



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS
DEFENSORÍA NACIONAL**

MINUTA

“¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Cometario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5”

N°2/ 2011/Mayo

Claudia Castelletti Font

Contenido

Introducción.....	2
Los hechos juzgados y el desarrollo judicial del caso	2
La discriminación por causa de género y el sistema jurídico chileno	3
Las mujeres y su rol tradicional respecto al cuidado de los hijos en el Derecho penal	6
El ideario de la “mujer buena” (y madre) y el abandono de menores en la sentencia del Tribunal Oral de Arica.....	9
Excurso: ¿es legítimo y jurídicamente aceptable fundamentar una sentencia en un prejuicio de sexo?	11
Conclusiones.....	11

Introducción

A veces es necesario un remezón para descubrir que las cosas no están tan bien como creemos. Y en eso el año 2010 nos trajo varios eventos de magnitud. Por supuesto no me refiero sólo al terremoto del 27 de febrero y los debates y consecuencias jurídicas en materia de derecho urbanístico y de daños, sino que a un hecho que pasó mucho más desapercibido, pero que indudablemente produjo estragos para el reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres pues, a pesar de los enormes avances en materia de igualdad y de reconocimiento de los derechos de las mujeres, aún queda un enorme trecho que recorrer. La sentencia que comento nos demuestra que las mujeres no somos tratadas como iguales a los hombres en el sistema criminal.

En particular, la sentencia que comentaremos nos demuestran que el prejuicio de la distribución sexual del trabajo y de la obligación “exclusivamente materna” del cuidado de los hijos sigue siendo un argumento plausible para los operadores del sistema de justicia penal y que, incluso, permite fundar una sentencia penal condenatoria.

Otras aristas sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación (v. gr. etnia, condición social y cultural) podrían ser analizadas en este caso, pero al no ser temas de mi competencia, serán otros y en otros lugares quienes deberán hacerse cargo de ellas.

Los hechos juzgados y el desarrollo judicial del caso

El caso se sigue en contra de Gabriela B.B., mujer aymará de cerca de 24 años, que vivía en la Estancia Caiconte, cercana al caserío de Alcérreca de la comuna de General Lagos¹ de la Región de Arica y Parinacota. Gabriela era madre de tres hijos, el primero engendrado en una violación cometida por un familiar cuando ella tenía 16 años, el que se encuentra al cuidado de uno de sus hermanos mayores, pues nació con problemas. El segundo de los niños y el único que vive con ella, Domingo B.B., había nacido producto de una relación con Eloy G. C., a quien conoció mientras trabajaba en Zapahuira² y que no lo reconoció como su hijo. La menor de sus hijos fue entregada al cuidado de Conin, y fue concebida con su hermano Cecilio B.B., quien supo de su paternidad meses después que la niña había nacido.

Gabriela trabajaba en el pastoreo de llamas para la Estancia Caicone (ubicada a 17 Km. del caserío de Alcérreca), por el que recibía una remuneración de \$3.000 diarios, más alimentación y sin trato por pérdida de los animales³. Tenía una relación sentimental con el dueño de la estancia y los animales, quien era casado y su mujer no conocía la existencia de la relación extra marital.

El día 17 de julio de 2007 Gabriela se dirige a la Estancia Caicone para comenzar al día siguiente la labor de pastoreo, que dura cerca de 12 días. Esta labor debe comenzar muy temprano a fin de poder guarecerse antes que llegue la noche, pues las temperaturas pueden alcanzar los 25° bajo cero. Como no consigue que alguien cuide a su hijo Domingo de 3 años, lo lleva con ella. El día 23 de julio, en momentos que ya bajaba con el ganado, se percató que algunos animales se habían retrasado, por lo cual deja a su hijo con los restantes, luego de haberse cerciorado que no había peligro, para ir en búsqueda de los que estaban perdidos. Cuando regresa, cerca de una hora después, no encuentra a su hijo, lo busca y al no encontrarlo, regresa a Alcérreca en busca de ayuda. Denuncia el hecho a Carabineros y éstos la detienen. El cuerpo de Domingo es encontrado el 2 de

¹ De acuerdo al Censo de Población y Vivienda del año 2002, la población en la comuna es de 1.179 personas, de las cuales 418 son mujeres. Todos los habitantes de la comuna viven en sector rural. La extensión de la comuna es de 2.244 km². Fuente: www.ine.cl.

² Este poblado se ubica en la comuna de Putre, Región de Arica y Parinacota. De acuerdo al Censo de Población y Vivienda del año 2002, su extensión es de 5.902 km² y su población total es de 1977 personas, de las cuales 632 son mujeres. Fuente: www.ine.cl.

³ Es decir, cuando no se encuentra regulada contractualmente la carga de la pérdida por el ganado en el pastoreo.

diciembre de 2008 en el sector denominado Palcopampa, distante a 12 km. del caserío Caicone, no pudiendo determinarse de manera fehaciente la causa de su muerte.

