

4. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Violencia intrafamiliar. Legítima defensa en contextos de violencia de género. Tratándose de maltratos y agresiones habituales se configura un estado violencia inminente en contra de la mujer siendo procedente a su respecto apreciar la existencia de una agresión incesante

HECHOS

Defensor Penal Público de Migrantes y Extranjeros en Antofagasta deduce recurso de nulidad en contra de sentencia de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, solicitando que se anule el juicio oral respectivo y la sentencia definitiva recaída en él, por estimar que la sentencia habría omitido los requisitos previstos en el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal, por la falta de fundamentación respecto de las alegaciones de la defensa, basadas en la violencia de género, para desestimar la «agresión ilegítima actual o inminente» como presupuesto de la legítima defensa. Corte acoge el recurso.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Acogido).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Antofagasta.*

ROL: *648-2021, de 24 de julio de 2021.*

PARTES: *Gabriela Mamani Anaya.*

MINISTROS: *Sr. Eric Darío Sepúlveda C. y Sr. Virginia Elena Soubllette M. y Sra. Myriam del Carmen Urbina P.*

DOCTRINA

Que analizada la legítima defensa con una perspectiva de género, como lo imponen los estándares internacionales, en el caso de la mujer maltratada que atenta en contra de su agresor, la doctrina ha estimado que es posible la configuración de esta eximente en razón del fin preventivo general que tiene; y también por la amplitud de los bienes jurídicos que la norma protege, debiendo considerarse especialmente que a consecuencia de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la mujer, no es “posible exigir que en el momento tome otras vías de solución, como huir o llamar a carabineros, como

tampoco es necesario un ataque físico in actum de parte del agresor para que pueda configurarse legítima defensa en la mujer que lo lesiona o mata, siendo suficiente una amenaza cierta que anuncie un ataque inmediatamente posterior. (Myrna Villegas Díaz, “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad”, en Revista de Derecho, vol. XXXIII, N° 2, diciembre 2010).

En general, siguiendo a autores como Politoff y Matus, el concepto de “agresión” es una conducta humana objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido; la que además es ilegítima cuando resulta ser contraria al derecho en general, aunque no necesariamente constitutiva de delito ni, mucho menos, culpable.

En consecuencia, la agresión que justifica la defensa, no sólo puede consistir en una lesión efectiva, sino que también puede consistir en poner en peligro un bien jurídico, que se describe por la doctrina como un “peligro concreto”, o bien, como señala la profesora Villegas, aquel peligro que “ex ante es objetivamente idóneo para lesionar un interés legítimo propio o ajeno”.

Lo anterior, resulta trascendental para analizar este requisito desde una perspectiva de género, ya que muchas veces la mujer, al atacar a su agresor, no lo hace en respuesta a una agresión efectiva, sino que actúa ante la certeza de una ofensa futura, de tal manera que resultan muy relevantes los rasgos psicológicos de la relación afectiva y de la propia mujer en razón del conocimiento que ésta tiene de la aproximación de una agresión por parte de su pareja, puesto que puede no ser identificado de la misma manera por parte de un tercero observador ajeno a la relación. Que sin perjuicio de lo señalado en el motivo anterior, y no obstante haberse establecido como se ha hecho, un concepto amplio de agresión ilegítima como elemento de la eximente en estudio, ello no resulta suficiente para que se configure una legítima defensa, ya que se requiere además, que la agresión debe ser actual o inminente, lo que origina el principal problema cuando analizamos la eximente con una perspectiva de género. De acuerdo con la doctrina, una agresión inminente es aquella “lógicamente previsible”, de manera que “ataque inminente no es precisamente el que se está produciendo, sino aquel cuya realización es próxima y, en consecuencia, debe entenderse como “actual” tanto aquella agresión que se está produciendo en el momento, como la inmediatamente anterior y aquella denominada como “agresión incesante”; de tal manera que no puede esperarse que se realice el hecho para repelerlo y remediarlo; siendo suficiente para que se ejerza la legítima defensa, que sea inminente la acción, es decir, que haya indicios suficientemente claros de que la agresión esté pronta a desencadenarse. El problema que se presenta respecto de la actualidad o inminencia de la agresión en los casos de violencia de género,

consiste en que no se analiza el contexto específico en que se encuentra la mujer maltratada, haciéndose un examen en abstracto y cronológico, como lo hacen los sentenciadores a quo, en circunstancias que dicho examen debe ser principalmente psicológico, tratando de determinar la voluntad persistente del agresor cuando regresa a la casa de su víctima después de amenazar, lo que se comprueba, cuando logra establecerse la permanencia de dicha actitud en el tiempo.

