



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

POBREZA Y CRIMINALIDAD FEMENINA
Proposición de una eximente de responsabilidad penal para mujeres que en
situación de pobreza cometen delitos contra la propiedad

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autora:

Nelly Alejandra Tapia Garrido

Profesora Guía:

Rocío Lorca Ferreccio

Santiago, Chile

2020

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
Capítulo I: Pobreza y Responsabilidad Penal.....	5
1. La desigualdad económica en Chile	5
2. Exclusión social y castigo.....	10
3. Legitimidad del castigo	13
4. Una perspectiva socio-criminológica de los delitos contra la propiedad	16
5. Política criminal en Chile	22
5.1. Modelo de seguridad ciudadana y punitivismo	23
5.2. El tratamiento jurídico a la luz de la Agenda Corta Anti Delincuencia.....	27
Capítulo II: Factores socio-culturales que inciden en la criminalidad femenina	31
1. Capitalismo y Patriarcado:.....	33
2. División sexual del trabajo: trabajo invisible	37
2.1. Discriminación hacia la mujer en el trabajo formal	39
3. Feminización de la Pobreza.....	42
4. Sobre la población femenina privada de libertad	44
Capítulo III: Proposición de una causal de justificación o exculpación, en su caso, de la responsabilidad en delitos de robo y hurto contra personas jurídicas, cometidos por mujeres en situación de extrema pobreza	48
1. El estado de necesidad justificante	52
2. El estado de necesidad exculpante.....	55
3. Obrar violentada por una fuerza irresistible o miedo insuperable.....	56
4. Atenuante por eximente incompleta	57
5. Casos que demuestran la necesidad de un giro en la aplicación del derecho penal	58
CONCLUSIONES	64
BIBLIOGRAFÍA	68

RESUMEN O ABSTRACT: La presente memoria tiene como objeto describir críticamente el fenómeno de la criminalidad femenina en los delitos contra la propiedad, en relación a los distintos factores socio-económicos que influyen en el móvil delictivo de la infractora. Se sostiene, por un lado, que no existe la necesaria legitimación estatal para castigar a mujeres que cometen delitos de bajo perjuicio que atenten contra personas jurídicas, y que en situaciones en que la sujeta sufra de extrema vulnerabilidad, debemos repensar el castigo. Por otro lado, al ser fácticamente imposible que exista una abstención a perseguir aquellos hechos punibles, se proponen distintas vías para excluir la responsabilidad penal, o en último caso, atenuarla.

INTRODUCCIÓN

Las mujeres privadas de libertad han aumentado significativamente en el último tiempo, y cabe preguntarse por qué. En comparación a la tasa delictual masculina, los delitos cometidos por mujeres se encuentran en menor proporción¹ y se caracterizan por ser en su gran mayoría no violentos. Esto puede ser -quizás- la respuesta para lo invisible que resulta que las mujeres entren al sistema de justicia penal, pues si bien hay un rico estudio sobre el origen delictual de los hombres, es ingratamente escaso el tratamiento criminológico femenino.

Según se argumenta más adelante, la opresión económica y de género son factores criminógenos, pero ¿es determinante a la hora de la imposición de la pena por un delito contra la propiedad? Evidentemente, la injusticia distributiva no es un elemento a considerar por nuestros magistrados a la hora de evaluar la responsabilidad penal de un sujeto activo, ni menos, es cuestionada la autoridad para imponer eventualmente el castigo. Sin embargo, ha sido propuesto por la doctrina, que la pobreza, sumada a la marginalidad que conlleva, reflejado en las menores posibilidades de acceso al mercado laboral, que además tiene salarios

¹ En 1996 las reclusas no eran más de 300, (y hasta ese año estuvieron a cargo de las Hermanas del Buen Pastor), mientras que en el año 2018, de acuerdo al Boletín de Gendarmería de Chile, las mujeres privadas de libertad alcanzan las 3.331, y los hombres 37.149. FIGUEROA, J. 2008. Mujeres caneras: El lado B del nuevo protagonismo femenino. CIPER, Chile, 12 de Junio. También en: Boletín Estadístico Gendarmería de Chile, Subdirección Técnica N°122 año III, 2019. 2p.

abusivos por parte de los empleadores, su posición de madres y el entorno en el que desenvuelven, son factores desencadenantes a la hora de toma de decisiones en una persona.

De ahí que esta memoria se centra particularmente en la criminalidad de las mujeres y en las causas de su actuar. Con estas reflexiones se proponen distintas vías a través de las cuales es posible eximir de la responsabilidad penal a mujeres en situación de vulnerabilidad económica-social, han cometido robo o hurto contra personas jurídicas. Estas propuestas encuentra fundamento en la pobreza extrema, sus causas y consecuencias, es decir, en la exclusión de la sociedad, de la vida política y de la comunidad, que acaece gracias a la gran desigualdad económica y de género permisible por el Estado, ya que los beneficios y costos que genera la vida en sociedad son cargas que están repartidas de manera desigual e injustamente. Pues mientras unos gozan de los beneficios y/o plusvalía del trabajo de otra persona, los y las restantes, luchan por la subsistencia en un Estado de Derecho Patriarcal, que no garantiza disfrutar de una cuota equitativa en los beneficios económicos y materiales que se producen con la fuerza laboral de todos y todas, ni tampoco garantiza una capacidad justa para adquirirlos.

Una de las razones que motivó la elección de este tema, es visualizar que uno de los principios fundamentales en los que descansa el derecho penal es incumplido en los delitos contra la propiedad, el principio de proporcionalidad de las penas en relación al grado de reprochabilidad de la conducta no tiene mucha congruencia. Otra razón importante que motivó la elección del tema de esta memoria, son las condiciones carcelarias paupérrimas en las que se encuentran las personas privadas de libertad, ya que si la cárcel no cumplirá su cometido es ineficaz sancionar con penas privativas de libertad.

El objetivo de este trabajo es dar a entender que el castigo privativo de libertad es una mala respuesta estatal para mujeres pobres que hurtan o roban especies con fuerza en las cosas a personas jurídicas, porque no se cumplen los fines de la pena, ni tampoco se justifica la misma, ya que es desproporcionada, inútil y ciega de una realidad injusta que oprime a las mujeres más desaventajadas de la sociedad.

El cuerpo de esta memoria se divide en tres capítulos: los dos primeros son descriptivos, y van desde lo general a lo particular. El capítulo I aborda la relación entre pobreza y responsabilidad penal, apuntando a que es la desigualdad e inequidad económica y social, junto a la marginalización de la sociedad, motores de la delincuencia común ante un Estado ausente. En el capítulo II se trata la especial situación de las mujeres pobres que cometen delitos contra personas jurídicas, encontrando como nicho etiológico el fenómeno de la feminización de la pobreza, que es consecuencia de un sistema neoliberal y patriarcal. Así se da paso al tercer y último capítulo que es propositivo, y busca excluir la responsabilidad penal de aquellas mujeres que se encuentran bajo los supuestos trabajados en los dos primeros capítulos.

Capítulo I: Pobreza y Responsabilidad Penal

El primer capítulo aborda la relación entre responsabilidad y pobreza desde lo más general que implica la pobreza hasta llegar a la particularidad del tratamiento normativo de los delitos en cuestión. Primeramente se presenta la configuración histórica de la desigualdad económica en Chile y la inoperatividad de la garantía constitucional de igualdad ante la ley. A continuación se concluye que hay algo más que desigualdad económica en los grupos desaventajados de la sociedad, hay también exclusión social que niega la posibilidad de sentirse parte de una comunidad en la cual poder desenvolverse, dicha exclusión volvería inexigible un buen comportamiento. De esto se sigue un cuestionamiento a la legitimidad que tiene el Estado para castigar a personas desaventajadas, que son excluidas por la sociedad y abandonadas por el Estado a sus expensas para luego exigirles un estándar de conducta que no se condice con la invisibilización de sus problemas de vulnerabilidad socio-económica.

Después desde una óptica mucho más personalizada de la figura de la delincuente, se analizan distintas teorías criminológicas que explicarían los factores que influyen en la conducta desviada, en dicho subcapítulo se pone especial énfasis en la sociología que aborda el fenómeno de la delincuencia en los delitos contra la propiedad en la sociedad capitalista.

Finalmente se describe la política criminal que ha surgido en el último tiempo respecto a los delitos contra la propiedad, concluyendo que el modelo de *securitización* profundiza un sistema penal altamente estigmatizante, que trae como efecto, políticas públicas que son ejemplos de derecho penal del enemigo, como la Agenda Corta Anti-delincuencia. Esta última, trajo modificaciones legislativas muy criticadas, por atentar claramente contra el principio de igualdad ante la ley, socavando en una falta a las garantías penales y procesales, y un gran perjuicio en la determinación de la pena en los delitos que atentan contra la propiedad.

1. La desigualdad económica en Chile

La “igualdad” como meta social interna dentro de un Estado, encuentra su génesis en la declaración de independencia de los Estados Unidos, seguida de la Revolución Francesa en

1789. A partir de entonces, la igualdad entre los ciudadanos de un mismo territorio se consolida como un presupuesto humanitario en las Constituciones de Occidente. De ahí que, nuestro país en la Constitución de 1823, o denominada también “Constitución Moralista”, plasma por primera vez en Chile la igualdad ante la ley como base de la institucionalidad². Asimismo, la actual Carta Fundamental de nuestra República incorpora este principio expresamente; dentro del catálogo de derechos fundamentales del artículo 19, se señala que la Constitución asegura a todas las personas: “2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiado. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.”, también se estipula como Base de la Institucionalidad, en el artículo 1º: “las personas nacen igual en dignidad y derechos”³.

El artículo 5 inciso 2º, establece la denominada “cláusula de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las convenciones, pactos y tratados internacionales que se encuentran ratificados y vigentes⁴. La cláusula de apertura implica un Estado abierto a las normas e instituciones internacionales⁵, en donde se debe interpretar el derecho interno en armonía con el derecho internacional. Es por la consideración anterior que la doctrina latinoamericana ha impulsado la idea de un *ius constitutionale commune*, que aboga por un derecho común entre los países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Este derecho común es un proyecto jurídico, político y cultural que busca sistematizar el material jurídico en principios y normas

² En su Título 1º. De la Nación Chilena y de los Chilenos, artículo 7. “Todo Chileno es igual delante de la ley: puede ser llamado a los empleos con las condiciones que ésta exige...”

³ NOGUEIRA, H. 2006. El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. 13(2): 64

⁴ En este sentido, la igualdad se encuentra garantizada en diversos cuerpos normativos ratificados y vigentes que obligan a nuestro Estado, entre los cuerpos internacionales encontramos la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 1º establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”, y en su artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derechos a la igual protección de la ley”; también tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas que en su artículo 26 regula tal derecho. A nivel regional tenemos la Convención Americana de Derechos Humanos que en el preámbulo obliga a los Estados a respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, nacionalidad, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, y, en el artículo 24 establece la igualdad ante la ley.

⁵ VON BOGDANDY, A. 2014. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. P.9.

básicas sobre derechos humanos⁶, para que se efectúe una aplicación directa por los Estados de la región.

Pero mientras la ley garantiza la igualdad sin distinciones de ninguna clase, la realidad nos muestra que vivimos en una sociedad altamente desigual, y esta lejanía de lo garantizado y lo fáctico, nos lleva a concluir que existe una especie de descontextualización respecto a la situación material o real de la población por parte del legislador (o una mala técnica legislativa, quizás), pues no reconoce las diferencias existentes en la población, lo cual no ayuda a superar la inequidad en sus diversas esferas. Este desconocimiento de las brechas, evita dar un tratamiento diferenciado en atención a una objetiva situación de desigualdad social. Esto no es baladí, así es el Estado Liberal, que por un lado reconoce y garantiza -sólo formalmente- la igualdad entre las personas, pero que ignora las diferencias socioeconómicas. Por esta razón, la lucha por los derechos humanos incluye una obligación evolutiva que compromete a satisfacer el principio de progresividad⁷. Podría esto solucionarse si de verdad se asentara la conceptualización de la igualdad como un derecho relacional⁸, ya que a partir de esta comprensión de la igualdad, el Estado tiene como deber básico y normativo reparar y eliminar las situaciones de desigualdad socio-económica⁹.

Podríamos señalar que el hecho de que no exista tal reconocimiento es fruto de la ingenuidad del legislador y que por ello adopta una técnica legislativa que se aleja de la posibilidad de solucionar los agravios. Sin embargo, esta realidad no es más que el reflejo del paradigma neoliberal que ha hegemonizado el orden económico, ya que esta garantía de igualdad meramente formal le acomoda al capitalismo y sus formas de repartición de la

⁶ Ibid, p.8

⁷ Este principio se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2.1. el cual indica que los Estados adoptaran medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos por el Pacto.

⁸ “En cuanto al concepto de igualdad en la aplicación de la ley. La igualdad, cuya noción clásica se expresa mediante la fórmula *tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual*, es un concepto jurídico y relacional. La amplia aceptación de esta formulación clásica viabiliza y justifica su uso para definir la igualdad en la aplicación de la ley, cuya noción básica se expresa del siguiente modo: *el juzgador debe tratar de la misma manera a lo igual y debe tratar de diversa manera a lo desigual*”. DÍAZ, I. 2012. Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. Revista Ius et Praxis (2): 65.

⁹ SECO, J.M. 2017. De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar. Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos (36): 67-68. [en línea] <<http://hdl.handle.net/10016/26203>> [consulta: 10 septiembre 2020].

riqueza o de las utilidades. Inclusive, podemos observar que una vez que empieza el periodo de postguerra, si bien se reconocen los derechos humanos por vez primera en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toma importante fuerza el capitalismo como tendencia mundial, considerándose el periodo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta la crisis del petróleo en 1973 como la edad de oro del capitalismo, existiendo una gran competencia entre Estados Unidos y la Unión Soviética, razón por la cual se acentúa la idea de un Estado robusto.

Chile no estuvo ajeno a la idea de un Estado robusto. Luego del periodo conocido como “*la cuestión social*”, el diagnóstico fue que la consolidación del capitalismo no mejoró las condiciones de vida de la población, ante lo cual surgen diversos movimientos sociales cuyas demandas sí son escuchadas, y es a partir de la década de 1920 que se empieza a diseñar institucionalmente el Estado, de manera tal que cubriera ciertas necesidades como de vivienda, sanitarias, de educación, protección laboral, o previsión social, lo que implicó un aumento del gasto público en temas sociales, llegando a ocupar el 20% del total del presupuesto fiscal (comparable con el promedio que países de la OECD, Estados Unidos y Japón gastaba en programas sociales)¹⁰. Tal influencia del Estado en la calidad de vida de las personas derivó en un Estado de Bienestar, que comprendió el periodo entre 1924 y 1973. Pero con la llegada de la dictadura el país dio un giro hacia la privatización de los servicios públicos, pues la nueva tendencia era tener un Estado mínimo que permitiera la autorregulación y la apertura del mercado en todo ámbito¹¹.

El crecimiento económico llegó. En el escenario latinoamericano Chile se presenta como un país bastante exitoso entre sus vecinos. Sin embargo, este crecimiento no beneficia a toda la población, más bien la sociedad de clases se marcó con más fuerza, ya que la riqueza generada es cooptada por un grupo reducido, siendo de los países en donde hay una alta concentración de la riqueza, en el año 2017 la CEPAL, de acuerdo a los datos entregados por el Banco Central de Chile revela que el 50% de los hogares tiene sólo un 2,1% de la riqueza neta del país, mientras que el 10% más rico concentraba dos terceras partes, 66,5%, y el 1%

¹⁰ ARELLANO, J. 1988. Políticas sociales y desarrollo: Chile, 1924-1984. Cieplan. P.50. [en línea] <<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3411.html#documentos>> [consulta: 10 septiembre 2020].

¹¹ MAJONE, G., SPINA, A. 1993. El Estado regulador. Gestión y Política Pública 11(2): 201.

más rico el 26,5%¹². Encima, la desigualdad socioeconómica no se limita al ingreso, el acceso al capital y el empleo, sino que abarca los campos de la educación, el poder político y el respeto y dignidad con que son tratadas las personas. Esto afecta en mayor grado a las mujeres, la población rural y de regiones atrasadas, y a personas de diversas minorías¹³. Las distintas expresiones de desigualdad en nuestra sociedad son entonces, permisibles por nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, que apunta a un Estado subsidiario.

Chile es el segundo país con mayor desigualdad dentro de la OCDE, sólo es superado por México. La brecha de ingresos se estima con un índice de Gini¹⁴ de 0,49 en el año 2017, el cual se ha mantenido casi inalterado desde el año 2006, cuando este era un 0,5¹⁵. Mientras que la tasa de pobreza relativa fue de 16,1% en el año 2015. Estas dos cifras son muy altas para los estándares de la OCDE¹⁶. Por lo tanto, es posible plantear que el Estado no se ha hecho cargo de la desigualdad en Chile, siendo legislativamente permisible la injusta distribución de la riqueza, dejando que existan estándares de vida tan disímiles entre las personas que se altera el principio de igualdad, resultando de esto, personas extremadamente pobres y personas extremadamente ricas.

Lo problemático de este asunto no es que comparativamente con otros países estamos mal o bien en cifras, la problematización nace a partir de lo que genera la desigualdad económica, pues va de la mano con la desigualdad social que se expresa en múltiples aristas, como las diferencias educacionales, el acceso a la educación pre-escolar, la segregación residencial, la movilidad, la maternidad adolescente, o la insuficiencia alimentaria, entre otros efectos, pero

¹² CEPAL. 2018. Panorama social de América Latina 2018. Informe anual. p. 62. [en línea] <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/44395-panorama-social-america-latina-2018>> [consulta: 12 septiembre 2020].

¹³ PNUD. 2017. Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile. Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo (PNUD). p.7. [en línea] <<https://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/poverty/desiguales--origenes--cambios-y-desafios-de-la-brecha-social-en-.html>> [consulta: 17 junio 2020].

¹⁴ El coeficiente de Gini es un número entre 0 y 1, en donde 0 se corresponde con la perfecta igualdad (todos tienen los mismos ingresos) y donde el valor 1 se corresponde con la perfecta desigualdad (una persona tiene todos los ingresos y los demás ninguno).

¹⁵ PEREZ, R. y SANDOVAL, D. 2020. La geografía de la desigualdad y del poder. [en línea] CIPER. 26 de enero, 2020. <<https://www.ciperchile.cl/2020/02/26/la-geografia-de-la-desigualdad-y-del-poder/>> [consulta 18 septiembre 2020].

¹⁶ OECD. 2018 Estudios Económicos de la OCDE Chile 2018. p.7. [en línea] <<https://www.oecd.org/economy/surveys/Chile-2018-OECD-economic-survey-Spanish.pdf>> [consulta: 2 marzo 2020].

la consecuencia que más interesa al objeto de este estudio es la delincuencia, ya que una persona en situación de pobreza se puede sentir compelida a delinquir para satisfacer sus necesidades vitales y/o materiales. Es por eso que en los apartados siguientes se observa con mayor detalle la relación entre la pobreza y el delito, y cómo es que un contexto social deteriorado influye en la comisión delictiva, como a su vez en la legitimidad para imponer una sanción a quien se encuentra en una condición defectuosa.

2. Exclusión social y castigo

Como mencionamos en la sección anterior, durante la última dictadura cívico-militar, entre los años 1973-1990, Chile asentó un sistema neoliberal de gobernanza donde su rol principal es de un pretensioso Estado regulador de servicios públicos, como el acceso a agua, luz, telecomunicaciones, o gas; y también de los mercados comunes bajo la libre competencia. Los cambios en materia social fueron bastante abruptos donde la educación, vivienda, salud o sistema pensiones fueron consideradas dentro del mercado.

La planificación territorial no estuvo exenta de cambios ni de ambición, el modelo neoliberal de desarrollo urbano golpeó fuerte a varias regiones, pero principalmente a la Metrópolis chilena. La ciudad fue reorganizada para la renta y el lucro, así, la planificación urbanística literalmente arrancó a las poblaciones para situarlas en las periferias de la ciudad, segregando socialmente a la población. A esto se le conoce como el urbanismo represivo¹⁷, donde la finalidad es segregar residencialmente la ciudad de forma tal que existan barrios para pobres y barrios para ricos.

