

“El dilema del sistema penal frente a la violencia contra las mujeres: Femicidio y actos de defensa contra la violencia de género”

Dra. Alejandra Castillo Ara, LL.M.

Discurso realizado el día 23 de noviembre de 2023 en el evento denominado: “Femicidio, el dilema del sistema penal frente a la violencia contra las mujeres”.

Primero que todo muchas gracias por la invitación a discutir y conversar sobre este tema infame y poco feliz que es la violencia de género. Un verdadero dilema, como señala la convocatoria. De hecho, creo que la violencia de género y la aplicación de la perspectiva de género está, precisamente, llena de dilemas.

En la presentación que nos convoca, me quiero centrar en tres aspectos de la problemática referida a la interacción entre género y Derecho penal. Primero, el que yo llamo el dilema basal de la perspectiva de género y su aplicación justa. Segundo, me voy a referir a la idoneidad de la regulación en materia de género de la mano del concepto de violencia y su uso jurídico. Tercero, voy a reflexionar sobre las vías que el sistema penal ofrece a las mujeres autoras de un delito en contextos de género, normalmente frente a agresores masculinos y la solución que a mí parecer es la más adecuada.

Lo primero: sobre el dilema basal de la perspectiva de género y su aplicación justa.

Digo que es un dilema, porque la violencia de género nos presenta la problemática, especialmente a ustedes, practicantes del Derecho, de tener que aplicar una perspectiva de género tanto si la mujer es víctima como si es victimaria. Pero también, porque la perspectiva de género y el derecho a una vida libre de violencia es un derecho humano, debe coexistir con otros derechos que son igualmente relevantes como es el debido proceso. Ambos, por cierto, no son excluyentes, pero es necesario tener claridad sobre cuándo se flexibiliza uno en favor del otro y bajo qué circunstancias, o si quiera si existe tal flexibilización. Yo creo, que no. Que la perspectiva de género no debe y en, los hechos, con una aplicación razonable de la misma, afectar el derecho al debido proceso.

La perspectiva de género en la justicia está cambiando el paradigma de la justicia, pero hay que ser cautos. Igualmente, creo, que la antigua defendida total neutralidad del derecho penal era muchas veces, la que lo volvía precisamente injusto, pues impide la justicia relativa de cara a la igualdad de la misma índole. La injusticia no se da sólo si se trata a personas iguales de manera distinta de forma arbitraria, sino que también si se trata de manera igual a personas distintas de forma arbitraria.

La violencia de género es una realidad que nos ha acompañado desde siempre, pero que se ha tematizado hace relativamente poco, y al parecer no hay aún claridad sobre sus posibles soluciones, al menos no en el mediano y corto plazo. ¿Cuáles son las teclas correctas que hay que apretar para lograr una real prevención y erradicación de la violencia contra la mujer? parece ser aún una pregunta a la que ni operadores ni académicas podemos dar respuesta satisfactoria. Pero la discusión, especialmente, una discusión donde converjan miradas relevantes para este tipo de casos es fundamental, y se agradece. De hecho, creo que el caso expuesto, es un caso de relativa falta de controversia entre las partes intervinientes. Lo cual, por una parte, me parece positivo, pero por la otra me deja la duda sobre si eso es así sólo

porque se trata de un caso que no escaló realmente a las lides del parricidio, sino que quedó en amenazas y lesiones leves. Las buenas prácticas se agradecen y la discusión jurídica, aun cuando sea entre contendores que velan por intereses de víctimas y defendidos, se respeta, pero sigue siendo mi duda, sobre si esta paz y este lineamiento se habría mantenido inmutable si se hubiera tratado de un parricidio consumado. Donde la mujer diera muerte efectiva a su marido. ¿Habría sido tan pacífica la discusión y la asunción de la perspectiva de género como un elemento determinante en la decisión?

Lo segundo: sobre la idoneidad de la regulación en materia de género de la mano del concepto de violencia y su uso jurídico.

