

NAKADA CASTRO, RODRIGO, "Legítima defensa con perspectiva de género y prisión preventiva. Comentario a la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 17 de junio de 2021, Rol 1062-2021", *Nuevo Foro Penal* 98, (2022)

Legítima defensa con perspectiva de género y prisión preventiva. Comentario a la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 17 de junio de 2021, Rol 1062-2021

"Legitimate defense with a gender perspective and preventive detention. A Comment on the June 17th, 2021 Rancagua's Court of Appeals sentence, Rol 1062-2021"

RODRIGO NAKADA CASTRO*

1. Introducción

La violencia por razón de género contra la mujer, ya sea cometida por Estados, organizaciones intergubernamentales o agentes no estatales, particulares y grupos armados entre otros, es generalizada en todos los países. Se manifiesta en una serie de formas, interrelacionadas y recurrentes, en diversos ámbitos, del privado al público y trasciende las fronteras nacionales en el mundo globalizado contemporáneo¹. Chile no se encuentra ajeno a esta realidad. Sin ir más lejos, en el año 2020 de un total de 93.440 denuncias de violencia intrafamiliar 70.778 fueron

* Licenciado en Derecho de la Universidad Andrés Bello Sede Viña del Mar, Chile. Miembro de la Academia de Estudiantes de Derecho Penal UNAB Viña del Mar. Correo electrónico: rnakada95@gmail.com.

1. Comité para la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, 2018, pp. 3-4.

hechas por mujeres¹. El mismo año, se cometieron 43 femicidios² y, en contexto de cuarentenas derivadas de la crisis sanitaria Covid-19, las llamadas al número de Carabineros para orientación sobre la violencia intrafamiliar por parte de mujeres, pidiendo guía respecto de violencia física y psicológica, aumentaron un 97% en comparación al 2019³.

Este es un contexto relevante a la hora de analizar la sentencia de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Rancagua (en adelante la Corte), pronunciada el 17 de junio de 2021 que rechazó el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía en contra de la resolución del Juzgado de Garantía de Rancagua, de fecha 16 de junio de 2021, que negó la solicitud de prisión preventiva para la imputada por parricidio de iniciales J.F.N.L. La Corte esgrimió como argumentos la posible concurrencia de la legítima defensa como eximente de responsabilidad penal, la existencia de posibles concausas que se pueden advertir en el resultado que afectarían el grado de desarrollo del delito que se le puede atribuir a la imputada, las que deben ser investigadas, y la concurrencia de atenuantes que rebajarían la pena aplicable al caso concreto.

Lo anterior sobre la base de los hechos discutidos en la audiencia de formalización ante el Juzgado de Garantía de Rancagua, el 13 de junio del año 2021, de los cuales se desprende que, aproximadamente a las tres de la madrugada, la imputada y su conviviente, quien contaba con un historial de violencia intrafamiliar, mantuvieron una discusión en el patio de su inmueble, discusión que derivó en una agresión hacia la imputada por parte de la víctima (y agresor) con un fierro, siendo controlado éste último por las hermanas de la imputada que se encontraban en el lugar. En ese instante J.F.N.L le introduce un arma cortante a su conviviente en el hemitórax izquierdo, cayendo la víctima al suelo, debiendo ser trasladado al Hospital Regional de Rancagua, donde finalmente falleció una hora después de los hechos narrados.

Sobre la base de lo anterior, haremos un recorrido por los requisitos de la legítima defensa, revisando la doctrina tradicional y aquella que se ha elaborado con perspectiva de género, sumado a parte de la jurisprudencia que ha tratado esta eximente de responsabilidad. Con esto pondremos en debate la decisión de la Corte y argumentaremos a favor de su acertada decisión en la materia.