Esto trajo consigo la concentración espacial de la pobreza, que tiene como consecuencia directa la reducción de oportunidades que tienen los pobres para superar su condición económica. Los principales efectos que se advierten de esta discriminación demográfica son la inasistencia a educación pre-escolar, el retraso escolar, la deserción escolar, la inactividad

¹⁷ VERGARA, F. 2019. El urbanismo represivo de Pinochet: la violenta neoliberalización del espacio en Santiago. En: BOHOSLAVSKY, J., FERNÁNDEZ, K. y SMART, S. (Eds). Complicidad económica con la dictadura chilena: un país desigual a la fuerza. Chile. LOM Ediciones. 335-338pp.

juvenil, el embarazo adolescente, la condición de madre soltera y la salud de la población. Desafortunadamente esto no cambió con el tiempo, expresión de ello es que las políticas de vivienda social siguieron esa misma lógica (de localización de los proyectos de vivienda y selección de los beneficiarios), reuniendo a los pobres homogéneamente en determinados lugares de la ciudad¹⁸.

Lo anterior es muy relevante, la sociedad demográficamente se encuentra dividida en clases, y la calidad de vida cambia abismantemente entre una comuna y otra¹⁹, como también los beneficios y cargas entre los ciudadanos. La relación entre urbanismo y criminología, o entre barrios pobres y alta criminalidad es muy potente para analizar los factores que influyen en la conducta desviada, como veremos más adelante, en los barrios pobres se crean muchas subculturas, que son parte de un todo que es la sociedad, como la subcultura de la pobreza, pero también se forman contra-culturas, que son aquellos grupos en que sus tendencias y valores no van con los hegemónicos de la sociedad, como la contra-cultura del narco o la contra-cultura del hampa. Es por esto que acusamos que el Estado no reduce las brechas sociales, sino más bien ha jugado un rol de cómplice respecto a la desigualdad, y de alguna forma debe hacerse cargo de las consecuencias que de su actuar omisivo se arrastran, ya que la injusticia distributiva, las brechas de género y de clase, la escasez de oportunidades y la segregación residencial son corolario de pobreza, por lo que la opresión económica es un factor criminógeno²⁰.

La pobreza económica y la marginalidad a la que conlleva, se refleja en las menores posibilidades de acceso al mercado laboral y con salarios abusivos por parte de los empleadores. Aquello, sumado al entorno o ambiente en que se desenvuelven dichas personas, son factores importantes a la hora de toma de decisiones de una persona. Y no olvidemos que nuestra racionalidad es limitada por diversas razones, como nuestro contexto, la información y el tiempo que tenemos. Sobre la teoría del comportamiento, la doctrina de que señala que

¹⁸ LARRAGAÑA, O. y SANHUEZA, C. 2008. Las consecuencias de la segregación residencial para los más pobres. Observatorio Económico (19): 2-3. [en línea] < <https://fen.uahurtado.cl/revistas-y-publicaciones/oe/oe-2008/>> [consulta: 15 septiembre 2020].

¹⁹ Ibid. p.2. En la comuna de Vitacura el 58,6% de los hogares son de altos ingresos y el 3,1% pobres, en la comuna de La Pintana 0,5% de los hogares tiene ingresos altos y el 63,8% son pobres.

²⁰ TADROS, V. 2014. Pobreza y Responsabilidad Criminal. Revista Argentina de Teoría Jurídica 15: 96.

actuamos como *homo economicus* ha sido refutada señalando que no somos más que *homo sapiens*²¹ que tomamos decisiones por lo general a corto plazo.

Por lo tanto cabe preguntarse, ¿hasta qué punto podemos exigirle a una persona en situación de extrema pobreza que sea responsable por sus delitos cuando es víctima de opresión socio-económica por culpa de un Estado ausente?. Si incorporamos un par de elementos se hace aún más cuestionable la agencia del sujeto: el delito es contra la propiedad y se comete en contra de personas jurídicas. En una sociedad injusta es altamente probable que dicha apropiación sea con mérito de satisfacer ciertas necesidades, y por otro lado, el daño no lo está soportando una persona natural, es decir, no es un delito violento de alta connotación social. A esta situación específica es a la que esta memoria entrega un argumento crítico ante la imposición del castigo penal, pero cuando lo analizamos con perspectiva de género, no sólo cabe una crítica a este respecto, sino que una solución.

El autor británico Antony Duff abordó la problemática de imponer sanciones penales a quienes son víctimas de extrema pobreza o de exclusión política, y para ello diseñó las “precondiciones de la pena” que permiten que un acusado sea justamente juzgado y condenado. Estas premisas son básicamente condiciones morales que debe cumplir el Estado para exigir obediencia y castigar a un sujeto por sus actos. Así, para que una persona pueda ser juzgada, primero, debe ser un ciudadano responsable, es decir, éste debe poder responder ante algo que hizo por su propia voluntad. En segundo lugar, la autoridad debe gozar del estatus para citarlo a rendir cuentas, esta autoridad se satisface cuando la vida en comunidad realmente existe, ya que el agente respeta los derechos de sus conciudadanos y las leyes porque pertenece a dicho grupo humano que también lo respeta en su dignidad y derechos (la idea de comunidad es una condición para la ley y una pre-condición de la responsabilidad penal), y por último, la persona debe comprender el lenguaje y las normas que se le imputan²².

Hay tres situaciones que para Duff harían excluir el proceso penal de un infractor: “primero, cuando éste se encuentra excluido de participar en la vida política de la comunidad,

²¹ SUNSTEIN, C. y THALER, R. 2008. Un pequeño empujón: el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad. Estados Unidos. Yale University Press. 21p.

²² DUFF, A. 2014. La ley, el lenguaje y la comunidad: Algunas Pre-Condiciones de la Responsabilidad Penal. Revista de Argentina de Teoría Jurídica.15: 228-235.

no teniendo oportunidad real de hacer que se escuche su voz en los foros en los que deciden las leyes y las políticas bajo las cuales les toca vivir, segundo, el infractor se encuentra excluido de gozar una cuota equitativa en los beneficios económicos y materiales que otros gozan, o una capacidad justa de adquirirlos, y tercero, el Estado y sus conciudadanos le han negado el respeto y la preocupación que le deben al infractor en tanto ciudadano”²³. A partir de ello el autor no pretende justificar al infractor ya que su conducta es injusta per sé, sino que se enfoca en el Estado, sosteniendo que la comunidad política carece del estatus necesario para hacer rendir cuentas a los más desaventajados de la sociedad en términos económicos, ya que ha creado las condiciones para que el o la infractora se vean llamados a delinquir.

Es posible plantear que el Estado es hipócrita al concebir y juzgar a las personas pobres responsables de los delitos que cometen contra la propiedad de personas jurídicas, debido a que ha creado los presupuestos para que ciertas personas se sientan atraídas a la comisión de tales delitos, y como en nuestro supuesto, el delito no daña a una persona natural, no hay merecimiento de un castigo, o dicho de otra forma, no se justificaría -desde una perspectiva retribucionista- si es un país altamente injusto, donde no existe la igualdad en lo fáctico. En consecuencia habría una especie de complicidad en los crímenes, en la medida en que la injusticia económica mantiene y crea condiciones criminógenas en las que es mucho más probable la comisión de algunos delitos, y pese a que el Estado sabe que la tasa de criminalidad aumentará en condiciones de desigualdad económica, no sabe que de verdad ocurrirán, por lo que sería un cómplice pero uno más bien uno imprudente ²⁴, y un inductor – en sentido figurado- pues el abandono del Estado hacia la clase más desaventajada de la sociedad induce a las mismas a llevar una vida delictual.

3. Legitimidad del castigo

Desde la perspectiva de las Teorías Contractualistas o de la Voluntad General, el fundamento del Estado de Derecho reside en los derechos de las personas; en palabras de Hobbes “la restricción de la vida en repúblicas es cuidar de su propia preservación y conseguir

²³ GREEN, S. Just Deserts in Unjust Societies. A Case-specific Approach. Editorial Marcial Pons. 15p.

²⁴ TADROS, V. 2014. Pobreza y Responsabilidad Criminal. Revista Argentina de Teoría Jurídica: 96-118.

una vida más dichosa; esto es, arrancarse de esa miserable situación de guerra que se vincula necesariamente (como se ha mostrado) a las pasiones naturales de los hombres cuando no hay poder visible que los mantenga en el temor, o por miedo al castigo atarlos a la realización de sus pactos y a la observación de las leyes (...)”²⁵. Esta teoría política del Estado plantea que los individuos prefieren ceñirse a las leyes para aprovechar de los beneficios de la vida en sociedad, ya que garantiza la libertad, el derecho a la vida y la propiedad privada bajo un plano de igualdad entre los ciudadanos, sin que nadie pueda despojar o negar el acceso a los mismos. Por esta razón el Estado tiene la autoridad legal y moral de imponer un castigo, siendo el único que goza del monopolio de la fuerza para sancionar a quienes trasgreden las leyes de la república, ya que bajo los supuestos de igualdad y libertad de todos sus súbditos, estos no tienen por qué alterar la esfera privada de otro u otra. A partir de esto, se explica la autoridad estatal y el derecho a castigar en relación con la autonomía del sujeto, pues se entiende que la persona en su posición originaria preferiría pactar la convivencia civil en un Estado garante de derechos, antes que vivir en el Estado de Naturaleza donde prima la ley del más fuerte, es así como el estatus para castigar estaría determinada por el interés del individuo de participar de la vida política y los frutos de la misma, pues supone una vida mucho más amigable²⁶.

En abstracto, que el Estado castigue a alguien indica que ese alguien tomó la decisión de ser castigada, ya que, bajo la sociedad que habitamos, consentimos ser castigados y castigadas por quebrantar el pacto social que nos asegura ser libres e iguales. A contrario sensu, si las personas, no gozan de la protección ni de una cuota favorable de los beneficios que se producen en la nación, y sólo son vulneradas y marginadas, siendo claramente tratadas por la sociedad de forma desigual respecto a otras, por ende, no se integra el presupuesto de igualdad, ni de libertad, ni de seguridad, es dable entender que nadie querría consentir un pacto social que suponga desventaja y opresión, entonces no existiría ninguna autoridad legal legítima que se condiga con la autonomía de quien pueda ser castigado. Es decir, ninguna persona en su “posición originaria” -en palabras de John Rawls- decidiría racionalmente

²⁵ HOBBS, T. 1980. *Leviatán*. 2º ed. Madrid, España. Editorial Nacional. 263p.

²⁶ MURPHY, J. 2016. *Marxismo y Retribución*. Revista Argentina de Teoría Jurídica. 17: 6.

someterse a un Estado de Derecho que lejos de garantizar una justa comunidad, permita que unos gocen grandes beneficios a costa la explotación de otros²⁷.

De esta forma, al no existir igualdad material (aunque sí formal), la teoría retribucionista sobre la finalidad de la pena, que señala que se debe castigar con una pena porque estas son una retribución al mal causado por imponer a una víctima una carga injusta²⁸, fracasa, ya que “si bien una teoría puede ser formalmente correcta, puede resultar materialmente incorrecta (...) es parte de aquello a lo que Marx se refería al destacar “la unión entre la teoría y la práctica”²⁹. Esto se produce principalmente por el precario rol social del Estado, el que para algunas personas no es siquiera precario, es inexistente, el Estado se encuentra ausente en la vida de muchas personas que necesitan su protección y ayuda. Pues si se constata que hay personas que se encuentran en una situación de desventaja social o económica, se debe hacer una discriminación positiva y así ayudar más a quienes lo necesiten, para así permitir que se dé un plano de igualdad entre las personas. Desde un punto de vista conceptual de la igualdad ante la ley, existe un mandato de tratar de la misma manera a los iguales y de manera diversa a los desiguales³⁰.

La extrema pobreza y la exclusión social pueden llevar a alguien a creer que buscar por medios ilegales la satisfacción de sus necesidades es la única alternativa que tienen mientras de otra forma no se pueda conseguir lo básico para una vida digna, e inclusive, hay personas que buscan la manera de afectar lo menos posible a la sociedad, como por ejemplo quienes hurtan a personas jurídicas, como el clásico robo hormiga en supermercado o el hurto en tiendas transnacionales del retail, que implican un casi nulo perjuicio económico debido a la gran espalda financiera de aquellas empresas. ¿puede ser esto permitido cuando las personas no son culpables de la miseria que embarga su vida?, la respuesta legalista es que no, que existe un mandato que dice “no robarás”, pero la verdad es que en la sociedad de los riesgos a

²⁷ Ibid. 8p.

²⁸ MATUS, J. y RAMÍREZ, M. 2015. Lecciones de Derecho Penal Chileno: fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo. 3º ed. Chile, Thomson Reuters. 299p.

²⁹ MURPHY, J. Op.Cit. p.13.

³⁰ DÍAZ, I. 2012. Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. Revista Ius et Praxis (2): 41.

veces debemos estar dispuestos a asumir cargas de las cuales no somos los promotores de su existencia.

Inclusive hay casos en los que la pobreza y la exclusión social pueden afectar o suprimir las capacidades volitivas y cognitivas de una persona al punto que ya no puede ser tratada como agente responsable, la privación de medios sociales y económicos puede llegar a empujar a un agente a obrar de manera automática o coaccionada frente a estímulos, haciendo que su acción carezca de voluntariedad mínima para hacerle un reproche de culpabilidad³¹. Esto último desde la perspectiva de la faz interna de quien comete un delito, o en otras palabras, del tipo subjetivo, y es en estos casos mucho más dudable la legitimidad que tiene el Estado para imponer un castigo.

4. Una perspectiva socio-criminológica de los delitos contra la propiedad

A pesar del abundante estudio a lo largo de la historia de las ciencias humanistas, como la sociología, filosofía política, la psicología y la economía -en su aspecto social-, que latamente han abordado los problemas relacionados a la delincuencia, el derecho ha sido reacio a incorporar los estudios de estas materias en la elaboración de un modelo estatal que propenda al bienestar y desarrollo de la población en términos igualitarios, sin más, el espectro de lo jurídico es reconducido y explicado en sí mismo solamente. Sin embargo, la exclusión de las asignaturas que estudian a los individuos y sus relaciones, cobra importancia y se escenifica la ausencia de materias sociales cuando vislumbramos la existencia de un modelo que ignora la desigualdad social. De seguro que si hubiere una visión multidisciplinaria del derecho para su operatividad –y no sólo desde lo jurídico- tendríamos un Estado mucho más precavido, con políticas públicas mucho más asertivas que ataquen los problemas de raíz, dejando de ser el derecho una reproducción del punitivismo como *prima ratio* ante la desobediencia civil, poniendo el foco en las causas más que en los resultados. Es por eso que en esta sección estudiaremos desde la criminología y la sociología la relación entre la pobreza y el delito, con

³¹ LORCA, R. 2012. Pobreza y Responsabilidad Penal. *En*: GARGARELLA, Roberto (coord.). El castigo penal en sociedades desiguales. Argentina, Miño y Dávila Editores: 185.

el objeto de entender a las y los delincuentes, sus razones y motivaciones por las que se origina la conducta desviada.

Pero no sin antes advertir que la criminología ha sido una ciencia históricamente desarrollada por y para hombres, pues la existencia de sesgos androcéntricos ha marcado la forma en que los criminólogos tradicionales establecieron sus teorías y dieron explicación a los distintos fenómenos delictivos. En otras palabras, en materia criminológica se detenta el neologismo *malestream*, ya que desde una perspectiva masculina se asume que las conclusiones a las que llegan los estudiosos son universales a toda la población criminal. Es a partir de la década de los 60' del siglo XX, cuando el movimiento feminista denuncia que la universalidad del modelo masculino y patriarcal distorsiona el análisis de la criminalidad femenina, apuntando a que el sistema jurídico es parte de la estructura de dominación patriarcal dada su organización, formato, lenguaje y castigos, que están situados sólo desde la perspectiva de un género³².

La literatura de la criminología feminista ha destacado que la delincuencia femenina está intrínsecamente relacionada con la socialización, es decir, cómo la infractora se ha desenvuelto en la sociedad³³, esto nos da una respuesta ante los delitos más recurrentes por las mujeres, pues los hechos punibles que les son imputados están directamente relacionados con los papeles atribuidos a la mujer en la sociedad y sus conductas están compelidas por una doble determinación, de género y de clase³⁴.

No obstante lo anterior, analizaremos algunas teorías criminológicas que nos son menester para el estudio de la mujer que comete delitos de apropiación de bienes de personas jurídicas, ya que muchas de ellas nos ilustran y resultan útiles para explicar acerca del móvil que las llevaría a transgredir las normas.

³² FULLER, N. 2008. La perspectiva de género y la criminología: una relación prolífica. *Tabula Rasa*. 97-100 (8): 101. Esta idea también es desarrollada por Catherine Mackinnon en "Hacia una Teoría Feminista del Estado", en los capítulos VIII y XIII del libro.

³³ BUIL, D. 2016. Criminología (II): evolución teórica: pasado, presente y futuro. *Término Crimipedia: Criminología Feminista*: 11.

³⁴ FULLER. Op. Cit, p.104.

La sociología criminológica nos lega un gran aporte, el funcionalismo, que integra diferentes actividades de la vida social en la que todos los factores convergen en un solo sistema en que conviven y se supervaloran unos a otros. Uno de los primeros y principales autores de la dogmática funcionalista es Emile Durkheim, quien de acuerdo con este modelo concibe el crimen como un fenómeno social normal, que cumple una función en el desarrollo de la estructura de la “sociedad orgánica”, siendo estos delitos o crímenes expresión de situaciones de “crisis” y de “anomia”³⁵. Para Durkheim la *anomia* es “por carencia de normas o “anomie” de la desorganización social que se advierte cuando una persona que, por hallarse en situación de “crisis” no es capaz de ejercer un adecuado poder regulador en formas de vivir, jerarquías, niveles de remuneración y formas de satisfacción de las necesidades”, entonces la anomia es una patología psicológica padecida por una persona, pudiendo derivar en anomias permanentes, en donde la crisis se vuelve un estado crónico, causado por la ausencia de control y cuidado del Estado porque prima el dogma del materialismo económico en la operatividad social³⁶.

Los postulados sobre la anomia fueron recogidos por los programas sociales estadounidense para el combate contra la pobreza instaurados por el presidente J. Kennedy, que tuvieron lugar entre 1958 y 1970. En la época eran importantes los aportes de Albert Cohen, y de Robert Merton, este último en su artículo “Estructura social y anomia” reformula la idea de anomia e incorpora la idea de la *tensión social*³⁷, circunscrito en el funcionalismo, precisa que en las estructuras sociales hay dos elementos esenciales: uno, es el conjunto de metas culturales, es decir, los objetivos, propósitos e intereses culturalmente definidos, y el otro es el conjunto de medios institucionalizados para alcanzar tales objetivos, o sea procedimientos lícitos para llegar al primer elemento. De esto se sigue que las conductas desviadas son síntomas de disociación entre las aspiraciones culturales prescritas y los caminos socialmente estructurados para alcanzar dichos propósitos o metas³⁸. El autor ponía énfasis en que las clases sociales más bajas se encontraban en constante tensión, lo que

³⁵ La teoría de la anomia ha sido fruto de estudios importantes por la criminología. El concepto es de origen griego, utilizado por los teólogos para referirse a quienes vivían “sin dios ni ley”. REYES, V. 2008. Anomia y criminalidad: Un recorrido a través del desarrollo conceptual del término Anomia. Estudios Criminológicos. 50(1): 323.

³⁶ GONZÁLEZ, M. 1998. Criminología. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I y II: 281-283.

³⁷ RAMÍREZ, L. 2013. El enfoque anomia-tensión y el estudio del crimen. Sociológica. 28 (78): 42-43.

