

La Ley 20.066: determinación de la violencia psicológica y los presupuestos de admisibilidad de la legítima defensa

Por Alejandra Castillo Ara, abogada Departamento de Estudios
Defensoría Nacional
Santiago, julio 2009

Tabla de contenido

1. Consideraciones generales sobre la legítima defensa y la Ley de Violencia Intrafamiliar	3
2. Elementos de la legítima defensa.....	3
i. La agresión ilegítima	3
Primer primera consideración: la omisión en la legítima defensa como agresión ilegítima	4
Segunda consideración: la omisión y la violencia psíquica.....	6
Tercera consideración: la actualidad o inminencia de la agresión y su relación con la habitualidad	6
ii. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima .	9
iii. Falta de provocación por parte del que se defiende.....	11
3. La legítima defensa en la jurisprudencia	12
4. Legítima defensa y estado de necesidad defensivo.....	13
Bibliografía.....	18

1. Consideraciones generales sobre la legítima defensa y la Ley de Violencia Intrafamiliar

Hoy existen varios problemas graves que tienen directa relación con el derecho a la igualdad consagrado en el art. 19 N°2 CPR, por una parte; y con el principio de legalidad consagrado en el 19N°3 CPR así como con la certeza jurídica, por la otra. En este estudio, sin embargo, nos referiremos especialmente al problema de la igualdad en materia de legítima defensa. La ley de violencia intrafamiliar no obedece a criterios de igualdad material, pues no considera la situación física ni psíquica diferenciada que tiene la mujer. Situación que no sólo está marcada por la maternidad como proceso biológico, no considerada como una situación instintiva; sino que por un tema de desigualdad de masa corporal que la ley pretende hacer equiparable. Luego, si un golpe de un hombre no es equiparable al golpe de una mujer; si un empujón de un hombre no es equiparable al empujón de una mujer; si, incluso, el disparo de una mujer no es tan acertado como el del hombre, por no tener la fuerza suficiente para sostener un arma de fuego como podría ser una escopeta, por ejemplo; o bien si la puñalada de una mujer no es tan profunda como la de un hombre por carecer de una fuerza equiparable. La pregunta evidente es ¿es equiparable la agresión de un hombre a la agresión de una mujer? De manera más precisa y planteando el problema específico que se presenta hoy con ocasión de las, en principio, autoras de parricidio ¿se debe tener una consideración diferenciada en materia de legítima defensa?

2. Elementos de la legítima defensa

i. La agresión ilegítima

La agresión se podría definir, en términos de Roxin, como “la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana”¹. La definición de agresión, sin embargo, reviste una serie de complejidades que van más allá de esta definición. La agresión debe tener el carácter de antijurídica, pero la exigencia de antijuridicidad no pasa solo por requerir desvalor del resultado, también debe haber desvalor de la acción. “Por tanto, una agresión no es ya antijurídica cuando amenace provocar un desvalor del resultado, sino que tiene que suponer también un desvalor de la acción”². La jurisprudencia chilena ha entendido que puede haber agresión no obstante no haya una secuela externa manifiesta. “La ausencia de un resultado de

¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, España, Editorial Civitas, 1997, §15. III-6.

² *Ibidem*. §15. IV-14.

lesiones en la imputada no desvirtúa, por sí sola, la violencia física que el marido aplicó sobre ella”.³

Lo primero que hay que identificar es el origen del peligro y se debe satisfacer el requisito de afirmación de derecho. La ley no lo dice explícitamente, pero al ser la agresión ilegítima, es lógico que lo que se pretende hacer con la repulsión de esa agresión no es más que afirmar derecho. Por eso, es que esta acción que tiende a repeler esa agresión es legítima en sí misma. “La lesión del derecho en cuanto derecho tiene por cierto una existencia positiva, exterior, pero esta existencia es en *sí misma nula*. La *manifestación* de esta nulidad suya es la aniquilación de la lesión, que también entra en la existencia. Esta es la realidad efectiva del derecho, su necesidad que se media consigo misma por la eliminación de su lesión”⁴. Desde una perspectiva más actual, Claus Roxin a raíz de los principios fundamentales de la legítima defensa, señala: “El derecho a la legítima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: la **protección individual** y el **prevalecimiento del Derecho**”⁵.

Que la agresión sea antijurídica implica que casos de agresión imprudente no podrían dar lugar a legítima defensa. La legítima defensa es un mecanismo de reacción que el Estado otorga a los particulares, frente al injusto de quien coacciona a otro a tolerar un ataque que es contrario a derecho. La legítima defensa actúa como agresión que es por sí legítima, porque es restablecimiento del Derecho. Ahora bien, el requisito de antijuridicidad para que opere la legítima defensa, no es coincidente con la responsabilidad, porque la legítima defensa no cumple una función preventivo general, sino es que es simplemente la defensa de un derecho.

Si bien queda claro que la agresión debe ser contraria al orden jurídico, hay ciertos problemas que no son explicitados por el legislador y cuya consideración en términos de inclusión o exclusión va a depender de la interpretación judicial, generando ciertas dificultades para efectos de determinar si concurre o no legítima defensa.

