



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

“LESIONES Y VIOLENCIA DE GÉNERO FRENTE A LA JURISPRUDENCIA”

Memoria Para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumnas: ALEJANDRA ALFONSINA MORALES VILLABLANCA
RENATA SANDRINI CARREÑO

Profa. Dra. Myrna Villegas Díaz

Santiago, Chile

2010

Dedicatoria	8
Agradecimientos	9
Resumen	10
Introducción	11

Capítulo I.

La violencia contra la mujer en las relaciones de familia desde una perspectiva de género	14
I. Violencia contra la mujer.....	15
1. Conceptualización de la violencia contra la mujer.....	15
2. Elementos de la definición de violencia contra la mujer	17
3. Principales directrices en la violencia contra la mujer	20
3.1 Relaciones de poder y violencia de género o la institucionalización de la supremacía masculina a través de la violencia	20
3.2. El derecho humano de las mujeres a vivir sin ser sometidas a violencia	24
3.3. Violencia de género, violencia doméstica y violencia contra la mujer.....	26
II. Relaciones de familia.....	29
III. Perspectiva de género	31

Capítulo II.

Análisis de la regulación aplicable al delito de lesiones producidas en contexto de violencia intrafamiliar	33
I. Historia de la regulación de las lesiones en contexto de violencia intrafamiliar	34

1. Regulación de las lesiones en contexto de violencia intrafamiliar previa a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.325	34
2. Regulación de las lesiones en contexto de violencia intrafamiliar luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.325	36
II. Normativa actual aplicable a las lesiones en contexto de violencia intrafamiliar.....	37
I. Regulación sustantiva del delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar	38
1. Origen de la Ley N° 20.066 y su relación con la Ley N° 19.325	38
2. Concepto de violencia intrafamiliar de la Ley N° 20.066	40
3. Estructura de la Ley N° 20.066: Violencia intrafamiliar constitutiva de delito y normas aplicables al delito de lesiones	41
3.1 Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.066 al Código Penal	45
II. Regulación de los procedimientos sobre violencia intrafamiliar respecto del delito de lesiones.....	53
1. Procedimiento aplicable a la violencia intrafamiliar constitutiva de delito ...	53
2. Normas procesales especiales introducidas al proceso penal en casos de violencia intrafamiliar	54
2.1. Medidas cautelares.....	54
2.2. Medidas accesorias	55
2.3. Condiciones para la suspensión del procedimiento	56
2.4. Incumplimiento de condiciones en suspensiones condicionales, medidas cautelares y/o accesorias.....	57
2.5. Improcedencia de acuerdos reparatorios.....	58

2.6. Desistimiento, retractación y renuncia de la víctima, su impacto en estos delitos	60
3. Modificaciones introducidas a la Ley N° 18.216.....	65

Excurso

Regulación de los procedimientos sobre violencia intrafamiliar respecto de lesiones no constitutivas de delito	65
--	----

Capítulo III

Análisis jurisprudencial del delitos de lesiones producidas en contexto de violencia contra las mujeres: criterios generales observados	71
---	----

I.-Definición de violencia intrafamiliar	72
--	----

II.- Problemas sustantivos.....	75
---------------------------------	----

II.I.- Parte general: aplicación de normas generales al delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar	75
---	----

1. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	75
--	----

a) Arrebato u obcecación	75
--------------------------------	----

b) Irreprochable conducta anterior	79
--	----

c) Reparar con celo el mal causado.....	83
---	----

d) Colaboración sustancial	89
----------------------------------	----

2. Causales de justificación	92
------------------------------------	----

a) Legítima defensa.....	92
--------------------------	----

II. II.- Parte especial: problemas sustantivos en la regulación del delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar	103
---	-----

a) Sistematización de las lesiones en contexto de violencia intrafamiliar: Aplicación de las normas de los artículos 400 y 494 N° 5 del Código Penal ...	103
b) Prescripción de los delitos de lesiones menos graves del artículo 399 en relación al artículo 494 N° 5 ambos del Código Penal.....	111
c) Lesiones y maltrato habitual	113
d) Vías de hecho	116
e) Determinación de la pena e historial de violencia previa.....	118
III. Problemas procesales en los casos de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar	119
a) Perdón de la víctima	119
b) Acuerdos reparatorios.....	122
c) Suspensión condicional del procedimiento	126
d) Principio de oportunidad	133
e) Medidas cautelares	136
f) Medidas accesorias	139
g) Medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad	141
h) Incumplimiento de condiciones en suspensiones condicionales, medidas cautelares y/o accesorias.....	144
 Capítulo IV	
Operadores del sistema.....	149
I.- Caracterización de los operadores	150
II.- Cráterios observados.....	155
1. Definición de violencia intrafamiliar	155

2. Problemas sustantivos en la regulación del delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar	166
3. Problemas procesales en los casos de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar	215
Conclusión.....	231
Bibliografía.....	242
ANEXOS	256
Anexo I.- Síntesis sentencias.....	257
Anexo I.I.- Síntesis sentencias Tribunal de Garantía	258
Anexo I.II.- Síntesis sentencias Tribunal Oral en lo Penal.....	307
Anexo I.III.- Síntesis sentencias Corte de Apelaciones	355
Anexo II.- Tablas síntesis sentencias.....	410
Anexo II.I.- Tabla síntesis sentencias Juzgados de Garantía	411
Anexo II.II.- Tabla síntesis sentencias Tribunales del Juicio Oral en lo Penal	426
Anexo II.III.- Tabla síntesis sentencias Corte de Apelaciones.....	437
Anexo III.- Pautas de entrevistas	449

Anexo III.I.- Pauta entrevista fiscales	450
Anexo III.II.- Pauta entrevista defensores	455
Anexo III.III.- Pauta entrevista jueces de garantía.....	461
Anexo III.IV.- Pauta entrevista jueces de tribunal oral en lo penal.....	466

*"Todas las desgracias del mundo provienen del olvido y el desprecio que hasta hoy se ha hecho de los derechos naturales e imprescriptibles del ser mujer" Flora Tristán,
Unión Obrera - 1843*

"Una tarde de septiembre de 1838, tras permanecer días y días al acecho, un hombrecillo llamado André Chazal disparó en París contra su esposa. La mujer se desplomó en la acera gravemente herida: Flora Tristán era por fin libre".

*"No te golpea por ser alta o baja, gorda o flaca, necia o inteligente, licenciada o analfabeta... **te golpea por ser mujer.**"
Guía para Mujeres Maltratada, editada por Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, octava edición, 2002.*

Agradecimientos

Agradecemos a todas y todos las(os) fiscales, defensoras(es) y juezas y jueces que contribuyeron a la presente investigación mediante sus entrevistas. También agradecemos a todos quienes hicieron posible concretar estas entrevistas y recolectar la información necesaria para el presente estudio.

Agradecemos, además, a nuestra profesora guía quién motivó y orientó nuestro trabajo bajo una perspectiva de género, matiz que a ratos parece ausente en la enseñanza formal del derecho.

Finalmente, agradecemos a nuestros padres y seres queridos por su apoyo incondicional.

RESUMEN

Las lesiones son el delito más común dentro de los ilícitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, de ahí que resulte relevante saber cómo influye este contexto al juzgarlas. Esto, para conocer el estado actual de la respuesta que el sistema judicial entrega a las mujeres víctimas de este delito.

Para alcanzar el antedicho objetivo; primero, se realizó una revisión bibliográfica con el fin de definir conceptos operacionales y precisar la evolución de la normativa nacional al respecto. Luego, un análisis y síntesis de sentencias sobre el delito de lesiones y una sistematización de los criterios generales observados en dichos fallos sobre las consideraciones de nuestros tribunales frente a la violencia de género. En tercer lugar, se recogieron las percepciones y criterios de los operadores del sistema; esto es, fiscales, defensores, jueces de garantía y de tribunal oral en lo penal; a través de entrevistas.

Finalmente, los criterios extraídos de las sentencias y las percepciones de los operadores fueron confrontados, de lo que concluimos que la situación de violencia intrafamiliar sólo es considerada para determinar algunos aspectos del delito, lo que perjudica la posición de las mujeres víctimas de violencia frente al proceso penal y la aplicación de la normativa vigente.

INTRODUCCIÓN

La violencia contra las mujeres es un tema socialmente vigente, al respecto se debe tener conciencia que ésta constituye una forma de discriminación, que encuentra sus raíces en las relaciones de poder desiguales existentes entre hombres y mujeres, por lo que, no es una novedad que la mayor parte de las lesiones que sufren las mujeres la produzcan sus parejas.

Es de real importancia derribar el mito de que la violencia contra las mujeres, en especial, y la violencia intrafamiliar, en general, son problemas de índole privada, sino que compete a la sociedad entera su solución, así deben darse instancias de respeto a las garantías fundamentales y brindar protección a las víctimas en este tipo de ilícitos.

Las lesiones son el delito más común cometido en contexto de violencia intrafamiliar. Tanto es así, que desde que entró en vigencia la Ley N° 20.066 “sobre Violencia Intrafamiliar”¹, entre el 7 de octubre 2005 y el 31 de diciembre 2009, han ingresado 189.768 causas por lesiones de un total de 329.157 causas por violencia intrafamiliar². Esta cifra representa el 57,7% del total de delitos por violencia intrafamiliar ingresados a nivel nacional³.

Ante esta realidad y el hecho de que, desde que esta normativa está vigente, pesa la obligación en los operadores del sistema de distinguir entre lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar de aquellas que no, nos planteamos la necesidad de dilucidar los criterios aplicados por la justicia penal a la hora de conocer este ilícito, para así, determinar cómo se considera la existencia de este contexto al momento de juzgar este delito.

¹ Publicada en el D.O. el 07 de octubre de 2005.

² Se consideran además los delitos de amenazas, desacato, maltrato habitual, delitos sexuales, homicidio, parricidio y otros delitos cometidos en un contexto de violencia intrafamiliar.

³ Fuente: MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico Año 2009 [en línea], Santiago, Chile (enero 2010). <www.ministeriopublico.cl> [consulta: 20 de mayo de 2010].

Además, conocer los criterios jurisprudenciales que se aplican al momento de juzgar las lesiones producidas a las mujeres en el contexto de violencia intrafamiliar desde una perspectiva de género, es el primer paso para solucionar una eventual situación de discriminación que quede al descubierto.

Para saber cómo influye el contexto de violencia intrafamiliar en el delito de lesiones analizaremos que rol cumple esta situación en la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, en la calificación de las lesiones, la determinación de las sanciones, en la formas de término y en el tipo de medida cautelar y accesorias que se aplican.