³⁸ GONZÁLEZ. Op. Cit. p.284-285.

provocaba que la anomia fuera fuente de delitos para poder alcanzar un cierto estándar de vida. Aquella tensión que ocurre con un individuo, puede verse agravada en una mujer, ya que ubicadas en un bajo estrato social, sufriendo la opresión de clase y de género, pueden llegar a desatender las leyes, configurándose el injusto penal como una forma de sortear la vida en un mundo que las pone en constante tensión. Así como todos los individuos pueden sufrir estados de anomia transitorios o permanentes, las mujeres están expuestas a un grado mayor de presión social y pobreza de tiempo, por las labores que son asignadas como conaturales a un solo género, lo que las vuelve doblemente vulnerables de caer en situaciones de anomia y/o tensión social.

Merton, hablaba de la búsqueda del éxito económico en una sociedad materialista y lo conceptualizó en el “sueño americano” o la “*meta mertoniana*”, sin embargo, este autor miraba la población criminal estadounidense donde hay un nivel de organización y perfeccionamiento del delito diferente al que se da en nuestro país. Pero la socióloga Doris Cooper Mayr, en su célebre libro “Criminología y Delincuencia Femenina en Chile”, nos relata el panorama criminológico de Chile, y entre los datos más ilustrativos de nuestra población delictual es que sólo el 18% de los casos internaliza la meta del éxito económico, el resto sólo busca sobrevivir, por lo que denomina la delincuencia chilena como *contracultura subdesarrollada*, ya que no tienen aquella ambición de enriquecerse. Ella también nos reafirma que en Chile se encarcela la pobreza, ya que el 98% de las personas recluidas en cárceles pertenece a la clase baja, en situación de extrema pobreza en muchos casos³⁹.

A partir de los trabajos de investigación y entrevistas, Doris Cooper aborda la tipología del delito en Chile a partir de la criminología de las culturas, subculturas y contraculturas. Una de ellas es la *Teoría de la Subcultura de la Pobreza*, lo que nos dota de un panorama mucho más aterrizado para este estudio. La autora explica cómo la globalización de la economía y de la cultura afecta y sobre determina la delincuencia común y la violencia en las clases más bajas, señalando que ha sido la economía neoliberal la que ha fundido los esfuerzos benefactores del Estado que deja casi totalmente a la deriva a la población de extrema pobreza, descartándose de crear oportunidades similares para todos sus habitantes. Por consiguiente estos

³⁹ COOPER, Doris. 2002. Criminología y Delincuencia Femenina. Santiago, Chile. LOM Ediciones.

procesos de abandono estatal son los que desencadenan la existencia de grupos marcados de la sociedad, como lo son la Subcultura de la Pobreza que es un tipo de subcultura. Lo más negativo de ello, es que a partir de ésta, nacen *contraculturas*, como la “*delincuencia común del hampa*”, esta es una especie de contracultura, la de los ladrones y ladronas de clase baja, personas que cometen delitos contra la propiedad.

Los delitos contra la propiedad, constituyen la mayor parte de la ocupación de una nueva categoría creada por Doris Cooper, llamada la *Economía Contracultural Ilegal Alternativa*, que es el modelo económico al que acceden muchas personas excluidas de la sociedad, adoptando formas de trabajo que son alternativa a la normativa o legal. Es bajo este “tipo de trabajo” que el lumpen-proletariado, las y los marginales, marginalizados y marginalizadas, tienen un reconocimiento social en su grupo humano, que es alternativo y fuera de la ley, pero que les resulta mucho más acogedor que el mercado laboral legal, pues en este espacio tienen roles laborales alternativos que les permiten tener una vida sin tanta escasez y se rodean de personas que valoran lo que hacen. Es justamente la contracultura de los ladrones la más marcada de esta Economía Contracultural Ilegal Alternativa, llevándose la amplia mayoría, el 90% son delitos que atentan contra la propiedad⁴⁰.

Los ladrones y ladronas conforman la denominada *Contracultura del Hampa* y los medios comisivos que utilizan no son tan disímiles, además valoran ciertas conductas y poseen algo así como un Código Ético que los orienta y los pone en distintos niveles, entre los principales principios está “robarle sólo a los ricos” y el “no hacer daño innecesario”⁴¹. La mayoría comienza una vida delictual a temprana edad, siendo los jóvenes que en pandillas poblacionales marginales y marginalizados, protagonizan los ataques delictivos de mayor violencia, siendo normal el actuar bajo los efectos de psicotrópicos⁴². Las metas materiales socio-económicas, que tiene cualquier persona normal, cuando las tiene una que pertenece a una subcultura pueden transformarse en un factor criminógeno, dándose una confrontación

⁴⁰ También hay otras formas de economía ilegal asociada a la supervivencia, como el tráfico de drogas y otros roles relacionadas a estupefacientes, sicarios, prostitución (también prostitución infantil y juvenil), ser vendedor ambulante, piratear propiedad intelectual, etcétera. Es pertinente mencionar que lo dicho en este párrafo sobre la delincuencia común se caracteriza por darse en poblaciones o comunas marginales de zonas urbanas.

⁴¹ Esto es muy útil si pensamos en delitos cometidos contra empresas, ya que en las mujeres es común el delito de robo con fuerza en las cosas y el hurto en tiendas o supermercados, se les llama “mecheras”.

⁴² COOPER. Op. Cit, 485-496pp.

entre las metas culturales y los medios para alcanzarlas. Las subculturas, y más aún las contraculturas, adoptan inclusive un estilo de vida, un lenguaje, y/o un sistema de creencias, como por ejemplo, distorsionar símbolos de la religión, como cuando se encomiendan a la Virgen de Monserrat para que los acompañe en sus andanzas, crean una especie de personificación donde les acomoda dicha representación y no reniegan cometer los delitos, ya que es su forma de “trabajar”.

Cooper concluye que en Chile existen nichos etiológicos, que son problemas sociales graves que pueden ocasionar conflictos asociados, como la comisión de delitos. Entre estos problemas graves se encuentra la pobreza y la extrema pobreza, el machismo patriarcalista y el problema social indígena (por el choque cultural), siendo la delincuencia femenina la que se engloba en los dos primeros nichos etiológicos. En cuanto al primer nicho, la pobreza gesta una motivación a recurrir a la Economía Informal Alternativa Ilegal, y el segundo nicho es producto de la cultura patriarcal que conduce a delitos que son cometidos en contra de las mujeres, como violencia intrafamiliar, la carga laboral temprana en tareas del hogar (trabajo domestico infantil), el síndrome de la mujer golpeada, maltrato psicológico, el maltrato y abuso sexual infantil, violaciones e incestos, el abandono, lesiones, parricidios, infanticidios, o abortos. Estas opresiones sumado a la pobreza, generan una vulnerabilidad social extrema que las relega a un plano donde insertarse en la sociedad y en el mercado laboral les resulta más difícil⁴³, por ello recurren al robo o hurto que les entrega una forma de hacer dinero⁴⁴.

⁴³ SALAS, M. 2005. Estudio Sociológico y Psicosocial de la vida intrapenitenciaria de las reclusas. Memoria para optar al título de Sociólogo. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales. 15p.

⁴⁴ Los principales roles laborales descritos por Cooper son ser asaltante (que es más bien masculino), ser ladrón o ladrona internacional (estos son los económicamente exitosos), las monreras y los monreros (los que ingresan a casas, fábricas y/o tiendas sin moradores), los y las lanzas (con sorpresa o incluso sin que la víctima se dé cuenta), las mecheras y mecheros (puede ser hurto o robo con fuerza en las cosas, es típicamente de las mujeres y se realiza en grandes tiendas comerciales), las mujeres achacadoras (consiste en utilizar el cuerpo como señuelo sexual para después apropiarse de bienes o dinero de las víctimas), el trabajo de toco (consiste en hurtar partes de automóviles), las cuenteras y los cuenteros (contar cuentos o historias falsas en medio de la calle haciendo que la víctima en algún punto le entregue dinero), ladronas y ladrones que realizan el trabajo de descuido (hurtar bienes o dinero ajeno aprovechando el descuido de la víctima, por lo general en terminales de buses, aeropuertos o bancos, tiene gran prestigio entre la contracultura), cogoteras y cogoteros (es una especialidad que se trabaja en la calle y se efectúa al menos entre dos personas con el fin de apropiarse de especies, son los robos con violencia o intimidación) y finalmente están los domésticos y domésticos (son el estrato social más bajo del prestigio contracultural, son despreciados entre su grupo por robar en sus propios barrios, faltando a uno de los principales valores del código ético del hampa). SALAS, M. 2005. Estudio Sociológico y Psicosocial de la vida intrapenitenciaria de las reclusas. Memoria para optar al título de Sociólogo. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales. 21p. Cabe destacar que esta información es del año 2005, hoy puede que

De manera que, la delincuencia común de las mujeres, y en específico la que atenta contra la propiedad, encuentra su fundamento en el rol de género y la situación socio-económica que detenta, ya que más que por ser una clara integrante de la contracultura del hampa, es debido más bien a la cultura patriarcal y la desigualdad económica que las define. Al respecto, Cooper puntualiza que “en Chile, al igual que en otros países latinoamericanos, los delitos femeninos tradicionales se enmarcan en los conflictos propios de la *subcultura femenina* que tienen directa relación con las formas de ejercicio del poder y dominación masculinas en relación al rol de sexo - género femenino, correspondiente tradicionalmente a los roles de madre y esposa o conviviente, y del tipo de interacciones sociales femeninas obligatorias o permitidas, enmarcadas por todas las instituciones sociales, y particularmente por la institución social de la familia tradicional”⁴⁵.

A partir de todo lo anterior, podemos concluir que la delincuencia femenina puede encontrar su origen en variadas teorías criminológicas como la anomia, la teoría de la tensión, la subcultura de la pobreza, y la contracultura del hampa, pero la subcultura femenina, que es expresión del sistema patriarcal, no se restringe sólo a las causas del delito, sino que también a las consecuencias del mismo, pues el *ius puniendi* tiene una visión androcentrista del injusto.

5. Política criminal en Chile

El Estado elige estratégicamente qué bienes jurídicos serán objeto de protección con mayor o menor intensidad, y cuáles serán el conjunto de respuestas para hacer frente a las conductas que considera más reprochables. Para esto puede adoptar medidas sociales, jurídicas e incluso culturales, sin embargo se ha optado por las respuestas jurídicas.

Dada la alta demanda que tiene el Ministerio Público en la persecución penal, se ha adoptado la “Política Nacional de Persecución Penal”, que es una guía de actuación en base a

existan nuevas figuras, como los “motochorros”, que es una nueva forma de delinquir en Chile, donde dos personas arriba de una moto asaltan a un transeúnte.

⁴⁵ COOPER. Op. Cit, 367p.

la priorización, que es entregada por el Fiscal Nacional a los fiscales, y consecuencialmente a las policías, para perseguir con mayor fuerza ciertos delitos que, a consideración del Fiscal Nacional y en virtud de las facultades otorgadas por su respectiva Ley Orgánica Constitucional, son los de mayor interés y debate social. De esta manera se ha puesto el foco en los delitos contra la propiedad, delitos sexuales, de drogas, de torturas, manejo en estado de ebriedad, entre otros⁴⁶.

A pesar de la disminución en la tasa de víctimas respecto a los delitos contra la propiedad⁴⁷, el combate contra los mismos es una de las prioridades en la persecución penal para el Ministerio Público. A partir de la Ley N° 20.861 que Fortalece el Ministerio Público, se reforma la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y se crea el Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos que fortalece la persecución penal mediante tácticas de inteligencia y análisis, siendo una de sus principales funciones, generar información estratégica acerca de los delitos contra la propiedad, por ser considerados de gran connotación social. En resumen, los esfuerzos del aparato punitivo se concentran en estos delitos.

Con el fin de demostrar el ambiente que se ha generado en el último tiempo en el país, se presentan a continuación dos tópicos que engloban lo que últimamente ocurre respecto a estos delitos:

5.1. Modelo de seguridad ciudadana y punitivismo

Observemos lo que ocurre en el plano de las políticas públicas de prevención del delito, es decir, cómo la sociedad y el Estado enfrentan y perciben la delincuencia, y cómo se ha configurado el modelo de seguridad ciudadana como herramienta para mantener la paz y el orden público en un sistema democrático, y si este es activo o reactivo en relación al momento en que se ejercen acciones de control social.

⁴⁶ Ministerio Público de Chile. Política Nacional de Persecución Penal. 30p.

⁴⁷ MORALES, A. 2012. La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. Política criminal. 7(13):128-130.

Dentro de los últimos 20 años, la *seguridad ciudadana* se ha vuelto una de las preocupaciones más importantes para los Estados y su población alrededor del mundo. Es por esto que en el año 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Comisión”), en su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, patentó la necesidad de concebir un concepto unitario por los Estados de la región, para que las medidas que implementasen para alcanzar dicha seguridad resulten ser las correctas y oportunas; define que: *“La seguridad ciudadana es concebida por la Comisión como aquella situación donde las personas pueden vivir libres de las amenazas generadas por la violencia y el delito, a la vez que el Estado tiene las capacidades necesarias para garantizar y proteger los derechos humanos directamente comprometidos frente a las mismas. En la práctica, la seguridad ciudadana, desde un enfoque de los derechos humanos, es una condición donde las personas viven libres de la violencia practicada por actores estatales o no estatales”*⁴⁸.

Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe apuntan a un *modelo de seguridad ciudadana de prevención activa*, en donde la obligación de los Estados miembros, sea crear políticas públicas que garanticen a la población el efectivo ejercicio de los derechos humanos relacionados a la prevención y el control de la violencia y el delito, en el marco de un gobierno democrático, donde primen los consensos políticos y sociales, y a su vez, los órganos encargados de mantener la seguridad ciudadana estén sometidos a mecanismo de control internos y externos para avanzar en la gestión transparente y democrática de los organismos estatales ⁴⁹.

Pero el debate sobre el modelo de seguridad ciudadana no ha sido pacífico, debido a los prejuicios que se han generado en torno al concepto de seguridad como política pública, esto por el uso instrumental que le han dado los sectores políticos tanto de izquierda como de derecha al sistema penal. En Latinoamérica parte de estos prejuicios o temores nacen a partir del papel represivo de las políticas de seguridad interna, que estaban más preocupadas del orden público, poniendo el foco en la seguridad nacional en vez de la seguridad ciudadana,

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2009. Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos. Doc.57. 11p.

⁴⁹ Ibid. 58p.

aquella tendencia fue utilizada por muchos países en la transición a la democracia -llamada Doctrina de la Seguridad Nacional-⁵⁰⁵¹.

Ahora, si nos detenemos en la definición de seguridad ciudadana de la Comisión, un país fracasa toda vez que crea *política criminal preventivo del tipo reactiva*, que es aquella que sólo neutraliza al criminal rigidizando los tipos penales y las sanciones, en vez de neutralizar las raíces del delito (*política criminal preventiva*)⁵². El modelo se vuelve reactivo por la mala utilización del *ius puniendi* que es un instrumento sumamente complejo, cuando se crean políticas públicas oportunistas. En el oportunismo es donde juegan un rol clave los medios de comunicación y la opinión pública, los primeros, gracias a su avidez lucrativa y sesgo ideológico, instauran una dinámica populista y politizada de los problemas que giran en torno al crimen para atraer a la audiencia (ya que es un tema de alta connotación social), esto es caracterizado por desacreditar a los expertos del derecho y ser los políticos los que proponen las soluciones. Los medios de comunicación hacen percibir que la práctica judicial es defectuosa⁵³, como por ejemplo cuando en la televisión abierta o en los periódicos hablan de la “puerta giratoria”, haciendo alusión a que los jueces son poco fiables y ponen en riesgo a la población, esto se refleja en situaciones como cuando no se decretan medidas cautelares más gravosas a un imputado, como la prisión preventiva, o cuando estiman que es apropiado a un caso aplicar el principio de oportunidad o sobreseer una causa.

Todo lo anterior, en adición a la experiencia cotidiana del pueblo, crea una ambiente a la hora de configurar la aplicación y las leyes penales, cómo también las medidas de prevención del crimen, en donde la sugerencia es invertir en las fuerzas de orden y seguridad pública, más que invertir en políticas públicas socializadoras⁵⁴. Es aquí donde entra en juego el populismo

⁵⁰ DAMMERT, L. 2007. Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina. Ecuador. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. 10-11pp.

⁵¹ Cierta desconfianza en el Estado puede ocasionarse en nuestro país, a la falta de justicia transicional a propósito de la impunidad en la violación a los derechos humanos ejecutados durante la dictadura cívico-militar, tampoco hubo un robustecimiento legislativo comprometido con los derechos humanos, ni un ideal de un sistema que propendiera a eliminar la brecha social.

⁵² GONZÁLEZ, M. y PÉREZ, C. 2016. La política criminal y la seguridad ciudadana en Latinoamérica: Apreciaciones actuales. *International e-Journal of Criminal Science*. (10): 8-9.

⁵³ DÍEZ, L. 2004. El nuevo modelo de seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (06-03): 11-12.

⁵⁴ Ya que son las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública las que se hacen cargo -en el mundo de las ideas- de combatir el crimen. Pero aquello no implica combatir las causas del mismo, como lo son la pobreza

penal, pues las fuerzas políticas de todo espectro ideológico, en sus programas de gobierno ven con perentoriedad el problema de la delincuencia, abarcando todo el problema que gira en torno a la seguridad ciudadana, desde la perspectiva distorsionada y aterrada de la realidad que percibe la gente corriente.

El fenómeno de la política criminal reactiva se presenta claramente en nuestro país, es cosa de analizar las altas tasas de victimización versus las reales víctimas. La XVI Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC)⁵⁵ informa acerca de los indicadores de victimización a hogares y victimización personal, la percepción de inseguridad y de exposición frente a los delitos de mayor connotación social⁵⁶. En el año 2018, un 76% creyó que la delincuencia en el país aumentó con respecto al año anterior, en el año 2019 esta cifra alcanzó el 82%, es decir la percepción de inseguridad se incrementó en un 6%. Pero si miramos lo que realmente ocurre, tenemos que la tasa de delitos de los hogares urbanos donde al menos un integrante fue víctima de robo o hurto no aumenta cada vez más. En el 2018 el 25,4% fue víctima de algún delito de connotación social, mientras que en el 2019 esta cifra es de un 23,3%, es decir la variación porcentual respecto al año 2018 es significativamente menor⁵⁷. Esto demuestra que la sensación de inseguridad supera la realidad delictual, pudiendo concluirse de esto que nuestra percepción subjetiva de la inseguridad aumenta con las noticias con que nos nutren los medios de comunicación, cuando la verdad es que no aumenta la delincuencia.

Vivimos en un país con una marcada sociedad de clases, que -como ya se ha visto a lo largo de esta memoria- desemboca en una sociedad estructuralmente desigual, corolario de exclusión social y pobreza extrema. Estratos bajos que son mucho más proclives a la delincuencia común, pues son quienes más frecuentan el derecho penal⁵⁸. De esto se sigue,

multidimensional, la delincuencia juvenil, el consumo problemático de drogas y el estado de necesidad, entre otros factores que influyen en llegar a delinquir.

⁵⁵ Instituto Nacional de Estadísticas Chile. 2020. XI Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC 2019). 9-24p.

⁵⁶ La ENUSC, tiene por delitos de mayor connotación social: robo con violencia e intimidación, robo por sorpresa, robo con fuerza en la vivienda, hurto, lesiones, robo o hurto de vehículo y robo o hurto desde vehículos.

⁵⁷ La encuesta data que todos los delitos de connotación social disminuyeron significativamente respecto al año anterior, desde el año 2018 al 2019.