La violencia contra la mujer suele enfrentarse a problemas a nivel normativo complejos. De la mano de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también conocida como Convención Belém do Pará, Chile ha adquirido compromisos internacionales en materia de prevención, erradicación y sanción de todas las formas de violencia contra la mujer, y para ello la creación normativa ha sido relevante, no obstante, no necesariamente idónea. Desde el punto de vista, especialmente de la prevención, pero también ha presentado déficits importantes en su aplicación y coherencia sistemática a nivel legislativo. Y yo creo que a nosotras las personas académicas, si hay algo que nos complica es compatibilizar de manera razonable las necesidades de política criminal con la dogmática penal. Porque aunque parezca pensamiento abstracto, el ejercicio dogmático es necesario para someter a las normas a un control de racionalidad necesario para su aplicación y funcionalidad.

Como señalaba, la influencia del Derecho internacional ha tenido especial relevancia en materia de género. Esto tiene ventajas y desventajas. Las ventajas son evidentes: se ha visibilizado un fenómeno que antes, si bien existente, pasaba inadvertido para nuestra administración de justicia, para la academia y para la sociedad toda. Las desventajas, tal vez no tan evidentes son, desgraciadamente, numerosas. Nos presenta conceptos indeterminados, muchas veces tomados directamente desde el Derecho internacional, como ha ocurrido con la definición de violencia de género que ha adoptado nuestro legislador en el art. 390 sexies CP, que es casi réplica exacta de, precisamente, la contenida en la Convención Belem do Pará. El problema es que dichos conceptos hay que dotarlos de contenido, y esa tarea, aunque parezca sencilla, para nosotros que somos penalistas, y nos regimos por el principio de legalidad en todas sus acepciones, *lex certa, stricta, scripta y praevia*, no es tan sencillo como suena. Tomemos como ejemplo, el concepto de violencia. La violencia psíquica, la violencia patrimonial y todos los contenidos de violencia en su dimensión jurídica sigue siendo un concepto de contornos difusos.

A mi juicio violencia se puede entender en dos planos para que tenga sentido: o se trata de un supra concepto, donde contiene otras hipótesis delictivas constitutivas de delito. Así, el abuso sexual, la violación, etc. serían todos supuestos de violencia sexual en tanto metaconcepto. Algo más cercano al uso político de la palabra.

O bien, es la violencia todo aquello que queda bajo el baremo delictivo. Es decir, acciones u omisiones que están por debajo del límite inferior de hechos que sean delictivos. Una lectura que haría sentido y sería coherente con los lineamientos de la Ley N°20.066, donde todo lo que quede bajo el baremo delictivo genérico puede ser maltrato habitual y todo lo que no comprenda maltrato habitual puede ser violencia. Este concepto, si bien, creo, es más preciso jurídicamente hablando, no coincide con el uso más bien ideológico del concepto.

Como sea, el uso del concepto violencia a nivel normativo no puede quedar entregado al mero uso coloquial, sino que debe dialogar con las otras formas de afectación de bienes jurídicos: lesiones, abusos, etc. Lo contrario, sería un abuso del concepto que finalmente lo volvería tan pedestre como irrelevante y eso, creo, sería una tragedia para la equidad de género.

Lo tercero: las vías que el derecho penal ofrece en los casos de mujeres autoras de un delito en contextos de violencia de género.

La violencia de género suele pensarse y discutirse desde la perspectiva de la mujer víctima. Y esto es, por cierto, también, creo, resultado de los mismos sesgos de género: la víctima es femenina, incluso la palabra da cuenta de ello; mientras que el Código penal es claro en tanto que el autor es esencialmente masculino.

