

PRUEBA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO: TRES CUESTIONES CONTROVERSIALES^{1,2}

PROVA E PERSPECTIVA DE GÊNERO: TRÊS QUESTÕES CONTROVÉRSIAS

EVIDENCE AND GENDER: THREE CONTROVERSIAL ISSUES

*Ignacio M. Soba Bracesco*³

RESUMEN: Se analizan tres temas vinculados a la prueba y perspectiva de género, polémicos y complejos pero de abordaje necesario. Concretamente, se plantea la cuestión de la declaración de la víctima y su corroboración externa; la valoración de la prueba y -particularmente- las pautas que da el legislador uruguayo acerca de la perspectiva de género y el razonamiento probatorio; y finalmente el tema, cada vez más presente en la litigación (al menos en Uruguay, conforme surge de la jurisprudencia), de las denominadas metapericias. La metodología empleada es propia de un ensayo en la que para su elaboración se ha relevado bibliografía y jurisprudencia, así como ampliado algunas ideas previas del autor. Se concluye en la relevancia de la prevención y de asumir los problemas de las violencias hacia las mujeres desde un abordaje integral (en la que el proceso jurisdiccional en general, y el proceso penal en particular, es sólo una parte de la perspectiva). Asimismo, se destaca la necesidad de actuar con debida diligencia investigativa, profesionalizar las investigaciones, de cara a evitar o mitigar problemas procesales-probatorios, en un contexto en el cual la corroboración externa es necesaria, más allá de la declaración de la víctima. Finalmente, se destaca la imparcialidad como garantía a preservar en el juzgamiento de todo tipo de asunto, incluido por supuesto aquellos casos en los que hay que estar atentos de no caer en sesgos o perjuicios derivados de una falta de perspectiva de género.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal; declaración de la víctima; perspectiva de género; metapericias.

RESUMO: São analisados três temas vinculados a prova e a perspectiva de gênero, polêmicos e complexos mas de abordagem necessária. Concretamente, se instala a questão da declaração da vítima e sua corroboração externa; a valorização da prova e - particularmente - as pautas que confere o legislador uruguaio sobre a perspectiva de gênero e a razão probatória; e finalmente o tema, cada vez mais presente

¹ Artigo recebido em 09/12/2022, sob dispensa de revisão.

² El presente breviarío contiene tres temas controversiales sobre prueba y perspectiva de género. Tiene su origen en algunos pasajes incluidos en la segunda edición de mis *Estudios sobre la prueba testimonial y pericial* (La Ley Uruguay, Montevideo, 2022), los que han sido revisados y ampliados para esta publicación.

³ Profesor de Derecho procesal y litigación en carreras de grado y posgrado de distintas Universidades latinoamericanas. Miembro de la *International Association of Procedural Law* y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente honorario del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio. Director del Anuario de Derecho Probatorio del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio. Divulgación de Derecho procesal a través de: <http://ignaciosoba-derechoprocesal.blogspot.com/> y <https://fder.academia.edu/IgnacioSoba>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5894-6902>. Montevideo, Uruguay. E-mail.: @IgnacioSoba / ignacio.soba@fder.edu.uy / ignaciosoba@usal.es



no litígio (pelo menos no Uruguai, conforme surge a jurisprudência), das denominadas metaperícias. A metodologia utilizada é típica de um ensaio no qual foram utilizadas bibliografia e jurisprudência, bem como algumas das idéias anteriores do autor. Conclui sobre a relevância da prevenção e da abordagem integral dos problemas de violência contra as mulheres (na qual o processo jurisdicional em geral, e o processo criminal em particular, é apenas uma parte da perspectiva). Também destaca a necessidade de agir com a devida diligência investigativa, para profissionalizar as investigações, a fim de evitar ou mitigar problemas procedimentais-probatórios, em um contexto no qual a corroboração externa é necessária, além da declaração da vítima. Finalmente, a imparcialidade é destacada como uma garantia a ser preservada no julgamento de qualquer tipo de caso, incluindo, naturalmente, aqueles casos em que é necessário ter cuidado para não cair em preconceitos ou preconceitos derivados de uma falta de perspectiva de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; declaração da vítima; perspectiva de gênero; metaperícia.