⁵⁸ GREEN, Stuart P. Merecimiento justo en sociedades injustas: un enfoque basado en casos específicos. Editorial Marcial Pons. 29p.

que ante la imposibilidad de disciplinar, y frente a las escasas políticas bienestaristas que combatan la pobreza, como también la casi inexistente racionalidad asistencialista, aparece con preeminencia una racionalidad sancionatoria por parte del Estado. Así, el derecho penal aparece como el mecanismo por excelencia del control social, encargado de gestionar punitivamente la pobreza a través de grandes campañas de intimidación como la de la “tolerancia cero”⁵⁹. Este afán legislativo que recurre al derecho penal como solución a los problemas sociales, es respaldado por la sensación de miedo y terror creado por un ambiente de inseguridad ciudadana, así, se hacen más expeditos los cambios legislativos, con claros tintes de derecho penal de autor, derecho penal del enemigo, derecho penal de lucha y derecho penal selectivo; que derivan en un sistema penal con ineficientes garantías procesales y penales. A continuación veremos como una de las principales políticas públicas del último tiempo vulnera garantías procesales, el derecho a defensa, y perjudica a los y las imputadas en la determinación de la pena.

5.2. El tratamiento jurídico a la luz de la Agenda Corta Anti Delincuencia

La protección al derecho de propiedad en nuestro país ha sido motor de una de las principales, y más cuestionadas, políticas públicas del ámbito penal en el último tiempo, la Agenda Corta Anti Delincuencia. Tanto las coaliciones políticas de izquierda y de derecha han visto imperiosamente el problema de la delincuencia clásica⁶⁰. El *establishment* político ha centrado sus acciones en dar soluciones de corto plazo en pos de la seguridad ciudadana, ignorando significativamente las raíces del problema que acaecen los delitos contra la propiedad, pero no cualquier delito contra la propiedad privada, pues el endurecimiento del tratamiento penal es sólo para aquellas transgresiones legales cometidas por personas corrientes, a saber, los delitos de cuello blanco, que son los que más perjuicio económico ocasionan⁶¹, no son preocupaciones serias de la agenda legislativa.

⁵⁹ GONZÁLEZ, M. y PÉREZ, C. 2016. La política criminal y la seguridad ciudadana en Latinoamérica: Apreciaciones actuales. *International e-Journal of Criminal Science*. (10): 10.

⁶⁰ DÍEZ, L. 2004. El nuevo modelo de seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (3): 7.

⁶¹ COOPER, Doris. 2002. *Criminología y Delincuencia Femenina*. Santiago, Chile. LOM Ediciones. 481-482p.

Las últimas modificaciones penales están lejos de propender a una agenda de seguridad ciudadana que invierta en mejoras de prevención del delito y en resocialización, medidas que muestran frutos a largo plazo en la reducción de la delincuencia, son ignoradas. En consecuencia, es dable concluir que el modelo de seguridad ciudadana es altamente reactivo: la tendencia político criminal es el punitivismo penal, el enfoque de las políticas públicas es de endurecimiento de las penas y de los procesos, lo que trae como consecuencia inmediata un aumento de condenados y condenadas, ergo, mayor hacinamiento en los recintos penitenciarios, y lo peor, es que no se consigue el supuesto objetivo de disminuir la percepción de desconfianza e inseguridad de la ciudadanía.

La polémica Agenda Corta Anti Delincuencia del año 2016, mediante la Ley N° 20.931 introdujo 53 modificaciones a diversos cuerpos legales, 3 artículos autónomos y 2 disposiciones transitorias. Nos centraremos sólo en aquellas innovaciones que importan a la tesis central de esta memoria, es decir, precisaremos en las reformas a los delitos contra la propiedad que se pueden cometer contra personas jurídicas. Estas nuevas disposiciones y modificaciones de la Agenda Corta son⁶²:

- a) Nuevo artículo 449 del Código Penal que establece un marco penal rígido con efecto extraordinario de la reincidencia, el encabezado de esta disposición fija su ámbito de aplicación, sometiendo a reglas especiales y excepcionales de determinación de penas a los delitos comprendidos en los párrafos anteriores al 5° del Título IX del Libro II, excluyendo la aplicación de las reglas de los artículos 65 a 69 del Código Penal. El objetivo del numeral 1 es que los responsables de dichos delitos (hurtos y robos) reciban la pena prevista por la ley, reduciendo las posibilidades de obtener un beneficio de sustitución o restricción a las penas privativas de libertad de la Ley N° 18.216. Mientras que el objetivo del numeral 2 es que habiendo reincidencia, se excluya el grado mínimo de la pena si es compuesta, o el mínimo si consta de un sólo grado.

⁶² DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Departamento de Estudios Defensoría Nacional. 2016. Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada “Agenda Corta”. 6- 30p.

La Defensoría Penal Pública advierte sobre el problema de constitucionalidad que gira en torno a estas modificaciones, ya que se vulnera la garantía de igualdad ante la ley de la Constitución Política establecido artículo 19 N° 2, al dar un tratamiento distinto a los imputados cuando hay reincidencia respecto a delitos contra la propiedad⁶³, lo que es una clara muestra de derecho penal de autor. Esta norma es bastante polémica en torno al principio de igualdad, pensemos en el autor de un delito mucho más grave como lo es el homicidio que podrá tener una rebaja de la pena gracias al juego de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, mientras que el autor de un hurto simple como el del artículo 446 N° 2, no podrá recibir un castigo menor aunque tenga una atenuante y ningún agravante.

- b) Modificaciones a los artículos 395, 406 y 407 del Código Procesal Penal que rebaja la pena por reconocer los hechos y admitir la responsabilidad para la aplicación del juicio abreviado: con esta modificación, hay dos formas de aplicar el procedimiento abreviado, uno, cuando la pena tope es de 5 años, y dos, a los delitos contemplados en el artículo 449 del Código Penal para un máximo de pena de 10 años. Las modificaciones a estos artículos implican, que el fiscal debe considerar para el cálculo de la pena abstracta las reglas de reincidencia para hacer accesible el juicio abreviado.

Los riesgos que trajo la vigencia de estas modificaciones, es que aumenta la justicia negociada en virtud de juicios abreviados y desmedro de los juicios orales, donde el Ministerio Público debe probar efectivamente todos los hechos. Otro riesgo, es que pueden estar aumentando las condenas a inocentes, por tener un acuerdo que les rebaje la pena antes de enfrentar el juicio oral que puede evacuar una pena mayor –en especial atención al marco rígido del art.449 del Código Penal-.

Otras modificaciones de la Agenda Corta Anti Delincuencia son de carácter procesal, como la ampliación de facultades autónomas a las policías, ampliación de los presupuestos en que se puede dictar orden de detención, ampliación de las hipótesis en que el Ministerio Público puede apelar en el proceso penal, ampliación de técnicas de investigación en ciertos

⁶³ Ibid. 16-21pp.

delitos, modificación al control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal y un nuevo control preventivo de identidad, entre otras.

Pero además de estas innovaciones, tenemos otras normas que implican una vulneración a la igualdad ante la ley, en el sentido de que son previstas sólo para los delitos que analizamos. Una de ellas es el artículo 451 del Código Penal que refiere a la reiteración de hurtos, que toma por base el importe total de los objetos sustraídos para imponer el grado superior del ilícito

Todas estas normas responden a acciones de política criminal que tienen carácter de punitivismo penal, las penas son altas en comparación a los demás delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales. Tal como ya se señaló, estos impulsos legislativos son alarmados por mensajes sensacionalistas de los medios de comunicación y de los discursos políticos, siendo evidente que esas formas no son eficaces, ya que se basan en el temor social y dan respuestas cortoplacistas para contentar a la ciudadanía en vez de enfocar las acciones en prevenir las causas de los delitos. Este fenómeno denominado *securitización* logra que se tomen medidas altamente opresivas en razón de una supuesta protección a la seguridad ciudadana⁶⁴.

Reformas como la que acabamos de analizar conllevan un impacto negativo en la población penitenciaria, debido a la mayor encarcelación por hurtos y robos no violentos, lo que hace aumentar el gasto fiscal y las condiciones carcelarias se vuelven aún más deplorables⁶⁵.

⁶⁴ DAS NEVES, Thereza Cristina Coitinho. 2014. La securitización de la política criminal postmoderna y lineamientos para un proceso de resistencia. Cuadernos de derecho penal (12): 79-96.

⁶⁵ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Departamento de Estudios Defensoría Nacional. 2016. Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada “Agenda Corta”. 20p.

Capítulo II: Factores socio-culturales que inciden en la criminalidad femenina

En el primer capítulo hicimos un análisis general de las causas de la pobreza y las consecuencias de la exclusión social y cómo desencadena en una falta de autoridad e impertinencia del castigo, también se analizó la especial política criminal punitivista en los delitos contra la propiedad. Ahora profundizaremos dicha situación con perspectiva de género para así demostrar que la situación de las mujeres pobres que delinquen es especialmente grave por las razones que se expondrán en este segundo capítulo.

La lucha contra la desigualdad de género es de larga data, y si bien se ha avanzado bastante, aún no es suficiente. En el primer capítulo analizábamos como la garantía de igualdad en términos económicos queda corta por su escrituración y desconocimiento a las diferencias materiales entre individuos. Esto también ocurre en materia de género, la igualdad entre hombres y mujeres no existe fácticamente, como decíamos más arriba, el derecho está escrito por y para hombres cisgénero, lo que es bastante importante ya que el lenguaje que utiliza el derecho crea realidad, y así como existe un desconocimiento de las diferencias para practicar la igualdad en términos generales, también ocurre en materia de género.

El derecho patriarcal y su la relación con la opresión de género ha sido abordado exitosamente por la socióloga feminista, Catherine Mackinnon en su libro “Hacia una Teoría Feminista del Estado”, en el cual plantea que si bien existe una igualdad formal constitucional y legal entre hombres y mujeres, hay una desigualdad evidente entre ambos géneros. Las mujeres deben trabajar más para obtener lo mismo y muchas veces trabajando el doble o incluso el triple que los varones. Además hay un trabajo que es invisible a los ojos de la mayoría de la sociedad y desafortunadamente de las leyes, el trabajo doméstico y de cuidados a niñas, niños y adolescentes, personas enfermas y personas con discapacidad. Este trabajo que es desempeñado principalmente por las actoras de esta sociedad las vuelve a vulnerar, pues extrae el valor que conlleva para cargarlo sobre los hombros de las mujeres como una obligación connatural por su condición de género, así entonces, las mujeres tienen un rol en la sociedad altamente altruista que proviene de la exigencia social de ser una buena mujer, lo que

implica, ser una buena madre, hija, esposa, hermana, amiga, o la figura que sea en su versión femenina.

Todo este trabajo invisible minimiza la posibilidad de la mujer de percibir un capital equiparable al de un hombre, e incluso de tener un trabajo formal bajo las mismas condiciones que él, lo que apunta a que para reducir la tasa de pobreza de las mujeres se necesita afectar la estructura misma de la sociedad que permite su subordinación. Es imprescindible redefinir social y legislativamente el reparto de las obligaciones de mujeres y hombres en exigencias morales igualitarias, ya que la desigualdad se plasma en los salarios, en la asignación de trabajos, en características físicas despreciadas, en ser blanco de violación, del maltrato doméstico, del abuso sexual de niñas y del acoso sexual sistemático. Las mujeres son deshumanizadas a diario, por ejemplo, cuando se les niega el control reproductivo, o cuando son coaccionadas por nacer en cierto núcleo socio-económico a la mercantilización de sus cuerpos, como en la prostitución o incluso la maternidad subrogada, o a tomar el camino de la delincuencia. Estos abusos ocurren en un contexto legal caracterizado históricamente por la privación de derechos civiles, la exclusión de la propiedad y de la vida pública, y la falta de reconocimiento de los daños específicamente sexuales y reproductivos⁶⁶. Por lo tanto, la desigualdad sexual es una institución social y política, siendo deficitario nuestro sistema constitucional garantista⁶⁷. Esto refleja una deuda histórica que tienen los sistemas jurídicos para con la mujer.

Ante esta especial situación de desigualdad, esta memoria busca eximir de responsabilidad penal la conducta desviada de mujeres que en situación de pobreza cometen delitos contra la propiedad, ya que el supuesto de igualdad mediante el cual descansa el deber de respeto no se satisface, entendiendo que el móvil de su actuar es la necesidad o miedo insuperable a sufrir un daño. Es en este sentido, que este capítulo tiene la pretensión de describir cómo y por qué las mujeres sufren una desventaja mayor que los hombres por la imposición de cargas sociales, y cómo es que las mujeres pobres son doblemente vulneradas.

⁶⁶ FEDERICI, S. 2018. El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo. España, Traficante de sueños. 22p.

⁶⁷ MACKINNON, C. 1989. Hacia una teoría feminista del derecho. España, Ediciones Cátedra. 157p.

1. Capitalismo y Patriarcado:

El siglo XXI ha estado marcado por el capitalismo salvaje, asimismo la idea de vivir “como burgueses” se ha transformado con las décadas, y lo que antes se conocía como una gran clase proletaria, hoy la denominación fluctúa entre la llamada clase media y la clase baja. Los tiempos han cambiado y también los usos de la terminología. Sin embargo, los términos que tienen su génesis en los tomos del trascendente libro “El Capital” han sido desarrollados latamente en torno a la economía global, sin lugar a dudas, las teorías marxistas propuestas por Friedrich Engels y Karl Marx fueron reveladoras para el desarrollo de la economía y del capitalismo como estructura característica del occidente y avanzando a pasos agigantados en Oriente. Pero hay algo en estas teorías que ha sido arduamente discutido y criticado por la doctrina marxista feminista, estos grandes pensadores no elaboraron como correspondía - porque no lo visualizaron con la óptica debida- sobre el trabajo reproductivo y menos los alcances de este en el desarrollo de la sociedad capitalista. Para estos autores, el trabajo doméstico era una rama específica de la producción capitalista, que hoy conocemos bajo la denominación de asesoras del hogar, ignorando que el trabajo doméstico se encuentra en una relación simbiótica con el trabajo productivo, y no es un área distinta de producción. Sólo una vez que mujeres comenzaron las revueltas por la visibilización de esta labor en los años 60 del siglo pasado, es que se empieza a teorizar de mejor forma cómo opera el sistema capitalista, tanto en su esfera productiva como reproductiva.

En este primer apartado del segundo capítulo, abordaremos esta problemática de la sociedad –el trabajo reproductivo- desde una crítica feminista hacia el marxismo, en torno a la invisibilización del trabajo reproductivo de la sociedad que trae como consecuencia la feminización de la pobreza. Para esto tenemos como autora central a Silvia Federici, en cuanto ha desarrollado la dogmática feminista acerca de la opresión a la mujer en la sociedad capitalista y su origen.

La autora critica la idea que esbozan algunos marxistas acerca de que el capitalismo viene a asentar la liberación del ser humano, ya que significó todo lo contrario, sobre todo para las mujeres. De acuerdo a Federici, la acumulación originaria del capitalismo comienza en el

siglo XVI en Europa, con la privatización de las tierras mediante cercamientos masivos, la monetización como medio dominante de intercambio de mercancías, la caza de brujas y la devaluación del trabajo femenino, que implicó que el trabajo femenino fuera visualizado como un bien común, en donde todo lo que hacían las mujeres era por amor al arte, por ser buena ama de casa, pero bajo ningún motivo era considerado trabajo. La acumulación originaria no fue sólo la acumulación y concentración de trabajos explotables y capital, fue también una acumulación de diferencias y divisiones dentro de la clase trabajadora, construyéndose jerarquías por clase, por raza, por edad y por género. Otros factores que contribuyeron fue la expropiación de los medios de subsistencia del proletariado, principalmente de sus tierras, también la esclavización de pueblos originarios del “Nuevo Mundo” en América y África.

Pero lo que más marcó la degradación de la mujer y su domesticación, fue la redefinición de lo femenino, que se logró gracias a un intenso proceso de degradación social de las mujeres que implicó su infantilización legal, que involucró que perdieran el derecho a realizar actividades económicas por su cuenta, a contratar por cuenta propia, la negativa a recurrir a la justicia por sí mismas a denunciar abusos sexuales y de todo tipo, se les comienza a asignar un tutor para administrar sus asuntos, y en algunas localidades se le prohibió vivir solas o con otras mujeres. Se construyeron nuevos cánones culturales que maximizaban las diferencias entre hombres y mujeres, resaltando y separando en prototipos lo femenino de lo masculino, a la mujer se le relegó a lo privado, siendo incluso mal visto que anduviese sola en la calle o que visitara otras casas, inclusive cuando era la de sus padres. Las mujeres fueron estigmatizadas, acusadas de ser poco razonables, despilfarradoras, vanidosas y salvajes, pero las categorías de esposa villana, de regañona, de puta, y de bruja, eran el blanco favorito para la subordinación de las mujeres a la autoridad patriarcal. La definición de mujeres como seres demoníacos marcó la era de la “caza de brujas”, donde las mujeres fueron sometidas a prácticas atroces y humillantes que degradaron la identidad social de ellas públicamente⁶⁸. La caza de brujas significó el derrocamiento de su condición de sujetas de derechos. La transición al capitalismo tuvo dos siglos de sistemática devaluación de la condición de mujeres, para

⁶⁸ Algunas de estas prácticas eran: a las “regañonas” se les ponía un bozal con correa y así eran paseadas por las calles, las prostitutas eran azotadas o enjauladas y sometidas a simulacros de ahogamientos, y se instauró la pena de muerte por adulterio.

relegarlas mediante la división sexual del trabajo a la labor reproductiva no remunerada e invisible⁶⁹.

Silvia Federici, afirma que “el análisis que Marx hizo del capitalismo se ha visto lastrado por su incapacidad de concebir el trabajo reproductor de valor de ningún otro modo que no sea la producción de mercancías y su consecuente ceguera sobre la importancia del trabajo no asalariado de las mujeres en el proceso de acumulación capitalista”⁷⁰. Explica que si el marxismo ha de influir en la “lucha anticapitalista del siglo XXI tiene que replantearse la cuestión de la reproducción”⁷¹, ella explica que Marx redujo la reproducción al consumo de mercancías que los trabajadores pueden comprar con sus salarios y al trabajo productivo que esto requiere, pero ignora que la producción mercantil de bienes y servicios es sólo posible gracias al normal desenvolvimiento de los hogares que hace que los trabajadores puedan llegar hábiles a su rubro. Ella evidencia algo patente: el patriarcado y el capitalismo tienen una relación simbiótica, pues es el primero es lo que permite el triunfo del segundo.

En el año 1969, Betsy Warrior, activista por la liberación femenina, escribió en su libro “Houseworker's Handbook” que la producción de trabajo doméstico realizado por mujeres constituía la base de todas las transacciones económicas⁷²; a pesar de que no estaban incluidas en el PIB de sus respectivos países. Desde aquella época se recorre la lucha por la valorización del trabajo doméstico, pidiendo que se cuantifique monetariamente este trabajo como cualquier otra área de producción, para que así se pueda valorar de manera más clara la imprescindible labor de reproducción de la vida. Esta labor es la causa *sine qua non* para el normal desarrollo del día a día, pues es aquella fuerza de trabajo la que posibilita que las familias puedan producir y para poder sustentarse. Pero todo esto se ha ignorado históricamente. El desentendimiento del trabajo reproductivo significa un gran ahorro, o dicho de otro modo, significa un gran empobrecimiento y dependencia de quienes la ejercen. La plusvalía de esta labor es extraída sistemáticamente por un sistema que ignora esta explotación invisible e indispensable, y es tan injusta que no tiene restricción horaria ni etaria.

⁶⁹ FEDERICI, S. 2015. Calibán y la bruja: mujeres, cuerpo y acumulación originaria. 2° ed. Argentina. Tinta Limón. 97-325pp.

⁷⁰FEDERICI, S. 2013. Revolución en punto cero. España, Traficante de Sueños. 154p.

⁷¹ Ibid. 155p.

⁷² WARRIOR, B. y LEGHORN, L. 1975. Houseworker's handbook. 3° ed. Enlarged.

