



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

“MALAS MADRES”
Discriminación interseccional, delitos de abandono y
prueba

Memoria para optar al título académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Valentina Victoria Concha Alten
Profesor guía: Juan Sebastián Vera Sánchez

Santiago, Chile
2023

A las mujeres de mi vida

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
1. La maternidad como una construcción histórica y cultural	8
1.1 Breve descripción histórica de la maternidad premoderna.....	11
1.1.1 Civilización Greco- Romana.....	11
1.1.2 Religión Judeocristiana	13
1.2 El periodo ilustrado: el ascenso del instinto maternal	14
2. La maternidad desde la biología y la psicología	16
2.1 Cuerpo femenino e instinto maternal	16
2.1.1 El sistema sexo- género.....	16
2.1.2 Lactancia: representaciones de un imaginario materno	19
2.2 Instinto maternal y psicología: el desarrollo moral de las mujeres	21
2.2.1 La ética del cuidado de Gilligan	23
3. El Derecho como creador de la subjetividad materna	26
3.1 Mujer(es), Derecho y Maternidad.....	26
3.2 Derecho Penal, mujeres y maternidad	30
1. Los delitos de abandono de niños	34
1.1 Antecedentes histórico- normativos de los delitos de abandono:.....	34
1.2 Los delitos de abandono en el Código Penal.....	36
1.2.1 Bien jurídico protegido y características generales de las figuras de abandono.....	36
1.2.2 Conducta típica: alcance de la noción abandonar y formas de comisión	39
1.2.3 Sujeto pasivo y lugar de comisión del delito.....	41
1.2.3.1 Abandono de niños menores de siete años.....	41
1.2.3.2 Abandono de niños menores de diez años	41

1.2.4	Agravantes.....	43
1.2.4.1	Sujeto activo	43
1.2.4.2	Consecuencias del abandono	44
1.2.5	Relaciones concursales: distinción entre abandono, lesión, infanticidio y homicidio.....	45
2.	Los delitos de abandono de niños como delitos de omisión.....	45
2.1	Los delitos de omisión	45
2.1.1	Delitos de omisión propia o simple omisión	47
2.1.2	Delitos de omisión impropia o comisión por omisión	48
2.2	Tipos omisivos, abandono de niños y perspectiva de género: una crítica necesaria	51
3.	Los delitos de abandono en el Derecho Comparado	56
3.1	Argentina	57
3.2	España	60
1.	La imparcialidad judicial como expresión de igualdad en el proceso penal.....	65
1.1	La sana crítica y el problema de la racionalidad limitada	67
1.2	Sesgos y estereotipos en las máximas de experiencia	72
1.2.1	Máximas de experiencia y maternidad	72
1.2.2	Sesgos y estereotipos en las decisiones judiciales	77
2.	La interseccionalidad como factor de discriminación	83
2.1	El enfoque interseccional	83
2.3	Análisis de casos de discriminación interseccional	85
2.3.1	El caso de Gabriela Blas	85
2.3.1.1	Aspectos judiciales	87
2.3.1.2	Maternidad indígena y etnocentrismo judicial	91
2.3.2	El caso de Joane Florvil	95

2.3.2.1 Aspectos judiciales	96
2.3.2.2 Maternidad migrante y racismo institucional.....	98
CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFÍA	104

INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, nuestro país ha atravesado distintos procesos sociales que han marcado un hito y el inicio de una nueva etapa en nuestra historia. Desde las últimas décadas ha existido un malestar generalizado en la sociedad, especialmente de ciertos grupos que han sufrido históricamente contextos de vulnerabilidad y discriminación.

Las instituciones, por su parte, se resisten a incorporar una visión que integre un reconocimiento de las distintas realidades y subjetividades de estos grupos que conforman nuestro diverso tejido social. En el caso de las mujeres, quienes por su género se han visto expuestas a la discriminación y violencia patriarcal, la intersección con otros factores como la cultura, raza y una situación económica precaria, acentúan en distintos grados la violencia y afectación de sus derechos.

A su vez, el género femenino y la maternidad, relación históricamente marcada por mitos, tensiones y contradicciones, se complejiza aún más en tanto se agregan estos factores en una sociedad que se autopercibe como homogénea. En los últimos años han surgido casos donde se criminalizan a mujeres que son madres, debido a que no cumplen con el estándar ideal de la maternidad según la cultura occidental predominante. Mujeres que son acusadas de cometer el delito de abandono de sus hijos y ser “malas madres”, donde se invisibiliza su experiencia de inequidad estructural de género, raza y pobreza.

Este trabajo tiene como objetivo visibilizar la discriminación interseccional que sufren mujeres en contextos vulnerables al momento en que las instituciones las categorizan como “malas madres”, basándose en sesgos y estereotipos, para probar la infracción de deber de cuidado y la falta a su posición de garante en los delitos de abandono de niños establecidos en los artículos 346 a 351 del Código Penal.

Se plantea que, en la construcción del estándar de la posición de garante de las mujeres respecto a sus hijos, se presentan sesgos y estereotipos que generan un estándar superior, el de la madre ideal y sacrificada, que todo lo sabe y todo lo puede, siendo esto amparado por el mito de que la maternidad es inherente a lo femenino. Esto trae como consecuencia una doble desventaja y desconfianza por parte de los jueces cuando la madre no puede satisfacer ese estándar por su contexto vulnerable.

En el primer capítulo nos acercaremos desde un enfoque multidisciplinario sobre como la creencia de que la maternidad es esencial a las mujeres ha atravesado la historia, la ciencia, la

psicología y también el Derecho, teniendo un gran impacto específicamente en el Derecho Penal y la criminalización de las mujeres. En el segundo capítulo, se realiza un análisis dogmático penal de los delitos de abandono del Código Penal, teniendo presente los antecedentes histórico-normativos, desde una perspectiva de género y comparada.

Finalmente, en el tercer capítulo se abordarán problemas propios de instituciones del Derecho Procesal Penal, como la sana crítica y los límites de la racionalidad para impedir que sesgos y estereotipos influyan en casos donde mujeres son acusadas de abandonar a sus hijos. Luego, utilizando la interseccional como herramienta analítica, se analizan casos como el de la pastora aymara Gabriela Blas y la joven haitiana Joane Florvil, para develar que la intersección entre género, etnia, raza y clase es utilizada como categoría de “mala madre”.

CAPÍTULO PRIMERO:

“LAS MUJERES COMO FUENTE ESENCIALISTA DE LA MATERNIDAD”

“La mujer no existe, si por existencia se entiende que “la mujer” sobrevive a los vaivenes de la historia (o del tiempo), y de la sociedad (o del espacio) siempre idéntica a sí misma”

Alicia Ruiz

1. La maternidad como una construcción histórica y cultural

En la mayoría de las sociedades a lo largo de la historia universal, la maternidad ha sido considerado parte inherente de la identidad femenina. Las mujeres han sido consideradas madres por naturaleza, principalmente debido su biología, es decir, su capacidad reproductora, la cual se ha considerado como destino inexorable del sentido de vida femenino.

Estas representaciones colectivas llegan a complejizarse al punto de ser introyectadas por lo sujetos, en este caso las mujeres, donde puede llegar a afectar en la construcción de la propia autopercepción y valía personal, estando la creencia que la mejor forma de “desarrollarse como mujer” es siendo madre. Así, se ha dicho que “es a través de nuestras propias narraciones como principalmente construimos una versión de nosotros mismos en el mundo, y es a través de sus narraciones como una cultura ofrece modelos de identidad y acción”¹.

En el caso de la maternidad, considerándola como un fenómeno biológico, psicológico y sociocultural, ha sido fuente de juicio y de creación de categorías, cada una con sus propias características, incluso contradictorias entre sí, pero que no dejan de tener una premisa base en común: las mujeres son fuente esencial de la maternidad y ese es su destino.

Así, aparece el arquetipo universal o estereotipo de la “buena madre”, que como establece Moreno, se presenta como una mujer “que sólo quiere lo mejor para sus hijos, cuyas necesidades intuye sin ningún esfuerzo. Adora a sus retoños y los encuentra fascinantes. Esta madre se adapta exquisitamente a sus hijos y posee tantos recursos que es inmune al aburrimiento. Ocuparse de sus

¹BRUNER (1997) p. 15.

hijos le resulta tan natural como respirar, y la crianza es una fuente de placer que no requiere disciplina o autosacrificio”².

Todas estas características se han interpretado a lo largo de la historia como una arista inherente de la subjetividad femenina, donde cualquier conducta “desviada” por parte de la mujer es considerada anormal y patológica. El punto está en que todos estos atributos del arquetipo universal que nos presentan, como diría Yanira Zúñiga, trata de una feminidad/maternidad descontextualizada³, en tanto no se hace visible que todas estas características se insertan dentro de un contexto muchas veces privilegiado. Como establece Moreno, este ideal tiene de escenario un estado civil, una edad, una orientación sexual⁴, y por nuestra parte agregamos, un estatus económico y cultural.

Cualquier factor que no se acomode al estereotipo de la buena madre, contribuye a alimentar su antagonista, la “mala madre”. Aquella “mujer aburrída de su progeñie, indiferente a su bienestar; tan narcisista y centrada en sí misma que no puede saber qué interesa más a sus hijos. Insensible a sus necesidades, es incapaz de tener empatía con ellos y los usa frecuentemente para su propia gratificación. Esta mujer daña a sus hijos sin saberlo y, dada su inconsciencia, no es capaz de cambiar de actitud”⁵. La mala madre es la que no es capaz de satisfacer las necesidades de sus hijos a la perfección, ya sea por causas internas a ella misma o a su contexto.

Desde las ciencias sociales, esta forma de concebir la maternidad ha comenzado a problematizarse, en la medida que ha dejado de ser vista como atributos esenciales al género femenino. Historiadoras y antropólogas feministas comenzaron a analizar la maternidad como un fenómeno social, “en tanto no es un “hecho natural”, sino una construcción cultural multideterminada, definida y organizada por normas que se desprenden de las necesidades de un grupo social específico y de una época definida de su historia”⁶. En ese sentido, lo que significa ser una buena madre ha dependido del contexto histórico y cultural en el cual este imaginario se inserta, el cual ha variado a lo largo del tiempo y la geografía, donde ha estado sujeto principalmente a modelos de control del trabajo, la sexualidad, la familia y las capacidades de los individuos⁷.

²MORENO (2009) p. 14.

³ZÚÑIGA (2018) p. 233.

⁴MORENO (2009) p. 14.

⁵MORENO (2009) p. 15.

⁶PALOMAR (2005) p. 36.

⁷SÁNCHEZ (2019) p. 229.

Este análisis sobre la maternidad tuvo como escenario previo las teorías feministas de 1960, las cuales reivindicaban el estudio de las áreas más íntimas de la vida de las mujeres, como la sexualidad, la vida doméstica y la familia. Asimismo, intentaron demostrar cómo “los discursos patriarcales no son modelos neutrales, universales o incuestionables, sino que son efecto de las posiciones (políticas) específicas ocupadas por los hombres”⁸.

Bajo ese supuesto, Palomar establece que la maternidad es un fenómeno e imaginario colectivo, el cual está determinado por discursos y prácticas sociales⁹. Discursos hegemónicos que son esencialmente patriarcales, y que dotan de contenido, desde un punto de vista masculino, al género femenino y a la maternidad. Así también, las prácticas sociales, que por su parte, confirman y refuerzan estos discursos.

Estos discursos hegemónicos, a los que Foucault denomina el “poder- saber”, actúan como “mecanismos de poder que enmarcan la existencia de los individuos; una adaptación y un afinamiento de los aparatos que se ocupan de su conducta cotidiana, de su identidad, de su actividad, de sus gestos aparentemente sin importancia, y los vigilan”¹⁰. En el caso de la maternidad y la identidad femenina, se ha dicho que ha sido principalmente moldeadas por el poder-saber médico-jurídico¹¹, y al mismo tiempo de la narrativa histórica y cultural que ha construido el imaginario maternal.

Bajo esas consideraciones, el objetivo de este primer capítulo es dar a conocer el fenómeno de la maternidad desde una perspectiva multidisciplinaria, visibilizando esta perpetuación transversal de este paradigma feminidad/maternidad. Para ello es necesario remontarnos primeramente a la historia de la maternidad y cómo este imaginario ha ido construyéndose en las distintas épocas y culturas de Occidente. El propósito de este breve repaso histórico radica en evidenciar cómo los diferentes imaginarios de maternidad que atraviesan la historia son parte de nuestras concepciones y narrativas culturales inconscientes, los cuales, como veremos, se expresan en sesgos y estereotipos exigibles a mujeres madres desde el ordenamiento jurídico, que no siempre podrán o querrán ser capaces de cumplir.

⁸GROSS (1995) p. 95.

⁹PALOMAR (2005) p. 36.

¹⁰FOUCAULT (2008) p. 81.

¹¹SÁNCHEZ (2019) pp. 227-248.

1.1 Breve descripción histórica de la maternidad premoderna

La historiadora francesa Yvonne Knibielher ha investigado latamente la historia de la maternidad de la civilización occidental. Es así como comienza su investigación dentro de las distintas corrientes que influenciaron nuestra cultura, siendo principalmente las mediterráneas, las cuales compartían un distintivo en común: en su mayoría eran patriarcales.

1.1.1 Civilización Greco- Romana

En la Antigua Grecia la maternidad podría distinguirse según se tratara de mujeres diosas o mortales. En el caso de las diosas, “la mitología griega era un lugar donde se proyectaban los deseos, angustias y contradicciones propias del ser humano, permitiendo enfrentar las ambigüedades emocionales y complejidades de las relaciones humanas”¹². En esa línea, las diosas eran consideradas más allá de su rol maternal, a diferencia de las mortales donde la norma y destino era ser madres.

Las diosas griegas no se dedicaban solo a la maternidad, cada diosa representaba distintas connotaciones y diferentes roles que los hombres les otorgaban a las mujeres. La historiadora Sarah Pomeroy establece que “las diosas son imágenes arquetípicas de hembras humanas, tales como las ven los hombres. [Donde]¹³ la distribución de características deseables entre un número de mujeres, más bien que su concentración en un sólo ser, es apropiada a una sociedad patriarcal”¹⁴. De esta forma, la diosa que representaba la dimensión sobrenatural de la maternidad era Deméter.

Por otro lado, estaba Atenea, quien representaba atributos que para los griegos eran eminentemente masculinos, como la inteligencia y la guerra, siendo además virgen, se consideró como una diosa masculinizada. Así también estaba Afrodita, que representaba la belleza física, el placer femenino y la fertilidad. Sin embargo, su simbolismo de fertilidad se ve opacado por su gran relevancia en el plano sexual, donde se recalca que fue la única diosa adúltera.

Asimismo, en la mitología griega podemos vislumbrar las primeras características de cómo debe comportarse una madre frente a sus hijos, donde el amor maternal, el sacrificio, y la función

¹²KNIBIELHER (2001) p. 14.

¹³El paréntesis es mío.

¹⁴POMEROY (1999) p. 23.

devota a la crianza familiar eran lo normalmente aceptado. Esto podemos comprobarlo con el mito de Medea, quien mató a sus propios hijos a modo de venganza de la traición de Jason, su marido. Siendo uno de los primeros mitos donde se narra el infanticidio, la sociedad griega le dio especial atención teatral desde el horror, donde su figura materna “reniega de su propia naturaleza, crea el escándalo supremo, la anarquía suprema. Comete, también, un crimen de lesa paternidad”¹⁵

Por otro lado, dentro de la estructura de la sociedad griega, la mujer mortal estaba condenada a ejercer un solo prototipo ideal femenino, donde la maternidad era considerada como el momento de mayor madurez y relevancia social en la vida de la mujer. Es así como Knibiehler da cuenta que “el parto, momento capital de la vida de las mujeres, se vivía colectivamente y era relevante para varias generaciones (...) Las madres griegas formaban parte de la ciudadanía pues la transmitían: el hijo de un ciudadano no era ciudadano si su madre no había sido hija de un ciudadano”¹⁶.

Ahora bien, por parte del Imperio Romano, su herencia más auténtica fue integrar la maternidad a la vida jurídica. De esta manera la maternidad se regulaba dentro de un marco familiar basado en un derecho patriarcal, donde las leyes y el *pater familias* instrumentalizaban el cuerpo de la mujer, reduciendo su valor solo a la capacidad de su útero:

“Cuando un marido moría durante el embarazo de su mujer, el feto tenía lugar como heredero de su padre. El lenguaje jurídico lo designa como el nombre de “vientre” y, para protegerlo, los jueces designaban “curadores del vientre”. La mujer que lo llevaba no era ni esposa ni madre, se reducía al “vientre”, su matriz, cuerpo jurídico del niño por nacer. El derecho paterno investía por completo el cuerpo materno”¹⁷. Así, para el derecho romano el vientre de una mujer era visto como un bien jurídico protegido, siendo un medio para el cuidado y desarrollo de futuros ciudadanos del Imperio. La mujer quedaba a la sombra de su imagen de madre, siendo la más virtuosa, aquella que engendraba muchos hijos y los criaba para la guerra.

¹⁵KNIBIELHER (2001) p. 14.

¹⁶KNIBIELHER (2001) p. 12.

¹⁷ KNIBIELHER (2001) p. 19.

1.1.2 Religión Judeocristiana

Avanzando en el tiempo, desde la instauración de la religión judeocristiana, se creó un nuevo paradigma monoteísta, donde existía un solo dios masculino todopoderoso, donde la figura de las diosas griegas y sus distintas significancias fueron ocultadas al alero de solo una forma de acercarse a lo divino, Dios.

Dentro de este marco religioso, la figura de la mujer quedó principalmente simbolizada por la Virgen María, siendo objeto de culto y simbolismos que cambiaron la forma de significar la maternidad, donde según Knibiehler, su principal característica era su obediencia, ya no solo hacia los hombres, sino también hacia una voluntad divina por medio de su virginidad, y a través de las relaciones que mantiene con su hijo¹⁸. Es así como la autora establece que:

“La castidad y la virginidad eran predicadas ante los creyentes como virtudes de “salvación” por excelencia, preferibles a la fecundidad. Para las mujeres piadosas, la maternidad carnal dejó de ser, entonces una vocación prioritaria: las cristianas fueron las primeras en obtener el derecho a negarse al matrimonio y a la procreación, para dedicarse a Dios”¹⁹

La mujer cristiana quedaba relegada a dos instancias, el matrimonio, donde se ejercía un control sobre su sexualidad y fecundidad, dentro del cual estaba obligada a tener hijos y así formar una familia numerosa. O bien, se relegaba a la virginidad comprometiéndose con Dios.

Asimismo, las cualidades de cómo debiera ser una madre ideal, se vieron asociadas a la amor, bondad, sumisión, consuelo y sacrificio que María transmitía en su relación con su hijo. Símbolo de esto es el incentivo a la lactancia materna del recién nacido, donde “la leche evocaba también la consagración sin límites de la madre, la oblación de su cuerpo, la relación íntima que entablaba con el niño (...) La leche de la Santa Virgen simbolizaba su compasión inagotable por los seres humanos”²⁰.

Como contracara de María, se encuentra la figura de Lilith en el Génesis, representando a la mujer desviada y mala madre, siendo la primera mujer creada por Dios, junta a Adán. Según el

¹⁸KNIBIEHLER (2001) p. 27.

¹⁹KNIBIEHLER (2001) p. 29.

²⁰KNIBIEHLER (2001) p. 29.

mito hebreo, lo que caracterizó su historia fue precisamente su desobediencia hacia el hombre, lo que la llevó a ser considerada como rebelde y un símbolo del mal.²¹.

1.2 El periodo ilustrado: el ascenso del instinto maternal

Con la llegada de la filosofía de las Luces a mediados del siglo XVIII y el nacimiento del Estado Moderno, la maternidad tuvo un rol protagónico en la nueva sociedad que estaba naciendo como nunca lo había tenido en la historia. Lo particular de época, no es sólo por ser las bases valóricas y políticas de occidente en la actualidad, sino también por llevar a un reconocimiento de la labor de las mujeres en su rol de madres en la sociedad. Como establece Knibiehler, esta nueva concepción “alejó a las mujeres de la vida pública pero no las encerró en casa. De manera indirecta y siempre bajo control, las asoció a los grandes cambios”²².

Previo a este periodo, según la historiadora Elizabeth Badinter, la mayoría de las madres de la época no se encargaban personalmente de sus hijos recién nacidos, donde las mujeres de la aristocracia y la burguesía delegaban este trabajo a las famosas nodrizas de la época²³. Luego, dentro de las preocupaciones de este nuevo paradigma político, se encontraban las altas tasas de mortalidad de los bebés recién nacidos, donde los médicos de aquella época culparon a las nodrizas por la mala salud y nutrición de los bebés en sus primeros años de vida. Los nuevos valores del Estado y la sociedad llamaban a las madres a alimentar a sus hijos con su propia leche, brindándoles toda su atención y preocupación por su crianza. Solo así nacerían hombres sanos y libres, aptos para crear el nuevo Estado, “la maternidad alcanzó el rango de símbolo político”²⁴.

La asociación de la maternidad como algo propio de la naturaleza de la mujer estaba ligado a la concepción de su rol de incapaz en la esfera intelectual y pública, donde su contribución social era precisamente siendo una buena madre. Así, junto con aumentar el estándar de maternidad, se propagó la idea de que este ámbito femenino podía ser un espacio donde mujeres podían aportar a la esfera pública, siendo designadas como guardianas de la moral social²⁵.

Es así como la nueva concepción del Estado tenía como valores la libertad, igualdad y fraternidad, donde el símbolo era la “mujer madre”, donde “la maternidad alcanzó el rango de

²¹GONZÁLEZ (2013) p. 111.

²²KNIBIELHER (2001) p. 53.

²³BADINTER (1981) pp. 65 -116.

²⁴KNIBIEHLER (2001) p. 58.

²⁵IRIBARNE (2010) p. 196.

símbolo político”²⁶. Siendo uno de sus principales precursores Jaques Rousseau, quien en su libro “Emilio I o De la Educación” estableció que la maternidad, como parte de la naturaleza de la mujer, era lo que iba a refundar un nuevo orden social:

“Pero que las madres se dignen a criar a sus hijos, y las costumbres se reformarán en todos los pechos; se repoblará el estado; este primer punto, este punto único reunirá todo. El más eficaz antídoto contra las malas costumbres es el atractivo de la vida doméstica; se torna grata la impertinencia de los niños, que cree importuna, haciendo que el padre y la madre se necesiten, se quieran más uno al otro y estrechen entre ambos el lazo conyugal. Cuando es viva la familia, son las tareas domésticas la ocupación más cara para la mujer y el desahogo más suave del marido”²⁷.

Asimismo, si la educación de las mujeres comenzó a tener mayor aceptación, no fue para su desarrollo intelectual y espiritual, como si lo era para los hombres, sino más bien de perfilar y reorientar la identidad femenina acorde a los valores ilustrados, siendo este un modelo de mujer-esposa-madre instruida y eficaz para criar a los futuros ciudadanos²⁸.

En 1792, cuando la Revolución Francesa ya había expandido sus postulados a otras naciones, Mary Wollstonecraft escribió “La Vindicación de los Derechos de la mujer”, abogando por el derecho de las mujeres al acceso a la educación y ser tratadas como un ser racional y capaz igual que sus maridos. Wollstonecraft argumentó en base a la misma labor maternal de las mujeres, la importancia de su educación, al ejercer ellas una labor fundamental para el orden social, donde si fuesen educadas y ayudarían no solo a sus hijos y marido, sino también a repensar el Estado:

“Si los hombres rompieran con generosidad nuestras cadenas y se contentaran con la camaradería racional en lugar de la obediencia servil, hallarían en nosotras hijas más obsequiosas, hermanas más afectuosas, esposas más fieles y madres más juiciosas; en una palabra, mejores ciudadanas”²⁹.

Por último, si bien la maternidad fue una de las tantas bases para justificar el nuevo orden social, a fines del siglo XVIII se comenzó a prohibir la participación de mujeres en las asambleas políticas, justificado paradójicamente en la función materna que emanaba de la naturaleza de la mujer, la cual debía mantenerse en la esfera privada³⁰.

²⁶KNIBIEHLER (2001) p. 23.

²⁷ROUSSEAU (1762) p. 23.

²⁸CANTÓ (2005) p. 43-69.

²⁹WOLLSTONECRAFT (1792) p. 266.

³⁰SÁNCHEZ (2019) p. 231.

De esta manera, para convencer a las mujeres de mantenerse en la esfera privada en su rol materno, se creó una campaña desde la medicina y de los filósofos moralistas que propiciaban el discurso del instinto materno, el cual perdura hasta nuestros días en los discursos médicos no están exentos de contradicciones como veremos en el siguiente capítulo. Citando a Badinter, “le crean a la mujer la obligación de ser ante todo madre, y engendran un mito que doscientos años más tarde seguiría más vivo que nunca: el mito del instinto maternal, del amor espontáneo de toda madre hacia su hijo”³¹.

2. La maternidad desde la biología y la psicología

2.1 Cuerpo femenino e instinto maternal

Hasta el momento hemos visto como esta concepción del instinto maternal ha tenido distintas significaciones según el periodo histórico y la cultura en el cual se inserta, donde las características que se repiten es la identidad de las mujeres asociada al de ser madres como destino natural por ser parte de su biología genética.

Así, desde la época ilustrada, la cual influenció los órdenes sociales actuales de la cultura occidental, el ideal de buena madre estuvo ligado a lo que el discurso médico masculino predominante construía alrededor del cuerpo femenino. Como diría Foucault, el cuerpo femenino se transformó en un “cuerpo dócil”, donde “las relaciones de poder operan sobre él una presa inmediata; lo cercan, lo marcan, lo doman, lo someten a suplicio, lo fuerzan a unos trabajos, lo obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos”³². A continuación, describiremos brevemente el debate en torno al sexo y al género, en tanto es relevante para comprender como la dimensión maternal es un signo que marca tanto al género femenino como al sexo.

2.1.1 El sistema sexo- género

Hasta los años sesenta, los términos sexo y género eran utilizados indistintamente, donde este último término es creado por en los contextos médicos. En 1955 se utiliza por primera vez la palabra género de la mano del psicólogo neozelandés John Money, quien estableció la existencia de un “papel de género” o *gender role*, siendo este el conjunto de conductas atribuidas a mujeres y

³¹BANDINTER (1981) p. 117.

³²FOUCAULT (2008) p. 30.

hombres, estableciendo que la adquisición de este papel de género se realiza por mecanismos similares a los del lenguaje³³. Sin embargo, en 1949, Simone de Beauvoir, en su libro “El segundo sexo”, ya había establecido la idea de que hombres y mujeres son el producto de una construcción social y no biológica, donde al mismo tiempo escribe su famosa frase “no se nace mujer: se llega a hacerlo”³⁴.

Avanzando en el tiempo, el concepto teórico “sistema sexo- género” propiamente tal, fue creado por las feministas anglófonas de los sesenta, siendo Gayle Rubin en 1975 quien define por primera vez este concepto como “el sistema de relaciones sociales que transforma la sexualidad biológica en productos de actividad humana y en el que se encuentran las resultantes necesidades sexuales históricamente específicas”³⁵.

De esta manera, el sistema sexo-género es entendido como aquel conjunto de valores y representaciones que operan en los individuos en un contexto sociocultural, el cual produce relaciones desiguales de poder que define roles y condiciones sociales distintas para hombres y mujeres, basado en la diferencia sexual. Este sistema estaría sustentado bajo otro paradigma previo, el cual es el par binario naturaleza-cultura, donde la naturaleza se relaciona con el sexo, entendiendo este último como un hecho biológico, es decir, como aquellas características fisiológicas que distinguen al macho y la hembra de la especie humana. Mientras que el género, asociado a la cultura, son los aspectos psico-socioculturales asignados a varones y mujeres por su medio social³⁶.

A su vez, la naturaleza es representada en nuestro imaginario colectivo como femenina, como aquello salvaje que debe ser domado o sometido por la cultura, siendo esta eminentemente masculina, activa y abstracta. Así, razón y mente se asocian con masculinidad y capacidad de acción, mientras que cuerpo y naturaleza representa la pasividad de lo femenino³⁷.

En esa misma línea, la capacidad gestante y reproductiva del cuerpo “femenino” como hecho biológico que se diferencia sexualmente del cuerpo “masculino” es tomado por este sistema sexo-género para afianzar ciertas estructuras de subordinación, “donde la cualidad reproductora de las mujeres es asimilada como un valor cercano a la naturaleza y por lo tanto inferior a los valores de la cultura que quedan en manos de los hombres”³⁸, asignándole el rol secundario de lo doméstico

³³AGUILAR (2008) párr. 12.

³⁴DE BEAUVOIR (2015) p. 371.

³⁵RUBIN (1975) pp. 157-210.

³⁶AGUILAR (2008) párr. 9.

³⁷BUTLER (2007) pp. 104-105.

³⁸GUERRA (2014) p. 231.

y el cuidado, lo cual al mismo tiempo interactúa con otros factores de opresión, como la raza y la clase social.

Aquí, justamente se encuentra la lógica biologicista de la maternidad que sustenta este supuesto instinto maternal como un valor de las sociedades occidentales. Como establece la académica Liliana Guerra, las estructuras del paradigma de familia burguesa-patriarcal, aún predominantes en nuestros tiempos, contiene una función transmisora de este sistema sexo-género, donde tanto la femineidad como la masculinidad se construyen en la intersubjetividad, mediante la interacción social, donde los padres depositan sus expectativas de género en sus hijos e hijas³⁹.

Hace sentido por tanto el planteamiento de Thomas Laqueur, sexólogo e historiador, quien establece que no solo el género, sino también el sexo se ve influenciados por lo que la sociedad espera, donde “el cuerpo es un actor en escena, listo para interpretar los papeles que le asigna la cultura”⁴⁰.

Así aparecen los llamados estereotipos de género, de los cuales hablaremos más profundamente en el tercer capítulo, donde básicamente son creencias populares sobre los atributos que caracterizan a un grupo social y sobre los que hay un acuerdo básico⁴¹. En ese sentido, se le tatuán al cuerpo femenino mandatos de buena maternidad, debido a que esta aptitud se manifestaría genéticamente desde muy temprana edad, “en la delicadeza y ternura de las niñas, en su inclinación “natural” a imitar a sus mayores: jugar a la mamá, a la casita, a las muñecas, etcétera, y se acentúa con la marca de la menstruación, así como durante el despertar de la madurez sexual o reproductiva, y conforme avanza el tiempo del reloj biológico activado por los estrógenos y la progesterona”⁴².

El sistema sexo- género y los estereotipos en torno al binomio mujer-madre, con el supuesto instinto maternal, son reforzados por los discursos médicos, pediátricos y psicológicos. Estos discursos crean criterios normativos de buena maternidad, donde “hacen recaer la responsabilidad del bienestar del hijo sobre la mujer y dan recetas para el comportamiento maternal”⁴³.

Por otro lado, como mencionamos al principio de este capítulo, estos discursos no están exentos de contradicciones en torno a los “saberes empíricos”, difuminándose la brecha entre buena/mala madre, complicando aún más este rol para las mujeres. A continuación, se expondrá

³⁹GUERRA (2014) pp. 232 - 236.

⁴⁰LAQUEUR (1994) p. 119.

⁴¹GONZÁLEZ (1999) p. 79.

⁴²ÁVILA (2004) p. 36.

⁴³LAMAS (2001) p.14.

brevemente de cómo la discusión en torno a la lactancia materna es un ejemplo de ello, siendo de gran relevancia a la hora de crear estereotipos y prejuicios en torno al comportamiento de una buena madre insertos en el imaginario colectivo de nuestra cultura occidental.

2.1.2 Lactancia: representaciones de un imaginario materno

Como establece la investigadora estadounidense Christina Bobel “la lactancia, quizás más que cualquier otro aspecto de la maternidad, nos obliga a lidiar con las ambigüedades que se encuentran en el centro mismo de la construcción y la vivencia de la maternidad”⁴⁴. Así, la lactancia como fenómeno biológico, es uno de los aspectos representativos de cómo el cuerpo de las mujeres se ha visto bajo el alero de distintas interpretaciones que nutren el estándar de buena o mala madre.