1 Esto según datos entregados por la Subsecretaría de Seguridad Pública. Disponibles en <http://cead.spd.gov.cl/estadisticas-delictuales/>

2 Esto según datos entregados por el Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género. Disponibles en https://www.sernameg.gob.cl/?page_id=27084

3 Esto según datos entregados por Carabineros de Chile al diario La Tercera. Nota de prensa disponible en <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/lamentable-record-la-pandemia-marca-peak-historico-de-llamados-a-carabineros-por-violencia-contra-mujeres/BSMFFWP5HVfH7NA4ZNVFZTHHNU/>

2. Legítima defensa en casos de violencia de género

La legítima defensa, así como el derecho en general, descansa sobre la asunción del punto de vista del hombre blanco como modelo normativo⁴, elaborando sus elementos desde una perspectiva masculina⁵, con idea de una confrontación entre hombres de igual tamaño y fuerza. En este contexto, impulsada por los movimientos feministas con la finalidad de repensar el derecho y las estructuras sociales, la doctrina y, de forma menos ágil, la jurisprudencia, han reelaborado la concepción de la legítima defensa como eximente de responsabilidad penal, interpretando sus requisitos con perspectiva de género. Con esto, lo que se busca no es una interpretación *ad hoc* para las mujeres, sino una reconsideración de los requisitos legales de la legítima defensa que permita ajustarlos al universo de sujetos al que se dirige el Derecho penal, que son hombres y mujeres con sus respectivas características, circunstancias y sus distintas formas y posibilidades de ejercer el derecho de defensa⁶.

Es en este contexto donde se torna relevante la decisión de la Corte al expresar que:

“Resulta evidente que este caso debe analizarse con un enfoque de género, lo que implica examinar, entre otros aspectos, si los hechos dan cuenta de una desigualdad estructural y de una relación asimétrica de poder. En la especie, tanto del historial de violencia intrafamiliar vivido por la imputada como de la superioridad física de su conviviente, es posible advertir un contexto de desigualdad en la relación de pareja, que sin duda debe considerarse al examinar requisitos de la legítima defensa, por ejemplo, al analizar la igualdad de armas o la necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla”.

Esto, en directo cumplimiento de la obligación de los Estados parte de la Convención Belém do Pará, de tomar todas las medidas necesarias para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer⁷ y de incorporar perspectiva de género en toda actividad desarrollada por las autoridades del Estado⁸.

4 BERGALLI, ROBERTO Y ENCARNA BODELÓN, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 9, (1992), 50.

5 ELENA LARRAURI, “La mujer ante el derecho penal”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n°2 (1992): 293.

6 PATRICIA LAURENZO, “Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n°21 (2019): 19.

7 Véase, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer artículo 7 letra e).

8 Sentencia del caso Gonzáles y otras (“Campo Algodonero”) vs México, Corte Interamericana de

Desde este punto de vista, resulta necesario analizar si en el caso concreto se cumplen con los requisitos de la legítima defensa, regulados en el artículo 10 N°4 del Código Penal chileno, aplicando enfoque de género, entendiendo que fue el principal argumento que se esgrimió por parte del Juzgado de Garantía de Rancagua para negar la solicitud de prisión preventiva y que, posteriormente, sostuvo la Corte para rechazar la apelación interpuesta por el Ministerio Público.

2.1 Agresión ilegítima

Sobre este punto la Corte manifestó que:

“Dicha agresión previa torna más que plausible la concurrencia del elemento básico de la legítima defensa, por cuanto aparece como ilegítima, aspecto que además debe considerarse el historial previo de violencia intrafamiliar que sufría la imputada, evidenciado a partir de las cuatro denuncias formuladas en contra de su conviviente fallecido a partir del 2009, siendo la más reciente en enero de 2020”.

Por agresión ilegítima Cury entiende “aquella acción u omisión antijurídica que tiende a lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido”⁹. En un sentido similar Zaffaroni nos indica que esta agresión debe cumplir tres requisitos, a saber, tiene que ser una conducta humana, agresiva e ilegítima. Por agresiva entiende que la voluntad de la acción debe ser provocar daño y por ilegítima que sea antijurídica y afecte bienes jurídicos, incluyendo derechos cuya prohibición no fue convertida en prohibición penal¹⁰.