Entre los días 5 a 10 de abril del año 2010 se lleva a cabo un juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Arica en contra de Gabriela por los delitos de abandono de menor en lugar solitario con resultado de muerte (Art. 349 y 351 del Código penal), obstrucción a la investigación (Art. 269 bis del Código penal) e incesto (Art. 375 del Código penal). Por este último delito también es acusado su hermano Cecilio. En la sentencia se absuelve a Cecilio y Gabriela por el delito de incesto y a Gabriela por el de obstrucción a la investigación, pero se la condena a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio por el abandono del menor con resultado de muerte.

La defensa de Gabriela interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Arica el 30 de agosto de 2010, ordenando que realizara nuevamente un juicio oral, en atención a que se había incumplido el mandato legal del Art. 342 letra c) del Código procesal penal, esto es, que la sentencia del TOP expusiera en forma clara, lógica y completa los fundamentos que hubieren servido para establecer los hechos.

El nuevo juicio se realizó los días 4 y 6 de octubre de 2010 y sólo comprendió los hechos que de acuerdo al fiscal constituían el abandono del menor, resultando condenada por éste y sancionada a una pena de cumplimiento efectivo de 12 años de presidio mayor en su grado medio⁴.

La defensa intentó un recurso de queja en contra de esta segunda condena, pero fue rechazada por sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica el 15 de noviembre de 2010, por lo que Gabriela se encuentra cumpliendo condena como rematada en el centro de cumplimiento penitenciario de Arica.

La discriminación por causa de género y el sistema jurídico chileno

Aunque la Constitución chilena consagra de manera explícita el principio de igualdad entre hombres y mujeres como uno de los pilares del sistema jurídico en los artículos 1 inc. 1° y 19 N° 2, las desigualdades existen, aunque no siempre se reflejen de manera explícita en el sistema jurídico. Se trata de barreras invisibles que impiden que las mujeres disfruten sus derechos y que se encuentran invisibilizadas por la redacción - al parecer neutra- de las disposiciones jurídicas. Ello es así, porque tal como lo explica Larenz: "A toda norma jurídica pertenece, como trasfondo absolutamente ineludible para su comprensión, la realidad social para la cual fue concebida, la situación jurídica en el momento de su nacimiento y la realidad social actual en la que debe operar"⁵.

El Derecho es una ciencia de la cultura y como tal, se nutre y viste de la realidad social imperante en un momento dado⁶. En ese sentido, las ciencias sociales y el Derecho en particular han necesitado incorporar otros elementos de análisis para explicar el principio de igualdad entre personas de sexos distintos y, en particular, han debido observar la realidad y no sólo quedarse con las categorías jurídicas tradicionales, pues para contribuir a la eliminación de las barreras invisibles que impiden a las mujeres ejercer sus derechos, es necesario ver cómo se construye la norma jurídica en la realidad. En otras palabras, aunque la norma jurídica diga que somos iguales, es la porfiada realidad la que nos enseña que las mujeres no somos "tan iguales" como los hombres.

Así, lo primero a destacar es que las ciencias sociales han sido históricamente construidas desde lo masculino, lo que ha llevado no sólo a ocultar o invisibilizar a las mujeres en la vida jurídica, sino también a relegarlas a planos considerados por los

⁴ Sobre la aplicación de una pena mayor a la obtenida en el primer juicio, Vid. la posición crítica de BARRIENTOS PARDO, Ignacio, "Prohibición de *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio (ir por lana y salir trasquilado)", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, año 2007, pp. 175-207.

⁵ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1994, p. 179.

⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier, *Curso de Historia del Derecho*, t. I, p. 37.

hombres de menos valor, como el cuidado de la casa y los hijos, y a mantenerlas sometidas a los hombres⁷. En particular, la separación de los espacios públicos y privados fue construida en base a una distinción jerárquica de género, de manera que la esfera de actuación de las mujeres es prioritariamente el privado, junto a los hijos⁸.

En definitiva, el problema se presenta por el predominio de valores masculinos fundamentados en relaciones de poder ejercido por varones a través de distintos mecanismos de control social que oprimen y marginalizan a la mujer, de manera que crean relaciones asimétricas de poder que dejan a la mujer en una débil posición frente al hombre⁹.

Por ello, cuando hablamos de igualdad no basta con una igualdad formal, pues ella no reconoce la asimetría que en lo social sí existe entre hombres y mujeres. Es por ello que desde el mundo del Derecho se ha construido el concepto de igualdad material, que en palabras del Tribunal Constitucional chileno consiste en que “... *las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición*”¹⁰. En consecuencia, de acuerdo al mismo tribunal es posible que el legislador contemple diferentes decisiones para casos distintos, siempre que esta discriminación no sea arbitraria¹¹.

Para el Derecho internacional de los derechos humanos, las discriminaciones por causa de sexo son también inaceptables y es deber de los estados avanzar en el camino de su eliminación, pues los Arts. 5¹² y 16.1¹³ de la CEDAW y 8 letra b)¹⁴ de la Convención de

⁷ Tal como lo ha señalado Bourdieu: “La fuerza del orden masculino se descubre en el hecho de que prescinde de cualquier justificación: la visión androcéntrica se impone como neutra y no siente la necesidad de enunciarse en unos discursos capaces de legitimarla. El orden social funciona como una inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar la dominación masculina en la que se apoya: es la división sexual del trabajo, distribución muy estricta de las actividades asignadas a cada uno de los sexos, de su espacio, su momento, sus instrumentos; es la estructura del espacio, con la oposición entre el lugar de reunión o el mercado, reservados a los hombres, y la casa, reservada a las mujeres, o, en el interior de ésta, entre la parte masculina, como del hogar, y la parte femenina, como el establo, el agua y los vegetales; es la estructura del tiempo, jornada, año agrario, o ciclo de vida, con los momentos de ruptura, masculinos, y los largos periodos de gestación, femeninos”. BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, Barcelona, 2007, p. 22.