Consideremos lo que ocurre en Chile respecto a este asunto. Para esto contamos afortunadamente con un estudio de Comunidad Mujer, organización sin fines de lucro, experta en temáticas de género dedicada a la promoción de los derechos de las mujeres y que aporta al debate para la implementación de políticas públicas. Esta organización al percatarse en el año 2018 que en Chile nunca se había medido lo que el trabajo doméstico y de cuidado aporta al PIB, decide que por primera vez se haría un estudio para calcular el aporte de este trabajo a la economía del país. Es por esto que crea el Primer Estudio Nacional de Valoración Económica del Trabajo Doméstico y de Cuidado No Remunerado en Chile⁷³, teniendo como conclusión asombrosa que si se le otorgara un precio al valor económico del Trabajo Doméstico y de Cuidado No remunerado, este tendría un PIB de \$204.045 mil millones en el año 2015, es decir, constituiría un 28% más que el PIB corriente en Chile. Y en proporción del PIB ampliado esta labor equivale al 21,8% del total, es decir, muchísimo más que cualquier otro rubro económico, superando la contribución de cualquier otra rama de la actividad económica, partiendo por las principales que tenemos en nuestro país, que son los servicios financieros, la minería y la construcción.

El estudio también revela que esta ocupación supone una carga de trabajo enorme de más de 55 horas semanales, siendo una jornada laboral que no tiene hora de comienzo ni de finalización. Este fenómeno es paradójal, pues mientras el Producto Interno Bruto de un país contabiliza hasta lo que se produce por tráfico de drogas, pero ignora la producción que genera el trabajo doméstico, es decir, omite valorar la creación de todas las fuerzas productivas del mercado, imperceptible por la sociedad y la economía. Es así como el inmenso aporte que realizan en su mayoría mujeres al desarrollo de los países, queda absolutamente desvalorizado, menospreciando la importancia de labores como lavar, cocinar, cuidar a adultos mayores y a niños, niñas y/o adolescentes, personas con discapacidad, educar, mantener la economía del hogar, entre un sinnúmero de otras tareas domésticas, que es a lo que las reproductoras del hogar y de la comunidad dedican gran parte de sus días.

⁷³ COMUNIDAD MUJER. 2019. ¿Cuánto aportamos al PIB? Primer Estudio Nacional de Valoración Económica del Trabajo Doméstico y de Cuidado no Remunerado en Chile. Chile. 66p.

El trabajo reproductivo no está asociado a ningún tipo de reconocimiento ni retribución, tampoco cuentan con un sistema de seguridad social, es decir, es un trabajo extremadamente precarizado. La directora de Comunidad Mujer, en una entrevista al diario La Tercera afirma que “visibilizar este trabajo no es trivial, porque otorgarle un valor monetario no sólo le otorga importancia a esta actividad silenciosa, sino que también permite situar esta categoría en el ámbito de las políticas públicas, especialmente hoy, cuando la discusión gira en torno a las pensiones y a una nueva Constitución”⁷⁴.

2. División sexual del trabajo: trabajo invisible

En el año 2016 fue promulgado por la ex presidenta Michelle Bachelet, el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo, “Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y Trabajadores Domésticos”. Aquel reconoce la contribución significativa de los y las trabajadoras domésticas en la economía mundial, sincerando que ha sido infravalorada y que es sostenido principalmente por mujeres y niñas. Esto es bueno, sobre todo desde una mirada neoliberal del trabajo doméstico, pues se garantiza en un cuerpo internacional de derechos humanos las condiciones que crean un trabajo decente en el marco de lo que denomina el trabajo doméstico. Sin embargo, esta mirada es reduccionista respecto a aquella labor, pues lo define como un trabajo supeditado a una relación de subordinación y dependencia respecto a un empleador, ignorando que este trabajo es realizado en todos los hogares, aún cuando en su gran mayoría no es remunerado. Así que, si bien esto significa un avance para el rubro del trabajo remunerado formalmente, es una muestra de lo que algún día significó para Marx el trabajo reproductivo, una rama más del trabajo asalariado que se ejerce en un hogar que es ajeno o no, pero que se traduce en un salario entregado por un empleador o empleadora y que tiene un horario establecido. En este sentido, los esfuerzos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito del trabajo doméstico es deficiente al ser contrastado con la materialidad empírica del mismo, puesto que no reconoce las tareas que se realizan dentro del hogar y para las personas que componen el grupo familiar, ya que por

⁷⁴ LEIVA, M. 2020. Si se contabilizara, el trabajo doméstico no remunerado aportaría 21,8% al PIB. [en línea] La Tercera en Internet, Chile, 22 de enero, 2020. <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/se-contabilizara-trabajo-domestico-no-remunerado-aportaria-218-al-pib/982359/>> [consulta 2 de marzo 2020]

necesidad hay alguien que las ejecuta, sin tener el privilegio de pagar a una persona por la ejecución de los mismos, estas son en su gran mayoría mujeres que quedan fuera del ámbito de protección por la letra c) del artículo primero del Convenio ya descrito.

Esta idea, de que el proceso de reproducción de la fuerza laboral es parte integrante de la producción de valor y acumulación capitalista, es decir, que la reproducción de esta fuerza laboral queda cubierta por el salario, no reconoce que es necesario un trabajo distinto, una relación y percepción distinta del trabajo de reproducción dentro de la casa, que no sea encausarlo en un salario de otra persona. De esta forma se configura lo que Silvia Federici denomina el “patriarcado del salario”⁷⁵ que es la dependencia al salario masculino que tienen las mujeres que trabajan en su hogar. Sin embargo, es este trabajo doméstico, que se desenvuelve en la casa con la familia el que permite que el trabajador llegue a su lugar de producción. Esto ha sido así porque el trabajo ha sido caracterizado por ser retribuido con un salario, lo que a simple vista puede sonar bien, pero es precisamente esta diferenciación del “salario” es la que origina la invisibilización del trabajo que es realizado por todas aquellas personas que no perciben uno.

En la evolución del capitalismo se nos ofrece el “derecho a trabajar”. En principio una diría que esta consagración es una invitación a dejar de ser oprimida en la esfera de lo privado, pero en realidad, es una invitación a ser doblemente explotada, porque tener un segundo empleo no nos liberará del primero⁷⁶. Silvia asegura que el trabajo doméstico es mucho más que la limpieza de la casa, es también ser la fuente de contención emocional, física y también sexual. Que las labores de reproducción estén relegadas a la mujer como por esencia es propio del patriarcado que nos subordina al ámbito de la esfera privada, la glorificación de la familia identificándola con la figura femenina haciéndonos creer que la única retribución de todo el trabajo que conlleva mantener un hogar es el amor y que ese amor es motor y aceite para que la mujer se desenvuelva en esta área de lo “privado”. Es esencia del capitalismo patriarcal contraponer a lo personal con lo social, la familia a la fábrica, lo privado a lo público, el trabajo productivo al “improductivo”, creando así la división sexual del trabajo, asociando a cada una de las contraposiciones a un género.

⁷⁵ FEDERICI, S. 2018. El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo. España, Traficante de sueños. 17p.

⁷⁶ Ibid. 28p.

Pero Federici no es pacífica respecto a lo anterior, afirma que el capital es el que debe pagar por el trabajo reproductivo, porque gracias a este el capitalismo ha sido tan exitoso. No considera que la lucha por el salario sea la revolución, pero sí que es una estrategia revolucionaria porque socava el rol que nos ha asignado la división capitalista del trabajo y en consecuencia altera las relaciones de poder dentro de la clase trabajadora en términos más favorables para nosotras y para la unidad de clase⁷⁷. El salario para el trabajo doméstico implicaría que su remuneración sería un reconocimiento a su producción, aboliendo la esclavitud en el hogar, que en ausencia de un salario, siempre ha aparecido como si se tratase de un acto de amor.

Así, la remuneración y valorización del trabajo doméstico bien podría entregarnos una respuesta al problema de la situación de pobreza de una familia. El género femenino, que ha sido históricamente quien organiza –al menos en un su mayoría- la reproducción de los hogares con muy escasos recursos, podría recibir una paga por el trabajo efectuado, esto, para muchas familias podría significar salir de la extrema pobreza. Este salario podría ser percibido por cualquier integrante de una familia que demuestre ser el sostén reproductivo del hogar. Por lo tanto, el normal desarrollo de la sociedad cambiaría su perspectiva, el mercado liberal deberá garantizar sueldos decentes para una vida digna, ese ahorro que históricamente había acuñado, hoy sería una inversión para el desarrollo del país. De cierta forma, el Estado crearía condiciones materiales para una sociedad más igualitaria, lo que traería como consecuencia una disminución de la delincuencia; ya que, según argumentaremos en esta tesis, la situación de pobreza actúa como factor criminógeno a la hora de toma de decisiones por un agente racional.

2.1. Discriminación hacia la mujer en el trabajo formal

Las mujeres sufren discriminación laboral y una fuerte carga social por su condición de género, que se agrava cuando se convierte en progenitora. Esta discriminación resulta

⁷⁷ Ibid. 44p.

importante para analizar lo que motiva la conducta delictiva o criminal relativa a la propiedad, en lugar de trabajar en el mercado formal para proveerse de un sustento económico.

Las mujeres son y han sido discriminadas históricamente en el mundo del trabajo por ser potencialmente madres o porque ya lo son, esta vulneración puede darse al postular a un empleo, durante la relación laboral o luego de terminada esta, y no sólo tienen consecuencias negativas en lo material, sino que acarrea consecuencias psicológicas, ya que al percibir la relegación, el autoestima de la persona baja, lo que repercute en su motivación y rendimiento laboral⁷⁸. Es menester considerar también que pese a los esfuerzos por acabar con las diferencias en materia laboral, la brecha salarial entre hombres y mujeres es de un 14 %⁷⁹. Podríamos señalar como conclusión que sólo por la eventual capacidad reproductiva de la mujer, sumado a la división sexual del trabajo que hace que mujeres dispongan de menos tiempo y energía, no se permite una satisfactoria inserción de la mujer al trabajo.

Además de la discriminación laboral, existe un sesgo social originado por la identificación de la mujer con la esfera privada de la sociedad, el hecho de ser una buena madre es parte fundamental de la imagen de la misma, por el resto de las personas, y no se entiende que una mujer pueda ser tan buena trabajadora como buena madre a la vez. En el año 2006 se realizó la Encuesta Nacional Bicentenario UC-Adimark, que nos revela esta gran arista de la cultura patriarcal, exponiendo que, “un 62 por ciento de la población está muy de acuerdo con la afirmación ‘la familia se descuida si la mujer tiene un trabajo a tiempo completo’; un 50 por ciento concuerda con que ‘es mejor para la familia si el hombre trabaja y la mujer se queda en la casa’ y, un 53 por ciento opina que ‘una madre que trabaja no establece una relación igual de cercana con sus hijos como una madre que no trabaja’. Lo interesante es que estas opiniones no se diferencian significativamente entre hombres y mujeres, revelando que estas actitudes son preservadas y perpetuadas también por las valoraciones femeninas”⁸⁰. No obstante ser una encuesta de hace varios años, no deja de sorprender la lógica intuitiva de las

⁷⁸ Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios. 2011. ¿La Maternidad Castigada? Discriminación y Malos Tratos. Aporte al debate (25): 17.

⁷⁹ BARRIGA, F., DURÁN, G., SATO, A. y SÁEZ, B. 2020. No es amor, es trabajo no pagado: Un análisis del trabajo de las mujeres en el Chile actual. Fundación Sol. Chile. 7p.

⁸⁰ URIBE-ECHEVARRÍA, V. 2008. Inequidades de género en el mercado laboral: el rol de la división sexual del trabajo. Cuaderno de Investigación N° 35, División de Estudios, Dirección del Trabajo. Chile: 24.

personas acerca de que la mujer no puede ser buena trabajadora y madre a la vez, lo que evidencia que hay una mayor exigencia social respecto al desempeño de las mujeres, sobre todo respecto al cuidado de niños, niñas y adolescentes.

En definitiva es dable afirmar que las mujeres, en su mayoría madres, pueden sentirse invitadas a tomar la decisión de hacerse de bienes de manera ilícita, pues de forma totalmente autónoma manejan su tiempo, también pueden llegar a adquirir más dinero que ganando un sueldo que resulte insuficiente para cubrir las necesidades básicas de un hogar promedio⁸¹, utilizando menos horas del día y sin estar subordinadas a un empleador formal. Todos los factores mencionados en esta sección hacen posible que una mujer pobre sopesa el delito como una mejor opción para mantenerse y también a su familia, pues los delitos de drogas, el robo y el hurto, permiten conciliar el trabajo reproductivo y el productivo (ilegal), de manera más provechosa que un empleo, ya que en el caso de las mujeres, al tener personas bajo su cuidado, muchas veces no pueden cumplir con un horario de trabajo que les exija salir de su hogar por largas jornadas laborales, y por esto a veces las únicas actividades que pueden realizar son ilícitas, ya que estas sí las pueden realizar de manera más flexible y sin tener que desatender las labores de cuidado con las que cargan.

En Chile, si bien se han impulsado políticas públicas, como el aumento de salas cuna para que la mujer se incorpore de mejor forma en el mundo laboral, esto no ha sido suficiente, y como dice Federici “las guarderías y los jardines de infancia nunca nos han proporcionado tiempo libre, sino que han liberado parte de nuestro tiempo para dedicarlo a más trabajo adicional”⁸².

⁸¹ “es decir, uno que no permite a un trabajador a mantener a una familia de tamaño promedio sobre la línea de la pobreza” en: DESIGUALES Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile. 2017. Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo (PNUD): 23.

⁸² FEDERICI, S. 2018. El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo. España, Traficante de sueños. 32p.

3. Feminización de la Pobreza

La *feminización de la pobreza* es una expresión acuñada en los años 70' en Estados Unidos, para señalar que hay un conjunto de factores sociales dentro de la pobreza que afectan con mayor intensidad a las mujeres, es decir, hay una tendencia de las mujeres o los hogares con jefatura femenina a sufrir de pobreza. Esta agudización de la pobreza en las mujeres radica esencialmente en la invisibilidad del trabajo doméstico, en la disparidad de ingresos, los estereotipos, el doble turno o doble jornada laboral y la brecha salarial, entre otros⁸³.

Resulta que la feminización de la pobreza entendida como el aumento de la pobreza entre las mujeres⁸⁴, es un fenómeno dado por sentado a nivel global hace ya bastante tiempo. En la IV Conferencia de las Naciones Unidas sobre las Mujeres se utilizó el término en diversas oportunidades, y se afirmó que la pobreza afecta principalmente a las mujeres y está directamente relacionado a la falta de oportunidades y exclusión social. En el informe de la Conferencia se propone como un objetivo de los Estados erradicar la feminización de la pobreza, por ser un fenómeno injusto porque las mujeres contribuyen a la economía mediante el trabajo remunerado y no remunerado, y señala que esto se produce por la división sexual del trabajo que hace que las mujeres soporten cargas desproporcionadas en la sociedad⁸⁵. También se afirma que todos los pobres del mundo, el 70% son mujeres⁸⁶.

Nuestro país evidentemente no está exento de la feminización de la pobreza, la Encuesta Caracterización Socioeconómica Nacional del año 2015 arrojó una serie de conclusiones con respecto al género, entre ellas, que el 77% de las familias monoparentales son lideradas por mujeres. De estos hogares con solo una figura paterna o materna, existe una brecha de pobreza de 6,2% según el sexo del jefe de hogar, cuando esta posición es masculina el porcentaje de hogares en situación de pobreza por ingresos es de 7,7, mientras que cuando la jefatura de

⁸³ PEARCE, D. 1978. The feminization of poverty: Women, work and welfare. *Urban and social change review*. 11(1-2): 28-36.

⁸⁴ TORTOSA, J. 2009. Feminización de la pobreza y perspectiva de género. *Revista Internacional de Organizaciones* (3):79.

⁸⁵ Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. 1995. Naciones Unidas. pp.17-20.

⁸⁶ *Ibid.* p.197.

hogar es ejercida por una mujer, esta cifra alcanza el 13,9%⁸⁷. Es decir, las familias “monomarentales” son más proclives a la pobreza.

En este mismo sentido, la Fundación Sol revela que en la ocupación laboral de los hogares con jefatura femenina, sólo un 55,4% de las jefas de hogar se encuentran ocupadas formalmente. Un 41,4% de las jefas de hogar están en inactividad, lo que señala una alerta importante en relación a la capacidad de estos hogares para generar ingresos”, y del universo de personas que se encuentran inactivas por tener que realizar Quehaceres en el hogar, un 96,6% son mujeres y solo un 3,4% hombres⁸⁸.

La falta de oportunidades, de educación y trabajo y cualquier otra forma de exclusión social hacen que sea frecuente que las personas recurran a la delincuencia como medio de sobrevivencia: al verse una persona limitada en sus recursos, robar o hurtar es lo que resulta más rápido para satisfacer ciertas necesidades. Hay varios otros factores sociales que también pueden incidir en una conducta típica, como la desadaptación social, la migración, la administración de justicia, la inseguridad ciudadana, instituciones corruptas, la indiscriminada venta y consumo de drogas, entre un amplio abanico de factores⁸⁹.

Todos estos eventos influyen en una conducta criminal, incluso pudiendo afectar la salud mental de una persona, derivando en depresión, esquizofrenia, insomnio, ansiedad e incluso trastornos obsesivos o impulsivos. Como veíamos con antelación, la criminología sociológica habla de la anomia como desencadenante del delito debido a la falta o incapacidad de la estructura social de proveer a los individuos de medios institucionalizados para lograr metas en la sociedad. De esta forma la anomia implica que el desconocimiento consentido o no de las normas puede orientar a un comportamiento desviado, como caer en la drogadicción, en desórdenes mentales, o cometer un crimen contra la propiedad. Es dable pensar que una persona puede caer en estados de anomia o desesperación económica en periodos de recesión

⁸⁷ Ministerio de Desarrollo Social (Chile). 2017. Informe de análisis de estadísticas para monitoreo de equidad de género, en base a la serie de datos de Encuesta Casen. Chile. 38p.

⁸⁸ BARRIGA, F., DURÁN, G., SATO, A., SÁEZ, B. 2020. No es amor, es trabajo no pagado: Un análisis del trabajo de las mujeres en el Chile actual. Fundación Sol: 9- 28.

⁸⁹ COOPER, D. 2002. Criminología y Delincuencia Femenina. Santiago, Chile. LOM Ediciones. 500p.

económica de su hogar⁹⁰ y cometer delitos para su subsistencia o la de su entorno. Hay que considerar además que las crisis económicas tienen efectos particulares en las mujeres, sobre todo para minorías, migrantes y pobres⁹¹, cuando las oportunidades laborales son escasas o se encuentran suspendidas.

En este capítulo transparentamos lo que hay detrás de eximir sólo a mujeres de su responsabilidad penal en ciertos delitos. Hemos hecho el recorrido configurativo de lo que vuelve especialmente grave la situación de la mujer pobre, exhibiendo uno de los resultados más negativos para las mujeres que nacen a partir de la relación entre el capitalismo y el patriarcado, la feminización de la pobreza, apuntando a que la situación de precariedad y vulnerabilidad social son el origen de la actividad delictual y es por esto que buscamos justificarlos. El castigo penal por delitos contra la propiedad que cometen mujeres en situación de pobreza es injusto, siendo la respuesta estatal de condenas privativas de libertad bastante dañina, y está lejos de ser una solución consecuente y responsable.

4. Sobre la población femenina privada de libertad

Alrededor del mundo ha habido un aumento sostenido en la tasa de encarcelamiento de mujeres, nunca antes en la historia tantas mujeres han estado privadas de libertad, de acuerdo con un informe de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la población femenina reclusa aumentó, en las últimas dos décadas alrededor de un 159%, haciendo hincapié en que esta cifra se incrementó debido a los cambios que han experimentado los procesos judiciales y las prioridades de las políticas públicas referidas al orden público⁹². En Chile entre el año 2009 y 2016, la población femenina reclusa en centros penitenciarios aumentó en 99,1%⁹³.

⁹⁰ HIKAL, W. Criminología sociológica. [en línea] Derecho y Cambio Social. 31 de marzo, 2012. <https://www.researchgate.net/publication/335172211_Criminologia_sociologica> [consulta: 29 de febrero 2020]

⁹¹ TORTOSA, J. 2009. Feminización de la pobreza y perspectiva de género. Revista Internacional de Organizaciones (3): 73.

⁹² Centro de Estudios Legales y Sociales. 2011. Mujeres en prisión. Los alcances del castigo. Siglo Veintiuno Editores S.A. Argentina. 10-11pp.