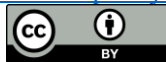
ABSTRACT: Three issues related to evidence and the gender perspective are analyzed. These issues are controversial and complex but necessary to address. Specifically, the question of the victim's statement and its external corroboration is raised; the evaluation of evidence and -particularly- the guidelines given by Uruguayan legislators regarding the gender perspective and evidential reasoning; and finally the issue, increasingly present in litigation (at least in Uruguay, according to jurisprudence), of the so-called meta-expertise. The methodology used is typical of an essay in which bibliography and jurisprudence have been used, as well as expanding on some of the author's previous ideas. It concludes on the relevance of prevention and of taking on the problems of violence against women from an integral approach (in which the jurisdictional process in general, and the criminal process in particular, is only one part of the perspective). It also highlights the need to act with due investigative diligence, to professionalise investigations, in order to avoid or mitigate procedural-probatory problems, in a context in which external corroboration is necessary, beyond the victim's statement. Finally, impartiality is highlighted as a guarantee to be preserved in the judging of any type of case, including, of course, those cases in which it is necessary to be careful not to fall into biases or prejudices derived from a lack of gender perspective.

KEYWORDS: Criminal proceedings; victim's statement; gender perspective; meta-expertise.

1. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA. TRATAMIENTO Y CORROBORACIÓN

En el tema de la declaración de la víctima subyace algo muy sensible, que exige cuidados y protección en su tratamiento. No se trata de asumir una determinada posición epistémica desde antes de que la víctima declare, sino de brindar ciertos cuidados institucionales, fuera y dentro del proceso jurisdiccional.

La cuestión es además difícil desde el punto de vista procesal, para quien le toca juzgar o decidir en el caso concreto, por la necesidad de ponderar y/o equilibrar derechos y garantías. Tanto cuando se lo analiza desde la óptica de la víctima, pues generalmente ella requiere de tutela, protección o amparo, por la vulneración de derechos de la que fue objeto; como también muy sensible desde la perspectiva de la persona denunciada y/o imputada (dada la importancia de salvaguardar también sus derechos fundamentales), en



función de garantías esenciales al Estado de Derecho como la del principio, estado o presunción de inocencia.⁴

En el medio de esos polos se ubica la prueba, como elemento que permite verificar hipótesis y que las acusaciones infundadas no prosperen. La prueba evita que la mera hipótesis de la acusación (la alegación) se convierta casi que automáticamente en condena.

Por mi parte, y sin perjuicio de las discusiones que se presenten en los distintos casos concretos (que es donde se presentan los matices), me inclino a nivel teórico por la posición de quienes han entendido que no es posible lograr la condena (particularmente, la condena en un proceso penal) de una persona basada en un testimonio y/o declaración única de la víctima, sin que existan elementos de corroboración de tipo externo.

Con relación a la idea racionalista de corroboración del testimonio único, y la coherencia del relato señala Ramírez Ortíz:

“Está extendida la idea de que, en ciertos casos y especialmente en los delitos de violencia de género, la propia coherencia interna del relato de quien afirma ser víctima, su grado de exhaustividad y su persistencia en el tiempo son suficientes para dar por acreditada la hipótesis acusatoria. Con lo razonado con anterioridad en este trabajo puede descartarse el peso justificativo de este argumento. En suma, la virtualidad probatoria de un relato no puede verificarse ni contrastarse sobre la base del mismo relato; esa verificación ha de encontrar apoyo en elementos externos.”⁵

Gama Leyva, en tanto, ha afirmado que esta posición de quienes como Ramírez Ortíz refieren a la necesidad de corroboración debe ser analizada de modo crítico, puesto que

⁴ Como he tenido oportunidad de señalar (SOBA BRACESCO, I.M., *Estudios de Derecho procesal*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2021, pp. 263 y ss.), se puede entender que el estándar de prueba no surge fijado por la presunción, principio o estado de inocencia. Este principio no nos dice cuál es el estándar (aunque sí se podría derivar del mismo que es un estándar elevado, más elevado que para adoptar otras decisiones intermedias en el proceso). En cualquier caso, el estándar debe estar predeterminado normativamente (por imponerlo así el debido proceso y la seguridad jurídica), pero no hay una correlación necesaria entre principio de inocencia y un estándar “X”. Esta es la tesis que sigue Ferrer Beltrán: que el principio o presunción de inocencia determina -de modo similar a las reglas de la carga de la prueba- que se falle a favor del imputado cuando no se cuente con prueba suficiente para tener por acreditada la hipótesis de la acusación, pero no nos dice cuándo la prueba es suficiente para la condena. Cfr., FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

⁵ Cfr., RAMÍREZ ORTÍZ, J. L., “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, en *Revista internacional sobre razonamiento probatorio – Quaestio facti*, N° 1, 2020, Marcial Pons, Madrid, pp. 226, <<https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22288/26153>> (consultado el 5 de febrero de 2020).



podría reforzar el escepticismo estructural en la credibilidad de las víctimas.⁶ Vale aclarar que el querido profesor Raymundo Gama Leyva me ha comentado informalmente que ha matizado su posición original, por la relevancia de las garantías en juego. Coincido con lo expresado en ese párrafo por Ramírez Ortiz. Entiendo que la corroboración es lo que se impone buscar tanto en materia de carga como de estándar de prueba, para dictar una condena (*i.e.*, un estándar más elevado que aquél que se exige para adoptar decisiones intermedias o de protección a la víctima en un proceso concreto).