En este marco, la agresión reiterada por parte del agresor con un fierro en la cara de la imputada, cumple con los requisitos planteados. De la propia naturaleza de la acción se desprende su carácter agresivo. En cuanto a la antijuricidad, hay que tener en consideración el historial de violencia intrafamiliar que arrastraba el agresor, como bien lo tuvo en cuenta el tribunal *a quo* y la Corte a la hora de resolver, figurando múltiples denuncias en su contra por agresiones contra la imputada, lo que podría configurar el delito de maltrato habitual tipificado¹¹ en el artículo 14 de la Ley

Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009, párrafo 532.

9 ENRIQUE CURY. *Derecho Penal. Parte General Tomo I*. Undécima edición. (Santiago: Ediciones UC, 2020), 536.

10 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, (Buenos Aires: Ediar. Temis. 2005), 477-480.

11 Cabe mencionar que no es necesaria que la agresión sea típica y mucho menos culpable para ser considerada ilegítima, basta con que sea ilícita, es decir, contraria al derecho en general. SERGIO

20.066. Es decir, estamos frente a una conducta contraria a los valores reconocidos por las normas y que significa un ataque directo a un bien jurídico personal como la integridad física y, de configurarse el delito de maltrato habitual, la dignidad humana e integridad moral¹².

2.2 Inminencia o actualidad de la agresión

En cuanto al requisito de inminencia o actualidad de la agresión, el cual se desprende del Código Penal al utilizar los términos “repeler” o “impedir”. Se entiende que solo puede repelerse un ataque actual que se está produciendo¹³ y que se debe impedir aquellos ataques que son inminentes, es decir, cuya realización es próxima¹⁴, siendo lógicamente previsible¹⁵. En esta discusión, es importante tener en cuenta que no es correcto utilizar como sinónimos inminencia con inmediatez en el tiempo cronológico entre agresión y defensa, ya que la sola existencia de la agredida se ve amenazada desde que el agresor dispone del medio y hace manifiesta su voluntad de agredir¹⁶.

En este punto, la Corte estimó plausible la versión de la imputada de que el agresor “se le venía encima”. Bajo este supuesto la discusión que se debe realizar no debiese ser extensa, debido a que, claramente estamos frente a un ataque actual, es decir, que ya se ha iniciado. Lo mismo indico el Juzgado de Garantía de Rancagua al sostener que “se trata de una agresión además que estaba en curso”¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta que al momento de escribir el presente comentario aún se encuentra abierta la investigación, nos interesa posicionarnos en el evento que el relato de los hechos del Ministerio Público sea acertado, en el cual indica que:

PALITOFF, JEAN PIERRE MATUS Y CECILIA RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno Parte general*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 216.

12 MYRNA VILLEGAS, “El delito de maltrato habitual en la Ley N.º 20.066 a la luz del derecho comparado”, *Política Criminal* 7, n.º14 (2012):192.

13 VIVIAN BULLEMORE Y JOHN MACKINNON, *Curso de Derecho Penal. Tomo II*. (Santiago: LexisNexis, 2007), 93.

14 MYRNA VILLEGAS, “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, *Revista de Derecho* 23, n.º2 (2010): 153.

15 SERGIO POLITOFF Y JEAN PIERRE MATUS, *Texto y Comentario al Código Penal*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), 130.

16 ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, 483.

17 Acta audiencia de formalización del 16 de junio de 2021, Juzgado de Garantía de Rancagua, Ruc 2100557708-7.

“...esta discusión derivó en una agresión hacia la imputada por parte de la víctima con un elemento contundente, siendo controlada la víctima y afirmada por una de las hermanas de la imputada, impidiendo que atacara otra vez a la imputada, reteniéndolo, y en ese instante la imputada con un arma cortante que introdujo en el hemitórax izquierdo de la víctima le ocasionó un sangrado profuso...”

La inminencia en situaciones de violencia de género debe ser comprendida más allá del momento exacto de la agresión ilegítima, pues esta forma parte de un proceso continuo de violencia más allá de un momento aislado¹⁸, es por aquello que en algunos casos de mujeres golpeadas no es fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión¹⁹. Teniendo en cuenta lo anterior, es razonable que la imputada percibiera que la agresión que se estaba desarrollando continuaría, aun cuando el agresor en aquel momento estaba siendo detenido.