⁸ SABADELL, Ana Lucia, *Manual de Sociología jurídica*, San Pablo, 2008, p. 266.

⁹ Vid. SABADELL, Ana Lucia, (n. 8), p. 264; y MOORE, Henrietta L., *Antropología y feminismo*, Madrid, 2009, pp. 13-17.

¹⁰ STC causa 1414/2009, de 14 de de septiembre de 2010, considerando 14°.

¹¹ Vid. STC causa N° 986/2008, de 30 de enero de 2008, considerando 32°: “...*la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario*”.

¹² Cuyo texto reza:

“Artículo 5. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) *Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;*

b) *Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirán la consideración primordial en todos los casos”.*

¹³ Que establece:

“Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) *El mismo derecho para contraer matrimonio;*

b) *El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;*

c) *Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;*

Belem do Para les imponen la obligación de modificar los patrones socioculturales de conducta de mujeres y hombres para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer.

Sin embargo, a pesar de la nueva visión sobre la igualdad material y las obligaciones internacionales del Estado de Chile, aún subsisten desigualdades legislativas entre hombres y mujeres. Por ejemplo, en materia civil la invisibilidad de la mujer¹⁵ es clásico el ejemplo del Art. 44 del Código civil chileno que para definir los grados de culpa, usa expresiones como “falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, “buen padre de familia”, u “hombre juicioso”¹⁶, pensados en que es el hombre el que se relaciona en el mundo de los negocios y lo público, en el tradicional ideario del *paterfamilias* romano. Por otro lado, La subordinación de la mujer en materia civil, se manifiesta, por ejemplo, en lo dispuesto en el Art. 1749, que señala que “el marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer...”¹⁷.

En derecho procesal civil también encontramos disposiciones que excluyen de la esfera social a la mujer, como el Art. 361 N° 4 del Código de procedimiento civil chileno que permite a las mujeres excusarse de asistir a la audiencia judicial en que tenga que deponer como testigo “siempre que por su estado o posición no puedan concurrir sin grave molestia”, como si el solo hecho de que una mujer salga de su casa para asistir a una citación judicial en un lugar público, fuera una contrariedad para ella por ser un espacio que no le corresponde.

La forma aparentemente neutra con la que el Derecho penal describe las conductas típicas (“el que”) también ha escondido a la mujer en el sistema criminal¹⁸, reduciendo su

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”.

¹⁴ Que estatuye:

“Artículo 8. Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerbaban la violencia contra la mujer”.

¹⁵ Vid. NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzazu, *Derecho antidiscriminatorio y género: Las premisas invisibles*, Santiago, 2004, pp. 248 a 250.

¹⁶ El texto del artículo estatuye:

“Art. 44. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

¹⁷ Vid. NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzazu, (n. 15), pp. 250-261.

¹⁸ Vid. LARRAURI, Elena, “La mujer ante el Derecho penal”, en *Revista de Ciencias Penales*, año 9, N° 11, julio de 1996. La versión electrónica puede encontrarse en: <http://www.cienciaspenales.org/revista11f.htm> y OLAVARRÍA A., José, CASAS B., Lidia; VALDÉS E., Teresa; VALDÉS S., Ximena; MOLINA G., Rodrigo, DA SILVA, Devanir y BENGUA V., Ana, *Evaluación de las concepciones de género de los/as defensores/as penales públicos*, Santiago, 2009, pp. 22-26.

participación a su calidad de víctima de ciertos delitos¹⁹. A mayor abundamiento, en la dogmática penal es usual encontrar construcciones sobre la base del criterio del “hombre medio”²⁰, v. gr. a propósito de los delitos culposos²¹ o de algunos requisitos de eximentes, como el caso fortuito previsto en el Art. 10 N°8 del Código penal chileno²². Finalmente, no es raro encontrar descripciones delictivas que, aunque descritas de forma neutra, se aplican exclusiva o fundamentalmente a mujeres, como es el caso del aborto²³ y el hurto²⁴.

En definitiva, en estos ejemplos del sistema jurídico chileno, incluido el ámbito criminal, queda de manifiesto la patente vigencia de disposiciones y construcciones doctrinarias que se basan en el estereotipo de género clásico respecto de la mujer y la distribución sexual del trabajo, es decir, que su espacio propio es lo doméstico: su casa y al cuidado de los hijos y su familia²⁵, olvidando que la mujer es, ante todo, una persona y por ello titular de derechos y obligaciones independientemente de la decisión que tome respecto a la maternidad o el cuidado de los hijos.

