

Enseñanza del derecho en Chile y enfoque de género: Una necesidad urgente.

Legal education in Chile and gender: An urgent need.

Mirna Villegas Díaz

Resumen

La forma de enseñar el derecho incide directamente en la forma en la que los operadores actúan en el sistema jurídico, acarreado como consecuencia discriminaciones -conscientes o inconscientes- contra la mujer. La neutralidad de género en el lenguaje jurídico, así como la ausencia de explicaciones relativas a la fuerte incidencia del derecho en las relaciones de poder desiguales que envuelve su concepto contribuyen a la inexistencia de relaciones sociales más solidarias y equitativas que puedan plasmarse en leyes justas.

Palabras claves: enseñanza del derecho – género y derecho- mallas curriculares – género y derecho penal.

Abstract

The way of teaching the law directly affects the way in which the operators act in the legal system, bringing as a result, conscious or unconscious discrimination “against women. Gender neutrality in legal language, and the absence of explanations for the high incidence of law in unequal power relationships surrounding their concept contributes to the lack of social solidarity and equity that can be translated into just laws.

Key words: legal education - gender and right-curricula - gender and criminal law.

I. Consideraciones generales

Muchas veces al examinar sentencias, resoluciones o actuaciones de los operadores del sistema jurídico que resultan discriminatorias para la mujer, pensamos que el sistema es injusto, o peor, tal vez ni siquiera nos percatemos de que tal actuación es discriminatoria. Y es que la enseñanza tradicional del derecho, bajo el amparo de la neutralidad y una interpretación homogeneizante del principio de igualdad encubre el dominio de lo masculino quedando ignorada la diferencia de género (Baratta, 2000). Como se intentará demostrar a los largo de este artículo la forma de enseñar el derecho en las escuelas directa o indirectamente, reproduce los esquemas de subordinación, exclusión y discriminación de género (Tamés), reafirmando los roles tradicionales de lo masculino y femenino, generando relaciones de poder desiguales y reproduciendo un proceso de socialización de género en el cual muchas mujeres terminan masculinizadas.

No debe olvidarse que gran parte de violaciones a principios de igualdad y de no discriminación tienen un sustrato cultural y legal (Tamés), de manera tal que es sumamente importante que en la enseñanza del derecho se contemple de forma obligatoria -a lo menos- el derecho internacional de los derechos humanos, incluidos los de la mujer. Solo en la medida que los futuros operadores del sistema aprendan y aprehendan los derechos humanos de la mujer, podremos ver relaciones humanas y leyes más equitativas, solidarias y justas.

II. Normativa Internacional de derechos de la mujer, Constitución y Leyes de educación vigentes en Chile

El Estado de Chile ha ratificado Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”², los que se entienden incorporados a nuestro ordenamiento jurídico vía art. 5 inciso 2 de la Constitución pasando a formar parte del bloque de constitucionalidad de derechos humanos cuya concreción máxima se encuentran en el art. 19 (garantías constitucionales).

A esta normativa debemos agregar el mandato del constituyente en las Bases de la Institucionalidad: Es deber del Estado procurar la integración armónica de todos los sectores y crear condiciones que permitan el mayor desarrollo integral de las personas.

Sin embargo, poco es lo que encontramos en Educación sobre cumplimiento a las obligaciones que nos imponen los tratados internacionales. Mas bien el Estado chileno tiene una enorme deuda respecto a la incorporación de la perspectiva de género tanto en la educación parvularia, básica, secundaria como superior.

La Ley General de Educación³, que regula la enseñanza parvularia, básica y media, y que vino a reemplazar en parte a la Ley Orgánica General de Enseñanza (LOCE) contiene alusiones expresas al género en algunas de sus normas⁴. Sin embargo, no hay norma expresa en la ley que incorpore en la enseñanza el enfoque de género, salvo que se desprenda del art. 5, norma heredada de la LOCE y que veremos a continuación a propósito de la educación superior.

1 Ratificado por Chile en 1989

2 Ratificado por Chile en 1996, promulgada y publicada en 1998.

3 Ley 20.370 de 12-sept. 2009

4 Arts. 4, 5 y 11.

En la Educación Superior, sigue vigente la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, con su texto refundido⁵, observándose alusiones al género expresas en el art. 4 que consagra el derecho a la educación, en el que se señala expresamente que: “Es deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas, de género o territoriales, entre otras” y en el art. 11 para garantizar la no discriminación por causa de embarazo y maternidad, circunstancias que no pueden constituir impedimentos para ingresar y permanecer en establecimientos de educación de cualquier nivel.

No hay tampoco alusiones expresas a la incorporación de la perspectiva de género en la enseñanza superior. Sin embargo puede desprenderse tal obligación del art. 5 de la ley, en cuanto señala que “Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar la probidad, el desarrollo de la educación en todos los niveles y modalidades y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz y de la no discriminación arbitraria...y la diversidad cultural de la Nación”.

Pero el panorama en la realidad es desolador pues mientras la enseñanza de la perspectiva de género se observa transversalmente en mallas curriculares de carreras de las ciencias sociales⁶ y en menor medida en las humanidades⁷, hay ausencia casi total en las mallas curriculares de carreras científicas o relacionadas con el área salud, salvo en cuanto se relacione con el embarazo o la maternidad. En la carrera de derecho no deja de ser paradójico que siendo el derecho la forma de regular los comportamientos humanos, se prescinda en sus mallas curriculares de la enseñanza de las distintas clases de comportamientos humanos en función del género.

III. Insumos para un diagnóstico

En los párrafos que siguen se intenta forjar algunas preguntas que pueden servir como insumos para un diagnóstico, como primer paso en una investigación exploratoria. Se ha tomado como punto de referencia para el examen de las mallas curriculares la carrera de derecho que se imparte en la Universidad Central de Chile, tanto en sus estudios de pre como de postgrado, con algunas alusiones a otras universidades vía comparación en algunos puntos.