Como vimos, desde la Ilustración que se creó una verdadera política legitimada por el discurso médico- religioso masculino para incentivar a las mujeres para que amamanten a sus hijos. De esta manera, las mujeres que se negaban a estas prácticas comenzaron a ser criticadas, siendo consideradas como desnaturalizadas y descuidadas:

“Es la naturaleza, dicen, la que decreta que la madre alimente a su bebé». Desobedecer a la naturaleza es malo desde el punto de vista moral y dañino desde el punto de vista físico. A modo específico, para estos moralistas decir «ley de la naturaleza» es decir «ley divina». Y no es conveniente desobedecer a Dios”⁴⁵.

Así la lactancia materna ha estado estrechamente relacionada a la construcción social de la maternidad y la feminidad, donde no ha estado exento de debates. Como establece la investigadora Sabrina Yáñez, a partir del siglo XIX se le otorgó un valor social afectivo, siendo un indicador más allá de la biología. Asimismo, a comienzos del XX se asientan las bases de la pediatría como nueva especialidad médica, convirtiendo la lactancia en “un saber basado en datos científicos acerca del cual las mujeres deben ser reeducadas y que debe ser transmitido a través de la intervención profesional”⁴⁶.

Sin embargo, el siglo XX fue un periodo lleno de paradojas, ya que, si bien en los primeros años se promovía la lactancia materna, producto de la influencia ilustrada que propiciaba una maternidad amorosa, feliz y amable para el correcto desarrollo de los niños y niñas, esto cambió a

⁴⁴BOBEL (2001) p. 133.

⁴⁵BADINTER (1981) p. 150.

⁴⁶YÁÑEZ (2010) p. 118.

mediados del siglo, debido al impulso de las nuevas tecnologías de la industria química farmacéutica, permitió la creación de un sustituto de la leche maternizada: la leche artificial⁴⁷.

Poco a poco este sustituto fue predominando en su uso por sobre la leche materna en la medida que fueron avaladas por la pediatría. La socióloga Linda Blum establece que las causas fueron diversas, desde la complicidad entre las industrias productoras con la comunidad médica; el auge de la ideología de la maternidad científica y la creciente medicalización del parto, donde las madres no eligieron conscientemente dejar de amamantar, sino que sintieron que su leche no era lo suficientemente buena⁴⁸, frente a la perfección de las nuevas tecnologías.

Así la relación de la “buena madre” con su deber de amamantar se fue difuminando, en la medida que el propio discurso médico propiciaba mejores métodos de cuidado y nutrición. Emily Martin, antropóloga citada por Blum, establece que “fue la denigración de los cuerpos de las mujeres lo que llevó a la creencia generalizada de que un producto artificial formulado científicamente era mejor para los bebés que la leche materna, la fórmula podía controlarse, regularse y hacerse segura mientras que el cuerpo de las mujeres no”⁴⁹.

Sin embargo, en la segunda parte del siglo XX hasta la actualidad resurge el discurso a favor de la lactancia materna nuevamente desde el discurso médico y político, donde se recomienda su uso, ya no solo a sus altos beneficios para el bebé, sino también para la salud de la madre, sin contar con los beneficios de apego entre madre e hijo/hija. Así, organizaciones privadas como La Leche League International (LLL), fundada a fines de los cincuenta, trajeron de vuelta el argumento biologicista de que todas las mujeres pueden amamantar, pues su cuerpo está biológicamente preparado y solo deben buscar en su instinto maternal⁵⁰. Asimismo, desde un plano político internacional, actualmente la Organización Mundial de la Salud (OMS) también ha recomendado la lactancia exclusiva hasta los primeros seis meses de vida⁵¹.

De esta manera, por el hecho de que son sólo las mujeres quienes tienen la capacidad biológica para amamantar, y sumado a los beneficios que trae, existe cierta inclinación hacia una evaluación positiva a las mujeres que deciden hacerlo, frente a las que no pueden o deciden no hacerlo. “De esta manera, la calidad materna y la revalorización social de la madre estaría en función

⁴⁷BARRIUSO, DE MIGUEL y SÁNCHEZ (2007) p. 384.

⁴⁸BLUM (1993) p. 296.

⁴⁹BLUM (1993) pp. 299- 300.

⁵⁰YÁÑEZ (2010) p. 121.

⁵¹OMS (2001) A54/INF.DOC./4

de la lactancia que eligiera, siendo mejor madre o buena madre aquella mujer que opta por la lactancia materna o natural”⁵².

Así el estándar de buena madre en torno a la lactancia ha estado marcado por lo que la sociedad espera de esta, donde actualmente se esconde el argumento del instinto maternal detrás de un hecho biológico que no siempre resultará fácil ni relajante para todas las mujeres, donde este estereotipo que marca el cuerpo femenino puede reprimir vivencias físicas y emocionales que no se conciben con la expectativa social⁵³.

La lactancia es un claro ejemplo de cómo el sistema sexo-género, fomentado por el discurso médico y político, ha configurado en torno a los cuerpos femeninos estándares de buena maternidad, donde “las representaciones sociales han ido cambiándose y modificándose en torno a dos posiciones dicotómicas acerca de la lactancia materna, incluso, según las épocas y/o los autores, los consejos y argumentos morales y éticos empleados se han ido impregnando de un mayor o menor grado de culpabilización hacia las mujeres”⁵⁴.

A continuación, veremos cómo ha operado el sistema sexo-género y esta lógica del instinto maternal en los discursos de la psicología, desde el análisis de desarrollo moral de las mujeres.

2.2 Instinto maternal y psicología: el desarrollo moral de las mujeres

La lógica del instinto maternal y el sistema sexo género también influyó en las primeras investigaciones de psicología sobre el desarrollo moral de las personas, donde a las mujeres se las catalogó como inferiores al tener menos niveles de desarrollo moral que los hombres. Así, podemos mencionar los estudios e investigaciones de Lawrence Kohlberg, psicólogo estadounidense reconocido por elaborar en los años sesenta una teoría completa sobre el desarrollo del razonamiento moral en niños y adolescentes, proporcionando bases para una teoría y práctica de la educación moral evolutiva que tenga como meta el desarrollo moral.

A mayor abundamiento, el principal planteamiento de Kohlberg radicaba en que “la moralidad no es simplemente el resultado de procesos inconscientes (super- yo) o de aprendizajes tempranos (condicionamiento, refuerzo y castigos), sino que existen algunos principios morales de

⁵²PÉREZ BRAVO (2015) p. 14.

⁵³GITZ (2020) p. 93.

⁵⁴PÉREZ BRAVO (2015) p. 50.

carácter universal, que no se aprenden en la primera infancia y son producto de un juicio racional maduro”⁵⁵.

Bajo ese supuesto, Kohlberg estableció la existencia de 6 “estadios” de razonamiento moral. El estadio uno “de castigo y obediencia”, aplicado principalmente a niños; el estadio dos de “hedonismo instrumental”, aplicado a instrumentalizar los motivos morales para un interés propio; estadio tres “del acuerdo interpersonal”, basado en la empatía y preocupación por los demás; el estadio cuatro “de la ley y el orden” donde hay un compromiso de cumplir con lo que se ha prometido y donde hay un sentido de que las normas deben cumplirse; el estadio cinco “el contrato social” donde existe el deber moral de ajustarse a las leyes y cumplir con el contrato de familia, de amistad y de comunidad; y por último el estadio seis “de principios éticos universales”, donde estos individuos, se guían por principios éticos autoescogidos, y cuando las leyes violan tales principios, actúan acorde a estos y optan por no obedecer.

La crítica principal que nos interesa de este modelo es que en 1969 Kohlberg y Kramer⁵⁶, en sus resultados de entrevistas a mujeres, la mayoría de ellas no alcanzaban los estadios morales superiores, por tanto, concluyeron que el estadio 3 era el propio de los juicios morales femeninos, mientras que la mayoría de los hombres avanzaban al estadio 4 y los siguientes. Basándose principalmente en que las mujeres “poseen mayor sensibilidad hacia los otros, son capaces de cambiar las reglas; sus juicios se enfocan más hacia la responsabilidad, y la moralidad se basa en el cuidado del otro. Por el contrario, los hombres poseen un juicio autónomo y sus decisiones son claras; son individualistas y su moral se basa en los derechos de los individuos”⁵⁷.

Bajo esa perspectiva, Kohlberg interpretó estas evidencias como una incapacidad de la mujer para emitir juicios morales más elaborados y superiores, provocadas principalmente por su ausencia en el mundo público, donde se necesitan los estadios superiores para desarrollar valores morales en materia de derechos y justicia social.

En 1977 Carol Gilligan, psicóloga y filósofa estadounidense, denunció el sesgo que contenían estos estadios ya que estos se desarrollaron desde parámetros y razonamientos masculinos. En la pretensión de universalidad de la escala de Kohlberg, donde su enfoque era establecer estructuras mentales de razonamiento que serían comunes a los individuos, Gilligan establece que se omite el hecho de que la realidad social se organiza en torno a un sistema sexo-

⁵⁵BARRA (1987) p. 9.

⁵⁶KOHLBERG y KRAMER (1969) p. 108.

⁵⁷ALVARADO (2004) p. 31.

género que define la forma de pensar el mundo⁵⁸, omitiéndose así también las diferencias culturales y sociales entre las personas.

De esta manera, los estándares masculinos llevan a mirar como involucionado el razonamiento moral femenino, donde los criterios de medición en las entrevistas a niñas y mujeres son los que producen esta supuesta inferioridad y no la ausencia o disminución de juicio en sí mismo. Como establece Gilligan estos resultados también son “efectos de la frecuente falta de confianza de las mujeres, su rechazo a hablar públicamente en su propia voz, dadas las constricciones impuestas por las políticas de diferente poder entre los sexos”⁵⁹. Esto fue a lo que llevó a Gilligan a desarrollar su propia teoría del desarrollo moral.

2.2.1 La ética del cuidado de Gilligan

La contribución de Carol Gilligan a la psicología de la moral fue gran relevante, en la medida de que propone un cambio de paradigma y una contribución científica que integra la experiencia femenina al ámbito del razonamiento moral. En 1982 escribe el libro *“In a different voice: psychological theory and women’s development”*, traducido al español en 1986 como *“La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino”*. Es en dicha obra la que plasma las críticas a la teoría de Kohlberg ya mencionadas, y al mismo tiempo establece sus propias conclusiones respecto a resultados de entrevistas a mujeres que estaban bajo dilemas éticos, descubriendo una voz moral diferente.

Es así como Gilligan defiende la idea de un pluralismo moral, es decir, que no existe solo una forma de desarrollo evolutivo de toma de decisiones morales, sino más bien que puede existir más de una forma de moralidad y de madurez moral correcta. Y esta forma moral que adopte el individuo dependerá básicamente de la posición que ocupa en el mundo, derribando así esta idea monista de Kohlberg, y de otros académicos de la filosofía política liberal que establecen un ideal de individuo universal neutro⁶⁰.

De esta manera, volviendo a las críticas que le hacía a Kohlberg, para Gilligan la posición de un individuo en el mundo debe considerar el sistema sexo-género como base estructural y la dominación del sistema patriarcal sobre las mujeres. Al mismo tiempo, se basó en las investigaciones previas de socialización y diferencias de género en la infancia de Nancy Chodorow (1974), socióloga

⁵⁸MEDINA-VICENT (2016) p. 90.

⁵⁹GILLIGAN (1977) p. 490.

⁶⁰ MEDINA-VICENT (2016) p. 90.

y psicoanalista estadounidense, que estableció que el proceso de construcción de la identidad de los niños y niñas es diferente, en tanto los niños comienzan a tener consciencia de que son criados comúnmente por alguien distinto a su género, quien sería su madre, y por tanto buscan diferenciarse. En cambio, las niñas no buscan esa diferenciación con su cuidadora, y no ven las tareas del cuidado de la maternidad como una amenaza a su conformación del yo⁶¹.

De esta forma, este nuevo razonamiento moral descubierto por Gilligan se debe principalmente a la construcción social de la mujer como cuidadora y compañera del hombre, y no como fuente natural de las cualidades femeninas, como bien a lo largo de la historia se ha proclamado.

Lo que descubrió Gilligan en sus investigaciones, es que existe una relación entre la construcción del yo y el modo de razonamiento moral en niños y niñas. Por ejemplo, los niños tendían a autodefinirse de manera más autónoma, en cambio las niñas se definían en torno a los otros con quienes interactuaban, esto pues su identidad estaría fuertemente relacionada a ser hija, madre, hermana, etc.⁶². Mientras que para llegar a soluciones morales, los niños usaban sistema lógico donde lo que importaba era la individualidad y los derechos de las personas, mientras que las niñas usaban una red comunicacional basado en las interacciones personales⁶³.

Ahora bien, este nuevo razonamiento Gilligan lo conceptualizó como la “ética del cuidado”, basado principalmente en que la forma de responder ante dilemas éticos de las mujeres integraba las relaciones interpersonales y el cuidado. Sus juicios morales son de índole contextual, y no abstractos, apreciando las particularidades de cada situación y de cada persona, donde “tienen tendencia a adoptar el punto de vista del “otro concreto” –sus necesidades, más allá de sus derechos formales-. Sus juicios involucran los sentimientos y una concepción global y no sólo normativa de la moral”⁶⁴.

De esta manera la ética del cuidado se basa en el concepto de responsabilidad social de los individuos, existiendo un deber universal de ayudar a otro, donde se aprecia una “comprensión del mundo como una red de relaciones en la que nos sentimos inmersos y de donde surge un reconocimiento de la responsabilidad hacia los otros”⁶⁵. De esta manera, las mujeres entienden los problemas morales como un conflicto de responsabilidad en las relaciones interpersonales, y por

⁶¹FASCIOLI (2010) p. 42.

⁶²FASCIOLI (2010) p. 44.

⁶³ESTEVE (2008) p. 5.

⁶⁴FASCIOLI (2010) p. 44.

⁶⁵ALVARADO (2004) p. 32.

tanto, se tiene en cuenta las consecuencias futuras y repercusiones de las propias acciones, buscando el bienestar en los otros.

Explicada las bases y los conceptos básicos de la ética del cuidado de Gilligan, cabe preguntarse en cómo se ha relacionado esto con la lógica biologicista de la maternidad de las mujeres. Así podemos mencionar que, al defender una nueva forma de desarrollo moral, también se criticó el paradigma de la ética de la justicia, donde se ha dicho que este último esconde un paradigma patriarcal y paternalista, que deja bajo la sombra del individuo universal la experiencia de mujeres y otros grupos sociales vulnerables.

La ética de la justicia se basa en la premisa del contrato social, fundador del Estado Moderno, donde se crean dos esferas del contexto social: el público y el privado, donde cada género, masculino y femenino se le ha asignado respectivamente. De esta manera, derechos individuales básicos presentan sesgos, donde “la libertad civil no es universal. La libertad civil es un atributo masculino y depende del derecho patriarcal”⁶⁶. Así, la estructura social moderna se encontraría sesgada al excluir a las mujeres del pacto social como sujetos activos de este, considerando que la sujeción de la mujer al hombre es natural, donde su rol natural es el cuidado de los otros. De esta forma previo al contrato social, está el llamado contrato sexual el cual crea un orden social patriarcal, dando división al espacio social entre esferas públicas y privadas, sin embargo, esta parte de la historia ha sido silenciada⁶⁷.

Teniendo eso presente, nace la duda si para Gilligan este razonamiento de la ética del cuidado tiene origen en base al sexo, entendiéndolo como algo meramente biológico, o bien basado en el constructo subjetivo de la identidad de la mujer desde parámetros sociales y culturales que crean estereotipos y estándares de conducta en torno al ideal femenino⁶⁸, ya que si es en base a la primera propuesta de origen, se estaría perpetuando esta creencia de que las mujeres son fuente esencialista de la maternidad, debido a este supuesto razonamiento innato de la ética del cuidado.

Bajo esa perspectiva, se ha entendido mayoritariamente que para Gilligan la diferencia de razonamientos tiene una raíz sociocultural, en tanto “la ética del cuidado es una orientación disponible para todo ser humano, pero ha estado más disponible para la mujer, por su rol de cuidadora. Así mismo, la ética de la justicia y sus valores asociados, también son un bien, sólo que ha estado en posesión del hombre”⁶⁹. No obstante, se le han hecho críticas, como las del académico

⁶⁶PATEMAN (1988) p. 11.

⁶⁷PATEMAN (1988) p. 10.

⁶⁸CRUZ (2014) p. 120.

⁶⁹FASCIOLI (2010) p. 43.

y psicólogo Dana Ward, que develan una falta de prolijidad en el trabajo de Gilligan con la necesidad de diferencias lo que sería las características de género de las diferencias de género propiamente tales.

Las características específicas de género son aquellas exclusivamente compartidas por un género, y por el otro no, mientras que las diferencias de género son aquellas que están presentes en ambos géneros, pero predomina en unos más que en otros. Así Ward establece que la base de la ética del cuidado estaría más enfocada en las diferencias de género, pero que estaría basado en personas ficticias, en el sentido de que ninguna de las características que establece la teoría de la justicia y la ética del cuidado propias de cada género⁷⁰, tales como la empatía, las habilidades verbales, la agresividad, habilidades lógicas, destrezas parentales, etc., sino más bien siguen siendo estereotipos.

Si bien estas críticas no disminuyen la importancia del descubrimiento de Gilligan, siendo este el demostrar la posibilidad de desarrollar otra forma de razonamiento, lo que sí es problemático es que se siga interpretando desde la perspectiva de que es una faceta inherente al de ser mujer, lo cual conlleva al punto de partida de esta investigación, en tanto se ha demostrado que la maternidad es una construcción sociocultural. A continuación, veremos como desde el mundo jurídico se replica y retroalimenta este imaginario colectivo, a la hora de analizar cómo operan las normas jurídicas.

3. El Derecho como creador de la subjetividad materna

3.1 Mujer(es), Derecho y Maternidad

Hasta el momento, hemos analizado como las creencias en torno al instinto maternal ha permeado la mayor parte de la historia de occidente, y en las distintas disciplinas como la medicina y la psicología. Este ideal de que la maternidad forma parte de la naturaleza de la identidad femenina arraigada en su biología va generando cierto estándar que establece cómo debe comportarse una buena madre, y por tanto, qué es lo que la diferencia de una negligente.

Es así como todos estos elementos son relevantes de considerar en tanto han sido reproducidos a través del discurso jurídico y en las instituciones, donde “las características míticas que rodean el hecho de la maternidad condicionan la forma en que son reglamentadas

⁷⁰WARD (1995) p. 74.

jurídicamente⁷¹. Para comprender esta aseveración, es necesario tener una comprensión del derecho como una construcción social, en tanto puede ser considerado “como fenómeno que a su vez produce y reproduce situaciones que pueden ser incluso de inequidad o injusticia”⁷². Es decir, no es posible que el derecho en tanto fenómeno social se abstraiga completamente de los patrones culturales que sus propios sujetos llevan consigo.

Así también, en lo que se refiere a la conformación de la identidad de los individuos y el sentido que se les da a los comportamientos sociales también van a ser influenciados por lo que el derecho dice que son, pues su legitimación se da a través de las normas jurídicas⁷³, que guardan consigo creencias y estándares sociales implícitos.

En esa línea, no es raro que los géneros vayan moldeando lo que el derecho espera de la conducta de hombres y mujeres en torno al mismo rol que la sociedad les impone; y viceversa, es decir, el derecho “asigna roles, los reproduce y construye también el concepto de género”⁷⁴. Siguiendo el argumento de la jurista argentina Alicia Ruiz, la realidad se nos presenta incuestionable y se impone a sí misma, donde los actores y actoras que la conforman buscan otorgarle un sentido de perspectiva común que va moldeando los distintos significados que pueden surgir de roles, vínculos y prácticas establecidas, así estas perspectivas adquiridas “vuelven significativo el mundo social, y aún la naturaleza, y lo hace de modos diferentes, lo cual distingue una cultura de otra”⁷⁵.

En el caso de la subjetividad femenina en el discurso jurídico, diversas autoras han compartido la premisa de que el derecho no está ajeno a la conformación de un ideal de mujer acorde a las complejidad y contradicciones que encierra el paso del tiempo y los diversos cambios socioculturales. En ese sentido, se ha dicho que el derecho se ha convertido en un lugar de lucha de los feminismos en vez de un instrumento de lucha⁷⁶.

Siguiendo a Casas, Cárdenas y García, establecen que el derecho opera a tres niveles: el nivel normativo, el discurso de los jueces y las construcciones sociales⁷⁷. Explican que si bien a nivel normativo puede que exista un avance con respecto a la aparente neutralidad de los géneros en la ley, sin embargo no puede quedar el tema ahí. Concordando con Smart quien criticaría que sería una incorrecta forma de delimitar el problema, en tanto estaría acotado a lo que ella denomina “el

⁷¹ESPINOSA (2006) p. 298.

⁷²SEPÚLVEDA (2020) p. 15.

⁷³SEPÚLVEDA (2020) p. 15.

⁷⁴CASAS, CÁRDENAS y GARCÍA (2005) p. 5.

⁷⁵RUIZ (2001) p. 9.

⁷⁶SMART (2000), p. 32.

⁷⁷CASAS, CÁRDENAS y GARCÍA (2005) p. 5.

derecho es sexista”, el cual tiene visión prejuiciosa de las mujeres, por lo que podría solucionarse en tanto las mujeres sean tratadas igual que a los hombres, es decir “si erradicar la discriminación está supeditado a erradicar la diferenciación, tendríamos que ser capaces de pensar en una cultura sin género”⁷⁸, lo cual no se condice a cómo es la realidad.

De esta manera, aceptar que siguen existiendo en los otros dos niveles, el discurso de los jueces y las construcciones sociales, una serie de sesgos y estereotipos inmersos en el imaginario colectivo respecto a cómo es una mujer, nos permite observar el problema de una manera más amplia. En palabras de Smart, observar que el derecho tiene género y no puede operar sin él, lo cual provoca que genere un “proceso de producción de identidades de género fijo”⁷⁹, siendo también una estrategia de creación de este.

Ruiz por su parte, explica que este proceso de producción de la subjetividad femenina es sutil, en tanto son procesos de asignaciones de sentido que se configuran en el alcance del derecho con lo social, lo político y cultural. De esta manera “la instalación de la mujer como sujeto de derecho supone este proceso complejo de asignación de sentidos a la “ley”. Las mujeres son interpeladas por el discurso jurídico, adquieren (una) identidad y son sujetos según cómo y con los alcances que resulten de las múltiples formas en que el derecho se dirige a ellas”⁸⁰.

Bajo esa línea, Smart ha develado que la mujer que ha construido el discurso jurídico está bajo una “doble estrategia”, donde primero habría que definir la diferencia entre la producción discursiva de “la mujer” y de los tipos de mujeres. “La mujer” se construye como un ideal de oposición al hombre, donde ambos géneros no existen sin ser el opuesto o complemento del otro. Las mujeres, son subcategorías del ideal de “mujer”, son construcciones discursivas que se oponen al resto de mujeres y a la vez al hombre⁸¹. Como ejemplo de tipos de mujeres está la prostituta, la infanticida, la mala madre, etc.

Así, se ha demostrado que el discurso jurídico de la mujer no solo contiene una diferencia binaria sino también representa un dualismo⁸². De esta manera, lo que a simple vista sería una contradicción, Smart nos demuestra esta idea de que la mujer es encantadora y peligrosa, adorable y temible, etc. Es decir, la mujer puede representar cualidades polarizadas al mismo tiempo. En esa línea, para Casas, Cárdenas y García:

⁷⁸SMART (2001) p. 36.

⁷⁹SMART (2001) p. 40.

⁸⁰RUIZ (2001) p. 12.

⁸¹SEPÚLVEDA (2020) p. 26.

⁸²SMART (2001) p. 43.

“Es extraña esta suerte de esquizofrenia que el deber ser (lo normativo, lo discursivo, lo que para el orden social, regulado por el Derecho “debe ser”) impone a las mujeres. Por un lado, la mujer debe ser sensual y el objeto de deseo de los hombres. También debe ser madre, pues de la capacidad de serlo surge la obligación de serlo. Debe ser también esposa, y esta condición, contradictoriamente, debe encontrarla pura y honesta”⁸³.

En esta dualidad se inserta a su vez la categoría de mujer madre, que dentro de esta lógica, el derecho configura una subjetividad de la maternidad en tanto proyecta en esta todo lo opuesto que debe ser la Mujer al hombre con sus hijos. Debe ser atenta, preocupada, cariñosa, bondadosa, emocional, maternal, y otras tantas características que ya revisamos, que pertenecen al mito del amor maternal, diferente al rol de padre proveedor y autoritario.

Así también nace la categoría de mala madre, en tanto es un tipo de mujer contraria a “la mujer” y al hombre a su vez, si lo analizamos desde la doble estrategia de Smart. Como se ha entendido el amor maternal inherente a la naturaleza femenina, la sola idea que una madre no sea competente en sus labores la aparta del estándar de “mujer” que el derecho comprende y juzga como correcto. Siguiendo el argumento de Ruiz, “el derecho instala y consolida una figura de mujer, que le atribuye, implícita o explícitamente, algunas cualidades y le niegue otras complementaria”⁸⁴, donde a su vez esa única figura de mujer también solo conlleva solo una figura de buena madre y necesaria para el hombre, la que la cultura y el derecho permiten.

En esa línea, la mala madre conlleva salir del estándar socio jurídicamente impuesto, el cual se ve expresado en un constructo jurídico influenciado por el afán de control moral de la sexualidad, de las relaciones familiares y de la relación de las mujeres con su propio cuerpo⁸⁵. Asimismo, no podemos olvidar que el amor maternal está fuertemente influenciado por las ideas de la época ilustrada y de la burguesía, donde “la maternidad ha sido para el derecho contemporáneo, derivado del deseo burgués de organización sistemática de lo jurídico, concepción central de las estructuras y deberes familiares”⁸⁶.

Estas estructuras familiares y jurídicas dentro del cual se inserta “la mujer madre ideal” conllevan en sí mismas la hegemonía de la universalidad propia del pensamiento occidental, es decir, se implementa un solo modelo de maternidad, y al mismo tiempo, como establece Sánchez, individualiza, evalúa y jerarquiza a la mala madre, donde “su grado de anormalidad y el riesgo que

⁸³CASAS, CÁRDENAS y GARCÍA (2005) p. 5.

⁸⁴RUIZ (2001) p. 8.

⁸⁵ESPINOSA (2006) pp. 298- 299.

⁸⁶ESPINOSA (2006) p. 304.

representa para la sociedad son juzgados a través de estas instancias, escenarios donde las madres son sometidas a escrutinio y diagnóstico”⁸⁷. Por tanto, dentro de este diagnóstico entra todo “otro” u “otra” que no encaje en el estándar del discurso jurídico, que en este caso se configura bajo la idea de mujer madre, blanca y privilegiada.

3.2 Derecho Penal, mujeres y maternidad

El Derecho Penal no queda ajeno a la construcción de la subjetividad femenina y de la maternidad. Autoras como Elena Larrauri han criticado como el Derecho Penal también contribuye a la creación del género, sobre todo a la hora de dotar de contenido a los distintos tipos penales en la práctica. Basándose en la crítica de la jurista estadounidense Catherine MacKinnon quien estableció que “el derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres”⁸⁸, Larrauri establece que la configuración de los tipos penales que afectan la libertad e indemnidad sexual reflejan la concepción de la sexualidad femenina como pasiva, procreadora y honorable⁸⁹, criticando la justificación biologicista para estas diferencias con la sexualidad masculina, siendo esta última en cambio activa, dominante y libidinosa.

De esta forma, Larrauri critica que “el derecho penal, al incorporar esta imagen de mujer, refleja no las diferencias biológicas sino las estructuras patriarcales, los estereotipos que existen respecto a los comportamientos referidos a cada género, y las distintas asunciones morales que laten para cada género”⁹⁰. Así, las normas penales son dotadas de contenido bajo una perspectiva masculina, que no deja de ser una interpretación “correcta o razonable” de las normas, sino más bien una aplicación acomodada a como el género masculino ve a las mujeres, provocando su discriminación y desprotección por parte del poder punitivo.

En la misma línea, Yanira Zúñiga establece que la subjetividad femenina es construida en una posición subalterna al hombre, donde “el cuerpo femenino no es aquel que tiene vagina, sino aquel que puede ser reducido simbólicamente a ese órgano”⁹¹. Siguiendo la autora las ideas de Foucault, quien establece que el cuerpo de las mujeres puede ser “histerizado”, es decir, es objeto de una triple subordinación: una hipersexualización, una patologización y una subordinación al

⁸⁷SÁNCHEZ (2019) p. 233.

⁸⁸MACKINNON (1983) pp. 288-289.

⁸⁹LARRAURI (2002) p. 3.

⁹⁰ LARRAURI (1995-96) pp. 22-23.

⁹¹ZÚÑIGA (2018) p. 230.

cuerpo social, es decir, el cuerpo femenino debe garantizar la fecundidad y las estructuras familiares⁹².

Bajo estas ideas, en la aplicación del Derecho Penal y su relación con la subjetividad femenina está presente el imperativo de que la sexualidad femenina está ligada con la reproducción y la maternidad, donde este instinto maternal debe predominar en cada decisión que la mujer toma. Dorothy Roberts, socióloga estadounidense, afirma que “la importancia de la definición de la madre por el derecho penal reside no solo en las relativamente pocas mujeres que castiga, sino en la forma en la que la mayoría de las mujeres internalizan ese significado y se adecuan a él”⁹³.

Bajo esa línea, existe el peligro de que el alto estándar sociocultural que las mujeres deben cumplir al ser madres esté presente en las interpretaciones jurídicas de distintos tipos penales relacionados a distintas etapas de la maternidad que vivencia una mujer. El ejemplo paradigma en nuestro ordenamiento jurídico es el debate sobre el aborto, donde en lo que respecta a la norma que penaliza esta conducta, fuera de las tres causales que estableció la Ley N° 21.030 del año 2017, se ha dicho que su función útil se encuentra más allá de la punición efectiva, sino más bien, en mantener el ideal del instinto materno como mensaje general a las mujeres, disuadiéndolas de la idea de abortar, manteniendo toda una estructura familiar-social⁹⁴.

Un ejemplo concreto es lo que simbolizó el fallo Rol N° 740 del 18 de abril de 2008 del Tribunal Constitucional el cual declaró inconstitucional el Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud que permitía la venta del fármaco de Anticoncepción de Emergencia, o mejor conocido como “la píldora del día después”. La controversia se generó debido a que un grupo de parlamentarios consideró que la pastilla producía efectos abortivos, por tanto, iba en contra del artículo 119 del Código Sanitario, el cual en aquella época establecía que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

Dentro de las críticas que se la ha realizado a este controversial fallo, es que existe una desproporcionada invisibilización de la subjetividad femenina en tanto sujeto de derecho, al haber una omisión de análisis de la proporcionalidad de los distintos derechos de las mujeres involucrados al suministrar este tipo de fármaco. Por el contrario, el fallo sólo se basa en la afirmación de los derechos de un posible nasciturus, siendo además paradójico, ya que médicos y médicas de la época

⁹²FOUCAULT (2007) p. 127.

⁹³ROBERTS (2017) p. 3.

⁹⁴ZÚÑIGA (2013) pp. 271-272.

afirmaban que este tipo de fármacos tienen un rol inhibitor de la ovulación, por tanto no alcanzaría a existir una fecundación, donde no daría posibilidad a que se concrete un embarazo.

De esta manera, como establecen Bordalí y Zúñiga, este fallo fue una expresión y un pretexto⁹⁵ para el mantenimiento del orden social patriarcal, en tanto que las mujeres no son sujetas activas de controlar su propia fertilidad y sexualidad, sino más bien se establece que la maternidad es la finalidad esencial de lo femenino, y que puede ser impuesta coercitivamente por el Estado⁹⁶.

