

Problemas operativos de la retractación de la víctima como causal de reproducción o lectura de declaraciones anteriores

*Agustina Alvarado Urizar**

RESUMEN

El trabajo analiza los problemas prácticos del nuevo supuesto de excepción a los principios de inmediación y contradicción en casos de retractación de la víctima, introducido por la Ley N° 21.523 en el literal f) del art. 331 del Código Procesal Penal. Para estos efectos, la investigación ofrece el marco teórico que dota de contenido a los principios anotados como garantías integrantes del derecho a un juicio oral, justificando una interpretación restrictiva de sus excepciones, con las precisiones que supone un adecuado concepto de retractación. A continuación se sistematiza las problemáticas asociadas a dos órdenes de ideas: en primer lugar, el ámbito de aplicación objetivo de la excepción (delitos) y la concreta modalidad que debe asumir su verificación (reproducción o lectura de declaraciones anteriores); y, en segundo lugar, las dificultades que presenta la exigencia legal según la cual la solicitud debe ser sustentada en informes psicológicos y los antecedentes relativos a la evaluación del riesgo en que se encuentra la víctima; todo con el objetivo de proporcionar opciones interpretativas que calibren la protección y fortalecimiento de los derechos de las víctimas y el respeto por el estatuto de garantías que ampara al imputado.

Retractación; reproducción o lectura de declaraciones; garantías procesales

* Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctora en Ciencias Jurídicas, mención Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Universidad Estatal de Milán, Italia y Universidad de Girona, España. Profesora Asistente Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, campus Viña del Mar, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3520-054X>. Correo electrónico: agustina.alvarado@unab.cl

Este trabajo ha sido redactado en el marco del Proyecto Fondecyt de Iniciación N°11221241, titulado "Régimen de ineficacia de la prueba ilícita en el sistema procesal penal chileno. Estudio dogmático y crítico", en calidad de investigadora responsable. Agradezco la contribución de los ayudantes de investigación Francisco Rivera Müller y Fabián Suazo Guacte, las sugerencias y comentarios formulados por el profesor Dr. Pietro Sferrazza, así como todas las consideraciones compartidas por las y los colegas en el contexto de las VI Jornadas de Mujeres Penalistas y Criminólogas celebradas los días 3 y 4 de agosto de 2023 en la Universidad de Concepción y en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Ciencias Penales verificados los días 15 a 17 de noviembre de 2023 en la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo.

Artículo recibido el 1.5.2024 y aceptado para su publicación el 13.1. 2025.

*Operational problems of the retraction of the victim as a cause
for reproduction or reading of previous statements*

ABSTRACT

This work analyzes the practical problems of the new exception case to the principles of mediation and contradiction in cases of retraction of the victim, created by statute No. 21,523 in letter f) of article 331 of the Criminal Procedure Code. For these purposes, this research offers the theoretical framework that gives content to such principles as integral guarantees of the right to an oral trial, justifying a restrictive interpretation of its exceptions, with the clarifications that represent an adequate concept of retraction. Afterwards, the problems associated with two set of ideas are systematized: first, the objective scope of application of the exception (crimes) and the specific modality that must be assumed in its verification (reproduction or reading of previous statements); and, secondly, the difficulties presented by the legal requirement according to which the request must be supported by psychological reports and by the background information regarding to the evaluation of the risk that the victim is in; all with the aim of providing interpretative options that balance the protection and strengthening of the rights of victims and respect for the statute of guarantees that the accused holds.

Retraction; reproduction or reading of statements; procedural guarantees

I. INTRODUCCIÓN

El 31 de diciembre de 2022 se publicó la Ley N°21.523, que modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización. Para ello se plantean varias modificaciones destinadas a resguardar su integridad y privacidad en la investigación y el proceso penal, evitando su revictimización¹. Entre ellas se encuentra el nuevo literal f) del art. 331 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) que agrega un nuevo supuesto de excepción a los principios de inmediación y contradicción, al permitir la reproducción o lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, cuando existan antecedentes fundados acerca de la retractación de la víctima, los que serán valorados por el tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 297, teniendo en especial consideración los informes psicológicos acompañados y los antecedentes relativos a la evaluación del riesgo en que se encuentra. Así, el objetivo de la presente investigación consiste en evidenciar los problemas prácticos que deben (o deberían) enfrentar los operadores a la hora de hacer efectiva la invocación de este nuevo supuesto para proporcionar opciones interpretativas que calibren la protección y fortalecimiento de los derechos de las víctimas y el respeto por el estatuto de garantías que ampara al imputado.

¹ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p. 7.

Para ello, el trabajo consta de tres apartados. El primero proporciona un marco conceptual de la función epistémica y el carácter de garantía que las exigencias de intermediación y contradicción desempeñan en un proceso acusatorio adversarial, así como el sentido y alcance que ha de atribuirse a la noción de retractación como elemento integrante del supuesto fáctico de la nueva excepción. Los restantes apartados sistematizan las problemáticas asociadas y las correspondientes soluciones interpretativas referidas a dos órdenes de ideas: el ámbito de aplicación de la excepción y su concreta modalidad de verificación y las dificultades que presenta la exigencia legal referida a los informes psicológicos y los antecedentes relativos a la evaluación del riesgo en que se encuentra la víctima.

II. LA RETRACTACIÓN COMO EXCEPCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN EN JUICIO ORAL

1. *Justificación epistémica de las garantías de intermediación y contradicción en juicio oral*

Dentro de las garantías judiciales, entre las garantías del juicio, suele ubicarse la exigencia de intermediación y de contradicción como instrumentos necesarios para permitir la concreción del derecho a un juicio oral, como parte integrante, a su vez, del derecho a un debido proceso en los términos consagrados en el art. 19 N° 3 i. 6° de la Constitución Política de la República (en adelante CPR)².

Ambos principios constituyen el eje de un proceso moderno respetuoso con los derechos fundamentales que, superando los vicios y abusos del “proceso inquisitivo”, pretende reducir la probabilidad de error judicial en la reconstrucción de la premisa fáctica de cara a la acreditación de la verdad (siempre solamente probable) como supuesto indispensable para la justicia de la decisión y, por tanto, para su legitimidad en un Estado democrático de Derecho. En efecto, tanto los sistemas del *common law* como los de corte europeo-continental “parten del mismo postulado: el juicio ha de ser el resultado de la valoración de pruebas legales y fiables”³.

Así, el principio de intermediación impone que la recepción de la prueba se produzca ante el sentenciador, sin la intermediación de otras personas (intermediación en sentido formal), de modo que este solo pueda fallar sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (intermediación en sentido material). Mientras el primer aspecto se manifiesta mediante la exigencia de la presencia ininterrumpida de los jueces durante toda la audiencia de juicio oral como requisito de validez (art. 284 CPP) y la prohibición, bajo sanción de nulidad, de la delegación de actuaciones (art. 35 CPP); el segundo se

² Así, Tribunal Constitucional: 18.01.2022, rol 11348-2021; 17.03.2022, rol 11715-2021; 18.12.2020, rol 9106-2020; 02.09.2021, rol 11343-2021; 18.12.2020, rol 9246-2020. Esta idea se encuentra expresamente en el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que engloba todas estas garantías bajo la referencia a un juicio público equitativo (*right to a fair and public hearing*).

³ BACHMAIER, 2019, p. 289.

concreta en la prohibición (art. 334 CPP), con carácter general, de incorporar o invocar como medio de prueba o dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público (en adelante, MP)⁴.

En materia penal la cuestión es particularmente sensible por su incidencia en los casos de error judicial, o en palabras de Duce, de “errores del sistema”⁵. Por ello la prueba personal⁶ debe ser incorporada al juicio oral por medio de la declaración de los testigos y peritos en juicio, en forma directa, sin que puedan ser sustituidas por la lectura o reproducción de registros en que constaren deposiciones anteriores (art. 329 y 228 i. final CPP). En efecto, según el principio de separación de fases, los actos previos –por regla– carecen de valor probatorio, pues solo pretenden averiguar las circunstancias del delito y la identidad del imputado con el fin de preparar el juicio oral o descartar su celebración para evitar la llamada “prueba de banquillo”⁷ y posibilitar que los intervinientes tengan los elementos necesarios para defender sus posiciones en el debate contradictorio ante el tribunal enjuiciador⁸.