Para recolectar esta información, primero se realizó una revisión bibliográfica, la que ayudó a establecer conceptos operacionales y a definir el estado de investigaciones previas y de la legislación actual aplicable.

Como segundo paso, se hizo la revisión de cuarenta y siete sentencias de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, de las cuáles dieciocho corresponden a fallos de juzgados de garantía, once a tribunales de juicio oral en lo penal y dieciocho a cortes de apelaciones⁴, de todo el país. La recolección de estas sentencias se hizo a través de la búsqueda en revistas especializadas, buscadores electrónicos y la solicitud a los organismos pertinentes. El acceso a esta información, representó hasta cierto punto, una dificultad en la investigación, puesto que muchas de las sentencias no están publicadas, en especial los fallos de los juzgados de garantía y de tribunal oral en lo penal.

En tercer lugar, se realizaron entrevistas a veinticinco operadores del sistema, entre ellos, once fiscales, de los cuáles, siete son mujeres y cuatro, hombres; siete defensores, tres mujeres y cuatro hombres; cinco jueces de garantía, tres mujeres y dos hombres; dos juezas de tribunal oral; todos de la Región Metropolitana. La coordinación, ejecución, transcripción y sistematización de estas entrevistas duró

⁴ No se incluyen sentencias de la Corte Suprema, por no encontrar fallos relevantes para esta investigación.

alrededor de nueve meses. Este trabajo, también presentó cierto grado de dificultad, sobre todo, porque debimos recurrir a los distintos organismos públicos para solicitar las autorizaciones pertinentes para la concreción de las entrevistas y esperar a que estas pudiesen llevarse a cabo de acuerdo a los tiempos y carga laboral de los operadores penales.

Finalmente, contrastamos el análisis sobre los estudios y legislación vigente; la síntesis de los criterios judiciales relevantes obtenidos del análisis de las sentencias y las percepciones y opiniones de los operadores del sistema, para obtener las conclusiones que se presentarán en este trabajo.

El trabajo realizado tiene por objeto mostrarnos si existe una perspectiva de género en la aplicación de la norma o en la disposición misma, en lo referente a la respuesta que el sistema otorga a las mujeres víctimas del delito de lesiones producidas en contexto de violencia doméstica, lo que de dar muestras en contrario delataría la urgente necesidad de incorporar una perspectiva de género, tanto en los tribunales, como en los demás operadores del sistema.

En este estudio se realiza una investigación práctica aplicada de nivel exploratoria, con la intención de obtener un conocimiento sobre la situación actual de las consideraciones de género en la aplicación del derecho, que después pueda utilizarse como base para cambiar la eventual situación de discriminación, que quede al descubierto. Se utilizan diversas metodologías. Por un lado; documental, respecto de la definición de conceptos; y por otro, empírico, en cuanto al análisis de la utilización, eficacia y percepción de la norma.

Capítulo I. La violencia contra la mujer en las relaciones de familia desde una perspectiva de género.

El presente capítulo contiene definiciones instrumentales de los conceptos aplicados en este trabajo. Los criterios dados no tienen una pretensión de exhaustividad, sino que más bien son una orientación al lector para su mejor comprensión.

A continuación, conceptualizamos lo que entenderemos por **violencia contra la mujer, relaciones de familia (relaciones de pareja) y enfoque de género**.

I. Violencia contra la mujer.

La violencia, en términos generales, es entendida por la Real Academia Española como la *“acción y efecto de violentar o violentarse; o acción violenta o contra el natural modo de proceder”*⁵. Esta definición contiene dos factores que operan conjuntamente, poder y jerarquía.

1. Conceptualización de la violencia contra la mujer.

La conceptualización de la violencia contra la mujer, se ha hecho a través de distintos instrumentos internacionales, entre ellos, la “Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, la “Convención Interamericana para sancionar, erradicar y prevenir la violencia contra la mujer”⁶ y la Plataforma de acción de Beijing.

La “**Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer**”, proclamada en resolución 48/104 de 1994, por la Asamblea General de Naciones Unidas, con el propósito de reforzar y complementar el proceso propiciado por la “**Convención sobre**

⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea]. 22ª edición. <<http://www.rae.es>> [consultado el 04 de mayo de 2010].

⁶ Conocida como “Convención de Belem do Pará”. Decreto N° 1640 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Publicado en el D.O. el 11 de noviembre de 1998.

Eliminación de todas las Formas de Discriminación hacia las Mujeres (CEDAW)⁷, señala en su artículo primero que se entiende por **violencia contra la mujer**, disponiendo que esta consiste en **“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”**.

La plataforma de Acción de Beijing en su párrafo 113, define la violencia contra la mujer en los mismos términos.

El artículo 2 de la Declaración enumera, sin ser taxativa, algunos actos de violencia contra la mujer, tales como:

“a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.”

Para los efectos de la **“Convención de Belém do Pará”** se entenderá por **violencia contra la mujer “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”**.

⁷ Decreto N° 789, Publicado en el D.O. el 9 de diciembre de 1989.

Así, entendemos por violencia contra la mujer cualquier acto⁸ que cause daño a la mujer por el hecho de ser mujer, tanto en un nivel privado, como público⁹, en este último nivel incluimos tanto el ámbito internacional, como el nacional, lo que se hace extensivo a los actores de la comunidad en general y a los Estados.

2. Elementos de la definición de violencia contra la mujer.

a) Violencia sólo por la pertenencia al Sexo Femenino.

Al hablar de violencia contra la mujer nos referimos a la violencia que es consecuencia, en gran medida (aunque no exclusivamente), de las relaciones inequitativas entre hombres y mujeres, producto de prejuicios culturales basados en la discriminación contra la mujer, motivados en el sólo hecho de la pertenencia de ésta al género femenino, lo que inhibe gravemente su capacidad de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad¹⁰.

Al respecto, nos importa destacar, por ser el centro de este trabajo, que una de las expresiones más habituales de la violencia que se ejerce sobre el género femenino es la que se da en su entorno más cercano, particularmente la ejercida por sus parejas, a través diversos medios.

⁸ Es importante tener presente, que al tratarse este trabajo sobre la violencia contra la mujer en el delito de lesiones, analizaremos principalmente la violencia física contra la mujer, por ser este el acto que generalmente afecta el bien jurídico protegido en este ilícito.

⁹ La violencia contra la mujer puede existir dentro o fuera del ámbito doméstico, por lo que no debe identificarse con la violencia intrafamiliar, como se verá más adelante.

¹⁰ Por ello la importancia de reconocer el derecho humano de las mujeres a vivir sin ser sometidas a violencia como se verá más adelante. En relación a la conceptualización de este derecho adelantamos que, la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, reconoció que los derechos de las mujeres y niñas "son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales", y que por tanto, no son parte de una ciudadanía de segunda clase, sino que sus derechos deben ser respetados de la misma forma que cualquier otro ser humano.

b) Que Produzca Daño.

La violencia que las mujeres sufren por parte de sus parejas se manifiesta de diversas formas, siendo las más frecuentes los malos tratos físicos, sexuales, psicológicos y económicos.

Los **malos tratos físicos** abarcan bofetadas, golpes, torsión de brazos, puñaladas, estrangulación, quemaduras, sofocación, patadas, amenazas con armas u otros objetos, y en casos extremos el asesinato. Incluyen también, costumbres tradicionales nocivas para la mujer, tales como la mutilación genital femenina, el planchado de pechos o la cesión hereditaria de la esposa, entre otras.

La **violencia sexual**, puede ir desde casos de relaciones sexuales forzadas, impuestas mediante amenazas e intimidaciones o con la fuerza física que incluyen la constricción a tener relaciones sexuales con terceros, hasta la coerción para realizar ciertas prácticas sexuales indeseadas, que no revistan caracteres de delitos sexuales.

La **violencia psicológica**, consiste en comportamientos con miras a intimidar y atormentar a la víctima, y que asume diferentes formas, tales como: amenazas de abandono o abuso, reclusión en el hogar, vigilancia estricta, amenazas de destitución del cuidado de los hijos, destrucción de objetos, aislamiento, agresiones verbales y humillaciones constantes.

La **violencia económica**, comprende actos tales como el negar dinero, el rechazar la obligación de contribuir económicamente, la privación de alimentos y de las necesidades básicas, y el control del acceso a la atención sanitaria, al empleo, entre otros.

Las categorías mencionadas de actos constitutivos de violencia contra la mujer no se excluyen recíprocamente, ni son taxativas.

c) Tanto en la Vida Pública como Privada.

Se definen tres ámbitos en los cuales se manifiesta la violencia contra las mujeres (sin por ello sostener que sean los únicos casos posibles): a) la violencia en el seno de la familia o en su espacio íntimo; b) la violencia dentro de la comunidad y; c) la violencia cometida o tolerada por el Estado.

La Recomendación General N° 19 del Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, basada en el artículo 2° de la CEDAW, que exige que los Estados emprendan las acciones necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer por parte de “cualquier persona”, responsabiliza a los Estados por los “actos privados” sino *“adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos, o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”*¹¹

*“La ampliación del ámbito conceptual de estas categorías, a fin de abarcar todo el espectro de actividades que va desde el hogar hasta el ámbito transnacional, nos permite determinar los actos de violencia que quizás no sean evidentes de inmediato, así como los que puedan surgir y apreciarse mejor como resultado de la dialéctica de los cambios mundiales”*¹². Por ello, el desafío actual es abordar todas las causas y consecuencias del problema, desde el ámbito familiar hasta el internacional, con lo que **la violencia contra la mujer ha dejado de ser un conflicto propio de la esfera privada, entendiéndose que es un problemática de dominio público.**

¹¹ RECOMENDACIÓN GENERAL N° 19, “La violencia contra la Mujer”. Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, XI período de sesiones, documento de las Naciones Unidas: A/47/38; CEDAW/C/1992/L. 1/Add.15 (1992). Párrafo 9.

¹² COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2003). Integración De Los Derechos Humanos De La Mujer y La Perspectiva De Género: La Violencia Contra La Mujer. 60° período de sesiones. Resolución E/CN.4/2004/66. p.15. [en línea] <<http://www.cidh.org>> [consulta: 7 mayo 2010].

El presente trabajo hace especial referencia a los casos de violencia en el seno de la familia o en el espacio íntimo de la mujer, que no se vincule necesariamente a la familia, como es sus relación de pareja, por ser estos los casos más comunes, pero teniendo presente que la violencia contra la mujer es tanto un problema de la vida pública, como de la privada, sin importar el espacio en que se desarrolle.

3. Principales directrices en la violencia contra la mujer.

El concepto de violencia contra la mujer ha evolucionado, diferenciándose en distintos tipos, por lo que, se hace necesario aclarar conceptos como **violencia de género, violencia doméstica y violencia contra la pareja**.

