

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LA INTERPRETACIÓN AMPLIA
DE LA “INMINENCIA O ACTUALIDAD” EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

DIVA SERRA CRUZ*
Universidad de Chile

Nos encontramos ante un fallo que, si bien por una parte descarta la causal de nulidad contenida en el art. 374 letra e) del Código Procesal Penal (“CPP”) en relación con el art. 342 letra c) del mismo cuerpo legal, afirmando que en la sentencia recurrida se habrían ponderado correctamente todas las probanzas con relación a la configuración de la eximente de legítima defensa contenida en el art. 10 N° 4 Código Penal (“CP”), por otra parte, acoge el recurso de nulidad interpuesto subsidiariamente, fundado en la errónea aplicación del derecho en relación con la misma eximente, efectuando para ello un juzgamiento desde una perspectiva de género, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, y en aplicación del principio y el derecho a la igualdad y la no discriminación en razón del género.

En ese sentido, es importante destacar de modo preliminar cómo la Corte razona tempranamente en la sentencia de nulidad, indicando que para lograr dicha igualdad no basta con la aplicación de medidas de igualdad formal, sino que resulta exigible introducir medidas de igualdad real o sustantiva, único modo de observar lo dispuesto tanto en la Convención de Belém do Pará, para prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de discriminación contra la mujer, como en la Recomendación general número 19 de la Oficina de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 29 de enero de 1992, también referida a la violencia contra la mujer como una forma de discriminación.

Ahora bien, en lo que dice relación con la discusión en concreto, resulta fundamental aclarar que aun cuando la legítima defensa requiera para configurarse como justificante de la concurrencia de tres requisitos o elementos, tal y como afirma el numeral cuarto del art. 10 CP, que consisten en la existencia de una agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler dicha agresión y la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende, la doctrina es bastante unánime en afirmar que el primero de estos requisitos se erige como esencial, razón por la cual, en su ausencia, ni

* Abogada, doctora en Derecho Penal Universidad de Roma La Sapienza.

siquiera podría apreciarse la eximente incompleta del art. 11 N° 1 en relación con el art. 73¹.

Lo anterior es relevante porque nos encontramos ante un caso en el que el tribunal *a quo* rechazó la configuración de la legítima defensa, precisamente por considerar que no se verificaba en la especie la existencia de una agresión ilegítima “actual o inminente” por parte de la víctima hacia la mujer que se ha defendido. Concretamente, porque la agresión que se da por acreditada habría precedido a los hechos en dos o tres horas, y, tratándose de un requisito que no puede ser ponderado –en opinión del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (“TJOP”)– como “vago ni amplio” y tampoco puede interpretarse como un “estado continuo de agresión”², entonces se descarta la configuración de la justificante.

Teniendo presente lo anterior, lo relevante para este comentario es ofrecer una reflexión crítica sobre las razones que han llevado a la Corte de Apelaciones de Antofagasta a concluir una cuestión completamente diferente, en relación con la existencia de una agresión ilegítima “actual o inminente” y, por lo tanto, con la configuración de la justificante de legítima defensa a favor de la acusada, aun conociendo de un recurso que tiene por objetivo únicamente “velar por la correcta y uniforme aplicación de la ley penal para la solución de los conflictos criminales”³ y que, en consecuencia, permite discutir únicamente el derecho, debiendo permanecer los hechos dados por acreditados por el tribunal *a quo* como inamovibles.

De este modo, y tal como suele suceder en los casos de configuración de una justificante con requisitos, la discusión no recae en la totalidad de ellos, concentrándose más bien en torno a una circunstancia específica⁴, que en este caso coincide con la primera y esencial; esto es, la agresión ilegítima, más es-

¹ Así, por ejemplo, MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de derecho penal chileno, parte general*, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch (2021), p. 330. En el mismo sentido, CURY, Enrique, *Derecho penal, parte general*, Tomo I, 11ª ed. Santiago: Ediciones UC (2020), p. 536; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, parte general*, Tomo I, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2001), p. 253.

² Considerando octavo, en el que la Corte de Apelaciones de Antofagasta reproduce el razonamiento del tribunal *a quo*.

³ MATURANA, Cristián; MONTERO, Raúl, *Derecho procesal penal*, Tomo II, 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters (2012), p. 1220.