La empatía con la mujer víctima de un delito es, a estas alturas -creo y espero- innegable e incuestionable, pero ¿es tal la empatía por la mujer autora de un delito? Y es que, al parecer, la situación jurídica de una mujer en materia de violencia de género tiende a tener dos caras: o muere, porque es víctima de un femicidio; o se defiende, y es eventualmente autora de parricidio. Este no fue el resultado del caso que nos convoca, donde terminó finalmente sólo en una amenaza y lesiones leves, pero podría haber terminado eventualmente en un resultado de muerte. Lo curioso del caso sí, y esto me llamó la atención en que la única vez que ella lo amenaza termina judicializado el caso, pero las numerosas amenazas previas vividas por ella resultaron en meros antecedentes de hecho. Lo que da cuenta de un problema estructural respecto de la denuncia y de las posibilidades fácticas de plantearla. Ella, temía perder su hogar, a sus hijos, temía represalias en su contra e incluso señala en alguna testimonial, temía mancharle los papeles a él. Él, no temía nada de eso.

No voy a profundizar en las críticas a la existencia de parricidio en nuestro ordenamiento en tanto figura delictiva, pero no hay duda de que se trata de arqueología jurídica y que, creo, que hoy, su derogación parece razonable, precisamente por la consideración de eventuales mujeres parricidas en defensa propia. La historia del parricidio como figura para defender al *pater*, al padre, precisamente del ataque de sus familiares, especialmente mujeres e hijos por sus abusos, debería desaparecer de nuestro ordenamiento, pues se trata de una manifestación normativa de albores esencialmente machistas. Pero la pregunta evidente es cómo tratamos a la mujer parricida o que reacciona, como el caso en concreto ante un episodio de violencia de género, sea que vea en peligro su bien jurídico vida, la libertad sexual, integridad física, etc. Aquí hay varias opciones, siendo las más comunes y recurrentes dos: o esto es un estado de necesidad defensivo exculpante, del art. 10 N°11CP, como el caso que nos convoca esta tarde. O se trata de un supuesto de legítima defensa del art. 10 N°4. Aún cuando hay una tercera vía, que aunque menos explorada, creo, es la más adecuada, y voy a explicar porqué, que es la vía de la fuerza irresistible o miedo insuperable del art. 10 N°9 CP.

Hay una pregunta basal que nos debiera interesar. ¿Tienen alguna relevancia sea uno o que sea lo otro? Y la respuesta va a depender si uno es consecuencialista o no. Con una lógica consecuencialista o utilitarista, la verdad es que parece irrelevante si ambos nos conducen, a lo que nos podría interesar, si entendemos que la mujer efectivamente ha sido víctima de una violencia cíclica histórica que es su absolución. Sin embargo, parece que no es del todo irrelevante que sea lo uno o que sea lo otro. No es irrelevante, pues quien actúa en legítima defensa, lo hace autorizada por la justicia y no realiza en ese actuar un acto contrario a derecho, no realiza un comportamiento antijurídico. Es más, quien actúa en legítima defensa

reestablece el imperio del derecho. La legítima defensa es una causal de justificación y no de exculpación.

Quien actúa, sin embargo, de manera típica y antijurídica pero no culpable, actúa con un déficit en tanto libertad de la voluntad, pero sí realiza un acto antijurídico. Que es el supuesto de caso que me ha tocado presentar. La mujer tenía antecedentes de violencia durante más de 30 años, lo cual dio cuenta de un daño psicológico profundo y del denominado síndrome de adaptación aprendida. Que permite a la mujer prever las diferentes reacciones del tirano doméstico en sus distintas fases del enamoramiento, violencia, reconciliación y nueva violencia. Se trata de una persona, que en el caso particular, es incapaz (inexigibilidad) de comportarse conforme a derecho o siquiera de discernir si una acción es contraria o conforme a este. Y eso sí que tiene un efecto simbólico, pues pareciera que la construcción de dicho déficit de culpabilidad, aun cuando se pueda tratar de un supuesto de inexigibilidad en el caso concreto, sí parece acercarse -y el caso concreto lo confirma- o ir de la mano de una confirmación si no patológica sí con ribetes de sintomatología de un síndrome: el síndrome de la mujer maltratada, el síndrome de adaptación paradójica o síndrome de adaptación aprendida. Lo cual, si bien tal vez correcto, tiene dos problemas: por una parte, la falta de precisión de la salud mental en nuestro ordenamiento en tanto concepto de relevancia penal. Las afectaciones a la salud mental en Chile desprovistas de una afectación física perceptible no están, cubiertas por la sistemática de las lesiones. La lesión mental en Chile no existe. Por la otra, pues presenta dificultades en su constatación en casos de persona asintomáticas, que es lo que ocurre con figuras análogas tales como “la víctima ideal”, entendida como aquella que no sufre de manera estándar pero que se ve afectada en su psiquis de igual o peor manera que aquella que sí sufre o que presenta síntomas post traumáticos décadas después, de manera tardía. Como sea, lo que me preocupa de esta vía es que tiende, lo quiera o no, a la patologización de la mujer, cuestión que si bien, desde un punto de vista utilitarista deseado tal vez en el caso concreto, puede ser un disparo en los pies para lo que la igualdad de género busca, que es la equidad y empoderamiento en tanto concepción de la mujer como sujeto de derechos y no objeto de protección.