Todos estos puntos vinculados a la transformación del concepto de violencia contra la mujer son los que a continuación se detallan.

3.1 Relaciones de poder y violencia de género o la institucionalización de la supremacía masculina a través de la violencia.

La violencia de género y, específicamente la violencia contra la mujer en el espacio doméstico, es un tema latente en el ámbito nacional e internacional, representado principalmente por la lucha de movimientos internacionales de mujeres, que han puesto en la palestra demandas de igualdad y no discriminación.

“Dada esta realidad, es significativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales, salvo acaso como expresión indeterminada de una de las formas de

*discriminación contra la mujer proscrita por la Convención de Naciones Unidas de 1979. Sólo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994 o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing de 1995*¹³.

Algunos, han considerado esto como “*una manifestación más de la resistencia que existe a reconocer que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género*”¹⁴.

Sin lugar a dudas, la violencia contra la mujer es severa y ha sido construida históricamente sobre la creencia de la superioridad masculina y de la inferioridad femenina, sobre papeles y expectativas estereotipados según el sexo. El género se constituye en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres.

La violencia de género, así, tiene su **origen en las relaciones desiguales**, pero además, ha sido un **elemento funcional a la institucionalización de la supremacía masculina**. A continuación analizaremos ambos factores:

a) La desigualdad histórica entre hombres y mujeres.

¹³ MAQUEDA Abreu, María Luisa. La Violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social [en línea]. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Enero, 2006. Nº 08-02; pp. 02:1 - 02:13. <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>> [consultado el 05 de mayo de 2010].

¹⁴ *Ibíd.* p.2.

La desigualdad histórica entre hombres y mujeres se basa en ideologías, en las cuales se identifica lo masculino con la facultad de ejercer poder sobre otras personas¹⁵, en especial niños y mujeres.

En este sentido, el género femenino es una creación social a la que se le ha asignado un espacio propio y se le han atribuido valores específicos, lo que ha permitido mantener a la mujer en “su lugar”. Por eso, las teorías, métodos y modelos del orden social han partido desde perspectivas androcéntricas.

En el curso de la historia diversos autores señalizan el significativo cambio en los roles femenino y masculino hacia los años 9.000 y 3.000 A.C., cuando surge la etapa de la colonización agrícola y en consecuencia el derecho a la propiedad de los recursos productivos. Relegando a la mujer a un rol no productivo, rol que hasta entonces primaba en este género, incrementando el dominio social del hombre y modificando la estructura familiar. La particular situación de desvalorización de la mujer está asociada al concepto que la liga a la naturaleza, resultando natural que la mujer deba ser controlada y constreñida a funciones reproductivas, así, la mujer es relegada al hogar, ajena a los nuevos conocimientos, a las religiones, a la cultura, aislada totalmente a su medio.

La dependencia de la mujer es consolidada por la religión, la moral y posteriormente por la legislación; el sistema monogámico se hace nuclear, y dentro de éste el hombre gozará de todas las prerrogativas y por el contrario, a la mujer se le impondrá una estricta obediencia al marido, padre o hermano¹⁶.

¹⁵ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Informe Preliminar Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, Informe Preliminar. (42): párrafos 49 y 64. 22 de Noviembre de 1994. [en línea] <<http://www.cidh.org> > [consulta: 7 mayo 2010].

¹⁶ En Chile, sólo en 1989, se otorgó plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, hasta ese entonces, la legislación civil facultaba al marido con poder de corrección sobre la mujer, estableciendo un correlativo deber de obediencia de ésta, además, la imposibilitaba para fijar domicilio, trabajar y disponer y administrar sus bienes en la sociedad conyugal, lo que confirmaba la posición de primacía del hombre respecto a la mujer en la familia. De todas formas, en nuestro país, al mantener el artículo 1749 del Código Civil al marido como “jefe de la sociedad conyugal”, y que como tal “administra los bienes sociales y los de su mujer”, aún persiste el “ideario de una relación jerárquica y de subordinación entre los cónyuges donde el marido ordena, y la mujer obedece”. SARMIENTO, Claudia. El tratamiento de la violencia contra

b) Relaciones de Poder- Jerarquía- Subordinación.

El preámbulo de la “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer” señala que “... [l]a violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que **la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre**”.

Éste, es un fenómeno sistémico y estructural, que como hemos sostenido se construye sobre la idea de la superioridad masculina y en la “posesión” que éstos detentan sobre las mujeres con quienes conviven, a los que pueden tratar como deseen y como consideren apropiado. Lo anterior, se explica principalmente en la predominancia económica, social y política del hombre, y el rol de dependencia femenino, relegado al cuidado del hogar.

Los factores que explican las relaciones desequilibradas de poder comprenden: los mecanismos socioeconómicos; la institución de la familia; el temor de la sexualidad femenina y el control que se ejerce sobre ella; la creencia en la superioridad innata del varón; y las sanciones legales y culturales que tradicionalmente niegan a mujeres y niños una condición de independencia legal y social.

La carencia de recursos económicos es una de las principales razones de la vulnerabilidad de las mujeres y una de las grandes dificultades que encuentran para poder librarse de una relación violenta. Formándose un círculo vicioso entre la violencia

las mujeres en el derecho internacional de los derechos humanos: el tránsito hacia la tipificación. Seminario “Violencia contra la mujer y reformas penales”. Santiago, jueves 5 de noviembre de 2009. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. p.4.

y la falta de recursos económicos, que implica dependencia¹⁷. Así, sin conseguir la independencia económica, la mujer no tiene la posibilidad de escapar a los abusos sufridos dentro de la relación.

En ciertos países también puede valer el argumento contrario; es decir, la importancia de las actividades remunerativas y la independencia económica de las mujeres se percibe como una amenaza, lo que lleva a un aumento de la violencia por parte de los hombres.

“El estrecho vínculo entre poder y hegemonía masculina explican la generalización del patriarcado, mientras que la masculinidad se adapta continuamente a las necesidades cambiantes del poder, creando la oportunidad de eliminar algunas formas de violencia y al mismo tiempo la posibilidad de renovarlas o de establecer nuevas formas de violencia”¹⁸.

Así, aunque la violencia contra la mujer se expresa de distintas formas en las diferentes sociedades, lo cierto es que el *“sistema patriarcal representa una convergencia de culturas en que la violencia o la amenaza de violencia se ha utilizado como mecanismo legítimo para aplicar y mantener ese sistema de dominación”¹⁹.*

3.2. El derecho humano de las mujeres a vivir sin ser sometidas a violencia.

Han pasado ya casi dos décadas desde la celebración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos y la adopción de la “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”.

¹⁷ CEPALC (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (1992), ‘Domestic Violence against Women in Latin America and the Caribbean: Proposals for Discussion’, División para el Desarrollo Social, Santiago, Chile.

¹⁸ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2003). Resolución E/CN.4/2004/66. *Op.cit.* p.13.

¹⁹ *Ibíd.*

“Ambos hitos históricos en la agenda de las Naciones Unidas sobre los derechos de la mujer marcan un cambio decisivo en el reconocimiento de la violencia contra la mujer, que antes se consideraba un asunto de la esfera privada, como un problema de derechos humanos de interés público”²⁰.

La importancia del reconocimiento de éste derecho humano de las mujeres radica en que, *“al aplicarse al problema una perspectiva de derechos humanos, se ha sustituido el antiguo enfoque, orientado a la victimización, por otro de empoderamiento, y actualmente se acepta que vivir sin estar sometido a la violencia es un derecho, más que una simple preocupación humanitaria”²¹.*

La comunidad internacional ha reconocido que la violencia contra la mujer es una violación de sus derechos humanos, por lo que debe condenarse, aunque se base en justificaciones culturales o religiosas.

Sin embargo, y pese a la universalidad de estos derechos, *“cada vez más se emplean paradigmas relativistas culturales y políticas de identidad para restringir en particular los derechos de las mujeres. También se utilizan interpretaciones esencialistas de la cultura para justificar la violación de los derechos de la mujer en nombre de la cultura o para condenar categóricamente culturas “de otros” por ser intrínsecamente primitivas y violentas hacia las mujeres”²².*

Todos estas interpretaciones olvidan, lo que venimos afirmando desde un principio, y es que el modelo patriarcal es un legado universal presente en todas las culturas, por lo que la lucha por erradicar la violencia contra la mujer no debe ser encubierta bajo el

²⁰ *Ibidem.* pp. 9 y 10.

²¹ ERTÜRK, Yakin. Discurso pronunciado por la Relatora especial de violencia contra la mujer: “Sus causas y consecuencias”. En la sesión 61 de la Asamblea General de Naciones Unidas (25 de octubre de 2006). [en línea] <<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/EAFBB31D2EA03948C12572280083450B?opendocument>> [consulta: 7 mayo 2010].

²² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2007). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk. Intersecciones entre la cultura y la violencia contra la mujer. Cuarto período de sesiones. Resolución A/HRC/4/34. p. 26.

respeto de la diversidad cultural y religiosa, sino más bien debe tomarse conciencia de las causas universales de ésta que tienen por sobre todo un origen económico como se explicó.

La relatora especial de violencia contra la mujer ha señalado a los nuevos sistemas de "normatividad", que derivan su legitimidad de la cultura y la religión, como el mayor problema para los derechos humanos de la mujer²³.

Cabe agregar entonces, que la supuesta paradoja entre los derechos humanos de la mujer y los derechos de libertad de religión y creencia, no es tal, ya que la "Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer" señala que los Estados no deben "invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla" (artículo 4).

3.3 Violencia de género, violencia doméstica y violencia contra la mujer.

Existe una gran necesidad de reconocer la violencia de género como un problema distinto y de igual gravedad que los restantes tipos de violencia domésticas²⁴. Más aún, cuando en el marco de una sociedad patriarcal, la violencia difícilmente es neutra frente al género.

a) Violencia de género

²³ Véase ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Mecanismos internacionales de protección de los Derechos Humanos. Resolución E/CN.4/2003/75, 2003. párrafo 83. [en línea] <[www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/.../\\$FILE/G0312170.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/.../$FILE/G0312170.doc)>

²⁴ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066 "sobre Violencia Intrafamiliar". Primer Informe de la Comisión de Familia, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, p.47. [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/histley/lfs/hdl-20066/HL20066.pdf>> [consulta: 25 mayo 2010]. En el Primer Informe de Familia, se señala como una de las formas de violencia intrafamiliar más habituales a la violencia de género en el espacio doméstico, junto al maltrato infantil, el maltrato de ancianos y el maltrato a discapacitados. Distinción que finalmente no se vio reflejada en el texto de la ley sobre violencia intrafamiliar.