Las mujeres y su rol tradicional respecto al cuidado de los hijos en el Derecho penal

Se ha destacado que la comisión de delitos transcurre en un determinado orden social y de género específico, de manera que la estructura social condiciona los tipos de delitos, su frecuencia y distribución²⁶. En ese sentido, en la cultura patriarcal tradicional, la labor del cuidado de los hijos corresponde esencialmente a la madre, por lo que el Código civil chileno establece en su Art. 225 inc. 1° que, en caso que los padres vivan separados, a la madre le corresponde el cuidado personal de los hijos.

Esta estructura tradicional también se presenta en el sistema penal, como es el caso del Art. 19 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (Decreto Supremo N° 518 del Ministerio de Justicia, de 21 de agosto de 1998) que sólo permite que en los centros de cumplimiento penitenciario femeninos existan espacios para que las mujeres puedan estar con sus hijos lactantes, vedándoles esta posibilidad a los hombres²⁷.

¹⁹ FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, pp. 33-35.

²⁰ En todo caso, dejamos anotado que el concepto de “hombre medio” no es pacífico en la dogmática penal, Vid. La discusión y la bibliografía citada en CUERDA ARNAU, María Luisa, *El miedo insuperable: su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997, pp. 104-112 y BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “La imputabilidad en un Estado de Derecho. Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas y la siquiatria alternativa”, en *Obras completas. Tomo II. Control social y otros estudios*, Lima, 2004, pp. 265 y ss.

²¹ Por todos, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Santiago, 2005, pp. 334-336.

²² Por todos, NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, “Artículos 10 N°s 8 y 9”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno. Tomo I. Libro primero – Parte general*, Santiago, 2003, p. 147.

²³ V.V.A.A., Simposio Nacional Leyes para la Salud y la Vida de las Mujeres. Hablemos de Aborto Terapéutico, Santiago, 1993; CASAS BECERRA, Lidia, *Mujeres Procesadas por Aborto*, Santiago, 1996; V.V.A.A., *Encarceladas: leyes contra el aborto en Chile. Un análisis desde los derechos humanos*, Santiago, 1998; LAGOS LIRA, Claudia, *Aborto en Chile: el deber de parir*, Santiago, 2001; DIDES CASTILLO, Claudia, *Voces en emergencia: el discurso conservador y la píldora del día después*, Santiago, 2006; HERRERA RODRÍGUEZ, Susana, *El aborto inducido ¿víctimas o victimarias?*, Santiago, 2004; LLAJA VILLENA, Jeannette, *La penalización del aborto: lo que no se dice*, Santiago, 2005; y CASTILLO ARA, Alejandra, *Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa*, Santiago, 2010, en http://www.dpp.cl/Documentos/estandares/genero_defensa/Abortoeinfanticidio.pdf.

²⁴ CASTELLETTI FONT, Claudia y VIAL RECABARREN, Luis, “Hurto, género y persecución penal en Chile”, en *La semana jurídica*, N° 329, del 26 de febrero al 4 de marzo de 2007.

²⁵ CASTELLETTI FONT, Claudia, “La mujer privada de libertad en el sistema penal”, en *Revista* 93, N° 1, diciembre 2009, pp. 43 -47.

²⁶ OLAVARRÍA A., José, CASAS B., Lidia; VALDÉS E., Teresa; VALDÉS S., Ximena; MOLINA G., Rodrigo, DA SILVA, Devanir y BENGEOA V., Ana, (n. 18), pp. 14-15.

²⁷ Su texto es el siguiente:

“Art. 19. Los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y en ellos existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas.

En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina.

Toda vez que ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños.

Pero no sólo se trata de disposiciones expresas de la legislación criminal las que mantienen los estereotipos tradicionales de género, pues los operadores del sistema también los aplican en sus decisiones. Esto ha quedado demostrado en estudios recientes encargados por la Defensoría Penal Pública chilena. Así, Casas et al. citan diversos estudios en los que se sostiene que los jueces tratan con mayor benevolencia a las mujeres porque asumen que sus responsabilidades familiares proporcionarán un control social informal en sus vidas y que consideran esencial el cuidado de las madres a sus hijos. Concluye que la mujer imputada, para beneficiarse en el sistema de justicia criminal debe encajarse en un modelo de conducta impuesto socialmente²⁸.

A esa misma conclusión llegan Olavarría et al. en un estudio realizado también por encargo de la Defensoría. En él se da cuenta que las mujeres imputadas son tratadas como un “bien social” en cuanto a madres cuidadoras de hijos y no como personas en sí mismas, de manera que aquellas mujeres que se asemejan a una mujer que cumple sus roles tradicionales (“buenas mujeres”) son tratadas de forma más benevolente que aquellas que no lo son (“malas mujeres”). Así, las características de ambas clases de mujeres serían²⁹:

Mujer buena	Mujer mala
Madre	No madre
Sin antecedentes penales	Con antecedentes penales
Víctima	Victimaria
Familia ideal/nuclear	Familia real/disfuncional/desintegrada

En definitiva, el ideal patriarcal-mariano³⁰ de la “buena mujer” se posiciona en las decisiones de los operadores del sistema, generando consecuencias positivas o negativas para las mujeres. El problema es que a las mujeres que no calzan en el ideario tradicional se les trata no por haber cometido un hecho determinado, sino por ser malas madres, es decir, por hacer un mal a la sociedad³¹, lo que se acerca peligrosamente a un derecho penal de autor, tan criticado por la dogmática penal. Lo peor es que las mujeres que son perseguidas por el sistema penal no suelen ser esas “buenas mujeres” que los operadores esperan que sean, de manera que no necesariamente son tratadas con la piedad que ellos mismos esperan tratarlas³². Finalmente, es necesario destacar que ese constructo de la “buena mujer” sólo considera los valores culturales de la “mujer media chilena”, es decir, no incluye características culturales de personas pertenecientes a etnias.