De otra parte, el sustento constitucional del principio contradictorio en Chile se halla en los arts. 19 N°2, i.1° (igualdad ante la ley) y en el N°3, i. 1° CPR (igualdad en la protección de la ley en el ejercicio de sus derechos). En su virtud, cualquiera que recurra a la justicia debe ser atendido conforme con unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo; donde la defensa cuente con la posibilidad real de formular la máxima refutación de las hipótesis acusatorias.

Si bien es verdad que, originalmente, su vigencia se justificaba en el *método falsacionista*⁹ empleado por el modelo acusatorio bajo un paradigma de finalidad persuasiva de la prueba; hoy, a la luz de una perspectiva racionalista-objetiva de valoración de la prueba, se entiende que la contraposición de tesis y antítesis permite, más bien, verificar la validez de una y otra, propiciando su control recíproco¹⁰.

Así, de cara a la búsqueda de la verdad, el principio de intermediación hace posible el control de la fiabilidad y credibilidad de las fuentes de prueba al exigir que el tribunal presencie el interrogatorio cruzado (*cross-examination*) de testigos y peritos, como técnica asociada a la rendición misma de esta clase de pruebas y que, concreta tanto el principio de contradicción (debate contradictorio propio del proceso acusatorio de corte europeo-continental) como el derecho del acusado a confrontar a su acusador

⁴ LÓPEZ, 2002, pp. 94 a 97.

⁵ DUCE, 2013, p. 3.

⁶ Se entiende que la prueba documental también debe ingresar directamente al tribunal, no obstante no ser susceptible de confrontación en sí misma. En efecto, ello explica que, tratándose de documentos, objetos y otros medios, estos deban ser leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen, en cuanto reconocimiento que solo puede provenir del acusado, peritos o testigos durante sus declaraciones (art. 333 CPP).

⁷ BACHMAIER, 2019, p. 286.

⁸ Así STC 138/1988, de 7 de julio y 217/1989, de 21 de diciembre.

⁹ HORVITZ, 2004, p. 253.

¹⁰ ALVARADO, 2022, p. 115 s.

(la denominada *confrontation clause* del proceso angloamericano)¹¹. En este sentido, el derecho a confrontación se encuentra en íntima relación con el contraexamen, pues el primero establece la obligación positiva de que la declaración se rinda con inmediatez de los intervinientes (*face to face*) como elemento del derecho a un debido proceso, con el objetivo primordial —no el único— de facilitar la *cross-examination*; y en sentido negativo, impide la admisión o valoración por falta de fiabilidad de un testigo que no ha podido ser sometido directamente a contrainterrogatorio. Es decir, desde este último extremo, justifica —en parte— la regla (no absoluta) de exclusión basada en *hearsay*, para no admitir prueba testifical no directa u obtenida con carácter previo al juicio oral, e introducida por medio de un testigo de referencia, lectura o reproducción de declaraciones realizadas ante la policía u otra autoridad¹².

En este punto, la cuestión conceptual fundamental es, como indica Bachmaier, que mientras la inmediatez se refiere primordialmente a la relación entre el juzgador y las pruebas (no solo la testifical); el derecho a la confrontación exige una relación entre la defensa (el acusado) y la prueba testimonial para poder contrainterrogarle, como extremo que supone la inmediatez¹³.

No es que las declaraciones prestadas con inmediatez sean más veraces que las producidas sin ella, previo al juicio (pues nadie discute los efectos del paso del tiempo en la memoria), o que en virtud del contacto directo el tribunal esté en mejores condiciones de apreciarla en un sentido sicologista¹⁴ (propia de una aproximación subjetiva de la valoración de la prueba, superada por la hodierna visión objetiva de la teoría racionalista, hoy, ampliamente compartida¹⁵). De lo que se trata es de propiciar el control de la credibilidad del sujeto y la fiabilidad¹⁶ o confiabilidad de la información que el tribunal recibe¹⁷, así como el correspondiente ejercicio del derecho de defensa en el contexto de un juicio público y de contradicción oral.

En este orden de cosas, la superación de la crisis actual del contradictorio como método probatorio¹⁸, requiere comprender que ya no se trata del contradictorio *sobre* la prueba, sino que del contradictorio *para* la prueba. Así, los tribunales deben abandonar su consideración como simple aspecto de tutela de posiciones jurídicas subjetivas (del

¹¹ En nuestro ámbito este derecho se entiende consagrado en el art. 8.2 letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14.3 letra e) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

¹² BACHMAIER, 2019, p. 295.

¹³ BACHMAIER, 2019, p. 301. Según la autora este matiz explica que en el ámbito del *common law* no sea conocido el principio de inmediatez en su sentido europeo-continental, pues se entiende cubierto por el derecho a la confrontación.

¹⁴ HORVITZ, 2002, p. 286 s., justifica la relevancia de los principios de inmediatez y contradicción desde la perspectiva de la denominada *psicología del testimonio*.

¹⁵ Para una revisión del “giro racionalista”, véase ACCATINO, 2019, p. 89 ss.

¹⁶ De la necesidad de distinguir la noción de credibilidad con el sujeto y la fiabilidad con el testimonio, véase GONZÁLEZ, 2023, *passim*.

¹⁷ LÓPEZ, 2002, p. 98, aunque analiza este fin epistémico solamente desde la perspectiva de la inmediatez material, en la que parece también comprender aspectos referidos a la contradicción y la confrontación.

¹⁸ Se exponen los extremos de esta crisis en ALVARADO, 2022, pp. 118 y ss.

acusado) que obstaculiza la búsqueda de la verdad, para atender a su sentido “público” como regla “mínima” de una jurisdicción que pretenda contar con mayores posibilidades de alcanzar la verdad¹⁹.

En definitiva, como afirma Bachmaier: “si bien no cabe asegurar que la presencia del juez y las partes durante el interrogatorio de los testigos llevará a una valoración correcta de su credibilidad, sí puede afirmarse lo contrario: si el juez no está presente durante el interrogatorio de los testigos, aumenta la probabilidad de realizar una valoración incorrecta de la fiabilidad y la credibilidad de su testimonio”²⁰.

2. *Interpretación restrictiva de las excepciones a las garantías de inmediación y contradicción y su incidencia en el concepto de retractación*

En Chile, como en el derecho comparado, las garantías de inmediación y contradicción no son absolutas, sino que poseen excepciones que, en el CPP se encuentran en los arts. 331 y 332. El art. 332 prevé como excepción la lectura para apoyo de memoria, o bien, para demostrar o superar contradicciones en las declaraciones prestadas en juicio. Se trata de una hipótesis menos intensa en la medida en que la información incorporada por medio de la lectura no puede servir de base para la reconstrucción del hecho²¹, sino tan solo respecto del análisis de la credibilidad del testigo²² o atendibilidad de la declaración correspondiente²³. El art. 331, en cambio, permite la reproducción o lectura para que dicha información pueda ser directamente empleada por el tribunal para la construcción de la premisa fáctica. En consecuencia, tratándose de supuestos que impiden el pleno ejercicio de garantías procesales, no es posible la analogía, debiendo sus supuestos ser interpretados de manera restrictiva (en sentido contrario al imputado), tal como mandata el art. 5° i. 2° CPP²⁴.

En este contexto, a pesar del carácter polisémico de *retractación* presente en variada literatura y especialmente en el ideario de los operadores jurídicos, se impone la necesidad de plantear una interpretación restrictiva del término, con relación a cómo este es entendido en la intuición de los juristas. En efecto, bajo la noción de retractación, suelen aunarse tanto las hipótesis en que la víctima revoca expresamente todo o parte de lo ya declarado, como el supuesto de que esta deja de colaborar con la investigación no compareciendo o manifestando expresamente su decisión de no comparecer en lo sucesivo. En otras palabras, se adopta una interpretación extensiva que abarca, también, casos de

¹⁹ PERCHINUNNO, 2012, p. 1318.