Además, el criterio para definir inminencia no ha de ser puramente cronológico, sino también psicológico posando la preocupación en la voluntad delictiva del agresor y recoger la dinámica de VIF, con especial consideración de los patrones de conducta que tuvo en vida el maltratador²⁰. Situación que está de manifiesto en el caso particular que analizamos y se deduce del hecho de que si el agresor no hubiese sido detenido la agresión continuaría. A esto se debe sumar que es frecuente que la mujer para defenderse espere que la agresión se interrumpa o cese, porque por lo general existe una inferioridad física respecto al hombre, cuestión que dio por acredita la Corte, lo que se traduce en que sus posibilidades de defensa son escasas mientras la agresión se está produciendo²¹. Un retraso en la acción defensiva, como esperar que se reanude el ataque, puede empeorar sus posibilidades de salvación²², ignorando la necesidad de defensa e impidiendo la protección del derecho amenazado.

18 Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, “Legítima defensa y violencia contra las mujeres”, Recomendación general del Comité de Expertas del MESECVI, N°1, 2018, p. 8.

19 JULIETA DI CORLETO, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*, n °5 (2006): 8.

20 MYRNA VILLEGAS, “Mujeres homicidas de sus parejas en contexto de violencia intrafamiliar. Posibilidades de exención de responsabilidad penal en el derecho penal chileno”, En Carmen Antony y Myrna Villegas (coordinadoras) *Criminología feminista*, 57-84 (Santiago: Lom ediciones, 2021), 61.

21 VILLEGAS MYRNA, “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, 157.

22 MARÍA CAMILA CORREA, Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano en casa, (Tesis, Universidad Autónoma de Madrid, 2016)

Sumado a lo anterior, en contextos de violencia doméstica nos podemos ver enfrentados a situaciones de legítima defensa sin confrontación. Lo anterior, porque en el caso de la mujer maltratada en el marco de una relación de tiranía privada, se configura una situación de peligro latente para los bienes jurídicos de ella, una modalidad de agresión continua que podemos entender como actual, lo que permitiría cumplir con el requisito de inminencia²³. En este sentido, Myrna Villegas afirma que el delito de maltrato habitual contenido en la Ley N° 20.066 es un delito permanente, pues la reiteración de actos espacio-temporalmente entre sí crea un estado antijurídico de violencia incesante, capaz de configurar el requisito de actualidad de la legítima defensa²⁴.

Es por esto que, aun posicionándonos en el relato que hizo la fiscalía en la audiencia de formalización, donde las hermanas de la agredida lograron sujetar al agresor, consideramos que se cumple el requisito de inminencia.

2.3 Racionalidad del medio empleado

La racionalidad radica en que la defensa necesaria sea la menos lesiva a las que pueda echar mano quien se defiende²⁵. Esta racionalidad debe ser apreciada ex ante conforme a la situación personal y circunstancias en que se encontraba el defensor al momento de defenderse²⁶ y no solo atiende a los instrumentos utilizados para reaccionar al ataque, sino se debe tener en cuenta la totalidad de la reacción²⁷.

En el mismo sentido va la Jurisprudencia, es así como la Corte de Apelaciones de Antofagasta expreso que “el medio racional empleado debe ponderarse en la situación particular con el objeto de repeler inmediatamente la agresión ilegítima”²⁸. En la misma línea fue el Tribunal de Juicio Oral de Viña del Mar quien indicó, al momento de absolver a una imputada por el delitos de lesiones al considerar que actuó en legítima defensa al repeler un ataque de su cónyuge agresor, que para analizar el medio empleado para impedir o repeler la agresión el examen no puede ser hecho en forma abstracta, sino que corresponde hacer un análisis objetivo y ex

23 CORREA, Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano en casa.

24 VILLEGAS MYRNA, “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”, 157.

25 CURY ENRIQUE, *Derecho Penal*, 542.

26 JUAN BUSTOS Y HERNÁN HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. (Madrid: Trotta, 2006), 265.

27 CURY ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General Tomo I*, 542.

28 Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta del 22 de noviembre de 2019, Rol 409-2019, p. 10.

ante, con el criterio de una persona razonable puesta en el lugar y momentos de los hechos²⁹.