III. a Malla curricular de la Licenciatura en Derecho

Una de las cuestiones que mas llama la atención en el espectro docente de las facultades de derecho es el desconocimiento generalizado sobre normativa internacional de derechos humanos de la mujer, salvo contadas excepciones. En verdad es complejo que alguien afín al derecho privado o comercial, tributario, etc. tenga un conocimiento acabado sobre derechos humanos en general, así es que poca es la esperanza que queda en cuanto a que maneje ciertos elementos básicos para incorporar la perspectiva de género. No es culpa del/ la docente, sino del sistema mismo de educación en derecho que muestra carencias respecto de planes educativos (formales e informales) que incluyan la enseñanza de derechos humanos con perspectiva de género (Tamés, p.402). Tampoco se enseña teoría de género. Dificilmente se puede enseñar lo que no nos han enseñado.

5 Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE, Decreto con Fuerza de Ley 2 de 02-07-2010 regula la enseñanza básica, media y superior.

6 Psicología, Sociología, Antropología, Educación.

7 Historia

Algunas facultades de derecho han incorporado -desde hace unos pocos años atrás- en su malla curricular un curso electivo de género y derecho⁸, curso que suele ser semestral, y por ende insuficiente para abordar la multiplicidad de temáticas en las que el género está envuelto. Y es que cuando uno se pone los “anteojos del género” para mirar el derecho, se da cuenta que éste lo atraviesa por completo, y comienza a “ver” lo que antes no veía (Facio, 1999). Un curso semestral ayuda al estudiante a formarse una “impresión” de lo que el derecho ha significado para las mujeres, mas no alcanza a aprehender los contenidos.

La neutralidad de género en el lenguaje es otro de los factores que contribuyen a mantener la ignorancia sobre este enfoque, al mismo tiempo que contribuye a una aplicación del derecho discriminatoria sobre la base de interpretaciones marcadamente exegéticas, que de acuerdo a lo que se nos enseña aparecen como “ajustadas” a los principios de legalidad e igualdad. Otra consecuencia de esta neutralidad es la masculinización de la profesión.

Miremos por ejemplo la asignatura de *Introducción al Derecho*, esto es, el primer acercamiento que el estudiante tiene con las normas. En esta asignatura se explica la finalidad de las normas como protección de ciertos valores, las relaciones entre el lenguaje y el derecho, las características distintivas del razonamiento jurídico según las diversas doctrinas, la función jurisdiccional y sus problemas de aplicación. En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCEN esta asignatura está circunscrita al derecho privado, nominándose “Introducción al derecho civil”. En su programa se indican como objetivos, entre otros:

1. “Comprender el derecho en tanto fenómeno sociocultural desde un punto de vista epistemológico, histórico, filosófico y sistémico. Así como una aproximación prolegómana especial al ramo troncal de la carrera Derecho Civil”.
2. “Contribuye de modo directo e inmediato en el área de dominio relacionado con la comprensión del Derecho en tanto ciencia social...”.
3. Entrega los conceptos, principios generales, instituciones, y preceptos básicos que constituyan la plataforma fundacional de las diversas ramas y especialidades del derecho”.

Si en esta asignatura es donde el alumno tiene que comprender el derecho en tanto fenómeno sociocultural, ¿por qué no se incorpora la comprensión cultural de un mundo dividido en masculino y femenino? Si la asignatura enseña el contenido axiológico de la protección de las normas ¿por qué no se enseñan las implicaciones del dominio de un género sobre otro en la construcción del andamiaje jurídico? ¿Se toca lo concerniente a la neutralidad en el lenguaje y sus implicancias para el género?

El programa de la asignatura de Derecho Político indica que es la “*Puerta de entrada al estudio del Derecho Público que lo acompañará (al alumno) como sustento teórico en sus estudios de Derecho Constitucional I y II, de Derecho internacional Público...*”, consiste en “un proceso de reflexión sistemático en torno a los aspectos mas cruciales del fenómeno del poder político” y “contribuye de manera directa e inmediata en el área de dominio relacionado con la comprensión del derecho en tanto ciencia social desde un punto de vista histórico, sistémico, filosófico desde el instante en que cuestiona los fundamentos del poder a la luz del pensamiento filosófico y la forma en que éste se ha institucionalizado...”.

Nos preguntamos, ¿se incluye el estudio de las relaciones de poder que están envueltas en el concepto de género? Si estudia al derecho en cuanto ciencia social, y las ciencias sociales incorporan transversalmente la perspectiva de género, ¿por que no incluye en su programa la teoría de género?

8 Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

En la malla curricular de *Derecho Constitucional* se estudian como contenidos los “Valores y principios del ordenamiento institucional chileno. Bases de la institucionalidad” y la “Soberanía y límites de su ejercicio. Art. 5 inciso 2”. ¿Se tratan en clases los tratados internacionales protectores sobre derechos humanos de la mujer al enseñar los límites al ejercicio de la soberanía?, ¿o se mencionan los clásicos tratados internacionales de derechos humanos, Convención americana, Declaración Universal, pacto de Derechos civiles y políticos? ¿Cómo se enseña el principio de igualdad ante la ley?