⁹³ ESPINOZA, O. 2016. Mujeres privadas de libertad ¿es posible su reinserción?. Caderno CRH 29(3): 96. [en línea] < <https://doi.org/10.1590/S0103-49792016000400007>> [consulta: 19 octubre 2020]

La política criminal y penitenciaria ha afectado con mayor rigor a las mujeres por los delitos de drogas y hurtos, siendo las más golpeadas quienes se encontraban en situaciones previas de exclusión social y económica, lo que se ha denominado “feminización punitiva de la pobreza”⁹⁴, que implica que las nuevas reformas penales conllevan a un aumento del encarcelamiento de mujeres pobres.

En Chile la población penitenciaria femenina ocupa el segundo lugar de mujeres privadas de libertad en América del Sur, con un 8,4% del total en sistema cerrado⁹⁵ equivalente a 3.570 mujeres⁹⁶, sólo Guayana Francesa nos supera, en donde las mujeres ocupan el 9,9% del total de gente privada de libertad. Los tres motivos de ingreso o grupos de delitos por los que más mujeres se encuentran en un centro penitenciario chileno son, en un 40,8% por drogas, lo cual equivalente a 1.867 mujeres, un 22,4% por robos, equivalente a 1.035, y por hurtos un 10,7% que tenemos 348 privadas de libertad⁹⁷.

Con el fin de analizar el contexto de las mujeres que se encuentran en la cárcel, tomaremos datos de una investigación donde se describen y analizan problemas y necesidades de la población penitenciaria femenina. El estudio fue elaborado por el Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales y grafica la vida de las mujeres que se encuentran privadas de libertad en el Centro Penitenciario Femenino de Santiago, recinto que tiene una capacidad para 900 reclusas, pero que alberga a 2.000 mujeres aproximadamente. Los datos de esta muestra revelan que el 95% de las mujeres encuestadas tiene hijos, dentro de las cuales el 67% tiene hijos menores de 18 años. Por lo tanto, la gran mayoría de esta población está conformada por mujeres madres las cuales tenía al momento de

⁹⁴ BRANDER, F., REISER, L. y SANHUEZA, G. 2019. El encarcelamiento femenino en Chile: calidad de vida penitenciaria y necesidades de intervención. *Revista de Ciencias Sociales* 32(45): 121. [en línea] <<http://dx.doi.org/10.26489/rvs.v32i45.5>> [consulta: 20 octubre 2020].

⁹⁵ Sistema cerrado: conjunto de procesos y procedimientos en los que participan las personas que ingresan al Sistema Penitenciario, privadas de libertad por disposición de los tribunales competentes en aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, cumplimiento de pena privativa de libertad o cumplimiento de una medida de apremio.

⁹⁶ Boletín Estadístico Gendarmería de Chile, Subdirección Técnica N°122 año III, 2019.

⁹⁷ GENDARMERÍA DE CHILE. Compendio Estadístico Penitenciario 2018. p.17. [en línea] <[https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio Estadistico Penitenciario 2018.pdf](https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio_Estadistico_Penitenciario_2018.pdf)> [consulta: 4 marzo 2020].

su reclusión hijas y/o hijos menores de edad a su cargo, pues la mayoría de la población joven reclusa⁹⁸ (90.2%) tiene por los menos uno/a.

De los datos recogidos, la estrategia de cuidado adoptada señala que es la abuela materna de los/as niños/as quien en la gran mayoría de los casos (93%) queda a cargo de los menores de edad. En menor medida, los/as hermanos/as de estos niños suelen hacerse cargo, en la misma proporción que el padre de ellos/as (13,9%), y una situación similar se observa en el caso de las hermanas de las mujeres reclusas (13.1%). Esto refleja que una vez que una mujer entra a la cárcel debe activar su capital social para asegurar el cuidado de sus hijos, siendo principalmente sus redes femeninas quienes asumen dicha responsabilidad. Sin embargo, es importante tener presente que alrededor de un 20% de los y las menores de edad queda a cargo de un familiar lejano a su familia nuclear, o instituciones como el Servicio Nacional de Menores (SENAME)⁹⁹.

También es interesante analizar lo que ocurre con la familia de la condenada, porque estamos en presencia de mujeres que habitaban la subcultura de la cárcel. De las mujeres chilenas condenadas, el 58,2% indicó tener algún familiar preso, y las extranjeras un 22,4%. Concordante con la literatura especializada, un 35% de los familiares detenidos corresponden a la pareja o esposo de la reclusa. El 25% de estos familiares detenidos son hermanos/as de las reclusas. Cabe acá destacar especialmente la presencia de los hijos e hijas dentro del conjunto de familiares detenidos, ya que “un 45% de las mujeres encuestadas indicó tener uno o más hijos/as detenidos/as actualmente en un centro de reclusión, en efecto, éste constituye el familiar recluso que mayoritariamente mencionaron las mujeres encuestadas”¹⁰⁰.

Lo anterior nos permite concluir que el ambiente en que se desenvuelven las volvió propensas a delinquir, ya que existe una tendencia dentro de su familia a frecuentar la cárcel, esto sugiere que es un grupo marginal de la sociedad quienes poblan las cárceles. Y si problematizamos dicho fenómeno se hace grave el tema del cuidado de niñas, niños y

⁹⁸ En el estudio se entiende por “población joven” a todas aquellas tienen menos de 29 años.

⁹⁹ CARDENAS, A. 2011. Mujer y cárcel en Chile. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales. Universidad Diego Portales: 27-29.

¹⁰⁰ Ibid. pp. 39-40.

adolescentes, ya que la reclusión simultánea de la familia puede dar origen a situaciones de vulnerabilidad infantil y adolescente. La reclusión simultánea de familiares y las extensas generaciones que han estado presas, apuntan a un proceso de traspaso intergeneracional de situaciones de vulnerabilidad social en el marco del sistema carcelario chileno¹⁰¹.

¹⁰¹ Ibid. p.41.

Capítulo III: Proposición de una causal de justificación o exculpación, en su caso, de la responsabilidad en delitos de robo y hurto contra personas jurídicas, cometidos por mujeres en situación de extrema pobreza

Recorrimos el conjunto de factores que exponen porqué algunas mujeres en situación de extrema pobreza se sientan dispuestas a cometer delitos contra la propiedad de personas jurídicas, ya sea para salvaguardar de ella y/o su familia. También se argumentó porque es injusto que sean castigadas sin tener presente el móvil que las llevó a delinquir. Y es que ante la imposibilidad fáctica de abstención del Estado de someterlas bajo el aparato penal, esta tesis propone alternativas para excusar a las partícipes de delitos contra la propiedad de personas jurídicas.

Antes de dar paso a las causales de eximente de responsabilidad que pueden concurrir en dicha situación, se explicará el fundamento, de orden moral, para delimitar el ámbito de aplicación al supuesto en que la víctima sea una persona jurídica. El hecho de que delitos como el homicidio, la violación, o el robo con violencia o intimidación, tengan lugar como hecho punible, es porque en tanto normas de mandato o prohibición, son ilícitos morales y lo que hay detrás de los mismos es lo que Rawls denomina “deberes naturales” que tenemos con el resto de las personas, tenemos un deber natural de no ser crueles, tengamos o no un compromiso, o relación institucionalizada con las personas, pues en tanto personas somos moralmente iguales¹⁰²-al menos idealmente-. Ahora, el contenido moral detrás de los delitos contra la propiedad, es que hay un conjunto de derechos organizados a fin de poder asegurar el uso y acceso exclusivo o control sobre una cosa, es injusto apropiarse de algo que no nos pertenece sin el permiso de su dueño, aún más cuando haremos sentir mal a aquella persona. La propiedad es un derecho de exclusión, es decir, las cosas sólo las pueden usar, gozar, disponer e inclusive destruir quien detenta el derecho sobre el bien o a quien éste le haya dado un permiso¹⁰³.

¹⁰² RAWLS, J. 2008. A Theory of Justice. Ed. 7°. México. Fondo de Cultura Económica. 114-115pp.

¹⁰³ WILENMANN, J. 2014. El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile. Revista de Derecho (Valdivia). 28 (1): 222.

En el caso de las personas jurídicas, tanto las chilenas como las extranjeras que operan en el país, tienen un patrimonio separado de sus accionistas o dueños, por lo que al ser víctimas de un delito contra la propiedad no tenemos a una persona natural directamente perjudicada, pues el daño o perjuicio lo soportan de manera bastante indirecta, en muchos casos las empresas contratan seguros en caso de ser víctimas de estos delitos¹⁰⁴, o incluso estando perjudicadas no hay ninguna persona vulnerada en su integridad física o psíquica, ni menos un atentado a la vida.

La eximente de responsabilidad penal estado de necesidad, encuentra su pilar de sustento en el deber de tolerancia solidaria que tenemos en la sociedad de los riesgos, y es por esto que reducimos el ámbito de aplicación especificando el sujeto pasivo de la acción. Debido a que la reprochabilidad que se le puede asignar a la acción delictual que lesiona y afecta el patrimonio de una persona jurídica, es conmensurablemente menor a que si la víctima fuera una persona natural, ya que estas últimas detentan sus bienes con un ánimo de aprehensión inderrotable, ánimo que no puede tener una empresa, esto es aún más patente en grandes firmas multinacionales.

Cuando hablamos de personas que en situación de pobreza cometen robos o hurtos famélicos, implica que dichas personas presentan un peligro real de afectación de bienes jurídicos tales como la vida o integridad física, por lo que otra persona se ve compelida a tolerar la afección a su patrimonio, y que lo soporte una persona jurídica o una natural es importante en tanto el daño directo sufrido, ya sea material, pero también psicológico, y este último sólo puede ser sufrido por una persona natural. Por último, sin ser el concepto reflejo de la hipótesis que estudiamos, ya que el hurto es un delito de resultado cortado¹⁰⁵, podríamos hablar de la existencia de una *víctima difusa*.

A juicio de esta memoria existe la posibilidad de excusar a aquellas mujeres que cometen robo o hurto por encontrarse en situación de extrema pobreza. Pero ¿cómo sabremos

¹⁰⁴ Incluso a nivel tributario, las empresas o negocios víctimas de delitos contra la propiedad, están exentas de pagar impuesto a la renta por las pérdidas sufridas, esto se encuentra regulado en la Ley sobre Impuesto a la Renta, Decreto Ley N° 824, artículo 31 N° 3.

¹⁰⁵ MAÑALICH, J. 2006. El “hurto-robo” frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión. Revista de Estudios de la Justicia. (7): 17.

que una mujer se encuentra en extrema pobreza para determinar obtener una sentencia absolutoria? En esta acreditación hay dos elementos fundamentales: por un lado, la defensa deberá hacer un buen trabajo probatorio, el que debe ser apoyado por un trabajador o asistente social que determine mediante un informe social la situación socio-económica de la sujeta, como también puede ser necesario un informe psicológico; como segundo elemento clave, tenemos el rol de los jueces y las juezas en valorar todos los elementos de la causa, y comprender como un hecho público y notorio que las mujeres tienen una carga social extra en esta sociedad patriarcal, la feminización de la pobreza es un fenómeno que no puede ser ignorado por quienes son garantes de la justicia, ya que es manifiesto que son en su gran mayoría mujeres las que deben renunciar a oportunidades y labores formales para dedicar su tiempo al trabajo de reproducción de la sociedad, trabajo doméstico y de cuidados que no es remunerado, pero que sí es trabajo imperativo. Es necesario que las y los sentenciadores tengan enfoque de género en esta y muchas otras causas.

Que los jueces apliquen el derecho con perspectiva de género es ajustarse al derecho internacional de los derechos humanos, ya que Chile ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también denominada "Convención de Belem do Pará" en el año 1998, que en el capítulo referido a los deberes del Estado en su artículo noveno se encuentra la obligación de tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón de, entre otras, la situación socioeconómica desfavorable. Los jueces penales que gozan en representación del Estado del monopolio de la fuerza, están obligados a respetar los tratados internacionales en materia de derechos humanos como deber un constitucional, por lo que tienen la misión de comprender la situación de vulnerabilidad económica que embarga a la imputada.

Las eximentes de responsabilidad del artículo 10 del Código Penal que concurrirían cuando una mujer en situación de pobreza cometa apropiación material de propiedad de personas jurídicas, son: el estado de necesidad justificante del numeral 7°, el obrar violentado por una fuerza irresistible o impulsada por un miedo insuperable del numeral 9° y el estado de necesidad exculpante del número 11°. En caso de que no se satisfagan todos los requisitos de

estas normas de permisión, es aplicable la atenuante calificada del artículo 11 número 1 del Código, también llamada eximente incompleta.

Pero antes sintetizaremos algunas precisiones de la dogmática que importan a esta tesis. Las eximentes de responsabilidad del artículo 10 del Código Penal no distinguen entre causales de justificación y de exculpación, ha sido la dogmática que desde larga data las ha categorizado. Al respecto, existe la teoría unitaria y la teoría de la diferenciación para estas causales, mayoritariamente ha sido reconocida esta última tradición como la dominante, siguiendo los pasos de la doctrina alemana¹⁰⁶.

La teoría de la diferenciación es posible gracias a la perspectiva analítica del funcionamiento de normas penales, que sugiere que el quebrantamiento del derecho que crea un injusto culpable opera sobre dos sistemas de reglas, que entrelazadas definen qué es un quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento. Las reglas pertenecientes al primer sistema, son las *normas de comportamiento*, que son aquellas normas de prohibición y de mandato, como también las normas de permisión y de liberación; las reglas del segundo sistema son las *reglas de imputación*.

Esta forma de entender la operatividad del derecho penal, nos permite distinguir entre causas de justificación y causas de exculpación. Por ejemplo, cuando el estado de necesidad sea justificable, hipótesis del artículo 10 N° 7, estaremos en un presupuesto de norma de comportamiento, precisamente, en una norma de permisión, que excluye la norma de prohibición. En cambio, si el estado de necesidad es exculpante –le es inexigible otra conducta-, opera el artículo 10 N° 11, que es una regla de exclusión de la imputación en el elemento de la culpabilidad¹⁰⁷. En resumen, de acuerdo a la visión dual entre causales de justificación y de exculpación, el estado de necesidad tiene una doble vertiente, el *estado de*

¹⁰⁶ WILENMANN, J, Op. Cit. p.225. Véase también en COUSO, J. y HERNÁNDEZ, H. 2011. Código Penal Comentado. Chile. Legal Publishing. 271p.

¹⁰⁷ MAÑALICH, J. El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N°11 del Código Penal Chileno. *En*: Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Legal Publishing, Thomson Reuters. 716-717p.

necesidad agresivo justificante, y por otro lado tenemos el *estado de necesidad defensivo exculpante*¹⁰⁸.

1. El estado de necesidad justificante

La dogmática más reciente que explica el fundamento del estado de necesidad justificante, es la propuesta por el doctor Javier Wilenmann, que en razón de la evolución de la doctrina comparada acerca de qué es lo que hay detrás del estado de necesidad, enriquece la dogmática chilena que -a su juicio- se encuentra muy atrasada en la discusión sobre el fundamento de esta eximente de responsabilidad, en su versión justificante.

Wilenmann señala que argumentar –como lo han hecho de forma casi unánime los autores chilenos- que el estado de necesidad justificante existe por el interés preponderante de un bien jurídico por sobre otro, no es sostenible. Indica que el error en fundar sobre el interés preponderante, es debido al reenvío al adagio *necitas legem non habet*, así se interpreta que el estado de necesidad es algo puramente vital. Estima que mientras se siga la teoría de la diferenciación, debemos seguir también su fundamentación, y ésta hace ya bastante tiempo, al ser aceptada por la dogmática alemana, abandona el problema de los límites del derecho que supone la idea de la que la necesidad no tiene ley, o le es inexigible la ley, en el entendido de que la distribución de obligaciones de soportar males, y de derechos a usar bienes ajenos para no tener que soportar males, es incompatible con la idea de que se trata de simplemente de una situación en que no se puede exigir actuar de otra forma.

El profesor lo hace aún más evidente al señalar que el estado de necesidad agresivo no puede negarle derechos de defensa al destinatario de la agresión, pues lo que debe ser legitimado es la denegación de derechos de defensa y la imposición de deberes de tolerancia, en virtud del principio de solidaridad. También señala que bajo la idea de interés

¹⁰⁸ WILENMANN, J. 2014. El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal. Revista para el análisis del derecho InDret. (3): 4-7.

preponderante se sigue una interpretación utilitarista del estado de necesidad que no tiene capacidad de controlarse y ponerse límites a sí misma¹⁰⁹.

Sugiere entonces, que el fundamento del estado de necesidad justificante es la *solidaridad*, que pone en contradicción aparente “el principio central del derecho, a saber, el reconocimiento y protección de esferas de autonomía individual (principio de autonomía), y el principio de justificación del estado de necesidad –la ‘solidaridad’”¹¹⁰. Wilenmann señala que se puede explicar de varias formas. Desde el contractualismo, en donde situados en el contexto de la sociedad de los riesgos, existe un acuerdo racional sobre manejo de peligros, donde es posible que una persona haga uso de su propia autonomía, infringiendo una esfera de autonomía ajena debido a que se encuentra en estado de necesidad, en este sentido, la solidaridad descansa en que no es posible saber de antemano quién va a quedar en una situación de necesidad algún día¹¹¹, por lo que opera como un pacto de aseguramiento recíproco.

También lo explica a partir de la teoría comunitarista o institucionalista, que supone que el Estado debe permitir a sus ciudadanos superar las situaciones de necesidad, y al no existir un ente encargado de ayudar a superar estos estados o situaciones, se individualiza un deber de solidaridad, “ante la ausencia del Estado (o, lo que es lo mismo, ante la obligación de que la necesidad sea superada por la utilización de los bienes del afectado), el ordenamiento jurídico delega la obligación originalmente estatal en el afectado”¹¹². El punto es que, en un Estado liberal existe perentoriedad en integrar al ordenamiento jurídico contribuciones de solidaridad.

Es por los argumentos recién expuestos que pareciera ser el artículo 10 N° 7 el más adecuado por el cual eximir de responsabilidad penal en el supuesto en comento, ya que ésta norma de permisión señala que para evitar un mal se ejecutará daño a la propiedad ajena de

¹⁰⁹ WILENMANN, J. 2014. El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile. *Revista de Derecho (Valdivia)*. XXVII(1): 225-226.

¹¹⁰ *Ibid.* p.234.

¹¹¹ *Ibid.* p.236.

¹¹² WILENMANN, J. 2014. El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile. *Revista de Derecho (Valdivia)*. XXVII(1): 237.

forma permitida si concurren las siguientes circunstancias: 1º, realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. Este ha de tratarse de un mal *real*, a diferencia del numeral 11, este mal real o inminente no tiene porque ser grave¹¹³. Respecto a la 2º circunstancia, que el daño que se trata de evitar sea mayor que el causado para impedirlo, esto es un requisito de proporcionalidad, en esta situación lo que está en cuestión es el bien jurídico propiedad *versus* la lesión a la integridad física, por lo que este requisito también se satisface, debido al interés preponderante que tiene la sujeta en extrema pobreza¹¹⁴. Para ambas circunstancias es pertinente repasar que una persona que se encuentra bajo la línea de la pobreza extrema, no tiene los recursos suficientes para satisfacer sus necesidades alimentarias, el hambre ocasiona daños graves a la salud, por lo que ante el peligro inminente y la ponderación de bienes jurídicos entre salud y propiedad, la conducta de la sujeta se encuentra dentro de esta causal.

Respecto al 3º y último requisito, tenemos el principio de subsidiariedad, que implica que no exista otro medio menos perjudicial para evitar el mal. Es importante mencionar que esta posibilidad de utilizar otro medio es netamente teórica¹¹⁵. Si la persona opta por sacrificar el interés ajeno es porque se encuentra en la necesidad de hacerlo, pues no existía otro medio -en ese momento- de salvaguardar el propio bienestar. Si tenemos presente, la inequidad social como la discriminación laboral, los bajos salarios, el clasismo, y subcultura femenina y de la pobreza, podemos decir que –en teoría- no existiría otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el hurto o robo en el momento de los hechos. Es menester no perder de vista el contexto de necesidad que hace acontecer el injusto penal y el entorno que la rodea. Es por lo anterior que se cumplen copulativamente todos los requisitos que harían procedente justificar la antijuricidad del objeto de imputación.