Por otro lado, entrando en un análisis dogmático penal, son interesantes los aportes que han realizado las juristas argentinas en lo que respecta a la relación de la criminalidad femenina con los delitos de omisión propiamente tal. La jurista e historiadora Julieta Di Corleto ha realizado grandes aportes que demuestra que, en lo que respecta a los delitos realizados por mujeres madres, frecuentemente han estado relacionados a tipos penales omisivos, y esto no es en absoluto baladí, ya que existiría una lógica detrás.

Desde una visión positivista y lombrosiana de la criminalidad, propias de fines del siglo XIX y comienzos del XX, se entendía que era poco probable que las mujeres cometieran delitos que ameritaban tanto fuerza física como un desarrollo intelectual avanzado, comúnmente la mujer estaba asociada solo su rol de madre y, por tanto, solo podía cometer delitos como el encubrimiento, el aborto o el infanticidio⁹⁷. Asimismo, según Di Corleto, la criminalidad femenina estaba fuertemente asociada a los llamados cambios hormonales del ciclo menstrual, actuando como un verdadero indicador de capacidad delictual y a la vez siendo los causantes de que las mujeres se apartaran de su rol de madres⁹⁸.

Así, delitos como el infanticidio, de muertes accidentales o de abandono de menores, tienen relación con la omisión en términos de una falta de voluntad de la madre en el esmero de su deber de cuidado de sus hijos e hijas. Se les imputa como autoras de un delito imprudente o por omisión a su posición de garante, donde, en palabras de Zúñiga, “lo que esas mujeres realmente transgreden es el estándar social de la maternidad”⁹⁹.

⁹⁵Utilizo la palabra “pretexto” en el sentido que le dan los autores, es decir, el fallo actúa como una premisa que conlleva un razonamiento oculto basado en una ideología de género patriarcal arraigada en nuestra sociedad. BORDALÍ y ZÚÑIGA (2009) pp. 178-179.

⁹⁶BORDALÍ y ZÚÑIGA (2009) p. 182.

⁹⁷PETRONE (2021)

⁹⁸DI CORLETO (2018) p. 95.

⁹⁹ZÚÑIGA (2018) p. 233.

Asimismo, a modo de ejemplo, existen otros casos denunciados por la jurista argentina Cecilia Hopp, quien establece que los sesgos y estereotipos acerca de la “madre ideal” hacen que los operadores del derecho exijan “desafíos heroicos” a las madres que viven bajo contextos adversos para cumplir este estándar. Uno de esos contextos es la violencia intrafamiliar, donde se responsabiliza penalmente a las madres por la muerte de sus hijos a manos de sus parejas, donde “la violencia contra las mujeres permanece invisible frente a la victimización de sus hijos y se sitúa a la madre como victimaria”¹⁰⁰. Así, jueces y juezas omiten en su análisis el contexto de sometimiento, donde la violencia doméstica está marcada por relaciones desiguales de poder y subordinación, afectando las condiciones psicológicas de las mujeres, asociadas al trauma que provoca sufrir violencia, predominando el sesgo de que el instinto materno hace a la mujer dar su propia vida por salvar a sus hijos.

Otro caso adverso invisibilizado tiene que ver con lo que denuncia Dorothy Roberts, donde la interpretación jurídica del delito cometido por una madre depende de la posición social de cada madre que delinque¹⁰¹. Cuando la situación de las mujeres cuya clase social, cultura, nacionalidad, etc. se aleja de lo que el estándar de madre ideal comprende dentro del paradigma de estructura familiar de los grupos dominantes. Hopp, en la misma línea, establece que los sesgos ocurren por no considerar los contextos de vulnerabilidad a los cuales están expuestas estas mujeres en el ejercicio de su maternidad, donde “la lejanía en las experiencias, marcadas por una diversidad de circunstancias sociales, suele dificultar la comprensión de quienes acusan, defienden y juzgan la situación de una mujer cuyas vivencias les resultan completamente ajenas”¹⁰².

En síntesis, en palabras de Petrone “la imputación contra la mujer se dirige como un tipo delictivo omisivo cuyo hecho consiste en el no haber evitado”¹⁰³. En el siguiente capítulo abordaremos específicamente la descripción del tipo penal de los delitos de abandono de menor en nuestro Código Penal. Con ello se intentará ejemplificar cómo este estándar de buena y mala madre puede estar indirectamente presente al momento de interpretar las normas penales y aplicarlas en casos de mujeres vulnerables que han vivido en Chile.

¹⁰⁰HOPP (2016) p. 11.

¹⁰¹ROBERTS (2018) pp. 6-7.

¹⁰²HOPP (2016) p. 13.

¹⁰³PETRONE (2021)

CAPÍTULO SEGUNDO:

“DELITOS DE ABANDONO DE NIÑOS EN EL DERECHO PENAL CHILENO”

“(…) Entonces lloró, se lamentó, i exclamó al cielo nuevamente, gritando que la privase de la vida, pues se creia ser la crítica de todos por aber tenido tanto niño, i lo peor, no tener con qué alimentarlos”

Gabriel Salazar

1. Los delitos de abandono de niños

1.1 Antecedentes histórico- normativos de los delitos de abandono:

Durante finales del siglo XIX y comienzos del XX, Chile estaba atravesando distintas transformaciones políticas, económicas y sociales, las cuales fueron tejiendo y exacerbando las difíciles circunstancias de los sectores más desfavorecidos, especialmente las mujeres, niños y niñas. De esta manera, el historiador Mario Garcés ha caracterizado la “cuestión social” como un doble fenómeno: “por una parte, del deterioro de las condiciones de sobrevivencia de la clase popular, y por la otra, de la emergencia de la protesta social obrera encaminada a modificar esa situación de deterioro”¹⁰⁴.

Factores como las migraciones masivas de la ruralidad a la ciudad debido al auge económico en la zona norte del país; la incipiente industrialización que transformó a los campesinos en obreros asalariados, junto con la acelerada urbanización, vinieron a profundizar problemáticas que caracterizaron la llamada cuestión social chilena: el hacinamiento, la pobreza, las enfermedades y la falta de higiene generaron el descontento social frente a un Estado oligárquico indiferente.

Dentro de ese contexto, comenzó una preocupación por lo que se ha denominado “la infancia pobre y desprotegida”, debido a los altos índices de mortalidad infantil que se vivía en los sectores populares. El historiador Gabriel Salazar ha dicho que en aquella época, si bien había altos

¹⁰⁴ GARCÉS (2004) p. 17.

índices de natalidad y fecundidad, dos tercios de los niños que nacían eran ilegítimos, o -como se les ha denominado, niños “huachos”-. Con ello se da cuenta de una niñez en condición de pobreza y abandono, donde la relación entre mortalidad y pobreza infantil radicó en que “mientras disminuyó de modo significativo su masa demográfica, aumentó de modo dramático la crisis de su existencia”¹⁰⁵.

Avanzando en el tiempo, a comienzos del siglo XX la preocupación por la situación precaria de los niños se plasmó en 1912 con la Ley N° 2.675 o también llamada Ley de protección a la infancia desvalida. Es significativa esta Ley ya que, como establece el historiador Jorge Rojas, fue la primera vez que se aceptó como principio jurídico que el Estado interviniera en la declaración de abandono de niños¹⁰⁶.

Si bien la mencionada Ley no tuvo un gran impacto en su aplicación, lo relevante de este antecedente normativo es que marcó un hito por ser el primer acercamiento del Estado chileno para examinar las relaciones familiares, fijando un estándar de cuándo un niño o niña está en situación de abandono por parte de sus padres.

Es relevante que uno de los principales factores con que se relacionó a la mortalidad infantil y al abandono de niños fue el ingreso de las mujeres al trabajo. Especialmente referido al caso de las madres pobres solteras, donde a partir de 1860, debido al desarrollo de la industria manufacturera, las mujeres comenzaron a realizar trabajos como costureras y operarias asalariadas de fábricas de telas¹⁰⁷. De esta manera, al igual que denuncia Julieta Di Corleto en su análisis histórico- jurídico de Argentina, se culparon principalmente a las mujeres que salieron al espacio público, para justamente poder criar a sus hijos, ya que existía la creencia de que “el ingreso de las mujeres en la vida pública las llevaría a abandonar a sus hijos, a sus familias y el trabajo en el hogar”¹⁰⁸.

Así, los médicos del área materno-infantil comenzaron a denominar esta situación como el “problema de la madre soltera”¹⁰⁹, donde la extrema vulnerabilidad en que se encontraba una mujer que ha sido madre en aquella época, radicaba en que el hombre no se hacía cargo de su paternidad, ni tampoco de ayudar económicamente a la mujer. Así, las madres solteras caían rápidamente en el desamparo, además con un doble repudio social: haber tenido relaciones sexuales

¹⁰⁵SALAZAR (2006) p. 52.

¹⁰⁶ROJAS (2010) p. 211.

¹⁰⁷SALAZAR (2006) pp. 22- 23.

¹⁰⁸DI CORLETO (2018) p. 77

¹⁰⁹BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE.

fuera del matrimonio y, no poder cuidar adecuadamente al hijo ilegítimo fruto de dicha relación. “Los médicos acusaron a la sociedad chilena de hipócrita, pues se alarmaba por la alta mortalidad infantil, sin embargo, despreciaba a la madre soltera, y pudiendo ayudarla, no lo hacía”¹¹⁰.

Estos datos son una forma de introducción al análisis del delito de abandono de niños, teniendo presente que estas figuras jurídicas tienen un antecedente histórico ligado fuertemente a la situación de vulnerabilidad en términos de pobreza de estos, junto con los reproches patriarcales hacia las madres. A continuación, desde un análisis dogmático penal examinaremos los tipos penales de los delitos de abandono de niños de nuestro Código Penal, junto con sus respectivas críticas desde una perspectiva de género, para terminar con un breve análisis de estos tipos penales en sede comparada.

1.2 Los delitos de abandono en el Código Penal

1.2.1 Bien jurídico protegido y características generales de las figuras de abandono

Los delitos de abandono se encuentran en el Código Penal dentro del Libro Segundo denominado “Crímenes y simples delitos y sus penas”, específicamente en el Título VII llamado “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, en el párrafo que se refiere a “Abandono de niños y personas desvalidas”.

La mayoría de la doctrina¹¹¹ chilena ha concordado en que la ubicación de estos delitos debería estar en el Libro Segundo, título VIII llamado “Crímenes y simples delitos contra las personas”, debido a que los bienes jurídicos afectados son la vida y la salud -o bien la integridad corporal según Garrido Mont¹¹²-, de personas que debido a su edad y condición necesitan el cuidado de un tercero¹¹³.

Por otro lado, Garrido Montt también ha señalado que, acorde al espíritu del legislador, podría interpretarse que el bien jurídico protegido es el desarrollo adecuado de la familia, al ser el núcleo fundamental de la sociedad, existiendo ciertos deberes recíprocos de asistencia que, en caso de no ser cumplidos, representa un riesgo para la vida y la salud de la persona pudiendo acarrear una sanción penal.

¹¹⁰BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE.

¹¹¹POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ; GARRIDO MONTT; MATUS y RAMÍREZ y ETCHEBERRY.

¹¹²GARRIDO MONT (2007) p. 229.

¹¹³POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2005) p. 165.

Es así como en este párrafo encontramos siete artículos, del 346 al 352, que tipifican el delito de abandono, incorporando distintas circunstancias y distintos sujetos pasivos. Desde la tipificación de resultados que pueden agravar la pena, hasta distintas características del sujeto pasivo, como la diferencia de edad, si es un niño menor de siete o de diez años. Pudiendo ser también cualquier persona con un parentesco, ya sea el cónyuge, ascendiente o descendiente, o una persona que depende de un otro el cual tiene un deber de cuidado ya sea por enfermedad u otro impedimento.

En este caso nos centraremos en analizar específicamente los tipos penales de abandono de niños, encontrándose tipificados desde el artículo 346 a 351. Antes de analizar las características de tipo es necesario diferenciarlo de otros tipos de abandono, donde según Etcheberry¹¹⁴, el abandono como delito penal es literalmente el abandono de una persona, es decir y como lo analizaremos más adelante, debe existir una separación material del niño o niña de su cuidador. No hay que confundirlo con el “abandono de hijo” del artículo 267 del Código Civil, ni tampoco con el “abandono de familia y pago de pensiones alimenticias” de la Ley 14.908, los cuales hacen relación con incumplimientos de obligaciones socorro y de deberes parentales establecidos en el Código Civil.

Por otro lado, existe una discusión que ha mantenido a la doctrina penal dividida, en lo concerniente a determinar si el delito de abandono de niños es un delito de peligro abstracto o concreto, a excepción del profesor Juan Bustos, quien lo definió como un delito de lesión¹¹⁵.

Si recordamos la teoría del delito, el tipo penal, en palabras de Cury, es aquel que “está constituido por la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas o internas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico”¹¹⁶. Por tanto, podemos encontrar diferentes clases de tipos penales, pudiendo clasificarse en delitos de lesión, es decir, aquellos tipos donde el sujeto pasivo debe ser efectivamente dañado para tratar al delito como consumado. Y, por otro lado, están los delitos de peligro, los cuales, siguiendo la definición de Roxin, la realización del tipo supondría una amenaza con distintos grados de intensidad¹¹⁷ para los bienes jurídicos que se quiere proteger.

Los delitos de peligro, a su vez, se diferencian en de peligro concreto y abstracto. Cuando hablamos de peligro concreto, Roxin hace alusión a que debe existir un peligro real para el bien

¹¹⁴ETCHEBERRY (1997) pp. 13-14.

¹¹⁵BUSTOS (1986) p. 81.

¹¹⁶CURY (2005) p. 279.

¹¹⁷ROXIN (1997) p. 336.

jurídico protegido, donde la no concreción de la lesión haya sido una mera casualidad¹¹⁸. Es decir, además de la realización de la acción típica, que en sí misma constituye un peligro, adicionalmente, debió haber existido un riesgo que ponga en peligro el bien jurídico.

Así, los partidarios de clasificar este delito como de peligro concreto son los profesores Politoff, Matus y Ramírez, argumentando que esta clase de delitos son aquellos que “requieren una efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico vida o salud”¹¹⁹, donde esta afectación se juzgaría bajo la experiencia común, donde debe haber un análisis ex post de que en los hechos existió un curso probable de real peligro que conducía a un resultado temido. Sin embargo, hacen una distinción, siendo el delito de abandono de niños el único delito de peligro concreto que protege la vida y la salud, donde en sí misma la acción de abandonar es punible, en tanto represente un verdadero peligro, lo cual consideramos un tanto confuso ya que, en tal caso, debería ser considerado como de delito abstracto.

Asimismo, el profesor Garrido Montt¹²⁰, también partidario de esta posición, sólo argumenta que serían de peligro concreto ya que estas normas penales fueron inspiradas en el Código Penal Belga que así los clasifica, sin entrar en mayor discusión.

Por otro lado, cuando hablamos de peligro abstracto, Roxin indica que este tipo de delitos tienen como especial característica que “la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización”¹²¹, donde la punibilidad no depende de la producción real de una puesta en peligro de un bien jurídico. De esta manera, un ejemplo de peligro abstracto sería manejar en estado de ebriedad, donde la sola conducta en sí es punible. En esa misma línea, donde a diferencia de los delitos de peligro concreto donde, según Muñoz Conde¹²², el peligro debe ser acreditado en el proceso penal al igual que los delitos de lesión, en el caso de los de peligro abstracto, Etcheberry habla de una verdadera presunción de peligrosidad¹²³ que la ley realiza por el solo despliegue de la acción.

En el caso de los delitos de abandono de niños establecidos en el Código, Etcheberry es partidario de considerarlo como delito de peligro abstracto, pues a la ley solo le bastaría que concurra la edad requerida del niño o niña y el hecho mismo del abandono, donde lo que se castiga

¹¹⁸ROXIN (1997) pp. 304 y 403.

¹¹⁹ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2005) pp. 153 y 165-166.

¹²⁰GARRIDO MONT (2007) p. 231.

¹²¹ROXIN (1997) p. 336.

¹²²MUÑOZ CONDE (2010) p. 299

¹²³ETCHEBERRY (1997) pp. 12-14.

es colocar al sujeto pasivo en situación de desamparo, donde no está en condiciones de protegerse a sí mismo de un eventual peligro, donde este último no es condición para que se concrete el tipo penal¹²⁴.

La misma posición comparten los profesores Matus y Ramírez en su libro “Manual de Derecho Penal Chileno”, donde argumentan que este delito sería de peligro abstracto, pues la ley establece que en sí mismo el abandono es punible, “cuya gravedad se refleja en las diferencias de penalidad según el lugar del abandono y sus efectos en la vida y salud del menor”¹²⁵. Así también hacen la comparación con el delito de abandono de persona desvalida y de omisión de socorro, cuyos delitos solo son punibles si se generan, como consecuencia de este abandono y omisión respectivamente, las condiciones objetivas de punibilidad establecidas, como sería la muerte o lesiones graves. En cambio, en el abandono de niños, el estándar de punibilidad parte con desplegar en sí misma la acción de abandonar, donde los resultados y circunstancias solo agravan este delito.

A continuación, analizaremos la estructura y las diversas formas de comisión del abandono de niños.

1.2.2 Conducta típica: alcance de la noción abandonar y formas de comisión

Si bien en nuestro Código Penal no se tipificó una figura genérica del abandono, podemos identificar que la acción típica base está descrita en los artículos 346 y 349, los cuales hablan de “el que abandonar”. Al mismo tiempo que, a lo largo de todos los artículos relativos al abandono de niños, se presentan distintas modalidades de comisión de un hecho¹²⁶, en atención a la edad del niño o niña, el lugar donde se produce el abandono y otros factores agravantes.

Como establece el profesor Gustavo Labatut, pueden existir distintas formas de expresión del abandono, como la económica o la moral, sin embargo, solo el abandono físico o material constituye un delito en nuestra legislación penal¹²⁷. La doctrina ha intentado dar una definición de lo que para la norma penal significa abandonar, sin embargo y como establece Garrido Montt, se trataría de un tipo abierto, es decir, que puede llevarse a cabo de diversas maneras o con diversas modalidades de ejecución.

¹²⁴ ETCHEBERRY (1997) pp. 12-13

¹²⁵ MATUS y RAMÍREZ (2018) p. 84

¹²⁶ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2005) p. 166.

¹²⁷ LABATUT (2000) p. 131

Para Etcheberry el abandono es “dejar librado a sus propios recursos a un niño que se encuentra al cuidado de hecho o de derecho de quien lo deja”¹²⁸. Politoff, Matus y Ramírez lo definen de manera similar, abandonar sería “una conducta que consista en dejar o desamparar al menor, sea llevándolo a un lugar determinado o no recogiéndolo del lugar donde se le dejó”¹²⁹. A su vez, Labatut utiliza la definición de Raimundo Del Río, la cual se centra bastante en los deberes de asistencia infringidos: “El abandono de niños significa la interrupción o cesación de los cuidados y vigilancia que éstos requieren; o su entrega a personas irresponsables o ajenas a control”¹³⁰.

De esta forma observamos que, si bien lo que se tipifica como delito es el abandono material o físico del niño o niña por parte de su cuidador, de igual manera va aparejada una omisión de deberes de cuidado sobre ellos. Es decir, a pesar de que el abandono físico puede realizarse en distintas formas de comisión, ya sea mediante una acción positiva, sea dejándolo en un lugar en específico, o bien como una negativa relativa a una omisión propiamente tal, dejando de realizar acciones, como ir a recogerlo de un lugar. Independiente de que tipo de acción se despliegue, también “lo infringido es un deber de asistencia, sin perjuicio que la conducta que lleve a ese incumplimiento pueda consistir en una acción positiva”¹³¹.

Finalmente, con respecto al tipo subjetivo, Garrido Montt y Rodríguez Collao concuerdan en que necesariamente debe haber dolo, expresado en una voluntad de dejar de asistir o cuidar al menor, dejándolo desamparado a su suerte¹³². Asimismo, Rodríguez Collao advierte que el dolo debe necesariamente abarcar todos los elementos y circunstancias de la figura típica, es decir, edad de la víctima, características del lugar, y que a raíz de su actuar, el niño quedará en situación de desamparo¹³³.

Sin embargo, aquello aplica en tanto sea relativo a los artículos donde sólo se castiga el abandono en sí mismo, como los ya mencionados artículos 346 y 349. Pues en el caso de que se generen consecuencias, como muerte o lesiones graves, Etcheberry¹³⁴ advierte que puede haber desde culpa inconsciente hasta dolo eventual respecto a tales consecuencias. A su vez, es necesario tener en consideración, y como veremos en las relaciones concursales, que nunca podría haber dolo

¹²⁸ ETCHEBERRY (1997) p. 13.

¹²⁹ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2005) p. 167.

¹³⁰ LABATUT (2000) p. 131

¹³¹ GARRIDO MONTT (2007) p. 232.

¹³² GARRIDO MONTT (2007) p. 232.

¹³³ RODRÍGUEZ COLLAO (2022) p. 421.

¹³⁴ ETCHEBERRY (1997) p. 15.

directo respecto a las consecuencias del abandono, ya que se transformaría el delito, por ejemplo, en un homicidio doloso.

Por otro lado, Rodríguez Collao también establece que si hay error en cualquiera de las circunstancias del tipo excluiría el dolo y haría atípico su accionar¹³⁵.

1.2.3 Sujeto pasivo y lugar de comisión del delito

La forma que están estructurados los delitos de abandono de niños, además de basarse en la figura penal de abandonar física o materialmente a un niño, contienen dos factores relevantes que van a configurar dos clasificaciones de delito de abandono propiamente tal: la edad del niño y el lugar donde es abandonado.

1.2.3.1 Abandono de niños menores de siete años

De esta forma el primer sujeto pasivo que hace referencia el artículo 346 del Código Penal es “el que abandonare en un lugar no solitario a un niño menor de siete años, será castigado con presidio menor en su grado mínimo”. Vemos que para aplicar este artículo deben concurrir dos requisitos simultáneos; que el niño o la niña sea menor de siete años, y que sea abandonado en un lugar no solitario.

Cuando se habla de un “lugar no solitario” Etcheberry lo define como aquel lugar donde el socorro es probable al momento del abandono¹³⁶, ya que desde su propia definición se desprende que se refiere a lugares bastante concurridos por personas. La justificación de esta relación entre edad y lugar concurrido no es argumentada latamente, simplemente se establece que este límite fue tomado del Código Penal Belga, el cual se justifica en que no se podría abandonar a un niño mayor de siete años en un lugar concurrido, ya que el niño o niña ya estaría en condiciones de buscar ayuda por sí mismo, lo cual Etcheberry critica, considerando este argumento muy restrictivo.

1.2.3.2 Abandono de niños menores de diez años

¹³⁵ RODRÍGUEZ COLLAO (2022) p. 421.

¹³⁶ ETCHEBERRY (1997) p. 16.

Por su parte el artículo 349 del Código Penal establece “el que abandonare en un lugar solitario a un niño menor de diez años, será castigado con presidio menor en su grado medio”. El sujeto pasivo en este caso es un niño o niña menor de diez años, con el requisito de que el abandono sea en un lugar solitario, subiendo la pena en un grado. Esto porque se considera que el lugar solitario es un “lugar donde el socorro no es probable en el momento del abandono”¹³⁷, como un lugar desamparado o desierto, y por tanto el riesgo para la seguridad del niño o niña aumentaría.

Asimismo, se han planteado casos donde la edad del niño sea menor de siete años, pero se encuentra en un lugar solitario, donde la doctrina ha dado diversas respuestas. Primero, los profesores Politoff, Matus y Ramírez¹³⁸ establecen que el delito del artículo 349 sería solo para niños o niñas que tengan una edad mayor de siete años y menor de diez años, esto debido a que los mayores de siete dejarían de ser infantes en los términos del Código Civil, y por tanto alude a su presumido mayor desarrollo. Los profesores Etcheberry, Labatut y Garrido Montt, por su parte, no hacen referencia a un tramo etario de este artículo. Luego, el profesor Garrido Montt establece que, según el tenor de las normas, el abandono de un niño mayor de siete años en lugar no solitario y el de un niño mayor de diez años en lugar solitario, no serían punibles.

Por otro lado, Rodríguez Collao interpreta que, en los casos de que se abandone un menor de siete en lugar solitario, la norma que debe primar es la del artículo 349 del CP, pues argumenta que sería ilógico que se castigare benignamente abandonar a un niño de esa de edad en un lugar solitario, siendo que es claramente más peligroso para su vida e integridad¹³⁹, que dejarlo en un lugar concurrido.

Asimismo, plantea el profesor que, atendiendo a la diferencia de gravedad de las penas entre los artículos 346 y 349 del CP, “el factor determinante de la gravedad del hecho en el sistema de la ley es el lugar donde este se comete y no la edad de la víctima”¹⁴⁰. De esta forma, concluye que para nuestro ordenamiento el abandono de un niño menor de diez años en lugar solitario siempre es punible, debiendo aplicarse el art. 349; mientras que el abandono en un lugar no solitario solo es punible si la víctima es menor de siete años, aplicándose así el art. 346¹⁴¹.

¹³⁷ ETCHEBERRY (1997) p. 14.

¹³⁸ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2005) p. 170. Similar MATUS y RAMÍREZ (2019) p. 87.

¹³⁹ RODRÍGUEZ COLLAO (2022) p. 401.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ COLLAO (2022) p. 402.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ COLLAO (2022) p. 402.

1.2.4 Agravantes

Existen dos factores que constituyen verdaderos agravantes de la pena de los delitos del artículo 346 y 349. Por un lado, nos referimos a los casos en que el sujeto activo del delito tiene un vínculo parental con el niño o niña, y, por otro, a las consecuencias que pueden producirse por causa del abandono.

1.2.4.1 Sujeto activo

Con respecto al sujeto activo de la figura simple del abandono, según Etcheberry, puede ser cualquier persona que tenga el niño o niña bajo su cuidado o poder de hecho¹⁴². Es importante que el sujeto activo tenga el cuidado del niño, pues si no lo tuviese, no estaría cometiendo el delito de abandono sino la falta de omisión de socorro de niño menor de siete años del artículo 494 N° 13 del Código Penal.

Teniendo esto en consideración, el artículo 347, relativo al abandono de un niño menor de siete años en lugar no solitario del artículo 346, primero establece que, si el abandono “se hiciere por los padres legítimos o ilegítimos o por personas que tuvieren al niño bajo su cuidado”, es decir, como se refiere Etcheberry, si hay un poder de derecho, la pena resulta agravada a presidio menor en su grado máximo. Justificado precisamente por el “mayor deber de cuidado que se le asigna a los padres y guardadores”¹⁴³.

A su vez en el artículo 347, además de agravar la pena en el caso de que el sujeto activo fuese el padre, la madre o guardador, hay que hacer una diferenciación. El artículo establece que, si el abandonante reside a menos de cinco kilómetros de un pueblo o lugar en que hubiere casa de expósitos, se le aplicará efectivamente la pena de presidio menor en grado máximo. No obstante, si no es el caso, se le aplicará la pena de presidio menor en su grado medio. Esto es explicado por la Comisión Redactora debido a que “la culpabilidad aumenta mientras mayores son las facilidades para evitar el abandono”¹⁴⁴.

Cuando la norma penal se refiere a casa de expósitos, en su momento así eran llamados las casas de niños abandonados o huérfanos, donde el artículo 348 inciso segundo del Código Penal

¹⁴² ETCHEBERRY (1997) p. 14.

¹⁴³ MATUS y RAMÍREZ (2018) p. 87.

¹⁴⁴ LABATUT (2000) p. 132.

establece que “lo dispuesto en este artículo y en los dos precedentes no se aplica al abandono hecho en casas de expósitos”. Lo anterior, debido a que el niño o niña abandonada no se encontraría en peligro al ser entregado en un lugar que se asume seguro para él. *Mutatis mutandi*, se ha entendido que se puede aplicar esta norma de atipicidad a cualquier establecimiento público o privado que asegure el auxilio del niño o niña¹⁴⁵.

Finalmente, existe también un agravante relativa al abandono de un niño menor de diez años en lugar solitario del artículo 349. El art 350 del Código Penal agrava la pena cuando sean los cuidadores de derecho mencionados en el artículo 347. Sin embargo, en este caso la pena se agravaría a la de crimen, subiendo a presidio mayor en su grado mínimo.

1.2.4.2 Consecuencias del abandono

Al legislador también le interesan las consecuencias que resultaren del abandono: siendo las lesiones graves o la muerte del niño o niña. Etcheberry advierte que esta agravante obra sin perjuicio de las agravantes anteriores por vínculo parental, es decir, concurriendo ambos casos, el delito es doblemente agravado, expresándose en los artículos 348 y 351 para cada caso¹⁴⁶.

En el caso del delito de abandono de niño menor de siete años en lugar no solitario del artículo 346, el artículo 348 establece que si resultare tales consecuencias de lesiones o muerte y siendo el caso de que los abandonantes fueran padres o tengan el cuidado de derecho, se impondrá la pena de presidio mayor en su grado mínimo. No siendo el caso de tales sujetos activos, se impondrá la pena de presidio menor en grado máximo.

Por su parte, en el caso del artículo 349 que tipifica el delito de abandono de niño menor de diez años en lugar solitario, el artículo 351 del Código Penal establece la pena de presidio mayor en su grado medio cuando el sujeto activo fueren los anteriormente mencionados. Y en caso de no serlo, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

Para ambos casos, estas consecuencias actúan como condiciones objetivas de punibilidad que determina el nivel de peligrosidad y por tanto el riesgo que sufrió el niño o niña debido a la conducta desplegada.

¹⁴⁵ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2005) p. 167.

¹⁴⁶ ETCHEBERRY (1997) p. 15.

1.2.5 Relaciones concursales: distinción entre abandono, lesión, infanticidio y homicidio

Existiría un concurso aparente entre el delito de abandono, junto con los delitos de lesiones graves, infanticidio y homicidio según cada caso. Existe concurso aparente cuando varios comportamientos satisfacen más de un tipo penal, sin embargo, solo un tipo contiene o expresa las demás infracciones, aplicándose solo esta para evitar una doble valoración. En el caso de estos delitos precisamente habría que distinguir, según ha zanjado la jurisprudencia, si el abandono ha sido sólo un medio intencionado por el autor para la producción de la muerte o lesión del niño o niña, es decir, si existe dolo directo de matar o de lesionar, estaríamos frente a un delito de homicidio o infanticidio, pues como establece Etcheberry, “el delito de lesión hace desaparecer al de peligro”¹⁴⁷.

En cambio, primará el delito de abandono de niños en caso de que se acredite que, a pesar del peligro por el que pasó el niño o niña, “han existido potenciales cursos salvadores que el autor del delito no ha excluido o impedido deliberadamente”¹⁴⁸. Es decir, debe acreditarse que pudieron existir posibilidades de que el niño o niña no esté expuesto a una muerte o lesión segura, lo cual dependerá y deberá analizarse en cada caso.

2. Los delitos de abandono de niños como delitos de omisión

2.1 Los delitos de omisión

Ha existido controversia en la doctrina nacional sobre cómo tratar el delito de abandono de niños, si se tratase de un delito activo u omisivo. Recordemos que el delito siempre va vinculado a la conducta humana expresada en diferentes formas, ya sea cuando el autor realiza una conducta prohibida, delito de acción; o evita realizar una acción que tenía el deber de realizar, delito de omisión; o bien se le castiga por haber realizado una conducta peligrosa sin el debido cuidado, delito culposo.

En el caso del delito de abandono de niños, pocos autores han profundizado en esta discusión y como mencionamos anteriormente, solo Garrido Montt junto a los profesores Matus y Ramírez han explicitado su postura de tratarlo como un delito de omisión. Asimismo, a pesar de que puede tener distintas formas de comisión, ya sea mediante una acción positiva, o como una

¹⁴⁷ ETCHEBERRY (1997) pp. 15-16.

¹⁴⁸ MATUS y RAMÍREZ (2018) p. 88.

acción negativa u omisiva, Garrido Montt establece que estaríamos frente a un delito de omisión, debido a que lo que se omite son deberes de cuidado amparados por el ordenamiento jurídico, independiente que la forma material sea el despliegue de una acción positiva¹⁴⁹.