Paradójicamente siendo el *Derecho Privado* una de las áreas en la que mayormente puede advertirse la diferencia de género, no se menciona en ningún programa. Cuando se enseña el concepto de persona natural, se trata al ser humano como sujeto de derecho, sin mencionar el género ni las diferencias existentes (Der. Civil I). Cuando se enseña Derecho de Familia (Der. Civil VI) no se menciona el género a pesar de que su normativa incide fuertemente en la mujer. ¿Habría algún análisis crítico relativo al influjo del Derecho canónico y los roles asignados al hombre y a la mujer dentro del matrimonio y la familia? La heterosexualidad está naturalizada y entonces las el matrimonio (en otros países) o las uniones de hecho entre homosexuales, o bien se omiten o se tratan de manera casi anecdótica, no hay un cuestionamiento a la ausencia de regulación, por ejemplo, del régimen patrimonial en esta clase de regulaciones. Simplemente se dice: eso no existe.

Al tratar las asignaturas de *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, ¿se explicará en qué consiste la división sexual del trabajo? ¿se dice que es un concepto anacrónico ocultando nuevamente la diferencia de género?; ¿hay un análisis crítico sobre la situación de trabajadoras de casa particular o simplemente se explica en que consisten su jornada y salarios?, ¿se examinan políticas públicas tendientes a evitar la carga exclusiva de las mujeres al trabajo de cuidado familiar?; ¿se aborda con análisis crítico la discriminación de mujeres en edad fértil en sistemas privados de salud (isapres)?, ¿se explica adecuadamente la menor protección de la mujer en el sistema previsional AFPs?, ¿se habla de feminización de la Pobreza?, ¿hay discusión sobre la precariedad de las condiciones de trabajo para muchas mujeres?, ¿por ejemplo las trabajadoras temporeras?

La enseñanza del *Derecho Penal y la Criminología* se caracterizan por la neutralidad de género en el lenguaje -a veces incluso se torna sexista, especialmente cuando se tratan los delitos sexuales- así como por una suerte de masculinización en la interpretación del principio de igualdad.

Poco o nada se enseñan las implicancias que respecto de algunos fenómenos delictuales o tipos penales tienen los derechos humanos de la mujer, como por ejemplo, relacionar el concepto de violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) con delitos de parricidio, delitos contra la libertad sexual, aborto, amenazas, lesiones, entre otros.

Por regla general, cuando se analizan críticamente las instituciones se lo hace desde perspectivas abolicionistas, o minimalistas enfocadas negativamente hacia la seguridad ciudadana, o bien desde la moral, etc., casi nunca desde el género. Por último son inexistentes -salvo honrosas excepciones en criminología- las consideraciones relativas al rol femenino y la Desviación.

III. b Malla cuadrangular en el Postgrado

Si es tiempo lo que falta en cada uno de programas para incorporar adecuadamente la perspectiva de género, la especialización a través de programas de postgrado sería un buen comienzo para paliar esta falencia. Sin embargo las mallas curriculares en general carecen de consideraciones de género. En la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad Central existen cuatro programas de Magister cuya antigüedad va en el orden que sigue:

- a) Magíster en Criminología y pericias en el proceso penal.
- b) Magíster En Derecho Penal. Aspectos Sustantivos y Procedimentales.
- c) Magíster en Derecho: Cultura Constitucional y Derechos Codificados.
- d) Magíster en gestión colaborativa de conflictos: Mediación.

De todos ellos solo en el Programa de magíster en derecho penal se contempla la perspectiva de género de manera transversal, ofreciendo un plus de conocimiento a los alumnos que ha dado muy buenos resultados. En otros la perspectiva de género no se considera⁹, o se considera como módulo aparte en relación con ciertos delitos¹⁰, o simplemente en cuanto presupuesto para la aplicación homogénea de una técnica¹¹.

De todas formas, lo que sucede en los postgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central es absolutamente excepcional en relación a otras Facultades de derecho. Así por ejemplo, en la U. Chile la perspectiva de género se considera:

- a) En programas de diplomados del Centro de derechos Humanos.
- b) En el magíster en derecho penal pero solo como una clase especial de 6 HP. Otros magísteres en derecho penal de otras universidades no la consideran.

IV. Consecuencias: Visión panorámica de lo que sucede en el Sistema Penal

La enseñanza tradicional del derecho carente de consideraciones de género, produce consecuencias no deseadas tanto a nivel legislativo como judicial. Desde reformas de ley propuestas en el Congreso relativas a una mayor protección de la mujer que acaban siendo rechazadas, hasta fallos en los que, en nombre del principio de igualdad, y de interpretaciones marcadamente exegéticas, se llega a situaciones discriminatorias en contra de la mujer. Tomemos como muestra lo que sucede en la justicia penal.

IV.1. En la calificación del delito

1.a Delitos contra la vida y exención de responsabilidad penal: la diferencia de género.

Los parricidios u homicidios sea cual sea el sexo del sujeto activo, por regla general se tratan de la misma forma a la hora de apreciar la concurrencia de elementos del tipo, de circunstancias eximentes o atenuantes. Esto tiene particular importancia cuando se trata de delitos contra la vida en contexto de violencia intrafamiliar (VIF).

Cuando es el hombre el que mata no es inusual encontrar por parte de la defensa argumentos tales como: siempre la golpeaba, no quería matarla, solo que esta vez se excedió en los golpes. En cambio cuando es la mujer quien mata a su agresor, se dice que siempre tuvo dolo de matar, pues casi nunca la mujer mata en el instante mismo en que la agresión se está produciendo, sino que en un momento posterior. Es lógico, no tiene posibilidades de una defensa exitosa mientras el ataque se está produciendo (Larrauri-Verona, 1995). Este es el primer obstáculo para la apreciación de la concurrencia de legítima defensa: la imposibilidad de apreciar una “agresión actual”, pues en el concepto neutral, se considera como tal la que esta produciendo y la inminente (Rioseco, 1999; Villegas, en prensa). Llama la atención que si el secuestrado puede defenderse legítimamente de su secuestrador mientras está cautivo, sobre la base de que la afectación al bien jurídico es permanente, ¿por qué no podría defenderse legítimamente una mujer sometida a malos tratos constates por parte de su pareja?, supuesto que la situación de VIF genera un clima de temor permanente en el que resultan afectadas no solo la integridad física y psicológica de la mujer, sino también su seguridad personal y potencialmente su vida (Larrauri-Verona, 1995).