Primera consideración: la omisión en la legítima defensa como agresión ilegítima

Respecto a la agresión de la legítima defensa en términos activos, prácticamente no existe discusión. El problema, sin embargo, está en determinar si la agresión puede producirse a través de una omisión. Uno podría pensar que la omisión es inadmisibles desde el momento en que el art. 10 N°4 CP está formulado en términos activos. Sin embargo, esa interpretación se restringe únicamente a admitir la posibilidad de omisión propia, no obstante ser más frecuente la omisión

³ *Contra R. R.*, TOP 26-07.

⁴ HEGEL, G.W.F., *Principios de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Sudamericana, 2004, p. 101.

⁵ ROXIN *op. cit.* en n. 1, p. 608.

impropia que se realiza a través de la construcción de los tipos activos en omisivos siempre que se cumpla con ciertos requisitos. Para que sea admisible la comisión por omisión es necesario que exista un deber de garante por parte de quien omite la evitación del resultado. Así, si un marido encierra a su mujer y no la alimenta durante cierto período de tiempo, o una mujer que ante la situación de tener a su cónyuge encerrado omite dejarlo en libertad sí estarían realizando una agresión.

Una agresión puede producirse también mediante una omisión (...) sólo quien tenga que responder de la evitación del resultado puede agredir, puesto a él se le imputa el resultado, al correspondiente bien jurídico. La legítima defensa frente a una agresión omisiva se puede realizar, o bien obligando al garante a efectuar la actividad que evite el resultado, o bien siendo el propio tercero defensor quien evite el resultado⁶.

De lo anterior se desprende que quien realiza la omisión agresiva, debe tener deber de garante respecto del sujeto pasivo, admitiendo que para repeler el ataque no sólo intervenga el agredido, sino también un pariente o un tercero, aplicándose las reglas generales de la legítima defensa. En este caso, sin embargo, no se trataría de un caso de legítima defensa, ni de un caso de parricidio, pues la consideración de la relación de parentesco para efectos del deber de garante y para la violencia intrafamiliar o el parricidio sería infringir el principio de *ne bis in idem*. No se pueden tomar en consideración dos veces las relaciones de parentesco. Si se admite la omisión impropia que tiene como elemento necesario estar en posición de garante, luego la imputación que se debiera formular haría inaplicable la LVIF y el tipo especial de parricidio. Así lo ha señalado también nuestra jurisprudencia:

Que además, no resulta posible atribuir a K.G. la calidad de autora por omisión en el parricidio de su hijo, del que fue autor directo N.M., sin violentar el principio non bis in ídem, atendido que la doctrina de la autoría es parte del tipo. Esto resulta claramente explicado por los profesores Sergio Politoff, Francisco Grisolia y Juan Bustos, en su obra Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Segunda edición, año 2006, pág. 117, quienes expresan que al ocuparse del homicidio por omisión, dijeron que para atribuir el resultado mortal al sujeto que tenía la posibilidad real de impedirlo, era necesario que el hechor estuviera en una determinada posición de garante con respecto al bien jurídico tutelado y que una de las fuentes de tal posición de garante es precisamente el parentesco. Pero, 'si el parentesco es la fuente de la posición de garante y, por ende, la fuente de la atribución del resultado, no puede operar a la vez como fuente de agravación, puesto que ello quebrantaría el principio non bis in idem. 'En suma parricidio por omisión no existe; sólo existe homicidio por omisión. La misma opinión expresan los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez en la Obra 'Lecciones de Derecho Penal Chileno', Parte Especial, pág.78,

⁶ ROXIN, *op. cit.* en n. 1, p. 613.

de la que son autores junto a Politoff. En todo caso, cabe consignar que la opinión de la doctrina está dividida en esta materia y es así como el profesor Mario Garrido Montt, entre otros, admite el parricidio por omisión⁷.

El mismo razonamiento es el que se debe adoptar en materia de violencia intrafamiliar, pues la consideración que se hace en esta materia es muy parecida, sino idéntica a la que se hace en el parricidio.

Segunda consideración: la omisión y la violencia psíquica

Otra cuestión problemática es ¿qué pasa con la omisión que no constituye violencia física, entendiendo que es violencia física toda acción u omisión que lesione fisiológica o histológicamente a una persona? No es necesario que haya efectivamente un resultado lesivo, tal como se revisó con anterioridad.

Más complicada resulta determinar la relación de la violencia psíquica con la legítima defensa. Es decir, si aún no se tiene certeza sobre qué es violencia psíquica, pero al parecer su concepción abstracta tiene una valoración jurídicamente tan relevante que si es habitual resulta constitutiva de delito conforme lo dispone el art. 14 LVIF. Se podría entender que si el legislador ha considerado a la violencia psíquica como constitutiva de delito si reviste el carácter de habitual; ante una agresión psíquica habitual, la persona agredida podría defenderse legítimamente de ese ataque. Ahora bien, la violencia psíquica sólo sería admisible en términos de acción, no de omisión por las mismas razones que revisamos anteriormente. El problema que se genera con la inclusión de la omisión en la violencia psíquica es el mismo que se genera con la violencia física. Su admisibilidad implica necesariamente vulnerar el *non bis in idem*. El problema se plantea, sin embargo, en el segundo elemento de la legítima defensa que se revisará más adelante: la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima.