Es por ello que cuando trasladamos esta construcción al delito de abandono de menores tipificado en los Arts. 346 a 351 del Código penal chileno³³, se observa que se trata de un

En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesiones, se estará además a lo que éste establezca respecto del cuidado, residencia y atención al lactante”.

²⁸ CASAS BECERRA, Lidia, CORDERO VEGA, Rodrigo, ESPINOZA MAVILA, Olga y OSORIO URZUA, Ximena, *Defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal*, Santiago, 2005, pp. 29-31 y 47-49.

²⁹ OLAVARRÍA A., José, CASAS B., Lidia; VALDÉS E., Teresa; VALDÉS S., Ximena; MOLINA G., Rodrigo, DA SILVA, Devanir y BENGOA V., Ana, (n. 18), pp. 32-51 y 67-72.

³⁰ Respecto a la influencia del ideario de los valores asociados a la Virgen María en la construcción del ideario sobre la mujer Vid. ANDERSON, Bonnie S. y ZINSSER, Judith P., *Historia de las mujeres. Una historia propia*, Barcelona, 2009, pp. 240-242.

³¹ OLAVARRÍA A., José, CASAS B., Lidia; VALDÉS E., Teresa; VALDÉS S., Ximena; MOLINA G., Rodrigo, DA SILVA, Devanir y BENGOA V., Ana, (n. 18), p. 70.

³² Ídem, pp. 83-87.

³³ Que establecen.

“Art. 346. El que abandonare en un lugar no solitario a un niño menor de siete años, será castigado con presidio menor en su grado mínimo.

Art. 347. Si el abandono se hiciere por los padres legítimos o ilegítimos o por personas que tuvieran al niño bajo su cuidado, la pena será presidio menor en su grado máximo, cuando el que lo abandona reside a menos de cinco kilómetros de un pueblo o lugar en que hubiere casa de expósitos, y presidio menor en su grado medio en los demás casos.

Art. 348. Si a consecuencia del abandono resultaren lesiones graves o la muerte del niño, se impondrá al que lo efectuare la pena de presidio mayor en su grado mínimo, cuando fuere alguna de las personas comprendidas en el artículo anterior, y la de presidio menor en su grado máximo en el caso contrario.

Lo dispuesto en este artículo y en los dos precedentes no se aplica al abandono hecho en casas de expósitos.

Art. 349. El que abandonare en un lugar solitario a un niño menor de diez años, será castigado con presidio menor en su grado medio.

delito cuya aplicación y persecución no es neutra en materia de género, pues constata un orden social de género existente, que impone a las madres de manera preferente el cuidado de los hijos.

El primer lugar, desde un punto de vista histórico, es necesario hacer notar que la ubicación sistemática de la figura se encuentra en el título “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, lo que da cuenta de la intención original del legislador penal, en cuanto a lo que se sanciona es la falta de cuidado que ciertos integrantes de la familia le deben procurar a los niños³⁴. En otras palabras, lo que se castiga es el abandono de quienes tienen a su cuidado a los niños³⁵ y, si la legislación civil y penal les imponen esa carga a las mujeres de forma prioritaria, no es extraño que la persecución penal se dirija en contra de ellas. Por otro lado, si consideramos que los operadores del sistema criminal utilizan los estereotipos de género tradicionales de la sociedad patriarcal, tampoco es raro que a las mujeres que se apartan de las exigencias que esa sociedad les impone a las “buenas madres”, se les sancione de manera más grave.

Es por ello que tampoco resulta extraño que los ejemplos que se citan en los textos de derecho penal se refieran a casos en que la imputada por el delito de abandono de niños sea una mujer. Por ejemplo, Politoff/Matus/Ramírez³⁶ citan tres casos en que no se configuraría el delito, dos de ellos en los que las madres dejan a sus hijos en las puertas de una casa y un hospital, respectivamente, se ocultan y no se van de su escondite hasta que otras personas recogen a los niños, y un tercero en el que la madre deja al niño abrigado y alimentado entre dos casas de un camino muy transitado³⁷.

Finalmente, en el nuevo sistema procesal penal la tendencia de criminalizar por este delito preferentemente a las mujeres se mantiene. Así lo demuestran las cifras de los casos atendidos por la Defensoría Penal Pública.

Tabla N° 1. Ingresos por delito de abandono de niños por año y sexo del imputado/a autor

AÑO INGRESO	Femenino	Masculino	Total general
2001	2	0	2
2002	2	0	2
2003	3	0	3
2004	4	0	4
2005	5	2	7
2006	7	4	11
2007	5	0	5
2008	4	3	7
2009	5	6	11
2010	9	3	12
Total	46	18	64

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del SIGDP

Art. 350. La pena será presidio mayor en su grado mínimo cuando el que abandona es alguno de los relacionados en el artículo 347.