⁴ En este sentido, se puede consultar, por ejemplo, SERRA CRUZ, Diva, “La necesidad racional como límite más amplio que la proporcionalidad”, en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, vol. XLVI, N° anual (2019), pp. 425-444, comentario al fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre legítima defensa, donde también se puede apreciar cómo la discusión se

pecíficamente, sobre lo que podríamos llamar el subrequisito de “actualidad o inminencia” de la agresión, cuestión que, tal como hemos explicado, se había descartado en el fallo recurrido, pero que la Corte acoge efectuando un análisis con perspectiva de género que la conduce a concluir exactamente lo contrario. Es decir, que, teniendo presente la especial situación de vulnerabilidad de la mujer, no es necesario en ese caso “un acometimiento físico *in actum* de parte del agresor para que pueda configurarse la legítima defensa”⁵.

Comencemos, entonces, analizando en profundidad el requisito de la agresión ilegítima (numeral 1 del art. 10 N° 4 CP). Nuestra doctrina la ha definido como “aquella acción u omisión antijurídica que tiende a lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido”⁶, que además debe cumplir con el requisito de ser “real”⁷ y “actual o inminente”, elemento este último que puede extraerse del tenor literal de la circunstancia segunda del art. 10 N° 4, cuando menciona la necesidad racional del medio empleado para “impedirla o repelerla”⁸.

En esta dirección, podemos distinguir con claridad entre dos diversas posibilidades de agresión ante las cuales una víctima puede defenderse, razón por

concentra en uno de los elementos de la justificante, en ese caso, sobre la necesidad racional del medio empleado.

⁵ VILLEGAS DÍAZ, MYRNA, “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad”, en *Revista de Derecho*, vol. XXXIII, N° 2, diciembre 2010, p. 152; citado, además, en el considerando noveno de la sentencia.

⁶ CURY, ob. cit., p. 536. En sentido similar, pero negando espacio a la omisión en la definición de agresión ilegítima, MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 331; ofreciendo un análisis más profundo del problema, WILENMANN VON BERNATH, JAVIER, “La legítima defensa sin contención material. Sobre la defensa frente a agresiones incorporales y omisivas”, en *Revista Ius et Praxis*, año 23, N° 1, 2017, p. 442, donde al autor propone que la agresión puede extenderse a omisiones solo hasta allí donde pueda reconocerse equivalencia, pues no toda infracción de normas de comportamiento jurídico-penalmente reconocidas implica una infracción equivalente a la vulneración de derechos que subyace a una agresión activa. Vale la pena tener presente también la definición de GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 253, quien no se refiere al carácter antijurídico de la agresión, indicando en cambio que “agresión ilegítima” implica simplemente que el agredido no se encuentra jurídicamente obligado a soportarla, agregando que puede tratarse de una acción ilícita solo civilmente.

⁷ Véase en este sentido GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 253, quien se refiere a la necesidad de la agresión sea real y efectiva, aun reconociendo los efectos de la defensa putativa en el caso de error, pero que se actuaría en sede de culpabilidad, y no de justificación.

⁸ MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 333. En el mismo sentido, si bien en referencia al Código Penal español, LUZÓN PEÑA, DIEGO, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2ª ed. Montevideo: B de F (2015), p. 541, quien explica que el requisito de actualidad o inminencia se extrae, precisamente, de la referencia hecha a “impedir o repeler” la agresión, así como de la propia exigencia de la necesidad de defensa.

la cual el artículo utiliza la conjunción disyuntiva “o”, que, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, denota la idea de diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas⁹, y que en el mundo del derecho sugiere la alternatividad de elementos, bastando con la configuración de uno de ellos para tener por acreditada la circunstancia; en otras palabras, basta con que la agresión ilegítima sea actual o sea inminente, no siendo necesario que se acrediten ambas hipótesis.

Así, la doctrina habla de actualidad cuando nos encontramos ante una agresión que “objetivamente existe, con independencia de si es conocida o no por los intervinientes y que perdura mientras subsistan los arrestos ofensivos del agresor”¹⁰, y de inminencia cuando la agresión sea lógicamente previsible, pudiendo ejercerse la defensa sin que sea necesario esperar el daño, siempre que haya indicios de su proximidad¹¹, precisamente porque esperar podría “implicar exponer tanto al defensor como al agresor a una defensa tardía e ineficiente en el caso del primero o a tener que soportar una reacción más violenta en el del segundo”¹².