Sobre el presente requisito la Corte no se explayó, solamente indicó la necesidad de tener presente el historial de violencia intrafamiliar vivido por la imputada y la superioridad física de su conviviente al momento de examinar los requisitos de la legítima defensa, poniendo como ejemplo la necesidad racional del medio empleado.

En efecto, a la hora de examinar la racionalidad del medio empleado en situaciones de violencia de género, se debe tener en cuenta que, por regla general y así es en este caso en particular, la mujer se encuentra en una situación de inferioridad física frente al hombre agresor, por lo que debe recurrir a medios más gravosos para poder tener una defensa exitosa³⁰. Entender la racionalidad como proporcionalidad en los elementos utilizados para repeler la agresión imposibilitaría que las mujeres puedan ejercer su derecho a defenderse frente a un ataque masculino.

En cuanto a la posibilidad de acudir a otros recursos distintos a la defensa, hay que precisar que, en el caso particular, la imputada recurrió en diferentes ocasiones al derecho en búsqueda de protección frente a la violencia que sufría ella y su familia. Es más, luego de la agresión de la cual derivó su acto defensivo llamó a Carabineros para que acudieran en su ayuda, pero la inminencia de la agresión la llevo a la acción defensiva³¹. Sin perjuicio de lo anterior, y siguiendo a Cury, cabe recordar que la legítima defensa no es subsidiaria y que la huida vergonzosa no puede exigírsele al que se encuentra en legítima defensa³²,

29 Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar del 9 de julio de 2018, RIT 174-2018, p. 27.

30 VILLEGAS MYRNA, "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal", 159.

31 Esto lo tuvo en consideración el tribunal a quo al resaltar que la imputada «lo primero que hizo fue solicitar el amparo del derecho, al llamar a Carabineros para que se presentara en la casa, porque la imputada estaba siendo agredida por la víctima con un fierro, lesiones que ya había sido causadas y continuaban en curso, al momento de realizarse ese llamado a Carabineros, por lo tanto lo que se hizo por parte de la persona imputada, fue lo primero solicitar que fuera la fuerza pública, es decir, carabineros en este caso quienes la protegieran para no realizar acciones de protección propia o auto defensa, carabineros concurrió en forma bastante rápida e inmediata al lugar, sin embargo los hechos y la dinámica de los hechos nos llevaron a otra consecuencia» Acta audiencia de formalización del 16 de junio de 2021, Juzgado de Garantía de Rancagua, Ruc 2100557708-7.

32 En el mismo sentido, respecto del caso alemán, Roxin plantea que «la ley permite en principio la acción lesiva de bienes jurídicos necesaria para una defensa activa incluso cuando huir o esquivar garantizarían exactamente igual o mejor la seguridad del agredido. Pues toda agresión repelida en legítima defensa pone de manifiesto que no se vulnera sin riesgo el ordenamiento jurídico y estabiliza el orden jurídico. A esa intención preventivo general es a lo que se alude cuando se habla del "prevalcimiento del Derecho" o de la "afirmación del Derecho" como idea rectora del derecho de legítima defensa. También se debe al principio del prevalcimiento del Derecho el que se conceda la protección individual no sólo dentro del marco de la proporcionalidad, sino en principio con

pues ante el injusto de la agresión nadie está obligado a ceder³³.

Una opinión contraria a la expresada tiene Jakobs, quien indica que, en las relaciones de garantía, como el matrimonio, existe una obligación de sacrificarse más elevada, por tanto, al repeler ataques, la parte agredida debe procurar desviar el ataque en mayor medida o aceptar menoscabos leves en sus bienes, antes de lesionar bienes existenciales del agresor³⁴.