En efecto, generalmente la mujer para defenderse espera a que la agresión se interrumpa o cese, ya que por su inferioridad física no tiene reales posibilidades de defensa con éxito mientras la agresión se está produciendo, y es por ello que en muchos casos, como acontece en el presente, los jueces descartan la existencia de una agresión inminente y, por tanto, la concurrencia de una legítima defensa. Sin embargo, la inminencia de la agresión puede también establecerse y fundamentarse, en los casos de “agresión incesante”, cuando el estado de maltrato subsiste a una acción determinada o inicial, como ocurre generalmente con las mujeres agredidas por sus parejas, ya sea o no en el contexto de violencia intrafamiliar, puesto que la reiteración en el tiempo de las agresiones se verifican también en situaciones afectivas de menor permanencia, como ocurre por ejemplo en el pololeo, en que la libertad y seguridad de la mujer no se encuentran protegidas de manera específica por la ley, como sí ocurre en el contexto de la violencia intrafamiliar en que se establece una figura típica como es el maltrato habitual del artículo 14 de la Ley N° 20.066.

Al respecto, puede afirmarse que tratándose de maltratos y agresiones habituales, se configura un estado antijurídico de violencia inminente en contra de la mujer, siendo procedente a su respecto apreciar la existencia de una agresión incesante, una agresión latente, capaz de configurar el requisito de actualidad en la legítima defensa.

Ello es así porque el lapso temporal que media entre la agresión del hombre violento y la eventual respuesta de la mujer, suele cuestionar tanto la actualidad o inminencia del ataque, así como la herramienta utilizada, y determina que en muchos casos, como el que nos ocupa, sirva para inferir el dolo de matar, fomentado por una venganza, frente a los anteriores malos tratos.

De esta manera, no es fácil para una mujer maltratada, definir cuándo la agresión alcanza su punto álgido, y por lo mismo se debe ser flexibles a la hora de estimar el momento adecuado en que se reacciona defensivamente, porque no existe en la práctica un momento preciso para operar una defensa, atendido el estado físico y psíquico de la víctima golpeada, y la necesidad de tomar una decisión rápida, que le permita salvar su integridad, todo lo cual nos lleva a concluir que, tratándose de maltratos habituales, la agresión

latente tiene también el carácter de ilegítima y actual o inminente (considerandos 9° y 10° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/93801/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 14 de Ley N° 20.066; 10 N° 4 del Código Penal.*

PROCEDENCIA DE LA EXIMENTE DE LEGÍTIMA DEFENSA
RESPECTO DE HIPÓTESIS DE “AGRESIÓN INCESANTE”
EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

GONZALO AGLIATI VÁSQUEZ*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

1. En resolución de fecha 24 de julio de 2021, la Corte de Apelaciones de Antofagasta decidió acoger el recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia condenatoria dictada en causa RIT 35-2021 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad, en virtud de la cual se impuso una pena efectiva de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a G.M.A., en calidad de autora del delito de homicidio simple frustrado cometido en contra del sujeto con quien mantuvo una relación sentimental caracterizada por los constantes episodios de violencia física, verbal y psicológica que este último, en diversas ocasiones, hizo padecer a la acusada.

A partir de la argumentación esgrimida por la defensa recurrente, la Corte de Apelaciones desestimó el motivo absoluto de nulidad alegado a partir de una supuesta vulneración al principio de razón suficiente. Sin embargo, consideró procedente decretar la anulación de la sentencia del tribunal *a quo* basándose en que este no tuvo por concurrente la eximente de legítima defensa en favor de la acusada, lo que, a juicio unánime de los sentenciadores, constituye una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor agregado del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Estudiante del programa de Magíster en Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Becario CONICYT-PFCHA/Magíster Nacional/2019-22190200. Correo electrónico: gonzalo.agliati@puvc.cl.

En términos generales, el razonamiento principal que inspiró la conclusión adoptada por los ministros que conocieron del recurso consiste en que el fallo condenatorio prescinde de un análisis con perspectiva de género, lo que implica desconocer las particularidades que se observan en dinámicas de violencia reiterada en el contexto de relaciones afectivo-sexuales y ciertos rasgos psicológicos que se observan en la conducta de las víctimas de dicha clase de agresiones. Como consecuencia de dicha omisión, los elementos constitutivos de la eximente del artículo 10 N° 4 del Código Penal se apreciaron desde una posición de neutralidad y objetividad que desatiende la situación efectiva en que se encontraba la acusada y que redundaba en privarla de la posibilidad jurídicamente procedente de sustraerse a la imposición de una condena penal.