Por lo mismo, es que me pregunto si la legítima defensa no será la vía más adecuada para el tratamiento de estos casos. Y la verdad es que parece ser que lo único que impide su plena aplicación es un problema netamente de depuración conceptual en sus requisitos, donde la discusión más latente se centra en dos: actualidad o inminencia; y la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler. Sobre la actualidad o inminencia, que han sido requisitos de construcción esencialmente dogmática y jurisprudencial, desde que el Código, claramente, no los referencia como requisitos, llama la atención de que aceptando la tesis del peligro permanente, que es lo que se sostiene en el fallo, no se acepte también la de agresión inminente. Porque la doctrina es clara: los requisitos en legítima defensa son actualidad o inminencia de manera alternativa no copulativa. Luego, pareciera ser que si hay peligro inminente de una fuente humana y no de cosa, que es algo que el estado de necesidad permite, toda vez que es fuente de peligro, también habría una agresión inminente. Si se entiende que el peligro permanente se da por el carácter frecuentemente violento del hombre, constatado por los diversos episodios de violencia. La pregunta entonces es ¿por qué pareciera ser que el peligro permanente para configurar un estado de necesidad genera menos problemas que una agresión inminente de legítima defensa? Cuestión que ya ha sido acogido por algunas sentencias, entre otras, una muy emblemática de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 648-2021. Que si bien encomiable, creo que yerra desde que lo que hay no es actualidad equivalente al secuestro, sino que inminencia.

Sobre el segundo punto relevante en materia de legítima defensa, que es la racionalidad de medio empleado. La verdad es que la racionalidad del medio empleado se sabe que se trata simplemente del uso de medios en el marco de la necesidad del caso concreto. Al respecto se señala que la legítima defensa obliga al agredido a escoger, de entre todos los medios disponibles para impedir o repeler la agresión, el menos lesivo. La jurisprudencia ha señalado que este requisito importa que el sujeto no debe disponer de otra forma menos enérgica para defenderse con éxito.

Ahora bien, el que la persona disponga o no de una forma menos enérgica para defenderse con éxito va a depender de la situación personal y de las circunstancias en que se encontraba. Es posible que en los hechos exista un medio menos lesivo, pero que por las circunstancias y las características personales de la agredida tenga que acudir a un medio más lesivo, que suele ser las hipótesis de legítima defensa en contextos de violencia de género. O en el ejemplo de Prof. Cury, sobre el viejecillo raquítrico que es atacado por un mocetón puede echar mano para defenderse a un arma.

No obstante, aún cuando creo que el estado de necesidad no despeja los problemas propios de la legítima defensa, sigue siendo un camino más razonable, toda vez que la comprensión de la legítima defensa en tanto derecho a defender la vida frente a un ataque ilegítimo, en el caso, por ejemplo, de defensa sin confrontación, por ejemplo: se mata al marido durmiendo, genera el problema de que la mujer ejerce un derecho y el atacante tiene un deber de tolerar no teniendo lugar, desde luego, la legítima defensa de la legítima defensa. Es decir, si alguien quisiera defender al marido que está siendo durmientemente atacado, supongamos la hija de ambos, no podría y de hecho, debería, en estricto rigor, responder penalmente. Esto es verdad, ocurre también en estado de necesidad, pero siendo una causal exculpante y no justificante, creo que lo que existe es una libertad y no un derecho y, una eventual intervención de terceros que intenten evitar la acción defensiva podría, al menos regirse por las normas generales también de exculpación, pero no generaría el contrasentido de dejarla en peor situación que a quien se defiende.