El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en la Recomendación General N° 19, adoptada en la sesión del once de enero de 1992, definió la violencia basada en el género como “una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”²⁵.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 20 de diciembre de 1993 reconoce a la violencia de género como aquella que *“constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer”*²⁶.

La doctrina, ha conceptualizado la violencia de género como *“(…) el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres y que perpetúa la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino”*²⁷ o *“cualquier acción u omisión intencional que dañe o pueda dañar a una persona porque se desvía de los estereotipos socialmente construidos”*²⁸; incluimos aquí cualquier acto de violencia motivado y que tenga por intención seguir manteniendo roles asignados socialmente a hombres y mujeres de manera rígida y excluyente.

²⁵ FITZPATRICK, Joan. Normas Internacionales y Violencia contra la Mujer. En: Rebecca Cook, Derechos Humanos de la Mujer, Perspectivas Nacionales e Internacionales. Santa Fe de Bogotá, Editorial Profamilia, 1997, p. 532.

²⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución 48/104. 20 de diciembre de 1993. [en línea] <<http://www.un-documents.net/a48r104.htm>>

²⁷ RICO, Nieves. Violencia de Género: Un problema de Derechos Humanos. CEPAL, 1996, p.8.

²⁸ CENTRO REINA SOFÍA para el Estudio de la Violencia. III Informe internacional. Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y legislación. Serie DOCUMENTOS 11. p.13. [en línea] <<http://www.centroreinasofia.es/informes/11Informe.pdf>> [consulta: 7 mayo 2010].

La violencia de género, así comprendida, afecta principalmente a la mujer²⁹, y en un número significativamente menor al hombre, tendiendo a identificarse a la violencia de género con el concepto de violencia contra la mujer.

b) Violencia doméstica y violencia de pareja.

Como se dijo, la mujer se ve afectada por diversas formas de violencia, entre ellas la violencia doméstica, esto es, “[l]a violencia... que ocurre en la casa u hogar”³⁰.

Según, el Informe de las Naciones Unidas, “La Violencia Contra la Mujer en la Familia”, “[n]o existe una explicación sencillas para la violencia contra la mujer en el hogar (...) En el análisis último, es quizá mejor concluir que la violencia contra la esposa es una función de la creencia –promovida en todas las culturas – de que los hombres son superiores y que las mujeres con quienes conviven son sus posesiones o bienes muebles, a los que pueden tratar como deseen y como consideren apropiado”³¹.

De los tipos de violencia doméstica existentes³², sólo la violencia contra la mujer por el hecho de serlo y por no cumplir con los patrones socialmente asignados a su rol es violencia de género. Este tipo de violencia se configura principalmente entre parejas. Así, por “violencia de pareja” se entiende “la forma de violencia de género en la que la mujer es maltratada por su pareja”³³.

La violencia de pareja es la forma de violencia de género y de violencia contra la mujer a la que nos referiremos en el presente trabajo.

²⁹ Afecta también a otros grupos, como, las “minorías” LGBTT.

³⁰ CENTRO REINA SOFÍA para el Estudio de la Violencia. *Op. cit.* p.13.

³¹ COPELON, Rhonda. Terror Intimo: La Violencia Domestica entendida como Tortura. En: Rebecca Cook, Derechos Humanos de la Mujer, Perspectivas Nacionales e Internacionales. Santa Fe de Bogotá, Editorial Profamilia, 1997. p. 114.

³² La violencia domestica abarca la violencia dentro de la pareja, entre padres e hijos o a la inversa, entre otros; es decir, entre todos los miembros de lo que se definirá como relación de familia.

³³ CENTRO REINA SOFÍA para el Estudio de la Violencia. *Op. cit.* p.14.

II. Relaciones de Familia

Según el Diccionario de la Real Lengua Española, familia es el “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” ó el “conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia común”³⁴.

Las Naciones Unidas define, en el mismo sentido, a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”³⁵

Nuestra legislación civil entiende a la familia como un grupo de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea consanguíneo, por matrimonio o adopción que viven juntos por un período indefinido de tiempo³⁶. Siendo la unidad básica social.

Tradicionalmente, se destaca la familia nuclear o conyugal, la cual está integrada por el padre, la madre y los hijos a diferencia de la familia extendida que incluye los abuelos, suegros, tíos, primos, entre otros.

La unión familiar asegura a sus integrantes estabilidad emocional, social y económica. Es allí, donde se aprende tempranamente a dialogar, a escuchar, a conocer y desarrollar sus derechos y deberes como persona humana.

Sin embargo, este tipo de definiciones de familia ha cedido por la contingencia, y nuevas definiciones han surgido, el concepto de familia se ha extendido, ya no sólo se basa en los vínculos consanguíneos, la Ley sobre Violencia Intrafamiliar N° 20.066

³⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea]. 22ª edición. <<http://www.rae.es>> [consultado el 04 de mayo de 2010].

³⁵ Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. Decreto N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Publicado en el D.O. el 29 de abril de 1989.

³⁶ Ver RAMOS Pazos, René. Derecho de Familia. 6ª edición actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 2007. pp.9-11.

considera parte de la familia no sólo al cónyuge, sino también al conviviente o las uniones de hecho³⁷, sin considerar el sexo de la pareja, ampliando su protección, también, a las parejas del mismo sexo.

Así, en su artículo 5º la Ley N° 20.066 señala como constitutivo de violencia intrafamiliar: “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de **quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente**”.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los “**padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar**”.

Considera, entonces, nuestra normativa que se pueden establecer relaciones de familia no sólo con parientes consanguíneos, por afinidad o adopción, independiente si son ascendientes o descendientes, sino con el conviviente y todos los miembros que habiten en el mismo lugar, como allegados y empleados domésticos, incluyendo en la violencia intrafamiliar a la violencia asistencial.

Al analizar los conceptos de violencia manejados por la legislación nacional y determinar la definición de familia, podemos concluir que se han tendido a confundir e incluir dentro del concepto de violencia intrafamiliar, los conceptos violencia doméstica, de violencia de género y de violencia asistencial.

Esta equiparación conduce a un reduccionismo extremo, necesariamente negativo al enmascarar la realidad de un maltrato que victimiza a la mujer por el sólo hecho de serlo. En circunstancias que violencia de género y violencia doméstica no son lo

³⁷ Artículo 5, Ley N° 20.066.

mismo, pues la primera apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia.

Esa confusión de etiquetas, a veces interesada, entre violencia de género y violencia doméstica, ha contribuido a perpetuar la resistencia social a reconocer el maltrato a la mujer como una forma más de violencia, que no es circunstancial ni neutra sino instrumental y útil en aras de mantener un determinado orden de valores estructuralmente discriminatorio para la mujer.

Determinado ello, queremos dejar en evidencia que para estos efectos, sólo consideraremos la violencia intrafamiliar producida en el seno de las relaciones de pareja, por tal tomaremos como ofensor a quien tenga la calidad de pareja, actual o pasado, independiente de si entre ellos medie convivencia o hijos en común, a pesar de que estos últimos, no han sido contemplados, como ofensores, ni por el legislador, ni por nuestros tribunales.

III. Perspectiva de Género.

La perspectiva es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como: *“punto de vista desde el cual se considera o se analiza un asunto”*³⁸.

Según una definición de la profesora Juana Camargo, la perspectiva de género *“establece una teoría social que trata de explicar las características, relaciones y comportamientos sociales de hombres y mujeres en sociedad, su origen y su evolución, destacando la existencia real del género femenino y masculino, sin dominio de uno sobre el otro, sin jerarquías y sin desigualdades”*³⁹.

³⁸ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea]. 22ª edición. <<http://www.rae.es>> [consultado el 30 de mayo de 2010].

³⁹ CAMARGO, Juana. Género e Investigación Social. Curso de Formación en Género. En: STAFF Wilson, Mariblanca. La perspectiva de género desde el Derecho. Módulo 2. Instituto de la Mujer de la Universidad de Panamá/ UNICEF. Editorial Sibauste, Primera edición, 1999. p.29.

La perspectiva de género –en tanto aproximación analítica que permite identificar las diferencias que se construyen culturalmente sobre la base de los sexos y que determinan posiciones, identidades y funciones en nuestras sociedades– constituye una herramienta que “da piso” a los avances en materia de derechos humanos, en tanto explica y da contexto a la discriminación en las distintas sociedades y, dentro de ellas, en los diferentes órdenes sociales que la componen. Desde el análisis de género, se fuerza el marco de los derechos humanos, tanto en el campo de la consagración de derechos como en la aplicación del principio de no discriminación sobre la base sexo/género. En efecto, la discriminación constituye una categoría jurídica que cobra su potencial en la medida en que se inscribe dentro de un análisis más amplio, esto es, dentro del contexto de los sistemas de género particular en que vive una comunidad determinada. Es ésta dimensión política de la teoría de género la que posibilita hacer de los derechos humanos de las mujeres una herramienta para la transformación de sus realidades, sin fijar los logros en la mera conquista de los mismos⁴⁰.

Así, “*la perspectiva de género, es una herramienta o mecanismo de análisis, que busca explicar el fenómeno de la desigualdad y de la inequidad entre hombres y mujeres. Consiste en el enfoque de las cosas, situaciones o problemas, tomando en consideración la diversidad en los modos en que se presentan las relaciones de género en la sociedad, pero entendiendo a la vez la identidad de género, tanto de hombres como mujeres*”⁴¹.

Considerando éste enfoque, entonces, es como se hace el análisis del presente estudio, el que pretende descubrir los criterios usados por nuestros tribunales en relación el delito de lesiones y la violencia de género.

[en línea]: <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_21a.htm>. [consulta: 7 diciembre de 2010].

⁴⁰ ARTICULACIÓN REGIONAL FEMINISTA. Análisis y Contribución Feminista a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Corporación Promoción de la Mujer. Bolivia, 2005. p. 13.

⁴¹ STAFF Wilson, Mariblanca. La perspectiva de género desde el Derecho. [en línea]: <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_21a.htm>. [consulta: 7 diciembre de 2010].

Capítulo II. Análisis de la regulación aplicable al delito de lesiones producido en contexto de violencia intrafamiliar.

El presente capítulo señala la regulación aplicable al delito de lesiones causado por actos de violencia intrafamiliar. Como ya se señaló en el capítulo anterior, nos referiremos especialmente a un tipo de violencia intrafamiliar, esto es la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja.