2. Cabe señalar que, como se desprende de lo expuesto en el considerando sexto de la sentencia en comentario, la adopción de una perspectiva analítica de género en estos casos no puede quedar entregada a la discrecionalidad o decisión facultativa de los jueces respectivos, sino que corresponde a un deber interpretativo y de aplicación normativa que se deriva directamente del ordenamiento jurídico, en especial atendiendo a los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido suscritos y ratificados por Chile en esta materia, los cuales se encuentran comprendidos en el mandato previsto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

En este sentido, el artículo 7° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) –ratificada por nuestro país el 24 de octubre de 1996– establece diversos deberes para los Estados Partes, los que, a modo de síntesis, se materializan en la necesidad de adoptar e implementar las medidas legislativas o de práctica jurisprudencial que permitan prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer y asegurar el acceso efectivo a mecanismos de reparación para las víctimas de este fenómeno.

A propósito de dichos deberes y su relación con la observancia imperativa de enfoques jurisprudenciales con perspectiva de género, resulta de particular relevancia lo previsto en la letra e) de la norma precitada, cuyo texto dispone: “[l]os Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: e. Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”. Una lectura comprensiva del artículo transcrito permite sostener que la exégesis de los órganos jurisdiccionales queda comprendida entre los mecanismos idóneos y necesarios para dar cumplimiento

al objetivo de afrontar la violencia contra la mujer y las conductas reprochables vinculadas con esta, en tanto compromiso adquirido a partir de la ratificación de la Convención¹.

Junto con la normativa internacional referida, debe tenerse en cuenta que, con fecha 5 de febrero de 2018, el pleno de la Corte Suprema aprobó el texto *Política de Igualdad de Género y No Discriminación para el Poder Judicial*, entre cuyos principios rectores se encuentra el enfoque de género en el acceso a la justicia, el cual supone “la incorporación del enfoque de género en todo el quehacer del Poder Judicial, tanto en lo referido a la solución efectiva de los conflictos y el ejercicio de la labor jurisdiccional, como en los servicios de atención de usuarios y usuarias”². A su vez, como forma de concretar esta directriz programática en los ejes estratégicos de su política, el Poder Judicial se compromete a “[p]romover la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia, con el objeto de permitir a juzgadores y juzgadas detectar las condiciones que pueden perpetuar violaciones a los derechos humanos de las personas en razón de su género y de cualquier otra condición de vulnerabilidad, que impidan u obstaculicen su acceso a la justicia”³.

La amplitud de los términos empleados en el documento aprobado por la Corte Suprema permite que su alcance se haga extensivo a las diversas prácticas y herramientas utilizadas en el desarrollo de la labor jurisdiccional, entre las que se encuentran las técnicas interpretativas y de valoración de antecedentes que deben considerarse en la fundamentación de las decisiones que se adopten en los asuntos sometidos al conocimiento de los órganos competentes.

De esta manera, resulta indiscutible el hecho de que la aplicación de la perspectiva de género no depende de las convicciones ideológicas o la disposición personal de los sentenciadores, sino que ha sido concebida como un deber jurídicamente vinculante y un compromiso institucional de la judicatura.

3. Sin perjuicio de los fundamentos formales que se han identificado en favor del ejercicio de la potestad jurisdiccional con perspectiva de género, es preciso

¹ En sustento de esta afirmación debe considerarse lo señalado en la letra h) del artículo 7° de la Convención de Belém do Pará, en la cual, a modo de cláusula amplia, se impone la necesidad de “adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”. De este modo, puede superarse cualquier reticencia u objeción a adscribir a la interpretación propuesta en el texto principal de este comentario.

² PODER JUDICIAL DE CHILE, *Política de Igualdad de Género y No Discriminación*, Santiago (2018), p. 37. Disponible en http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/digital-pignd_10072018.pdf.

³ *Ibid.*, p. 49.

tener en cuenta ciertos defectos estructurales que se advierten en la legislación penal, particularmente en lo que respecta al lenguaje utilizado en el tratamiento de ciertas instituciones fundamentales en el desarrollo dogmático y práctico de la disciplina respectiva. Dichos “vicios normativos” solo pueden contrarrestarse mediante el enfoque analítico precitado.

La neutralidad de género que se aprecia respecto de los sujetos hipotéticos referidos en las normas se traduce en una discriminación hacia la mujer que implica desconocer las diferencias sistemáticas que arbitrariamente se han impuesto en su contra y las problemáticas específicas que las afectan en el marco de una organización sociocultural machista y patriarcal, entre las que destaca la normalización de los abusos y vejaciones de diversa índole que deben enfrentar en múltiples aspectos de su desarrollo individual y comunitario⁴.