De este modo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta distingue adecuadamente entre ambas categorías, indicando que basta para que opere la legítima defensa con que nos encontremos ante un ataque inminente, es decir, no precisamente el que se está produciendo, sino aquel cuya realización es próxima, bastando con que haya indicios suficientemente claros de que la agresión está pronta a desencadenarse, sin que sea necesario esperar a que el hecho se realice para repelerlo y remediarlo¹³.

Es precisamente ahí donde se incorpora la perspectiva de género, pues la Corte hace una lectura del requisito que tiene presente la especial situación de la mujer que sufre eventos permanentes de maltrato y reacciona contra su agresor, afirmando que dicha defensa muchas veces no sucede en respuesta a una agresión efectiva, sino ante la certeza de una ofensa futura, “aspecto en el que son relevantes los rasgos psicológicos de la relación afectiva y de la propia mujer

⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tercer significado de “o”; se puede consultar en <http://www.rae.es>.

¹⁰ MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 333.

¹¹ Ídem.

¹² CURY, ob. cit., p. 541. En el mismo sentido, MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 333, afirmando que una mayor espera podría frustrar las posibilidades de la defensa y no es razonable exigir al agredido que pruebe la fuerza del agresor antes de defenderse.

¹³ Véase en este sentido el razonamiento contenido en el considerando décimo.

en razón del conocimiento que esta tiene de la aproximación de una agresión por parte de su pareja”¹⁴.

En otras palabras, el modo para resolver el dilema en torno a la defensa de la mujer maltratada que ataca al “tirano doméstico” pasa exactamente por determinar si “las agresiones de este último pueden considerarse como inminentes o no en el caso concreto”¹⁵, para lo cual resulta fundamental ponderar el contexto de violencia permanente en la que se ha encontrado la víctima que ahora se transforma en victimaria¹⁶. Por esta razón, la doctrina más especializada sugiere que el criterio para definir la inminencia, en este tipo de casos, no debería ser el cronológico, sino más bien “el psicológico en el entendido de otorgar preeminencia a la subsistencia de la voluntad delictiva en el agresor”¹⁷, tal como reconoce expresamente la Corte en el fallo analizado¹⁸.

Es importante destacar que el sentido de ofrecer una interpretación con perspectiva de género a la justificante de legítima defensa y, en este caso, al criterio de la “actualidad o inminencia”, pasa por reconocer un modo de defensa efectiva de la mujer que reacciona contra un agresor permanente, pues se trata de casos donde esperar una nueva agresión podría suponer un riesgo mayor para la mujer que no resulta exigible, precisamente, a la luz de los fundamentos de la propia eximente que recaen en el principio de autoprotección y en la confirmación del Derecho¹⁹, teniendo presente, además, el carácter no subsidiario de la misma, reconocido de manera prácticamente unánime por la doctrina al indicar que “el agredido no está obligado a esperar que ya no quede otra salida para reaccionar”²⁰.

¹⁴ Considerando noveno de la sentencia, citando en ello la memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de OLIVARES, Carolina y REYES, Antonia, titulada “De víctima a victimaria: defensa de la mujer parricida en el contexto de violencia intrafamiliar. Un estudio desde la jurisprudencia chilena”, p. 47, específicamente nota 56.

¹⁵ MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 344.

¹⁶ Una explicación sobre el síndrome de la mujer maltratada y su influencia en casos de legítima defensa se puede consultar en CHIESA, Luis Ernesto, “Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona”, en *Revista Penal*, N° 20, julio 2007, pp. 51 y ss.

¹⁷ VILLEGAS DÍAZ, ob. cit., p. 156.

¹⁸ Razonamiento contenido en el considerando décimo.

¹⁹ TAPIA BALLESTEROS, Patricia, “Legítima defensa. Requisitos y aplicabilidad en supuestos de violencia de género”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 16, p. 40.

²⁰ CURY, ob. cit., p. 543, quien indica que, a diferencia del estado de necesidad, la legítima defensa no es subsidiaria. En el mismo sentido, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1997), p. 256; más recientemente, WILLENMAN VON BERNATH, Javier, “Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa”, en

De este modo, lo que se debe poner en evidencia es que muchas veces esperar la indefensión del hombre para atacar aparece como una medida necesaria, exactamente porque la mujer no tendría éxito si se defendiera mientras está siendo agredida²¹, tal y como sugiere la Corte en el considerando undécimo al preguntarse sobre cómo puede exigirse que la respuesta a la agresión violenta del hombre se presente de manera coetánea y pretender que la mujer siga viviendo.