Tercera consideración: la actualidad o inminencia de la agresión y su relación con la habitualidad

El art. 10 N°4 CP no dice expresamente que la agresión debe ser actual o inminente. Sin embargo, la doctrina ha entendido que esto se desprende del tenor de dicho artículo, además de que si así no fuera, no tendría sentido la admisibilidad de la legítima defensa pues ésta sería irrestricta. Una agresión actual es la “que se está ejecutando y mientras la lesión del bien jurídico no se haya agotado totalmente (...) La agresión subsiste siempre, naturalmente, en los delitos

⁷ Contra M. L. y G. M., CA Antofagasta 156-2006.

permanentes, como el secuestro, y en la repetición de los actos constitutivos de delitos habituales y continuados”⁸.

En el caso de la violencia intrafamiliar, tal como lo señala el art. 14 LVIF, para configurar el delito de maltrato habitual sea físico o psíquico, es condición *sine qua non* la habitualidad. Esta característica es presupuesto necesario para la consideración de la violencia psíquica o física como delito. Si así fuera, y entendemos que el carácter de habitual al que se refiere la LVIF coincide con la definición de delito habitual, luego no queda más que concluir que en ese supuesto hay una subsistencia de la agresión haciendo plausible la legítima defensa en cualquier momento mientras subsista la habitualidad. Lo anterior será, por supuesto determinado por el juez conforme a los criterios que entrega el legislador:

Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria. Art. 14 inc. 2° LVIF.

Según las consideraciones anteriores, el maltrato habitual es un delito habitual, ya que “es la reiteración de la conducta descrita en la ley lo que configura el delito y, por tanto, es indiferente el número de veces que tal reiteración se produzca, siempre se comete un único delito desde la primera reiteración (...)”⁹.

La LVIF no es tan explícita en cuanto a que basta con una reiteración para que se configure el delito. Esto es algo que queda a la determinación del juez. Sin embargo, es preciso que se configure reiteradamente la conducta para que haya delito, encontrándose durante el período que el juez determine, en un constante estado agresivo. En este supuesto, la legítima defensa que se practica en el caso de la violencia intrafamiliar no es realmente un caso de legítima defensa preventiva, pues la agresión existe. Luego la admisibilidad o inadmisibilidad de la legítima defensa en este caso va a depender de si el maltrato es o no habitual y si se determina que lo es, no debiera el juez determinar su improcedencia. A lo menos, debiera considerarla una atenuante conforme al art. 11 N°1 CP.

Un argumento recurrente en materia de violencia intrafamiliar es que la persona agredida debe denunciar la agresión, ya que si esto no ocurre, luego se torna difícil probar la existencia de legítima defensa. Sin embargo, aquí nuevamente hay un problema fáctico insalvable y es la pasividad generalizada que hay al momento de realizar la denuncia. Así ocurre en el caso caratulado *Contra C. D.*: “Reconoce la existencia de episodios de violencia intrafamiliar, pero estima que no ha logrado establecerse con certeza, ya que sólo se sustenta en rumores, y además, la

⁸ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno, parte general*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 218-219.

⁹ *Ibidem* p. 450

acusada mantenía una relación sentimental paralela con M.C., por lo que tenía otra contención emocional.”¹⁰. Así también en el caso A.O.P.H con M.V.M.M.C., causa ROL 1282-00 de la Corte Suprema la víctima de violencia intrafamiliar “señala que desde el inicio de su relación conyugal, fue sometida a todo tipo de apremios físicos y síquicos, tales como golpes en la cara, en el cuerpo, amenazas y requerimientos de cumplimiento de débito conyugal durante períodos en que ella estuvo enferma, incluso con riesgo de pérdidas de los niños que esperaba. No obstante lo reiterado de esta situación, jamás hizo denuncia alguna; nunca se lo comunicó a sus padres ni se quejó antes sus amigas”.

Si bien es cierto que existe la posibilidad de denuncia, muchas veces estas no se producen no porque la agresión no exista, sino por el miedo que el sujeto pasivo de la agresión le tiene al sujeto activo de la misma. Lo que se produce es un constreñimiento tal de la víctima que anula su voluntad de denunciar por temor a la reacción que pueda tener su agresor/a.

Por consiguiente, la denuncia de la víctima de violencia intrafamiliar no es una obviedad y su ausencia no implica la inexistencia de actos violentos. Es necesario contextualizar las situaciones de violencia. Si uno sostiene que la denuncia de violencia es condición necesaria para la existencia de violencia intrafamiliar, entonces hay una serie de hipótesis típicas que quedan fuera de esta consideración: casos de privación de libertad de la víctima; casos de amenazas condicionales vgr., un padre que amenaza a su conviviente con hacerle daño al hijo que tienen en común si ella lo denuncia; los casos en que simplemente se tiene temor de denunciar y que las agresiones se vuelvan más graves o bien casos en que pese a que se denuncie y se dicte una medida cautelar, esta se contravenga.

Por otra parte, si de inminencia se trata, la legítima defensa en materia de violencia intrafamiliar encuentra menos obstáculos.