Considerando entonces el delito de abandono de niños como un delito de omisión, es necesario comprender qué es la omisión para el Derecho Penal. De esta manera, para Etcheberry y Garrido Montt, la omisión es relevante en tanto se compara con un actuar que debió realizarse, es decir, si consideramos que la omisión es un no actuar, este no actuar es relevante jurídicamente en tanto se le introduce un componente normativo, el cual establece cuándo, en vez de ese no actuar, se debió realizar una conducta determinada. De esta forma, omisión es “la no ejecución de la acción mandatada por la ley”¹⁵⁰.

Asimismo, deben concurrir ciertos presupuestos para que una omisión sea castigada, o como dice Garrido Montt “deben concurrir las circunstancias fácticas que coloquen al sujeto ante el imperativo del cumplimiento de ese deber”¹⁵¹. Y dentro de estas, se encuentra el que solo incurre en omisión la persona jurídicamente obligada a realizar ciertas acciones¹⁵², es decir, aquella que ostenta una posición de garante.

Etcheberry ha sido crítico de esta denominación “posición de garante”, ya que el sujeto obligado no puede garantizar un resultado o la evitación de este, sino que sólo puede esforzarse por evitarlo. Esto se explica ya que, desde una teoría de la causalidad, en el caso de que si el sujeto garante de la protección de cierto bien jurídico hubiese realizado la acción debida, no podemos prever con certeza que este bien no hubiese sido lesionado o puesto en peligro, porque se entiende que un “no hacer” nada puede causar. De esta forma, Etcheberry establece que lo que realmente se castiga es la indiferencia a la posibilidad que se concrete el resultado, donde la conducta omisiva de castiga como un abandono o incumplimiento grave de deberes más que una causación de un resultado¹⁵³.

La fuente de estas obligaciones se encuentra fuera de la ley penal, ya sea la ley propiamente tal, como en el caso de las personas relacionadas por un vínculo de parentesco, donde existe el deber de protección y de evitar el peligro de por ejemplo los hijos e hijas, todo esto derivado del vínculo y el deber de crianza que impone el Código Civil. Asimismo, el contrato en el caso de

¹⁴⁹ GARRIDO MONTT (2007) p. 232.

¹⁵⁰ ETCHEBERRY (1999) p. 201.

¹⁵¹ GARRIDO MONTT (2003) p. 181.

¹⁵² ETCHEBERRY (1999) p. 199.

¹⁵³ ETCHEBERRY (1999) p. 202-203.

aquellas personas que se obligan para prestaciones de servicio, como el de un cuidador, enfermera, salvavidas, etc. Y las profesiones de riesgo, que en sí mismas llevan un deber de afrontar ciertos riesgos en protección de otras personas.

Comprendido esto, revisaremos brevemente las clasificaciones o tipos de delitos de omisión que existen y dónde se podría posicionar los delitos de abandono de niños, si es una figura de omisión propia o impropia. Teniendo en consideración que esta discusión no está zanjada y tampoco ha sido lo suficientemente estudiada por la doctrina. Por tanto, el siguiente análisis de limita a mostrar las diferentes clasificaciones y sus posibles implicancias en este tipo de delitos, sin ánimos de identificarnos con una postura en concreto.

Tradicionalmente se clasifica en delitos de omisión propia u omisión propiamente tal y delitos de omisión impropia o de comisión por omisión.

2.1.1 Delitos de omisión propia o simple omisión

Muñoz Conde define a los delitos de omisión propia u omisión propiamente tal como aquellos que consisten en una infracción a un deber de actuar¹⁵⁴. El profesor Cury¹⁵⁵, por su parte, agrega que se traducen en la infracción de una norma imperativa, es decir, aquellas normas penales que mandatan hacer algo, siendo estas la excepción en el ordenamiento jurídico penal, pues la regla general son las normas prohibitivas. Al mismo tiempo, establece que estas normas están establecidas en el Código Penal, configurando la premisa “el que no haga esto” o “el que omita hacer algo”.

Asimismo, Garrido Montt establece que los delitos de omisión propiamente tal se concretan por un mero no hacer de la actividad ordenada. Además, deben cumplir ciertos requisitos en la tipicidad objetiva. Primero, que se concrete en la realidad la situación de hecho o de derecho que impone la obligación de realizar la actividad de que se trata, por ejemplo, en el caso de la falta de omisión de socorro del artículo 494 N° 13 del Código, la situación fáctica es la de encontrarse a un niño o niña menor de siete años perdido o abandonado. Segundo, que en la materialidad no se realice la actividad ordenada y tercero, que el sujeto haya estado en posibilidad de ejecutarla. Del hecho nace el deber de recogerlo y protegerlo, buscar a sus padres o llevándolo a un lugar seguro, avisando a la autoridad. Todo esto siempre que el sujeto tenga las posibilidades de hacerlo, lo cual se aprecia bajo un criterio la capacidad de una persona común en circunstancias objetivas.

¹⁵⁴ MUÑOZ CONDE (2010) p. 241.

¹⁵⁵ CURY (2005) p. 677.

Para los profesores Garrido Montt y Juan Bustos el abandono de niños sería un delito de omisión propia, ya que lo infringido es un deber de asistencia o de cuidado del niño o niña. Para Bustos, quien es partidario de considerar que el bien jurídico protegido de estos delitos es la seguridad personal, explica que basta con el mero no acatar el deber que la ley le encomienda, por ejemplo, en el caso de que el abandonante es un padre o madre de cuidar a sus hijos o hijas, “ya que la esencia del injusto está constituida por el incumplimiento de deberes asistenciales (que son la concreción típica del bien jurídico protegido, la seguridad como presupuesto de la libertad)”¹⁵⁶.

A su vez, Garrido Montt establece que, tratándose de este tipo de omisión, podría darse en la tipicidad subjetiva, tanto el dolo como la culpa, siempre y cuando esta última lo permita el tipo penal¹⁵⁷. Para que exista dolo en la omisión propia deben estar los siguientes requisitos. Primero, el conocimiento que tiene el sujeto de la situación que lo obliga a realizar la acción. Segundo, saber cuál es la acción que se espera de él, y que esté en condiciones de cumplirla. Este último requisito, si bien Etcheberry ha dicho que el haber podido realizar la acción no es un requisito indispensable para el concepto jurídico de omisión en sí mismo, sí lo es al momento de evaluar si se puede castigar la omisión¹⁵⁸.

De esta forma, el mismo autor señala al analizar este tipo de delitos, aplicaría solo el dolo, en tanto debe existir una voluntad de abstenerse de cuidar al niño o niña¹⁵⁹.

2.1.2 Delitos de omisión impropia o comisión por omisión

En el caso de los delitos de omisión impropia o también llamados comisión por omisión, a diferencia del caso anterior, a la omisión se le atribuye un resultado. El profesor Etcheberry establece que la fórmula para sancionar delitos de resultado donde el autor no ha obrado consta de dos requisitos: un elemento normativo, el deber de haber obrado, y el elemento objetivo, que establezca que la ausencia de cierta acción provocó el resultado, siendo imposible de probar según el profesor¹⁶⁰.

Esta clase de delitos de omisión no están señalados en el Código, sino más bien explica Etcheberry, son una creación doctrinal y jurisprudencial. Nos da el ejemplo de una jurisprudencia

¹⁵⁶ BUSTOS (1986) p. 76.

¹⁵⁷ GARRIDO MONTT (2003) p. 186.

¹⁵⁸ ETCHEBERRY (1999) p. 201.

¹⁵⁹ GARRIDO MONTT (2007) p. 232.

¹⁶⁰ ETCHEBERRY (1999) p. 185.

de la Corte de Apelaciones de Concepción en 1939 que condena a una madre como autora de infanticidio, habiendo caído a un pozo su bebe recién nacido, y no haciendo nada para salvarlo, generándose la muerte del infante¹⁶¹.

Con esto, tanto los profesores Politoff, Matus y Ramírez junto con Muñoz Conde, establecen que una de las características de los delitos de comisión por omisión es que no están expresados en el tipo penal¹⁶², sin embargo, se considera “en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos que también contribuyen a la producción del resultado prohibido”¹⁶³.

Con respecto a la tipicidad subjetiva, se aplicarían los mismos estándares de los delitos de omisión propia, es decir puede haber dolo y culpa, esta última en la medida que el tipo lo permita. Para el dolo, según Garrido Montt también se deben conjugar los elementos señalados para la omisión propia, es decir, conocimiento de la situación que lo obliga a actuar; saber cuál es la acción que se espera de él y que esté en condiciones de cumplirla. Y, además, la producción del resultado típico que la acción omitida pudo evitar, como sería las lesiones graves o la muerte.¹⁶⁴

Politoff, Matus y Ramírez, por su parte, hablan de que un elemento esencial del dolo en los delitos impropios de omisión es que el sujeto conozca su posición de garante, ya que estos delitos pueden ser realizados por aquellas personas que, por esta posición que ostentan, tienen el deber de impedir cierto resultado, o de esforzarse por impedirlo como alude Etcheberry. De esta manera, los requisitos que debe tener, tanto el dolo eventual como el directo, en estos casos son: que el sujeto sepa que está realizando el hecho típico, y, por ende, que conozca la causalidad potencial de la omisión; segundo, que sepa que tiene la posibilidad real de evitar el resultado y tercero, que conozca su posición de garante, derivando en un error de tipo en caso de desconocer tal posición¹⁶⁵.

Matus y Ramírez establecen que el delito de abandono de niños pertenecería a los delitos de comisión por omisión en tanto suponen la combinación de hechos ilícitos activos y pasivos¹⁶⁶, con figuras agravadas en el caso de asociárseles un resultado como la muerte y lesiones graves. A modo de ejemplo, el abandono entendido como una omisión de deber de cuidado de un niño menor

¹⁶¹ ETCHEBERRY (1999) p. 186.

¹⁶² POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2003) p. 198.

¹⁶³ MUÑOZ CONDE (2010) p. 241.

¹⁶⁴ GARRIDO MONTT (2003) p. 186.

¹⁶⁵ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2003) pp. 260-261.

¹⁶⁶ MATUS y RAMÍREZ (2018) p. 86.

de siete años, expresado en el abandono material de dejarlo solo en un lugar no solitario, se homologaría a la acción que genera el resultado de muerte o lesiones graves en el caso del artículo 348 del Código Penal. Es decir, como dice Muñoz Conde, existe una “cláusula de la equiparación valorativa o cláusula de equivalencia”¹⁶⁷ entre acción y omisión que permite imputar el resultado a un no hacer.

Finalmente, teniendo ambas posturas en consideración, tanto de los partidarios que consideran al delito de abandono de niños como un delito de omisión propia, como aquellos que lo consideran de comisión por omisión, si nos enfocamos especialmente en los delitos donde el sujeto activo son los padres del niño o niña, en los términos del artículo 347 y 350 para cada caso respectivamente, no podemos dejar de mencionar una postura novedosa que plantea la académica Javiera Torres Sandoval, donde en su texto analiza el delito de personas desvalidas del artículo 352, que cumple similitudes con estos delitos de abandono que podemos analizar.

Torres Sandoval se opone a considerar estos delitos de abandono como eminentemente delitos de omisión, sino más bien plantea, siguiendo la teoría de Eberhard Struensee, que se tratarían de delitos activos que siempre traen aparejada una omisión¹⁶⁸. Esto se explicaría debido a que el abandonar puede conllevar distintas formas de comisión, como bien mencionó Garrido Montt, las cuales se pueden interpretar como formas activas, como trasladar al niño a un lugar, o alejándose de él, las cuales “con posterioridad dan lugar a una forma omisiva consistente en no prestar auxilio en sentido amplio, evitando así la muerte o lesiones”¹⁶⁹.

Siguiendo a Struensee, quien define “abandonar”, o más bien el resultado de abandonar, como “hacer imposible la propia ayuda”¹⁷⁰, en el tipo objetivo de estos delitos, la conducta activa o la acción propiamente tal, estaría dada por la creación de la situación de desamparo, ya que para el autor no bastaría con la mera separación espacio temporal del garante con la víctima, sino que, al considerar que el abandono es un delito de peligro en concreto, se debe crear o aumentar la situación de desamparo que refleje que la víctima no será capaz de protegerse a sí misma.

Y la omisión del abandono, por su parte, estaría dada por la consideración de que el garante no le proporcionó la ayuda necesaria, justificada en su deber de cuidado de la víctima, para protegerla del peligro amenazante. Así lo explica, planteando que “cuando el garante abandona a su víctima, la situación de ésta sólo se empeora, ciertamente, si uno no sólo suprime mentalmente la

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE (2010) p. 242.

¹⁶⁸ TORRES SANDOVAL (2014) pp. 278-279.

¹⁶⁹ TORRES SANDOVAL (2014) p. 279.

¹⁷⁰ STRUENSEE (1998) p. 84.

separación espacial (= comprobación de la causalidad del hacer activo según la teoría de la equivalencia), sino que tendrá que agregar mentalmente también que el autor, en caso contrario, habría ayudado a la víctima”¹⁷¹.

2.2 Tipos omisivos, abandono de niños y perspectiva de género: una crítica necesaria

Luego de un análisis dogmático del delito de abandono de niños de nuestro Código Penal, y adhiriéndonos a la postura que plantea que pertenecen a la categoría de delitos de omisión, no podemos dejar de hacer un análisis, desde una perspectiva crítica, sobre cómo la construcción y tratamiento de la dogmática ha influido en la perpetuación de visiones estereotipadas y castigadoras de mujeres que no cumplen con el estándar de buena madre que el Derecho Penal implícitamente les exige, a propósito justamente de la ya estudiada posición de garante.

Bajo ese supuesto, a lo largo de todo el estudio de la doctrina penal nacional acerca del delito de abandono y de los delitos de omisión en general, podemos encontrar que, cuando los ejemplos involucran el deber de cuidado que envuelve a los padres respecto de sus hijos, generalmente los ejemplos de quien comete el delito de omisión, o de abandono en este caso, es una mujer.

Como bien mencionamos en el subtítulo anterior, el Código Penal solo tipifica como delito de abandono el material o físico, y no el económico o simplemente moral, estando aquellos generalmente a cargo del Derecho de Familia, a propósito del cumplimiento de pensión alimenticias y de una relación directa y regular, donde en estos casos, generalmente la mayoría de los demandados son hombres.

Claro está en que la afectación que produce cada tipo de abandono es distinta, donde el abandono material o físico tipificado como delito genera una situación de desamparo directa para la vida e integridad psíquica y corporal del niño o niña, sin embargo, también es necesario referirnos al contexto y las estructuras socioculturales en el cual podrían cometerse estos delitos, donde hasta la actualidad es la madre quien pasa mayor tiempo con sus hijos dada la relegación histórica de las mujeres al ámbito de lo íntimo y lo doméstico, donde es el padre quien ha descansado en la rol de garante de la madre del cuidado de los hijos para salir al espacio público sin culpa ni reproche.

De esta manera, cabe preguntarse cuánto de la violencia e inequidad de género estructural que viven las mujeres que son madres puede llevarlas a ser tratadas como imputadas por incumplir

¹⁷¹ STRUENSEE (1998) p. 87.

su posición de garante, donde la dogmática penal, en vez de cumplir su función limitadora del poder estatal, lo amplía arbitrariamente. A modo de ejemplo, en el análisis dogmático de cómo opera el dolo en los delitos de omisión nos encontramos con el siguiente caso que dan los profesores Politoff, Matus y Ramírez:

“Así, la madre que no interviene para impedir que su pequeño hijo sea matado a golpes por su conviviente coopera con su omisión a que el hecho pueda ejecutarse, por lo que su conducta omisiva constituye complicidad en el mismo”¹⁷²

A propósito de los requisitos del dolo en los tipos omisivos, los autores dan este ejemplo pues para la dogmática penal, como vimos anteriormente, para que una omisión pueda ser castigada, dentro de sus elementos más importantes es que el sujeto tenga una posición de garante, sepa que es garante y conozca su deber de actuar. De esta manera, es fácil caer en la conclusión de que esta mujer debería ser castigada por faltar a su posición de garante de proteger a su hijo. Es decir, desde un análisis dogmático penal, esta mujer cumpliría con los presupuestos para ser imputada como coautora o cómplice del delito de homicidio en modalidad de comisión por omisión, y a fin de cuentas por ser una “mala madre”. Sin embargo, como ya hemos analizado en el primer capítulo, la realidad es mucho más compleja.

Con este ejemplo, nace la necesidad de recordar lo que denuncia Cecilia Hopp, donde los jueces y juezas utilizando la dogmática penal, que, en este caso, parecería ser un análisis correcto, omiten integrar los contextos de violencia estructural de género hacia estas mujeres, quienes debido a las consecuencias de esta violencia se ven privadas de la fuerza y capacidad para enfrentar a su propio agresor. “La violencia contra las mujeres permanece invisible frente a la victimización de sus hijos y se sitúa a la madre como victimaria. De esta forma, el derecho penal exige a las mujeres sacrificios heroicos para proteger a sus hijos e ignora los riesgos que suponen la separación y la huida”¹⁷³.

Por otro lado, Yael Zygielman expresa que, en el caso de los delitos de abandono de niños, la posición de garante que tiene la madre se transforma en un criterio imperante y objetivo que disminuye, al mismo tiempo, la importancia del tipo subjetivo. Establece que “el deber de garante fundado en preconceptos sobre lo que es un buen rol de madre (lo que además suponen objetivo y

¹⁷² POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2003) p. 260.

¹⁷³ HOPP (2017) p. 29.

avalorado per se) y se condena a mujeres, sin demostrar intención alguna (dolo) de cometer ilícito penal”¹⁷⁴.

De esta forma, la construcción del deber de cuidado que expresa la posición de garante de una madre, si consideramos los elementos que conforman el imaginario colectivo de este arquetipo analizado en el primero capítulo, puede ser permeable a un sin número de estereotipos sobre la “buena madre” que todo lo sabe y todo lo puede, derribando estructuras lógicas de la teoría del delito, como es la comprobación del dolo en los tipos omisivos.

Así, cabe recordar que dentro de los requisitos que amerita el dolo de estos tipos penales, Garrido Montt mencionaba primero el conocimiento que tiene el sujeto de la situación que lo obliga a realizar la acción, es decir, percibir que cierta situación puede ser peligrosa para la vida o salud del niño. Y, junto con ello, que el sujeto activo esté en condiciones de realizar la acción que se espera de él, el cual nace de su deber de actuar en torno a la víctima.

Así vemos que el conocimiento de la situación que lo obliga a actuar y el haber podido realizar la acción, circunstancias las cuales por regla general se debe analizar bajo el estándar de las capacidades de una persona común, pueden ser analizadas bajo un estándar mucho más alto en los casos donde la imputada es la madre. De esta manera se puede llegar a exigir una previsibilidad infundada, donde el conocimiento y voluntad que exige el dolo es reemplazado por el deber de cuidado omnipotente que debiese tener una madre por el sólo hecho de serlo:

“Cuando se acude al criterio objetivo de buena o mala madre, se desconoce el hecho fáctico y las circunstancias que lo rodean, porque el rol de madre presupone que debía saber, conocer y proteger siempre y en todo momento a su hijo, aun cuando fácticamente no pudiera. Se implanta un dolo objetivo, derivado del rol y se le exige que debe conocer, aunque no lo haya hecho efectivamente. Se le exige más que a cualquier autor de delito, solo por el hecho de ser madre”¹⁷⁵.

Por otro lado, con esto es necesario expresar que los tipos omisivos, y especialmente los delitos de abandono de los artículos 346 a 351 del Código Penal, por sus características dogmáticas, como la determinación de la peligrosidad y al ser tipos abierto, generan oportunidades de discriminación y arbitrariedad en el momento de análisis de un caso en concreto cuando la imputada es la madre. Como advierte Zygielman, no es un problema de la dogmática penal en sí misma, sino

¹⁷⁴ ZYGIELMAN (2020) p. 289.

¹⁷⁵ ZYGIELMAN (2020) p. 287.

el uso de las figuras y criterios penales que quedan a disposición del análisis del juzgador y que este a su vez sea afectado por la cultura patriarcal que nos envuelve¹⁷⁶.

En ese sentido, como vimos previamente, en los delitos de abandono existe una controversia en tanto considerarlo delito de peligro abstracto o concreto. Así, se ha entendido la peligrosidad como un concepto normativo fundado en un juicio de probabilidad que realiza de manera ex ante el juez, posicionándose al momento de cometer la acción u omisión traducida en el abandono. Para ello, establece Muñoz Conde, el juez debe tener un conocimiento ontológico de la situación de hecho específica que está juzgando, sumado a un conocimiento nomológico, es decir, que “conozca las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, puede producir generalmente la lesión de un bien jurídico”¹⁷⁷.

Aquí nace la pregunta si se podría sostener que en la misma configuración dogmática del delito de abandono presentaría un gran riesgo a que se adhieran concepciones de la realidad sesgadas al momento de valorar de los hechos de un caso. Es así como una concepción del estándar de madre ideal puede generar que el nivel de previsibilidad del peligro, y por ende, la situación de desamparo que conlleva, sea analizado desde una probabilidad sesgada debido a las altas exigencias sociales que conlleva, tema que analizaremos en el siguiente capítulo.

En esa línea, esta duda aplica, tanto si considerando el abandono un delito de peligro en concreto que, al igual que el delito de lesión, la puesta en peligro del bien jurídico debe ser objeto de prueba en el respectivo proceso penal¹⁷⁸. O bien si considerando el peligro como una presunción del legislador, en el caso de ser de peligro abstracto, ya que si recordamos el espíritu del legislador al ubicar los delitos de abandono dentro de un título en donde los bienes jurídicos que se protegen son la familia y la moralidad pública.

Esto ha sido bastante controvertido, “debido a que la autoridad estatal aparece imponiendo una ética pública, con figura penales – por lo demás- no responden propiamente a tal criterio”¹⁷⁹, habría un riesgo de asociación implícita del tipo penal a consideraciones metajurídicas, como cierto tipo de ética y estructuras o mandatos socioculturales los cuales no siempre son representativas de las diversas y complejas realidades, como bien han denunciado Hopp y Zygielman en el marco penal de Argentina.

¹⁷⁶ ZYGIELMAN (2020) p. 280.

¹⁷⁷ MUÑOZ CONDE (2010) p. 302.

¹⁷⁸ MUÑOZ CONDE (2010) p. 303.

¹⁷⁹ GARRIDO MONT (2007) p. 229.

Así también, la consideración que el abandono de niños sea un tipo penal abierto, como así lo ha declarado Garrido Montt¹⁸⁰, produce ciertas inseguridades a la hora de probar el abandono. Como vimos previamente, los tipos abiertos son aquellos tipos en que sus elementos objetivos no están descritos de manera precisa ni exhaustiva¹⁸¹, por tanto, como advierte Muñoz Conde, “las fronteras de la conducta punible son absolutamente difusas, con el consiguiente perjuicio de la seguridad jurídica”¹⁸².

Tal sustento de seguridad jurídica sería compensado al momento de juzgar los casos específicos que revisten apariencia de ser aplicables al tipo abierto por contener ciertos elementos de la ilicitud, pero que al final es el tribunal quien determinara el contenido, sentido y alcance, en este caso, de los elementos objetivos del abandono y de la construcción del deber de actuar por la posición de garante.

En ese sentido, al tratarse de un tipo penal abierto bien podría aumentar la posibilidad de confundir lo que Taruffo denomina hechos descriptivos de los hechos valorativos. De esta forma, nos recuerda la compleja relación entre hechos y derecho, donde en la identificación de los hechos objetivo del proceso, influirán la configuración de las normas aplicables al caso¹⁸³. “Se trata, en fin, de entender correctamente en qué consiste la denominada «calificación jurídica del hecho» y de qué forma condiciona la identificación del hecho del que es necesario determinar la verdad”¹⁸⁴.

De esta forma, Taruffo plantea que los enunciados descriptivos son apofánticos, es decir, verdaderos o falsos¹⁸⁵. Un ejemplo de ello, a propósito de los delitos de abandono, podría ser el probar en un juicio que una madre dejó solo a su hijo menor de siete años entre las 17 y 17:30 en un parque.

Por otro lado, los enunciados valorativos, que expresan juicios de valor, no son apofánticos, por tanto, no pueden ser probados en términos de veracidad, ya que se construyen en base a argumentaciones. Así, el establecer que esa acción que cometió la madre puede ser considerada como abandono, en los términos del tipo penal y lo que la dogmática penal ha planteado, dependerá de las argumentaciones que se construyan. Sobre todo, como mencionamos,

¹⁸⁰ GARRIDO MONTT (2007) p. 232.

¹⁸¹ CURY (2005) p. 288.

¹⁸² MUÑOZ CONDE (2010) p. 107.

¹⁸³ TARUFFO (2002) p. 91.

¹⁸⁴ TARUFFO (2002) p. 92.

¹⁸⁵ TARUFFO (2007) p. 253.

al tratarse de un tipo abierto que no da otros elementos descriptivos para limitar tales construcciones argumentales.

Finalmente se podría sostener que la infracción a la posición de garante que conlleva el abandono es un elemento valorativo del tipo penal, en tanto no es comprobable con el hecho en sí mismo, sino con la significancia que tiene para la dogmática y cultura jurídico penal. Así pues “la determinación del hecho que identifica la base de la controversia es el fruto de elecciones que a menudo contienen elementos valorativos, dado que acostumbra a ser valorativa la interpretación de la norma que permite individualizar el criterio de relevancia jurídica de los hechos”¹⁸⁶

A propósito de esa construcción doctrinal valorativa, Petrone expresa que, si bien la dogmática penal no puede prescindir de la construcción de ciertas conductas esperadas para la determinación de las conductas omisivas, como sería la posición de garante, estas conductas “no pueden permanecer estancadas e inmutables, sino que la teoría del delito debe adaptarse siempre a la realidad en la cual actuamos”¹⁸⁷. Por tanto, y siguiendo a Zygielman, en la persecución de estos delitos es necesario observar el contexto específico de las mujeres que son madres, valorando y agregando a su análisis los distintos factores que las envuelven en un clima de vulnerabilidad.

De lo contrario, seguir manteniendo un análisis jurídico penal justificado por el determinismo biológico y positivista, donde se juzga mecánicamente, mantendría la hegemonía de la creencia de que la maternidad es inherente a las mujeres, y por ende todo lo que baje ese estándar puede ser castigado, acercándonos más al derecho penal de autor y todos los riesgos que eso conlleva¹⁸⁸.

3. Los delitos de abandono en el Derecho Comparado

A continuación, examinaremos brevemente derecho y doctrina comparada para analizar el delito de abandono y sus posibles particularidades en otros ordenamientos. El primer marco penal comparado que analizaremos será Argentina, debido principalmente a que han sido académicas y abogadas de dicho país quienes más han ahondado en la problemática de la maternidad y derecho penal, develando los sesgos y estereotipos que rondan la figura penal del abandono de niños al momento en que las imputadas son madres, y al mismo tiempo porque han sido una de las

¹⁸⁶ TARUFFO (2002) p. 102.

¹⁸⁷ PETRONE (2021)

¹⁸⁸ ZYGIELMAN (2020) p. 286.

principales fuentes de inspiración y reflexión que sustentan este trabajo. Así también, analizaremos el caso de España, debido a que es uno de los países de habla hispana más avanzados.

3.1 Argentina

El Código Penal argentino contiene en su capítulo sexto llamado “abandono de personas”, título primero, libro segundo, el artículo 106 que establece:

“El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.”.

A diferencia de nuestro Código Penal, el delito de abandono argentino se encuentra en el título “Delitos contra las personas” y vemos que los bienes jurídicos que protege la sanción de este delito están expresos en el tipo penal, siendo estos la vida y la salud de la víctima. Podríamos decir también que, a diferencia de nuestro Código, en este caso existe un artículo que contiene distintas conductas típicas que se diferencian entre sí, donde lo relevante de cada una de ellas es la puesta en peligro concreta de la vida o salud. Así se ha dicho por parte de la doctrina argentina que la acción típica “no es simplemente abandonar o colocar en situación de desamparo al sujeto pasivo, sino la de poner en peligro su vida o salud mediante el abandono o su colocación en situación de desamparo”¹⁸⁹.

Por otro lado, al igual que nuestro Código, solo está tipificado en el Código argentino el abandono material o físico, diferenciándose del abandono moral o el económico. De esta forma, Soler ha establecido que “el daño en el cuerpo o la posibilidad del daño son, pues, las infracciones bases sobre las que reposan estas infracciones”¹⁹⁰.

El artículo 106 establece tres conductas diferenciadas que pueden generar la puesta en peligro, a diferencia de nuestros artículos 346 a 351 que solo se refieren a la conducta de “abandonar”. La primera es la de colocar en situación de desamparo, la cual no establece una

¹⁸⁹ CREUS (1997) p. 114.

¹⁹⁰ SOLER (1992) p. 187.

modalidad concreta, ni tampoco que deba ser un sujeto activo o pasivo en particular¹⁹¹. Solo se refiere al requisito de crear una situación de desamparo, entendida por Boumpadre como una conducta activa donde se deja a la víctima “sin posibilidad alguna de obtener ayuda o asistencia, necesarias para preservar su vida o su salud”¹⁹².

La segunda conducta trata sobre abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que el autor debe mantener o cuidar, en este caso Boumpadre afirma que el delito puede darse por acción u omisión impropia¹⁹³, donde al igual que el caso anterior se puede realizar sacando a la víctima del lugar protegido y dejándola en otro creando la situación de desamparo, o bien, alejándose el autor del lugar donde está la víctima. Asimismo, en esta figura siempre aplicaría el dolo, bastando el eventual.

Por otro lado, esta figura es más especializada ya que el sujeto activo debe ser alguien que tenga el deber o la obligación jurídica de cuidar a la víctima que abandona, es decir, que tenga una posición de garante.

Respecto al sujeto pasivo, este debe ser alguien incapaz de valerse por sí mismo, lo cual como establece Soler, es una expresión mucho más amplia de la que existía antes de la reforma de la Ley 17.567. Dicha Ley reformó la figura penal anterior del Código Penal de Argentina, que limitaba al sujeto activo solo a “un menor de diez años u otra persona incapaz por causa de enfermedad”, la cual dejaba impune, por ejemplo, la acción de abandonar a una persona sana o a un niño o niña mayor de esa edad.

De esta manera lo que fundamenta la expresión argentina no está referido a las características de la víctima como ocurre en nuestro caso con la determinación de la edad de los niños o del lugar donde se realizó el abandono, sino más bien que no pueda valerse de sí misma. Es decir, se relaciona con la imposibilidad en que se encuentra la víctima de lograr el auxilio de otras personas¹⁹⁴.

Por último, la tercera conducta es el abandono de la persona a quien el autor ha incapacitado, donde Boumpadre agrega que esta última forma de comisión fue agregada posteriormente al Código, a raíz de la necesidad de tipificar una conducta específica de abandono, por los casos donde el autor se aleja después de un accidente sin ayudar al que resultó afectado o lesionado, en este caso según el autor, aplicaría la doctrina de la acción precedente en los delitos de

¹⁹¹ TORRES SANDOVAL (2014) p. 268.

¹⁹² BOUMPADRE (2003) p. 254.

¹⁹³ BOUMPADRE (2003) p. 255.

¹⁹⁴ SOLER (1992) p. 193.

omisión¹⁹⁵. Sujeto activo, por tanto, solo es aquel que ha creado la situación tal de ser responsable por incapacitar al sujeto pasivo.