Todavía, parece relevante preguntarse si en el presente caso nos encontramos efectivamente frente a una mujer que espera la indefensión del agresor para atacarlo o si existen algunos matices a tener en cuenta sobre los hechos que vale la pena mencionar, vinculados directamente con el alcance de la introducción de la perspectiva de género en una discusión sobre legítima defensa en casos de violencia intrafamiliar contextual. Volvamos, entonces, sobre el fallo de nulidad ahí donde indica que analizar la legítima defensa con perspectiva de género implica no solo considerar los hechos acontecidos el día en que ocurrieron, sino también efectuar una mirada retrospectiva, a fin de poner atención a la raíz del problema que culmina con el ilícito que se sanciona²², cuestión que no habría hecho el TJOP y que la Corte corrige.

Sin embargo, más allá de que el TJOP haya omitido una ponderación retrospectiva, llama profundamente la atención que en varios pasajes citados del fallo recurrido se sugiera que estamos ante un caso de reacción contra un tirano en “completa indefensión”, es decir, algo así como un equivalente al hombre que es atacado mientras duerme, aun cuando ha quedado acreditado como hecho inamovible que, luego de la agresión inicial, la víctima siguió a la acusada y comenzó a tirar piedras a su domicilio, cuestión que ella habría soportado por extensos minutos, para reaccionar recién a las 5:00 de la mañana, cuando decidió salir armada y agredir a la víctima²³.

Política Criminal, vol. 10, N° 20 (diciembre 2015), pp. 639 y ss., quien se refiere a la puesta en peligro plenamente responsable por parte del agresor como fundamento de la legítima defensa. En contra, pero reconociendo que representa la opinión mayoritaria en Alemania y en Chile, MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 336. En la jurisprudencia también podemos encontrar fallos que reconocen el carácter no subsidiario de la legítima defensa; así, sentencia Corte de Apelaciones de Concepción de 17 de agosto de 2006, rol N° 2176-2006, y sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 6 de mayo de 2005, rol N° 89-2005.

²¹ En este sentido, VILLEGAS DÍAZ, ob. cit., p. 150; TAPIA BALLESTEROS, ob. cit., pp. 50 y ss.

²² Considerando séptimo.

²³ Numerales 6, 7 y 8 del considerando quinto, donde se reproducen los hechos que se tienen por acreditados con carácter de inamovibles.

Resulta extraño pensar que dicho elemento no haya sido tomado en consideración, en absoluto, para determinar si existió o no agresión ilegítima, concentrándose el tribunal simplemente en la agresión física que habría precedido en dos o tres horas a los hechos, pero omitiendo completamente el hecho intermedio recién citado, aun cuando se trate sin duda de una agresión en los términos exigidos por nuestro CP, es decir, no necesariamente constitutiva de delito, pero sí antijurídica, y que pone en peligro bienes defendibles por medio de la legítima defensa, como son, sin duda, la libertad y la seguridad²⁴.

La Corte corrige de manera plausible el vicio gracias a la incorporación de la perspectiva de género y a la realización de un análisis principalmente psicológico, y no solo cronológico, del criterio de la “actualidad o inminencia” que tuvo por objeto determinar si persistía la voluntad agresiva del hombre que vuelve al domicilio de la mujer. Es decir, lo que posibilita llegar a una conclusión radicalmente diferente no es solo la ponderación de los elementos contextuales de violencia en retrospectiva, sino también la ponderación de un hecho concreto que el TJOP había omitido por completo, aun teniéndolo por acreditado.

De este modo, la Corte concluye no solo que es relevante tener presente que se trata de un caso donde existía un historial de violencia previa, sino que la mujer –ese día– había sido perseguida por su agresor con evidente intención de continuar la golpiza que había tenido lugar horas antes. Es decir, que existe un hecho intermedio entre la legítima defensa y la agresión de dos o tres horas antes que resulta del todo relevante para decidir que hay en el caso una “agresión incesante”, la cual antes había sido denegada por el TJOP y ahora es reconocida para efectos de tener por acreditada la legítima defensa.