‘Inminente es la lógicamente previsible’. Puede, en efecto ejercerse la defensa sin esperar el daño previsible, ya que si hay indicios evidentes de su proximidad, una mayor espera podría frustrar las posibilidades de la defensa y no sería razonable, por otra parte, exigir del agredido que ‘pruebe’ la fuerza del agresor antes de defenderse. No se exige tampoco que la agresión se encuentre técnicamente en grado de *tentativa* (art 7° Cp.), pues ya hemos señalado que no es requisito de ésta su carácter delictivo, sino solamente el ser ilícita ¹¹.

De esta manera si un hijo sabe que cada vez que su madre toma alcohol en exceso lo golpea hasta dejarlo inconsciente, es posible entender que cada vez que la madre llega ebria a la casa, la agresión será inminente. Aquí sí se plantea el problema de la legítima defensa preventiva, salvo que esta sea una conducta

¹⁰ *Contra C. D.*, TOP Castro, 4-2006.

¹¹ POLITOFF, *op. cit.* en n. 16, p. 219.

habitual, por cuando la agresión en ese caso, sería actual y no es necesario siquiera plantear la pregunta por la inminencia, tal como se vio con anterioridad.

No obstante, si la agresión se presenta en términos tales que no constituya habitualidad como para que el ataque sea actual, razón por la cual no sería siquiera constitutiva de delito conforme a LVIF (lo cual no obsta que sí constituya delito a la luz del Código Penal). Aún queda la posibilidad de aplicar el art. 10 N°9 CP. “Si la naturaleza de las agresiones sufridas por el autor de los hechos han sido de tal entidad como para provocar en su ánimo alteraciones susceptibles de calificarse como miedo insuperable, o si no le fuera exigible una conducta diferente, como en el caso de una mujer que ha sufrido reiteradas y humillantes violaciones y ataca al agresor cuando éste, ya dándole la espalda, se retira del lugar de los hechos (caso en el que podría apreciarse una fuerza [moral] irresistible)”¹².

Lo que ocurre en este caso es que el ataque dadas ciertas condiciones: embriaguez, mal humor, situación de soledad en el hogar común, etc., es una consecuencia (para la víctima) obvia. Si dadas ciertas circunstancias siempre ocurre A, luego para evitar que A ocurra, debo hacer algo cuando se presenta ese supuesto. Así llevándolo al plano de lo cotidiano: si siempre que hay nubes en el cielo llueve y me mojo, luego cada vez que hay nubes en el cielo, yo llevo un paraguas.

Otra perspectiva de la inminencia se verá a continuación a raíz de la segunda circunstancia de la legítima defensa.

ii. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima

El segundo requisito es un requisito de adecuación del medio para repeler o impedir el ataque. Tal como señala el profesor Enrique Cury “la ley es poco clara, pues sugiere la idea de un equilibrio instrumental”¹³. Esta interpretación es errada e imprecisa. El problema, sin embargo, es un problema que escapa al ámbito normativo, es un problema material.

La necesidad racional ha de manifestarse no sólo en los instrumentos usados para reaccionar contra el ataque, sino en la totalidad de dicha reacción, de donde resulta la imposibilidad de que en casos especiales, se empleen medios (instrumentos) que en circunstancias corrientes resultarían excesivos. Así, el viejecillo raquítico que es atacado a puño limpio por un fornido mocetón, puede echar mano de un arma de fuego

¹² Ídem. p.220

¹³ CURY, Enrique: *Derecho Penal: Parte General Tomo I*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 367-368.

para defenderse; del mismo modo quien ha sido derribado por el antagonista puede disparar contra él si éste se prepara a ultimarle con un rastrillo. La necesidad, en suma, es *racional*, no *matemática*. Ha de ser juzgada caso por caso y teniendo en consideración las circunstancias *objetivas y reales*¹⁴.

Con una consideración de la inminencia de esta naturaleza, el problema de la actualidad en la agresión en materia de legítima defensa se ve resuelto. Es decir, el ataque para que opere la legítima defensa debe ser actual o inminente, luego basta con esta última circunstancia para que proceda esta causa de justificación, no son requisitos copulativos, sino alternativos. Sin embargo, el problema de la racionalidad del medio empleado persiste. La pregunta que hay que plantearse en este caso es si ¿debe entenderse la legítima defensa como un derecho principal o bien como un privilegio que reviste el carácter de subsidiario? La respuesta en este caso no es sólo normativa, tiene nuevamente una arista fáctica. ¿Debe la persona agredida agotar los recursos antes de actuar en legítima defensa? Si un comportamiento está autorizado por el derecho, el afectado por ese comportamiento está sujeto a un deber de tolerancia. Si uno sostiene que un determinado comportamiento está prohibido por el derecho, no hay tal deber, entonces puede haber legítima defensa y esto es lo que pasa en los casos de violencia intrafamiliar, que si no se concede la procedencia de la legítima defensa, entonces estamos obligando a la persona agredida a tolerar un estado antijurídico que, obviamente, está prohibido por el derecho. De la consideración de un comportamiento como prohibido se abre la posibilidad de que otras normas del ordenamiento den la autorización a la resistencia frente a ese comportamiento. Esta resistencia se expresa, bajo ciertos presupuestos, en la causa de justificación de la legítima defensa.