La corroboración (externa) se puede entender como aquellos razonamientos probatorios que se realizan a partir de elementos de juicio o fuentes/medios de prueba distintos -en este caso- a la declaración -admisible, por cierto- de la propia víctima. Luego, si en el caso concreto con la declaración y su corroboración se supera -o no- el estándar de prueba necesario para una condena, es una discusión propia del estándar que se esté aplicando.⁷

No se trata de escepticismo, o quizás sí, pero es inevitable, ya que hay que aportar elementos de juicio para tener por acreditada la hipótesis (que se incluye en la pretensión o acusación penal). Hay que evitar la equivocación de que la mera afirmación del acusador público, de la víctima o de un/a querellante alcanza para convertir la acusación o requerimiento en sentencia.⁸ Esto aplica a mi criterio a cualquier delito.

⁶ Cfr., GAMA LEYVA, R., “Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico”, en *Revista internacional sobre razonamiento probatorio – Quaestio facti*, N° 1, 2020, Marcial Pons, Madrid, pp. 285-298, <<https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22373/26158>> (consultado el 26 de junio de 2022).

⁷ Recordando, una vez más, que estamos -fruto de decisiones de política legislativa- ante pluralidad de estándares, no sólo dentro de un mismo proceso: en donde se distingue lo cautelar o provisional de lo que no lo es; sino también en los distintos tipos de procesos dentro de un ordenamiento jurídico: seguramente sea distinto el estándar en casos de acoso sexual o moral en el ámbito laboral, de la administración pública, en casos de protección a víctima, que en casos penales.

⁸ Un tema que se vincula a esto es el de tratar ciertas cuestiones estructurales como notorias, y por tanto exentas de prueba. Así lo he analizado en SOBA BRACESCO, I. M., “El hecho notorio en el derecho procesal comparado”, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L., MARTÍNEZ MORALES, S., SOBA BRACESCO, I. M., *La prueba. Un cruce de caminos*, IJ Editores, 2022, libro digital, pp. 158-162. La SCJ en sent. n° 294/2022, de 10 de mayo de 2022 ha de alguna manera entrado en esta cuestión al analizar -en sede de recurso de casación- el planteo de la Defensa de una mujer acusada de intentar ingresar estupefacientes a una cárcel. La defensa señaló que se trata de una mujer altamente vulnerable y por tanto su posición ante el delito no puede ser analizada prescindiendo de la perspectiva de género. Agregó la Defensa el argumento del miedo que se desprende de la estrategia utilizada por el narcotráfico para valerse de estas mujeres, lo que implica que este factor tenga que ser acreditado desde una perspectiva de género.



La tutela jurisdiccional de las víctimas, y sus garantías procesales, pueden -y deben- plasmarse en otros aspectos de la regulación. Razonando por el absurdo, si fuera suficiente para superar el umbral del estándar un único elemento de juicio, la carga de la prueba sólo se limitaría a aportar ese elemento, y se podría juzgar estos casos complejos mediante una particular especie de monitorio penal (monitorio penal que sí se admite en alguna legislación, como el caso del art. 392 del CPP chileno, pero para faltas respecto de las que fiscalía solicite pena de multa), en razón de la supuesta fehaciencia inicial de una declaración.

La declaración de la víctima puede aportar a la verificación de una hipótesis, pero no resulta suficiente para superar el umbral del estándar de prueba necesario para dictar una condena penal cuando existe otra teoría del caso. Por eso -y esto es muy relevante- hay que profesionalizar la investigación, la recolección de evidencias y/o pruebas.