Art. 351. Si del abandono en un lugar solitario resultaren lesiones graves o la muerte del niño, se impondrá al que lo ejecuta la pena de presidio mayor en su grado medio, cuando fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo precedente, y la de presidio mayor en su grado mínimo en el caso contrario”.

³⁴ Los penalistas chilenos critican la ubicación sistemática dada por el legislador penal, puesto que se trataría de un delito contra las personas. Así, Politoff/Matus/Ramírez señalan que el bien jurídico protegido por estas figuras penales es la vida y la salud de las personas, mientras que Garrido Montt, lo ubica en los delitos de peligro contra las personas. Vid. POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago 2004, p. 157 y GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Tomo III. Parte especial*, Santiago, 2005, p. 235.

³⁵ GARRIDO MONTT, Mario, (n. 34), p. 238.

³⁶ POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, (n. 34), p. 159.

³⁷ Respecto de este último caso, Etcheberry tiene opinión en contra de la absolución a esta mujer, por tratarse de un abandono realizado en un lugar distinto a una casa de expositos. Vid. ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho penal en la jurisprudencia*, Santiago, 1987, tomo IV, p. 449.

Como vemos, el delito de abandono de menores es, por un lado, un delito en cuya descripción se manifiesta el orden esperado para una “buena mujer chilena”, es decir, conforme a ciertos patrones culturales que la ubican como principal responsable del cuidado de los hijos y, por otro lado, en su aplicación y persecución se observa que los operadores tienden a criminalizarlas de manera preferente, por considerar que esa obligación les corresponde por el solo hecho de ser mujeres.

El ideario de la “mujer buena” (y madre) y el abandono de menores en la sentencia del Tribunal Oral de Arica

Como hemos visto, el ideario de la mujer tradicional “buena madre” se encuentra presente en la legislación y también en la forma en que los operadores de justicia se enfrentan a aquellos casos en que se ponen en jaque – precisamente - los roles asignados tradicionalmente por el sexo de la persona juzgada. Entonces, si el Estado se encuentra obligado a realizar acciones destinadas a eliminar esos patrones culturales, tendremos que concluir, necesariamente, que el estado debería promover cambios legislativos y en la cultura jurídica de los operadores del sistema de justicia en la materia, so pena de responder por las consecuencias internas e internacionales que de ese incumplimiento se generen.

Estos prejuicios sobre el rol de la mujer fueron utilizados ampliamente por los fiscales del Ministerio Público y por el TOP de la ciudad de Arica en sus dos sentencias. Respecto de la primera de ellas³⁸, de 15 de abril de 2010, el fiscal en su acusación y alegato de apertura hizo notar lo siguiente: “... el delito es de rara ocurrencia y menos que sea la propia madre la que abandone a su hijo. La acusada no cumplió con su deber de garante y colocó a su hijo en una situación de desamparo, al dejarlo en un lugar solitario. La acusada no cumplió con su deber de garante y colocó a su hijo en una situación de desamparo, al dejarlo en un lugar solitario. En el mes de julio de 2007 llegó a la estancia Caicone, con su hijo menor de edad, donde es visto por última vez con vida. Luego que desaparece todas las diligencias para buscarlos son dificultadas por su propia madre. Así el cadáver es hallado en diciembre de 2008 lo que explica la presentación de dos acusaciones. Acotó que se debe poner atención a cuatro puntos: el lugar donde se desarrollan los hechos, la conducta de la acusada, la calidad de la víctima y las circunstancias de su muerte. La defensa planteará que se está frente a un lamentable accidente, pero no es así, aquí hay un hecho doloso”³⁹.

Por su parte, el TOP usó los mencionados estereotipos de género en el noveno considerando de la sentencia de 15 de abril de 2010, cuando señala: “... estos sentenciadores pueden dar por acreditada una conducta anómala para una madre, independiente de su origen étnico, puesto que los propios peritos de la defensa, el Sr. Alejandro Supanta Cayo y la Sra. Inés Flores Huanca al referirse a las diversas conductas que dentro de la comunidad son aceptables, en nada difiere en este punto con cualquier otra cultura, esto es, el cuidado que una madre debe brindar a sus hijos, y si bien es posible aceptar que la forma que ancestralmente la comunidad se ha dedicado al pastoreo, permiten sostener que es algo cotidiano que los niños desde pequeños son enseñados en las labores de pastoreo, es la conducta errática de la acusada asumida desde el momento que se acerca a realizar su denuncia, la que no es congruente con su conducta posterior, especialmente la de cambiar lugares, involucrar a otras personas, designar evidencias que sabía falsas, incluso aceptar dar muerte a su hijo. Esta conducta a juicio de estos sentenciadores permiten restarle toda verosimilitud a su versión de extravío...”⁴⁰.

A mayor abundamiento, en la sentencia del TOP de Arica⁴¹ de 11 de octubre de 2010, dictada como consecuencia de la declaración de nulidad de la primera sentencia por parte

³⁸ Este Tribunal estuvo integrado por tres jueces hombres.

³⁹ Esta frase se extrae del considerando 4° de la sentencia del TOP de Arica RUC 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 15 de abril de 2010. El destacado es nuestro.