Sobre este punto, es categórico el juicio ofrecido por Larrauri, quien previene que las normas jurídicas –en particular las de naturaleza penal– “aun cuando [son] formuladas de forma neutral, se aplican de acuerdo con una perspectiva masculina y toman como medida de referencia a los hombres (blancos de clase media)”⁵. Continuando con su razonamiento, la autora citada afirma que “la aplicación ‘objetiva’ del derecho tiende a reproducir la versión social dominante”, de modo que “[c]uando se afirma que el derecho, y en el caso que nos ocupa el derecho penal, se aplica de forma objetiva, se desconoce que esta forma objetiva responde a un razonamiento masculino. Con todas las formas objetivas, también la aplicación objetiva del derecho penal es representativa de una cierta subjetividad”⁶.

Por su parte, Villegas Díaz da cuenta de una opinión similar, al sostener que “[l]a neutralidad del género en el derecho penal, sustentada sobre categorías dogmáticas que nos son enseñadas en las escuelas de derecho con una ausencia notoria de consideraciones de género, determina que en el campo de

⁴ Sin perjuicio de las perspectivas que se expongan en torno a la discriminación en contra de la mujer apreciable en la imposición y aplicación de las normas penales, es preciso advertir que este fenómeno puede manifestarse incluso en aquellas hipótesis que en apariencia han sido establecidas o interpretadas en favor de las mujeres, como ocurre con la exégesis de la referencia al “sexo” en la agravante del artículo 12 N° 18 del Código Penal. Para una lectura crítica de las opiniones dominantes en nuestra doctrina a propósito de esta circunstancia, véase AGLIATI VÁSQUEZ, Gonzalo, “Ofensa o desprecio de la calidad del ofendido o en su morada”, en GONZÁLEZ JARA, Manuel Ángel (coord.), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal chileno*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago (2020), pp. 376-380.

⁵ LARRAURI, Elena, “Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal”, en *Jueces para la Democracia*, N° 23 (1994), p. 22.

⁶ *Ibid.*

la criminalización secundaria en delitos contra la vida en contexto de VIF, las interpretaciones de la ley en nombre de la ‘igualdad’ se tornen discriminatorias y gravosas”⁷.

A su vez, en el ámbito de la enseñanza académica del derecho, estas últimas constataciones se manifiestan en el hecho de que “[l]a enseñanza del Derecho Penal y la Criminología se caracterizan por la neutralidad de género en el lenguaje –a veces incluso se torna sexista, especialmente cuando se trata de delitos sexuales– así como por una suerte de masculinización en la interpretación del principio de igualdad”⁸.

En concordancia con las aseveraciones ofrecidas por las autoras antedichas, la Corte de Apelaciones concluye en el fallo en comentario que “la aplicación del principio y derecho a la igualdad y no discriminación en razón del género [...] demanda la obtención no sólo de una igualdad formal, sino real o sustantiva, con el objeto de garantizar el efectivo acceso a la justicia de las mujeres” (considerando sexto)⁹. Así, el empleo del análisis con perspectiva de género en aquellos casos en que aparezca como una variable atingente opera como un mecanismo superador de los defectos que se siguen de la limitación a estándares de decisión basados en la mera igualdad formal que se sigue de la neutralidad aparentemente objetiva apreciable en las normas sustantivas y procedimentales¹⁰.

De esta forma, la actitud evidenciada por los sentenciadores del recurso de nulidad deducido en el caso *sub lite* es demostrativa de una especie de “activismo

⁷ VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIII, N° 2 (2010), p. 150. La alusión a ciertos delitos específicos en la cita transcrita obedece a la temática general abordada en el artículo.

⁸ VILLEGAS DÍAZ, MYRNA, “Enseñanza del derecho en Chile y enfoque de género: Una necesidad urgente”, en *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, vol. 5, N° 1 (2011), p. 111.

⁹ En el mismo sentido, el considerando séptimo de la sentencia identifica la violencia contra la mujer como “un fenómeno sistémico y evolutivo, que encuentra su arraigo en el desequilibrio de poderes y en la desigualdad estructural entre los hombres y las mujeres, de tal manera que significa una forma de discriminación de sexo específica, ya que daña a la mujer, precisamente por ser tal”.

¹⁰ La reivindicación del análisis con perspectiva de género que se aprecia en el fallo de la Corte de Apelaciones permite cuestionar la posición adoptada por este tribunal –en el considerando cuarto de la sentencia– respecto de la eventual infracción al principio de razón suficiente que el recurrente advierte en el fallo condenatorio. Si bien es cierto que no puede afirmarse que el tribunal *a quo* omite la exposición de los fundamentos de su decisión, es igualmente incontestable el hecho de que las razones de género esgrimidas por la defensa son consideradas de forma superficial, no se aprecian en su extensión total y se las descarta apresuradamente.

judicial correctivo” que subsana las omisiones legislativas y la aplicación desigual o discriminatoria que se sigue de la observancia de los parámetros que proceden en hipótesis que no están determinadas por antecedentes calificables como violencia machista contra la mujer¹¹. Por lo pronto, los fundamentos jurídicos expuestos en los párrafos anteriores posibilitan que esta manifestación concreta de la práctica judicial antedicha se sobreponga a los reparos que usualmente se le oponen¹², ya que cuenta con respaldo en normas constitucionales, internacionales y emanadas desde la institucionalidad judicial.