Respondiendo a la pregunta planteada con anterioridad, la legítima defensa es un derecho principal que debe responder a circunstancias fácticas donde no es exigible su consideración subsidiaria en atención a agotar otros medios de defensa antes de acudir a ésta. Si así fuera, la legítima defensa como causa de justificación carecería de sentido y sus circunstancias de procedencia serían limitadas. En este sentido, si un tribunal plantea esta exigencia está estableciendo exigencias que el legislador no lo hace y con esto estaría vulnerando el principio de legalidad en el entendido que somos destinatarios del mismo tanto la ciudadanía toda, así como especialmente aquéllos llamados a dirimir el caso concreto: los jueces. La jurisprudencia, sin embargo, ha razonado de manera incorrecta y poco razonable. Al respecto en la sentencia del caso *Contra S. G.* del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, se señala en el Considerando decimotercero: “Así las cosas, queda en evidencia que la imputada debió insistir en el llamado telefónico a Carabineros, dándoles el número de la casa, que el sentido común indica que se le pedía para verificar la seriedad de la comunicación, pudo inclusive habérselo consultado a su hermana que estaba

¹⁴ *Ibídem*.

junto a ella, si no se acordaba de él o no lo sabía”¹⁵.

Lo que se sostiene entonces es que ante la posibilidad de utilizar otros medios para repeler el ataque, se tiene que hacer uso de ellos aunque sean menos efectivos y, en definitiva, no logren la finalidad de quien se defiende que es mantener su integridad, sea física o psíquica.

iii. Falta de provocación por parte del que se defiende

Cuando se habla de provocación hay que distinguir dos situaciones:

Primera situación: es el caso de quien cuenta y se representa en la reacción de la persona a quien provoca, en su acto cuenta con esa respuesta pero trata de encubrir su ataque con el carácter defensivo. Ejemplo: Alguien que sabe que la persona a agredir tiene problemas de control de la ira para lo cual está en tratamiento y le da vuelta el café en la ropa de manera intencional pero con apariencia de casual, para que éste reaccione ojalá de manera desproporcionada, violenta.

Segunda situación: es el caso de que la persona que provoca, no cuenta con la reacción respecto a la cual tiene que defenderse. Ejemplo: Injurias que provocan lesiones de las cuales hay que defenderse.

Lo que hay que hacer en este sentido es atender a cuándo hay provocación suficiente que permita establecer un estándar diferenciado de cuándo tiene lugar una agresión y cuándo lo hace una provocación. En este sentido, se puede decir que hay tres casos que pueden tener lugar:

- Casos de reacción a la provocación en que el provocador tiene que tolerar.
- Casos de reacción a la provocación respecto de los cuales el provocador tendrá una legítima defensa restringida.
- Casos en que el provocador tendrá derecho pleno a la legítima defensa.

En este caso se plantea un evidente problema en materia de legítima defensa a raíz de la violencia intrafamiliar. Es decir ¿es provocación suficiente que la persona agredida tenga un/a amante? ¿Es provocación suficiente que la persona agredida no quiera mantener relaciones sexuales? Esto no es provocación suficiente, porque una consideración de esa naturaleza lo único que estaría haciendo es legitimar la venganza y no el restablecimiento del imperio del derecho.

Si bien es cierto que resulta difícil definir qué debe entenderse por ‘falta de provocación’ la verdad es que hasta el minuto esto se ha dejado al arbitrio de la jurisprudencia. “Hay que renunciar a cualquier esfuerzo de definir cuantitativamente o cualitativamente lo que debe entenderse por *suficiente*,

¹⁵ *Contra S. G. TOP 42-2005 (Considerando13º)*

asunto que quedará entregado al criterio del juez en cada caso concreto, pero es razonable pensar que no bastarán viejas rencillas y que la provocación ha de ser a lo menos próxima e inmediata y de una relativa gravedad”¹⁶.

La falta de provocación es algo que debe verse caso a caso, pues es imposible crear un criterio *ex-ante*. Ahora bien en el ámbito de la razonabilidad, parece más sensato que esa configuración de hipótesis posibles tienda a la *infrainclusión* antes que a una *sobreinclusión*. Es decir, la interpretación judicial debe tender a abarcar la menor cantidad de hipótesis fácticas, pues de lo contrario estaría infringiendo el principio de legalidad, consagrado en el art. 19 N°3 inciso final CPR.

3. La legítima defensa en la jurisprudencia

Como ya se adelantó, son numerosos los casos en que debiendo proceder materialmente legítima defensa, la jurisprudencia ha entendido que hay culpabilidad, ya sea de parricidio, homicidio o lesiones. Hay sólo un caso en que se ha admitido la legítima defensa en materia de violencia intrafamiliar, que es el ya citado caso *Contra M.C.* En los demás casos, sin embargo, no se ha admitido la procedencia de esta causa de justificación y en algunos ni siquiera se ha admitido como atenuante por el art. 11 N°1CP. Al respecto en la sentencia caratulada *Contra S.G.* en su considerando decimotercero, el tribunal señala que en este caso no concurre ninguno de los tres elementos de la legítima defensa. [Respecto al primer requisito de concurrencia de la legítima defensa] “La primera se descarta, pues no se ha establecido que el occiso haya agredido a la acusada instantes previos a suscitarse los hechos, como tampoco a la hermana de ésta, ni a las demás personas que la acompañaban en la casa de sus padres. Si bien la defensa intentó acreditar lesiones que supuestamente avalarían esa agresión -que asevera- no fue posible concluir que correspondieran al obrar de la víctima”¹⁷