⁹ Magíster en Derecho: Cultura Constitucional y Derechos Codificados.

¹⁰ Magíster en Criminología y pericias en el proceso penal.

¹¹ Magíster en gestión colaborativa de conflictos: Mediación.

La ausencia de la racionalidad del medio empleado es otro de los argumentos que suele usarse para no aceptar la legítima defensa en mujeres parricidas en contexto de VIF. En estos casos nuevamente la neutralidad de género en el lenguaje y las interpretaciones juega en contra, olvidando que el hombre puede matar con las manos, no así la mujer, por lo que normalmente debe usar otra clase de instrumentos. También la exigencia de requisitos para la concurrencia de la justificante que la ley no exige, como la huida o la denuncia. La parte acusadora normalmente esgrime argumentos tales como que la mujer tenía posibilidades de huir a casa de parientes o de denunciar a la policía antes de llegar al crimen (Larrauri-Verona, 1995), como ha sucedido en nuestros tribunales (Villegas, en prensa):

“la violencia intrafamiliar que la acusada habría sufrido...solo permite presumir que hubo discusiones y agresiones mutuas y quizás golpes que la mujer haya recibido, pero de manera alguna se ha probado una violencia de la gravedad y persistencia que permita suponer la obcecación... y mucho menos si no se... probó, que la acusada haya intentado otras formas de solución del problema, que no la llevaran al crimen como la denuncia de los abusos ante las autoridades, o el abandono del hogar común”¹².

También se suele confundir el elemento subjetivo de la legítima defensa (ánimo de defenderse) con los móviles que pudiera tener la mujer (odio, venganza, resentimiento contra el agresor), lo que es incorrecto desde el punto de vista dogmático incorrecta, pues los móviles para nada afectan la licitud de la defensa.

Menos restrictivos -aunque no laxos- parecen los tribunales al momento de apreciar la concurrencia de causales de no exigibilidad de la conducta, como el miedo insuperable o la fuerza irresistible (vis compulsiva). En tales casos se considera que la situación de VIF produce en la mujer un estado anímico que altera su voluntad, sin embargo no es fácil acreditar su concurrencia, toda vez que los tribunales tienden a caer en inconsistencias como la de confundir el miedo insuperable (art. 10 n°9 del CP) con el trastorno mental transitorio (art. 10 N°1): *“Es un hecho de la causa que la enjuiciada recibía malos tratos físicos y de palabra, de parte de su cónyuge. Sin embargo, no se acreditó suficientemente en el proceso, que tal circunstancia, como tampoco el hecho de ser la encausada de naturaleza depresiva o tener personalidad anormal, ni todas estas situaciones en conjunto, hubiese determinado que actuara, en el momento que acaeció el hecho investigado, totalmente privada de la razón o violentada por una fuerza irresistible o impulsada por un miedo insuperable”¹³* (Villegas, en prensa).

Sin embargo, eximir de responsabilidad a la mujer por haber sido víctima de un miedo insuperable o de una fuerza irresistible es casi tanto como una declaración de que la mujer actuó en un estado de enajenación. ¿Por que su conducta en el mínimo de los casos esta meramente exculpada y no justificada?. Si el Código Penal autoriza en la legítima defensa privilegiada, que una persona pueda incluso matar al ladrón que entra en su casa¹⁴, ¿por qué no podría hacerlo la mujer que vive permanentemente hostigada por un agresor?

12 Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua de 22-11- 2004. Rol 221196.

13 Sentencia Corte Suprema de 15-12-1998, Rol 4021-98 (Valparaíso). Libro de Registro de Sentencias criminales de la Corte Suprema, Diciembre 3-6, 1998.

14 Art. 10 N° 6 inciso 2 CP: Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes (agresión ilegítima, racionalidad del medio empleado y falta de provocación suficiente por parte del que ejerce la defensa), cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1° del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código.

1.b Delitos contra la libertad sexual

La forma en que son entendidas la sexualidad masculina y femenina está inserta en la forma en que los delitos sexuales se encuentran tipificados, exigiéndose agresividad en el hombre (uso de fuerza o intimidación) y de pasividad o recato en la mujer (incapacidad para oponer resistencia, enajenación mental) (Fries- Matus, 1999). De otro lado hay una fuerte presencia masculina en la tipificación del delito de violación-el mas importante- desde que su conducta típica es el “acceso carnal”, encontrándose entonces fuera de dicha figura la penetración con otras partes del cuerpo o con objetos, los que se encuentran tipificados como abusos sexuales agravados y tienen la misma pena que la violación. No es la pena lo que se cuestiona, sino el por qué los delitos sexuales se tipifican considerando que el desvalor del acto mayor en esta clase de delitos es el acceso carnal. Se echa en falta una tipificación más acorde con tratados internacionales, por ejemplo, la conducta de crimen sexual del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el que al tipificar el crimen de violencia sexual lo identifica con toda “invasión que implique penetración”(Villegas, 2007).

La prueba de la violación es compleja, y en tal sentido, las condenas suelen aparecer solo cuando puede probarse físicamente la existencia de violencia física o intimidación, como sucedió en este caso: una mujer de la tercera edad víctima de acceso carnal no consentido por parte de su ex conviviente. No pudo probarse la violación, a juicio de los sentenciadores, porque conforme al examen medico legal no constaba que la mujer hubiera sufrido lesiones en su cuerpo o sus genitales externos “que fueran compatibles con agresión sexual” y que existían lesiones “solo en genitales internos”¹⁵.