⁴⁰ Considerando 9° de la sentencia del TOP de Arica RUC 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 15 de abril de 2010. El destacado es nuestro.

⁴¹ Este tribunal estuvo integrado por dos jueces hombres y una jueza mujer.

de la Corte de Apelaciones de Arica, se da cuenta de los mismos estereotipos utilizados por quienes están a cargo de actuar en el sistema de justicia. Así, el fiscal señaló en su alegato de apertura “... ‘mi hijo es como mi cuerpo, lo que le sucede a él, me sucede a mí’, indicando que esa es una frase aimara traducida, y ella muestra el sentimiento transcultural de una madre con su hijo. A continuación agrega, que la acusada llevó a su hijo a Caicone regresando a Alcérreca sin él, dando cuenta de la pérdida del niño 28 horas después, entregando una serie de datos que sólo tenían por objeto distraer a la policía, explica que había un conocimiento de la imputada respecto del peligro concreto; que ella generó la muerte del niño en las condiciones más duras; que acreditará la intencionalidad y el dolo de parte de la acusada. Recalcará que la muerte se produjo por el abandono en condiciones geográficas especiales; también acreditará el perfil de la acusada. Sabe que la defensa planteará que se trató de un hecho accidental en el desarrollo de las costumbres aimaras, entre las que no está el abandonar un hijo; que probará que no se trató de un accidente”⁴².

En la misma línea, el TOP en la citada sentencia de octubre al referirse a las consecuencias del “abandono”, establece: “Es ese el sentido de la carga de los niños en el aguayo; la protección, el cuidado por la prole, el mismo que tiene la tradición oral del cuidado la que Isabel Flores, una pastora relató, manifestando que su madre siempre le decía que los niños pegados con ella, porque había leyendas de niños perdidos, de esta forma de las madres a las hijas se les traspassa el conocimiento de los cuidados que se deben tener con los niños, este es el mismo sentido que tienen las leyendas de los niños perdidos (del duende que llora, que señaló Supanta y que corresponde a un niño perdido) estas leyendas corresponden a cultura popular, por medio de la cual les enseña a los pastores y se les advierte de la existencia de peligros en esta actividad... en este contexto Gabriela pudo hipotéticamente representarse que si los animales quedaban atrás podían perderse o ser atacados por un animal feroz, pues bien, usando esta misma lógica estos magistrados no logran entender como Gabriela en su posición de garante, de madre indígena conocedora de los peligros no se representó que la pérdida o el ataque de un animal feroz podía acontecerle a su hijo, una criatura con menos herramientas que cualquier animal altiplánico frente al frío, al hambre, al ataque de los depredadores o a las inclemencias del clima. De esta forma, si el peligro que asechaba al animal al que fue a buscar Gabriela era el frío o la noche ninguno de estos peligros era mortal para un animal del altiplano, si para Domingo a quien dejó abandonado cuando según ella optó por el animal; actitud que no cuadra con los usos y costumbres del pastoreo en el altiplano”⁴³.

Si se observa con cuidado, en estos extractos el estereotipo sobre lo que se espera de una “buena mujer-madre” no sólo es usado por los operadores para atribuir responsabilidad a una persona, en cuanto parte de la prueba de unos de los elementos del delito imputado (el “abandono”), sino también para restarle verosimilitud a los dichos de la imputada, lo que intensifica la infracción al principio de igualdad.

También es posible observar en las sentencias una construcción de la posición de garante sobre la base de la obligación de Gabriela B.B. de comportarse como una “buena madre chilena”, olvidando que ella no participa de los patrones culturales “chilenos” por pertenecer a la etnia aimara y, por otro lado, que la obligación del cuidado de los niños no debe estar impuesta preferentemente a las madres, sino que por igual a ambos padres.

Sobre esto último, hago notar que el padre del niño, Eloy G. C., participó como testigo en la investigación penal a pesar de no haberlo reconocido como hijo, ni menos haber contribuido a su manutención.

⁴² Considerando 4° de la sentencia del TOP de Arica RUC 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 11 de octubre de 2010. El destacado es nuestro.

⁴³ Considerando 11° de la sentencia del TOP de Arica RUC 0710014873-5 y RIT N° 221-2009, de 11 de octubre de 2010. El destacado es nuestro.

Excurso: ¿es legítimo y jurídicamente aceptable fundamentar una sentencia en un prejuicio de sexo?

Uno de los pilares de la estructura judicial es la obligación de la judicatura de fundamentar sus resoluciones⁴⁴, pues constituye un elemento de los derechos al debido proceso y a la defensa jurídica⁴⁵. Entre los fundamentos de esta exigencia se destaca el que se trata de la única forma de realizar un adecuado control sobre el razonamiento de los jueces⁴⁶; permite lograr el convencimiento de las partes, al eliminar la sensación de arbitrariedad y la efectividad de los recursos; y pone de manifiesto la vinculación del juez a la ley.

Es por ello que el CPP chileno establece en los Arts. 297 y 342 que las sentencias deben ser fundadas tanto en los hechos como en el derecho, lo que se traduce en la exposición razonada que hace el juez de los razonamientos usados por éste para acoger una u otra postura de las partes, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de manera que en caso de incumplimiento es posible interponer un recurso de nulidad en contra de ella, conforme lo preceptúa el Art. 374 letra e) del mismo Código⁴⁷.