Algo parecido ocurre en el caso caratulado *Contra F.F.*, de 19 de julio 2005 donde la imputada fue condenada por el delito de parricidio a 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo, más accesorias, sin beneficios. Los hechos del caso señalan que el día 7 de abril del año 2004, la imputada G.F. luego de intercambiar una serie de amenazas con su marido mientras ella estaba cocinando y estando este último en estado de ebriedad, él intentó darle un golpe de puño en el tórax, el cual ella repelió haciendo uso del cuchillo con que cocinaba. En el caso, decisión que adoptó el tribunal se apoyó principalmente en las versiones que daban cuenta de la existencia de violencia intrafamiliar de ella hacia él antes que de él hacia ella. No obstante, en virtud de la prueba expuesta en juicio, es

¹⁶ POLITOFF, *op. cit.* en n. 16, p. 223

¹⁷ Véase C. S. G. TOP 42-2005 (Considerando 13°)

probable que haya existido violencia intrafamiliar recíproca. El problema en el caso concreto es que ante una agresión física, la mujer respondió con el primer elemento que encontró. La pregunta que el tribunal no fue capaz de responder es ¿no es acaso eso un ataque inminente y además actual? Luego en cuanto a la procedencia del segundo requisito de legítima defensa, la pregunta a la que hicimos alusión en el punto ii., cobra nuevamente relevancia ¿es la legítima defensa un derecho principal o bien debe entenderse como un derecho accesorio? Ciertamente el tribunal entendió lo segundo, ya que en el caso el uso del cuchillo es considerado irracional en relación al ataque. No queda más que concluir que la mujer en este caso –agredida por el marido ebrio- debería haber esperado a recibir un golpe que probablemente la turbaría, luego haber llamado a carabineros, que probablemente demorarían para en el intertanto repeler los ataques que le siguiera propinando el marido de la manera más adecuada posible para no incurrir en excesos. Estas consideraciones son inadmisibles pues estamos ante un caso en que lo que está en peligro es la vida y la integridad física de una persona, caso en el cual con una interpretación como la que tuvo el tribunal, les está imponiendo a la mujer un deber de tolerancia que el resto de la gente no tiene frente a un constreñimiento de la voluntad tal que puede implicar su muerte porque su defensa implica la cárcel.

Otro caso importantes en materia de violencia intrafamiliar y legítima defensa es *Contra M.Q.* de 20 de enero de 2007, RIT 258-200, en la cual se condena a M.Q. a la pena de 12 años de presidio mayor en su grado medio, más accesorias y sin beneficios. En este caso, los hechos de la causa, al igual que en el caso anterior, transcurren en la casa del matrimonio y nuevamente se trata de un marido que llega en estado de ebriedad. M.Q. discute con su marido mientras ambos se encontraban en la cocina, para luego pedirle que la deje salir de la casa junto a sus dos hijos menores, momento en el cual él la toma del pelo, la tira al suelo, ella lo rasguña y empuja. La discusión continúa, mientras M.Q. va a la cocina lugar donde toma un cuchillo para defenderse e instar nuevamente a su marido a que la deje salir de la casa con sus hijos. La discusión sigue, ambos forcejean y ella le entierra el cuchillo en el pecho a su marido, quien muere a raíz de esto.

En este caso, M.Q. vivía un cuadro de violencia intrafamiliar desde hace cuatro años, hechos que nunca denunció por “temor y vergüenza”- según sus propias palabras-. ¿Acaso no es esto lo que les pasa a un número considerable de personas agredidas? Sin duda este es un caso de legítima defensa, el hecho de que el marido muriera es un hecho que puede considerarse previsto por la agresora, pero que no es querido por ésta. Si ella no reaccionaba de esa manera el resultado era inminente: o lesiones para ella –probablemente graves-; o bien muerte para quien debe tolerar –según el criterio de los jueces- una agresión ilegítima.

4. Legítima defensa y estado de necesidad defensivo

Si falta alguno de los requisitos anteriormente enunciados para que concurra la legítima defensa, luego lo que debe ocurrir es plantearse la pregunta por el estado de necesidad defensivo.

La legítima defensa se caracteriza por prescindir de un test de ponderación, requiere de la concurrencia de la protección individual del sujeto agredido y de la afirmación de derecho que se produce a través de su reacción. Por lo mismo es que el ataque debe provenir de una conducta humana actual o inminente que sea antijurídica.