Más terrible aun es el caso de menores que han sido víctimas de abusos sexuales, son violadas y terminan embarazadas de sus progenitores biológicos o adoptivos. En tal caso la justicia, cuando esas mujeres llegan a denunciar por violación, normalmente parte de la base de la no credibilidad de la víctima, pues, si ya ha tenido hijos con el imputado, ¿cómo es que puede indicar que no hubo consentimiento? Lidia Casas y Alejandra Mera (2004) reseñan un caso en su texto realmente patético: una menor había sido abusada por su padre reiteradamente durante 4 años, tuvo dos hijos con ella. Al cumplir 18 años la niña denunció por violación. El tribunal estimó que la historia de abuso previa, mas allá de los hechos ocurridos en la última agresión, justificarían que la mujer no estaba en condiciones de oponerse a la relación sexual, y por ende, había prestado su consentimiento¹⁶. Normalmente estos casos terminan siendo enjuiciados como estupro, siendo muy escasas las veces en que llega a condenarse por violación¹⁷.

La idea de restarle importancia en la tipificación y al momento del enjuiciamiento al no consentimiento en la relación sexual, se refleja en la segunda circunstancia del art. 361 CP: “la incapacidad para oponer resistencia”. Nótese que no es incapacidad para oponerse, sino para oponer resistencia, que normalmente se asocia a incapacidad física de resistir (Bullemore- Mackinon, 2000, p.155). De tal suerte que una mujer corpulenta poco y nada podría alegar violación en un tribunal frente a un sujeto que desarmado la agrede sexualmente. Se exige a la mujer una resistencia casi heroica al punto de poner en peligro su vida.

Hay veces en que el consentimiento se presume, sobre la base de prejuicios respecto de la conducta de la víctima. Si la niña se fue voluntariamente a terminar la fiesta con unos amigos a un departamento, probablemente será en extremo complicado alegar violación si fue ultrajada mientras dormía. Esto se nota especialmente cuando la defensa elabora teorías del caso a fin de lograr fallos absolutorios (Casas- Mera, 2004). Así por ejemplo el caso de una menor que fue abusada sexualmente por el conviviente de su madre desde que tenía 4 años, llegando a dar a luz un hijo del agresor cuando tenía 13 años. El único testimonio

15 Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, RIT 13-2003.

16 Tribunal Oral en lo Penal Ovalle (RIT 09-2002).

17 Sentencia Tribunal Oral en Lo Penal La Serena, 13 enero 2004, Rol 101-2003.

respecto de las agresiones sexuales era el de la niña, se demostró en juicio que el bebe era del conviviente de su madre. La defensa señaló “no se sabe qué es primero, si una niña víctima de abuso o una niña que tiene un trastorno de personalidad anterior, y que llega a una relación sexual consentida”¹⁸.

La imposibilidad de apreciar el delito de violación entre cónyuges cuando o ha mediado fuerza o intimidación¹⁹ se intenta justificar en las clases mediante: las dificultades de prueba, los deberes conyugales, la validación del acto sexual por consentimiento posterior de la víctima, etc.

1.c Delitos de aborto.

La discusión sobre el aborto consentido, sea para apoyar su penalización o su despenalización, es orientada por los profesores de derecho penal sobre la base de la discusión sobre el comienzo y fin de la vida, los riesgos para la salud de la madre y/o del feto, la condición social de la mujer, el deber de solidaridad de la mujer para con el feto (Bascuñan, 2004). Se echa en falta que los alumnos puedan tener una visión más rica considerando otros argumentos relacionados con la autonomía de la mujer, su responsabilidad en la maternidad (Pitch, 2003), sus derechos sexuales y reproductivos, y/o la relación entre la prohibición de toda forma de aborto y una forma de violencia contra la mujer perpetrada por el Estado, en relación con la Convención de Belém do Pará.

1.d Lesiones en contexto VIF y malos tratos habituales

Cuando se enseñan los delitos de lesiones escasa es la conexión que se tiene con el género, salvo en cuanto sea para mencionar que en virtud del art. 400 del CP se agravan las lesiones cometidas en contra de la personas señaladas en el art. 5 de la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, y para criticar la norma del art. 494 N°5 del CP que impide al juez calificar como leves las lesiones ejecutadas contra las mismas personas. Normalmente no hay tiempo para enseñar delitos especiales, como los malos tratos habituales, esto trae como consecuencia que cuando el alumno llega como operador al sistema penal, todo lo que traiga aparejado violencia física es reconducido a lesiones, y se reduce el maltrato habitual a la violencia psicológica²⁰ (Corporación Humanas, 2007), olvidando que en todo contexto de VIF puede hablarse de malos tratos psicofísicos, pues casi nunca se trata de sola violencia verbal. Podrá no haber un resultado de lesiones, pero hay a lo menos amenazas y coacciones.

Esta confusión de los operadores se refleja en las estadísticas. En 2009 se registraron 63.267 casos mientras que malos tratos habituales solo 7.484 casos, lo que significa que las lesiones ocuparon el 54,9 % de las denuncias por delitos en contexto VIF, mientras que los malos tratos habituales alcanzaron solo un 6,5%. Durante el primer semestre de 2010 los resultados fueron similares: las lesiones ocupan el primer lugar con 31.839 casos, lo que equivale a un 53.71 %, mientras que los malos tratos habituales alcanzaron solo 4.249 casos equivalentes a 7.17 % de las denuncias²¹.

18 Sentencia Tribunal Oral en Lo Penal La Serena, 13 enero 2004, Rol 101-2003).

19 Art. 369 inc. 4 CP “...En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366 N° 1 en contra de aquél con quien hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas:

1ª Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerados 2º ó 3º del artículo 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.