Sostener la posición de Jakobs significaría ignorar la realidad de la mujer maltratada, sus minadas capacidades para acudir a medios pocos lesivos como resultado de la violencia que influye en los medios, momentos y escenarios en los que puede defenderse³⁵. También se debe considerar que intentar una solución distinta a la defensa puede significar un incremento de la violencia por parte del agresor³⁶. Además, hay que tener presente que la institucionalidad no se ha podido hacer cargo de la protección de la mujer frente a la violencia de género, un ejemplo de aquello en el caso chileno, es el monitoreo inadecuado de las medidas cautelares dictadas para su protección, lo que significa que muchas veces carezcan de efectividad, dejando en situación de desamparo a las mujeres víctimas³⁷.

Sumado a lo anterior, se debe recordar que, como parte de los estereotipos de género que deben ser erradicados, se incorpora la concepción de las mujeres como objetos que se encuentran bajo el control de los hombres y al servicio de la familia, haciendo que se entienda como válida la violencia contra las mismas³⁸.

independencia de ello, de tal manera que el daño causado puede ser considerablemente mayor que el que se impide» CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Trad. desde la 2° edición alemana por* Diego Manuel Luzon, Miguel Díaz y Javier de Vicente, (Madrid: Civitas. 1997), 608-609.

33 CURY ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General Tomo I*, 543.

34 JAKOBS GÜNTER. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. desde 2° edición alemana por* Joaquín Cuello y José Luis Serrano. (Madrid: Marcial Pons, 1997), 488-489.

35 MARCELA ROA, "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante", *Nova et Vetera* 21, n°65 (2012): 54.

36 VILLEGAS MYRNA, "Mujeres homicidas de sus parejas en contexto de violencia intrafamiliar. Posibilidades de exención de responsabilidad penal en el derecho penal chileno", 67.

37 VILLEGAS, MYRNA, (directora) *Violencia contra la mujer en Chile y derechos humanos. Informe temático 201*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2018, p. 132.

38 Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, "Legítima defensa y violencia contra las mujeres", cit., p. 15.

2.4 Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende

Para la concurrencia de la legítima defensa la agresión no ha de ser provocada por el defensor. Por provocación Zaffaroni entiende la conducta anterior, que da motivo a la agresión³⁹. Pero para que esta provocación impida la concurrencia de la legítima defensa el Código Penal exige que sea suficiente, lo que Cury estima como proporcional a la entidad de la agresión⁴⁰.

Por su parte Bustos entiende que la provocación debe ser real, imprudente y suficiente. Real es aquella objetivamente verificable, que no se limita a la media apreciación subjetiva del agresor; imprudente es la que tiene una clara intención dolosa, lo que va más allá de la simple voluntariedad; finalmente destaca que suficiente es la provocación que parece como apta para llevar a una reacción agresiva. En desacuerdo con Cury⁴¹, Bustos plantea que la suficiencia no debe ser entendida como sinónimo de proporcionalidad ya que ésta última parte de criterios fijos y abstractos y no de la situación concreta que ha de examinarse⁴².

En el caso analizado, según los antecedentes disponibles hasta el momento, existe una total ausencia de provocación, por lo tanto, se debe considerar concurrente el tercer requisito del artículo 10 N°4 del Código Penal. De esta forma, la petición de la imputada al agresor de dejar de beber no cumple con ninguno de los requisitos planteados para configurarse como provocación, mucho menos suficiente. Ante esto, tampoco se puede apelar a la creencia errónea, y que debe ser desterrada, de que la mujer tiene un deber conyugal de determinado comportamiento con su cónyuge, o en este caso conviviente, desde la perspectiva de la subordinación⁴³.

Finalmente, en cuanto a la necesidad de un elemento subjetivo denominado «ánimo de defensa», compartimos la opinión de la mayoría de la doctrina al entender que, para que el defensor esté justificado ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa, pero no es necesaria una voluntad de defensa en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defensa⁴⁴. De

39 ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, 485.