4. Habiendo atendido a las cuestiones que fungen como presupuestos generales de lo decidido por la Corte de Apelaciones, conviene analizar los fundamentos que incidieron de forma determinante en la anulación de la sentencia del tribunal *a quo*, los que pueden sintetizarse en función de la necesidad de apreciar los requisitos de procedencia de la legítima defensa a partir de la noción de “agresión incesante”, en tanto rasgo característico de las situaciones de violencia de género, particularmente cuando esta se produce de forma reiterada en el marco de relaciones de pareja o de situaciones afectivas de menor permanencia.

A pesar de que los sentenciadores no establecen con precisión lo que debe entenderse por “agresión incesante”, la identifican como un “estado antijurídico de violencia inminente” en que el maltrato infligido a la mujer trasciende a una acción determinada o inicial y subsiste de manera continua durante las diversas interacciones que sostenga esta con su agresor (considerando décimo).

La caracterización ofrecida supone afirmar que existiría una semejanza con los delitos permanentes, toda vez que las agresiones perpetradas en contra de la mujer violentada se reiteran en el tiempo –sea mientras subsiste la relación de pareja o una vez que se ha puesto término a esta– y asumen distintas formas

¹¹ La calificación de esta práctica como “activismo judicial correctivo” se propone a partir de lo señalado en el considerando sexto de la sentencia en análisis, específicamente en la cita que se ofrece respecto de un fallo dictado por el ministro Mario Carroza Espinosa (en su calidad de ministro en visita extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Santiago en causas que digan relación con violaciones a los Derechos Humanos), en el que, a propósito de las omisiones en materia de perspectiva de género, se señala que los legisladores “no deben cejar en las correcciones de nuestra normativa, pero en el intertanto ésta no se perfeccione creemos que ha de ser la jurisprudencia la que haga su contribución en la consecución de estos fines”.

¹² En términos generales, dichas objeciones identifican al activismo judicial como una confusión ilegítima y deliberada de funciones que se desprenden de la potestad estatal, la que se configura desde la (auto)atribución fáctica de competencias que pertenecen a la autoridad legislativa –legitimada a partir de la elección democrática de sus miembros– por parte de los órganos jurisdiccionales que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, están conformados por integrantes que no cuentan con designación popular.

que se articulan en un contexto espaciotemporal común o asimilable en el marco de las dinámicas sostenidas entre agresor y víctima¹³. Aun cuando pueda cuestionarse que la violencia de género se asimile de manera directa con la categoría delictiva señalada, es indiscutible que la magnitud e implicancias de las conductas que integran este fenómeno solo pueden captarse íntegramente mediante una “visión de conjunto” que dé cuenta de la situación efectiva en que se encuentra la mujer agredida, la cual la habría impulsado a emprender una reacción defensiva¹⁴.

Estas peculiaridades justifican que los elementos constitutivos de la eximente del artículo 10 N° 4 del Código Penal –especialmente la agresión ilegítima actual o inminente– no puedan apreciarse desde parámetros preconcebidos –por ejemplo, el del “hombre medio” u otros referentes objetivos semejantes–¹⁵, sino que deban incorporarse aspectos específicos que adquieren relevancia a propósito de la violencia de género y que, por ende, legitiman el tratamiento diferenciado en casos como el abordado en razón del recurso de nulidad deducido.

A este respecto, la Corte de Apelaciones incluye menciones expresas al análisis retrospectivo de los episodios que integran el ciclo de violencia y maltrato de que ha sido objeto la acusada (considerando séptimo), las diversas formas que puede asumir el carácter actual o inminente de la agresión ilegítima (considerandos noveno y décimo) y la necesidad de realizar un examen que considere factores psicológicos inherentes a las dinámicas de esta clase de violencia, en particular aquellos que se relacionan con la voluntad persistente del agresor y la inferioridad física y psíquica en que se encuentra la víctima que emprende la conducta defensiva (considerandos décimo y undécimo).

¹³ En el mismo sentido, VILLEGAS DÍAZ, “Homicidio...”, ob. cit., pp. 156 y 157.