²⁰ BACHMAIER, 2019, p. 292.

²¹ Así, HORVITZ, 2002, p. 322 s.

²² En esta línea, DUCE, 2013, p. 41.

²³ Este es el sentido de la institución en el art. 500 del CPP italiano y en el sistema procesal federal norteamericano, cuya fisonomía es más cercana a la estructura procesal penal chilena. Por el contrario, en el ámbito español y francés, en los que el tribunal tiene pleno acceso al *dossier*, se permite considerar directamente como válida la declaración sumarial en la medida en que se estime más fiable.

²⁴ En este sentido SCS Rol 87.728-2023, de 03.01.2024, c. 9° y 10°.

desistimiento activo o pasivo. Una interpretación restrictiva se justifica mediante un argumento *a contrario* que, en función puramente interpretativa, se ajuste a lo estrictamente literal²⁵. En efecto, en conformidad con lo dispuesto en el art. 19 inciso 1° del Código Civil, atendiendo a su tenor literal, conforme con el Diccionario, “retractarse” significa “revocar expresamente lo que se ha dicho, desdecirse de ello”. En este sentido natural, el término retractación debería circunscribirse al contenido de la declaración de un testigo, sea que consista en una revocación total que niegue la existencia del hecho originalmente referido (sentido natural de la expresión), o parcial en un sentido que minimice o justifique al autor de su responsabilidad (que en todo caso constituye una ampliación de su significado original). De este modo, corresponde rechazar o excluir aquellas interpretaciones que abarcan hipótesis de desistimiento, tanto activo (cuando expresamente se manifiesta la negativa a declarar, sea que se encuentre o no amparada por un derecho de abstención, en cualquier fase del proceso) como pasivo (cuando la negativa a declarar se deduce a partir de ciertas actitudes del testigo, en concreto, de su incomparecencia a los distintos llamamientos que se le formulen en ese sentido, que algunos tratan bajo la noción de “silencio”)²⁶.

A mi juicio, en caso de incomparecencia a juicio oral, si ella fuere imputable al acusado, su abordaje debiera conducirse a partir de la causal de la letra c) del art. 331 CPP, que, por lo demás, no requiere de informes psicológicos u otros antecedentes de riesgo. En todo caso, se debe considerar que, para la configuración de la denominada *forfeiture clause* en el sistema estadounidense, no basta con que el acusado —directamente o por medio de otra persona— *provoque o cause* la ausencia del testigo, “sino que la actuación concreta ha de estar destinada específicamente a impedir que testifique”²⁷.

En este sentido, resulta preocupante el amplio significado que la práctica jurisprudencial ha atribuido al supuesto de retractación²⁸, comprendiendo incluso el caso de declaraciones incompletas²⁹, así como la laxitud con que, según se verá, ha afrontado las distintas problemáticas que presenta la figura.

²⁵ CHIASSONI, 2011, p. 78.

²⁶ Para un examen particular del concepto de retractación ALVARADO, 2025, *passim*.

²⁷ Bachmaier, 2019, p. 300, a propósito del caso *Giles v. California*, 554 US 353 (2008) en un supuesto de violencia doméstica.

²⁸ Véase STOP de Castro RIT 18-2022, de 10.03.2023 y RIT 42-2022, de 10.03.2023. En el primero, constaba una declaración previa en que la víctima afirmaba que no era verídico lo denunciado y pedía excusas por ello; en el segundo, no hay constancia de la causal de incomparecencia. La Corte Suprema, por su parte, ha validado la aplicación de la excepción en supuestos de desistimiento pasivo por incomparecencia al juicio oral en los siguientes casos: SCS Rol 61.931-2023, de 29.05.2023; SCS Rol 238.008-2023, de 12.12.2023.

²⁹ STOP de Osorno, RIT 1-2022, de 10.05.2023, aplicó la excepción a un caso en que la víctima menor de edad se negó a continuar declarando durante el juicio oral, motivo por el que la Corte Suprema acoge el recurso de nulidad impetrado por la defensa por art. 373 letra a) CPP en rol 87.728-2023, de 3.1.2024, c.10°.

III. PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS A LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE RETRACTACIÓN Y LA CONCRETA MODALIDAD DE INTRODUCCIÓN DE LAS DECLARACIONES ANTERIORES

El problema del ámbito objetivo de aplicación de la excepción apunta a interrogarse por la clase de delitos que la admiten, esto es, si es admisible respecto de toda clase de delitos o, si por el contrario, procede tan solo respecto de aquel grupo de delitos a los que se dirigen transversalmente otras modificaciones de la Ley Nº 21.523, a saber: delitos de índole sexual (arts. 361, 362, 363, 365 bis, 366 i. 1º y 2º, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367 y 367 ter, 372 bis, 411 quáter cometido con fines de explotación sexual y 433 N°1, cuando se cometa violación), y los delitos contenidos en los art. 141 i. final, 142 i. final, 150 A, 150 D, todos del Código Penal. Se trata de una cuestión que, hasta donde se ha alcanzado a revisar, no se ha promovido en la práctica, y que resulta relevante para analizar la concreta modalidad que pueda asumir la introducción de declaraciones anteriores³⁰.

1. *Determinación del ámbito objetivo de aplicación de la excepción de retractación*

Si bien, *prima facie*, la retractación constituye una hipótesis de hecho en que puede incurrir la víctima de cualquier clase de delito, la relevancia con la que ella impacta en materia de delitos sexuales y de violencia intrafamiliar se debe a las dificultades probatorias que la persecución penal debe enfrentar en ausencia –generalmente– del único medio de prueba “directo” de hechos acaecidos en contextos clandestinos. De este modo, se dice que la falta de declaración de la víctima en juicio conduce regularmente a la absolución de los acusados³¹, generando espacios de impunidad que terminan por deslegitimar la intervención estatal en casos donde no exista “prueba indiciaria” u otros testigos directos del hecho³².

No obstante, según la historia legislativa, la retractación no fue una preocupación contenida en el origen de la moción como tampoco lo fue el remover obstáculos procesales para la obtención de condenas. La cuestión recién aparece con ocasión del Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana cuando se denuncia la falta de participación de la víctima en el proceso como consecuencia de la *victimización secundaria*, esto es, como efecto de la inapropiada atención que recibía la víctima por parte de la institucionalidad con la que debía interactuar forzosamente para la persecución del delito³³.

³⁰ También puede ser útil para la interpretación de la polémica restricción del contraexamen contenida en el nuevo i. 4º del art. 330 CPP.

³¹ VERGARA, 2018, p. 1056. TORRES, 2013, pp. 169 y ss. a partir de un análisis de casos tramitados en la Región del Biobío durante el 2011 concluye que, en su gran mayoría (más del 80%), su término fue decidido por la retractación de la víctima.

³² JIMÉNEZ y MEDINA, 2016, p. 187 describen los diferentes momentos en que se puede producir retractación, especificando los casos en que ella puede conducir a la absolución de los acusados.

³³ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p. 29.

El debate concerniente a su solución se centró en la posibilidad de introducir entrevistas videograbadas que, bajo la lógica de la Ley N°21.057 para menores víctimas de delitos sexuales, pudiese evitar que la mujer tuviera que declarar en varias ocasiones, profundizando con ello las secuelas y el daño psicológico del hecho³⁴. Sin embargo, tal opción se desechó por la detección de inconvenientes metodológicos (basarse en la noción de la psicología del testimonio infantil) y operativos (la necesidad de aumentar la dotación de personal encargado de tales diligencias)³⁵. En su lugar, en el segundo trámite constitucional se agregó un nuevo supuesto de prueba anticipada en el art. 191 ter, para evitar la victimización secundaria de las víctimas por los delitos expresamente previstos en dicha disposición.