Luego, al igual que en nuestro Código se establecen una serie de agravaciones, no obstante, en este caso están dentro del mismo artículo 106. La primera agravación es la que establece el inciso segundo, la cual se justifica en que, si a causa del abandono se genere el resultado de “grave daño en el cuerpo o salud de la víctima”, aumentándose aún más la pena si ocurre la muerte, como establece el inciso final. Asimismo, tal como lo establece nuestro Código, el art 107 del Código Argentino establece la figura agravada de las figuras cometidas en el artículo 106 cuando el sujeto activo son los padres o cónyuges, estableciendo “El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge”

Hasta ahora, teniendo nociones generales de cómo se configura el delito de abandono en el Código Penal argentino, podemos decir que cuentan con una mayor sistematización de esta clase de delitos, donde se han considerado mayores casos para su tipificación específica, tal como lo vimos con sus tres formas de puesta en peligro de la víctima que es abandonada. Asimismo, a diferencia de nuestro ordenamiento, el cual se centra en edades específicas de los niños y niñas que son abandonados, así como también el tipo de lugar en que ocurren el hecho, en el caso argentino, el artículo 106 abarca presupuestos de hechos más generales, que intentan no dejar lagunas, incertezas o conductas impunes como sí pudiese ocurrir en nuestro caso, por ejemplo, respecto a qué ocurriría si se deja a un niño mayor de siete años en un lugar no solitario.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar brevemente algunas críticas que académicas han realizado en torno a la aplicación de este tipo penal en la práctica judicial argentina. Como establece Torres Sandoval, estas disposiciones han sido consideradas especialmente por aquella parte de la doctrina argentina que establece que, debido a que no existe una cláusula general de comisión por omisión, puede ser aplicado el artículo 106 y 107 del Código Penal, en relación con la configuración del delito de homicidio como conducta activa¹⁹⁶. Es decir, como no se puede condenar a una persona por homicidio a raíz de una omisión, ya que estaría en contra del principio de legalidad, se ha aplicado en aquellos casos mencionados anteriormente, donde un niño muere por las agresiones de la pareja de la madre de este, donde ella es condenada como autora de delito de abandono de personas en modalidad calificada.

¹⁹⁵ BOUMPADRE (2003) p. 255.

¹⁹⁶TORRES SANDOVAL (2014) pp. 269- 270.

Así ha dicho Juan Manuel Soria “(...) en conocimiento del riesgo de muerte de su hijo por parte de las agresiones de su concubino, dejó que ello se mantuviera así, en franca confrontación al deber previsto en artículo 264 incisos 2º y 4º del Cód. Civil. Con tal actitud (omisión), puso en peligro la vida de su hijo, abandonándolo a su suerte y resultando de ello su muerte”¹⁹⁷. Respecto a esto, Zygielman y Petrone han enfatizado como revisamos previamente, que este razonamiento pasaría por alto las exigencias básicas del dolo.

Como vimos, las tres figuras que contempla el artículo 106 requieren de a lo menos el dolo eventual, y siguiendo a Petrone “a la hora de imputar un delito omisivo debe poder afirmarse que exista, efectivamente, la voluntad de ir en contra del interés jurídicamente protegido y tener conocimiento tanto de la posición de garante en la que se encuentra el/la agente, así como también del peligro de la producción del resultado típico y la posibilidad de impedirlo”¹⁹⁸. Sin embargo, la aplicación de este tipo penal a modo de homologación de un homicidio por omisión pareciera que solo le bastara la posición de garante de las madres respecto a la integridad de sus hijos para formular la imputación.

3.2 España

Una de las primeras características que nos llama la atención del Código Penal Español, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, es que presenta, en su capítulo tercero llamado “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, específicamente en su sección tres “Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, diferentes normas que involucran distintas dimensiones de lo que se puede considerar abandono. Es decir, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico y el de Argentina, aquí está tipificado como delito el abandono económico, por ejemplo, como una expresión de dejar de cumplir deberes de asistencias que emanan de las relaciones filiales y conyugales del Código Civil.

De esta forma, podemos encontrarnos con diversos bienes jurídicos protegidos que amparan las normas de esta sección, donde el artículo 226 establece en su inciso primero:

“El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses”.

¹⁹⁷ SORIA (2009) p. 142.

¹⁹⁸ PETRONE (2021)

Muñoz Conde afirma que el bien jurídico protegido en este caso es la seguridad material, entendida como “la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona de ser ayudada por sus familiares obligados a ello en el caso de que así lo necesite, o, por lo menos, de no ser puesta en situación peligrosa por esos familiares”¹⁹⁹.

Por otro lado, el artículo 229 establece:

“1. El abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años

2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.”.

Este artículo es el que más se asemeja a los tipos de abandono de niños de nuestro ordenamiento que hemos estado analizando. Muñoz Conde, en este caso, trata a este tipo penal como “abandono propio” y, al artículo 231, como “abandono impropio”.

Los tipos penales aludidos presentan como bien jurídico protegido la seguridad en sentido amplio, abarcando la vida, salud, integridad física y la libertad sexual del sujeto pasivo, que en este caso deben ser niños o niñas menores de edad o personas en situación de discapacidad necesitadas de especial protección²⁰⁰.

El artículo 229 establece solo una forma de comisión, al igual que nuestro ordenamiento y a diferencia de Argentina, siendo el verbo rector “abandonar”, donde “el delito se consuma en el momento en que se produce la situación de falta de seguridad y se omite el deber de cuidado”²⁰¹. Así también, se ha dicho por Martínez Guerra que el abandono puede desplegarse de manera activa o pasiva²⁰², es decir, se produce dejando al niño o niña fuera de la esfera de cuidado y alejándose de este, o bien omitiendo ir a buscarlo, en ambos casos lo que se produce a raíz del abandono es la situación de desamparo a un nivel intolerable por el Derecho Penal.

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE (2015) p. 261.

²⁰⁰ MUÑOZ CONDE (2015) p. 268.

²⁰¹ MUÑOZ CONDE (2015) p. 269.

²⁰² MARTÍNEZ GUERRA (2009) pp. 767- 768.

Algo novedoso, y que no aplicaría en nuestro ordenamiento jurídico, es que se ha considerado por la doctrina y jurisprudencia española que también aplica dentro del tipo abierto “abandonar” la acción de “desatender”²⁰³, por ejemplo, a un niño o anciano que no puede valerse por sí mismo para el cuidado personal del día a día, que no necesariamente implica un alejamiento físico del sujeto activo, sino dejar de hacerse cargo de él o ella.

Respecto al sujeto activo, el tipo penal establece “persona encargada de su guarda”, lo cual ha sido entendido en sentido amplio, donde puede ser un pariente del sujeto activo, como tíos, abuelos, hermanos o una persona extraña, Martínez Guerra alude como ejemplo una amiga de la madre del sujeto pasivo que acepta voluntariamente el cuidado de esta, o también la persona responsable de un hogar de ancianos respecto de sus residentes. Es decir, no hay que entender “guarda” en el sentido jurídico que establece el Código Civil, ya que en el inciso segundo del artículo 229 establece una figura agravada del delito para cuando el sujeto activo fuesen padres, tutores o guardadores legales. Por tanto, “guarda” en el tipo básico se refiere a cualquier persona que está de hecho ejerciendo el cuidado de los sujetos pasivos, al igual que lo establece nuestro Código Penal.

Por otro lado, respecto al tipo subjetivo, tanto Muñoz Conde como Martínez Guerra concuerdan que necesariamente de haber dolo para que concurra el tipo penal, donde se requiere el conocimiento de tres elementos, primero, conocimiento de la edad del menor o a la discapacidad de la persona; segundo, conocimiento de que está a cargo de su guarda y tercero, conocimiento que la acción u omisión que está realizando está ocasionando la situación de desamparo que trae aparejado el abandono²⁰⁴. Si el sujeto se representó la posibilidad de generarse el desamparo, pero confió en que este no iba a ocurrir, faltaría el dolo, no existiendo responsabilidad penal.

Finalmente, el tercer inciso del artículo 229 establece otra figura agravada que es en los casos donde se pone en peligro en concreto la vida, salud, integridad física o libertad sexual del sujeto pasivo. Con esta agravante la discusión en la doctrina queda cerrada al considerar sin dudas que el tipo básico de abandono del Código Penal Español es un delito de peligro abstracto, a diferencia de nuestro ordenamiento donde la doctrina sigue dividida.

Asimismo, Martínez Guerra establece que para que estemos en el caso de la figura agravada del inciso tercero debe necesariamente concurrir el dolo de abandono y también el de peligro²⁰⁵, es decir, “las circunstancias del abandono han de ser, pues, idóneas para producir tal peligro, y el dolo

²⁰³ GÓMEZ TOMILLO (2010) pp. 186-187.

²⁰⁴ MARTÍNEZ GUERRA (2009) p. 768.

²⁰⁵ MARTÍNEZ GUERRA (2009) p. 770.

del autor ha de referirse a una situación concreta de peligro para los bienes jurídicos señalados”²⁰⁶. Lo cual no es lo mismo a que el dolo exprese la intención de que se cometan efectivamente ciertos delitos asociados a los bienes jurídicos, como por ejemplo homicidio, lesiones, abuso sexual o violación, en tal caso habría un concurso de delitos en que predominaría el delito en cuestión y no el abandono del artículo 229.

Otra diferencia que se observa es que el Código Español tipifica de manera diferenciada el llamado “abandono temporal” de menor de edad o persona con discapacidad, siendo esta una figura privilegiada establecida en el artículo 330, donde se rebaja la pena en un grado de las previstas en el artículo 229. En nuestro ordenamiento jurídico penal, entre los artículos 346 y 351, no se hace alusión a la temporalidad como característica del tipo, por lo entraría a castigarse dentro de tipo básico.

Y por último se tipifica lo que Muñoz Conde llama como “abandono impropio” en el artículo 331 del Código Español, que establece:

“1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años”.

Este artículo se diferencia del artículo 229 en tanto que el bien jurídico que protege es otro, siendo el deber de vigilancia y custodia del sujeto pasivo²⁰⁷, donde necesariamente debe haber dolo dejar al sujeto pasivo en manos de una persona distinta de aquella a la que se le ha confiado este deber.

En síntesis, al comparar distintas formas de tipificación comparada del delito de abandono de niños, observamos que cada ordenamiento jurídico integra distintos factores relevantes para la conformación del tipo. En el caso de España, vemos que no solo se le da protagonismo al abandono físico, sino también al abandono como un desatender de los cuidados cotidianos de los niños, niñas y personas que cuentan con una discapacidad, así como también el llamado abandono económico, como expresión de abandono de deberes y obligaciones jurídicos de los familiares, o de los padres

²⁰⁶ MUÑOZ CONDE (2015) p. 270.

²⁰⁷ MUÑOZ CONDE (2015) p. 269.

en este caso, donde en el caso chileno y argentino, este tipo de infracciones no tiene relevancia jurídico penal.

En el caso de Chile, nuestro Código Penal pareciera ser el que contiene más límites en los tipos penales de abandono en comparación con el Código español y argentino, donde necesariamente en la conformación del tipo penal va ligado a la edad específica del niño o niña que es abandonado y también con el lugar donde se despliega el delito. En cambio, en el caso de Argentina, pareciera tener los tipos penales más detallados y al mismo tiempo lo suficientemente amplios para abarcar distintas situaciones, sin depender tanto de las características del niño o del espacio en donde se comete el hecho delictivo. Al mismo tiempo que Argentina es la cuna de la crítica de académicas y abogadas feministas del uso de este tipo penal para casos donde cae gravemente sobre las mujeres el peso de los estereotipos de la buena madre justificado en el paradigma esencialista de la maternidad.

En el siguiente capítulo se verá qué ocurre en la sede procesal respecto a esta problemática, analizando específicamente dos casos que han ocurrido en nuestro país, que dejan entrever que en Chile la figura de la “mala madre” va asociada a ciertos patrones socioculturales, que van más allá del ejercicio de la maternidad y que pueden tener una proyección en algunos casos.

CAPÍTULO TERCERO:

“INTERSECCIONALIDAD COMO ESTÁNDAR DE INFRACCIÓN DE DEBERES EN LOS DELITOS DE ABANDONO”

“Madre no hay una sola”

En el presente capítulo abordaremos cómo dentro del proceso penal se deja abierta la posibilidad de que criterios no propiamente jurídicos, ni basados en la racionalidad al momento de valorar la prueba, puedan contribuir a perpetuar visiones basadas en sesgos y estereotipos de lo que la sociedad entiende por una buena y mala madre. En la segunda parte se analizará dos casos paradigmáticos, donde la vulnerabilidad que sufren ciertos grupos de mujeres se transforma en verdaderas puertas hacia la discriminación y el castigo penal dentro de la estructura del sistema penal.

1. La imparcialidad judicial como expresión de igualdad en el proceso penal

Dentro del proceso penal, la importancia de consagrar el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, según Rodríguez Vega, radica en que permite que se explye en todo el proceso penal el “actus trium personarum”, es decir, el proceso ante un tercero independiente e imparcial, donde el objetivo central de esta nueva estructura, tal como su definición lo establece, es “garantizar en todo el proceso el máximo la imparcialidad e independencia del juez al resolver los distintos requerimientos del acusador público que puedan afectar derechos del investigado o imputado”²⁰⁸. Y, si ahondamos mucho más en las finalidades ulteriores, en la imparcialidad se encontraría lo que Nieva y Parra expresan como los intentos del ser humano por acercarse lo más posible a la verdad y a la justicia²⁰⁹.

En el caso de los jueces, la imparcialidad se ve expresada por su deber de realizar un ejercicio argumentativo que respalde la decisión que contiene la sentencia que condena o absuelva

²⁰⁸ RODRÍGUEZ VEGA (2013) p. 649.

²⁰⁹ NIEVA y PARRA (2010) p. 33.

al imputado. Esto no es baladí en un Estado Democrático de Derecho, ya que, si entendemos la sentencia como “un mecanismo legítimo de decisión respecto de la culpabilidad o inocencia de los ciudadanos en conflicto con las leyes penales positivas”²¹⁰, su legitimidad, dentro de otros factores, se da por el deber de los jueces de realizar y demostrar su labor reflexiva.

Así, la imparcialidad que deben tener los jueces al momento de juzgar y las decisiones fundadas que deben realizar, son características de un sistema penal “garantista”, donde la legalidad va en estricta relación con el cuidado de los derechos y garantías dentro del proceso, en el sentido de que los parámetros que utilizará el juez en la valoración de la prueba son los establecidos por la ley y que al mismo tiempo reforzarán su imparcialidad, en la medida que demuestra que la “racionalidad” ha primado en la valoración de los hechos y las pruebas, y no elementos metaprocesales o metajurídicos que puedan llevar a una decisión arbitraria.

En este caso, nuestro Código Procesal Penal establece en el inciso primero del artículo 297 nuestro sistema de valoración de la prueba, el cual es la sana crítica: “los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”. Estableciendo, además, en el artículo 340 el estándar probatorio que debe tener la prueba rendida y valorada para declarar a una persona como culpable, siendo “más allá de toda duda razonable”.

En esa línea, Jordi Nieva ha planteado que la imparcialidad influye decisivamente en la valoración de la prueba, pues en el momento en que el juez se deja llevar por emociones y sesgos dejará realmente de valorar los medios probatorios en el sentido que el mismo autor define, como aquella “actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”²¹¹. De esta manera, concluye que “la parcialidad excluye la valoración de la prueba. O, dicho de otro modo, que sin imparcialidad no es posible la valoración de la prueba”²¹².

Ahora, la pregunta que vuelve a surgir es si estas normas y, sobretodo, el sistema de valoración de la prueba que actualmente tenemos y cómo ha operado en la práctica ¿realmente dotan de legitimidad y seguridad jurídica al proceso penal? ¿la pretensión de dotar de racionalidad a la decisión judicial es suficiente para alejarlo de subjetividades?

Si consideramos el tema de esta investigación, sobre cómo el derecho crea y reproduce subjetividades y cómo se ha instaurado en el discurso jurídico el estándar de la buena y mala madre,

²¹⁰ MAIER (2002) p. 478.

²¹¹ NIEVA (2010) p. 34.

²¹² NIEVA (2010) p. 175.

amparándose en la supuesta racionalidad y lógica que legitima la decisión judicial, pareciera ser que la racionalidad esconde otros criterios que, en los tiempos actuales, ya no se aceptan como verdades inamovibles. A continuación, examinaremos brevemente de que trata este sistema de valoración de la sana crítica y los problemas que representa justificar todo en el concepto de racionalidad.

1.1 La sana crítica y el problema de la racionalidad limitada

Cuando hablamos de un sistema de valoración de la prueba, hablamos de una fórmula que permite un “análisis crítico que hace el tribunal de las pruebas rendidas durante el juicio oral, con el objeto de decidir si se han verificado o no las afirmaciones en las cuales se basan la acusación y la defensa, y adoptar la decisión de absolución o condena”²¹³. De esta forma, el sistema que la libre convicción o sana crítica racional, que está presente actualmente en el proceso penal, ha sido considerado como “un avance en la lucha por la racionalidad en la determinación de los hechos dentro de la aplicación judicial del derecho; como la única manera en que el juez tuviese la libertad suficiente para valorar las pruebas y lograr, de esa forma, cumplir con la finalidad epistémica de aproximarse en la mayor medida posible a la verdad”²¹⁴.

Couture consideró que “configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba”²¹⁵.

Así el sistema de la sana crítica se relaciona con el predominio de la racionalidad como el método que de mejor manera acercará al juez a la verdad de los hechos. Se confía en que, si bien la raíz de la convicción ya no está puesta en un elemento externo, como sucedía con la prueba tasada por el legislador, se fundamentará en construcciones de cadenas de razonamiento amparados por criterios objetivos o también llamados “reglas del correcto entendimiento humano”, siendo estos los establecidos en el artículo 297 del Código Procesal Penal: las máximas de experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica.

Según Carbonell, estos criterios “son directrices o guías para el razonamiento del juez que dotan de contenido, refuerzan y/o sofistican la exigencia de fundamentación de la decisión sobre

²¹³ LÓPEZ y HORVITZ (2005) p. 144.

²¹⁴ CARBONELL (2018) p. 37.

²¹⁵ COUTURE (1958) p. 270.

los hechos, o el deber de justificar la premisa fáctica”²¹⁶. Coloma y Agüero, por su parte, establecen que lo que caracteriza el sistema de la sana crítica es que consta de criterios que son accesibles a un amplio margen de miembros de la sociedad, en la medida de que, se trata de razonamientos generalizados y validados en razón de sus propiedades epistémico-culturales²¹⁷.

Sin embargo, el dilema que ha presentado la sana crítica radica en el consenso común de los jueces sobre qué implica valorar acorde a los criterios del artículo 297, debido a la vaguedad de los conceptos que sustentan los criterios que utiliza la sana crítica para guiar la valoración de la prueba, como son la racionalidad y la objetividad.

La racionalidad que expresan los principios de la lógica, las máximas de experiencia y el conocimiento científico es la fórmula que da confiabilidad en las decisiones del juez, siendo esta la que lo aleja del sistema de la libre valoración, la cual no tiene límites a la hora de valorar la prueba. De esta manera, la sana crítica se sustenta en una racionalidad que no es amparada en la experiencia personal sino en la experiencia ampliamente generalizada, la cual presumiría de ser “objetiva”, por tanto, confiable y legítima.

No obstante, parte de la doctrina reconoce la complejidad de otorgarle y precisar el contenido de la sana crítica que la diferencia de la libre convicción, donde la brújula que supuestamente otorga la racionalidad es difícil de definir. Como establece Javier Maturana, la sana crítica “es una alternativa de sistema de libre valoración en que (...) la discrecionalidad de las valoraciones y de las elecciones puede no equivaler a una irreductible vaguedad o incertidumbre en la decisión y la libertad de la convicción puede estar guiada por criterios racionales. Pero ello no implica que se llegue a conclusiones necesarias”²¹⁸.

La racionalidad ha sido la base estructural del Derecho, donde en las decisiones judiciales contribuye otorgándoles la cuota democrática, pues se ha entendido que solo a través de esta, expresada a través de la argumentación, se puede llegar a la imparcialidad, a la apertura política y representatividad que se espera de un sistema democrático²¹⁹. Así, la académica Susana González ha dicho que “el mundo normativo necesita que se le conciba eminentemente racional, porque es un elemento de su propia existencia, en virtud de que trata de evitarse al máximo el subjetivismo”²²⁰.

²¹⁶ CARBONELL (2018) p. 36.

²¹⁷ COLOMA y AGÜERO (2014) pp. 674-675.

²¹⁸ MATURANA (2010) p. 111.

²¹⁹ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ (2013) p. 3.

²²⁰ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ (2013) p. 4.

Pero ¿qué se entiende por racionalidad? Ha sido un concepto que, como establece Yanira Zúñiga, en el discurso jurídico-político ha tendido a tener distintos usos lingüísticos, con significados vagos e imprecisos, aludiendo a definiciones tautológicas, al decir que lo racional emana de la razón, o definiéndolo a partir de conceptos antónimos, donde la irracionalidad sería lo contrario a la lógica. Compartimos la conclusión de Zúñiga quien establece que esta vacuidad refleja “el hecho de que la racionalidad política moderna ha tendido a construirse más como un continente que como un contenido, es decir, como un concepto de naturaleza instrumental más que material”²²¹

En ese sentido, González también construye una definición de racionalidad desde una perspectiva procedimental, constituyendo una “ordenación o sistematización eminentemente metodológica, es decir, como referencia a una razón pura, formal y objetiva, de tipo matemático, que se basa en la inferencia lógica (deductiva), que forma una cadena de razonamientos que proceden deductivamente desde unas premisas a una conclusión”²²². Así, una vez más la racionalidad nos lleva a analizar otros conceptos para su análisis, donde se le ha relacionado bastante con los estudios de la lógica.

Johann Benfeld estima que la sana crítica quedó ligada a los juicios de tipo inductivo-hipotéticos y a los principios de la lógica monotónica aristotélica (deductivo- apodícticos)²²³. Donde establece que, para Aristóteles, los principios de la lógica son principios comunes ontológicos, lo que quiere decir que pueden ser aplicados a todo conocimiento científico y a cualquier actividad intelectual. Los principios de la lógica, por tanto, permiten la coherencia interna del pensamiento, estableciendo reglas, por ejemplo, en los razonamientos silogísticos. Así se ha entendido que la racionalidad permite discernir lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo.

No obstante, en los últimos tiempos la psicología ha cuestionado el concepto tradicional de racionalidad, donde en base a datos empíricos, se demuestra como esta metodología se encuentra limitada por las propias capacidades y funcionamiento del ser humano. La racionalidad tradicional se ha estudiado a propósito de cómo los sujetos toman sus decisiones, donde por mucho tiempo ha imperado la premisa de que los seres humanos somos racionales y por tanto al momento de realizar tal ejercicio analítico, es la racionalidad la cualidad que les permite desplegar tal función y maximizar sus objetivos. Sin embargo, como establece Pacheco, el problema radica en que “cuando se habla de racionalidad, se presupone un contexto de certidumbre donde las personas pueden basar

²²¹ ZÚÑIGA (2010) p. 251.

²²² GONZÁLEZ (2013) p. 10.

²²³ BENFELD (2018) pp. 309- 310.

su decisión en un análisis matemático de probabilidades. Sin embargo, este contexto de certidumbre muy pocas veces existe a la hora de tomar decisiones”²²⁴.

De los estudios sobre conducta humana y temas económicos nació el concepto de “racionalidad limitada”, popularizada por el economista Herbert Simon, quien habría sostenido que “dado que la gente no tiene tiempo y potencial cerebral limitados para invertir en la toma de decisiones, emplean atajos y siguen heurísticas. Los humanos no “optimizan”, como teorizaban los economistas matemáticos de esa época, sino que “satisfacen”²²⁵. Simon utiliza el juego de ajedrez como ejemplo, donde se demuestran los límites que tiene un decisor frente a una toma de decisión, existiendo incertidumbre de las consecuencias que tiene cada alternativa, información incompleta sobre cada una y la complejidad de cada estrategia²²⁶.

Así, ante una toma de decisiones, existen dos opciones, optimizar o satisfacer, donde la optimización no es desde el paradigma económico clásico que establece ciertas certezas al decisor que le permitirá tomar el camino que maximice más sus intereses, sino más bien se trata de una optimización aproximada, donde hay una simplificación de la realidad, y es solo a partir de esa simplificación desde donde el decisor puede actuar. La satisfacción, por su parte, mantiene la complejidad real del problema, pero “el sujeto evalúa una serie de alternativas y se detiene cuando alcanza un nivel mínimo de utilidad o rendimiento”²²⁷.

Por tanto, siguiendo en la línea que presentó Simon, la racionalidad estaría restringida por limitaciones sociales externas y limitaciones cognitivas internas. ¿Por qué es relevante esto en el mundo jurídico? Principalmente debido a que la base del proceso penal ha sido la racionalidad como principal herramienta para acercarse lo más posible a la verdad.

Se confía en la sana crítica como sistema de valoración, la cual a través de criterios racionales como los del artículo 297 del Código Procesal Penal, serían un límite a la convicción interna del juez, que la librarían de aquellas “subjetividades” que empañan la verdad. Así, como bien detecta Pacheco, ser conscientes de que en ocasiones los seres humanos, al momento de tomar una decisión, no necesariamente realizaran el ejercicio lógico- deductivo que aseguraría un correcto entendimiento, es problemático cuando de ello depende un fin institucional²²⁸.

²²⁴ PACHECO (2021) p. 8.

²²⁵ GUEDEZ (2013-2014) p. 139.

²²⁶ GUEDEZ (2013-2014) p. 142.

²²⁷ GUEDEZ (2013-2014) p. 141.

²²⁸ PACHECO (2021) p. 10.

Teniendo esto en consideración, otra problemática es el relacionar la racionalidad como sinónimo o fuente confiable de objetividad, siendo este también un concepto jurídico vago y a la vez una finalidad en el proceso penal al momento de dictar sentencia. Si entendemos la racionalidad como un medio que nos acercará más a la verdad en un razonamiento judicial, ¿importa también el contenido de ese razonamiento lógico? Madrid y Bazán, defendiendo el uso práctico de los conceptos jurídicos indeterminados, alegan que su utilidad radicaría en que apelan a la prudencia judicial, donde habría un amplio margen de discrecionalidad interpretativa a la luz de las particularidades de cada caso²²⁹. Es decir, la interpretación del “contenido”, estaría amparado por la racionalidad, la cual otorgaría la seguridad de que, como establecen sus defensores, se llegaría a una decisión imparcial y objetiva, y, por tanto, democrática, ¿y justa?. Aquí es relevante la observación que hace Larry Laudan al establecer que la veracidad como finalidad de un proceso penal es condición necesaria pero no suficiente para que un juicio sea justo²³⁰.

Respecto a la objetividad, González alude a la relación entre racionalidad y objetividad, donde la primera permitiría distinguir lo subjetivo de lo objetivo, siendo este último un “sistema conceptual que traza algo así como coordenadas, expresadas en categorías lógicas, leyes, axiomas, reglas o principios de carácter universal, ajenas a puntos de vista o creencias particulares (subjetivas), sobre lo cual no existe posibilidad de búsqueda de mayores esclarecimientos, pues es el principio de toda explicación y sobre él se fundan todos los juicios válidos o correctos”²³¹ Es decir, lo objetivo es lo que más nos acercaría a la verdad.

No obstante, como decíamos, lo difuso del concepto de objetividad también ha sido una problemática constante en el Derecho, Carbonell establece ha sido entendido como imparcialidad, impersonal, independencia mental o incluso racionalidad²³², es decir, no hay un claro consenso en qué se diferencian tanto la racionalidad de la objetividad en el ámbito jurídico, más allá de plantear que la racionalidad es el camino por el cual deberíamos llegar a la objetividad, y por tanto a una verdad universal.

Por otro lado, como ya mencionamos previamente, existen varias razones para pensar que eso no se dará en todos los casos y que el razonamiento humano no siempre seguirá las prescripciones dictadas por la lógica. Así, a pesar de que la sana crítica esté amparada en estos conceptos que estructuran los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los

²²⁹ BAZÁN y MADRID (1991) pp. 179-180.

²³⁰ LAUDAN (2005) p. 96.

²³¹ GONZÁLEZ (2013) p. 5.

²³² CARBONELL (2018) p. 43.

conocimientos científicamente afianzados, no siempre es seguro que aquel método nos conduzca a un resultado fidedigno de la realidad.

En esa línea, se ha destacado el trabajo de los psicólogos investigadores acerca del razonamiento humano Daniel Kahneman y Amos Nathan Tversky, donde en 1974 plantearon que estos errores en el ejercicio de racionalidad de las personas no constituían errores fortuitos, sino más bien son errores sistemáticos comunes a las personas²³³. “La sistematicidad de estos resultados llevó a denominar a estas respuestas alternativas sesgos cognitivos o sesgos de razonamiento”²³⁴, lo que Simon calificaría como las limitaciones cognitivas internas. Así, se ha dicho que las reglas racionales de argumentación no impedirían la intromisión de estas limitaciones o sesgos y, por tanto, no impedirían una deformación de la decisión final en un proceso judicial²³⁵.

A continuación, ahondaremos en el concepto de sesgos y estereotipos como limitaciones que entorpecen el correcto entendimiento de un caso, a propósito de las máximas de experiencias como criterio válido del artículo 297 del Código Procesal Penal. Al mismo tiempo, analizando cómo opera esta problemática respecto a la temática de esta investigación, sobre la concepción de la buena y mala madre en el Derecho, específicamente, en la labor judicial.

1.2 Sesgos y estereotipos en las máximas de experiencia

1.2.1 Máximas de experiencia y maternidad

Como analizamos en el apartado anterior, la sana crítica contiene parámetros establecidos en el artículo 297 del Código Procesal Penal, los cuales asegurarían una racionalidad y objetividad al momento de valorar la prueba por el juez. A continuación, nos centraremos en las máximas de experiencia como criterio de racionalidad específico por el cual pueden ingresar ciertas creencias en torno a la relación entre maternidad y subjetividad femenina, es decir, todas aquellas construcciones socioculturales e históricas que analizamos en el primer capítulo de esta investigación.

De esta forma, tradicionalmente se han entendido las máximas de experiencia, según Friedrich Stein, como “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes

²³³ MASSOLO, SCHERMAN y TRAVERSI (2019) p. 66.

²³⁴ MASSOLO, SCHERMAN y TRAVERSI (2019) p. 65.

²³⁵ PAÉZ (2021) p. 201.

de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”²³⁶.

En la doctrina nacional, Javier Maturana, por su parte, establece que son juicios hipotéticos, donde han de servir como premisa mayor en las inferencias para comparar con los hechos específicos del caso, donde se colige un hecho desconocido a partir de uno conocido²³⁷. Asimismo, Maturana establece que el juez a partir de “todo el tesoro de su experiencia de vida al servicio de la averiguación de la verdad”²³⁸ es lo que permitiría inferir y valorar la veracidad de las pruebas.

En la misma línea el destacado procesalista Héctor Oberg analizaba a las máximas experiencias, definiéndolos como “juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico”²³⁹. Advirtiendo, al mismo tiempo que estas máximas carecen de universalidad, ya que “están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia”²⁴⁰.

Con estas definiciones los elementos en común que observamos al momento de construir una definición de las máximas de experiencia son: experiencias de vida generalizables; juicios hipotéticos y lógicos. Es decir, las máximas de experiencia, en un entorno específico, actuarían como verdaderos límites que clausuran y ahorran el debate en torno a lo que la experiencia común de las personas acerca de cierto tema ha conocido. De esta manera, las máximas de experiencia otorgarían una base de objetividad independiente que permite comparar la probabilidad de veracidad de las pruebas en específico.

Se observa aquí como en las máximas de experiencia se presenta la misma problemática en torno a confundir racionalidad con objetividad, donde en este caso, la máxima de experiencia es validada a priori, tanto por su contenido, por el hecho de que un grupo mayoritario haya vivido una experiencia común y repetitiva. Y al mismo tiempo, es validada en su forma, al posicionarla inmediatamente como premisa mayor dentro de un juicio de inferencia que permitirá contrastar “lo conocido”, y por tanto supuestamente confiable.

²³⁶ STEIN (1988) p. 27.

²³⁷ MATURANA (2010) p. 180.

²³⁸ MATURANA (2010) p. 179.

²³⁹ OBERG (1985) p. 54.

²⁴⁰ OBERG (1985) pp. 54-55.