La categoría de la “agresión incesante” es aquella a la que se le da lugar en el caso de los delitos permanentes y que permitiría a las víctimas originales reaccionar en contra de sus agresores aun cuando el delito se encuentre formalmente consumado, sin estar materialmente agotado o terminado²⁵, y consiste en una de las maneras a través de las cuales se puede configurar la

²⁴ Véase en doctrina, sobre el punto, VILLEGAS DÍAZ, ob. cit., p. 157, quien indica precisamente que habrá actualidad de la agresión aun cuando el bien amenazado no sea necesariamente la vida o la integridad física, pues la libertad y la seguridad de la mujer y sus hijos aparecen como bienes igualmente defendibles, tal como indica la ley, que habla de la persona o derechos propios o de terceros.

²⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed. Madrid: Thomson Reuters (1997), p. 621.

“actualidad o inminencia”²⁶, tal y como afirma la Corte al señalar que “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”²⁷.

Lo que sucede en ese caso es que se crea un estado antijurídico que, por el hecho de permanecer, habilita a quien lo sufre a reaccionar contra su agresor. Roxin utiliza el ejemplo del chantaje, indicando que “la amenaza, aun después de haberse pronunciado, sigue perturbando la libertad de actuación de la voluntad mientras pende como una espada de Damocles sobre la cabeza de la víctima de chantaje”²⁸, tal y como sucede en los casos de violencia de género y de violencia intrafamiliar²⁹.

En este sentido, y para concluir, cabe destacar que la Corte finalmente ha acogido una interpretación ya planteada en la doctrina nacional por la profesora Myrna Villegas, quien se pregunta correctamente lo siguiente: “si el secuestrado puede defenderse legítimamente de su agresor ¿por qué no puede hacerlo la víctima de malos tratos y agresiones habituales?”³⁰, precisamente a través de la categoría de “agresión incesante”, aquí recogida, gracias a la verificación de la existencia de un estado continuo de agresión.

Permanece, sin embargo, abierta la pregunta acerca de si la “agresión incesante” daría lugar a una agresión actual o a una agresión inminente, o extraordinariamente a una agresión que tiene componentes de actualidad, por el hecho de que existe una situación antijurídica que no ha cesado, y de inminencia, por el riesgo de nuevas agresiones en el contexto de dicha antijuridicidad. Si así fuera, es importante tener cuidado con que dicha categoría híbrida no suponga –en la práctica– exigir a la mujer maltratada que se defiende un estándar probatorio más alto que los casos de legítima defensa general, pues, como se ha afirmado más arriba, debería bastar con probar solo alguno de estos modos de agresión –es decir, la “actualidad o la inminencia”–, sin que resulte necesario acreditar ambos.

²⁶ Véase en este sentido, MATUS/RAMÍREZ, ob. cit., p. 333, quienes, sin embargo, lo tratan como un caso de actualidad y no de inminencia.

²⁷ Considerando décimo.

²⁸ ROXIN, ob. cit., p. 622.

²⁹ Para una distinción entre ambas categorías, formulada precisamente a partir de la discusión de la legítima defensa, se recomienda TAPIA BALLESTEROS, ob. cit., pp. 47 y ss.

³⁰ VILLEGAS DÍAZ, ob. cit., p. 157.

La discusión podría parecer baladí, pues en cualquier caso nos encontraríamos de todos modos ante una agresión que califica como ilegítima en los términos exigidos por el art. 10 N° 4 CP, salvo si de ella derivara una elevación de las exigencias en lugar de una facilitación de las mismas. Por esta razón, parece relevante profundizar en su teorización, sobre todo de cara a futuros casos en que sea necesario recurrir a la categoría para subsumir una reacción defensiva legítima, especialmente en casos de mujeres sometidas a situaciones de violencia contextual, evitando que se desconozcan las particulares características de un fenómeno que, legítimamente, debería amparar a la mujer maltratada mediante una justificante, y no someterla a la necesidad de recurrir a institutos jurídicos fundados en estados mentales alterados³¹.

³¹ Sobre la relevancia de reconocer una justificante y no una exculpante a favor de la mujer que se defiende de su maltratador, TAPIA BALLESTEROS, ob. cit., *passim*; VILLEGAS DÍAZ, ob. cit., *passim*.