En ese sentido, comparto lo expresado por Fernández Ramírez cuando señala - particularmente en casos vinculados a violencias hacia las mujeres basada en género (pero que se puede extrapolar a las investigaciones en general)- que:

“lo que debería garantizarse también es la existencia de investigaciones más diligentes tendientes a obtener evidencias que excedan a lo declarado, y que no hagan recaer la responsabilidad única en lo relatado por la víctima. De lo contrario, es el Estado trasladando la carga de investigar en la víctima que se vería en la posición de obtener elementos indiciarios previo a denunciar.”.⁹

Hay que evitar a toda costa los problemas probatorios originados en problemas de la investigación. Evitar trasladar las carencias, deficiencias u omisiones en la recolección de evidencias en la etapa indagatoria o de investigación, a la prueba en lo que es

La Corte, en tanto, señaló, citando su jurisprudencia previa, que la perspectiva de género y la protección que de ella dimana no puede operar como un correctivo para suplir manifiestas carencias probatorias. Añade la Corte, “...las carencias probatorias de su planteo no pueden ser suplidas con un análisis desde la perspectiva de género y menos aún compartible es que el miedo que se pretendió probar en el caso concreto, no requiere prueba a la luz de tal perspectiva.”. No hay en la sentencia un desarrollo en la argumentación en torno al fenómeno estructural de las vulnerabilidades y violencias hacia las mujeres desde el punto de vista de su notoriedad (y la relevancia que esto podría tener en el caso), aunque por supuesto no estamos ante un tema sencillo. Todo esto, además, presenta problemas que van más allá del caso puntual y que ameritan respuestas sistémicas y decisiones de política legislativa (entre las que se encuentra, por ejemplo, derogar o modificar la propia figura delictiva o su pena).

⁹ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L., “Principio de inocencia, perspectiva de género y generaciones: notas para su armonización”, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L., MARTÍNEZ MORALES, S., SOBA BRACESCO, I. M., *La prueba. Un cruce de caminos*, IJ Editores, 2022, libro digital.



estrictamente el proceso o juicio penal. Se trata de hacer buenas investigaciones, de emplear la debida diligencia en la recolección de evidencias.¹⁰

Se trata, a su vez, de ir “estrechando” el terreno de la duda en el proceso penal, en el marco del Estado de Derecho.¹¹

Además, todo esto no quita que las personas víctimas de determinadas situaciones aberrantes, como el caso de los delitos sexuales, no requieran de la adopción de medidas por fuera del proceso penal para la prevención y/o reparación de los menoscabos o daños que han sufrido (esto es, medidas que para su adopción no necesitan superar el exigente estándar de prueba del proceso penal, y que incluso se puedan disponer para precaver o prevenir conductas y/o daños).

En ese sentido, considero que la atención procesal penal a la problemática de los delitos sexuales es -aunque por cierto muy valiosa- una entre varias posibles. La problemática de los delitos sexuales se puede insertar en el marco de una más amplia, necesaria y prioritaria política pública contra la violencia hacia las mujeres basada en género o hacia niños, niñas y adolescentes. Es más, a través de un proceso penal la víctima (cuyo estatuto propio es reconocido en la legislación comparada, con atribuciones diversas, no siempre coincidentes) puede resultar revictimizada, ser objeto de “juicios paralelos” en medios de comunicación o redes sociales, puede que las actuaciones procesales sean objeto de dilaciones indebidas en el tiempo, que el dictado de una sentencia de condena tarde años o, incluso, que nunca se llegue a traspasar el umbral del estándar de prueba exigido para una condena penal. Todo esto no quiere decir que no haya una víctima a la cual prestar, por ejemplo, asistencia desde el punto de vista de la

¹⁰ La Corte IDH se ha manifestado acerca de la debida diligencia en el *caso Digna Ochoa y familiares vs. México*, sentencia de 25 de noviembre de 2021: “99... El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio... 103. ... en la investigación de la muerte violenta de una persona, es crucial la importancia que tienen las primeras etapas de la investigación y el impacto negativo que las omisiones e irregularidades en tales etapas puede tener en las perspectivas reales y efectivas de esclarecer el hecho. 114. La Corte ha indicado que la incorrecta cumplimentación de los registros de la cadena de custodia, la falta de consignación o de aseguramiento de objetos hallados en el lugar de los hechos, o la destrucción de prueba en custodia son faltas estatales al deber de debida diligencia. [caso López Soto y otros Vs. Venezuela, sentencia de 26 de septiembre de 2010, párr. 213; caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala, sentencia de 19 de mayo de 2014, párrs.193-198; caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 15 de mayo de 2010, párr. 112].”

¹¹ NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, en especial, p. 160.



prevención de situaciones que pueden llegar a poner en riesgo su integridad o su vida; desde el punto de vista sanitario o de seguridad social. En estos casos, la decisión de prestar este tipo de asistencia o protección no tiene por qué estar condicionada a un estándar de prueba exigente como el establecido para el dictado de la sentencia de condena en el proceso penal.

2. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. EL ART. 46 DE LA LEY N° 19.580, DE 22 DE DICIEMBRE DE 2017

En Uruguay, la discusión acerca de la valoración de la prueba y la incidencia en la misma de la perspectiva de género se plantea de modo similar a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos. La particularidad viene dada no desde el punto de vista del razonamiento probatorio, sino en el plano normativo, por lo consagrado en el **art. 46 de la Ley N° 19.580** de violencia hacia las mujeres basada en género, cuando dispone que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 140 del Código General del Proceso, debe tenerse especialmente en cuenta que los hechos de violencia constituyen, en general, situaciones vinculadas a la intimidad o que se efectúan sin la presencia de terceros. El silencio, la falta de resistencia o la historia sexual previa o posterior de la víctima de una agresión sexual, no deben ser valorados como demostración de aceptación o consentimiento de la conducta. La diferencia de edad, de condición económica, las dádivas, regalos y otras formas de compensación, serán considerados como indicadores de abuso de poder en situaciones de abuso sexual contra niñas, niños o adolescentes.

En todos los casos se respetará el derecho y el interés superior de las niñas y adolescentes a dar su opinión, la cual deberá analizarse aplicando las reglas de la sana crítica. No será válido utilizar argumentos técnicos para disminuir la credibilidad de sus testimonios”.

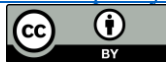
La SCJ uruguaya, a través de su sentencia n° 920/2019, de 1 de abril de 2019, rechazó el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la disposición que se viene de citar (lo que ha sido corroborado por su jurisprudencia posterior). Con posterioridad, la Corte se explayó -en sede de recurso de casación- sobre la valoración con “perspectiva de género”. En sent. n° 113/2021, de 27 de mayo de 2021 (citando jurisprudencia previa, concretamente la sent. n° 299/2020), señaló:



“la Corte tuvo la oportunidad de sentar las siguientes bases interpretativas en la materia: “... la recurrente pretende introducir lo que denomina ‘perspectiva de género’ a la hora de valorar la prueba. A juicio de la Corporación no le asiste razón a la Fiscalía en su planteo. (...) La condición de mujer de la víctima –en materia procesal penal– no ha de significar que el razonamiento probatorio se base en prejuicios, suposiciones, creencias ‘generales’ sin anclaje empírico, que justifiquen una condena penal. Si el informativo probatorio no es concluyente, completo, acabado, no podrá cimentar la condena por delitos más graves a los efectivamente acreditados en el marco del proceso. La perspectiva de género reclama, por el contrario, un tratamiento riguroso y protector de quienes conforman este grupo vulnerable, dando el Estado a través de herramientas normativas y orgánicas respuestas ante el flagelo de la violencia instalada en el país. La Corte, con anterioridad, ha señalado en términos compartibles que: ‘La argumentación jurídica con perspectiva de género implica considerar determinadas acciones dentro del proceso que lleva a la resolución o sentencia, siendo de destacar –como aplicable al caso de autos–: evidenciar los estereotipos y los sexismos detectados en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y pretensiones de las partes, o en normas que podrían haber resultado aplicables; así como reconocer y evidenciar en los puntos resolutorios de la sentencia los sesgos de género encontrados a lo largo del proceso’ (Sentencia No. 122/2016). Sin embargo, la protección de ese colectivo no puede operar como un correctivo para suplir manifiestas carencias probatorias que justifiquen la premisa fáctica que cimienta la acusación fiscal”. “La Corporación concluye que la ‘perspectiva de género’ a la que alude la recurrente, en definitiva, no permite descender en el grado de certeza requerido para justificar la condena por los delitos individualizados en la acusación”...”.

En la valoración se trata de aplicar criterios de racionalidad (en este sentido, véase, también: SCJ sent. n° 113/2021, de 27 de mayo de 2021¹²), evitando o minimizando los sesgos, estereotipos y/o prejuicios, por lo general desfavorables o negativos, que afectan a la valoración imparcial de la prueba adquirida en el proceso (y que pasa a ser parte de la comunidad de la prueba), basada en elementos de juicio que se aspira que sean fiables. Esto sucede -o debería suceder- respecto de estereotipos de género, como también

¹² Allí la Corte, además de lo ya citado, indica que: “...se trata de pautas básicas de racionalidad epistemológica, que incluso trascienden el ámbito de la prueba judicial; son desarrolladas por la epistemología general y se aplican a diversos ámbitos de la experiencia humana. Si estamos dispuestos a aceptar que probar un hecho requiere aceptar estas pautas, guiándose por criterios racionales intersubjetivamente controlables, son estos criterios los que deben primar.”. Esto es aplicable a la valoración de la prueba en general, no siendo una especificidad de aquella con “perspectiva de género”.