40 CURY ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General Tomo I*, 542.

41 Quien plantea que la agresión debe ser proporcional a la entidad de la agresión. Ver CURY ENRIQUE. *Derecho Penal. Parte General Tomo I*. Undécima edición. (Santiago: Ediciones UC, 2020), 542.

42 BUSTOS Y HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 267-268.

43 Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, "Legítima defensa y violencia contra las mujeres", 15.

44 ROXIN, *Derecho Penal Parte General. Tomo I*. Trad. desde la 2° edición alemana por Luzón, Díaz y Javier de Vicente, 667.

esta forma, la legítima defensa de la mujer maltratada puede convivir con el deseo de venganza, siempre que concurren los requisitos de esta causal de justificación que ya fueron desarrollados en el presente trabajo.

3. Prisión preventiva y teoría del delito

La prisión preventiva es la medida cautelar personal más gravosa que se puede encontrar en el Código Procesal Penal (en adelante CPP) y que debe tener como única finalidad, según estándares internacionales de Derechos Humanos⁴⁵, asegurar el cumplimiento de los fines del procedimiento. Es decir, es una medida cautelar y no punitiva que no puede estar orientada a convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos generales o preventivos especiales⁴⁶.

En Chile, para ordenar por parte de un tribunal la prisión preventiva de un imputado se deben cumplir con una serie de requisitos establecidos en el artículo 140 del CPP. Así en la letra a) y b) del artículo encontramos el *fumus bonis iuris* (*o fumus delicti commissi*) y en la letra c) *el periculum in mora* (*o periculum libertatis*). Dentro del *fumus bonis iuris* tenemos como primer requisito, y en el que nos queremos concentrar, la presencia de antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare. Sobre este punto, y a partir de lo resuelto por la Corte y el Juzgado de Garantía de Rancagua, queremos resaltar la importancia de que el significado de la voz delito contenida en la letra a) del artículo 140 del CPP sea entendido como un hecho que cumpla con todos los elementos de la teoría del delito y no se límite a la de hecho típico.

En un sistema acusatorio que no pone la instrucción a cargo del juez sino de un órgano autónomo cómo lo es el Ministerio Público, no hay razón para privar al juez de garantía del desempeño de funciones valorativas durante el desarrollo de la investigación⁴⁷. Es más, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que:

“La decisión judicial que restringe la libertad personal de una persona por medio de la prisión preventiva debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, y por tanto no puede tener como base la mera

45 Véase Sentencia del caso Hernández vs Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2019.

46 PASCUAL, TOMÁS, Repertorio de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006-2020. Santiago, Defensoría Nacional. Defensoría Penal Pública, 2021, p. 92.

47 MARÍA INÉS HORVITZ Y JULIÁN LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal chileno. Tomo I.* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 404.

sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado⁴⁸.

Estas funciones valorativas no se le pueden reconocer valía en la sentencia porque ésta proviene de un tribunal distinto de aquel ante el cuál se desarrollará el juicio y que tiene por bases antecedentes diversos de la prueba efectivamente producida ante el tribunal de juicio oral⁴⁹. En este sentido la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que:

“Resulta plausible sostener que el nivel de argumentación exigible del juez de garantía es mayor que aquel que puede proporcionar el tribunal llamado conocer del juicio, al momento de resolver respecto de la vigencia o mantenimiento de las medidas cautelares personales.

El juez de garantía al no quedar comprometido para el pronunciamiento de la sentencia posterior puede libremente explayarse y pedir toda clase de antecedentes para resolver. No sucede lo mismo con los miembros del tribunal que conocerán del juicio oral, y es por eso que ellos sólo han de revisar la posible existencia de algún cambio en las circunstancias o algún nuevo antecedente respecto de lo que anteriormente ya se ha resuelto, pero sin entrar a conocer respecto de cuestiones que son propias del fondo del asunto⁵⁰.

Es por aquello que se debe desechar el argumento que califica como una forma de prejuzgamiento comprender el término delito en un sentido técnico. Sumado a lo anterior, entender el vocablo delito solo como un hecho típico implicaría infringir lo dispuesto en el artículo 5° del CPP, que ordena interpretar restrictivamente las disposiciones que autorizan afectar derechos del imputado⁵¹.