En ese sentido, Ramón Beltrán advierte necesario para el análisis conceptual de estas máximas tratarlas como verdaderas “generalizaciones empíricas”²⁴¹. Apoyándose en el estudio sobre generalizaciones que realizan Anderson, Schum y Twining, quienes las definen como “garantías que sirven como el ‘pegamento’ que enlaza un elemento de prueba con un *probandum* intermedio o final particular, al mostrar que aquel es relevante”²⁴².

Tales autores, si bien valoran las generalizaciones en contexto jurídico al ser lógicamente necesarias para la argumentación racional, y a su vez se relacionan con la construcción de relatos necesarios sobre los hechos para la toma de decisiones²⁴³, no dejan de advertir su peligrosidad sin una adecuada examen de admisibilidad para rescatar una generalización legítima de aquellas que son prejuicios, mitos y estereotipos, las cuales tienden a “proporcionar razones inválidas, ilegítimas, o falsas para aceptar conclusiones basadas en inferencias”²⁴⁴

Volviendo a las máximas de experiencia en específico, Beltrán utiliza el concepto de Anderson, Schum y Twining, al considerarlas como el “pegamento” que vincula las hipótesis con los medios probatorios, y que dota de fuerza a las ilaciones argumentativas que nos llevan a comprobar cierto grado de racionalidad, también advierte que la equivocidad del concepto mismo ha sido utilizada como sustento de valores y creencias antagónicas²⁴⁵.

Asimismo, sostiene que la peligrosidad de considerar una máxima de experiencia como premisa mayor, sin un examen previo, se expresa en que “el juez acabaría no solo por confundir el continente del contenido, sino que también podría estar expuesto al yerro de unificar la validez, fuerza y el fundamento que se otorgan a unos y otros tipos de generalización”²⁴⁶

Coloma y Agüero, por su parte, distinguen en torno qué tipo de experiencias podrían categorizarse como máximas de experiencia, en ese sentido han explicado que una adecuada comprensión de las mismas requiere diferenciar las experiencias individuales de las colectivas, así como los conocimientos públicos de los privados²⁴⁷. Las máximas de experiencias, según los autores, se construyen a partir de experiencias colectivas y de conocimiento público.

Explican que las experiencias colectivas son aquellas que han experimentado un número elevado de personas y que permiten concluir que las personas que aún no bien aquella experiencia

²⁴¹ BELTRÁN (2021) p. 142.

²⁴² ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015) p. 322.

²⁴³ ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015) p. 344.

²⁴⁴ ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015) p. 337.

²⁴⁵ BELTRÁN (2021) pp. 139- 141.

²⁴⁶ BELTRÁN (2021) p. 145.

²⁴⁷ COLOMA y AGÜERO (2014) p. 690.

es altamente probable que lo harán. Al mismo tiempo, que la probabilidad de estas experiencias dependerán de las prácticas sociales de cada comunidad. Mientras que el conocimiento público es aquel conocimiento que puede ser ampliamente comunicado y conocido²⁴⁸.

El problema, explican Coloma y Agüero, es que el conocimiento emanado de la experiencia social es poroso y plural²⁴⁹, es decir, las sociedades no son homogéneas, donde cohabitan distintas culturas y muchas veces se funden en un sincretismo difícil de ser generalizable, o también produciendo choques culturales basándose en la perspectiva que tiene un grupo numeroso respecto a un “otro” que es diferente, siendo fuente nutritiva para la creación de prejuicios no ajustados a la realidad.

Respecto a esto, la doctrina tradicional ha sido consciente, Michele Taruffo ha denominado como “generalizaciones espurias” aquellas máximas que carecen de confirmación científica, y que en el fondo son creencias basadas en prejuicios²⁵⁰. Dice Taruffo “cada contexto social, en cada momento histórico, posee una cultura constituida por un conjunto de prejuicios consolidados, y usualmente estos prejuicios tienden a formularse como reglas generales, convirtiéndose así en criterios de valoración y premisas para la formulación de inferencias relativas a casos particulares”²⁵¹.

Teniendo esto en consideración, cabe preguntarse ¿cómo ha de tratarse la maternidad en torno a las máximas de experiencia?, atendido el planteamiento de Coloma y Agüero, ¿es la maternidad una experiencia individual y/o colectiva? En torno a lo explorado en el primer capítulo, hay buenas razones para sostener que, si bien la maternidad es una experiencia colectiva, al ser un fenómeno biológico, psico-social y relacional que puede ser experimentado por un gran número de mujeres en las sociedades, el contenido mismo de lo que implica maternar está lleno de particularidades, siendo estas dependientes no solo de las distintas culturas que pueden coexistir en un mismo territorio, sino también del significado que históricamente se le ha impuesto a lo femenino, a lo que implica ser una mujer.

De esta manera, en una cultura imperante pueden existir creencias en torno al ideal de la buena madre que no responden a una realidad misma, sino que operan como mitos que pueden conducir las acciones de las madres, pero que no son acciones comprobables en los términos que funcionan las máximas de experiencia. Además, esto afecta doblemente a aquellas culturas o grupos

²⁴⁸ COLOMA y AGÜERO (2014) p. 691.

²⁴⁹ COLOMA y AGÜERO (2014) p. 677.

²⁵⁰ MATURANA (2010) p. 191.

²⁵¹ TARUFFO (2009) p. 445.

minoritarios dentro de una sociedad que tienen prácticas distintas en torno a lo que significa materner, que son validadas desde su propia perspectiva social, pero que son criminalizadas bajo el lente de la cultura hegemónica.

Aludiendo a los delitos de abandono de niños, la acción u omisión misma de abandonar, como dijimos en el segundo capítulo, y el contexto previo a la comisión del hecho imputable a título de abandono, al momento de valorar las pruebas respecto a esos hechos, las máximas de experiencia pueden correr el riesgo de ser creencias generalizables que no cumplen con el requisito de ser una experiencia colectiva propiamente tal, es decir, aquella que “ante las mismas condiciones otros individuos vivirán la misma experiencia y aprenderán más o menos lo mismo que quienes les antecedieron”²⁵². Es difícil considerar la maternidad como una práctica social homogénea, sobre todo por el factor que destacan los autores en lo referente a que la experiencia se da en las mismas condiciones.

Respecto a esto, justamente Coloma y Agüero utilizan el ejemplo de máxima de experiencia “las madres están dispuestas a realizar muchos sacrificios si aquello redundará en mejores condiciones de vida para sus hijos”²⁵³ para explicar la utilidad y el efecto que tienen estas generalizaciones. Así, describen que la función de estas máximas es que son mecanismos que permiten clausurar la controversia en torno a lo que todos consideramos válido para representar y entender la realidad, dotando cuotas de objetividad. En ese caso, al analizar un juez un caso específico, la máxima de experiencia operará como un juicio de desconfianza a priori respecto al actuar del individuo, generando un estándar que se ha entendido como válido por una sociedad al tener altas tasas de aceptabilidad.

Beltrán nuevamente pone el acento en la insuficiencia de esta estrategia, ya que las máximas de la experiencia no responden por sí solas a una lógica clásica de corte deductivo²⁵⁴, debido justamente a su derrotabilidad en tanto son generalizaciones empíricas basadas en probabilidades. De esta manera, recalca que “el problema justificativo de las máximas de la experiencia no sea puramente lógico, sino que también —y preferentemente— epistémico y normativo, toda vez que tales máximas requieren de una justificación material o de contenido que las dote de razones verosímiles acerca de su fundamento, finalidad y fuerza”²⁵⁵

²⁵² COLOMA y AGÜERO (2014) p. 691.

²⁵³ COLOMA y AGÜERO (2014) p. 694.

²⁵⁴ BELTRÁN (2021) p. 147.

²⁵⁵ BELTRÁN (2021) p. 148.

De esta manera, si obviamos esto, en un caso de presunto abandono, la máxima de experiencia comentada por Coloma y Agüero funcionará para evaluar la posición de garante que se construye en torno al cuidado de los hijos por las madres. No obstante, aparece el riesgo de utilizar como premisa mayor la creencia de que las madres siempre estarán dispuestas a todo por el bienestar de sus hijos, pues no puede ser considerada como una experiencia colectiva que sirva parámetro. Esto porque, como dice Javier Maturana, “las máximas de experiencia son algo adicional e independiente a la simple suma de casos observados; son reglas que se infieren inductivamente a partir de tal observación (al tomarse esos acontecimientos como una aplicación de tales normas)”²⁵⁶.

En ese sentido, la heterogénea y compleja realidad de diferentes mujeres da cuenta que no en todos los casos esta creencia operará como regla generalizable, ya que no estarán presentes las mismas condiciones que, según Coloma y Agüero, debe tener una experiencia colectiva. Incluso, aunque las madres aspiren a cumplir tal deseo de protección y de bienestar, cada mujer tendrá distintos grados de posibilidad de lograrlo, según distintos factores sociales influyentes, ya sea la cultura, los recursos económicos, las redes de apoyo, etc.

De esta forma, es riesgoso que dentro de las máximas de experiencia se camuflen los llamados sesgos y estereotipos, es decir, estos errores sistemáticos comunes a las personas que descubrieron Kahneman y Tversky, ya que podrían ser usados como verdaderos estándares legitimadores que dejan en una situación de verdadera desventaja a aquellas mujeres que por diversos factores no cumplen tal expectativa, pues como bien advierten los autores “la confianza o la fiabilidad de los miembros de la comunidad sobre lo que se dice de la realidad es el criterio de marginación de información y no su dudoso estatus científico”²⁵⁷.

A continuación, ahondaremos aún más entorno a lo que son los sesgos y estereotipos.

1.2.2 Sesgos y estereotipos en las decisiones judiciales

Como mencionamos en el apartado de sana crítica y racionalidad limitada, estudios psicológicos han demostrado que en contextos de incertidumbre, existe una gran brecha entre cómo opera el razonamiento humano en la práctica y las leyes de la lógica, donde en 1974 los psicólogos Kahneman y Tversky plantearon en su trabajo *“Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases”* (*Juicio bajo la incertidumbre: heurísticas y sesgos*) que estas diferencias no eran errores fortuitos sino comunes y comprobables a todas las mentes.

²⁵⁶ MATURANA (2010) p. 184.

²⁵⁷ COLOMA y AGÜERO (2014) p. 694.

Es así como ambos investigadores introdujeron el concepto de sesgo, siendo definido como “reglas cognitivas que, inconscientemente, todo ser humano aplica al procesar la información que recibe del exterior, y que permiten reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio más simples”²⁵⁸. Estos sesgos que son propios del procesamiento de la información²⁵⁹ afectan a todos los seres humanos a medida que van adquiriendo una experiencia de vida que les permite desarrollar simplificaciones de lo que cognitivamente se está percibiendo de la realidad.

Ahora bien, su implicancia con el mundo del Derecho ha sido ampliamente desarrollado en los últimos tiempos, donde la rama de la psicología jurídica ha sido el punto de convergencia entre ambos estudios. Es así como ha sido definida, en lo que respecta a los sesgos de los operadores jurídicos, como “la rama de la psicología que analiza los procesos cognoscitivos y emocionales, no fácilmente observables, así como las creencias y actitudes del órgano jurisdiccional, siendo este un conocimiento que se aplica para el mejor ejercicio del derecho”²⁶⁰.

Jordi Nieva, hace la precisión que la utilidad de estos enfoques psicológicos no opaca las herramientas de la lógica y la racionalidad, siendo estos últimos elementos parte de un enfoque epistemológico. Nieva sostiene que ambos enfoques se potencian y son útiles: “El epistemológico para ordenar debidamente la reflexión. El psicológico para descubrir el grado de corroboración de las hipótesis y para determinar las razones subjetivas del juez en la elección de las hipótesis, allí donde no llega la estricta racionalidad”²⁶¹

Asimismo, como bien advierte Dominique Pacheco, estos sesgos en principio cumplen una función que podríamos decir es positiva para la vida, pues permiten ahorrar esfuerzos mentales y ser más eficientes en la toma de decisiones. El tema está, y esto es lo relevante a la hora de que se presenten en un juez o jueza, que estos procesos simplificadores generan más riesgo de cometer errores a la hora de procesar la información²⁶².

En esa línea, De la Rosa y Sandoval plantean que estos sesgos, o “*bias*” en inglés, son más propensos que estén presentes en los sistemas penales acusatorios debido a que al estar basado en el principio de intermediación, generaría una relación y comunicación directa entre el juez y las partes, permitiendo la entrada de mayores fuentes de información, como la imagen personal, el

²⁵⁸ MUÑOZ (2011) p. 3.

²⁵⁹ PÁEZ (2021) p. 1.

²⁶⁰ DE LA ROSA y SANDOVAL (2016) p. 147.

²⁶¹ NIEVA (2010) p. 129.

²⁶² PACHECO (2021) p. 10.

comportamiento paraverbal de las partes, reacciones, etc., sean procesadas por la actividad mental del juez y aparezcan estos sesgos²⁶³.

Pueden ser múltiples los tipos de sesgos que puede presentar una persona, por mencionar, se encuentran los llamados retrospectivos, de disponibilidad, anclaje y ajuste, representatividad y de grupo. Para la temática de este trabajo y este capítulo en particular, de cómo el estándar idealizado de la buena madre puede generar discriminaciones a mujeres que no cumplen con ciertas expectativas, nos interesa ahondar en este último, el sesgo de grupo (*in group bias*).

Arturo Muñoz describe el sesgo de grupo como aquel que “provoca el error de valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, y por la sola razón de pertenencia a ese grupo. Esos prejuicios pueden ser tanto positivos, como negativos, y pueden darse por la pertenencia o no del propio sujeto a uno de esos grupos”²⁶⁴. De esta forma el académico describe que esto se produce por los procesos de identificación social que tienden a tener las personas, donde habrá un tratamiento preferente o positivo a los miembros del grupo al que el sujeto pertenece, y habrá mayor desconocimiento o incertidumbre para el sujeto que “no pertenece”.

Por otro lado, también están los llamados sesgos implícitos, que, según el investigador Federico José Arena, “consiste en la atribución inconsciente de un menor valor moral a una persona o grupo de personas y suele traducirse en preferencias categóricas (independientes del contexto) a favor o en contra de determinados grupos o personas”²⁶⁵. Dominique Pacheco, asimismo, explica que estos sesgos generan que los rasgos de un individuo se asocien a un determinado grupo o categorías de personas, “juzgando de manera negativa a miembros que grupos que han sido estigmatizados antes siquiera de hacer un análisis general y amplio de las condiciones previas existentes a la hora de tomar una decisión”²⁶⁶.

La diferencia entre ambos sesgos no está del todo diferenciada, sin embargo, los sesgos de grupo pertenecen a la categoría de sesgos cognitivos que, según Arena, son formas equivocadas de razonar o errores de cálculo que al parecer son propias de la mente humana, mientras que los sesgos implícitos, su origen no está en el funcionamiento cognitivo, sino más bien son inducidos por la educación y la cultura en la cual estamos inmersos²⁶⁷.

²⁶³ DE LA ROSA y SANDOVAL (2016) p.148.

²⁶⁴ MUÑOZ (2011) p. 9.

²⁶⁵ ARENA (2016) p. 52.

²⁶⁶ PACHECO (2021) p. 12.

²⁶⁷ ARENA (2018) p. 4.

Asimismo, Arena ha explicado que la categorización social como procedimiento simplificador que nos permite interactuar con nuestro entorno social es inevitable, sobre todo a la hora de vivir en sociedades masivas y globalizadas, donde día a día nos encontramos con diversos sujetos que viven realidades que pueden llegar a ser muy diferentes entre sí, donde la categorización puede llegar a ser una puerta abierta a tratos discriminatorios.

Por otro lado, también están los estereotipos, término que ha sido tomado por las ciencias sociales de su inventor el tipógrafo Fermin Didot en 1798, que lo utilizó para referirse al proceso de impresión en el cual un molde se utilizaba para duplicar un material original. La palabra proviene de los vocablos *stereo* y *type*, que significan “sólido” y “molde”. Así, Rebecca Cook y Simone Cusack, definen los estereotipos como aquellos que producen “generalizaciones o preconcepciones concernientes a los atributos, características o roles de quienes son miembros de un grupo social particular, lo que significa que se hace innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro”²⁶⁸.

Arena, por su parte, establece que son aquellos mediante los cuales “se atribuye una propiedad a los miembros de un grupo por el solo hecho de pertenecer a ese grupo”²⁶⁹. Existiría así una generalización y acuerdo social que puede ser de índole negativo o positivo que relaciona a determinado grupo y sus características personales con características de comportamiento.

Como vemos hay una línea difusa que diferencia a los sesgos de grupo, los sesgos implícitos y los estereotipos, donde aún no hay una clara postura sobre que los hace diferentes, sin embargo, puede apreciarse que lo que caracteriza a los estereotipos es que no necesariamente conllevan una valoración negativa, como sí lo tienen los sesgos implícitos, al mismo tiempo que los estereotipos sí serían conscientes para el individuo que los presenta, y no así necesariamente los sesgos²⁷⁰.

Sin embargo, según Arena, existe otra clase de estereotipos, que no solo asocia comportamientos a determinados miembros de un grupo sino también un deber por el solo hecho de pertenecer a este. Es por ello por lo que el investigador considera imprescindible diferenciar los estereotipos descriptivos de los normativos, los cuales pueden interactuar entre sí. Para explicarlos da cuenta del estereotipo que atribuye que las madres deberían ser amas de casa²⁷¹, bajo la creencia de que las mujeres poseen mayores habilidades para tales labores que los hombres (descriptivo),

²⁶⁸ COOK y CUSACK (2009) p. 1.

²⁶⁹ ARENA (2016) p. 52.

²⁷⁰ PACHECO (2021) p. 18.

²⁷¹ ARENA (2016) p. 53.

asociado también al estereotipo de que la maternidad es el destino por naturaleza de la subjetividad femenina (descriptivo), donde la maternidad sería un estándar de comportamiento y de deber al mismo tiempo (normativo).

Lo mismo podría analizarse del ejemplo anterior que da Coloma y Agüero, donde se considera como máxima de experiencia que “las madres están dispuestas a realizar muchos sacrificios si aquello redundaría en mejores condiciones de vida para sus hijos”. En principio uno podría establecer que este se trataría de un estereotipo descriptivo, mediante el cual según Arenas, se pretende describir un estado de cosas y del mundo²⁷², pero al mismo tiempo, a juicio nuestro funciona como estereotipo normativo al momento de ser utilizado como máxima de experiencia dentro de un proceso penal, ya que inmediatamente asume el rol de parámetro “objetivo” con que el juez o jueza valorará las pruebas, donde esta clase de estereotipo “se trata de normas en virtud de las cuales se considera que una persona con determinada característica debería desempeñar ciertas tareas o asumir determinados roles sociales”²⁷³

Podemos comprobar nuevamente el riesgo de que sesgos y estereotipos se consideren sin un examen previo como máximas de experiencia que definirán el parámetro racional con que el juez o jueza valorará las pruebas. El capítulo primero de esta investigación da cuenta de todos los fundamentos tanto históricos como socioculturales que hacen que la relación mujer y maternidad, más allá del fenómeno biológico, se transforme y polarice en el estereotipo de la buena y mala madre, los cuales tienden a caer sobre la conducta de las mujeres de manera transversal, donde como advierten Cook y Cusack en su definición de estereotipo, no considera el contexto particular ni necesidades de cada mujer.

De esta forma, estas creencias en torno a la maternidad pueden ser considerados dentro de los llamados sesgos y estereotipos de género, los cuales, siguiendo la definición que nos da Cook y Cusack, son aquellos que hacen referencia a la construcción de lo que significa ser mujer y hombre, en razón de sus diferencias físicas, biológicas, sexuales y sociales²⁷⁴. Así, es necesario recordar lo que advertimos en el primer capítulo respecto al sistema sexo – género, donde es este sistema el que asocia a lo biológico elementos socioculturales, lo que tendría como producto estereotipos de género que nos permite tener una idea simplificadora de cómo se comportan hombres y mujeres.

²⁷² ARENA (2016) p. 54.

²⁷³ ARENA (2016) p. 55.

²⁷⁴ COOK y CUSACK (2009) p. 2.

La problemática central, es que en estos estereotipos a las mujeres se les atribuye roles serviles y de cuidado, con características inferiores al hombre²⁷⁵, y esto es un problema aún más grave en el proceso penal, ya que un juez o jueza que presente tales sesgos y estereotipos en torno a cómo es una mujer, y específicamente como son ciertas mujeres asociadas a categorías “negativas” junto con otros estereotipos relacionados con clase social, raza, etnia, orientación sexual, etc, tenderán a interpretar las pruebas con altos estándares, ya sea consciente o inconscientemente, de manera tal que ya existe un punto de partida sospechoso del actuar de la mujer que es madre.

De esta manera frente a un hecho constitutivo de delito que involucra al hijo de la imputada, estos sesgos y estereotipos que pueden entrar al análisis judicial amparados por el manto de aparentes criterios racionales, como puede ser una máxima de experiencia, “el razonamiento que subyace es que si ella hubiera sido una buena madre, habría hecho lo necesario para evitar los ataques a sus hijos o se habría asegurado de que nada malo les ocurriera”²⁷⁶.

Así, características del estereotipo de buena madre, tales como que sea abnegada, sacrificada y principal responsable del cuidado y seguridad del hijo o hija, donde su “trabajo” principal, más allá de cualquier responsabilidad, es el cuidado de sus hijos, funcionan como estereotipos descriptivo- normativos que comparan la conducta de la imputada, criminalizando a aquellas que no quisieron o no pudieron encajar con el tipo ideal²⁷⁷.

En los próximos capítulos ahondaremos sobre cómo se ha construido social y jurídicamente en nuestro país la figura de la mala madre, la cual no deja de estar relacionado con sesgos y estereotipos más allá del género, sino más bien esta figura es el resultado de múltiples discriminaciones en distintas dimensiones que involucran la vida de una mujer.

²⁷⁵ COOK y CUSACK (2009) p. 2.

²⁷⁶ FERNÁNDEZ (2019)

²⁷⁷ FERNÁNDEZ (2019)

2. La interseccionalidad como factor de discriminación

2.1 El enfoque interseccional

La interseccionalidad es una herramienta y enfoque de análisis planteado por la abogada y profesora de Derecho de la Universidad de Columbia Kimberlé Crenshaw en 1989, quien es especialista en la temática de cómo se relacionan el derecho y la raza. Este enfoque tiene sus orígenes en el pensamiento feminista negro en Estados Unidos de los años ochenta, y a su vez, en el marco de los *Critical Legal Studies* de los años setenta, los cuales formaban parte de un nuevo movimiento que estaba emergiendo en la academia, enfocado en formular un análisis crítico del Derecho.

Crenshaw utiliza el concepto de interseccionalidad “para señalar las distintas formas en las que la raza y el género interactúan, y cómo generan las múltiples dimensiones que conforman las experiencias de las mujeres negras en el ámbito laboral”²⁷⁸. Explica Crenshaw que si bien los movimientos y políticas identitarias, como son los movimientos feministas y antirracistas, han contribuido a la reformulación de las violencias cotidianas como un asunto ya no privado, sino como un problema social y estructural, existe una problemática.

Y es que se ignora las diferencias intragrupalas y se denuncia el machismo desde la experiencia de las mujeres blancas y el racismo desde la experiencia de los hombres de color, lo cual provoca que se ignore y anule la propia la agencia de las mujeres de color, es decir, el hecho de reconocerse como sujetas sociales con una experiencia única y capaces de transformar su historia la cual entrecruza el género y la raza, generando una nueva forma de opresión.

Asimismo, la raza y el género son entendidas como identidades políticas que se entrecruzan e interactúan en una misma identidad individual. Por tanto, Crenshaw advierte la necesidad de tener una mirada múltiple de la identidad²⁷⁹, donde las categorías de raza, género, clase social, orientación sexual, el origen nacional y estatus migratorio son experiencias que van modelando de manera diferente las vivencias personales y las discriminaciones entrecruzadas que sufren.

Esto trae como conssecuencia reconocer que en las sociedades existen distintos grados o estructuras de poder que, por tanto, generan distintos grados de discriminación y opresión para los individuos. El feminismo hegemónico de Occidente ha considerado a la categoría “mujer” como un grupo homogéneo, con las mismas vivencias de opresión y demandas. De esta manera la

²⁷⁸ CRENSHAW (1991) p. 89.

²⁷⁹ CRENSHAW (1991) p. 90.

experiencia de las mujeres blancas, europeas y de clase media- alta opaca la experiencia de mujeres que presentan diversas categorías de opresión, como son las mujeres de color, indígenas, homosexuales, etc, donde no se les reconoce sus propias necesidades. “En otros términos, la diferencia es reducida, apropiada y colonizada cuando categorías como las de patriarcado, diferencia sexual, dominación masculina, entre otras, operan como categorías transculturales y transhistóricas”²⁸⁰.

De esta manera, la utilidad de reconocer un enfoque interseccional de las discriminaciones que sufren las mujeres, permite analizar críticamente la labor del derecho, las normas jurídicas y las políticas públicas. Con esto se advierte que los intentos excluyentes entre sí para crear políticas de género, antiracistas, migratorias o indígenas, pueden generar un impacto limitado y paradójico para evitar la discriminación y creando nuevas dinámicas de exclusión social²⁸¹.

En el caso de la maternidad, su análisis como una construcción social ha estado abordado por investigaciones que abordan la temática solamente desde la perspectiva del género y de los estándares que establece un sistema patriarcal, sin embargo, como establece Patricia Hills Collins, a pesar de que se ignoran muchas dimensiones sobre la maternidad en las teorías feministas, la exclusión de la raza o la clase social merece especial atención²⁸².

En los últimos años la interseccionalidad ha sido una herramienta ampliamente abordada por la teoría y utilizada en la práctica para abordar distintas temáticas que involucran a las mujeres, y últimamente, el caso de la maternidad no ha sido la excepción. Dentro de las investigaciones más recientes que abordan la relación entre maternidad e interseccionalidad, se encuentran distintas académicas latinoamericanas del área de las ciencias sociales, quienes a través de la investigación epistemológica y con un método etnográfico, es decir, a través de la técnica de la observación prolongada y el uso de entrevistas, van construyendo la problemática relación entre género, maternidades e instituciones públicas.

A propósito, Crenshaw establece la llamada interseccionalidad estructural como aquel fenómeno que sufren las mujeres de color, latinas o inmigrante víctimas de la violencia doméstica, resultado de la interacción de diversas fuentes de exclusión social lo cual genera una forma de discriminación distinta a la de las mujeres blancas. En ese sentido, concluye que la subordinación

²⁸⁰ MOORE (2018) p. 244.

²⁸¹ LA BARBERA (2017) p. 195.

²⁸² HILLS COLLINS (1994) p. 371.

interseccional “frecuentemente es consecuencia de la imposición de una carga que interactúa con otras vulnerabilidades preexistentes, para crear más desempoderamiento”²⁸³.

Bajo esa misma línea, usando el ejemplo de mujeres de color que son víctima de la violencia intrafamiliar y están en casas de acogida, su problemática no puede ser abordada solo desde el tema de la agresión física o el de vivienda, ya que estas serían las manifestaciones más inmediatas de la subordinación que viven²⁸⁴. Existen distintas dimensiones múltiples, como la pobreza, trabajos precarios, desempleo, el cuidado de los hijos, etc., que llevan a estas mujeres a depender de una relación abusiva.

Sin embargo, se ha demostrado que las instituciones públicas tienden a criminalizar y discriminar a mujeres madres que, ya sea por razones culturales o por razones de vulnerabilidad, no cumplen con el estándar de maternidad hegemónica presente. El primer caso que abordaremos trata acerca de Gabriela Blas Blas, una mujer indígena, específicamente del pueblo aymara. Luego se realizará un análisis de la discriminación interseccional que sufren las mujeres indígenas que son madres por parte del sistema penal y las instituciones públicas.

2.3 Análisis de casos de discriminación interseccional

2.3.1 El caso de Gabriela Blas

En julio del año 2007, la pastora del pueblo aymara Gabriela Blas, se encontraba pastoreando cerca de la Estancia Caicone, ubicada a 17 kilómetros de la comuna de General Lagos, en la Región de Arica y Parinacota. Gabriela se dedicaba al pastoreo en zona altiplánica desde que tenía ocho años.

Gabriela es madre de tres hijos, el primero producto de una violación y del cual no tenía la tuición, y por razones de salud y pocos recursos, dejó para tutoría a uno de sus hermanos mayores en la ciudad. Su segundo hijo producto de una relación anterior y su tercera hija producto de incesto, la cual se mantuvo en la Corporación para la Nutrición Infantil (Conin).

El 23 de julio se encontraba arriando más de 150 llamas junto a su segundo hijo Domingo Eloy Blas de tres años y once meses. Durante la actividad, Gabriela cargó a su hijo en un “aguayo”,

²⁸³ CRENSHAW (1991) p. 95.

²⁸⁴ CRENSHAW (1991) p. 90.

siendo una prenda de tela rectangular usado como bolso por las mujeres aymaras, en el cual se usa para portar carga o niño a la espalda, también es un símbolo de la identidad aymara.

Volviendo del pastoreo, y cargando su hijo a la espalda, Gabriela se percata que dos llamas de habían quedado atrás del grupo, por lo que decide ir a buscarlas. Cada llama tenía un precio aproximado de 15 días de salario, por lo que debía restituírle ese dinero a los dueños en caso de perderlas.

Para avanzar más rápido, decide bajar a su hijo de su espalda y dejarlo sentado dentro del aguayo y volver a buscar a los animales. Cuando volvió no encontró a su hijo. El aguayo se encontraba en el mismo lugar, junto a las demás cosas que dejó, pero Domingo no se encontraba. Gabriela decide volver a la Estancia, pensando que su hijo había seguido por el camino de vuelta a su hogar, pero tampoco estaba ahí. Volvió al sitio donde lo había dejado, buscándolo por horas, sin tener éxito. La noche y el frío ya se estaban asomando por el altiplano, por lo que Gabriela regresó a casa.

Al día siguiente retoma la búsqueda de Domingo en el altiplano, sin éxito y asumiendo que no podría encontrarlo con sus propios medios, decide ir al retén de carabineros más cercano en Alcérrea, caminando 18 kilómetros, llegando aproximadamente a las 20:00 el 24 de julio. Hizo la denuncia de desaparición, no obstante comenzó a ser tratada como sospechosa, siendo interrogada sobre por qué no dio aviso inmediato de la situación.

Gabriela fue interrogada durante tres días y detenida por seis sin una orden de detención. Se le interrogó respecto a su vida personal y la ausencia del padre de su hijo y sus otros hijos, siendo tratada como sospechosa y responsable de la desaparición de Domingo. Al mismo tiempo que se iniciaron las búsquedas por el sector con la ayuda de la Sección de Investigaciones Policiales de Putre, al sexto día el Ministerio Público decide iniciar una investigación en su contra.

Gabriela contestaba las preguntas de los policías con una actitud de mucha timidez y miedo, no los miraba y se mantenía en silencio. Su nerviosismo llevó a cambiar su declaración de los hechos en varias ocasiones, lo que aumentada la sospechas y malos tratos de los policías.

Asimismo, denunció que fue sometida en su detención a apremios ilegítimos constitutivos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes. Declaró que fue sometida a largos interrogatorios en la noche, con aplicación de lámparas con luz directa en la cara; fue amarrada por el cuello y estrangulada en varias ocasiones; amenazas de sumergirla en contenedores de agua con electrocución y con armas de fuego. Recién al séptimo día se le designa un defensor penal público y con una facilitadora cultural.

Posteriormente fue trasladada a la ciudad de Arica, donde se realizó el control de detención y la formalización de la investigación, siendo imputada del delito de abandono de menor en lugar solitario con resultado de muerte, obstrucción a la investigación, y posteriormente se le imputó el delito de incesto, quedando en prisión preventiva por tres años.

En diciembre del año 2008 fue encontrado el cuerpo de Domingo a 18 kilómetros del lugar donde fue dejado por Gabriela.

Finalmente, estando Gabriela en prisión preventiva, el Tribunal de Familia declaró susceptible de adopción su tercera hija. Sin una condena en el juicio penal y estando aún en prisión, su hija fue dada en adopción internacional a pesar de la oposición de ambos padres.