Ya vimos que la legítima defensa puede considerarse como actual en materia de maltrato habitual, por el carácter de delitos habitual que estos revisten. Ahora bien, otra opción para entender que la agresión en materia de violencia intrafamiliar es ilegítima es la inminencia. Es decir “puede, en efecto, ejercerse la defensa sin esperar el daño previsible, ya que si hay indicios evidentes de su proximidad, una mayor espera podría frustrar las posibilidades de la defensa y no sería razonable exigir al agredido que ‘pruebe’ la fuerza del agresor antes de defenderse. No se exige tampoco que la agresión se encuentre técnicamente en grado de tentativa (art. 7°Cp)...”¹⁸. Tal como ha señalado la sentencia de la Corte Suprema en el caso contra M.C., causa Rol N° 1282-00 de 28 de diciembre del año dos mil: “Que, en consecuencia, para la ley penal, la agresión actual se repele; la inminente, se impide”¹⁹. Esto soluciona el problema de la actualidad de la agresión y responde a la objeción estándar que se plantea sobre la inadmisibilidad de procedencia de la legítima defensa preventiva. Si entendemos que basta con que la agresión sea ilegítima y, tal como se revisó con anterioridad, así lo entienden tanto la jurisprudencia como la doctrina, basta con que la agresión sea inminente para que se satisfaga el primer requisito que señala la ley para que proceda esta causa de justificación.

Ahora bien si llegaran a faltar la actualidad o la inminencia en la agresión, se podría construir entonces la justificación a través del estado de necesidad defensivo. La consideración del estado de necesidad, implica que la pérdida de afirmación del derecho y la introducción en su lugar del principio de proporcionalidad. El razonamiento es el siguiente: porque el afectado infringió una norma de comportamiento es que debe soportar la reacción del que se defiende. Sin embargo, el problema que se plantea es si la legítima defensa admite siempre una reacción irrestricta defensiva o bien si es posible a la luz de los requisitos de la legítima defensa, hacer una diferenciación dentro de la misma. La respuesta a eso, tal como ya se adelantaba, obedece a criterios normativos por la admisibilidad de respuesta sustentada en el art. 10 N°10 CP entendido como metaregla; pero también obedece a criterios fácticos, pues es un hecho que la legítima defensa no puede tener igual tratamiento cuando se trata de un hombre y una mujer. No puede sostenerse que una mujer que pesa 55 kilos tenga las mismas posibilidades de ataque respecto a un hombre que pesa 80 kilos. Distinto

¹⁸ POLITOFF, *op. cit.* en n. 16, p. 219.

¹⁹ Contra M.C., CS 1282-00 (Considerando 5°)

sería el caso si se trata de un hombre que pesa 80 kilos versus uno que pesa 75. Esa diferencia, que es pura facticidad, puede tener un impacto normativo considerable. Tal como se revisó con anterioridad, hay muchos casos que son materialmente legítima defensa, pero que por una interpretación errada por parte de los jueces, son considerados parricidio. Lo mismo ocurre en el caso de la legítima defensa de los hijos respecto de su madre o padre, o bien de los hermanos menores respecto de los hermanos mayores. Así también puede ocurrir -aunque tal vez de manera más infrecuente- de un marido respecto de su mujer o conviviente. Todos estos casos en que hay igualdad relativa, y que si bien el legislador no ha establecido la diferencia de manera explícita, es el juez quien debe considerarla. Obviar estas diferencias manifiestas y frecuentes, sería vulnerar el art. 19 N°3 CPR y sería desconocer que hay veces en que el derecho se rinde ante los hechos.

El estado de necesidad defensivo corresponde al caso en el cual el peligro procede de la esfera del afectado, se reacciona contra la fuente de peligro sin que pueda ser calificado de ilegítimo, porque de lo contrario se trataría de legítima defensa, la persona no es ajena a la situación de conflicto. Luego, si se considera que la agresión en materia de legítima defensa no es actual ni tampoco es inminente, es procedente entonces la admisibilidad del estado de necesidad defensivo. Este es el caso clásico del síndrome de la mujer maltratada, en que sometida la persona a una pauta de maltrato y que, debido a la experiencia de maltratos no tiene la posibilidad de defenderse, se toma una medida preventiva.

Finalmente, si se estimare que no se cumplen con algunos de los requisitos de la legítima defensa o con el estado de necesidad defensivo, el tribunal debe admitir la procedencia de las atenuantes del art. 11 circunstancias primera y quinta. La razón para admitir la procedencia de la primera es simplemente que el caso paradigmático de desestimación de la legítima defensa es porque se considera que la agresión no es actual no obstante concurrir los demás presupuestos; la circunstancia quinta, por su parte, se admite por cuanto, tal como se señaló a raíz del síndrome de la mujer maltratada, si no se admite una consideración de procedencia diferenciada respecto de ella en materia de legítima defensa, lo menos que se puede hacer es reconocer su actuar en el contexto de esta atenuante.

En un juicio, es presentada evidencia pericial sobre el síndrome de la mujer maltratada con la finalidad de ayudar a los jueces y al jurado a entender cómo es que las acciones de la mujer son razonables (por lo tanto, justificables) bajo ciertas circunstancias. Dressler reconoce que esta evidencia es importante para dos preguntas básicas: por qué la persona que se defiende mantiene esta relación abusiva a lo largo del tiempo y (menos claro) si es que esa persona creyó realmente que un abusador dormido o incapaz era una amenaza inminente.

Más controversial, esta evidencia ha sido usada para explicar cómo la acción de la persona que se defiende satisface el aspecto *objetivo* del [reasonableness inquiry], una tarea que se hace más fácil si se compara

a un 'mujer agredida razonable' antes que al término más genérico de 'persona razonable...'²⁰.