¹⁴ Aun cuando el estado antijurídico de violencia inminente sostenida podría tenerse como compatible con un estado de necesidad exculpante –en cuanto se aviene con una situación de necesidad constatable–, es preferible optar por la legítima defensa en esta clase de situaciones, ya que dicha eximente de inculpabilidad se concibe con naturaleza subsidiaria en relación con otros medios posibles –lo que, como se expondrá en lo sucesivo, no es exigible en hipótesis de violencia de género– y presenta desventajas comparativas a propósito de ciertas situaciones que podrían concurrir en esta clase de supuestos, como por ejemplo, la eventual responsabilidad de terceros que hubiesen podido colaborar con la reacción defensiva de la mujer.

¹⁵ Para un análisis particular de la insuficiencia del criterio del “hombre medio” en materia de legítima defensa desde una perspectiva de género, véase ROA AVELLA, Marcela, “Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante”, en *Nova et Vetera*, vol. 21, N° 65 (2012), p. 62. Por su parte, VILLEGAS DÍAZ, “Homicidio ...”, ob. cit., p. 160, propone el criterio de “mujer media en ese contexto” a propósito de la racionalidad de la respuesta defensiva como requisito de la legítima defensa.

En primer lugar, las consideraciones retrospectivas permiten comprender la situación en que se encuentra la mujer violentada en los términos referidos en los párrafos precedentes, es decir, como una persona sometida a un ciclo de agresiones físicas y psicológicas compuesto por las diversas actuaciones desplegadas por su agresor y cuyo sentido solo es apreciable desde una perspectiva situacional global que lo evidencia como una dinámica de menoscabo sistemático y persistente en el tiempo¹⁶.

En segundo lugar, la actualidad o inminencia de la agresión ilegítima que desencadena la reacción defensiva por parte de la mujer agredida no admite ser ponderada en función de los criterios habituales en esta materia –los cuales, según el parecer de la doctrina más tradicional, exigen que la defensa se emprenda mientras la afectación del bien jurídico está teniendo lugar o vaya a producirse de forma previsible en lo inmediato, sin que sean admisibles las reacciones que se siguen respecto de agresiones concluidas—¹⁷, puesto que se requiere atender a los aspectos propios de la agresión incesante que desvirtúan la temporalidad que media entre ambas conductas.

Así, el carácter reiterativo de los ataques emprendidos en contra de la mujer y la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra ante su agresor determinan que la agresión se actualice constantemente, sin que se interrumpa en el tiempo y que, en consecuencia, se mantenga subsistente el estado antijurídico de violencia ilegítima o de agresión continua. En este sentido, cabe sostener que, “tratándose de maltratos y agresiones habituales, se configura un estado antijurídico de violencia inminente en contra de la mujer, siendo procedente a su respecto apreciar la existencia de una agresión incesante, una agresión latente, capaz de configurar el requisito de actualidad en la legítima defensa”, y que “no es fácil para la mujer maltratada, definir cuándo la agresión alcanza su punto álgido, y por lo mismo se debe ser flexibles a la hora de estimar el momento adecuado en que se reacciona defensivamente, porque no existe en la práctica un momento preciso para operar una defensa, atendido el estado físico y psíquico de la víctima golpeada, y la necesidad de tomar una decisión rápida, que le permita salvar su integridad, todo lo cual nos lleva a concluir que, tratándose

¹⁶ ROA MELLA, ob. cit., pp. 60 y 61. Esta autora enfatiza en la teoría del ciclo de la violencia desplegada contra la mujer, cuyos aspectos principales se verifican en la causa *sub lite*.

¹⁷ Entre otros, véase CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, 8ª edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile (2005), pp. 373 y 374, y ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, 3ª edición (reimpresión). Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2010), p. 254. Con todo, el último autor citado introduce algunos matices que resultan compatibles con la postura asumida en la sentencia en comentario.

de maltratos habituales, la agresión latente tiene también el carácter de ilegítima y actual o inminente” (considerando décimo).

Sobre los requisitos de la agresión que legitima la reacción defensiva, debe advertirse que su ilicitud –entendida como calificación indicativa de la afectación de un bien jurídico no consentida por el derecho– puede materializarse en una lesión o puesta en peligro de intereses protegidos de la mujer, los que en este contexto suelen identificarse con su vida e integridad física. La segunda modalidad de ilicitud, considerada desde una perspectiva de género, puede asumir diversas formas, entre las cuales los sentenciadores aluden expresamente a la amenaza cierta que anuncie un ataque inmediatamente posterior, el peligro que *ex ante* es objetivamente idóneo para afectar intereses legítimos y la “ofensa futura cierta” que se desprende de las dinámicas de violencia habitual que se observan en la conducta del compañero afectivo-sexual de la mujer agredida (considerando noveno)¹⁸.