Con ocasión de esta indicación, la representante de la Fiscalía Nacional hizo presente la necesidad de incorporar, además de la norma propuesta, una disposición que permitiese evitar la victimización secundaria en el proceso penal ante delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los términos contenidos en el Boletín N°11.077-07 sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Allí se establecía que, en caso de existir antecedentes fundados acerca de la retractación de la mujer, se podría *dar lectura en el juicio oral* a los registros en que constaren sus declaraciones anteriores prestadas ante el Fiscal, las que debían ser valoradas por el tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 297 CPP³⁶. Sin embargo, no hay constancia de que esta idea haya prosperado, pues a pesar de una cierta similitud entre la norma del Boletín y el literal f) del art. 331, lo cierto es que la Comisión decidió plasmar la solución bajo la lógica del art. 331 CPP en lugar de plantearlo como un supuesto autónomo y desconectado³⁷.

En virtud de lo expuesto, la obligación de proceder restrictivamente en este ámbito exige adoptar un enfoque sistemático que enlace la hipótesis del art. 331 letra f) CPP con el nuevo art. 191 ter referente a prueba anticipada. Con ello se obtiene coherencia interna con la tutela especial que otras innovaciones de esta ley dispensan a las víctimas de este especial grupo de delitos, como es el caso del art. 109 bis. Sin embargo, se puede admitir su extensión en los términos planteados por el nuevo i. 2° del art. 109 CPP, que además del listado ya anotado, alude a “cualquier delito sobre violencia en contra de las mujeres”. La conexión entre los dos supuestos, además, permite justificar el hecho de que el legislador no haya modificado la letra a) del art. 331 para comprender allí el nuevo supuesto de prueba anticipada.

³⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p. 30.

³⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p. 98.

³⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p.105 s.

³⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p. 111.

2. *Modalidad con la que debe operar la introducción de declaraciones anteriores*

a) Críticas generales a la introducción de declaraciones efectuadas en fase previa sin interrogatorio contradictorio

Si bien la decisión político-legislativa de excluir el principio de contradicción de la fase de investigación se puede comprender por una cuestión de economía procesal, para evitar que el juicio oral quede reducido a una simple repetición de lo obrado en fase de investigación, es preciso considerar que, en virtud del carácter libre y desformalizado de esta, pueden producirse situaciones de abierta desigualdad entre los intervinientes. De este modo, admitir la lectura directa de declaraciones anteriores sin interrogatorio contradictorio, solo contribuye a profundizar tales desigualdades.

Si se analiza la regulación pertinente a las declaraciones previas de testigos ante el MP (art. 190 y 299) o la policía (como facultad autónoma en el art. 83 letra d), o por delegación expresa del MP en el art. 79) destaca inmediatamente su insuficiencia. No hay detalle acerca del modo en que la diligencia debe ser ejecutada; su registro se entiende satisfecho por la sola escrituración; no se prevé la presencia del imputado o su defensa para su realización, ni mucho menos la obligación de comunicarles la circunstancia de que se llevará a cabo, en caso de que hubiese interés en participar en ella, pues, la asistencia a diligencias no se configura como un derecho del imputado. En efecto, el art. 184 CPP condiciona su ejercicio a la aprobación del MP, en la medida que este lo considere útil.

Así, al no garantizarse contradicción, no existe manera de controlar que la declaración del testigo esté exenta de presiones, ni que sea conocedor de las consecuencias penales por faltar a la verdad. Tampoco se constata el cumplimiento de las advertencias pertinentes a la relación que pueda existir entre el declarante y la persona imputada, permitiendo pasar por sobre el derecho de abstención cuando este es ejercido en juicio oral. Ciertamente, no hay forma de examinar la calidad de las preguntas que se le formulan al testigo, que bien podrían ser sugestivas, y, no hay modo de contrainterrogar con el objetivo de obtener el registro de información que luego pudiese ser útil para la teoría del caso de la defensa a efectos del art. 332.

Si todos estos aspectos pueden ser críticos para el ejercicio del art. 332 CPP, resultan catastróficos en el ámbito del art. 331 CPP. Es por ello que en el ámbito europeo³⁸ —desde los años 80— se discute la posibilidad de extender la garantía de contradicción a la etapa de instrucción anterior al juicio, en los términos sostenidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en *Can vs. Austria* en 1985. A partir de ese momento, el TEDH ha establecido la obligación de conceder al acusado

³⁸ El caso italiano es particularmente interesante por su similitud con la actual situación chilena. En Italia la evolución hacia la consagración constitucional del principio de contradicción “fuerte”, esto es, vigente en la producción de la prueba y condicionante de la utilizabilidad de declaraciones previas al juicio, surge a partir de la constatación de laxas interpretaciones de la Corte Constitucional para admitir testimonios indirectos y uso de declaración previas sin contradictorio para ejercicios de confrontación en juicio (incluso cuando el declarante en juicio se abstenía de prestarla). Al respecto, véase Dean, 2007, p. 160 ss.

una oportunidad real y suficiente para contradecir e interrogar al testigo que declare en su contra, así como la imposibilidad de valorar declaraciones sumariales producidas sin la intervención del acusado³⁹. Sin embargo, y debido a que el TEDH no examina los hechos de cada caso a la luz de la consideración aislada del art. 6.3 letra d) de CEDH (derecho a la confrontación), sino que valora su infracción desde la amplia perspectiva del derecho a un proceso equitativo del art. 6.1, ha terminado por aceptar como prueba –en forma excepcional– las testificales sumariales no sometidas a contrainterrogatorio solo en el caso de *incomparecencia del testigo* y siempre que se acredite haberse desplegado los *esfuerzos razonables* para asegurar su presencia en el juicio. Sin embargo, a causa de su falta de fiabilidad, esta se compensa restándoles valor probatorio al prohibir que una sentencia de condena se sustente en esa sola prueba⁴⁰.

En Estados Unidos, por su parte, la prohibición es más intensa, pues al comprender el derecho a la confrontación en un sentido autónomo a la garantía de la fiabilidad, la concurrencia de esta no justifica la eliminación del derecho a confrontación. Así, como sintetiza Bachmaier, desde *Crawford vs. Washington*, 541 US 36 (2004), rige la regla según la cual: “(...) las declaraciones obtenidas con carácter previo al juicio que tengan naturaleza testifical y que no fueren sometidas a interrogatorio cruzado –incluso aunque se hubieran sometido a un interrogatorio análogo– no podrán ser valoradas como prueba si el testigo no declara en el juicio, bien por estar ausente, bien porque invoca su derecho a no declarar, pues ello vulneraría el derecho a la *confrontation*”⁴¹.

Por tanto, debido a que el supuesto fáctico de incomparecencia no se encuentra comprendido en un concepto restringido de retractación, desde ambas aproximaciones no cabría más que proscribir la incorporación de su declaración mediante la lectura de registros previos sin contradictorios.

b) Interpretación sistemática de la Ley N°21.523 y exclusión de lectura como modalidad de introducción de declaraciones anteriores

Según lo dicho, la excepción del art. 331 letra f) CPP mantiene el encabezado referido a la posibilidad de “*reproducirse o darse lectura* a los registros en que constaren declaraciones de *testigos, peritos o imputados*”. La práctica jurisprudencial, hasta el momento, no ha hecho cuestión concerniente a este punto y, de hecho, los casos en que esta disposición ha sido aplicada, se ha permitido la lectura de declaraciones previas efectuadas en fase de investigación sin intermediación y sin posibilidad de confrontación⁴².

³⁹ En esta línea casos *Kostovski*, de 20.11.1989; *Windisch*, de 27.09.1990; *Delta*, de 19.12.1990; e *Isgro*, de 19.02.1991.

⁴⁰ BACHMAIER, 2019, p. 308.

⁴¹ BACHMAIER, 2019, p. 299.