2ª Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados”.

20 “Lo que pasa es que hay temas prácticos, porque la pena establecida para el maltrato habitual es la misma establecida para, por ejemplo, un delito de lesiones, por lo tanto si el último evento ocurrido es un delito de lesiones, la verdad es que para nosotros es mucho más fácil acreditar un delito de lesiones que un delito de maltrato habitual, y el efecto práctico es el mismo, por lo tanto en ese sentido, si a lo mejor hay diferencias en catalogar un delito de maltrato habitual y se ha tendido a catalogar el maltrato habitual cuando hay solo violencia psicológica o ha habido violencia física pero anterior al periodo que nosotros podemos conocer”.

Entrevista a Fiscal, Pudahuel.

21 Fuente: www.ministeriopublico.cl

Por otra parte, tienden a interpretar la habitualidad como multirreincidencia, pasando por alto que este es un concepto fáctico, de carácter criminológico y no jurídico formal.

IV.2 Al momento de la determinación de la pena: circunstancias modificatorias de responsabilidad penal

Es curioso como los tribunales consideran los celos para dar por configurada la atenuante en la conducta del hombre de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación (Art. 11 N°5 CP), y que por el contrario, no se considere que la violencia vivida por la mujer pueda generar en ella alguna perturbación similar que pudiera llevarla al crimen o a lesionar.

Los celos son despertados en el hombre “a causa “del comportamiento de la mujer, esto es, se traslada la responsabilidad a la mujer de su propia muerte o de sus lesiones. No es infrecuente que cuando una mujer llega denunciando por malos tratos a su pareja, los jueces- también algunas juezas- se digan a sí mismos “algo habrá hecho”. Lo que sucede cuando esa mujer ya no puede defenderse, como sucedió a doña Elba. Tuvo “la mala idea” en algún momento de su vida de serle infiel a su celoso cónyuge, quien además la maltrataba. Como es normal dentro de los ciclos de VIF la pareja volvió a juntarse, pero él jamás volvió a confiar en ella, desarrollando un hábito paranoico que la llevo a darle muerte en una quebrada y a ocultar su cuerpo.

El hombre informo a la familia de su mujer que esta había huido con un amante. Como ella le había sido infiel, su familia también le creyó y no hizo nada para buscarla, más bien confiaban en el sujeto el que hacía viajes fuera del pueblo en búsqueda de la mujer, para dar credibilidad a su coartada. Comenzaron a pasar los años y la mujer no se comunicaba, tampoco para saber de sus hijos, lo que despertó sospechas en su hermana y su prima, quienes a los 4 años de la desaparición interpusieron una denuncia ante la policía por presunta desgracia. Llegaron hasta un programa de televisión que se dedicaba a dar con el paradero de familiares de gente perdida, el sujeto fue a ese programa y ante las cámaras rogó a su mujer que volviera, que “la perdonaba”. Finalmente confesó su crimen y el cuerpo fue encontrado. Se le condenó a la pena de 5 años (6 de libertad vigilada) por el delito de parricidio, reconociéndosele la atenuante de arrebatos u obcecación. Las palabras de la Corte fueron las siguientes:

“Que la paz reposa en la fe, porque necesitamos creer para estar tranquilos. Es por ello que toda forma de traición, en cuanto importa quebrantar dicha fe, suele producir arrebatos y obcecación en el defraudado. Más aún, desde antiguo, la traición -en sus diversas formas-, ha merecido las más altas sanciones, morales y penales, en tanto ataca y corroe los fundamentos mismos de toda Institución. En el caso del matrimonio, la traición se manifiesta -entre otros comportamientos-, en la infidelidad conyugal, cuando alguno de los esposos vulnera las promesas sagradas que se hicieron en forma previa a consentir el vínculo y que constituyen la esencia de éste, introduciendo desconfianza y desazón constante, sin descartar que dicha conducta contenga en sí el mérito suficiente para que las partes den por terminado el contrato que los unió. Así, lo enseña la experiencia. Tal es la infidelidad, al conceptualizarla cual obramos haciendo ejercicio de la abstracción, es decir, sin personificarla en un ser humano concreto. Es por ello que, tomando en parte de los conocimientos y criterios adquiridos por el Juez a lo largo de los años, los que se encuentran depositados en su alma, y comprendiendo desde ya que la carencia de paz puede significar o traducirse -incluso- en horribles acontecimientos, desde el momento que “sin paz no existen decisiones prudentes” en tanto inspiradas en una “reacción que en el sujeto activo del delito tiene por fuente el desequilibrio producido por la traición”²².

22 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de Septiembre de 2007. Rol 2753-2007).

Veamos otro caso: Al imputado R.K. se le suspendió condicionalmente el procedimiento por lesiones menos graves con la prohibición de acercarse a su cónyuge. Un mes después de esta suspensión, el imputado comenzó a incumplir la medida cautelar en reiteradas oportunidades, intentando acometer a la víctima y entrara a su casa y a su auto, de lo cual se dio cuenta al tribunal. Se realizó audiencia de revisión de cautelares reiterando la medida e insistiéndole al sujeto en la prohibición de acercarse. Al día siguiente de esta reiteración, el sujeto prendió fuego al auto de su víctima causando su pérdida total además de daños a tres vehículos pertenecientes a terceros. Fue acusado por los delitos de parricidio tentado, tres desacatos y un incendio.