¿Qué es lo que yo creo que es plausible y recomendable? Pues, ciertamente la eximente del art. 10 N°9 CP, que es el miedo insuperable o fuerza irresistible entendida como circunstancia de tal magnitud en la libertad de la voluntad de la persona, generada por esta situación de terror, que impide que actúe de manera plenamente libre. Que yo creo es una figura que se usa menos, simplemente por costumbre a intentar clasificarlo todo en legítima defensa o en estado de necesidad y por esa, a mi juicio, errada convicción de que el estado de necesidad del 10 N°11 realmente planteaba alguna diferencia sustancial frente a los aspectos problemáticos de legítima defensa, que yo creo que no resolvió. Así también, la objeción práctica para su uso, por ser una causa de exculpación que no resulta esencialmente divisible, por carecer de manera explícita de una enumeración de requisitos normativos explicitados como sí es el caso de legítima defensa ay estado de necesidad, lo que haría -en teoría- que se tratara de supuestos fácilmente fraccionables. Es decir, es de relativa fácil constatación cuando sus requisitos son deficitarios y, por tanto, la subsidiariedad del art. 11 N°1 CP, es decir, la concurrencia de una eximente incompleta se vuelve más plausible. Sin embargo, creo que el miedo insuperable o la fuerza irresistible es una exculpante igualmente susceptible de fraccionamiento en términos de requisitos de procedencia, sólo de que no es de manera manifiesta ni normativamente explicitada. En fin, sostengo que esta es la salida que genera una alternativa más razonable y dogmáticamente más rigurosa que las otras dos opciones aquí revisadas. Genera los problemas de la patologización, creo que menos, porque

si bien se trata también de la evaluación de estados anímicos conmocionados, tiene un fundamento que es mucho más transversal y exógeno, siempre que supriman o impidan en algún grado la capacidad de autodeterminación de la persona. El miedo, creo, tiende a ser un punto de referencia mucho más disociado de lo subjetivo y más asociado a factores exógenos que no necesariamente se asocian a síntomas previos o médicos. Y frente al posible argumento de evitar su aplicación producto de que impediría la procedencia de un eventual art. 11 N°1 CP, en tanto eximente incompleta, simplemente, me parece que hace descansar el fraccionamiento de una causal eximente en la mera enumeración de requisitos y eso me parece esencialmente incorrecto.

En fin, la verdad es que la problemática da para largas discusiones y muchísimas precisiones dogmáticas, por lo que es imposible hacer una conclusión que se precie de tal, pero sí una reflexión, y es que la labor en materia de género debe ser transversal. La solución no es exclusivamente normativa ni tampoco exclusivamente administrativa, pero sí parece ser que en la base del simbolismo penal, en la base de las políticas internas de equidad, subyace definitivamente un ímpetu educativo. Educar en materia de equidad de género es la única forma real de tener éxito en el largo plazo en esta materia, además, por supuesto, de terminar con las abismantes brechas salariales, acceso a oportunidades, acceso a la justicia, cuidados compartidos, y, desgraciadamente, un largo listado. Sí creo, que excelentes medidas con repercusión directa en la calidad de la administración de justicia, son las buenas prácticas, que hoy se están adoptando, así que aprovecho de destacar a la Unidad especializada en Género del Ministerio Público, los Boletines de sentencias con perspectiva de género así la defensa especializada en género de la Defensoría Penal Pública y el Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias realizado por la Secretaría Técnica en la materia del Poder Judicial, todas medidas encomiables y, ojalá, replicable en otros servicios y entidades tanto públicas como privadas.

Muchas gracias.