Además, si el rol fundamental del Juez de Garantía es tutelar las garantías de los intervinientes, sería totalmente contradictorio someter a un estado de vulneración de derechos al imputado, como lo es la prisión preventiva, cuando claramente no están presentes todos los elementos del delito, a la luz de los antecedentes recabados en la etapa de la investigación, solo por haber incurrido en un hecho típico, con el fin

48 Sentencia del caso Amrhein y otros vs Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de abril de 2018, párrafo 353.

49 HORVITZ Y LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal chileno. Tomo I*, 406.

50 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 4 de noviembre de 2020, Rol 25-2020.

51 OLIVER GUILLERMO, “Dos proyecciones de la teoría del delito en la imposición de medidas cautelares personales en el proceso penal chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n°53, (2019): 192.

de asegurar un buen progreso del procedimiento. Hay que recordar que es propio de los Estados totalitarios exagerar la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal sin importar el desmedro a la esfera de libertad del ciudadano⁵².

Es por lo expuesto que estamos de acuerdo con Guillermo Oliver cuando señala que:

“No resulta procedente imponer la prisión preventiva cuando el tribunal no puede arribar a la convicción (no íntima, sino objetivamente extraíble de los antecedentes invocados por el solicitante de la medida cautelar), en el estándar que se fije por debajo de la ausencia de dudas razonables, pero por encima del umbral de la prueba preponderante, de la concurrencia de todos los elementos del delito”⁵³.

Según lo mencionado, consideramos acertada la decisión de la Corte y del Juzgado de Garantía de Rancagua de pronunciarse de la posible concurrencia de la legítima defensa como eximente de responsabilidad penal y, en base a ella, negar la solicitud de prisión preventiva. Pero llama la atención que el tribunal *a quo* haya dado por acreditado el requisito del artículo 140 letra a) del CPP, entrando en evidente contradicción. De esta forma, no procede dar por acreditado el supuesto de existencia del delito según los antecedentes conocidos y al mismo tiempo negar la prisión preventiva por la posible concurrencia de la legítima defensa. Ya que, según lo expuesto, el requisito para encontrarse cumplido necesita la concurrencia de todos los elementos del delito lo que no se cumple con la existencia de una eximente de responsabilidad penal ya que esto descartaría el componente antijuricidad. En el mismo error incurre la Corte al limitarse a lo fallado por la jueza de garantía y no negar la prisión preventiva por la inconcurrencia del requisito del artículo 140 letra a) del CPP.

52 CLAUS ROXIN. Derecho Procesal Penal. Trad. desde la 25° edición alemana por Gabriela Córdova y Daniel Pastor (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000), 258.

53 GUILLERMO, “Dos proyecciones de la teoría del delito en la imposición de medidas cautelares personales en el proceso penal chileno”, 192-193.

Conclusión

Finalmente, podemos concluir que la decisión de la Corte de tener en consideración el enfoque de género para analizar los requisitos de la legítima defensa avanza en una dirección correcta, dirigida a alcanzar una igualdad material entre hombres y mujeres en la aplicación del derecho, entendiendo que ciertas instituciones que son aparentemente objetivas y neutrales, en realidad responden a moldes e intereses masculinos⁵⁴.

Al mismo tiempo, se destaca que a la hora de ponderar la concurrencia de los requisitos de la prisión preventiva se entienda el vocablo delito en un sentido técnico, verificando la concurrencia de todos los elementos del delito y no como un simple hecho típico. En este caso enfocándose en el elemento antijuricidad que es finalmente la discusión sobre la existencia, o no, de eximentes de responsabilidad penal. Sin perjuicio de lo anterior, se advierte poca claridad a la hora de rechazar la solicitud de prisión preventiva al no cuestionar la afluencia del requisito del artículo 140 letra a) del CPP a pesar de emitir el argumento de la posible concurrencia de la legítima defensa.

54 ENCARNA BODELÓN, "Cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres", *Delito y Sociedad* 1, n°11 (1998):130.