⁴² En este sentido, el punto no es objeto de cuestionamientos y, por esta razón, implícitamente se acepta en: SCS Rol 61.931-2023, de 29.5.2023; SCS Rol 87.728-2023, de 3.1.2024; SCS Rol 175.415-2023; SCS Rol 238.008-2023, de 12.12.2023; STOP de Castro RIT 18-2022, de 10.3.2023 y RIT 42-2022, de 10.3.2023

Sin embargo, en atención a la interpretación restrictiva propuesta *supra* así como a la situación general de la lectura de declaraciones previas sin confrontación, es conveniente circunscribir la modalidad de introducción de declaraciones anteriores únicamente a su reproducción en el marco del supuesto de prueba anticipada del art. 191 ter CPP. Abona a esta interpretación lo dispuesto en el nuevo inciso 2° del art. 109 CPP, en la medida en que, tratándose de este especial grupo de delitos, la víctima tiene derecho, según la letra h), a que: “su declaración sea recibida en el tiempo más próximo desde la denuncia, por personal capacitado de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o del MP y cuente con el soporte necesario para evitar que vuelva a realizarse *durante la etapa de investigación*, a menos que ello sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos o que la propia víctima lo requiera (...)”.

Esta norma manifiesta la preocupación legislativa por satisfacer objetivos vinculados a la disminución de victimización secundaria y a reducir cuestionamientos epistémicos. En virtud del primer objetivo busca introducir el estándar consolidado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las declaraciones de víctimas de violencia de género, de manera de eliminar prácticas institucionales que resulten *des-subjetivantes* a su respecto (que le impide la construcción del “yo”), y que, por esta razón, sean constitutivas de victimización secundaria⁴³. En efecto, “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”⁴⁴. Desde este extremo se advierte el segundo objetivo, esto es, propender a un menor número de declaraciones, para evitar que puedan emerger supuestas inconsistencias de contenido, lo que “hace indispensable un adecuado tratamiento de la declaración en los primeros momentos en los que se pretende introducir la información en el proceso, con la finalidad de recuperar fielmente la mayor cantidad de datos posibles sin incorporar elementos sugestivos que puedan contaminar el relato”⁴⁵. Por lo demás, también se debe considerar que la asistencia a un gran número de diligencias o entrevistas termina por socavar el interés de participación de la víctima en atención a los constantes permisos laborales que debe solicitar⁴⁶.

Es de destacar que, de lo que se trata, es de evitar *su reiteración durante la fase de investigación*, limitando la necesidad de repetición solo para casos fundados, sin que en ningún caso ella pueda reemplazar su declaración en juicio oral, pues en este plano la prohibición del art. 334 CPP ha de mantenerse incólume. Si, como he afirmado en otro lugar, “el fin utilitarista del abordaje de la victimización secundaria pretende evitar que el sistema sea un factor determinante de la retractación, para –por esta vía– lograr una

⁴³ DI CORLETO y PIQUÉ, 2017, p. 422, aluden a los casos: Fernández Ortega y otros *vs.* México, párr. 194 y 196; J. *vs.* Perú, párr. 344 y 351; Espinoza González *vs.* Perú, párr. 249 y 256; Rosendo Cantú y otra *vs.* México, párr. 180.

⁴⁴ DI CORLETO y PIQUÉ 2017, p. 422.

⁴⁵ RAMÍREZ, 2019, p. 146.

⁴⁶ GUTIÉRREZ DE PIÑERES *et al.*, 2009, p. 54.

mayor adhesión al proceso de persecución criminal, no tiene sentido que se le emplee como razón para finalmente excluir su participación⁴⁷ en fase de juicio oral.

IV. PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS A LA EXIGENCIA LEGAL DE CONTAR CON INFORMES PSICOLÓGICOS Y ANTECEDENTES RELATIVOS A LA EVALUACIÓN DEL RIESGO EN QUE SE ENCUENTRA LA VÍCTIMA

Una interpretación textual y sintáctica del art. 331 letra f) CPP, conduce a identificar una disposición hipotáctica compuesta, idónea para expresar cuatro normas⁴⁸, a saber: i) que la excepción de retractación de la víctima requiere que existan antecedentes fundados a su respecto (norma explícita); ii) que dentro de los antecedentes fundados deben acompañarse informes psicológicos y antecedentes referidos al riesgo en que se encuentra la víctima (norma implícita); iii) que todos los antecedentes fundados deben ser valorados según el art. 297 CPP (norma explícita); y iv) que en dicha valoración se deben considerar especialmente los informes psicológicos y los antecedentes referidos al riesgo en que se encuentra la víctima (norma explícita).

De este modo, implícitamente, el legislador supone que para la invocación de esta causal se *acompañen* informes psicológicos y antecedentes referidos al riesgo en que se encuentra la víctima. Ambos elementos constituyen una manifestación concreta de aquello que ha de integrar el acervo de “antecedentes fundados” que luego debe ser valorado por el tribunal conforme con las reglas de la sana crítica.

A pesar de que este enfoque ha sido adoptado por la Corte Suprema⁴⁹, por regla, es un aspecto mayormente descuidado en la aplicación práctica de esta figura. Aunque esta impresión pueda deberse a la falta de transcripción de todos los detalles del debate y sus incidencias, parece ser una tendencia el que la solicitud se sustente únicamente en la sola afirmación del MP, sin más⁵⁰. Ahora bien, este requisito copulativo para la

⁴⁷ ALVARADO, 2025, en proceso de publicación a la fecha de envío de este artículo.

⁴⁸ CHIASSONI, 2011, p. 65.

⁴⁹ Así en SCS Rol 75.415-2023, de 15.9.2023, c. 7° y 9°; y SCS Rol 87.728-2023, de 3.1.2024, c. 6° y 9°.

⁵⁰ STOP de Castro RIT18-2022, de 10.3.2023, c. 3°, en la transcripción de los alegatos de apertura y clausura, se anota la afirmación del MP acerca de que la “retractación” de la víctima (*rectius*, desistimiento pasivo por incomparecencia a juicio oral) se había debido al aumento de violencia con fines intimidatorios para que “retirara la denuncia”. STOP de Castro RIT 42-2022, de 20.03.2023, no se da cuenta del motivo de la incomparecencia de la víctima, limitándose a permitir la lectura por configurarse la causal de retractación invocada por el MP. En 2°STOP de Santiago RIT 353-2023, de 28.2.2023 en la apertura el MP señala que se trata de una víctima muy vulnerable, que sufre un problema de drogadicción y con gran diferencia de edad con el acusado, el que refiere la Fiscal ser muy violento, con una colopatía tremenda con la ofendida, la que por temor al acusado lo más probable es que no va a declarar en el juicio. No hay más datos. En SCS Rol 61.961-2023, de 29.05.2023, se indica que el MP, previo a rendir prueba testimonial, habría advertido que la víctima no se presentaría a declarar en juicio (celebrado el 21.3.2023) por recomendación de su psicóloga, por haber tenido un intento de suicidio en noviembre de 2022.

invocación de la causal permite enarbolar ciertos aspectos problemáticos, según se analiza a continuación sin pretensión de exhaustividad.

1. *Naturaleza de los informes psicológicos y antecedentes referidos al riesgo*

Se debe evidenciar la ambivalencia legislativa consistente en: de una parte, llamarles –separadamente– “informes” y “antecedentes” como denominación que parece buscar desmarcarlos de su carácter de prueba; y, de otra, paradójicamente someterlos a las reglas de valoración de la prueba conforme con los “límites” de la sana crítica.

La negación de su carácter de prueba se deduce del empleo de la expresión “acompañados”, propia de la producción de prueba documental en los procesos escritos. De otra parte, la referencia a “antecedentes” rememora la simple lectura que de los elementos de prueba pueden efectuarse en la fase de investigación e intermedia para la fundamentación de las diversas solicitudes internas a cada fase. De este modo, ambas expresiones debiesen conducir a desconocer su carácter de prueba en el sentido técnico de la expresión, estimándolos simples fuentes de información introducida desde un plano meramente argumentativo-retórico.