respecto a otros estereotipos sin sustento empírico serio, basados en generalizaciones de dudosa procedencia, los que en ocasiones se encuentran en los y las litigantes, auxiliares de la justicia, así como en jueces y juezas (como parte de la sociedad y cultura en la que se desenvuelven).¹³

Lo expresado por la Corte IDH en el caso *Manuela y otros vs. El Salvador* (sentencia de 2 de noviembre de 2021) ayuda a entender cómo puede y debe posicionarse un órgano jurisdiccional -y por tanto, imparcial- en estos temas:

“...este Tribunal resalta que la utilización de estereotipos de género para fundamentar una decisión judicial puede demostrar que la decisión fue basada en creencias preconcebidas en lugar de hechos. Por tanto, la estereotipación puede mostrar falta de motivación, violaciones a la presunción de inocencia y comprometer la imparcialidad de los jueces.” (párrafo 151).

Como se puede apreciar fácilmente, la identificación de los estereotipos -entre ellos, los de género- ayuda a preservar la imparcialidad. No se puede obviar esa perspectiva, porque de lo contrario sería poner en riesgo la imparcialidad.

Me parece sumamente interesante la reflexión de Fernández Ramírez cuando señala que:

“Es más bien un mito que en los casos de violencia de género, las sentencias de condena se dictan con perspectiva de género y las absolutorias sin ella.¹⁴ Sin embargo, que la sentencia sea de condena no significa necesariamente que se haya dictado con perspectiva de género, cómo se esbozó. La sentencia puede realizar una valoración estereotipada de la prueba y emplear un lenguaje sexista. Del mismo modo, que sea absolutoria tampoco significa que se haya dictado sin esa perspectiva, pues una misma absolución puede deberse a un déficit de

¹³ Algunos criterios que se plasman en el texto positivo (que, como tal, requiere ser interpretado) adquieren la calidad de tasados y de origen legal (con las ventajas y desventajas que puede aparejar esto). Sobre la normativización de las reglas de valoración de la prueba, y lo que estas dicen y no dicen, vale recordar el aporte de MARTÍNEZ MORALES, S., ¿Qué es la epistemología y cuál es su vínculo con los criterios de valoración probatoria?, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L., MARTÍNEZ MORALES, S., y SOBA BRACESCO, I. M. (Coordinadores), *La prueba. Un cruce de caminos*, IJ Editores, 2022, libro digital).

¹⁴ A mi parecer, el caso de la sent. n° 113/2021 de la SCJ uruguay es un buen ejemplo de esto que afirma la autora (en ese fallo se desestima el recurso de casación interpuesto por la fiscalía en un caso de retribución o promesa de retribución a personas menores de edad para que ejecuten actos sexuales o eróticos de cualquier tipo; en primera instancia se había condenado al imputado, mientras que en segunda instancia había sido absuelto). Claro que lo señalado se basa únicamente en la lectura de la sentencia, no habiéndose accedido a las resultancias del caso.



perspectiva de género, pero también fundamentarse de forma constitucionalmente irreprochable.”¹⁵

En definitiva, más que ante particularismos en el plano epistemológico, nos encontramos ante una especie de alerta o guía normativa, dirigida especialmente -aunque no exclusivamente- a los jueces y juezas. Los sujetos del proceso pueden y deben asumir actitudes críticas y racionales, que permitan el control intersubjetivo de los razonamientos empleados, así como conocer las bases empíricas de ciertas afirmaciones, evitando caer en la tentación de los lugares comunes, las trampas, errores y/o los atajos que se generan -según el caso- a partir de ciertos heurísticos (que a veces pueden simplificar y facilitar ciertos razonamientos, y que no por ello se deben obviar sin más), sesgos, estereotipos, prejuicios, etc.¹⁶

3. LA ADMISIBILIDAD DE LAS METAPERICIAS EN EL PROCESO PENAL URUGUAYO. SU CONCEPTUALIZACIÓN Y DISTINCIÓN CON LA PERICIA ORIGINAL

En el apartado anterior se citó el art. 46 de la Ley N° 19.580, como una disposición que alude a la valoración de la prueba. Ahora bien, en su inciso final se expresa que no

¹⁵ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L., “Principio de inocencia, perspectiva de género y generaciones: notas para su armonización”, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L., MARTÍNEZ MORALES, S., SOBA BRACESCO, I. M., *La prueba. Un cruce de caminos*, IJ Editores, 2022, libro digital.