En consecuencia, si lo que se predica es que las discriminaciones por causa de género están prohibidas en el derecho chileno, no debería permitirse que los jueces puedan fundar una sentencia en premisas basadas en estereotipos patriarcales sobre los roles de hombres y mujeres en la sociedad, porque con ello no sólo se vulneran los derechos fundamentales de igualdad, debido proceso y a la defensa, sino también lo estatuido a propósito de la valoración de la prueba en el sistema penal.

Conclusiones

La inclusión del enfoque de género en el Derecho es un imperativo, no sólo porque contribuye a satisfacer estándares de igualdad entre hombres y mujeres impuesto en la Constitución y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sino también porque la participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz, tal como lo declara en su preámbulo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas.

⁴⁴ Aunque el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución señala que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe *fundarse* en un proceso previo legalmente tramitado”, nuestra doctrina constitucional no ha incluido como significado de la palabra “fundarse” como una obligación de motivar sentencias.

En lo relativo a la tutela en tratados internacionales sobre derechos humanos, ver BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, pp. 558-559 y, especialmente, nota 4 de la p. 559.

En relación al origen histórico de la exigencia de la motivación o fundamentación de las sentencias, Vid. BRAVO LIRA, Bernardino, “Bello y la judicatura. La codificación procesal”, en *Andrés Bello y el derecho*, Santiago, 1982, pp. 119-160 y “Los comienzos de la codificación en Chile: la codificación procesal”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N°9, 1983, pp. 191-210; HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° VII, 1982, pp. 131-173; y MERELLO ARECCO, Ítalo, “La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° VIII, 1983, pp. 71-98.

⁴⁵ Vid. CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, 1998, p. 341, nota 1106; BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, José, (n. 44), pp. 560-562; BERTOLINO, Pedro J., *El debido proceso penal*, La Plata, 1986, p. 127; y ÁBALOS, Raúl W., *Derecho procesal penal*, Santiago, 1993, T. III, p. 370.

⁴⁶ Al respecto, Vid. lo señalado en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto de Código Procesal Penal: “*En el proyecto, el legislador deja plena libertad al juez y el control se realiza por el tribunal superior sobre la base de la fundamentación, que es muy estricta y que se lleva a cabo en la sentencia*”. En el mismo sentido el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado: “*...la obligación de fundamentación de la sentencia, que es el mecanismo de control interno de la sentencia, porque el tribunal deberá expresar claramente en el fallo los elementos que consideró para formar su convicción, los cuales, con la excepción de la prueba anticipada, solamente podrán basarse en pruebas rendidas durante la audiencia del juicio oral. Es decir, se consagraba la libertad para apreciar la prueba, pero justificándose su razonamiento, de manera de poder controlarla*”.

⁴⁷ HORVITZ LENNON, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*, T. II, Santiago, 2004, pp. 332-336.

Incorporar el enfoque de género en el Derecho penal implica que tanto jueces, fiscales y defensores debemos darnos cuenta que en la construcción de los casos no estamos ajenos al mantenimiento de patrones culturales androcéntricos, tanto en sesgos encontrados en la legislación misma, como en la forma en la que entendemos el contenido normativo de los tipos penales, considerando a las mujeres más “reproductoras y guardadoras de la familia”, que como personas y titulares de derechos y obligaciones idénticas a aquellos que gozan los hombres.

El hecho que las mujeres seamos las que soportamos el cuidado de los niños de manera preferente, implica una gran desigualdad en la persecución del delito de abandono de menores. Esta concepción sobre los “deberes” de las mujeres respecto del cuidado de ciertas personas, hace que cuando estemos en presencia de aquellas mujeres que no han seguido ese patrón de conducta por la razón que sea, sean tratadas de manera más desfavorable que aquellas que sí siguen ese modelo.

Finalmente, esta desigualdad estructural podría hacer aplicable al caso de las mujeres sancionadas por razón de género la teoría de imputabilidad de Bustos Ramírez, quien critica la opinión general sobre la materia por cuanto se basa en un entendimiento puramente individual de la imputabilidad y olvida los problemas de accesibilidad normativa de aquellos que experimentan situaciones de marginalidad social o que, lisa y llanamente, no participan de la racionalidad hegemónica del Estado⁴⁸, de manera que la colectividad no puede “exigir” al individuo motivarse por las normas (modelo de inimputabilidad basado en la idea de inexigibilidad), existiendo incluso corresponsabilidad del Estado si no se proporcionaron los medios al sujeto para participar en los bienes sociales y en la internalización (comunicativa) de los valores hegemónicos⁴⁹. Si es que es el Estado el que está obligado a generar condiciones de igualdad entre mujeres y hombres por el cuidado de los hijos y no ha generado las condiciones para que estas asimetrías desaparezcan, ¿está legitimado para imputarles un delito que se genera por las deudas que el Estado tiene con la igualdad de género?

⁴⁸ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1989, pp. 309 y ss.

⁴⁹ HORWITZ LENNON, María Inés, “El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno”, en *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2007*, Santiago, 2008.