2.3.1.1 Aspectos judiciales

El primer juicio oral contra Gabriela Blas se realizó en el Tribunal Oral en lo Penal de Arica el cinco de abril del año 2010. El Ministerio Público sostuvo la acusación de delito de abandono en lugar solitario, con resultado de muerte. Delitos establecidos en el art 349 y 351 del Código Penal, junto con los delitos de incesto y obstrucción a la investigación.

Lo que caracteriza la estrategia del Ministerio Público para demostrar la responsabilidad penal de la pastora fue utilizar las diferentes declaraciones que dio para comprobar el dolo que amerita la figura legal del abandono, asumiendo que tenía por finalidad distraer a la policía y que se evitara encontrar al niño.

Asimismo, la creencia implícita de que la maternidad es inherente a la naturaleza de la mujer estuvo presente en toda la lógica de la teoría del caso. Así, no solo se utilizaron argumentos etnocéntricos desde el punto de vista de la cultura imperante, sino también utilizando argumentos de la propia cultura aymara para reforzar que la maternidad es algo ahistórico y transcultural. Esto se demuestra en el alegato de apertura de la fiscal, sosteniendo que la omisión del rol de garante iba “incluso contra las leyes de la naturaleza. Alegó que aquellos son roles transculturales, que van con el contenido genético y biológico de una madre”²⁸⁵.

Sustentándose en la prueba testimonial de policías y de peritos psicólogos y psiquiatras, se planteó que Gabriela presentaba una conducta errática al de una madre, debido a las diferentes versiones de los hechos que declaró frente a la policía y fiscal. Se destaca constantemente su historial

²⁸⁵ CIPER (2012)

de vida pasado a los hechos, como su vida sexual íntima, su relación con sus dos hijos y su aparente desapego. Así como también se recalca su estado anímico frío y expresivo durante el proceso de investigación.

Así en su alegato de clausura el Ministerio Público finaliza alegando la omisión de posición de garante de Gabriela respecto a su hijo, abandonándolo en lugar solitario con características geográficas que harían imposible la sobrevivencia del niño, pudiendo representarse la imputada tales factores. De esta manera se comprobaría el dolo que supuestamente la pastora tuvo al abandonar al niño, configurándose los elementos del tipo penal del art 349 del Código Penal. A su vez, utilizaron otros factores para confirmar su responsabilidad, como el hecho de que no tenga a su cuidado a sus otros hijos.

Por parte de la defensa, no alegó la detención ilegal ni tampoco los malos tratos que sufrió Gabriela en los interrogatorios. Alegó que a lo largo de la investigación no fue considerada su identidad cultural, donde no se comprende que Gabriela no comparte la historia ni cultura hegemónica, que al dejar a su hijo para ir a buscar a los dos animales, para ella no había un peligro en concreto, donde la madre tierra cuida a su vez a los niños.

Asimismo, comprender que el altiplano y la estancia donde se encontraban es como el patio trasero del hogar, por tanto no puede ser considerado per se “lugar solitario” y a su vez utilizarlo como sinónimo de peligroso. En ese sentido, alegó que el Ministerio Público no acreditó el peligro concreto del tipo penal, ya que no puede utilizarse el mismo escenario del altiplano para considerarlo como tal, ya que la madre es una pastora, siendo este un lugar común y parte de la costumbre aymara.

El tribunal, en sentencia del 15 de abril Rit 221-2009, declara culpable a Gabriela del delito de abandono, absolviéndola del delito de incesto y de obstrucción a la investigación. Acreditaron la existencia del delito por los testimonios de los funcionarios de policía que dan cuenta del cambio de declaraciones, siendo esta considerada una conducta errática para una madre, como se establece en el considerando noveno²⁸⁶, por lo que tampoco puede darse validez a la versión del extravío.

Así también, acogen la tesis del Ministerio Público, que Gabriela pudo representarse que el lugar donde dejó solo al niño era un lugar peligroso, debido a la edad del niño y las características geográficas de la zona, como las bajas temperaturas, los animales y quebradas que rodeaban el altiplano, configurándose así el dolo de abandono y de la posibilidad de muerte.

²⁸⁶ TOP Arica, 15/04/2010.

Gabriela fue condenada a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio por el delito de abandono en lugar solitario en calidad de autora. La defensa interpone recurso de nulidad alegando las causales del artículo 373 letra a), en subsidio el artículo 374 letra e) y, en subsidio de esta, el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

En la primera causal de la letra a) del art 373 relativa a la infracción de derechos y garantías en el procedimiento, la defensa alegó la vulneración a la presunción de inocencia y al derecho a defensa como parte del debido proceso al incluir las declaraciones prestadas por Gabriela sin auxilio de un abogado ni leyéndole sus derechos. La Corte Suprema, en fallo Rol N°3295- 2010²⁸⁷, resolvió que no procedía en tanto el recurrente no preparó oportunamente el vicio, por tanto se declaró inadmisibile.

Remitiendo a la Corte de Apelaciones de Arica para que se pronuncie acerca de las causales subsidiarias. La Corte acoge la causal del artículo 374 letra e), en relación al requisito del artículo 342 letra c) y el artículo 297 del Código Procesal Penal, por vicios en la valoración probatoria y fundamentación del fallo.

El artículo 342 letra c) establece el requisito de la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueran favorables o no para el acusado. Así como la exposición lógica de la valoración de los medios de prueba acorde al artículo 297, esto es, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

De esta manera la Corte de Apelaciones entiende que el tribunal del fondo, al analizar los hechos dado por probados, argumentó el abandono del niño, por sobre la teoría de extravía de la defensa, en base a las diferentes declaraciones que dio Gabriela, demostrando una conducta anómala para una madre, sólo teniendo en consideración los dichos de los funcionarios policiales, y restándole verosimilitud a la versión del extravía.

La Corte así argumenta, en el considerando octavo de la sentencia del 30 de agosto de 2010 Rol N° 158-2010, que tal razonamiento no cumple el estándar de más allá de toda duda razonable del artículo 340 del Código Procesal Penal, pues “la conducta de la acusada, por cierto errática, no conduce indefectiblemente a sostener que ella dejó abandonado al menor en forma intencional en ese lugar solitario, pues, dicho comportamiento inusual, también podría obedecer a otras razones, como el temor por la reacción familiar y de la autoridad policial”²⁸⁸.

²⁸⁷ Excma. Corte Suprema, 19/07/2010.

²⁸⁸ Idem.

Asimismo, concluye que tampoco se cumple el estándar del artículo 340 los medios de prueba del peligro concreto en la zona en que se encontraba Gabriela y su hijo, una vez que el Ministerio Público sostuvo que el supuesto conocimiento que tuvo Gabriela de las consecuencias mortales del “abandono”, deparan de un análisis ex post y de la testimonial de los policías.

Con esto la acoge el recurso de nulidad en la causal del artículo 374 letra c), sin pronunciarse de la causal subsidiaria artículo 373 letra b) por resultarle innecesario. La Corte ordena la invalidación de la sentencia y del juicio oral, por tanto, se realiza un nuevo juicio oral.

En el segundo juicio oral, por fallo del 11 de octubre de 2010 Rit 221-2009, Gabriela es nuevamente declarada culpable, pero esta vez a una pena mayor que en el primer juicio, a doce años de privación por el delito de abandono con resultado de muerte

Se critica de este segundo juicio que el Ministerio Público vuelve a ocupar los mismos argumentos y a su vez basándose en las diferentes declaraciones que dio Gabriela para probar el abandono. Asimismo, se utilizan testimonios que dan cuenta, una vez más, de la creencia de que la maternidad es inherente a las mujeres. En el considerando cuarto se expone el alegato de apertura de fiscalía, donde se utilizó la frase típica aymara “mi hijo es como mi cuerpo, lo que le sucede a él, me sucede a mí”, como forma de indicar el “sentimiento transcultural” de una madre con su hijo²⁸⁹.

En esa línea, al tomar la declaración de diversos actores, el foco de estas se centra nuevamente en la poca afectividad que demostraba Gabriela al hablar con sus hijos, interpretándolo como síntoma de alguna patología o prueba de que para ella no era importante su hijo. De esta manera, en el considerando quinto de la sentencia se expone la prueba pericial, donde la perito psiquiatra declaró que “llama la atención que no presente alteración emocional en relación a sus hijos, ya lo esperable es que estuviera afectada emocionalmente, es poco empática, fría y cautelosa, su coeficiente intelectual es normal”²⁹⁰.

Otro tema que llama la atención en este segundo juicio fue que el Ministerio Público se esforzó por probar que Gabriela no sufría de deprivación cultural, es decir, la capacidad reducida que presentan algunos individuos “para modificar sus estructuras intelectuales y responder a las fuentes externas de estimulación”²⁹¹. En este caso se alegó que Gabriela sí podía entender códigos culturales propios del Estado chileno y relacionarse con ellos sin problemas. A pesar que la pastora sufriera de maltrato infantil, con altos índices de vulnerabilidad y pobreza a lo largo de su vida, tenía

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ TOP Arica, 11/10/2010.

²⁹¹ CEDILLO (2010) p. 19

el suficiente desarrollo de la personalidad para distinguir y prever que dejar al niño solo le generaría un peligro concreto que le causaría la muerte.

El tribunal finalmente da por probado el abandono, a su vez que establece que no es posible sostener que Gabriela estuviese alejada de la cultura occidental, es decir no sufre de privación cultural, argumentado que sí ha tenido relación con su medio y conductas de socialización. Para esto, en el considerando décimo tercero valora la información de que Gabriela trabajó en un restaurante en donde sostuvo relaciones de pareja con camioneros de la zona y formuló un reclamo por no pago de cotizaciones al Juzgado de Trabajo. Además, dentro de la casa donde vivía se encontraron productos íntimos y documentación, tales como toallas higiénicas y un carnet de Fonasa²⁹². Elementos según la lógica del tribunal no corresponden a una persona que no socializa con el medio en cual vive.

La defensa interpone un recurso de queja que finalmente es rechazado por la Corte de Apelaciones de Arica el 15 de noviembre de 2010. Finalmente, en el año 2012 Gabriela fue beneficiada con un indulto parcial por el Presidente de la República, su pena fue rebajada a seis años. Luego, con la Ley 20.588, se decretó su indulto general.

En el 2013 el Estado de Chile fue denunciado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por vulneración de derechos humanos de Gabriela Blas y su hija adoptada internacionalmente. Las partes llegaron a una solución amistosa el año 2016, donde el Estado se comprometió a las siguientes medidas de reparación: una pensión mensual para la pastora, eliminar sus antecedentes penales, un acto público de disculpas del Estado Chileno y el derecho de su hija para conocer a Gabriela y el contexto en el cual fue adoptada.

2.3.1.2 Maternidad indígena y etnocentrismo judicial

El caso de Gabriela es un ejemplo de cómo mujeres indígenas que no cumplen con el estereotipo de la madre ideal pueden ser criminalizadas y víctimas de la discriminación de las instituciones. En este caso la herramienta de la interseccionalidad nos permite demostrar con mayor claridad que aquí se interseca género, etnia y pobreza.

En principio, los dichos de ambos tribunales orales dan cuenta que la conducta y vida de Gabriela es constantemente analizada y comparada con la de una madre ideal. Vemos que la máxima de la experiencia “las madres están dispuestas a realizar muchos sacrificios si aquello redundará en

²⁹² TOP Arica, 11/10/2010.

mejores condiciones de vida para sus hijos” está presente en la valoración de los hechos de manera implícita, máxima la cual realmente se trata de un estereotipo.

No se comprende por el tribunal por qué Gabriela tuvo tantos comportamientos erráticos, desde tomar la decisión de ir a buscar a los animales por sobre quedarse junto a su hijo; el no ir a denunciar su desaparición inmediatamente; el dar diferentes declaraciones o presentar un estado emocional inexpresivo, acorde a lo que usualmente se ve cuando los padres pierden a sus hijos. En ese sentido, se desprende como estos elementos son tomados como síntoma patológico y argumento para ser reprochado. Justamente esto se alegó en el primer fallo, en que la prueba del abandono se basó en las diversas declaraciones de la pastora, como signo de anomalía y desconfianza frente a la versión del extravío.

Asimismo, su historia marcada por la pobreza, el maltrato, el aislamiento social, la poca educación y la vulnerabilidad en el plano sexual son tomados como signos de sospecha, como indicios de mala madre. En ese sentido, Miriela Sánchez afirma que “en definitiva, las condiciones económicas ligadas a sus condiciones de clase, entornos familiares conflictivos, sus débiles o inexistentes redes sociales y sus propias historias de vida, son los factores que determinarán la pauta para señalar el tipo de incapacidad materna que se les imputará”²⁹³.

De esta manera, las condiciones de opresión dadas por el género, la etnia y la pobreza, en vez de ser valoradas para comprender su conducta, son fuente de castigo. Así, desde la arista del género, la personalidad de Gabriela ha estado marcada por la violencia machista, no solo desde la cultura occidental sino también por la propia cultura aymara.

En el considerando séptimo de la sentencia que se falló en el segundo juicio oral, la perito intercultural declaró ante el tribunal que las relaciones de género en el pueblo aymara posicionan al hombre como superior, donde la mujer debe obedecer, por lo que la interrogación directa de un hombre hacia una mujer indígena generará una intimidación psicológica, cultural y social. Así como también existe una necesidad de las mujeres de conseguir una pareja para ser respetadas y tener una estructura que las proteja²⁹⁴.

Desde niña Gabriela ha estado expuesta al arbitrio de sus familiares hombres, quedando embarazada dos veces, siendo aislada de su familia, sin redes de apoyo y teniendo que buscar el sustento propio. Su propio pueblo la rechaza por tener tres hijos y no tener pareja estable. Esto se suma a las expectativas de conducta del propio tribunal en su calidad de madre, donde se produce,

²⁹³ SÁNCHEZ (2019) p. 238.

²⁹⁴ TOP Arica, 11/10/2010.

lo que explica Catherine Moore, como el entrecruzamiento de varios patriarcados o “entronque patriarcal”, concepto utilizado por las feministas del “tercer mundo” o “del Sur”.

Este entronque patriarcal genera una forma especial de opresión hacia las mujeres indígenas. Así se entiende que “la opresión sexual y la dominación colonial como dos caras de una misma represión”²⁹⁵. El patriarcado ancestral de los pueblos indígenas ya posicionaba a las mujeres en una mayor vulnerabilidad, donde el machismo de occidente viene a ahondar tal situación, pero desde la perspectiva del hombre blanco y privilegiado.

Otro factor es el maltrato infantil y aislamiento social que ha vivido Gabriela los primeros años de su vida, lo cual fue forjando su personalidad introvertida y poco expresiva. Las mujeres que sufren violencia intrafamiliar tienden a tener una actitudes más sumisas y erráticas, que les impide tomar acción de manera más autónoma. Esto una vez más fue considerado por el tribunal como una conducta anormal y fuente reproche para una madre. Así, se solapa la historia personal de Gabriela como mujer maltratada a través de la imposición de un deber de actuación ideal para el tribunal.

De esta forma, se intersecan violencias propias del género, la etnia y clase en las expectativas de maternidad. Se observa durante el juicio que “la valoración de la dimensión cultural va variando y se mueve en un continuo que va desde el reconocimiento multicultural hasta el desconocimiento de la cultura como un factor que explica lo sucedido”²⁹⁶.

Los jueces no tomaron en cuenta qué es lo que se espera de una mujer aymara dentro de su propia cultura y qué es lo que se le puede exigir dentro de tal contexto. Figueroa explica que el rol de las mujeres aymara se reduce a ser esposa, pastora y madre. Donde lo que caracteriza a una buena madre aymara es el cuidado de su hijo, que lo alimente, que le teja su ropa, que lo lleve a pastorear en su aguayo y de esa forma aprenda de la cosmovisión aymara²⁹⁷. Nada distinto de lo que hizo Gabriela con su hijo Domingo.

Figueroa denuncia que este caso predominó el etnocentrismo judicial, donde los parámetros occidentales para evaluar su conducta se impusieron por sobre la costumbre aymara. Así, aludiendo al Convenio 169, que llama a tener en cuenta la costumbre indígena, establece que debió haber una ampliación del contexto donde se enmarca el paradigma del tipo penal del abandono y se integre la realidad indígena. Plantea que no hubo una adecuación valorativa en

²⁹⁵ MOORE (2018) p. 249.

²⁹⁶ OLIVARES (2019) p. 42.

²⁹⁷ FIGUEROA (2015) p. 8.

comprender que, para la pastora, donde dejó al niño, no había peligro y era un lugar seguro, quedando a un kilómetro de la Estancia, donde tal lugar es como el patio trasero del hogar, donde la Pachamama (madre tierra) cobija a todos los seres. Así, refiriéndose al delito de abandono en lugar solitario, estima:

“El tipo penal requiere la intención de dejarlo en un lugar alejado, pero no se refiere específicamente al caso en que los protagonistas del hecho en cuestión ya viven habitualmente en un lugar alejado y se encuentran solos en él, sino al paradigma en que el menor es sacado del contexto del entorno normal (ciudad) para dejarlo en un lugar donde no puede acceder a persona alguna por ayuda”.²⁹⁸

Por otro lado, otro aspecto que llama la atención es la forma en que el tribunal dio por probado que la pastora no sufría deprivación cultural, y por tanto estaba lo suficientemente familiarizada con la cultura occidental. En el segundo juicio se valoraron elementos como su Carnet de Fonasa y las toallas higiénicas de uso personal de Gabriela para alegar que era una persona lo suficientemente culturizada e integrada, y que por tanto, era capaz de representarse que su acción constituyó un abandono.

Con esto se demuestra que persiste en el imaginario social y en las instituciones lo que académicos caracterizan como la colonialidad, concepto utilizado “para caracterizar un patrón de dominación global propio del sistema-mundo moderno/capitalista originado con el colonialismo europeo”²⁹⁹. Tal sistema perpetúa visiones de los indígenas como aculturales, salvajes y alejados de toda civilización.

Por último, la vulnerabilidad económica a la que estaba expuesta Gabriela también influye como factores que finalmente forjaron una imagen de mala madre por parte del tribunal. Sus pocos recursos no son tomados en cuenta a la hora de reprocharla por su lejana relación con sus hijos, donde el primero de ellos nació con problemas de salud, debiendo estar en constantes cuidados en la ciudad, por lo que asume su cuidado como tutor el hermano mayor de Gabriela. A su vez, su tercera hija estaba en una institución, que le exigía un contrato de trabajo y una casa para mantenerla.

La discriminación interseccional que sufrió Gabriela por parte de las instituciones se ha convertido en uno de los casos más emblemáticos, donde “la violencia simbólica se expresa, así, en

²⁹⁸ FIGUEROA (2015) p. 17.

²⁹⁹QUINTERO (2010) p. 3.

un juicio que instala una sentencia que opera como universal, exigible a las “madres” de cualquier cultura, como un “buen punto de vista”, neutral e imparcial”³⁰⁰.

Este no es el único caso que demuestra la compleja relación que se da entre el imaginario de la maternidad y la heterogeneidad de las realidades sociales de las mujeres. A continuación, ahondaremos en otro caso propio de la realidad social actual, la realidad de las mujeres migrantes en Chile.

2.3.2 El caso de Joane Florvil

A comienzos del año 2017 llegaron a Chile Joane Florvil, mujer haitiana de 28 años, junto a su esposo Wilfrid Fidele, para buscar mejores condiciones de vida y oportunidades laborales. El día 29 de agosto de 2017, Joane junto a su hija lactante de tres meses, fue abordada por un sujeto de identificación desconocida, quien le ofreció un supuesto trabajo de jardinería a su marido Wilfrid en las inmediaciones de la Municipalidad de Lo Prado.

Joane avisa de la noticia a su marido, concurriendo los tres a la Municipalidad, donde finalmente sus bolsos, donde llevaba sus documentos de identificación, fueron hurtados por desconocidos. Luego de que alertaran al guardia del lugar, el encargado de la Oficina de Migrantes habría solicitado la presencia de Carabineros con motivo de este hecho. Sin embargo, los funcionarios de la 44° Comisaría se negaron a tomar la denuncia directamente de la víctima aduciendo que, al carecer de documentos de identidad, esta no podía ser cursada.

Es así como la Municipalidad dispuso de los medios para asistir a Wilfrid Fidele en la solicitud del pasaporte ante la Policía de Investigaciones de Chile, pero no respecto del hurto del bolso con sus documentos, lo que motivó a que Joane concurriera al día siguiente a las dependencias municipales.

El 30 de agosto de 2017 Joane llegó junto a su hija a las dependencias de la Municipalidad de Lo Prado, donde se ubica el Departamento de Prevención y Promoción Comunitaria, con el propósito de consultar si había noticias del hurto de sus pertenencias. En ese contexto, Joane apenas hablaba el idioma español, lo que dificultó la comunicación con el guardia del recinto, expresando solamente “ayuda marido”. Frente a esto el guardia intenta hacerse entender con gestos de que se dirija a otra dependencia de la Municipalidad, la cual se encontraba en otra calle.

³⁰⁰OLIVARES (2019) p. 44.

Como no habría podido darse a entender claramente con el guardia, Joane dejó a su hija dormida en el coche, al cuidado del mismo guardia, y cruza la calle hacia una construcción al objeto de encontrar ciudadanos haitianos que tengan mayor manejo del español para explicar la confusa situación vivida. No pudiendo encontrar traductores, decide caminar a su casa para obtener más apoyo, la cual se encontraba a menos de 10 minutos caminando desde el municipio.

Estando la hija de Joane en esas dependencias, se activan desde el municipio distintas gestiones para informar del supuesto abandono de la niña. Al cabo de no más de treinta minutos, Joane Florvil regresó a las dependencias municipales y se encontró con el recinto cerrado, sin rastro ni del guardia ni de su hija. De inmediato regresó a su domicilio a informar lo ocurrido a su familia y pedir ayuda. En algún punto entre ese trayecto, Joane Florvil fue fotografiada en las proximidades de su domicilio por funcionarios municipales, sin embargo, dichos funcionarios no se habrían acercado a ella para informarle de la situación, por órdenes de Carabineros.

Tras estos hechos, Joane es detenida por Carabineros por haber supuestamente incurrido en el delito de abandono y su hija trasladada posteriormente al SENAME. A pesar de que los carabineros recurrieron a un vecino para intentar traducirle a Joane el motivo de su detención y la lectura de sus derechos, la joven haitiana no pudo comprender en su totalidad la naturaleza de la detención y el alcance de esta, siendo trasladada al calabozo de la 48° Comisaría de Santiago. Según la versión de Carabineros, en el calabozo Joane comenzó a golpearse la cabeza repetidamente contra un muro, por lo que la esposaron y le colocaron un casco para evitar que se autolesionara. Poco tiempo después, en la madrugada del 31 de agosto, ingresó de urgencia a la Posta Central, siendo internada en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) por una falla renal. Esta información no fue entregada a su familia, desconociendo en qué lugar donde estaba hospitalizada Joane.

Después de estar casi un mes hospitalizada, durante la noche del 29 de septiembre Joane fue trasladada de urgencia al Hospital Clínico de la Universidad Católica, falleciendo en la madrugada del 30 de septiembre, debido a un paro cardiorrespiratorio, producido por falla hepática fulminante.

2.3.2.1 Aspectos judiciales

En la causa iniciada por la denuncia de abandono que interpuso la I. Municipalidad de Lo Prado en el 5° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 1700812839-1, el 31 de agosto de 2017 declaró que la detención de Joane había sido ilegal, debiendo ser mantenida en el centro de salud

hasta su óptima recuperación. Finalmente, se decretó el 22 de noviembre el sobreseimiento definitivo de la imputada, justificado en el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, referido a “cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito”.

Con respecto a la hija de Joane, el Juzgado de Familia de Pudahuel aplicó una medida de protección a favor de la niña, la cual se mantuvo en la Casa Nacional del Niño bajo custodia del Sename. Según el Informe del caso del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), el cual fue observante en este proceso, se fijó una audiencia para el 20 de septiembre para decidir mantener la medida de protección, sin embargo, esta audiencia no se realizó pues Joane aún no había sido dada de alta, se fija nueva fecha para el 21 de noviembre de 2017.

El 5 de octubre se decretó un acercamiento de la niña con su padre Wilfred Fidele, quien durante todo el procedimiento alegó ser el padre, sin poder probarlo por el hurto de su documentación. Finalmente, el 25 de octubre de 2017 se realizó la audiencia que decretó el alzamiento de la medida de protección, declarando que nunca hubo abandono y que la niña debía volver con padre.

En noviembre de ese año la familia de Joane interpuso una acción por Ley Antidiscriminación de la Ley N° 20.609 en contra de la I. Municipalidad de Lo Prado y en contra de la Dirección de Desarrollo Comunal (Dideco). El 5to Juzgado Civil de Santiago en fallo Rol N° C-34592-2017 acoge parcialmente la demanda. Ambas partes recurren ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la cual en la sentencia de 11 de julio de 2019 Rol N° 953-2019, acoge el recurso, pero rebaja el monto de la multa que debe pagar la Municipalidad³⁰¹. La familia de Joane interpone casación en la forma ante la Exma. Corte Suprema, la cual termina denegando el recurso, en sentencia Rol N° 24.133-2019³⁰².

Finalmente, para esclarecer los hechos que rodearon la muerte de Joane Florvil, el año 2019 se inició una investigación de oficio por parte del Ministerio Público por los delitos de detención ilegal y de apremios ilegítimos, siendo imputados Carabineros de Chile y la Posta Central, en el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 1700924568-5. La Fiscalía Metropolitana Centro Norte realizó la investigación y solicitó el cierre de la investigación, por no haber recabado antecedentes constitutivos de delitos. No obstante, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, querellante en la causa, solicitó la reapertura de la investigación en julio del año 2021, al estimar que faltaba que se

³⁰¹ CA de Santiago, 11/07/2019.

³⁰² Excm. Corte Suprema, 12/05/2020.

realizaran diligencias al respecto. El tribunal reordenó abrir la investigación por 150 días más, estando aún en etapa de investigación.

2.3.2.2 Maternidad migrante y racismo institucional

A pesar de que este caso no tuvo una sentencia condenatoria como en el caso de Gabriela Blas, no podemos dejar de mencionarlo debido a las fatales consecuencias que se generaron a raíz de los prejuicios que rodean a las mujeres migrantes, especialmente afrodescendientes, donde se cuestiona su maternidad y se invisibilizan sus contextos de inequidad.

En este caso, la víctima fatal de esta discriminación interseccional fue Joane, mujer haitiana, afrodescendiente, migrante, en situación de pobreza y que no manejaba el idioma español. Y a pesar de que su caso finaliza con una sentencia que cierra el caso por no ser constitutivo de delito, lamentablemente Joane no alcanzó a vivir para saberlo ni tampoco para ver a su hija de nuevo.

Se advierte una conducta criminalizadora por parte de la Municipalidad y las fuerzas policiales, donde la herramienta punitiva es utilizada para materializar prejuicios en contra de la población migrante. En ese sentido, se ha visto en nuestro país que desde el año 2015 ha existido un incremento significativo de población migrante indocumentada, donde según un estudio del Departamento de Migración y Extranjería de Chile (DEM, 2020) señalan que, hasta el 31 de diciembre de 2020, Haití ocupa el 3º lugar con 12,5% de los inmigrantes, principalmente afrodescendientes³⁰³.

A su vez, la feminización de la migración ha escalado, donde en las últimas dos décadas, de un total de 2.628.422 trámites en los cuales se otorgó una visa, el 49% eran mujeres, sin contar el aumento de la entrada de población migrante sin documentación. Asimismo, el porcentaje etario de la población migrante femenina es de entre 25 y 34 años, es decir, existe una gran posibilidad que de las mujeres migrantes estén en etapa fértil y puedan llegar a ser madres.

Es así como en el caso de las mujeres migrantes se configuran distintos elementos que traen como consecuencia una mayor situación de vulnerabilidad. Primero, el factor migratorio y la indocumentación genera una forma particular de exclusión, ya que esta se reproduce normativamente. Es decir, es el propio ordenamiento jurídico que perpetúa instancias de

³⁰³ DEPTO. DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN (2021)

vulnerabilidad al definir lo que se considera como un migrante documentado e indocumentado, lo cual traerá como consecuencia si son reconocidos sus derechos por tal condición:

“Así, a la exclusión por causa de la discriminación social y las restricciones que impone para el acceso igualitario a recursos, se suma la discriminación institucional (Cachón, 2010) formalizada en la normativa que regula el acceso parcial de los migrantes a los derechos y recursos, y que crea así mismo las condiciones para la negación total de derechos (Goldring y Ladolt, 2013)”³⁰⁴.

Teniendo aquello en consideración, y centrándonos en la vivencia de mujeres migrantes, en un estudio sobre maternidad y salud de mujeres haitianas en Chile, académicas destacaron el fenómeno de la “maternidad transnacional”³⁰⁵. Esta denominación alude a la experiencia de mujeres que mantienen económicamente un hogar tanto en sus países de origen como los de destino; están en contacto con sus familias a pesar de las fronteras nacionales; hablan más de un idioma, y en están en permanente contacto con más de una cultura. Esto genera nuevas formas de cuidado, apego y crianza entrecruzadas por las distintas culturas y nuevos roles femeninos que genera el habitar migrante³⁰⁶.

Bajo este contexto actual, nuestro país “ha develado la xenofobia y el racismo de una sociedad que se ha construido históricamente como blanca pese a su origen amerindio y latino”³⁰⁷, donde prejuicios y estereotipos acerca de mujeres migrantes perpetúan situaciones discriminatorias por parte de las instituciones. En este caso, se cuestionó la maternidad de Joane Florvil, creyendo que había abandonado a su hija, donde el estereotipo de madre haitiana predominó sobre las circunstancias de vulnerabilidad específicas de Joane, como el hecho de haber sido víctima de un hurto, no tener sus documentos y no hablar español.

De esta forma la presencia de racismo no es ajena a la experiencia de la maternidad, donde las mujeres migrantes experimentan el entrecruzamiento de la raza, la sexualidad y la migración. Esta intersección, según la socióloga María Emilia Tijoux, se ha consolidado una mirada común y homogeneizadora del “otro migrante”, amparada por “los constantes esfuerzos identificatorios de los chilenos por un posicionamiento que los ubique en lugares superiores frente a inmigrantes que representan el peligro de una otredad que aparece como amenazante y contaminadora”³⁰⁸.

³⁰⁴ THAYER (2016) p. 111.

³⁰⁵ REYES MUÑOZ y otros (2021) p. 3.

³⁰⁶ REYES MUÑOZ y otros (2021) p. 3.

³⁰⁷ REYES MUÑOZ y otros (2021) p. 2.

³⁰⁸ TIJOUX (2014) p. 2.

En ese sentido, el cuestionamiento a la crianza de las mujeres haitianas y los prejuicios que rondan en la cultura chilena se pueden visibilizar en las instituciones de salud, al considerar los profesionales como inapropiadas los modos de crianza de los extranjeros, siendo distintos a la cultura imperante. Se tiene una visión de ellas como madres “frías”, “descariñadas” y “poco cariñosas”. Esta creencia es asociada por las altas tasas de mortalidad infantil en Haití, la cual sería la fuente del desapego de las madres por una probable muerte del bebé³⁰⁹.

Otro prejuicio imperante que ha estado creciendo dentro de los centros, es “la asociación de que las mujeres haitianas se embarazan por falta de educación o para que sus hijos obtengan la nacionalidad chilena, cosa que no sucede con mujeres inmigrantes colombianas o venezolanas, que son quienes más acceden junto con las haitianas, a los centros de salud, por embarazos”³¹⁰.

Teniendo presente estos factores que conforman el imaginario de “mujer haitiana” por parte de la sociedad chilena, es relevante lo que plantea la antropóloga argentina Claudia Cernadas, que demostró que para el discurso médico- pediátrico deben existir ciertos factores para concebir como “buena madre” a una mujer. Debe ser parte de una familia nuclear, donde madre e hijo deben convivir en un mismo espacio geográfico y atendiendo las necesidades del hijo lo mejor posible³¹¹. Apoyándose en el concepto de la “maternidad intensiva”³¹², creado por la socióloga Sharon Hays, quien explica el cuidado de los hijos “debería ser cumplida ante todo por madres individuales y debería estar centrada en las necesidades de los niños, con métodos que estén determinados por expertos, así como implicar una atención intensiva y ser costoso”³¹³.