Para dar cuenta de la normativa aplicable al delito de lesiones en un contexto de violencia intrafamiliar y analizarla, se explican los orígenes de la regulación de la violencia intrafamiliar y su actual situación, tanto a nivel sustancial como procesal, ya que es ésta regulación la que ha marcado una diferencia entre la regulación de otro tipo de delitos de lesiones y los que aquí nos interesan.

I. Historia de la regulación de las lesiones en el contexto de Violencia Intrafamiliar.

A continuación se señala la normativa aplicable al delito de lesiones producidas en el contexto de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja antes de que entrara en vigencia nuestra actual Ley N° 20.066 “sobre Violencia Intrafamiliar”.

Para ello se distinguen dos momentos, la situación previa a la dictación de la Ley N° 19.325 que “establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar”⁴² y el escenario posterior a su dictación y previo a la Ley N° 20.066.

1. Regulación de las lesiones en contexto de violencia intrafamiliar previa a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.325

⁴² Publicada en el D.O. el 27 de agosto de 1994.

Antes de que se dictara la Ley N° 19.325, no existía un tratamiento específico de la violencia intrafamiliar, así, las lesiones que se cometían en este contexto, se sometían a la regulación general establecida en el Código Penal, esto es, el párrafo tercero del Título VIII del Libro II del Código Penal.

La doctrina ha clasificado estas lesiones en mutilaciones; dentro de las que se incluyen la castración (artículo 395) y cualquier otra mutilación (artículo 396); y lesiones propiamente tales, las que se dividen en lesiones graves, las que a su vez se subdividen en lesiones grave gravísimas (artículo 397 inciso 1º) y simplemente graves (artículo 397 inciso 2º); lesiones menos graves (artículo 399) y lesiones leves (artículo 494 numeral 5º)⁴³. Por ser las lesiones menos graves el tipo penal general, ya que mediante ellas se sanciona cualquier otra lesión no incluidas en los demás tipos, esta era la figura más común aplicada a los actos de violencia intrafamiliar⁴⁴.

*“Como consecuencia de todo lo anterior, **se sancionaba con la misma pena y a través del mismo procedimiento, al agresor sin importar si se trataba de un tercero ajeno afectivamente a la víctima o si se trataba de un familiar. La única diferencia que se podía observar era que el código penal establecía una agravante especial en el artículo 400***⁴⁵ *consistente en que si los hechos a que se referían los artículos 395 a 399 se ejecutaban contra el padre, la madre o el hijo, ya fueran legítimos o ilegítimos, o contra cualquier otro ascendiente o descendiente legítimo o contra el cónyuge se debía aumentar la pena aplicable en un grado*”⁴⁶.

Además, la pena se podía ver aumentada si se aplicaba la agravante del artículo 12 N° 6 del Código Penal, esto es, el abuso de superioridad de sexo o fuerza.

⁴³ Ver BUSTOS, Juan., GRISOLÍA, Francisco., POLITOFF, Sergio. Derecho Penal Chileno. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

⁴⁴ BUNGER, Rebolledo Cesar. La ley de violencia intrafamiliar y su reforma. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2006. p.30.

⁴⁵ Énfasis agregado.

⁴⁶ BUNGER, Rebolledo Cesar. *Op. cit.* p. 31.

En cuanto al procedimiento aplicable, los crímenes y simples delitos, esto es, las lesiones comprendidas en los artículos 395 a 399 del Código Penal, eran de competencia del juez del crimen del lugar en que se cometía el ilícito, quien las conocía a través de juicio ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública. Mientras que las faltas a que se refería el artículo 494 N° 5 del mismo código, en general, eran conocidas por el Juez de Policía Local, según el procedimiento establecido en la ley 18.217.

2. Regulación del delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.325

Esta ley vino a cambiar la situación previamente explicada, visibilizando el problema de la violencia intrafamiliar, la que sancionó como una conducta ilícita y que reconoció como un conflicto social.

“La dictación de la ley N° 19.325, en 1994, representó un avance fundamental en la erradicación de la violencia ejercida al interior de las familias. Expresó la reprobación explícita del Estado a estos actos y el reconocimiento de su ilegitimidad como forma de resolver conflictos al interior de la familia. Otorgó, bajo una nueva concepción, facultades para adoptar medidas de protección, tanto personales como patrimoniales. Los estudios acerca de la aplicación de esa ley permitieron constatar que, luego de la denuncia, las agresiones no volvieron a producirse en un 47 por ciento de los casos y que disminuyeron su frecuencia en el 25 por ciento de ellos”.⁴⁷

Respecto del tratamiento del delito de lesiones contemplado en este cuerpo legal podemos señalar que, para las lesiones leves o faltas del artículo 494 numeral 5° del Código Penal, existía una disposición especial, el artículo 1° inciso 2° de la Ley N°

⁴⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op.cit.* Dichos de Doña Cecilia Pérez (Ministra del Servicio Nacional de la Mujer) durante la discusión en Sala de la Cámara de Diputados, Legislatura 349. Sesión 11. Fecha 01 de Julio, 2003. pp. 127 – 128.

19.325, el que establecía: “*Se comprende dentro de estos actos [de violencia intrafamiliar] y se regirán por las normas de esta ley, las faltas contenidas en los números 4 y 5 del artículo 494 del Código Penal, si se reúne cualquiera de los elementos señalados en el inciso precedente*”. Así, **esta falta no se sujetaba al proceso penal si se producía entre sujetos acerca de los cuáles concurría la relación de parentesco establecida en el artículo 1 de la ley, sino que se le aplicaban las sanciones y el procedimiento establecido en la misma ley, siendo competencia del juez civil.**

Los demás delitos de lesiones se sancionaban según las normas establecidas en el Código Penal, seguían un juicio ordinario por crimen o simple delito y eran de competencia del juez del crimen, según lo dispuesto en el artículo 7 de la ley, que obligaba al juez civil a remitir de inmediato el proceso si los actos de violencia intrafamiliar eran constitutivos de delitos. Esta norma fue adecuada con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, estableciéndose que los antecedentes serían enviados de inmediato al Ministerio Público para que iniciará la investigación correspondiente y en caso de que se reunieran los requisitos constitutivos de la violencia intrafamiliar **el Juez de Garantía podía dictar alguna de las cautelares establecidas en el artículo 3 letra h de la Ley 19.325.**

II. Normativa actual aplicable a las lesiones en el contexto de violencia intrafamiliar.

En esta sección se trata la regulación aplicable a las lesiones tanto a nivel sustantivo, como procesal, para ello se analizan la aplicación de la Ley N° 20.066, del Código Penal, de la Ley N°19.968 que “Crea los tribunales de familia”⁴⁸ y sus modificaciones⁴⁹ y disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal y de la ley

⁴⁸ Publicada en el D.O. el 30 de agosto de 2004.

⁴⁹ Ley N° 20.286 que modifica la Ley N° 19.968.

18.216 “sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”⁵⁰ a este ilícito.

I. Regulación sustantiva del delito de lesiones en el contexto de Violencia Intrafamiliar.

1. Origen de la Ley Nº 20.066 y su relación con la Ley Nº 19.325.

La Ley Nº 20.066 vino a tratar de salvar una serie de problemas que la Ley Nº 19.325 dejó ver en el transcurso de su aplicación.

La **Ley Nº 19.325** representa “una especie de esfuerzo “terapéutico”, cimentado bajo la premisa de la **búsqueda de la reconciliación**⁵¹ y la reparación de los vínculos familiares afectados por la violencia a través de la intervención judicial, que no cuestionó los elementos ideológicos y las relaciones desiguales que subyacen a la violencia en el espacio íntimo”⁵².

La idea de que debía primar la reconciliación significó que **más del 75% de los casos de violencia intrafamiliar terminara mediante una conciliación judicial** propiciada por los mismos operadores del sistema, sin que se consideraran las relaciones de poder existentes entre ofensor y víctima que impedían una negociación en igualdad de partes, ni el riesgo a la integridad física y psíquica de quien denunciaba⁵³.

⁵⁰ Publicada en el D.O. el 14 de mayo de 1983.

⁵¹ Énfasis agregado.

⁵² CASAS Becerra, Lidia. Ley Nº 20.066 sobre violencia intrafamiliar: ¿un cambio de paradigma?. Anuario de Derechos Humanos. Nº 2: p.198. 2006.

⁵³ *Ibíd.* p.198.

La Ley N° 20.066 tiene su origen en la moción de las Diputadas señoras María Antonieta Saa y Adriana Muñoz de 07 de abril de 1999, que “Introduce modificaciones a la Ley N° 19.325 que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar” (Boletín N° 2318-18), promoviéndose sobre la base de la identificación de las ventajas y desventajas, aciertos, vacíos y problemas de la Ley N° 19.325.

Luego, el 30 de agosto de 2001, el ejecutivo introdujo indicación sustitutiva al proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.325, proponiendo establecer un nuevo texto normativo y no modificar el existente, la indicación fue aprobada en atención a que contenía los aspectos fundamentales de la moción parlamentaria. Así, sobre la base de esta indicación sustitutiva se comenzó en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados la discusión de la nueva Ley sobre Violencia Intrafamiliar.

Más tarde, el Ejecutivo formularía indicación supresiva para eliminar todas las normas de carácter procesal contenidas en su propuesta original, en atención a que iguales normas se contenían en el entonces proyecto de Ley para crear los Tribunales de Familia, el cuál estaba tramitándose en paralelo en las Comisiones unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Familia. Esta indicación también fue aprobada.

La Ley N° 20.066 tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma, así lo dispone su artículo primero. Para ello la nueva ley, reconoció protección a las situaciones de riesgo inminente, aumento las penas, creó un nuevo delito, estableció medidas cautelares y accesorias especiales para los procedimientos por violencia intrafamiliar, prohibió los acuerdos reparatorios en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar y dejó a salvo la posibilidad de aplicar la suspensión condicional del procedimiento, para lo cual el juez de garantía debe aplicar las medidas accesorias contempladas en la ley.

A pesar, de estos avances la nueva Ley N° 20.066, al igual que su predecesora, la Ley N° 19.325, no distingue la violencia de género de la violencia intrafamiliar,

circunscribiendo la violencia contra la mujer al ámbito doméstico, manteniendo oculta las relaciones de poder subyacentes e invisibilizando a las víctimas del maltrato.

2. Concepto de violencia intrafamiliar de la Ley N°20.066.

La Ley N° 20.066, define la violencia intrafamiliar en su artículo 5°, señalando que:

“Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

Así, la violencia intrafamiliar sólo requiere un “*maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica*” y que entre víctima y ofensor medie alguna de las relaciones que menciona el citado el artículo. Siendo este último elemento el que da el carácter de intrafamiliar a la violencia⁵⁴.