No es complejo elucubrar las perplejidades que ocasiona una tal aproximación desde la perspectiva del efectivo ejercicio del derecho de defensa material del acusado. En este sentido, el hecho de que el supuesto de hecho (la retractación de la víctima), por regla, tan solo pueda constatarse en el momento mismo del juicio oral, impide que el acusado y su defensa hayan podido tener acceso a esos informes y antecedentes con el tiempo suficiente para contrarrestar su contenido. La cuestión se hilva nítidamente con otro extremo problemático relativo a la oportunidad en que debe haberse evacuado el informe y obtenido los antecedentes de riesgo. En efecto, debido a que la ley alude a “los antecedentes relativos a la evaluación del riesgo *en que se encuentra*” la víctima, la revisión de su situación actualizada permite suponer que esta información debe haber sido adquirida en un tiempo próximo al juicio, ciertamente *con posterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral*. En otras palabras, se trataría de una especie de diligencia de investigación realizada fuera de la fase procesal destinada a tal fin, en una oportunidad en que el acusado ya no puede proponer diligencias de investigación en sentido contrario y, en que, además, no se encuentra asegurada su debida publicidad.

a) Respecto de los informes psicológicos de la víctima

La necesidad de contar con informes psicológicos puede explicarse a partir de la consideración del fenómeno de la retractación como un proceso de toma de decisiones y acciones ejecutados por víctimas mujeres que ha sido mayormente estudiado con ocasión de violencia doméstica en el marco de la denominada “Ruta Crítica”⁵¹. Sin

⁵¹ Se alude a la denominada “Ruta crítica que siguen las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina” formulada por la Organización Panamericana de la Salud del Programa Mujer, Salud y Desarrollo del año 2000, que ha gozado de especial recepción en los diferentes sistemas jurídicos.

embargo, al tratarse de un fenómeno multicausal, la comprensión de las causales que la producen debe considerar no solo los factores individuales de la mujer o su pareja y el medio social en que se insertan; sino que también debe examinar los factores vinculados a la frustración de expectativas originada por la respuesta del sistema de justicia penal frente a estos delitos. Dentro de este último extremo corresponde ubicar las inadecuadas respuestas institucionales, entre las que se encuentran, a modo ejemplar, el grado de apoyo y acompañamiento, la duración del proceso y los niveles de credibilidad percibida por la víctima de parte de los operadores del sistema.

En este orden de ideas, un informe psicológico podría dar cuenta de los factores que han incidido en el proceso de toma de decisión de la víctima conducente a su retractación, a pesar de que no exista consenso acerca de la preeminencia de alguno de ellos en dicho proceso. Así, como se ha tenido ocasión de profundizar en otro trabajo⁵², de adoptarse una explicación sicologista, basada fundamentalmente en el constructo del ciclo de violencia –más allá de su limitado rendimiento acotado a los casos de violencia doméstica–, se presenta el inconveniente de utilizar estructuras conceptuales que perpetúan el estereotipo de la “mujer con desorden mental” y de la “víctima débil y necesitada”, que terminan por reducirla a esa sola condición⁵³. En efecto, este tipo de informes se esmera en detectar daño psicológico fruto de la agresión o hechos denunciados y para ello se inspira en la premisa por la que el hecho ilícito indefectiblemente debe conllevar un efecto dañoso transformando a la mujer en una “víctima crónica”, necesitada de tratamiento psicológico⁵⁴.

Un segundo inconveniente, ya adelantado, dice relación con la escasa posibilidad de que una “mujer retractada” preste colaboración para participar en la confección de esta clase de instrumento (abriendo, además, el estereotipo de mujer “consentidora de la agresión” en caso de que no quiera participar en su evaluación⁵⁵). En efecto, como dan cuenta los casos disponibles, el MP suele valerse de antecedentes obtenidos mientras todavía contaba con la adhesión de la víctima en la persecución, lo que podría implicar la cristalización de un escenario que bien haya podido haber variado, constituyendo un trato victimizante y desubjetivada hacia su persona.

Un tercer problema operativo de los informes psicológicos dice relación con el fundado temor de una pérdida de imparcialidad (objetiva y subjetiva) del juzgador. Si el contenido del informe busca dar cuenta de la existencia de un ciclo de violencia, entonces deberá discurrir acerca de la magnitud del hecho mismo y de la situación general de maltrato, aportando aspectos previos y posteriores a la comisión del hecho, junto con el daño diagnosticado y el riesgo asociado, todo ello constituye información que puede perjudicar al órgano sentenciador e incluso configurar un supuesto de implicancia por prejuzgamiento del art. 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales por sesgo de

⁵² ALVARADO, 2025, en proceso de publicación a la fecha de envío de este trabajo.

⁵³ JIMÉNEZ y MEDINA, 2016, p. 169 s.

⁵⁴ RAMÍREZ, 2019, p. 192.

⁵⁵ RAMÍREZ, 2019, p. 192.

confirmación⁵⁶. Si, desde otra perspectiva, se asumiera un enfoque criminológico que indagara los efectos de las inadecuadas respuestas institucionales como determinantes en el proceso de toma de decisión de retractarse, entonces habría que aceptar la configuración de la causal de excepción de la letra f) CPP como un mecanismo para superar un obstáculo probatorio creado por el mismo Estado a partir de su actuación negligente. Ciertamente, se trataría de una restricción al pleno ejercicio de las garantías procesales con insuficiente justificación (sobre todo para quienes aceptan la lectura de declaraciones anteriores ante la policía o el MP), aunque podría ser difícil que fuese una variable que se transparentara en los informes en caso de ser evacuados desde las estructuras internas de la propia fiscalía.

Paradójicamente, en ambos casos (enfoque psicologista o criminológico), no queda del todo claro que la situación fáctica de retractación sea imputable, de hecho, al acusado, que es quien precisamente debe soportar su aplicación y lidiar con sus efectos.

b) Acerca de los antecedentes relativos al riesgo en que se encuentra la víctima

En este caso parece ser que, con un cierto fraude de etiquetas, el legislador ha dado lugar a las denominadas pruebas periciales de valoración de riesgo –de enorme importancia en materia de medidas cautelares y determinación y ejecución de las penas o medidas de seguridad en casos de violencia de género–, pero sustrayéndolas del régimen general de rendición de prueba, sea que se la conciba como una pericia propiamente tal o como información aportada por un testigo experto (que, además, puede estar tratada en los informes psicológicos *supra* referidos). En otras palabras, para confirmar la verificación de una causal de excepción, se admite otra excepción, esta vez referida a los principios de intermediación y confrontación de la prueba pericial o testimonial correspondientes cuyo objeto de análisis finalmente recae, en parte, en la peligrosidad que el acusado reviste respecto de la víctima.

A pesar de ello, podría ser conveniente –a modo de mal menor–, atribuirles el carácter de una pericia, sujeta a un régimen especial de rendición, de cara a la fijación de una determinada metodología técnica y, consecuentemente, a la apreciación de la idoneidad profesional del perito. Ello, sobre todo, para contar con los insumos necesarios para determinar la suficiencia y el valor de los informes generados desde el propio ente persecutor mediante las Unidades de Atención de Víctimas incorporadas en su estructura. Aunque no es posible analizar aquí la cientificidad de esta clase de informe, es importante anotar que una de las críticas que, desde una perspectiva de género, se ha dirigido a los informes de las Unidades de Valoración de Riesgo es que ellos pueden violentar los derechos de las mujeres sometidas a los peritajes por la extracción de información sensible a partir de un sondeo de sus psiquis en lo que el TEDH ha llegado

⁵⁶ Según ZUCKERMAN, 2020, p. 88 s., aunque se trata de un sesgo cognitivo y un error sistemático al razonar deductivamente confirmado por variada evidencia empírica, suele no destacarse el hecho que, incluso el ser consciente de la posibilidad de incurrir en él, también conduce a distorsiones por medio de una sobrecompensación o de un exceso de corrección que busque prever una inclinación sesgada.

a calificar como de una “injerencia insoportable”, pues es su vida la que termina siendo el objeto del proceso⁵⁷.