La alusión a la figura de “ofensa futura cierta” permite inferir que la Corte de Apelaciones reconoce que en aquellos casos en que la mujer arremete en contra de su agresor cuando no se está verificando un ataque actual de su parte, debe entenderse que actúa en respuesta a una agresión ilegítima –al menos como puesta en peligro cierto–, ya que, atendiendo a los antecedentes de violencia y al contexto situacional inmediato en que se encuentra, adopta un curso de acción defensivo basado en que, con una probabilidad cercana a la certeza, se verificará un nuevo episodio de agresión sobre ella.

De esta manera, la conducta de la mujer no puede atribuirse a meras suposiciones apresuradas e infundadas o a motivaciones de venganza –las cuales impedirían que se reconozca la eximente de legítima defensa–, sino que obedece a una consideración íntegra y extensiva de la situación de desvalimiento en que se encuentra y a la intención de salvaguardar su vida e integridad en relación con el comportamiento que desplegará su agresor de forma prácticamente inevitable.

La premisa expuesta en los párrafos anteriores se aviene con el aspecto temporal de la agresión ilegítima, específicamente con la inminencia, toda vez que esta permite que la defensa se emprenda contra un ataque que no se está ejecutando *in actum*, pero que es previsible lógicamente, ya que existen indicios de que se llevará a cabo de forma más o menos próxima¹⁹.

¹⁸ A propósito de la primera y segunda forma que puede asumir la agresión ilegítima, la Corte de Apelaciones incluye referencias expresas a las formulaciones ofrecidas en VILLEGAS DÍAZ, “Homicidio ...”, *ob. cit.*, pp. 152 y 153.

¹⁹ Entre otros, véase GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte general*, t. II, 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2003), p. 131, y POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre;

A este respecto, no obstante adherir al razonamiento del tribunal *ad quem* y destacar el alto nivel técnico y argumentativo de los fundamentos que respaldan su decisión, no sería necesario recurrir a la noción de “agresión incesante” –que hace posible que la Corte de Apelaciones sostenga que, en el caso de autos, las dinámicas de violencia padecidas por la acusada se identifican con una agresión actual–, pues la certeza de una ofensa futura coincidiría plenamente con la lógica de una agresión inminente que puede impedirse de manera legítima²⁰. Cualquier interpretación en contra de esta asimilación demostraría una concepción excesivamente formalista e insuficiente de la noción de inminencia, sobre todo si se está al “sentido natural y obvio” que se atribuye a la adjetivación de esta expresión (“inminente”), la que es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como “que amenaza o está para suceder prontamente”, es decir, en consonancia con la lógica descriptiva y argumentativa analizada en lo precedente.

Sin perjuicio de la alternativa que se prefiera en esta materia, resulta incuestionable que la decisión adoptada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta es incorrecta, puesto que desestimó la legítima defensa en favor de G.M.A., a pesar de tener por acreditado que se encontraba sometida a agresiones y vejaciones reiteradas, perpetradas por quien había sido su pareja sentimental –mientras subsistió la relación respectiva y luego de que se le hubiese puesto término– y que, por cierto, se habían vuelto a verificar en las horas inmediatamente anteriores a que ocurrieran los hechos denunciados y sometidos a su conocimiento²¹.

En tercer lugar, la escisión temporal que se evidencia entre los episodios de agresión (ilegítima y actual o inminente) y la reacción defensiva de la mujer obedece a los rasgos físicos y psicológicos de esta y las características distintivas de la dinámica relacional que existe con su agresor.

RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 217.

²⁰ En este sentido, resulta de especial relevancia la frase conclusiva de la cita a una sentencia de la Corte Suprema de 28 de diciembre de 2000 –rol N° 1282-00, disponible en Gaceta Jurídica N° 246, Santiago, 2000– contenida en el considerando undécimo del fallo en comentario, en la que se afirma que “en consecuencia, para la ley penal, la agresión actual se repele; la inminente se impide”.

²¹ La proximidad temporal que se aprecia entre la última agresión sufrida por G.M.A. y la ocurrencia de su reacción defensiva, en consonancia con la forma en que se habían desarrollado las experiencias abusivas previas, refuerzan la pertinencia de las nociones de “agresión incesante” y “ofensa futura cierta” en relación con el análisis de la legítima defensa con perspectiva de género en el caso particular.

La inferioridad física –en comparación con la complejión de su atacante– y el sometimiento psíquico que, por regla general, se presentan en las mujeres que padecen violencia de género determinan que sea prácticamente imposible exigirles que se defiendan o adopten una actitud disuasiva o preventiva mientras la agresión en su contra se está produciendo, ya que implicaría un esfuerzo infructuoso y una exposición a riesgos mayores de afectación de su vida e integridad física, sea que estos se produzcan en el mismo contexto espacio-temporal o que asuman la forma de “una muerte a plazos”²².

