o los entrevistados, las preguntas deben ser semiestructuradas, abiertas y adaptables al contexto de la entrevista.

- 1.** *Refiera su nombre completo y su formación académica y experiencia profesional.*
- 2.** En el abordaje de la declaración de la víctima de violencia sexual, que complejidades se tienen en la evaluación del testimonio de las mismas?
- 3.** *Que mecanismos o filtros se tienen en relación a dichas complejidades, al momento de realizar sus informes, a fin de que no ingrese una mala o distorsionada información? Que técnicas utilizan para saber si estamos ante un testimonio no verdadero o fiable?*
- 4.** que opinión le merece que la psicología del testimonio sea utilizado en el ámbito de la valoración individual de la declaración del testimonio. Es necesario que los jueces conozcan de ella para establecer la fiabilidad o credibilidad del testimonio?
- 5.** que elementos influyen en establecer la credibilidad o fiabilidad del testimonio, que deban ser considerados por los jueces al momento de valorar esa prueba.?
- 6.** como es el abordaje del testimonio de menores y de mayores, en cuanto a su credibilidad, y que aspectos son más complejos.?

Anexo 8

Análisis de contenido.

Objetivo:

Analizar las distintas resoluciones que se recopilen, en relación a los hechos de violencia sexual y la forma de valoración de la prueba testifical de la víctima.

Es por ello que sobre la base de lo indicado por Ander-Egg (1993), planteamos la siguiente guía: (p:331).

Propósitos del análisis:

a) Con relación al contenido:

- Describir las tendencias en relación a los argumentos que se plantean por parte de los jueces, en relación a la valoración de la prueba testifical de la víctima en hechos de violencia sexual

b) Con relación a las causas del contenido:

- Determinar como el uso de las reglas de la sana crítica, así como también el uso o no de la perspectiva de género, influye en la valoración del testimonio.

c) Con relación al efecto:

- Describir si la existencia o no de un esquema de argumentación influye en la justificación debida de la decisión asumida.
- Reflejar el índice de condenas sobre la base del testimonio de la víctima, entre otras causas.