Así, el concepto legal de la violencia intrafamiliar no requiere violencia sistemática, ni habitualidad, ni un contexto de intimidación, ni superioridad, ni elementos semejantes.

⁵⁴ En el mismo sentido ver VAN WEEZEL, Alex. La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal 2007. Santiago, Chile. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. N° 4. Octubre 2008. También ver apartado “**Definición de Violencia Intrafamiliar**”, Capítulo III, de este mismo trabajo.

Nos parece que una definición de violencia intrafamiliar que se enfoque en las víctimas de esta violencia es correcta, en la medida que ayuda a visibilizar la violencia contra la mujer, ya que aunque es cierto que, nuestro sistema no distingue entre violencia doméstica y violencia de género, también lo es, que una de las principales víctimas de la violencia intrafamiliar es la mujer.

En el caso de las lesiones y producto de las modificaciones hechas al Código Penal, este concepto de violencia intrafamiliar ha hecho notar la distinción, entre lesionar a un tercero cualquiera y a alguien con quién se mantiene un vínculo afectivo o de parentesco.

3. Estructura de la Ley N° 20.066: Violencia intrafamiliar constitutiva de delito y Normas aplicables al delito de lesiones.

Respecto de las normas aplicables a las lesiones, la Ley N° 20.006, “Sobre Violencia Intrafamiliar”, regula en su **párrafo III la “Violencia intrafamiliar constitutiva de delito”**. Este párrafo comprende ocho artículos, **todos los cuáles a nuestro entender son aplicables al delito de lesiones producidas en un contexto de violencia intrafamiliar**⁵⁵, cuestión que se entiende al interpretar la norma de acuerdo al espíritu de la misma y de acuerdo al elemento sistemático y lógico, como quedará claro en las siguientes páginas.

El párrafo III está estructurado en ocho artículos, los que analizados de acuerdo a su espíritu y coherencia confirman la afirmación anterior.

⁵⁵ Es importante tener presente que el párrafo III de la Ley N° 20.066 es aplicable a todo delito que se produzca en un contexto de violencia intrafamiliar y no sólo al delito de maltrato habitual, ya que sobre la base de esta afirmación es que se hace el análisis jurisprudencial en que se centra el presente estudio.

El párrafo comienza en el **artículo 13** que establece que en las investigaciones y procedimientos de violencia intrafamiliar se aplicarán las disposiciones especiales del párrafo en análisis. Le sigue, el **artículo 14** que tipifica el delito de maltrato habitual, considerado como una de las principales novedades de esta ley y objeto de gran debate durante la tramitación de la misma.

Desde las primeras discusiones en la Cámara, el proyecto siempre presentó problemas respecto de la tipificación de este delito, en especial, respecto de que no fijaba claramente el límite entre los delitos de lesiones establecidos en el Código Penal y la violencia intrafamiliar⁵⁶.

El temor entonces, era que esta falta de claridad trajera como consecuencia que en casos en que se ocasionara un delito de mayor penalidad sólo se sancionara por maltrato habitual. Esta preocupación trajo como consecuencia que el maltrato habitual quedará como una figura residual frente a ilícitos cuya penalidad fuera mayor. De ahí la redacción del artículo 14 de la ley, que dispone que se sancionará por maltrato habitual la violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5 ***“salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a este”***.

A partir de lo dicho, se quiere dejar claro, que lo dispuesto en esta norma **en ningún caso obedece a una intención del legislador de excluir a otros delitos que se produzcan en contexto de violencia intrafamiliar de las normas especiales aplicables a estos actos, sino que la disposición sólo específica que al sancionar la violencia física, se debe guardar cierta coherencia con la pena aplicada al delito de lesiones**⁵⁷. El legislador creyó que esta era la manera correcta de solucionar el problema de límites entre ambos delitos; al tener el delito de maltrato habitual una

⁵⁶ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Opinión del diputado Bustos, Discusión en Sala, Cámara de Diputados, Legislatura 349. Sesión 12, Fecha 02 de Julio, 2003. p.138.

⁵⁷ Ver BLIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. Opinión del profesor Acosta. Informe de la Comisión Mixta Senado-Cámara de Diputados. Legislatura 353. Cuenta en Sesión 39, Fecha 04 de Septiembre, 2005. p.455. [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/histley/lfs/hdl-20066/HL20066.pdf>> [consulta: 25 mayo 2010].

pena más baja que las lesiones de mayor gravedad tipificadas en los artículos 395 a 398 del Código Penal, se hacía necesaria esta indicación. No así, en el caso de las lesiones menos graves, sancionadas en el artículo 399 del mismo cuerpo normativo, para las cuales se prescribe igual pena que para el delito de maltrato habitual.

Si la intención del legislador es cuidarse de no rebajar la pena en situaciones en que existan lesiones y que estas se den en un contexto intrafamiliar, en ningún caso su intención puede ser desconocer este contexto. Carece de lógica pensar que se cree una figura que tipifique un delito que se da entre miembros de la familia, junto con normas especiales para este tipo de actos, pero que a su vez se deje fuera de estas normas especiales a todo otro ilícito producido en este mismo contexto, más aún considerando que se trata de injustos de mayor gravedad, como es el caso de las lesiones.

A esta misma conclusión arribamos al observar las normas del Código Penal; si el legislador estableció una nueva norma para la valoración de la pena en el artículo 400⁵⁸ y una prohibición en el artículo 494 numeral 5⁵⁹, es porque se reconoce que no es lo mismo una lesión producida por un tercero ajeno que una lesión producida por un miembro de la familia.

Una postura distinta, la encontramos en Lidia Casas Becerra, la que señala que finalmente esta será una interpretación que deberán hacer nuestros tribunales, así opina que: *“es posible que las situaciones de violencia entren directamente al sistema por lesiones en el marco de violencia intrafamiliar. En este caso, las lesiones siguen un régimen común y pueden ser objeto de acuerdos reparatorios entre víctima e imputado.*

⁵⁸ Artículo 400. Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1° del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado (modificado como aparece por el artículo 21 de la Ley N° 20.066).

⁵⁹ Art. 494. Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: 5° El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho. En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar (modificado como aparece por el artículo 21 de la Ley N° 20.066).

Esta situación pudiera variar si el Ministerio Público promoviera una política criminal concordante con los principios que orientan el nuevo tratamiento de la violencia intrafamiliar y no permitiera esta salida. Ello podría plantear problemas del establecimiento de un tratamiento desigual para similares situaciones. Nuevamente, esta será una cuestión que se dilucidará a través de los estándares y la interpretación que los operadores le den a esta normativa”⁶⁰.

La discusión expuesta no es baladí, pues se traduce en la aplicación de las normas especiales del párrafo III de la Ley N° 20.066 a los delitos de lesiones producidos en un contexto de violencia intrafamiliar⁶¹, lo que significa que el juez a la hora de sancionar estos ilícitos deberá aplicar las medidas cautelares del artículo 15, las medidas accesorias del artículo 16, que podrá decretar la suspensión condicional del procedimiento bajo la condición del artículo 17⁶², aplicar las sanciones del artículo 10 en caso de incumplirse las medidas de los artículos 15, 16 o 17 según lo dispuesto en el artículo 18, que no procederán los acuerdos reparatorios regulados en el artículo 241 del Código Procesal Penal, como señala el artículo 19 y que el Servicio Nacional de la Mujer podría asumir la representación judicial de las víctimas en los términos del artículo 20. Disposiciones que serán explicadas con mayor detalle en lo relativo al procedimiento aplicable al delito de lesiones constitutivas de actos de violencia intrafamiliar, por ser estas normas de carácter procesal.

Finalmente y a modo de conclusión, queremos volver a recalcar que, según el espíritu de la ley sobre violencia intrafamiliar, su lógica y coherencia con el sistema normativo, **la importancia de que las lesiones producidas en un contexto de violencia intrafamiliar tengan un tratamiento especial es que, los operadores del sistema les den el trato especial que ameritan, lo que en parte se traduce en la aplicación de las normas especiales señaladas.**

⁶⁰ CASAS Becerra, Lidia. *Op. cit.* p.201.

⁶¹ Definido por el artículo 5 de la Ley.

⁶² Para decretar la suspensión del procedimiento el juez de garantía debe aplicar una o más de las medidas accesorias del artículo 9.

3.1 Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.066 al Código Penal.

La Ley N° 20.066, además, introdujo modificaciones a los **artículos 400 y 494 N° 5** del Código Penal.

El primero de ellos lo modificó en los siguientes términos:

Se reemplazó la referencia al artículo 390 del Código Penal, por una remisión al artículo 5 de la Ley N° 20.066, esta modificación tiene por finalidad dar coherencia a la legislación, agravando el delito de lesiones en relación a las personas objeto de la violencia intrafamiliar. “Es decir, en este artículo -que establece una circunstancia calificante para todas las formas de lesiones, aumentando la pena en un grado-, no hay una alteración sustancial, sino sólo en cuanto a las personas amparadas por la norma”⁶³.

Durante la tramitación de la ley se discutió dejar en claro que la pena de multa no es aplicable a estos delitos, cuestión que finalmente no quedó explícita en la ley, por estimar los parlamentarios que agravándose la pena en un grado, la pena de multa ya no sería procedente⁶⁴.

La **modificación al artículo 494 N° 5** consiste en que, cuando las lesiones corporales sean provocadas a una de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley N° 20.066, no podrán ser, bajo ninguna circunstancia, calificadas como leves y, por lo mismo, nunca darán lugar a una falta, sino que necesariamente, al delito de lesiones menos graves del artículo 399 del Código Penal.

⁶³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Informe de la Comisión Mixta Senado-Cámara de Diputados. Legislatura 353. Cuenta en Sesión 39, fecha 04 de septiembre, 2005. p.456.

⁶⁴ Si se considera que el artículo 400 no puede aplicarse en los casos en que el juez estima que existe un delito de lesiones que podría haberse calificado de leve, pero que por la prohibición del artículo 494 N° 5, debió calificar como menos grave, siendo la pena aplicable en tal caso la del artículo 399, entonces, la posibilidad de sancionar estos ilícitos con una multa quedó abierta y a criterio del juez.

Esta modificación establece una prohibición **en razón de las personas afectadas, independiente del daño físico⁶⁵ que la lesión misma provoque**, por este motivo esta norma no puede aplicarse en conjunto con la agravante del artículo 400 del Código Penal.

La indicación sustitutiva del ejecutivo, al definir la violencia intrafamiliar disponía que cuando los hechos “*constitutivos de actos de violencia intrafamiliar importen la comisión de algunas de las faltas contempladas en el artículo 494 del Código Penal, se aplicarán las sanciones contempladas en la presente ley*”⁶⁶. Si los hechos eran constitutivos de delito, el juez de familia debía remitir los antecedentes al Ministerio Público.