¹¹³ COUSO, J. y HERNÁNDEZ, H. 2011. Código Penal Comentado. Chile. Legal Publishing. 236p.

¹¹⁴ Si bien, para algunas personas una cosa puede tener mucho valor, en el caso de las personas jurídicas no existe esta posibilidad de percepción valorativa, las cosas son lo que son, cosas de su propiedad, pero no capaces de ser valoradas, por lo que este requisito no tendría problemas en la hipótesis que sopesamos.

¹¹⁵ COUSO, J., HERNÁNDEZ, H. 2011. Código Penal Comentado. Chile. Legal Publishing. 237p.

2. El estado de necesidad exculpante

El numeral 11 del artículo de eximentes de responsabilidad, fue introducido mediante la Ley N° 20.480 en el año 2010 como política pública de género para mejorar el problema de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, fue ideado para el caso en que ésta se viera en la necesidad de cometer un delito contra quien ejercía violencia contra ella¹¹⁶, por ello la denominación de estado de necesidad defensivo. Esta norma de es de imputación y contradice la norma de prohibición en la constitución de culpabilidad del injusto, importando como piedra angular el elemento psicológico al estado de necesidad, ya que es respecto a la capacidad intencional que se desconoce la imputación culpable.¹¹⁷

En los requisitos análogos a la eximente agresiva justificante, nos remitiremos a lo expuesto más arriba. Pero que el mal sea *grave*, es algo desconocido por el N°7, aquí se exige que el mal sea realmente significativo¹¹⁸.

Juan Pablo Mañalich en relación a la norma, advierte que no se requiere que el peligro de sufrir una lesión grave la detente quien rompe la esfera de autonomía ajena, bien puede obrar para evitar un mal a un tercero, incluso en ayuda de un desconocido, en un acto puramente altruista, pues la promoción del bienestar ajeno también cuenta como preferencia definitoria de la subjetividad del agente frente a la fidelidad del derecho¹¹⁹. Y justamente este punto nos importa para afirmar que también podría concurrir esta causal en ciertos casos. Según las cifras del Centro Penitenciario San Joaquín, el 95% de las reclusas es madre de al menos un hijo, y en el 67% de esos casos, al menos uno es menor de edad, por lo que es dable pensar, que muchas de las mujeres privadas de libertad por delitos que atentan contra la propiedad, los cometieron por necesidad de satisfacer su rol de madre de la manera más óptima a pesar del riesgo a ser privadas de libertad, en el entendido de la escasa compatibilidad del mundo

¹¹⁶ COUSO, J., HERNÁNDEZ, H. 2011. Código Penal Comentado. Chile. Legal Publishing. 267p.

¹¹⁷ MAÑALICH, J. El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N°11 del Código Penal Chileno. *En: Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury.* Legal Publishing, Thomson Reuters. 721p.

¹¹⁸ COUSO, J., HERNÁNDEZ, H. 2011. Código Penal Comentado. Chile. Legal Publishing. 272p.

¹¹⁹ MAÑALICH, J. Op. Cit. p.735.

laboral con la maternidad, puede no ser la opción más plausible un trabajo formal que resulte precario para mantener una familia¹²⁰.

De esto se sigue, que esta causal es perfectamente ecuaníme para aquellas ocasiones, no aisladas, en que una mujer delinque en pos de sus hijos o personas que tenga a su cuidado, ya sea para vestirlos, darles de comer, o inclusive, para hacer dinero con los objetos hurtados o robados para así poder brindar una mejor crianza, debemos reconocer que la reventa de productos es una realidad en nuestro país. Este argumento va en el sentido correcto, ya que si desde tenor literal del artículo 10 N° 11 del Código Penal se puede obrar incluso en protección de terceros, es plausible que una mujer sea vea en la necesidad de buscar de cualquier forma mantener a sus hijas e hijos o a cualquier persona que tenga ésta a su cuidado, sin que de ello derive un reproche ulterior. Esta es la hipótesis plausible para una mujer que desesperada, busca satisfacer las necesidades básicas de un familiar, o ser querido, cuando para a ella le resulte imposible suplir esa escasez de otro modo. El punto es que esta causal nos servirá toda vez que el móvil de la mujer pobre, sea resguardar de un peligro inminente los derechos de un tercero, ya que esta es una posibilidad que no entrega el numeral 7 del artículo 10 del Código Penal.

3. Obrar violentada por una fuerza irresistible o miedo insuperable

El artículo 10 tiene otra causal de exculpación que puede graficar la situación que nos importa. El numeral 9 prescribe que quien obra violentado por una fuerza irresistible o miedo insuperable, también puede ser eximida de responsabilidad penal.

¹²⁰ De acuerdo a un estudio de la Fundación Sol acerca del valor de la fuerza de trabajo en Chile se revela que, “El 50% de los trabajadores en Chile gana menos de \$380.000 y 7 de cada trabajadores menos de \$550.000 líquidos, sólo el 15,3% es remunerado con más de \$850.000 líquidos. El 84,1% de las mujeres que tiene un trabajo remunerado gana menos de \$700.000 líquidos. (...)En noviembre de 2017, la línea de la pobreza por ingresos en Chile para un hogar promedio de 4 personas, es de \$417.348. Si consideramos sólo a los asalariados del sector privado que trabajan jornada completa, el 50 % gana menos de \$402.355, esto quiere decir que ni siquiera podrían sacar a su grupo familiar de la pobreza. (...) se registran más de 670 mil subempleados, y el 50% gana menos de \$130.765”. DURÁN, G. y KREMERMAN, M. 2018. Los Verdaderos Sueldos en Chile: Panorama actual del valor de la fuerza del trabajo usando la ESI 2017. Estudios de la Fundación Sol. Chile. 3p.

Sobre esta causal no ha sido pacífica la discusión acerca de cuál es la fuerza irresistible que debe presentarse para que opere la eximente, algunos han apuntado a que sería sólo la fuerza física, o sea, una hipótesis de *vis absoluta* que sea consecuencia de la fuerza humana o un fenómeno de la naturaleza, que vuelva inexigible actuar conforme a las normas de mandato o prohibición. Por el otro lado, se ha sostenido que es un supuesto de *vis compulsiva*, es decir, una amenaza de causar un mal grave, presente o inmediato en su persona o un tercero. Finalmente hay un tercer grupo, que sugiere que ya sea vis compulsiva o absoluta, lo que importa es la existencia de una *fuerza moral*. La opinión dominante señala que este numeral alude a *vis compulsiva por medios físicos o morales*, y que en esta fórmula amplia de vis compulsiva, la fuerza comprende y trasciende el miedo insuperable¹²¹.

Esta causal funciona por la cláusula general de la culpabilidad de inexigibilidad de otra conducta, aplicada en casos de hurtos famélicos. Es perfectamente posible que una mujer en extrema pobreza se vea compelida por una imposición anímica de subsistencia, esto puede ser por ejemplo, que una mujer no tenga alimentos y necesite proveérselos a costa del perjuicio ajeno, ya que de no hacerlo, podría sufrir un daño peligroso ya sea para su vida o su integridad física. Este supuesto de exculpación, es más riguroso que el del N°11, pero igual de concurrente a algunos casos que queremos eximir de imputación subjetiva.

4. Atenuante por eximente incompleta

En el caso en que, por no concurrir copulativamente los requisitos de una de las causales mencionadas, tenemos la eximente incompleta del artículo 11 N°1 del Código Penal, que se encuentra en el párrafo sobre las circunstancias que atenúan la responsabilidad. Enrique Cury plantea que “cuando se dan sólo algunos de los presupuestos de las eximentes, de suerte que éstas no justifican una exclusión de los elementos integrantes del delito; subsiste, sin embargo, en la mayor parte de los casos, una situación anómala que deteriora la capacidad de autodeterminación del individuo, reduciendo la posibilidad de exigirle que se comporte con arreglo al mandato o la prohibición respectiva”¹²².

¹²¹ COUSO, J. y HERNÁNDEZ, H. 2011. Código Penal Comentado. Chile. Legal Publishing. 245-247p.

¹²² CURY, E. 1988. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Ed. 2° actualizada. Editorial Jurídica de Chile. 105p.

De esto se desprende que es correcto atenuar la responsabilidad penal de aquellas mujeres que se encuentren bajo la línea de la pobreza y hubieren cometido robo o hurto, en la medida de que su conducta se ajuste a la figura básica de la eximente, pero no se presenten todos los requisitos para ser eximidas de la responsabilidad penal.

Esta circunstancia modificatoria, opera junto al artículo 73 del mismo cuerpo legal, obligando al tribunal a aplicar la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo señalado por la ley, a su discreción, cuando el hecho no fuere excusable por no cumplirse todos los requisitos que se exigen para eximir de la responsabilidad penal.

5. Casos que demuestran la necesidad de un giro en la aplicación del derecho penal

Finalmente, en este último apartado se presentan tres casos prácticos que clarifican la criminalización a la pobreza que genera nuestro sistema de justicia penal, son casos reales en los cuales se ha dictado sentencia condenatoria a mujeres que, a juicio de esta autora, es dable concluir que se encuentran bajo un estado de necesidad. Es posible percibir la necesidad que genera la feminización de la pobreza, en donde mujeres que tienen importantes cargas sociales cometen delitos para satisfacer necesidades alimentarias o materiales de quienes se encuentran bajo su tutela. Estos casos satisfacen la hipótesis de esta memoria para eximir de responsabilidad a las autoras de sus delitos, puesto que bajo una situación de extrema pobreza y vulnerabilidad multifactorial cometen delitos no violentos en contra de personas jurídicas, son hurtos de bajo costo económico y nulo perjuicio social, sin embargo, se aplica la ley sin considerar la especial condición de vulnerabilidad que es patente. Aquellos delitos se dan con ocasión de la feminización de la pobreza y exclusión social.

El primer caso¹²³ corresponde al de una imputada que se apropió con ánimo de lucro dos bolsas de leche en polvo de 1.600 gramos, se avaluaron en un valor total de doce mil trescientos diez pesos, las ocultó en su ropa al traspasar las cajas sin pagar por dichas especies, siendo detenida por los guardias de seguridad del supermercado. La imputada fue formalizada

¹²³ Juzgado de Garantía de San Bernardo, RUC N° 0700764848-5, RIT N° 6958-2007.

en calidad de autora del delito de hurto falta previsto y sancionado por el artículo 494 bis del Código Penal en grado frustrado. En este caso, la imputada registraba una serie de condenas anteriores, más de una por hurto, por lo cual el Ministerio Público solicita al tribunal que aplique las reglas especiales sobre reincidencia establecidas en los incisos finales del artículo 494 bis. De manera libre y espontánea mediante declaración de parte, la imputada reconoce su participación en el delito por lo que se configura la atenuante del artículo 11 N° 9 sobre colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos.

La Defensa de la imputada conteste a lo anterior señala que las especies hurtadas son leche, y que el móvil de este delito es la necesidad de su defendida, ya que tiene dos hijos y una nieta a los cuales necesita alimentar de manera urgente, ya que por sus antecedentes penales le ha costado mucho encontrar trabajo. La defensa alega estar en presencia de un hurto famélico, ya que las especies hurtadas estaban destinadas a alimentar a su familia. Agrega que la condena en multa cualquiera sea su monto es inoficiosa porque no podría pagarla, por lo que solicita al juez que sea condenada a trabajos en beneficio de la comunidad. El tribunal condena a la procesada a la pena de multa de tres unidades tributarias mensuales, como autora de hurto falta en grado de frustrado del artículo 494 bis del Código Penal, rechazando cambiar la pena por trabajos en beneficio de la comunidad solicitada por la defensa, el tribunal sentenció que la calidad de reincidente de la imputada no permite otra determinación de la pena que la señalada por la norma, que es triplicar el monto de la multa cuando exista dos o más reincidencias por hurto falta frustrado. El tribunal a modo de hacerse cargo del estado de necesidad de la autora y su caudal económico, establece el pago en cuotas de la condena.

En este caso, atendida la reincidencia de la imputada el tribunal estima no proceder la condena de servicios en beneficio de la comunidad siendo evidente que una pena de multa es infructuosa dada la situación económica que compelió a la infractora. Si analizamos las especies hurtadas es bastante creíble el relato de la imputada, por lo que no dar por establecido el estado de necesidad pareciera más bien atender a su calidad de reincidente, ya que el legislador castiga duramente a quien reincide, y con mayor énfasis a quién reincide más de una vez, por lo que antes de tener discreción se aplican las normas a secas.

En un segundo caso¹²⁴ se procesa mediante procedimiento simplificado a una mujer por ingresar a un supermercado Líder sustrayendo especies evaluadas por la suma total de \$24.499, las ocultó y traspasó las cajas registradoras sin pagar las especies. Se le imputa el delito del artículo 446 N°3 del Código Penal como autora de hurto simple en grado de consumado. La imputada reconoce su participación en los hechos, admitiendo su plena responsabilidad por lo que el Ministerio Público solicita 61 días de presidio, más las penas accesorias y legales, y costas de la causa. La defensa solicita se considere el delito como un hurto famélico, ya que la imputada había dado a luz 11 días atrás y que trataba de alimentar a su bebé ya que su conviviente se encuentra cesante y es analfabeta, solicitando a su vez sea eximida del pago de costas por su nula capacidad económica. Agrega que la ejecución del delito se encontraba en grado de imperfección por lo que estaría tentado, y que el mal causado ha sido el mínimo, ya que las especies fueron recuperadas por la empresa afectada. El sentenciador condena a la imputada a la pena de treinta días de prisión, en su grado medio, y accesorias legales del artículo 30 del Código Penal. Atendida su calidad puerpera, se le concede el beneficio de reclusión nocturna del artículo 8 de la Ley 18.216 computándose una noche por cada día de privación de libertad.

En el caso recién descrito podemos señalar que existe un efecto colateral de la condena¹²⁵, ya que hay un recién nacido que es resulta extremadamente perjudicado, lo cual no es previsto por el tribunal, existe una alta probabilidad que ese bebé sólo se alimente de leche materna, por lo que se estaría vulnerando sus derechos humanos.

El último caso¹²⁶ que se presenta también se realiza mediante procedimiento simplificado. Un día de otoño una mujer dentro de un supermercado esconde entre su vestimenta siete paquetes de carne envasada evaluados en \$22.764, retirándose del lugar sin pagar, fue detenida cuando salía por la puerta principal. El Ministerio Público solicita que sea condenada como autora del delito de hurto simple del artículo 446 N° 3 del Código Penal en grado de frustrado, por la pena de 41 días de prisión en su grado máximo, más las penas legales accesorias y costas. La Defensa pidió la absolución de la imputada por tratarse de un hurto famélico ya que

¹²⁴ 9° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 0600199752-k, RIT N° 2393-2006.

¹²⁵ SÁNCHEZ, J. 2016. Efectos colaterales de la prisión. InDret: 2.

¹²⁶ Juzgado de Garantía de Valparaíso, RUC N° 0600365092-6, RIT 4439-2006.

trabaja con su marido en labores de pesca, el cual resulta insuficiente para mantener a sus tres hijos. En virtud de lo expuesto por la Defensa, el juez argumenta rechazar la justificación ya que el hurto famélico debió ser demostrado para así excluirla de responsabilidad penal, debiendo exhibirse medios de prueba suficientes en el juicio respectivo, pero ella admitió su responsabilidad sometiendo a las reglas del procedimiento simplificado. El tribunal de garantía dicta sentencia condenatoria con la pena de veintiún días de prisión, y la pena accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo que dure la privación de libertad, sin costas por haber admitido su responsabilidad en los hechos y así ahorrado por la no realización de un juicio oral, esto en virtud de la economía procesal.

Estos casos resultan ilustrativos de la situación que se plantea a lo largo de la memoria, es decir, patentan que es una realidad que una situación de vulnerabilidad económica es capaz de llevar a mujeres a delinquir por necesidad. En el primer caso nos encontramos ante un hurto falta, en donde la imputada alega encontrarse en estado de necesidad para poder alimentar a sus hijos, siendo un relato bastante creíble si analizamos las especies sustraídas, leche. Sin embargo, el tribunal considera que el hecho de ser reincidente por más de una ocasión no permite tener discreción en la determinación de la pena, por lo que no accede a sustituirla por prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Esto último es bastante extraño, ya que es evidente la nula capacidad económica de la condenada para satisfacer la condena, y en el fondo lo que ocurre es castigar pecuniariamente a una mujer pobre, siendo altamente probable que no pueda cumplirla, pues señaló que por sus antecedentes penales no encuentra trabajo y por eso hurtó. Aquí vemos como una condena termina por precarizar aún más la vida de una madre y su familia, es posible apreciar como el sistema judicial penal criminaliza la pobreza e ignora la necesidad de incluso niños, niñas y adolescentes.

Es menester señalar que estos casos son de antes de la Ley de Agenda Corta Anti-delincuencia que rigidiza aún más la determinación de la pena, aumenta las penas, entre otros efectos que tendrían las modificaciones a los delitos contra la propiedad, por lo que el tratamiento jurídico que reciben estos delitos es hoy mucho más severo.

También es necesario mencionar la falta de motivación de las sentencias, de los tres casos expuestos (y muchos otros), el tribunal se limita analógicamente en cada sentencia a argumentar: “Que mediante los antecedentes que constan en el requerimiento presentado por el ministerio público, todo lo cual valora el Tribunal con entera libertad, conforme los principios de lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se puede dar por establecido el siguiente hecho: (...)”, esto, no es valorar la prueba, es remitirse a casi transcribir el inciso primero del artículo 297 del Código Procesal Penal sin más, omitiendo el mandato que les obliga de los incisos 2 y 3 del referido precepto en cuanto a señalar la fundamentación de la prueba producida, los medios de prueba, hechos y circunstancias acreditadas, el razonamiento utilizado para alcanzar su convicción, en relación con el artículo 1° del Código Procesal Penal que establece que la sentencia *debe* ser fundada.

Otro argumento del tribunal que llama la atención es del tercer caso, cuando se señala que por falta de pruebas no puede absolver por estado de necesidad, porque la autora reconoció su participación y que al sustanciarse mediante procedimiento simplificado no se puede demostrar estar ante un caso de hurto famélico. Esto yerra en un par de cuestiones. Primero, el hecho de que se acceda a un procedimiento simplificado no puede implicar vulnerar las garantías del debido proceso, en cuanto a los medios de prueba que se presenten en pos del derecho a la defensa, aunque sea un procedimiento concentrado. En segundo lugar, se ha olvidado el principio rector que guía la persecución penal que realizan las y los fiscales, el *principio de objetividad*, se encuentra expresamente en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público en el artículo 3° el cual mandata velar por la correcta aplicación de la ley lo que los obliga a investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o graven la responsabilidad del imputado, sino también los que la eximan de ella, extingan o la atenúen. Por lo tanto, es una obligación del Ministerio Público investigar a quien acusan, lo que implica esclarecer los elementos constitutivos del delito, inclusive aquellos elementos o factores que lleven a eximir o atenuar la responsabilidad penal. Pese a esto, fiscales se restringen a presentar pruebas que sólo buscan satisfacer la culpabilidad del injusto, sin ir más allá en su rol público. Además, el hecho de reconocer la autoría del delito implica colaborar sustancialmente con la investigación, lo que no conlleva a la no aplicación de las normas eximentes de responsabilidad penal.

A juicio de quien les escribe, estos casos demuestran que sí se criminaliza la pobreza y también, que los tribunales sí deben juzgar con perspectiva de género para poder reconocer y tener una mejor lectura de los hechos que sentencian. El Estado necesita que el poder judicial siempre cumpla un rol social, sólo así serán los tribunales juzgadores legítimos, y para ello, es tan necesario que el Derecho contemple otras ramas de las ciencias sociales para dibujar con altura de miras una sociedad en paz.