Asimismo, la dominación ejercida por el agresor y los sentimientos de inferioridad, impotencia y culpabilidad que se aprecian en la conducta de su víctima femenina inciden en que los hechos anteriores de violencia no se denuncien y que se “acepten las disculpas” ofrecidas luego de su perpetración, lo que termina por reforzar el ciclo de agresiones y maltratos. Cabe señalar que en caso alguno puede atribuirse responsabilidad por este fenómeno a la mujer agredida, toda vez que, como consecuencia de la coacción y manipulación sufrida, no es capaz de ejercer una voluntad libre tendiente a determinar las acciones que podrían finalizar su estado de sometimiento fáctico²³.

La confluencia de estas consideraciones sobre el caso de G.M.A. influyeron en la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones, como puede constatarse en el siguiente fragmento, extraído del considerando décimo de la sentencia:

El problema que se presenta respecto de la actualidad o inminencia de la agresión en los casos de la violencia de género, consiste en que no se analiza el contexto específico en que se encuentra la mujer maltratada, haciéndose un examen en abstracto y cronológico, como lo hacen los sentenciadores *a quo*, en circunstancias [en] que dicho examen debe ser principalmente psicológico, tratando de determinar la voluntad persistente del agresor cuando regresa a la casa de su víctima después de amenazar, lo que se comprueba, cuando logra establecerse la permanencia de dicha actitud en el tiempo.

En efecto, generalmente la mujer para defenderse espera a que la agresión se interrumpa o cese, ya que por su inferioridad física no tiene reales posibilidades de defensa con éxito mientras la agresión se está produciendo.

El análisis sobre esta dimensión de la violencia de género se proyecta en la evaluación de la racionalidad del medio defensivo empleado –que en el asunto de marras asumió la forma de un utensilio cortopunzante utilizado

²² LARRAURI, ob. cit., p. 23. En el mismo sentido, VILLEGAS DÍAZ, “Homicidio ...”, ob. cit., pp. 152 y 157-158. El considerando decimotercero de la resolución en comentario incluye algunas alusiones adicionales en esta materia.

²³ Sobre estas consideraciones, véase ROA MELLA, ob. cit., pp. 60 y 61.

para repeler la agresión perpetrada por un individuo desarmado—, la que se resuelve correctamente por la Corte de Apelaciones, atendiendo a que no es un requisito equiparable a la proporcionalidad y que, “atendida la dinámica de los hechos, la acusada no tuvo más alternativa que acudir a dicho medio, necesariamente gravoso para poder tener una defensa exitosa” (considerando decimotercero)²⁴.

La lógica que inspira la decisión a que arribaron los sentenciadores en consideración de lo expuesto en este comentario se aprecia con suficiente claridad en el siguiente extracto del considerando undécimo del fallo: “la acusada con un historial de maltrato a costas, sin que exista o pueda definirse un momento preciso en que deba tener lugar la reacción defensiva, y atendiendo el estado físico y psíquico de la mujer golpeada, y la necesidad de tomar una decisión rápida, no le es exigible que analice todas las posibilidades razonables para escapar del infierno a que es sometida, y sólo está animada por un instinto de supervivencia que dicta su reacción, frente a una agresión ilegítima e inminente que, si bien los jueces *a quo* no advirtieron, desde una perspectiva de género aparece de forma meridiana”.

5. A modo de síntesis, la perspectiva de género constituye un factor insoslayable en el análisis jurisprudencial que debe observarse en el conocimiento y decisión requeridos en hipótesis de legítima defensa emprendida por la mujer en contra de su agresor, en particular cuando la conducta de este último, según los antecedentes de los que comúnmente se dispone en estos casos, es calificable como una “agresión incesante” o reúne los aspectos constitutivos de una “ofensa futura cierta”, debiendo modificarse los parámetros comunes —y discriminatoriamente objetivos— que suelen aplicarse para la verificación de los requisitos legales y doctrinales de dicha causal de justificación.

Por lo demás, la presente sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en tanto recoge este razonamiento, además de contribuir al reforzamiento de la jurisprudencia existente en esta materia, puede sentar las bases para aplicar este criterio de resolución a propósito de ciertas situaciones de vulnerabilidad asimilables a la de la mujer sometida a violencia de género sistemática en sus relaciones afectivo-sexuales, como por ejemplo aquella en que se podría encontrar el menor de edad imputable que se defiende de las agresiones propinadas por su madre o padre.

²⁴ Se han omitido las referencias al examen de la falta de provocación suficiente, ya que los antecedentes del caso permiten descartar cualquier conducta de la acusada que pudiese merecer dicha calificación, especialmente si se atiende que la conducta sistemática del agresor no admite ninguna clase de justificación racional y suficiente. Un razonamiento similar se aprecia en el considerando duodécimo de la sentencia de nulidad.