¹⁶ La propia Corte IDH en la nota al pie al párrafo 151 del caso *Manuela y otros vs. El Salvador*, cita a la CEDAW, *Recomendación General No. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015, párr. 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.”.



será válido utilizar argumentos técnicos para disminuir la credibilidad de los testimonios, lo que puede llegar a generar la duda de si no se trata, en puridad, de una regla especial de exclusión. Por mi parte, entiendo que la referencia es amplia, alcanzando a las víctimas comprendidas por esta disposición, y no sólo niñas y adolescentes que son a quienes se menciona en la parte final del artículo. Considero, a su vez (por lo que explicaré), que no necesariamente se trata de una disposición que -en este punto- refiera a la admisibilidad de la prueba.

Puede que sí se trate de admisibilidad, si a través de un medio de prueba se pretende incluir claramente un argumento técnico que disminuya la credibilidad de un testimonio. Sin embargo, se puede agregar que en principio no se excluye ningún medio de prueba, sino sólo “argumentos”. No hay, por tanto, una referencia específica a la exclusión de medios de prueba en particular, sino a la validez de lo que puede ser su contenido (total o parcial). Por otra parte, estos argumentos técnicos tampoco se pueden utilizar en sede de valoración de la prueba o motivación de las sentencias, ya que no se distingue ningún momento en particular dentro del procedimiento probatorio, ni en función del sujeto que los pretende utilizar en el proceso (juez, parte, experto, etc.).

Trasladado al análisis a la admisibilidad de las metapericias¹⁷, cuando el citado art. 46 de la Ley N° 19.580 señala que no será válido utilizar argumentos técnicos para disminuir la credibilidad de sus testimonios, considero que no está excluyendo la realización de las mismas.¹⁸ Aunque, por supuesto, hay que analizar e interpretar -al

¹⁷ Algunas ideas preliminares acerca del tema de las metapericias fueron expuestas en el *Blog* de Derecho procesal de mi autoría, en entrada publicada el 16 de agosto de 2021: <<http://ignaciosoba-derechoprosesal.blogspot.com/2021/08/las-denominadas-metapericias-y-el.html>>. En los últimos años se han dictado varias sentencias de Tribunal de Apelaciones en lo Penal cuya lectura recomiendo, como la del TAP 1°, sent. int. n° 487/2021, de 26 de agosto de 2021 o la sent. int. n° 596/2021, de 1 de octubre de 2021; TAP 2°, sent. n° 31/2022, de 27 de abril de 2022; TAP 3°, en sent. int. n° 770/2021, de 25 de noviembre de 2021; TAP 4°, sent. int. n° 203/2022, de 31 de marzo de 2022 y sent. n° 40/2022.

¹⁸ Quisiera recordar aquí que, con relación a las pericias de credibilidad en adultos, la jurisprudencia española se muestra reacia, planteando su rechazo por inmiscuirse en cuestiones de valoración: “Es generalizada la doctrina de esta Sala en relación a la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio de personas adultas. Aun cuando la citada prueba pericial podrá ser plenamente acordada para menores, o aun siendo adultos, cuando el grado madurez del mismo sea inferior a su edad, sin embargo resulta impertinente e innecesaria para adultos. De esta forma, señalábamos en la sentencia núm. 705/2016, de 14 de septiembre, con referencia a la sentencia núm. 841/2015, que la pertinencia de la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio de personas adultas, ha sido ya tratada por esta Sala de casación y resuelta en sentido negativo, porque dicha valoración corresponde exclusivamente al Tribunal



momento de admitir o excluir una metapericia- su objeto concreto, para determinar si se cumple o se desvirtúa su finalidad.

La metapericia no es una pericia que tenga como objeto de su encargo el mismo que caracteriza a la pericia original. Si bien es opinable, entiendo que debidamente enfocado, el objeto de la metapericia no es ni debería ser la credibilidad de los testimonios (mucho menos, la credibilidad de quienes declaran), sino la fiabilidad de las pericias que se hubiese realizado previamente (por razones vinculadas a la metodología, la técnica empleada, la especialidad o subespecialidad del perito que realizó la pericia, etc.). De lo contrario, si se atacara la credibilidad de la víctima, la supuesta metapericia sí podría ser inadmisibile (excluyéndola de la prueba a incorporar en la audiencia de juicio).