Aquí es donde además se produce un problema con la posición de quien se defiende. Es decir, es un hecho -en general- la disparidad física que se presenta entre marido y mujer, entre convivientes, entre hermanos, etc. Pero además de los problemas físicos evidentes, hay ciertos problemas de carácter psíquicos. La consideración de racionalidad está bien para alguien que detenta la calidad de 'hombre medio' o 'mujer media', pero no se puede sostener que una persona que ha sido permanentemente maltratada, muchas veces sin denunciar siquiera dicha denuncia tenga que someterse con igual rigidez a esta exigencia. Ya sea por temor a futuras agresiones mucho más graves, que es el caso paradigmático de las mujeres; o bien por el reproche social que es más común en el caso de los hombres, como una reacción propia de una sociedad machista, existe un temor generalizado a la denuncia. Cualquiera sea el caso, el maltrato habitual puede distorsionar la consideración de una persona media, porque su interacción con el mundo se vive desde la perspectiva del maltrato, desde una coacción constante, desde un constreñimiento a tolerar un estado no deseado por la víctima.

Es cierto que el estado de necesidad defensivo no está contemplado expresamente en nuestra legislación. El Código Penal, no tiene un tipo que recoja en esos términos exactos su admisibilidad. Ahora bien, una vez más este argumento se rechaza simplemente porque si nos restringimos a la mera literalidad del texto legal, luego el art. 10 N°4 en ninguna de sus circunstancias exige que la agresión sea actual o inminente explícitamente, sólo que sea ilegítima. Razonando de esta manera entonces la objeción por la actualidad en materia de legítima defensa con ocasión de violencia intrafamiliar queda resuelta.

Para construir el estado de necesidad defensivo supralegal, acudimos al artículo 10 N°10 CP, en razón de la existencia de un conflicto de derechos fundamentales. Si entendemos que las normas de derechos fundamentales son principios, luego hay que hacer un juicio de ponderación. En el art. 10 N°7 CP, la configuración del Código se da en términos de tolerancia sólo respecto de derechos instrumentales. Lo anterior, sin embargo, no significa soportar el costo de esto, pues de las consecuencias patrimoniales tienen respuesta en materia civil. El estado de necesidad defensivo de carácter supralegal -que comprende ya no la afectación a bienes instrumentales, sino también a intereses personalísimos-se configura en el

²⁰ KRAUSE, Joan: *Distorted Reflections of Battered Women Who Kill: A Response to Professor Dressler*, en 4 Ohio ST. J.CRIM. L. 555 (2007), pp. 558-559. A continuación en texto original: "At trial, expert evidence concerning BWS is offered to help judges and jurors understand how the woman's actions are reasonable (and hence justifiable) under the circumstances. Dressler acknowledges that such evidence is relevant to two basic questions: why the defendant remained in the abusive relationship over time, and (less clearly) whether she herself truly believed that a sleeping or otherwise incapacitated abuser presented an imminent threat.¹⁷ Most controversially, this evidence has been used to explain how the defendant's actions satisfy the *objective* aspect of the reasonableness inquiry, a task made easier if she can be compared to a "reasonable battered woman" rather than the generic "reasonable person".

entendido de que la agresión que se produce en materia de violencia intrafamiliar es un atentado contra la vida, contra la integridad física y psíquica de la persona, amparada en el artículo 19 N°1CPR. La agresión en materia de violencia intrafamiliar es un atentado a un derecho fundamental. Y en ese sentido quien atenta contra este derecho fundamental no es preciso que agrede en el instante en que el ofendido reacciona, porque no se reacciona en contra de una agresión puntual, sino que en contra de la fuente de peligro. Se requiere ponderación de intereses, pero el fundamento del art. 10 N°10 CPR es justificar la preeminencia de la norma permisiva respecto de la prohibitiva subyacente. Este artículo es una metaregla pero que opera sólo en tanto haya colisión de derechos fundamentales, no es correcto entenderlo como una admisión indefinida de posibilidades de ponderación.

Un juez razonable debe entender que en este caso se trata de la defensa de un derecho fundamental, como lo es la vida, es legítima y ante la existencia de colisión de derechos fundamentales, se impone un deber de tolerancia para aquél que crea el estado antijurídico, aquél que constituye la fuente de peligro.

De no entenderlo así, el juez lo que estaría negando es el reconocimiento legal y judicial de los derechos fundamentales. Por lo demás, deben tener en consideración las circunstancias fácticas en las cuales tiene lugar la legítima defensa. Las circunstancias del art. 10 N°4 CP no pueden ser analizadas de manera idéntica en todos los casos, hay que estarse a la igualdad relativa, de lo contrario pierde sentido el art. 19 N°3.

Bibliografía

1. CURY, Enrique: *Derecho Penal: Parte General Tomo I*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
2. HEGEL, G.W.F., *Principios de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Sudamericana, 2004.
3. KRAUSE, Joan: *Distorted Reflections of Battered Women Who Kill: A Response to Professor Dressler*, en 4 Ohio ST. J. CRIM. L. 555, 2007.
4. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno, parte general*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
5. ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, España, Editorial Civitas, 1997.