Todos estos requisitos no cumplen la mayoría de las mujeres migrantes que viven la maternidad transnacional, lo cual va generando sesgos a la hora de juzgar sus formas de crianza y cuidado. Es así como a raíz del entrecruzamiento de factores que tiene la experiencia femenina migratoria, se desprenden diferentes sesgos que no tienen sólo como raíz el machismo imperante. Si bien para todas las mujeres la maternidad representa un fenómeno en tensión, el análisis interseccional nos permite denunciar que, en la polaridad de buena y mala madre, los factores de vulnerabilidad y opresión por clase, raza o etnia son silenciados. Así la concepción de “mala madre” implícitamente se asocia a las consecuencias de la desigualdad e injusticia que sufren mujeres en contextos de vulnerabilidad reproducidos por los mismos sistemas sociales.

³⁰⁹ REYES MUÑOZ y otros (2021) p. 7.

³¹⁰ REYES MUÑOZ y otros (2021) p. 7.

³¹¹ CERNADAS (2012) p. 33.

³¹² HAYS (1998)

³¹³ HAYS (1998) p. 48.

En el caso de las mujeres migrantes existe un sesgo clasista en la creencia de que las madres haitianas son poco cariñosas asociados a su vulnerabilidad histórico- económica de su país, donde “se otorgan a las formas de crianza valores socioeconómicos que suponen que mujeres con menos recursos no tendrían o tendrían menos apego que aquellas con más capital o supuestamente con más capital”³¹⁴.

Asimismo, el discurso médico- científico también está amparado por la institucionalidad estatal y el ordenamiento jurídico. En el caso de Joane, quien no hablaba español, el hecho de dejar a su hija con el guardia de la municipalidad fue interpretado como un abandono, donde se realizó inmediatamente la denuncia, sin antes realizar diligencias que facilitaran la comunicación para entender qué necesitaba Joane. En una entrevista al diario “La Tercera”, la hermana de Joane explicó que “para los haitianos (...) las personas con uniforme –como los guardias o policías– son vistos como autoridades respetables y de quienes se pueden fiar”³¹⁵.

Es en este punto donde se genera un choque cultural, donde el imaginario colectivo absorbe de prejuicios y estereotipos generan sesgos en torno al actuar del “otro” que es diferente. Donde lo diferente en una madre, es fácilmente catalogado como anormal, lo que lleva inmediatamente a considerar una falta de cuidado imputable a la mujer. Como establece Gabriel Abarca “se ha tendido a descontextualizar y psicologizar el problema de la infancia vulnerable, situándolo en un plano que responsabiliza directamente a la madre y que no considera otros aspectos de orden sociocultural”³¹⁶.

Preocupa aún más cuando se utilizan los mecanismos punitivos para castigar la diferencia y la vulnerabilidad, donde el derecho se ampara en el discurso médico- psiquiátrico para catalogar como buena o mala madre a una mujer, olvidando que nuestro modelo occidental también responde a una cultura en particular. El caso de Joane Florvil ha demostrado cómo en el aparato jurídico-penal, bajo el discurso de protección a una presunta infancia desvalida, se utilizan todos los aparatos punitivos del poder estatal para castigar contextos vulnerables.

³¹⁴ REYES MUÑOZ y otros (2021) p. 9.

³¹⁵ CANTERO (2022) p. 25.

³¹⁶ ABARCA (2018) p. 15.

CONCLUSIONES

1. La creencia de que la maternidad es esencial a la subjetividad femenina ha sido una construcción sociocultural que ha atravesado la mayor parte de la historia de Occidente, donde si bien se ha mantenido hasta la actualidad, se demuestra que ha estado al servicio de diversos intereses y objetivos propios de cada época.

Asimismo, esta creencia ha sido fuente de análisis tanto por los estudios de la biología como de las ciencias sociales, donde se ha ido forjando y fortaleciendo el mito de “la madre ideal”, sustentado en la invisibilización y anulación de la subjetividad de las mujeres. Donde a su vez, aquella que no cumple con los requisitos que conforman el imaginario colectivo de cada cultura y tiempo, es considerada como anormal y “mala madre”.

De esta forma, el papel que ha tenido el Derecho respecto a la relación cuerpo-género, es perpetuar y reproducir la creencia de que la maternidad es inherente a la subjetividad femenina. En el caso del Derecho Penal, se utiliza la herramienta del *ius puniendi* para castigar a toda aquella que no cumpla con lo que la cultura hegemónica considera como buena madre. Invisibilizando contextos de violencia estructural propias de una cultura patriarcal, bajo el argumento de que una madre todo lo sabe y todo lo puede.

2. En el caso de los delitos de abandono de los artículos 346 a 351 del Código Penal, podemos observar como el imaginario de la buena y mala madre corre el riesgo de interferir en un correcto análisis dogmático- penal, debido a las propias características de los tipos penales, al tratarse de tipos abiertos y ser caracterizados predominantemente como delitos de omisión.

Al ser catalogados como delitos de omisión, al analizar la conducta desplegada se va a considerar la posición de garante del sujeto activo. Así, en el caso donde las imputadas son las madres, el estándar esperado y exigible puede ser aumentado desproporcionalmente, debido a las creencias culturales de lo que se espera de una madre si sus hijos corren peligro. De esta manera, al no considerar como potencialmente peligrosas las creencias que rondan la maternidad en nuestra sociedad, se genera un riesgo de discriminación y vulneración de derechos de las mujeres que viven en contextos de vulnerabilidad.

3. Asimismo, existen una serie de inconsistencias de ciertas instituciones propias del proceso penal que pueden ampliar este margen de arbitrariedades, como es el caso del sistema de valoración de la prueba de la sana crítica, establecido en el artículo 297 del Código Procesal

Penal, el cual estable como límites a la valoración los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Tales criterios están basados en las en la premisa de que la racionalidad es sinónimo de objetividad, y por tanto, es una herramienta que dota de sustento lógico al razonamiento judicial, excluyéndolo de toda subjetividad y elementos metajurídicos. Sin embargo, la psicología ha demostrado que la mente humana no siempre funcionará acorde a las leyes de la lógica, ya sea por sesgos inherentes al funcionamiento de esta, como son los sesgos; o bien por las propias generalizaciones que crea una cultura en un tiempo y lugar específico, donde no siempre tendrán un sustento racional, los llamados estereotipos.

Las categorías de la buena y la mala madre funcionan en base a sesgos y estereotipos que permean fácilmente las máximas de experiencia que utilizan los jueces a la hora de valorar y legitimar su razonamiento.

4. Teniendo eso presente, se advierte que en la construcción de la categoría de mala madre existe una intersección entre género, raza, etnia y clase social, que posibilita instancias de discriminación interseccional a mujeres en contextos jurídicos. Así, al analizar los casos de los pastora aymara Gabriela Blas y la joven haitiana Joane Florvil, se da cuenta que la “mala madre” se alimento de prejuicios y estereotipos del “otro” que es diferente. Esto se expresada desde el primer contacto con la institucionalidad, como puede ser el trato de Carabineros de Chile, de funcionarios de una Municipalidad, hasta la forma en que los jueces valoran la prueba en los casos de delitos de abandono.

Los desafíos socioculturales e institucionales son grandes cuando se trata de reconocer las distintas realidades y subjetividades de la sociedad. Desde la deuda histórica del reconocimiento e integración de los pueblos indígenas y el respeto a su cosmovisión, hasta el efectivo reconocimiento de los derechos de nuevos integrantes que cohabitan el territorio, como son las personas migrantes. Es una labor de todos quienes conformamos el sistema jurídico de velar por que casos como el de Gabriela Blas y de Joane Florvil no vuelvan a ocurrir.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA Brown, Gabriel. (2018): “*¿Promueva El Apego!: Sobre la maternidad de mujeres haitianas como objeto de Gobierno en Chile*”. Revista Bricolaje, 3, pp. 12-17.

AGUILAR García, Teresa. (2008): “*El sistema sexo- género en los movimientos feministas*”. Amnis en línea. Disponible en: <http://journals.openedition.org/amnis/537> Fecha de consulta: 05/07/2022

ALVARADO, Alejandra. (2004): “*La ética del cuidado*”. Revista Aquichan Año 4 - N° 4- 30-39 – Bogotá, Colombia.

ANDERSON, Terence; Schum, David A; Twining, William L. (2015): “*Análisis de la prueba*”. Editorial Marcial Pons, España.

ARENA, Federico José (2016): “*Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual*”. Revista de Derecho, Vol. XXIX N°1, junio, pp. 51-75.

ARENA, Federico José (2018): “*Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial*”. Proyecto CONICET, Universidad Blas Pascal. Borrador inédito. Disponible en: https://www.academia.edu/42262698/Responsabilidad_por_sesgos_impl%C3%ADcitos_y_deci_si%C3%B3n_judicial

ÁVILA, Yanina. (2004): “*Desarmar el modelo mujer = madre*”. (Debate Feminista, 30).

BADINTER, Elizabeth. (1981): “*¿Existe el amor maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII AL XXI*”. (Paidós-Pomaire Colección padres e hijos, Barcelona).

BARRA, Enrique. (1987): “*El desarrollo moral: una introducción a la teoría de Kohlberg*”. Revista Latinoamericana de psicología. Vol. 19- N° 1. Universidad del Bío-Bío, Concepción, Chile.

BARRIUSO, L. DE MIGEL, M. SÁNCHEZ, M. (2007): “*Lactancia Materna: Factor de Salud. Recuerdo histórico*”. An. Sist. Sanit. Navar. Vol. 30, N° 3, septiembre-diciembre.

BAZÁN, José Luis; Madrid, Raúl. (1991): “*Racionalidad y razonabilidad en el Derecho*”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, N°2, pp. 179-188.

BELTRÁN Calfurrapa, Ramón. (2021): “*Las máximas de experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional*”. Revista Ius et Praxis, Talca, Chile.

BENFELD Escobar, Johann. (2018): “*La sana crítica y el olvido de las reglas de sana crítica*”. Revista de Derecho, Vol. XXXI – N° 1- junio 2018, pp. 303 – 325.

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. “*Madres solteras, trabajo y protección estatal (siglo XX)*”. Memoria Chilena. Disponible en: <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-100695.html> Fecha de consulta: 29/8/2022.

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. "Repudio social", en: "Madres solteras, trabajo y protección estatal (siglo XX)". Memoria Chilena. Disponible en: <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-97415.html> Fecha de consulta: en 30/8/2022.

BLUM, Linda. (1993): "Mothers, Babies, and Breastfeeding in Late Capitalist America: The Shifting Contexts of Feminist Theory". *Feminist Studies*, Vol. 19, No. 2 (Women's Bodies and the State, Verano), pp. 291-311.

BOBEL, Christina G. (2001): "Bounded Liberation: A Focused Study of La Leche League International". En *Gender and Society*, Vol. 15, No. 1, Febrero.

BOUMPADRE, Jorge. (2003): "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". 2ª edición. Editor Mario A. Viera. Buenos Aires, Argentina.

BORDALÍ, Andrés y Zúñiga, Yanira. (2009): "Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después". *Anuario de Derechos Humanos*: 166-173.

BUSTOS, Ramírez, Juan. (1986): "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". Editorial Ariel, 2da edición, Barcelona.

BUTLER, Judith. (2007): "El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad". Trad. Por María Antonia Muñoz. Ediciones Paidós.

BRUNER, Jerome. (1997); "La educación, puerta de la cultura". Visor, Madrid.

CANTERO Sánchez, Maite (2022): "Joane Florvil. Un abordaje interseccional de la racialización de las mujeres migrantes en Chile". *Atenea* 525. I. Sem. 2022, pp. 11-29.

CANTÓ Pérez, Pilar. (2005): "Las mujeres en los espacios ilustrados". *Signos Históricos*, núm. 13, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa Distrito Federal, México.

CARBONELL, Flavia. (2018): "Sana crítica y razonamiento judicial". En "La Sana crítica bajo sospecha", eds. Johann Benfeld y Jorge Larrocau. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 35-47.

CASAS, Laura Julieta, Cárdenas, Edume y García Canova, Gabriela. (2005): "Acercas del género y el Derecho como una práctica social discursiva". X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Escuela de Historia de la Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional del Rosario. Depto. de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario.

CEDILLO, Isabel. (2010): "El Aprendizaje Mediado y las Operaciones Mentales de Comparación y Clasificación". Trabajo de Grado de Maestría. Universidad de Cuenca.

CERNADAS, Claudia (2012): "El concepto de interseccionalidad. Aportes para el análisis de la maternidad y los cuidados de la infancia en familias migrantes de Perú y Bolivia". *Temas de mujeres - Revista del CEHIM* - Año 8 - N° 8, pp. 28- 41.

COLOMA Correa, Rodrigo; AGÜERO SAN JUAN, Claudio. (2014): “*Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba*”. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 2, pp. 673 – 703.

COOK, Rebecca y Cusack, Simone. (2009): “*Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*”. Pennsylvania: Pennsylvania University Press.

COUTURE, Eduardo Juan. (1958): “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”. Roque de Palma Editor, Tercera Edición, Buenos Aires, Argentina.

CRENSHAW, Kimberlé. (1991): “*Cartografiando los márgenes: Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color*”. Stanford Law Review. Traducción de Raquel (Lucas) Platero y Javier Sáez.

CREUS, Carlos. (1997): “*Derecho Penal. Parte Especial*”. 6ª Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

CRUZ PUERTO, Melissa. (2014): “*Debates dentro de la psicología del desarrollo moral*”. Revista de Psicología Universidad de Antioquia, 6 (1), 113-124.

CURY, Enrique. (2005): “*Derecho Penal. Parte General*”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile.

DE BEAUVOIR, Simone. (2015): “*El segundo sexo*”. Trad. por Alicia Martorell. Ediciones Cátedra.

DEPTO. DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN (2021): “*Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020*”. Disponible en: https://www.ine.gov.cl/docs/default-source/demografia-y-migracion/publicaciones-y-anuarios/migración-internacional/estimación-población-extranjera-en-chile-2018/estimación-población-extranjera-en-chile-2020-síntesis.pdf?sfvrsn=5bdc44de_4#:~:text=La%20población%20extranjera%20residente%20en,de%201.450.333%20personas%20extranjeras. Fecha de consulta: 12/12/22

DE LA ROSA Rodríguez, Paola; Sandoval, Víctor. (2016): “*Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio*”. Revista Derecho Penal y Criminología, volumen xxxvii - número 102 - enero-junio, pp. 141-164.

DI CORLETO, Julieta. (2018): “*Malas Madres: Aborto e infanticidio en perspectiva histórica*”. Editorial Didot, Buenos Aires.

ESPINOZA PÉREZ, Beatriz. (2006): “*Derecho y maternidad. El lenguaje jurídico ante la transformación de un mito*”. Universitas, núm. 112, julio-diciembre, pp. 295-316 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia.

ESTEVE, Mónica. (2008): “*Contraste de dos perspectivas más allá de la ética de la justicia: Seyla Benhabib y Carol Gilligan*”. Jornades de Foment de la Investigació, Universitat Jaume.

ETCHEBERRY, Alfredo. (1997): “*Derecho penal. Parte Especial. Tomo IV*”. Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago.

ETCHEBERRY, Alfredo. (1999): *“Derecho penal. Parte General. Tomo I”*. Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición Santiago.

FASCIOLI, Ana. (2010): *“Ética del cuidado y ética de la justicia en la teoría moral de Carol Gilligan”*. Revista ACTIO n° 12.

FERNÁNDEZ Segovia, María Clara. (2019): *“Maternar con dolor. Criminalización de las madres y estereotipos de género en el Proceso Penal”*. Revista Argentina de Violencia Familiar y de Género - Número 2 – Mayo. Disponible en:

https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=690edd491faadfbd6b7367bee45bd22&hash_t=aceb91ebff99040c6d279c83877e6717 Fecha de consulta: 20/11/22

FIGUEROA San Martín, Melissa. (2015): *“El caso de la pastora Gabriela Blas Blas: cosmovisión aymara y etnocentrismo judicial”*. Universidad Arturo Prat. Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

FONSECA Sepúlveda, Carlos. (2013): *“Toma de decisión: ¿Teoría racional o de racionalidad limitada?”*. Revista Kálathos.

FOUCAULT, Michel. (2007): *“Historia de la Sexualidad 1. La voluntad del saber”*. Trad. Ulises Guinazú. Siglo XXI Editores.

FOUCAULT, Michel. (2008): *“Vigilar y Castigar. Nacimiento de una prisión”*. Trad. Aurelio Garzón Del Camino. (Siglo XXI Editores).

GARCÉS, Mario. (2004): *“Los movimientos sociales populares en el siglo XX: balance y perspectivas”*. Política N° 43, Universidad de Chile, pp. 13-33.

GARRIDO MONTT, Mario. (2003): *“Derecho Penal. Parte General. Tomo II”*. Nociones fundamentales de la teoría del delito. Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago.

GARRIDO MONTT, Mario, (2007): *“Derecho Penal. Parte especial. Tomo III”*. Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago.

GILLIGAN, Carol. (1977): *“In a different voice: Women's conceptions of self and morality”*. Harvard Educational Review.

GITZ, Evelyn. (2020): *“Lactancia Materna: Debates teóricos sobre su presencia en la identidad femenina y en las representaciones de la buena maternidad”*. Revista Científica de UCES Vol. 25, N° 2 (Julio - Diciembre de 2020) ISSN Electrónico: 2591-5266 (pp. 87 - 105).

GÓMEZ Tomillo, Manuel. (2010): *“Protección jurídico penal de las personas mayores frente al abandono, especial consideración de los delitos de los Arts. 226, 229, 230, de la falta del artículo 619 CP y de sus relaciones concursales”*. Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª época, 4 (2010), pp. 175-198.

GONZÁLEZ Gavaldón, Blanca. (1999): *“Los estereotipos como factor de socialización del género”*. Comunicar, núm. 12, marzo.

- GONZÁLEZ Hernández, Susana. (2013): “*La racionalidad y la razonabilidad en las resoluciones judiciales (Distinguir para comprender)*”. Praxis de la justicia fiscal y administrativa, 12, pp. 1-26
- GONZÁLEZ, López, Arantzazú. (2013): “*El mito de Lilith evolución iconográfica y conceptual*”. Revista Legado de Arquitectura y Diseño.
- GROSS, Elizabeth. (1995): “*¿Qué es la teoría feminista?*”. (Debate feminista, vol. 12).
- GUEDEZ Calderin, Orlando. (2013-2014): “*Herbert Simon: racionalidad limitada y mercados financieros eficientes*”. Odeón N°8, pp. 135- 152.
- GUERRA ABURTO, Liliana. (2014): “*La familia como transmisora del sistema sexo- género*”. Ammentu, n. 4, gennaio-giugno.
- HAYS, Sharon (1998): “*Las contradicciones culturales de la maternidad*”. Barcelona: Paidós
- HILLS Collins, Patricia (1994): “*Shifting the center: Race, Class, and Feminist Theorizing about Motherhood*”. Representations of Motherhood, edited by Donna Bassin.
- HOPP, Cecilia. (2016): “*La criminalización de las “malas madres”: de víctimas a victimarias*”. XIII Jornadas Nacionales. VIII Congreso Iberoamericano de estudios de género - 48 Disputas de lo público y lo privado: las violencias de género y las políticas públicas, UBA, Argentina.
- HOPP, Cecilia. (2017): “*Buena madre, buena esposa y buena mujer*”. En Di Corleto, Julieta, “*Género y justicia penal*”. Editorial Didot. Buenos Aires.
- IRIBARNE, María de la Macarena. (2011): “*Discursos sobre la maternidad científica. Una perspectiva crítica*”. (Investigaciones Feministas 2010, vol 193-212).
- KNIBIELHER, Yvonne. (2001): “*Historia de las madres en occidente*”. (Nueva Visión).
- KOHLBERG, L. y KRAMER, R. (1969): “*Continuities and discontinuities in childhood and adult moral development*”. Human Development. Vol. 12, No. 2.
- LA BARBERA, María Caterina. (2017): “*Interseccionalidad*”. Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad, pp. 191-198.
- LAMAS, Marta. (2001): “*Política y reproducción. Aborto: La frontera del derecho a decidir*” Plaza & Janés Editores.
- LAQUEUR, Thomas. (1994): “*La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*”. Trad. Eugenio Portela. Ediciones Cátedra.
- LARRAURI, Elena. (1995-96): “*Una crítica feminista al Derecho Penal*”. En el volumen colectivo Mujer, Derecho y Sociedad, Sevilla, Fundación El Monte.
- LARRAURI, Elena. (2002): “*Género y Derecho Penal*”. Texto de conferencia que se presenta de forma inédita para el Curso de Posgrado de Criminología de la Universidad de Salamanca (2002).

LAUDAN, Larry. (2005): *“Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, pp. 95-113.

LÓPEZ Masle, Julián; Horvitz, María Inés. (2005): *“Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

LÓPEZ Masle, Julián; Horvitz, María Inés. (2006): *“Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

MACKINNON, Catherine A. (1995): *“Hacia una teoría feminista del Estado”*. Trad. Por Eugenio Martín. Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer.

MAIER, Julio. (2002): *“Derecho procesal penal, Fundamentos, Tomo I”*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina.

MARTÍNEZ Guerra, Amparo. (2009): *“Sección 3ª. Del abandono de familia, menores o incapaces”*. En Rodríguez Ramos, Luis (director), *“Código Penal comentado y con jurisprudencia”*. 3ª edición, La Ley. Madrid, España.

MASSOLO, Alba Celina; Scherman, Patricia y Traversi, Mariel (2019): *“Sesgos cognitivos: Un estudio sobre evaluación de argumentos”*. XI Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVI Jornadas de Investigación. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

MATURANA, Javier. (2010): *“Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba”*. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Biblioteca Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

MATUS Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia. (2018): *“Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial”*. 2da. Edición. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.

MEDINA-VICENT, María. (2016): *“La ética del cuidado y Carol Gilligan: una crítica a la teoría del desarrollo moral de Kohlberg para la definición de un nivel moral posconvencional contextualista”*. Daimon Revista Internacional de Filosofía, N° 67.

MOORE, Catherine (2018): *“Feminismos Del Sur, Abriendo Horizontes De Descolonización. Los Feminismos Indígenas y los Feminismos Comunitarios”*. Estudios Políticos (Universidad de Antioquia), 53, pp. 237-259.

MORENO HERNÁNDEZ, Amparo. (2009): *“Los debates sobre la maternidad: maternidad y maternidades”*. Determinantes biológicos, psicológicos y sociales de la maternidad en el siglo XXI: mitos y realidades: XVII Jornadas de Investigación Interdisciplinaria / Cristina Bernis Carro (ed. lit.), María Rosario López Giménez (ed. lit.), Pilar Montero López (ed. lit.), 2009, ISBN 978-84-8344-131-2, págs. 3-20

- MUÑOZ Aranguren, Arturo. (2011): *“La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”*. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 2/2011, Barcelona, España.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; García Arán, Mercedes. (2010): *“Derecho Penal. Parte General”*. 8va. Edición. Editorial Tirant Lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (2015): *“Derecho Penal. Parte Especial”*. 20ª edición. Editorial Tirant Lo Blanch.
- NIEVA, Jordi; Parra, Jairo. (2010): *“La humanización de la justicia”*. Academia & Derecho N°1. Universitat de Barcelona.
- OBERG, Héctor. (1985): *“Las máximas de la experiencia”*. Revista de Derecho Universidad de Concepción. Año 53, pp. 53- 58.
- OLIVARES Espinoza, Bárbara. (2019): *“El caso de Gabriela Blas, la “pastora aymara” condenada y perdonada”*. Atenea 519, I. Sem. 2019, pp. 31-47.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). (2001): *“Global Strategy for Infant and Young Child Feeding. The Optimal Duration of Exclusive Breastfeeding”*, A54/INF.DOC./4.
- PACHECO Rodríguez, Dominique. (2021): *“Estereotipos, prejuicios y sesgos y su impacto en la valoración de pruebas declarativas en procedimientos penales y de familia”*. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile.
- PAÉZ, Andrés. (2021): *“Los sesgos cognitivos y la legitimación racional de las decisiones judiciales”*. Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas / María Laura Manrique [y otros]; Federico José Arena, Pau Luque, Diego Moreno Cruz (editores). -- Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 189-221.
- PALOMAR, Cristina. (2004): *“Malas Madres: la construcción social de la maternidad”*. (Debate Feminista. Vol. 30).
- PALOMAR, Cristina. (2005): *“Maternidad: historia y cultura”*. (La Ventana. Núm. 22).
- PATEMAN, Carole. (1995): *“El contrato sexual”*. Editorial Anthropos.
- PÉREZ BRAVO, María Dolores. (2015): *“Maternidades y Lactancias. La Lactancia Materna desde la Perspectiva de Género”*. Tesis doctoral, Facultad de psicología de la Universidad Autónoma de Madrid.
- PETRONE, Camila. (2021): *“Los delitos de las “malas madres”: Un análisis de las imputaciones penales por omisión y los estereotipos de género”*. Revista en Ciencias Penales y Criminológicas - Número 6 – noviembre 2021. Disponible en:
https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=1fe4c4f7b0b81d4b5d1da8a8f244bb7c&from_section=relacionados#indice_0 Fecha de consulta: 22/08/22

- POLITOFF, Sergio; Matus, Jean-Pierre; Ramírez, María Cecilia. (2003): *“Lecciones de derecho penal chileno. Parte General”*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago.
- POLITOFF, Sergio; Matus, Jean-Pierre; Ramírez, María Cecilia. (2005): *“Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial”*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago.
- POMEROY, Sarah. (1999): *“Diosas, ramerías, esposas y esclavas”*. Trad. Por Ricardo Lezcano Escudero. (Ediciones Akal).
- QUINTERO, Pablo. (2010): *“Notas sobre la teoría de la colonialidad del poder y la estructuración de la sociedad en América Latina”*. Papeles de Trabajo N°19-junio. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Sociocultural.
- REYEZ MUÑOZ, Yafza; Gambetta- Tessini, Karla; Reyes Muñoz, Vania; Muñoz Sánchez, Práxedes. (2021): *“Maternidades negras en Chile: Interseccionalidad y salud en mujeres haitianas”*. Revista Nuestra América ISSN 0719-3092 Vol. 9, Núm. 17.
- ROBERTS, Dorothy E. (2017): *“Maternidad y Delito”*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 17.
- RODRÍGUEZ Collao, Luis. (2022): *“Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I”*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ Vega, Manuel. (2013): *“Sistema acusatorio de la justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal”*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL. Valparaíso, Chile, pp. 643 – 686.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. (1762): *“Emilio I o De la Educación”*. Trad. por Ricardo Viñas. El Aleph.
- ROXIN, Claus. (1997): *“Derecho Penal. Parte General”*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2da. Edición. Editorial Civitas.
- RUBIN, Gayle. (1975): *“The traffic in women: notes on the political economy of sex”*, REITER, R. (ed.). Toward and Anthropology of Women. New York, Monthly Review Press.
- RUIZ, Alicia E. C. (2001): *“De Cómo el Derecho nos hace Mujeres y Hombres”*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36.
- SALAZAR, Gabriel. (2006): *“Ser niño “Huacho” en la Historia de Chile (siglo XIX)”*. Santiago. LOM Ediciones.
- SÁNCHEZ, Miriela. (2019): *“Las malas madres. La subjetivación en las mujeres del poder-saber jurídico psiquiátrico en Puebla”*. (Dorsal. Revista de Estudios Foucaultianos, Número 7).
- SEPÚLVEDA Hales, Bárbara. (2020): *“Género y Derecho Público”*. Editorial Thomson Reuter.
- SMART, Carol. (2000): *“La teoría feminista y el discurso jurídico”*. En El Derecho en el Género y el Género en el Derecho Por Haydée Birgin (comp.). Editorial Biblos, Buenos Aires.

- SOLER, Sebastián. (1992): *“Derecho Penal Argentino”*. Editorial Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, Argentina.
- SORIA, Juan Manuel. (2009): *“La omisión en el sistema penal: Relación entre las figuras de homicidio y abandono de personas”*. Editorial Cátedra Jurídica. Buenos Aires, Argentina.
- STEIN, Friedrich. (1988): *“El conocimiento privado del juez”*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- STRUENSEE, Eberhard (1998): *“Exposición y abandono de personas”* en Jakobs, Günther - Struensee, Eberhard, *“Problemas capitales del derecho penal moderno”*. Editorial Hammurabi.
- TARUFFO, Michele (2002): *“La prueba de los hechos”*. Trad. Por Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta.
- TARUFFO, Michele (2007): *“Narrativas judiciales”*. Trad. Por Verónica Undurraga Valdés. Revista de Derecho, Vol. XX N°1, pp. 231-270.
- TARUFFO, Michele (2009): *“Consideraciones sobre las máximas de experiencia”*. En Páginas sobre Justicia Civil, Editorial Marcial Pons, Madrid, España.
- THAYER, Luis Eduardo (2016): *“Migración, Estado y Seguridad. Tensiones no resueltas y paradojas persistentes”*. Polis, Revista Latinoamericana, Volumen 15, N° 44, p. 109-129.
- THOMAS, Yan. (1986): *“Le “ventre”: corps maternel, droit paternel”*. (Le genre humain N° 14).
- TIJOUX, María Emilia (2014): *“El Otro inmigrante “negro” y el Nosotros chileno. Un lazo cotidiano pleno de significaciones”*. Boletín Onteaiken No. 17- mayo.
- TORRES Sandoval, Javiera. (2014): *“Delito de abandono de personas desvalidas”*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII. Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2014, pp. 261 – 294.
- TVERSKY, Amos y Kahneman, Daniel. (1974): *“Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”*. Science, New Series 185, N° 4157, pp. 1124-1131.
- WARD, Dana. (1995): *“Escuchando voces. El mito de los juicios de género”*. Psicología Política, N° 10, pp. 63-86.
- WOLLSTONECRAFT, Mary. (1792): *“Vindicación de los derechos de la mujer”*. Traducido por Carmen Martínez Gimeno. (Edit. Isabel Burdiel. Cátedra, Clásicos del Feminismo).
- YAÑEZ, Sabrina. (2010): *“El seno de la paradoja: un recorrido por los inconstantos discursos de las políticas de amamantamiento”*. Revista TEMAS DE MUJERES Año 6 N° 6 2010, Pág. 116- 127.
- ZYGIELMAN Tale, Yael. (2020): *“Un breve análisis en torno al uso de los tipos omisivos y la necesaria incorporación de la perspectiva de género en la aplicación de la dogmática penal”*. Revista Derechos en Acción, Año 5 N° 16, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, pp. 277-290.

ZÚÑIGA Añazco, Yanira. (2010): *“El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno”*. Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 2, pp. 249 – 272.

ZÚÑIGA Añazco, Yanira. (2018): *“Cuerpo, Género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad”*. Revista Ius et Praxis, Año 24, N° 3, pp. 209-254.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional, 18/04/2008, Rol N° 740

Corte Suprema, 19/07/2010, Rol N°3295- 2010

Corte Suprema, 12/05/2020, Rol N° 24.133-2019.

Corte de Apelaciones de Arica, 30/08/2010, Rol N° 158-2010

Corte de Apelaciones de Santiago, 11/07/2019, Rol N° 953-2019

TOP Arica, 15/04/2010, Rit 221-2009

TOP Arica, 11/10/2010, Rit 221-2009

5to Juzgado de Garantía de Santiago, 22/11/2017, RUC N° 1700812839-1

5to Juzgado Civil de Santiago, 02/01/2019, Rol N° C-34592-2017

Noticias

Galaz, Gabriel (2012): *“La historia no contada de la pastora aymara condenada por extraviar a su hijo”*, CIPER. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2012/06/01/la-historia-no-contada-de-la-pastora-aymara-condenada-por-extraviar-a-su-hijo/> Fecha de consulta: 27/11/2022