4. OBSERVACIONES FINALES

- 1) La prevención, desde una perspectiva general-social, así como especial (respecto de ciertos casos puntuales), es esencial en los temas de violencias hacia las mujeres basada en género. El proceso penal es sólo una pequeña parte de un panorama que puede y debe ser más vasto. Asumir la posición contraria sería situarnos como procesalistas ingenuos: se requiere de la articulación de distintas políticas públicas (por ejemplo, en materia de vivienda, trabajo, salud, seguridad social y cuidados), así como la adopción de medidas por fuera del proceso penal para la prevención y/o reparación de los menoscabos o daños que estas personas han sufrido. Las decisiones que se puedan adoptar en el marco de un proceso penal son, así, una porción de un ecosistema de tutela mayor.

de instancia.” (Tribunal Supremo, sala de lo penal, n° de resolución 979/2021, de 15 de diciembre de 2021, Lamela Díaz - ponente). Como he señalado, esta sentencia me genera muchas dudas, ya que no parece fundar la exclusión en ninguna cuestión metodológica-epistemológica, sino en que se estaría invadiendo la esfera de valoración del tribunal. Ahora bien, que los peritos se vean tentados a realizar valoraciones que correspondan al tribunal no es nuevo, ni es específico de este tipo de pericias. Si bien hay que estar atentos a estas manifestaciones, no por ello las pericias se excluyen y se descarta el apoyo que pueden llegar a brindar. La razón debería ser otra (normativa o técnica), y debería ser clara, ya que haya o no haya pericia la valoración siempre corresponde al juez/a.



- 2) A veces parece que, desde el punto de vista de la prueba, se llega tarde. Por eso se propone pensar en qué es lo que se puede mejorar antes de que los problemas adquieran protagonismo en el proceso penal. En ese sentido, mejorar las investigaciones permite tener un pronóstico probatorio más favorable a la hora de pensar en el juicio. Hay que aprovechar los primeros momentos de la investigación, optimizar y profesionalizar la actuación investigativa de cara al proceso penal. Hay que ampliar el campo, evitar que se pierda prueba que luego puede ser valiosa (por problemas de cadena de custodia, por ejemplo); cuidar de no provocar revictimización, al mismo tiempo que se recolecta evidencia de modo que luego pueda ser sometida a contradicción (con los riesgos de eventual exclusión que luego eso genera). Para todo esto resulta fundamental que se pueda dedicar tiempo de calidad a las investigaciones (a estas y otras que se prioricen), que se tenga acceso a capacitación, que se cuente con herramientas y recursos tecnológicos que ayuden en los distintos momentos de la recolección de la evidencia, etc.
- 3) La imparcialidad de los jueces es una condición necesaria, aunque no la única, para lograr que el juzgamiento sea respetuoso del debido proceso. Sin imparcialidad las preocupaciones acerca de la debida diligencia en la investigación, la calidad o fiabilidad de las pruebas, parecen casi no tener sentido. La imparcialidad es esencial en todo tipo de casos, y por supuesto esto incluye aquellos casos en los que se tenga que emplear la perspectiva de género para evitar caer en sesgos o estereotipos hacia las mujeres. Por esa razón se ha dicho que las particularidades las encontramos en el plano normativo, más que en el epistemológico propiamente dicho.

REFERENCIAS

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L., MARTÍNEZ MORALES, S., SOBA BRACESCO, I. M.,
La prueba. *Un cruce de caminos*. In.: “El hecho notorio en el derecho procesal comparado”. IJ Editores, 2022, libro digital,



- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L., “Principio de inocencia, perspectiva de género y generaciones: notas para su armonización”, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L., MARTÍNEZ MORALES, S., SOBA BRACESCO, I. M., La prueba. *Un cruce de caminos*, IJ Editores, 2022, libro digital.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba sin convicción*. Estándares de prueba y debido proceso, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- GAMA LEYVA, R., “Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico”, en *Revista internacional sobre razonamiento probatorio – Quaestio facti*, N° 1, 2020, Marcial Pons, Madrid, pp. 285-298, <<https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22373/26158>> (consultado el 26 de junio de 2022).
- MARTÍNEZ MORALES, S., *¿Qué es la epistemología y cuál es su vínculo con los criterios de valoración probatoria?*, en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, L., MARTÍNEZ MORALES, S., y SOBA BRACESCO, I. M. (Coordinadores), La prueba. *Un cruce de caminos*, IJ Editores, 2022, libro digital).
- NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- RAMÍREZ ORTÍZ, J. L., “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, en *Revista internacional sobre razonamiento probatorio – Quaestio facti*, N° 1, 2020, Marcial Pons, Madrid, pp. 226, <<https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22288/26153>> (consultado el 5 de febrero de 2020).
- SOBA BRACESCO, I. M. (2021). *Estudios de Derecho procesal*. Montevideo: La Ley Uruguay.
- SOBA BRACESCO, I.M., *Estudios sobre la prueba testimonial y pericial* (La Ley Uruguay, Montevideo, 2022).