Durante la tramitación de la ley la Corte Suprema hizo notar que esta redacción incurría en cierta inexactitud, pues, no dejaba claro quién sería el tribunal competente para conocer de las faltas.

Considerando lo anterior el ejecutivo introdujo nuevas indicaciones, para crear un nuevo artículo 494 ter en el Código Penal, el que tenía no por objeto tipificar una conducta nueva, sino que entregar las lesiones leves y las amenazas al sistema penal⁶⁷.

Finalmente, se estimó inconveniente agregar este artículo, a cambio de ello se modificó el artículo 494 del Código Penal, agregándose a continuación del numeral quinto, norma que impide que las lesiones sean calificadas como leves, cuando la víctima es una de las personas mencionadas en el artículo 5º de la nueva Ley sobre Violencia Intrafamiliar.

⁶⁵ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Informe de la comisión mixta. p.456.

⁶⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Trámite Constitucional. Indicación del Ejecutivo, pp.19-34.

⁶⁷ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Explicación del asesor del Servicio Nacional de la Mujer, señor Marco Rendón. Segundo Informe Comisión de Constitución. Senado. Legislatura 352, Cuenta en Sesión 52. Fecha 11 de Mayo, 2005. p.296.

Esta modificación quedó plasmada en el artículo 21 de la Ley N° 20.066 y como se señaló, impide calificar las lesiones en un contexto de violencia intrafamiliar como leves, manteniéndose estas en la figura base de menos graves, quedando el conocimiento de las mismas entregado a los tribunales penales.

Ambas modificaciones, recogen la demanda feminista en cuanto penalizan⁶⁸ y aumentan las penas aplicables a la violencia contra la mujer, en este caso de carácter física, reconociéndola como un delito que merece un mayor reproche.

Este aumento punitivo, que también existe en otras legislaciones, como la española, ha sido objeto de debate en cuanto a su conveniencia político criminal.

Se critica el fundamento de la norma, partiendo del supuesto de que la mayor penalización se explica por el mayor desvalor de los actos cometidos en un contexto de violencia intrafamiliar, por la relación de confianza que existe entre ofensor y víctima; se cree dudoso que sea correcto sancionar como delito, un hecho, que el juez antes de la modificación podría haber sancionado como falta, sin que exista una relación de maltrato permanente. Se señala, que en estos casos la sanción sería desproporcionada y que sólo se basaría en el riesgo futuro⁶⁹.

⁶⁸ El artículo 494 N° 5 sustrae las lesiones falta de la jurisdicción del Tribunal de Familia y las entrega a la justicia penal.

⁶⁹ “La cuestión que merece consideración es la siguiente: ¿puede la percepción social de la insuficiente protección de las víctimas de violencia doméstica legitimar el cambio de paradigma en este ámbito? Esto es: ¿pasar de castigar como delito lo que antes era falta cuando la víctima es persona especialmente protegida? Frente a un primer manotazo o empujón la demanda de mayor protección sólo se explica si se conecta con el fenómeno de la violencia doméstica en su globalidad. Un bofetón se valorará así como inicio de una posible escalada de violencia, como riesgo futuro de una situación de malos tratos habituales e incluso de homicidio. Agravar la pena como respuesta a ese primer bofetón implica que una parte de la misma en realidad responde a la peligrosidad criminal futura”, por consiguiente no estamos frente a una pena, sino frente a una medida de seguridad. (BOLEA Bardon, Carolina. En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género [en línea]. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Marzo 2007. N° 09-02. p.02:20. <<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf> > [consulta: 04 de mayo de 2010].

Se considera que esta solución es excesivamente punitivista y que no indaga en las causas de la violencia de género⁷⁰; no es idónea para dar solución al problema y sólo judicializa un problema social, poniendo al juez penal como la primera solución.

Asimismo, *“hay que tener en cuenta que un exceso de proteccionismo puede fomentar actitudes contrarias al reconocimiento de la mujer como ser autónomo y responsable, pudiendo incluso atentar contra la dignidad de la mujer, que se ve cuestionada cuando se le presume una especial vulnerabilidad en el marco de las relaciones de pareja”^{71 72}.*

Por lo demás, si bien, en la mayoría de los casos, la mujer estará en una situación vulnerable frente a su pareja, *“la eliminación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres no puede erigirse en bien jurídico-penal”⁷³*, el componente “machista”, se halla en la base de la sociedad y no puede suponerse en el ofensor, puesto que atentaría contra su presunción de inocencia.

En contra de estas críticas podemos señalar, que una respuesta punitiva mayor se hace necesaria, en la medida que la violencia de género es un fenómeno que existe y

⁷⁰ “Cuando se trata de indagar sobre las causas de la violencia de género normalmente se distinguen las de carácter social, que responden a unos determinados patrones culturales, de las psico-individuales. Entre las primeras se apuntan: la desigualdad de sexos, derivada de la vieja y desigual distribución del poder entre hombres y mujeres en la sociedad, las relaciones de sumisión y dependencia de la mujer respecto al hombre (hombre encargado de cumplir el rol de proteger a la mujer y ésta el de obedecerlo), la tolerancia de la violencia masculina por parte de la sociedad e incluso por parte de la mujer. Entre las causas individuales de este fenómeno se alude con frecuencia al consumo de alcohol y drogas, situaciones de estrés, frustraciones y sentimientos de inferioridad, impotencia, celos, desempleo, etc. También se mencionan las situaciones de violencia vividas en la infancia en las que el mejor argumento es la violencia (reproducción de patrones interiorizados). No obstante, el fenómeno es suficientemente complejo para no caer en estereotipos. Ninguno de los factores mencionados explica por sí solo la conducta violenta”. (BOLEA Bardon, Carolina. *Op. cit.* p.02:21.)

⁷¹ BOLEA Bardon, Carolina. *op.cit.* p.02:22.

⁷² Esta presunción no existe en la legislación chilena, la que ni si quiera trata en forma separada los fenómenos de violencia doméstica y de género, pero la crítica se hace aplicable, en la medida que en los casos en que la víctima de una lesión sea una mujer agredida por su pareja, esta no podrá calificarse como falta.

⁷³ *Ibíd.* p.02:24.

cuya especificidad debe ser reconocida a la hora de penalizar estas conductas⁷⁴. Es más, debería avanzarse en la distinción de los diferentes conceptos de violencia.

En palabras de un autor español, *“Estamos ante... un modo autónomo de un comportamiento con las dosis de gravedad y de propiedades materiales de la conducta y sus efectos que sólo se presenta en las violencias del hombre sobre la mujer en la pareja y no de la mujer sobre el hombre. Los daños que sobre la salud y libertad de la mujer se producen en el contexto del síndrome de la mujer maltratada por vía de lesiones, amenazas y coacciones son más graves que cualquiera otras lesiones, amenazas y coacciones interpersonales comunes de mujeres sobre hombres dentro de la pareja, o de hombres sobre mujeres con quienes no tengan ni hayan tenido la relación de pareja”*⁷⁵.

Además, la mayor sanción produce un efecto simbólico, al reconocerse la gravedad de conductas que antes eran socialmente aceptadas.

Por otra parte, el uso del derecho penal, para solucionar la violencia de género, no es contradictorio con el principio de *“ultima ratio”*, ya que, se está usando el último mecanismo que nuestro ordenamiento jurídico entrega, luego de que todos los demás han fallado, lo cierto, es que *“el régimen legal no ha impedido que las mujeres sean víctimas de ataques a su integridad personal o a su vida”*⁷⁶. El derecho penal, en este sentido, es un mecanismo que, también, debe estar al servicio de las víctimas de la violencia intrafamiliar.

⁷⁴ Parte de la especificidad de este fenómeno es que las denuncias no se harán, sino luego de repetidos episodios de violencia y no por temor al riesgo futuro; lo que implica, que la prohibición de sancionar la conducta como falta, no es una medida de seguridad.

⁷⁵ ARROYO Zapatero, Luis. La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español. [en línea]. Disponible en internet en: <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/violenciadgenero.pdf> [consulta: 04 mayo de 2010].

⁷⁶ Simposio Violencia contra las mujeres en el espacio doméstico y la tutela del Estado: desafíos y limitaciones de la respuesta punitiva. Anuario de Derechos Humanos 2009. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.61. [en línea] <http://www.cd.h.uchile.cl/anuario05/4_Simposio/Simposio.pdf> [consulta: 25 mayo 2010].

Si bien, normas como las cuestionadas, pueden profundizar el estereotipo de debilidad femenina, este efecto disminuye, al considerar que la protección especial que se otorga a las mujeres es un derecho humano de este grupo, como se explico en el primer capítulo.

- **Sistematización del delito de lesiones y aplicación de los nuevos artículos 400 y 494 N°5 del Código Penal.**

Otro debate ha surgido en torno a la modificación del artículo 400 y el artículo 494 N°5 del Código Penal, respecto de de cómo eventualmente su reforma podría haber alterado la sistematización del delito de lesiones y de si corresponde la aplicación conjunta de estas normas.

Para Alex van Weezel, la oración final agregada al artículo 494 N°5 del Código Penal por la Ley N°20.066, produjo una alteración de la sistemática de lesiones⁷⁷. Esto por cuanto, la modificación de la norma *“implica en parte una centralización, en manos del legislador, de una valoración que anteriormente (...) se hallaba descentralizada en manos de los jueces. El efecto consiste en que el contexto intrafamiliar –determinado por las relaciones expresadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar– es valorado directamente por el legislador como elemento que funda por sí solo un injusto mayor que el de las lesiones leves. Esta definición legislativa da origen a dos clases fundamentales de lesiones menos graves:*

(i) las lesiones menos graves que son calificadas como tales en razón de una valoración judicial, con independencia de que se verifiquen en un contexto intrafamiliar, y

(ii) las lesiones menos graves que la ley define como tales únicamente en razón del contexto intrafamiliar”⁷⁸(énfasis agregado).

⁷⁷ Ver VAN WEEZEL, Alex. *Op. cit.*

⁷⁸ VAN WEEZEL, Alex. *Op. cit.* p.12.

El mismo autor considera que la introducción de esta frase, constituye lo que él denomina un elemento emergente y negativo del tipo, al relacionarlo con la nueva redacción del artículo 400 del Código Penal, en este sentido señala:

“la concurrencia de los presupuestos fácticos de un contexto intrafamiliar es un elemento “emergente” –introduce un dispositivo de corrección del resultado de la valoración judicial, que opera sólo en caso de necesidad– y negativo del tipo de lesiones leves”⁷⁹.