El Tribunal indicó:

*“que en atención al extracto de filiación y antecedentes del acusado R.K. incorporado por su lectura resumida, donde consta que aquel no cuenta con anotaciones prontuariales por causas pretéritas y tomando en cuenta la alegación fiscal, en cuanto aquel no presentó obstáculo alguno respecto de la minorante alegada por la defensa, habrá de determinarse en virtud de aquellos que la conducta anterior del acusado es exenta de reproches y por consecuencia para los efectos de determinación de la pena, en relación a todos los delitos, que aquel goza de irreprochable conducta anterior...”*²³

Nos han enseñado que la atenuante de irreprochable conducta anterior se prueba mediante la ausencia de anotaciones prontuariales anteriores. Esta interpretación de lo que ha de ser una conducta sin tacha aplicada de manera matemática a todos los casos, produce situaciones como esta en situaciones de VIF pues no se consideran condenas en tribunales de familia, esto refleja la idea que se aprecia en gran parte de los operadores del sistema en torno a que la VIF es un problema de carácter privado y que debería resolverse solo en sede familia.

Estos, entre muchos otros ejemplos.

V. Propuestas de solución

V.1. La experiencia comparada: ILANUD

ILANUD lleva bastante trabajo adelantado en estas materias, y en este punto me gustaría recoger los consejos de Alda Facio, quien realiza una propuesta metodológica para comenzar a incorporar la perspectiva de género en la enseñanza del derecho. Ella elabora una metodología de seis pasos:

Primero: La toma de conciencia de la subordinación del género femenino al masculino (Facio, 1992, p.75).

Segundo: adentrarnos en lo que significa el sexismo y las formas en que se manifiesta a través de la doctrina, principios y fundamentos legales “que excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres” (Facio, 1992, p.77).

Tercero: Identificar, dentro de la multiplicidad de mujeres que existimos, a qué mujer se está refiriendo la ley cuando la contraponen al hombre en cuanto paradigma de ser humano (Facio, 1992, p.95).

23 3º TOP de Stgo, 28 marzo 2007, RIT 17-2007, RUC 0600435442-5.

Cuarto: Identificar el concepto de “mujer” a que se está refiriendo el texto legal, a fin de resolver problemas prácticos de exclusión de la mujer (Facio, 1992, pp.95-96).

Quinto: Analizar el texto legal esclareciendo cual es el contenido y efectos que tendrá en los componentes político-cultural y estructural (Facio, 1992, p.99)²⁴.

Sexto: Colectivizar el análisis a fin de continuar con el proceso de toma de conciencia de las relaciones de poder desiguales que envuelve el género.

En el estadio actual de la educación legal chilena creo que debemos concentrarnos en los dos primeros, partir por una toma de conciencia, que parece ser lo mas difícil, y profundizar en el análisis de lo que es sexismo y de sus manifestaciones en los textos legales y la doctrina.

ILANUD ha realizado importantes aportes para rediseño de mallas curriculares a través de su Programa Mujer, Justicia y Género, entre las cuales me gustaría destacar la “Propuesta curricular para iniciar el proceso de incorporar la perspectiva de género en los cursos de Derecho Penal”, en la que llama la atención la idea de incorporar la perspectiva de género en cada área temática, apuntando no tanto a una modificación de los contenidos tradicionales de los programas, como a la incorporación como bibliografía obligatoria de textos sobre género. Resultan también enriquecedoras la “Propuesta curricular para iniciar el proceso de incorporar la perspectiva de género en los cursos de Derecho Constitucional” y la “Propuesta curricular para iniciar el proceso de incorporar la perspectiva de género en los cursos de Derecho Procesal Penal”.

V.2. Propuestas en postgrado: Magíster en derecho penal Aspectos Sustantivos y Procedimentales como muestra.

El programa tiene como fundamento la incorporación de los derechos humanos en la enseñanza y aplicación del derecho penal. A partir de ahí se estudian las diversas temáticas destacando los avances doctrinarios de la ciencia penal, tanto en los aspectos dogmáticos como sustantivos y procedimentales, enfatizando en aquellos delitos y temáticas que han sido objeto de reformas penales en los últimos diez años, así como también la importancia que ha ido adquiriendo el papel de la mujer en materia penal, ya sea como víctima o autora o partícipe en diversos delitos, considerando que la irrupción, en la esfera pública, de aspectos que antes estaban entregados a la esfera de lo privado (la familia) y los delitos asociados a ellos, exige hoy en día a los operadores del sistema penal contar con las herramientas necesarias para poder interpretar correctamente la legislación penal en cada caso concreto cuando en éste se vean involucradas consideraciones de género.

La malla curricular contempla la enseñanza de aspectos esenciales de profundizar en la Parte General, y de la Parte Especial del Derecho penal²⁵. En ambas partes cuando se ha considerado pertinente se incorpora la perspectiva de género a través de sesiones específicas que se realizan después de las generales. En la tercera parte del programa se tratan los aspectos procesales y procedimentales.

24 Si es una doctrina jurídica, (componente político-cultural) ver cómo o si se ha infiltrado en el componente formal normativo y qué influencia tiene en el estructural, etc. O si es un contexto legal, es decir, si se está partiendo de una realidad concreta de una mujer o un grupo de mujeres, preguntarse cuáles son sus problemas, intereses y necesidades legales y luego ver si éstas se encuentran reflejadas en los componentes²⁵.

25 El programa contempla una primera parte destinada al tratamiento actual de la parte General del Derecho Penal, incluyendo materias relativas a las bases del derecho penal, así como aspectos puntuales de la teoría del delito y que hoy resultan de especial importancia ej: omisión, imputación objetiva, imputación subjetiva. La segunda parte se destina al estudio de la Parte Especial del derecho penal, en la que por supuesto se abordan los delitos tradicionales: delitos contra la vida, vs la integridad física y la propiedad, pero además se han escogido para profundizar aquellos delitos que forman parte de lo que denominamos “problemas actuales del derecho penal” y que surgen o resurgen con fuerza en la sociedad del riesgo. Así, hay módulos especiales para responsabilidad penal juvenil, delitos económicos, pornografía infantil, tráfico de personas, crimen organizado y drogas, delitos contra el medio ambiente, delitos informáticos, delitos de terrorismo.