No obstante, cualquiera sea la naturaleza que se atribuya a estos extremos, hay un obstáculo práctico insoslayable, y responde a la pregunta de si efectivamente podrá contarse con la colaboración de la víctima para su correspondiente evaluación. Este cuestionamiento deja en evidencia la deficiente técnica legislativa, así como los problemas que genera declarar un determinado objetivo (evitar victimización secundaria) en circunstancias que realmente se busca la consecución de uno distinto (remoción de obstáculos para condenar).

2. *Acerca de la valoración de los antecedentes según las reglas del art. 297 CPP*

a) *Pronunciamiento especial y fundado*

En primer lugar, es necesario relevar que la solicitud de aplicación de la causal de retractación se enmarca en el plano de una incidencia que ha de formularse luego de que se verifique su supuesto de hecho, esto es, una vez que la víctima haya declarado negando, total o parcialmente, las circunstancias que motivaron la correspondiente persecución penal. De este modo, por mucho que se trate de una situación que pueda anticiparse en los alegatos de apertura, la oportunidad procesal para abrir debate contradictorio a su respecto es justamente después de que se ha verificado “fácticamente” la retractación (en el sentido restrictivo sostenido en este trabajo). Ello es así porque el MP debe cumplir con la exigencia legal de acompañar los informes y antecedentes que se vienen analizando, permitiendo a la defensa —al menos formalmente— plantear oposición. Luego, tratándose de una afectación al pleno ejercicio de las garantías procesales del acusado, resulta imperativo el contar con un pronunciamiento especial y fundado del tribunal en uno u otro sentido.

En segundo lugar, la exigencia de contar con una resolución fundada no solo descansa en la norma general del art. 36 CPP, sino también en el expreso mandato de ponderar los antecedentes conforme con las reglas del art. 297 CPP. Como se sabe, esta disposición no solo exige la observancia de los criterios de la sana crítica, sino que también requiere hacerse cargo de toda la prueba producida (incluso aquella que se desestima, indicando sus razones), debiendo permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar sus conclusiones.

Aunque esta aproximación ha sido adoptada por ciertas defensas⁵⁸, es otro de los aspectos que ha descuidado la práctica jurisprudencial en general, conformándose con una mera enumeración o reiteración de lo señalado por el MP, en una aplicación automaticista

⁵⁷ RAMÍREZ, 2019, p. 192.

⁵⁸ En SCS Rol 238.008-2023, de 12.12.2023, c. 1º, párr. 5º, la defensa se lamentó de la ausencia de un desarrollo argumentativo (solo se habría limitado a afirmar la suficiencia de los antecedentes invocados por el fiscal), y, no obstante, el máximo tribunal se dedicó a resolver la cuestión referida a la sucesión de leyes sin prestar atención a este extremo.

de la causal que, en ocasiones, ni siquiera deja constancia de los antecedentes esgrimidos, si es que los hubo⁵⁹.

b) Especial consideración de los conocimientos científicamente afianzados

Desde un punto de vista material, como se ha dicho *supra*, a mi juicio, se trata, en general, de pruebas científicas, sea que se las considere o no pericias, que combinan métodos clínicos y actuariales que, sobre la base de factores de riesgo actuales de la víctima, tienen como objetivo ofrecer predicciones respecto de la probabilidad de que esta experimente revictimización por parte del mismo acusado. En otras palabras, se pronuncian respecto de la probabilidad de reiteración delictiva del sujeto.

En este orden de cosas, es oportuno recordar que el uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad es precisamente otra de las variables que con bastante frecuencia impacta en la obtención de sentencias erróneas⁶⁰. Como explica Ramírez⁶¹, si bien son preferibles a los pronósticos intuitivos de los juzgadores, se debe ser consciente de su alcance para evitar su sobrevaloración epistémica (exceso de fuerza probatoria) y semántica (asumir que la ciencia sea capaz de concluir cosas de las que no es capaz). Así, una vez consciente que, al tratarse siempre de una conclusión probabilística –basada fundamentalmente en leyes estadísticas–, resulta imprescindible que para la evaluación de la calidad epistémica del instrumento se distinga entre su valor predictivo (cuántas de las personas que el instrumento afirmó como peligrosas realmente delinquieron después) y su sensibilidad (cuántas de las personas que efectivamente delinquieron pudieron haber sido identificadas con el instrumento). Estos extremos serán los que permitirán evitar la sobrevaloración epistémica (también llamado “mito de infalibilidad”)⁶² y concluir acerca de la aceptabilidad científica de dicho conocimiento en los términos del criterio de cientificidad del art. 297 CPP⁶³.

c) Debate pertinente al estándar de prueba

Debido a que el art. 331 letra f) CPP guarda silencio en este respecto, es admisible legítimamente preguntarse cuál debiese ser el estándar probatorio que fije el umbral de suficiencia probatoria de los *antecedentes fundados* que se esgrimen en favor de la aplicación de la excepción. En otras palabras, cuándo debe entenderse que son “fundados” para considerar que se encuentra suficientemente corroborada la hipótesis fáctica de retractación y, por esta razón, poder justificar la decisión. Considérese que la negación total o parcial, si bien puede deberse a algún motivo espurio en causales referidas al ciclo

⁵⁹ A modo ejemplar, véase STOP de Castro en causas RIT 18-2022 y 42-2022, ya citadas; y 2ºSTOP de Santiago, RIT 353-2023, de 28.2.2023.

⁶⁰ DUCE, 2013, p. 16 y ss.

⁶¹ RAMÍREZ, 2019, pp. 188 a 190.

⁶² GASCÓN, 2010, p. 150 y ss.

⁶³ VALENZUELA, 2017, p. 106 y 108 s.

de la violencia o las inadecuadas respuestas institucionales que trasuntan una voluntad viciada, también puede obedecer a que realmente los hechos denunciados no sucedieron⁶⁴.

Siguiendo a Ferrer⁶⁵, debido a que la función del estándar probatorio es distribuir el riesgo de error entre las partes, es posible diferenciar varios niveles cualitativos según cuál sea la decisión político-moral respecto del grado de error que se considere aceptable. Ciertamente en esta decisión influye la gravedad del error, y dicha gravedad depende fundamentalmente de la importancia que tenga el bien jurídico afectado por la consecuencia jurídica que se deriva del error, es decir, “el estándar de certidumbre probatoria requerido en cada caso debe vincularse con las consecuencias jurídicas pretendidas”⁶⁶.

En este orden de cosas, considerando que a partir de la admisión de esta excepción se permitirá el ingreso de información de alto valor epistémico para la acreditación de la hipótesis acusatoria, me parece necesario prescindir del estándar de prueba prevaleciente o prevalente, pues, sin duda, por medio de esta causal se busca remover los obstáculos procesales para condenar. Como explica Oliver, este criterio de mínima racionalidad de la decisión apunta a una distribución igualitaria del riesgo de error entre los intervinientes (acusador y acusado), lo que “echaría por tierra el tradicional entendimiento del manejo de espacio de incertidumbre en el proceso penal, conforme al cual es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente”⁶⁷.

Sin embargo, el mínimo margen de error tolerado en el criterio que exige la superación de toda duda razonable tampoco parece dúctil a la implementación de esta excepción, pues no se trata de la decisión que fija directamente la premisa fáctica sobre la que se basa la condena⁶⁸. Además, exigir este estándar exacerbaría el riesgo del sesgo de confirmación *supra* reseñado. Por el contrario, el estándar intermedio de alta probabilidad o de prueba clara y convincente, a mi juicio, colabora a mantener intacta la tradicional distribución inequitativa del riesgo de error en favor del acusado⁶⁹ y, de otra parte, permite otorgar al tribunal la holgura necesaria para admitir el supuesto de hecho de la excepción y, no obstante, no condenar. Esta problemática representa un extremo que merece una exploración más exhaustiva, aunque su tratamiento en profundidad excede los límites de este análisis.

V. CONCLUSIONES

El objetivo planteado en este trabajo fue sistematizar los problemas operativos del nuevo supuesto de excepción a los principios de inmediación y contradicción en casos

⁶⁴ ALVARADO, 2025, en proceso de publicación a la fecha de envío de este trabajo.