CONCLUSIONES

El derecho penal funciona de forma altamente selectiva, siendo las clases dominantes las que eligen a quienes coartar la libertad ambulatoria –y privando colateralmente de todos los derechos que arrastra en Chile la pena de reclusión-, las elegidas para criminalizar son todas aquellas personas que el sistema considera inútiles¹²⁷ o que les causan problemas, ya sea porque les alteran la propiedad, se manifiestan en su contra, o intentan reivindicar luchas históricas, como la autonomía al pueblo mapuche.

Esto conlleva a que sean principalmente personas pobres quienes se encuentran en la cárcel. Lamentablemente esta es una situación que no ha cambiado con los siglos de existencia del derecho penal, reflejado en la discreción clasista que tienen las y los jueces, y la especial importancia a la propiedad en la que gira la función de persecución penal, estas, son cuestiones propias de la era capitalista, en donde la propiedad privada lo significa todo.

Es por esto que la única solución para combatir de verdad el crimen, es cambiando por completo la forma de concretizar acabar con la delincuencia, y esto no se logra con más y más encarcelamiento, sino que con políticas públicas sociales, creando oportunidades reales para que las personas que más cometen estos delitos de “mayor connotación social” puedan salir adelante con sus familias, oportunidades para que se puedan desenvolver dignamente en la sociedad, con trabajos que no vuelvan más precarias sus vidas, y puedan compatibilizar el mundo laboral con una crianza activa y responsable¹²⁸.

Es hora de que el modelo de seguridad ciudadana fomente un ambiente donde todas y todos se sientan partícipes de una comunidad, que no se mire con prejuicio a alguien simplemente por su apariencia o su forma de hablar. Las políticas de seguridad ciudadana que se deben promover son aquellas que apunten al modelo de prevención comunitaria del delito,

¹²⁷ KIRCHHEIMER, O. y RUSCHE, G. 1984. Pena y Estructura Social. Colombia. Editorial TEMIS Librería. 14-23pp.

¹²⁸ Una ley importante para disminuir la brecha en el mundo laboral entre hombres y mujeres, y que sigue descansando en el Congreso es la Ley de Sala Universal. No es menor que ésta ley, propuesta por el gobierno de derecha de Sebastián Piñera, haya sido rechazada por mercantilizar la educación a edad temprana, dejar fuera a personas sin contrato de trabajo, por tener grandes sesgos de género.

no uno que provoque el efecto de aislar cada día más a las personas por miedo e inseguridad al resto, es primordial reactivar el tejido social de la comunidad y dar vida a las calles, para lo cual es necesario aumentar la participación ciudadana en los territorios, donde la visión comunitaria en la prevención del delito sea el pilar fundante de una estrategia nacional de seguridad ciudadana donde las personas no sientan desconfianza en sus barrios¹²⁹.

Al mismo tiempo, el aparato penal debe tomar en consideración elementos que no son puramente jurídicos, incorporarlos en los procesos y en las decisiones, como los fenómenos criminológicos, pues son los y las juezas garantes de la justicia. Los tribunales deben velar estrictamente no sólo por el cumplimiento de las normas penales, sino también por aplicar el *corpus iure interamericano*, que obliga a que todos los poderes del Estado tengan siempre presente los derechos humanos de las personas. La interpretación de la ley debe ser siempre evolutiva y dinámica, teniendo presente el principio favor persona y el principio de progresividad¹³⁰. El Estado debe encontrarse abierto a las normas e instituciones internacionales que lo obligan¹³¹.

Debemos tener presente, que si bien hemos construido los primeros cimientos en pos de la igualdad material, estos aún son insuficientes, y es por eso que hay que tener en consideración que las consecuencias de una mujer privada de libertad no son los mismos que cuando un hombre cae en la cárcel. Las mujeres son doblemente juzgadas, pues violan las expectativas que tenía la sociedad para con ellas respecto a su rol de buena madre, buena hija, buena esposa, y violan la ley, ergo juzgadas por el *ius puniendi*. Como se sugiere, es posible encontrar caminos que no priven de libertad a aquellas mujeres que en situación pobreza cometen delitos, buscando qué eximente de responsabilidad es más aplicable a su conducta desviada. Es tarea del aparato judicial en su conjunto ver si pueden optar a salidas alternativas, como un acuerdo reparatorio o una suspensión condicional del procedimiento, servicios a

¹²⁹DAMMERT, L. 2007. Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina. 2ªed. Quito, Ecuador. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO Sede Ecuador). 2: 191-191.

¹³⁰ BOUTAUD, V. 2014. Mujer, maternidad y delito: Triple desafío para el sistema de justicia. Revista de la Defensoría Penal Pública. Mujeres y sistema penal. 6(11): 49.

¹³¹ VON BOGDANDY, A. 2014. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. 9p.

favor de la comunidad u otras alternativas a las penas privativas de libertad, y no evitarlos a toda costa.

Otro tema que apremia, es la falta de políticas sociales de reinserción para personas que estuvieron presas, pero más que apunten a insertarlas, hay que habilitarlas para que puedan ejercer laboralmente libres de prejuicios, y para esto hace falta mucho más que cambiar la forma de ejecución de las penas con fines de resocialización, es necesario que la humanización de las cárceles esté acompañada de políticas que ayuden a que la sociedad no discrimine a las personas que estuvieron privadas de libertad, para que así puedan insertarse realmente en la sociedad y no caigan en el círculo vicioso de la reincidencia por falta de oportunidades.

También hay que poner atención en el escaso grado de escolaridad que tienen las mujeres que cometen delitos, pues esto les impide acceder a trabajos que les permitan tener remuneraciones suficientes. De acuerdo a un estudio realizado por Doris Cooper en el año 1996, de las mujeres condenadas por delitos contra la propiedad, el 74% había cursado como máximo octavo básico, y el 10% era analfabeta, es decir, un 84% se encontraba marginada del sistema educacional. También se revela que el 83% de aquellas se encontraban sin pareja, cifra que demuestra el alto número de mujeres jefas de hogar que deben proveer tanto para ellas como para sus hijas e hijos. Es por todo esto que los robos y hurtos se vuelven el oficio permanente de muchísimas mujeres con una vida lamentablemente precarizada¹³².

Otro asunto que debiera preocupar profundamente, son los daños colaterales que arrastra la prisión de mujeres a niños, niñas y adolescentes, ya que no pueden ver a su madre, lo que dificulta posteriormente la reinserción social. Estos daños a la infancia se manifiestan por ejemplo cuando castigan a las mujeres dentro de las cárceles (como tener celulares, o auto lesionarse), en muchas oportunidades la sanción administrativa que reciben es la privación de visitas, lo que bajo ningún parámetro puede ser una sanción proporcional, ya que se genera un

¹³² ARAYA, M. 2014. ¿Por qué delinquen las mujeres. Revista de la Defensoría Penal Pública. Mujeres y sistema penal. 6(11): 26-28.

sufrimiento innecesario a la familia o a las personas que visitan a la reclusa, pero por sobre todo hacia la madre y sus hijas e hijos.

El problema recién descrito se genera por contrariar las Reglas de Bangkok, reglas entregadas por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas para el tratamiento de las mujeres en prisión con el fin de atender adecuadamente sus necesidades y a las de las niñas y niños. El hecho de privar de visitas a las mujeres trasgrede la regla 13° que señala que “las sanciones disciplinarias para las reclusas no comprenderán la prohibición del contacto con sus familiares, especialmente con los niños”, tristemente esta es tan sólo una de las muchas reglas de Bangkok que no se satisfacen, vulnerándose sistemáticamente los derechos de las mujeres privadas de libertad, y de su familia.

Por último, me cabe la duda, ¿por qué los delitos que cometen las personas pobres genera miedo en las personas?, ¿por qué socialmente no generan más miedo los delitos de corrupción? que dañan profundamente la confianza hacia las instituciones del Estado; o ¿por qué no sentimos miedo del financiamiento irregular de los partidos políticos y sus campañas electorales? que destruye la democracia; ¿por qué no nos dan miedo los delitos de colusión?, como la de las farmacias, que vulnera la salud y la dignidad de las personas. Y bueno, la verdad es que esto no nos da miedo, nos da rabia, y la rabia en algún momento revienta, como en la Revuelta de Octubre del año 2019, pero en Chile hay poco de justicia, y lamentablemente, pese a las masivas y largas movilizaciones, se siguen riendo en la cara de todo el pueblo chileno, que es quien realmente sostiene este país (y a la burguesía), pero sobre todo, se siguen riendo de los y las desaventajadas del sistema, siendo personas olvidadas, relegadas, marginadas. A la gente, le da rabia la colusión, la corrupción y el financiamiento irregular de campañas, pero como no son rabias que atenten contra el gran capital, el Estado neoliberal no genera una atmosfera de dar prioridad a la búsqueda de justicia, sino que castiga con clases de ética a quienes dañan la democracia, con delaciones compensadas, con rebajas de condena que quedan en acuerdos reparatorios, con penas de multas, o con cualquier pena (y muchas veces la absolución) que no sea la cárcel. En resumen, en Chile sólo se encarcela la pobreza.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO, J. 1988. Políticas sociales y desarrollo: Chile, 1924-1984. Cieplan. P.50. [en línea] <<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3411.html#documentos>> [consulta: 10 septiembre 2020].
- BARRIGA, F., DURÁN, G., SATO, A. y SÁEZ, B. 2020. No es amor, es trabajo no pagado: Un análisis del trabajo de las mujeres en el Chile actual. Fundación Sol. Chile.
- BRANDER, F., REISER, L. y SANHUEZA, G. 2019. El encarcelamiento femenino en Chile: calidad de vida penitenciaria y necesidades de intervención. Revista de Ciencias Sociales 32(45): 121. [en línea] < <http://dx.doi.org/10.26489/rvs.v32i45.5>> [consulta: 20 octubre 2020].
- BOHOSLAVSKY, J., FERNÁNDEZ, K. y SMART, S. (Eds). Complicidad económica con la dictadura chilena: un país desigual a la fuerza. Chile. LOM Ediciones.
- Boletín Estadístico Gendarmería de Chile, Subdirección Técnica N°122 año III, 2019.
- BUIL, D. 2016. Criminología (II): evolución teórica: pasado, presente y futuro. Término Crimipedia: Criminología Feminista.
- CARDENAS, A. 2011. Mujer y cárcel en Chile. Instituto de Investigación en Ciencias Sociales. Universidad Diego Portales.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. 2011. Mujeres en prisión. Los alcances del castigo. Siglo Veintiuno Editores S.A. Argentina.
- CEPAL. 2018. Panorama social de América Latina 2018. Informe anual. [en línea] <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/44395-panorama-social-america-latina-2018>> [consulta: 12 septiembre 2020].
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2009. Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos. Doc.57.
- COMUNIDAD MUJER. 2019. ¿Cuánto aportamos al PIB? Primer Estudio Nacional de Valoración Económica del Trabajo Doméstico y de Cuidado no Remunerado en Chile. Chile.
- COOPER, Doris. 2002. Criminología y Delincuencia Femenina. Santiago, Chile. LOM Ediciones.

- COUSO, J. y HERNÁNDEZ, H. 2011. Código Penal Comentado. Chile. Legal Publishing.
- CURY, E. 1988. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Ed. 2° actualizada. Editorial Jurídica de Chile.
- DAMMERT, L. 2007. Perspectivas y dilemas de la seguridad ciudadana en América Latina. Ecuador. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- DAS NEVES, Thereza Cristina Coitinho. 2014. La securitización de la política criminal postmoderna y lineamientos para un proceso de resistencia. Cuadernos de derecho penal (12).
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Departamento de Estudios Defensoría Nacional. 2016. Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada “Agenda Corta”.
- DESIGUALES Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile. 2017. Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo (PNUD). [en línea] <<https://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/poverty/desiguales--origenes--cambios-y-desafios-de-la-brecha-social-en-.html>> [consulta: 15 mayo 2020].
- DÍAZ, I. 2012. Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. Revista Ius et Praxis (2).
- DÍEZ, L. 2004. El nuevo modelo de seguridad ciudadana. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (06-03).
- Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios. 2011. ¿La Maternidad Castigada? Discriminación y Malos Tratos. Aporte al debate (25).
- DUFF, A. 2014. La ley, el lenguaje y la comunidad: Algunas Pre-Condiciones de la Responsabilidad Penal. Revista de Argentina de Teoría Jurídica.15.
- DURÁN, G. y KREMERMANN, M. 2018. Los Verdaderos Sueldos en Chile: Panorama actual del valor de la fuerza del trabajo usando la ESI 2017. Estudios de la Fundación Sol. Chile.
- ESPINOZA, O. 2016. Mujeres privadas de libertad ¿es posible su reinserción?. Caderno CRH 29(3). [en línea] < <https://doi.org/10.1590/S0103-49792016000400007>> [consulta: 19 octubre 2020].

- FEDERICI, S. 2015. Calibán y la bruja: mujeres, cuerpo y acumulación originaria. 2° ed. Argentina. Tinta Limón.
- FEDERICI, S. 2018. El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo. España, Traficante de sueños.
- FEDERICI, S. 2013. Revolución en punto cero. España, Traficante de Sueños.
- FIGUEROA, J. 2008. Mujeres caneras: El lado B del nuevo protagonismo femenino. CIPER, Chile, 12 de Junio.
- FULLER, N. 2008. La perspectiva de género y la criminología: una relación prolífica. Tabula Rasa. 97-100 (8).
- GENDARMERÍA DE CHILE. Compendio Estadístico Penitenciario 2018. [en línea] <[https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio Estadistico Penitenciario 2018.pdf](https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio_Estadistico_Penitenciario_2018.pdf)> [consulta: 4 marzo 2020]
- GONZÁLEZ, M. y PÉREZ, C. 2016. La política criminal y la seguridad ciudadana en Latinoamérica: Apreciaciones actuales. International e-Journal of Criminal Science. (10).
- GREEN, S. Just Deserts in Unjust Societies. A Case-specific Approach. Editorial Marcial Pons.
- GONZÁLEZ, M. 1998. Criminología. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I y II.
- GONZÁLEZ, M. y PÉREZ, C. 2016. La política criminal y la seguridad ciudadana en Latinoamérica: Apreciaciones actuales. International e-Journal of Criminal Science. (10).
- HIKAL, W. Criminología sociológica. [en línea] Derecho y Cambio Social. 31 de marzo, 2012. <[https://www.researchgate.net/publication/335172211 Criminologia sociologica](https://www.researchgate.net/publication/335172211_Criminologia_sociologica)> [consulta: 29 de febrero 2020].
- HOBBS, T. 1980. Leviatán. 2° ed. Madrid, España. Editorial Nacional.
- Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. 1995. Naciones Unidas.
- Instituto Nacional de Estadísticas Chile. 2020. XI Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC 2019).

- KIRCHHEIMER, O. y RUSCHE, G. 1984. Pena y Estructura Social. Colombia. Editorial TEMIS Librería.
- LARRAGAÑA, O. y SANHUEZA, C. 2008. Las consecuencias de la segregación residencial para los más pobres. Observatorio Económico (19) [en línea] < <https://fen.uahurtado.cl/revistas-y-publicaciones/oe/oe-2008/>> [consulta: 15 septiembre 2020].
- LEIVA, M. 2020. Si se contabilizara, el trabajo doméstico no remunerado aportaría 21,8% al PIB. [en línea] La Tercera en Internet, Chile, 22 de enero, 2020. <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/se-contabilizara-trabajo-domestico-no-remunerado-aporaria-218-al-pib/982359/>> [consulta 2 de marzo 2020].
- LORCA, R. 2012. Pobreza y Responsabilidad Penal. *En*: GARGARELLA, Roberto (coord.). El castigo penal en sociedades desiguales. Argentina, Miño y Dávila Editores.
- MACKINNON, C. 1989. Hacia una teoría feminista del derecho. España, Ediciones Cátedra.
- MAJONE, G., SPINA, A. 1993. El Estado regulador. *Gestión y Política Pública* 11(2).
- MATUS, J. y RAMÍREZ, M. 2015. Lecciones de Derecho Penal Chileno: fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo. 3° ed. Chile, Thomson Reuters.
- MAÑALICH, J. El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N°11 del Código Penal Chileno. *En*: Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury. Legal Publishing, Thomson Reuters.
- MAÑALICH, J. 2006. El “hurto-robo” frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión. *Revista de Estudios de la Justicia*. (7).
- Ministerio de Desarrollo Social (Chile). 2017. Informe de análisis de estadísticas para monitoreo de equidad de género, en base a la serie de datos de Encuesta Casen. Chile.
- Ministerio Público de Chile. Política Nacional de Persecución Penal.
- MORALES, A. 2012. La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden. *Política criminal*. 7(13).
- MURPHY, J. 2016. Marxismo y Retribución. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. 17.
- NOGUEIRA, H. 2006. El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 13(2).

- OECD. 2018 Estudios Económicos de la OCDE Chile 2018. [en línea] <<https://www.oecd.org/economy/surveys/Chile-2018-OECD-economic-survey-Spanish.pdf>> [consulta: 2 marzo 2020].
- PEARCE, D. 1978. The feminization of poverty: Women, work and welfare. Urban and social change review. 11(1-2).
- PEREZ, R. y SANDOVAL, D. 2020. La geografía de la desigualdad y del poder. [en línea] Ciper. 26 de enero, 2020. <<https://www.ciperchile.cl/2020/02/26/la-geografia-de-la-desigualdad-y-del-poder/>> [consulta 18 septiembre 2020].
- PNUD. 2017. Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile. Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo (PNUD). [en línea] <<https://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/poverty/desiguales--origenes--cambios-y-desafios-de-la-brecha-social-en-.html>> [consulta: 17 junio 2020].
- RAMÍREZ, L. 2013. El enfoque anomia-tensión y el estudio del crimen. Sociológica. 28 (78).
- RAWLS, J. 2008. A Theory of Justice. Ed. 7°. México. Fondo de Cultura Económica.
- REYES, V. 2008. Anomia y criminalidad: Un recorrido a través del desarrollo conceptual del término Anomia. Estudios Criminológicos. 50(1).
- SALAS, M. 2005. Estudio Sociológico y Psicosocial de la vida intrapenitenciaria de las reclusas. Memoria para optar al título de Sociólogo. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales.
- SÁNCHEZ, J. 2016. Efectos colaterales de la prisión. InDret: 2.
- SECO, J.M. 2017. De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar. Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos (36). [en línea] <<http://hdl.handle.net/10016/26203>> [consulta: 10 septiembre 2020].
- SUNSTEIN, C. y THALER, R. 2008. Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad. Estados Unidos. Yale University Press.
- TADROS, V. 2014. Pobreza y Responsabilidad Criminal. Revista Argentina de Teoría Jurídica 15.

- TORTOSA, J. 2009. Feminización de la pobreza y perspectiva de género. Revista Internacional de Organizaciones (3).
- URIBE-ECHEVARRÍA, V. 2008. Inequidades de género en el mercado laboral: el rol de la división sexual del trabajo. Cuaderno de Investigación N° 35, División de Estudios, Dirección del Trabajo. Chile.
- VERGARA, F. 2019. El urbanismo represivo de Pinochet: la violenta neoliberalización del espacio en Santiago. En: BOHOSLAVSKY, J., FERNÁNDEZ. K. y SMART, S. (Eds). Complicidad económica con la dictadura chilena: un país desigual a la fuerza. Chile. LOM Ediciones.
- VON BOGDANDY, A. 2014. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>.
- WARRIOR, B. y LEGHORN, L. 1975. Houseworker's handbook. Ed. 3°. Enlarged.
- WILENMANN, J. 2014. El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile. Revista de Derecho (Valdivia). 28 (1).
- WILENMANN, J. 2014. El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal. Revista para el análisis del derecho InDret. (3).

CASOS:

- 9° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 0600199752-k, RIT N° 2393-2006.
- Juzgado de Garantía de San Bernardo, RUC N° 0700764848-5, RIT N° 6958-2007.
- Juzgado de Garantía de Valparaíso, RUC N° 0600365092-6, RIT 4439-2006.