Así por ejemplo se contemplan las siguientes clases específicas para tratar perspectiva de género en: política criminal, causales de Justificación y de inexigibilidad, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, delitos contra la vida, delitos contra la integridad física: lesiones, maltrato habitual, delitos sexuales, tráfico de personas, pornografía infantil, proxenetismo Internacional, procedimientos en causas VIF.

Hasta la fecha se han realizado tres versiones, las dos últimas han incorporado la perspectiva de género con bastantes buenos resultados, dado que los estudiantes agradecen esta otra forma de mirada del derecho que se les muestra.

VI. Conclusiones y recomendaciones

El derecho es un instrumento regulador de conductas humanas. La teoría de género debería estar incorporada de manera transversal en la enseñanza del derecho, toda vez que éste es el que regula los comportamientos humanos. No pueden regularse los comportamientos humanos sin conocer sus especificidades.

La reforma debe contemplar el abandono de la neutralidad de género en el lenguaje jurídico y en la interpretación normativa, a fin de evitar discriminaciones contra la mujer (consciente o inconsciente). De esta forma sería posible contribuir al cambio cultural y legislativo en la sociedad, y de paso cumplir con las obligaciones que nos imponen tratados internacionales de derechos humanos.

Tomando la experiencia comparada (Tamés) se recomienda comenzar por realizar talleres con profesoras y profesores de derecho en cada facultad. Entregar bibliografías sobre género y derechos humanos y posibilitar un espacio de discusión en el cual se intercambien ideas relativas a qué áreas del derecho parecen ser las más sensibles a temáticas de género. Promover seminarios y coloquios.

En la malla curricular de pre grado, sería prudente introducir un curso de derechos humanos como asignatura obligatoria, que incluya enseñanza expresa de normativa internacional protectora de derechos de la mujer. Al mismo tiempo comenzar por incorporar un curso electivo sobre género y derecho, o varios cursos electivos especializados en ciertas materias (género y derecho privado; género y derecho laboral; género y derecho penal).

En el postgrado sería prudente promover investigaciones específicas que relacionen el área pertinente de cada programa con género, sexualidad, derechos reproductivos, entre otros.

Bibliografía

- Baratta, Alessandro (2000). El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana, en AA.VV. Las Trampas del poder punitivo, Haydée Birgin (Comp.), Buenos Aires: Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho.
- Bascuñán, Antonio (2004). La licitud del aborto consentido en el derecho chileno. Revista Derecho y Humanidades, Num. 10, pp. 143-181, Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Bullemore, V.- Mackinnon, J. (2005), Curso de Derecho Penal, Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- Casas Becerra, L. - Mera González-Ballesteros, A. (2004), Violencia de Género y Reforma Procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones, Cuadernos de Análisis Jurídico, N°16, Serie Publicaciones Especiales, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención Interamericana para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.
- Corporación Humanas (2007). El derecho a vivir una vida libre de violencia. Análisis de la aplicación del nuevo delito de violencia habitual y su impacto en la protección a las mujeres que la viven. Santiago de Chile: Humanas.
- Facio, Alda. (1992) Cuando el género suena cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal), 1a. ed. San José, C.R.: ILANUD, Disponible en <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos> (fecha consulta: 3 octubre 2010).
- Fries, Lorena- Matus, Verónica (1999). Sexualidad y reproducción, una legislación para el control: el caso chileno , en Género y Derecho. Facio, Alda y Fries, Lorena (Eds.), pp. 687 -706, Santiago de Chile: Editorial LOM, La Morada.
- ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género. Dir. Alda Facio. Disponible en <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos> (fecha consulta: 4 octubre 2010).
- Larrauri, Elena – Verona, Daniel (1995). Violencia Doméstica y Legítima Defensa. Barcelona: EUB.
- Ley 20.066 de octubre de 2005, disponible en www.bcn.cl (fecha consulta: 30 septiembre 2010).
- Ley 20.370 de 12-sept.-2009. disponible en www.bcn.cl (fecha consulta: 30 septiembre 2010).
- Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE, Decreto con Fuerza de Ley 2 de 02-07-2010 regula la enseñanza básica, media y superior. Disponible en www.bcn.cl (fecha consulta: 25 septiembre 2010).
- Pitch, Tamar (2003) Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad, Madrid: Trotta.
- Rioseco, Luz (1999). Culminación de la violencia doméstica: mujeres que asesinan a sus parejas-defensas penales posibles, en Género y Derecho, Facio, Alda- Fries, Lorena (Eds.), pp. 707-735, Santiago de Chile: LOM Ediciones/ La Morada.
- Rodríguez Collao (2000), L. Delitos Sexuales, Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Tamés, Regina. Educación legal con perspectiva de Género. Disponible en [http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro8/19_%20regina_tames.pdf], consultada el 29 septiembre y 4 octubre 2010.
- Villegas Díaz, Myrna. (2007) Consideraciones críticas acerca de la violencia sexual en el derecho penal chileno a la luz del derecho internacional penal y del Estatuto de Roma, en La Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 3ª época, N°1, pp.204 a 222. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile.

Villegas, Myrna (2010), Comentario a Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de Septiembre de 2007. Rol 2753-2007. en Revista de Derecho de Familia, (Norvaldes, Arantxatxu – Barrientos, Javier Eds.) Vol II, pp.210 y ss. Santiago de Chile.

Villegas, Myrna (en prensa). Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad pena, en Revista de Derecho de la Universidad Austral, Num. 2 año 2010, Valdivia: Universidad Austral.