⁶⁵ FERRER, 2020, p. 442 s.

⁶⁶ RAMÍREZ, 2019, p. 191.

⁶⁷ OLIVER, 2021, p. 190.

⁶⁸ BELTRÁN, 2012, p. 466 ss., en un sentido similar en materia de estándar de prueba respecto de la acreditación del presupuesto material.

⁶⁹ OLIVER, 2021, p. 191.

de retractación de la víctima previsto en el literal f) del art. 331 CPP. Para la solución de tales problemas se aboga por una interpretación restrictiva de la causal en general y del concepto de retractación en particular, consciente de la limitación que su aplicación supone tanto para el pleno ejercicio del derecho de defensa como para el cumplimiento de los fines epistémicos que los principios de inmediación y contradicción están llamados a resguardar en un proceso acusatorio adversarial de un Estado Democrático de Derecho.

La revisión de los casos disponibles en que se ha empleado la figura da cuenta de una aproximación laxa que desatiende los extremos anotados y que vuelve aún más necesaria una propuesta interpretativa que pueda resituar el equilibrio entre el respeto del estatuto de garantías del acusado y la debida protección a las víctimas de esta especial clase de delitos. En efecto, los numerosos flancos que abre la nueva figura en la indeterminación de su ámbito objetivo de aplicación y la concreta modalidad de introducción de declaraciones anteriores, así como los extremos vinculados a la exigencia legal de sustentar la causal en informes psicológicos y otros antecedentes referidos al riesgo en que se encuentra la víctima, permiten identificar una defectuosa técnica legislativa que, más que apuntar al interés de “evitar” la victimización secundaria de las víctimas, trasluce el no declarado objetivo de eliminar los obstáculos procesales para la obtención de condenas. Todo, sin considerar que tales “obstáculos procesales” representan las garantías de las que depende la legitimidad de las decisiones judiciales y sin advertir el contraproducente efecto que esta clase de aproximación puede generar respecto de las propias víctimas. En este sentido, se arriesga que el MP descuide el cumplimiento de los deberes institucionales de acompañamiento y apoyo para las víctimas, buscando exclusivamente contar con una única declaración que, por esta vía, sea útil para sostener la hipótesis acusatoria en juicio.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, 2019: “Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, *Revus* [Online], 39, pp. 85-102, <https://doi.org/10.4000/revus.5559>.
- ALVARADO, Agustina, 2025: “Regulación de la retractación en la Ley N°21.523: cuestiones conceptuales y tensiones sistémicas”, *Política Criminal*, Vol. 20, N°39, en proceso de publicación.
- ALVARADO, Agustina, 2022: “El principio de contradicción en la nueva Constitución y su vigencia en fase de investigación”, en Javier Velásquez y Alejandro Fernández (directores), *Temas actuales de Derecho penal y procesal penal a 20 años del inicio de la reforma procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 109-129.
- BACHMAIER, Lorena, 2019: “Principio de inmediación y *confrontation*: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 279-331.
- BELTRÁN, Ramón, 2012: “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, *Política Criminal*, Vol. 7, N°14, Art. 6, pp. 454-479, https://lc.cx/_WNovP
- CHIASSONI, Pierluigi, 2011: *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*, Madrid, Marcial Pons.

- DEAN, Giovanni, 2007: "Retrospectiva del 'nuovo' art. 111 Cost.: Anamnesi del giusto proceso penal", Giovanni Dean (editor), *Fisionomia costituzionale nel proceso penale*, Torino, Giappichelli Editore.
- DI CORLETO, Julieta; PIQUÉ, María, 2017: "Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género", en José Hurtado Pozo (editor), Luz Cynthia Silva Ticllacuri (coord.), *Género y Derecho Penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*, Lima, Instituto Pacífico, pp. 409-433.
- DUCE, Mauricio, 2013: "Errores del sistema y condena de inocentes: nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria", en Mauricio Duce *et al.*, *El modelo adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 1-65.
- FERRER, Jordi, 2020: "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión errónea", en Jordi Ferrer y Carmen Vásquez (editores), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 435-464.
- GASCÓN, Marina, 2010: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.
- GONZÁLEZ, María de los Ángeles, 2023: "Una increíble, aunque verosímil historia de las palabras: fiabilidad, credibilidad y testimonios", *Revista Derecho (Valdivia)*, volumen XXXVI, N° 2, pp. 187-204. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502023000200187>
- GUTIÉRREZ DE PIÑERES, Carolina; CORONEL, Elsa; ANDRÉS, Carlos, 2009: "Revisión teórica del concepto de Victimización Secundaria", *Liberabit Revista Peruana de Psicología*, N°15 (1), pp. 49-58.
- HORVITZ, María Inés, 2002: "La etapa del juicio oral", en María Inés Horvitz y Julián López (autores), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 229-346.
- JIMÉNEZ, María Angélica; MEDINA, Paula, 2016: *Violencia contra la pareja en la justicia penal* (2ª edición), Santiago, Editorial Universidad Central de Chile.
- LÓPEZ, Julián, 2002: "Principios y garantías del sistema procesal penal chileno", en María Inés Horvitz y Julián López (autores), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 31-104.
- OLIVER, Guillermo, 2021: *Proceso penal chileno: algunos aspectos problemáticos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PERCHINUNNO, Francesco, 2012: "Il principio del contraddittorio: considerazioni su fondamento, attuazione ed interpretazione della Corte Costituzionale", *Studi in onore di Aldo Loiodice*, volumen II, Bari, Caducci Editore, pp. 1317-1330.
- RAMÍREZ, José Luis, 2019: *Perspectiva de Género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TORRES, Sandra, 2013: "Aproximación al fenómeno de la retractación en las causas de violencia intrafamiliar", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVI, N°1, pp. 167-180. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100008>.
- VALENZUELA, Jonatan, 2017: *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*, Santiago, Rubicón Editores.
- VERGARA, Esteban, 2018: "La investigación sin víctima de ilícitos cometidos en contextos de violencia doméstica. Su situación actual en los Estados Unidos de América y el aporte a los países integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Política Criminal*, volumen 13, N°26), pp. 1055-1073. Disponible en: <https://bit.ly/3vvt1vR> [visitado el 28/04/2024].
- ZUCKERMANN, Adrian, 2020: "La averiguación de la verdad y el espejismo del proceso inquisitorio", en Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vásquez (editores), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 83-96.

Normas jurídicas citadas

LEY Nº 19.696, establece CPP, publicada el 12 de octubre de 2000.

LEY Nº 21.523, modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización, publicada el 31 de diciembre de 2022.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Isgro *vs.* Francia, 19.2.1991, Nº11339/85

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Delta *vs.* Francia, 19.12.1990, Nº11444/85

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Windisch *vs.* Austria, 27.9.1990, Nº12489/86

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Kostovski *vs.* The Netherlands, 20.11.1989, Nº11454/85

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Can *vs.* Austria, 30.9.1985, Nº9300/81

TRIBUNAL Constitucional, 17.3.2022, rol 11715-2021

TRIBUNAL Constitucional, 18.1.2022, rol 11348-2021

TRIBUNAL Constitucional, 2.9.2021, rol 11343-2021

TRIBUNAL Constitucional, 18.12.2020, rol 9106-2020

TRIBUNAL Constitucional, 18.12.2020, rol 9246-2020

TRIBUNAL Constitucional, 21.12.1989, rol 217-1989

TRIBUNAL Constitucional, 7.7.1988, rol 138-1988

CORTE Suprema, 3.1.2024, rol 87.728-2023

CORTE Suprema, 12.12.2023, rol 238.008-2023

CORTE Suprema, 15.9.2023, rol 175.415-2023

CORTE Suprema, 29.5.2023, rol 61.961-2023

TRIBUNAL de Juicio Oral de Castro, 10.3.2023, rit 42-2022

TRIBUNAL de Juicio Oral de Castro, 10.3.2023, rit 18-2022

2º Tribunal de Juicio Oral de Santiago, 28.2.2023, rit 353-2022