Explica este jurista, que el elemento es emergente y negativo por cuanto sólo actúa como correctivo de la valoración judicial, ya que el existir este elemento, el juez no podrá calificar a las lesiones como leves, sino que serán menos grave, pero esto no significa que el juez este obligado a basar su valoración respecto de la tipificación de la lesión en este elemento, si el mismo concurre. El juez no sólo establece la existencia de una lesión menos grave, porque concurre este elemento emergente negativo (“el presupuesto fáctico de un contexto intrafamiliar”), sino que puede llegar a establecer la lesión menos grave de acuerdo a los criterios generales establecidos para ello. **Sólo a este último tipo de lesión menos grave, en que el contexto intrafamiliar no influyó en su tipificación, se aplicará la norma del artículo 400.**

Valoramos positivamente la distinción hecha por este autor, por cuanto rescata el hecho de que es el juez, de acuerdo a criterios jurídicos, quién debe establecer el tipo de lesión de que se trata y no tan sólo el informe médico. Así, una lesión es menos grave independiente de si clínicamente se la considera leve, de acuerdo a la valoración hecha por el juez. Si para hacer la calificación el juez considera el hecho de que la lesión sea cometida en contra de las personas mencionadas en el artículo 5 de la Ley N° 20.066, entonces no aplicará la norma del artículo 400, pero, si por el contrario, llegase a la conclusión de que se trata de una lesión menos grave, independiente del “contexto intrafamiliar”, aplicará la norma, considerando el parte médico, sólo como un antecedente más en su valoración.

⁷⁹ *Ibíd.* p.14.

Además, desde un punto de vista político criminal, produciría un incentivo perverso la aplicación conjunta de ambas normas, cuando ya se ha considerado el contexto intrafamiliar en la tipificación del delito, puesto que, no importaría si el juez consideró o no este elemento para tipificar el delito, ya que en ambos casos se establecería la misma pena.

Discrepamos del autor citado, por cuanto para él, el modelo sistemático del delito de lesiones viene “*exigido por los diferentes paradigmas de criminalización de las lesiones que utiliza el Código Penal*”⁸⁰, que en el caso de las lesiones menos graves y leves vendría siendo el mismo, definiéndose negativamente estas lesiones por el resultado y positivamente por otros criterios valorativos; así, entre ambos tipos de lesiones no existe una relación de regla/exclusión, sino que se encuentran en un plano de igualdad hermenéutica.

Para la doctrina nacional mayoritaria y también para nosotras la figura base del delito de lesiones son las lesiones menos graves, constituyendo las lesiones leves una figura privilegiada respecto de este tipo. Esta distinción es importante, ya que cuando decimos que una lesión se considera menos grave por mediar un contexto de violencia intrafamiliar, no es porque la lesión en realidad era leve y producto de la prohibición existente en el artículo 494 N°5 se impidió privilegiarla. La lesión es propiamente menos grave, cosa distinta es que no se le aplique la calificante del artículo 400, porque el contexto intrafamiliar ya se consideró en su tipificación. En esta confusión incurrir constantemente nuestros tribunales y también algunos operadores del sistema. Lo lamentable, es que este error ha llegado a influir en la inoperatividad de la norma establecida en el artículo 400, en que se aplique el plazo de prescripción de las faltas a los simples delitos de lesiones menos graves y en que exista una sensación generalizada de que se están penalizando temas que deberían competir al tribunal de familia (por tratarse de faltas y no de simples delitos)⁸¹.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 7.

⁸¹ De todas formas esta discrepancia con Van Weezel no impide que se llegue al mismo resultado, en el sentido de que igualmente él entiende que se trata de lesiones menos graves y no de faltas.

II. Regulación de los Procedimientos Sobre Violencia Intrafamiliar respecto del Delito de Lesiones.

Como se señaló, la modificación introducida por el artículo 21 de la ley N° 20.066 al artículo 494 n° 5 del Código Penal, tiene como efecto que todo tipo de lesiones será del competencia del juez penal, ya que nunca darán lugar a una falta penal, sino que, siempre deberán ser calificadas como simple delito de menos graves.

Así, esta reforma obedece al ánimo del legislador de dar una connotación diferente a las lesiones provocadas en contexto de violencia intrafamiliar⁸².

1.- Procedimiento aplicable a la Violencia Intrafamiliar constitutiva de delito.

La investigación del delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar puede iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o querrela de acuerdo con las reglas generales del Código Procesal Penal⁸³, o por demanda remitida por los Tribunales de Familia, si de los hechos demandados se desprendiera que existen antecedentes de delito⁸⁴.

Una vez iniciada la investigación, los fiscales dispondrán de todas las facultades propias para efectuar dicha investigación conforme a las reglas generales, a excepción, exclusivamente, de las normas procesales especiales introducidas por la

⁸² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Ley N° 20.066. *Op. cit.* Tercer Trámite Constitucional, Informe Comisión Mixta, p. 474. En el mismo sentido, Historia Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe Comisión Constitucional, p. 1050. [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19968/HL19968.pdf>> [consultada: 25 mayo 2010].

⁸³ Artículo 172 del Código Procesal Penal.

⁸⁴ Artículo 90 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, publicada en el D.O. el 30 de agosto de 2004.

Ley N° 20.066⁸⁵ y la Ley N° 19.968. Esto, por la necesidad del Juez de adecuarse a la naturaleza de las normas y de las relaciones que se reguladas en dichas leyes.

2.- Normas procesales especiales introducidas al proceso penal en casos de Violencia Intrafamiliar:

2.1. Medidas cautelares.

En cualquier etapa de la investigación o del procedimiento en casos de violencia intrafamiliar, y aún antes de la formalización, el Tribunal con competencia en lo penal podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, incluso podrá dictar nuevas medidas o cambiarlas, de acuerdo a la necesidad del caso concreto, tales como las que establece el artículo 92 de la Ley N° 19.968 y las aludidas en el artículo 15 de la Ley N° 20.066.

Estas medidas son:

1. Prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquél en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta, así como en cualquier otro lugar en que la víctima permanezca, concurra o visite habitualmente.

Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.

2. Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común.

3. Fijar alimentos provisorios.

⁸⁵ Artículo 13: En las investigaciones y procedimientos penales sobre violencia intrafamiliar se aplicarán, además, las disposiciones del presente Párrafo.

4. Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos.
5. Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos.
6. Prohibir el porte y tenencia o incautar cualquier arma de fuego.
7. Decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante.
8. Establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad.

Las medidas cautelares podrán decretarse por un período que no exceda de los 180 días hábiles, renovables, por una sola vez, hasta por igual plazo y podrán, asimismo, ampliarse, limitarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del juicio.

2.2. Medidas accesorias.

Las medidas accesorias que establecen los artículos 9 y 16 de la Ley N° 20.066 serán aplicadas por el juez con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate.

El tribunal fijará prudencialmente el plazo de esas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a un año, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la medida establecida en el artículo 9 letra d) la duración y la prorroga se hará considerando los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.

Estas medidas son:

1. Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima.
2. Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o de estudio. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.
3. Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.
4. La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término.

2.3. Condiciones para la suspensión del procedimiento.

La suspensión condicional del procedimiento es un mecanismo, en virtud del cual, el fiscal y el imputado, con la aprobación del Juez de Garantía, dan término anticipado al procedimiento, cumpliéndose los requisitos legales⁸⁶ y las condiciones que determina el Juez al aprobar la suspensión.

En la historia fidedigna de la ley la suspensión condicional del procedimiento se presentó como una figura de reemplazo a la conciliación, cuyo uso estaba siendo distorsionado por los tribunales, quienes la asimilaban a una “reconciliación” y centraban los acuerdos en “pactos de no agresión” de dudosa ejecución y seguimiento⁸⁷.

⁸⁶ Requisitos de procedencia: 1. Que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento que pudiere dictarse la sentencia condenatoria, no exceda de 3 años de privación de libertad.

2. Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.
⁸⁷ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Informe de la Comisión de Familia, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados. p.47.

Por ello, y con la idea de mantener la posibilidad de acuerdo entre las partes, pero con la limitación de observar una verdadera cautela y asegurarse de que dichas salidas no fueran una vía rápida e indiscriminada de poner fin al juicio y amenazaran bienes jurídicos fundamentales⁸⁸, se introdujo la figura de la suspensión condicional del procedimiento.

Así, se estableció esta salida principalmente para darle segunda oportunidad al agresor y tratar de reconstituir el hogar, pero con la advertencia que de reiterarse la conducta el beneficio puede ser revocado⁸⁹ y el proceso reabierto.

En otro orden de ideas, una vez solicitada la suspensión en casos de violencia intrafamiliar el juez de garantía debe imponer como condición una o más de las medidas accesorias establecidas en el artículo 9°, dejándose claro, tanto en la ley como en su historia, que el juez también, y en forma no excluyente, puede hacer uso de las facultades que le otorga el Código Procesal Penal, pudiendo imponerle al imputado más de una de las medidas accesorias que contempla el artículo 238 del citado cuerpo legal.

2.4. Incumplimiento de condiciones en suspensiones condicionales, medidas cautelares y/o accesorias.

El incumplimiento del ofensor de lo ordenado por el juez se sanciona de acuerdo lo establecido por el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

La Ley N° 20.066 trata específicamente el tema del incumplimiento de las medidas a que se refieren los artículos 15, 16 y 17 en su artículo 18, el que se remite al artículo 10, que señala: “En caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias

⁸⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Mensaje e Indicación Sustitutiva del Ejecutivo. p.21.

⁸⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Tercer Trámite Constitucional, Trámite Comisión Mixta, Discusión en Sala, pp.465-469.

decretadas, con excepción de aquella prevista en la letra d) del artículo 9, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil⁹⁰, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”.

De acuerdo a esta norma, dentro de ella queda comprendido el incumplimiento de las medidas cautelares, de las medidas accesorias y de las condiciones para la suspensión condicional del procedimiento.

Seguidamente dicho incumplimiento debe ser puesto en conocimiento del Ministerio Público a objeto que pueda investigarse si la mencionada transgresión es constitutiva del ilícito descrito y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil y si el trasgresor debe responder penalmente de esa conducta⁹¹.

En este mismo sentido, la historia de la Ley N° 20.066 dejó constancia que fruto de deseo del legislador de incrementar el nivel de protección de las víctimas de violencia intrafamiliar se enfatizaría la persecución del desacato por incumplimiento de cautelares, sanciones accesorias o condiciones de una suspensión del procedimiento, “lo que se verifica al establecer, además de los efectos procesales por el incumplimiento, la referencia al mismo”⁹².

2.5. Improcedencia de acuerdos reparatorios.

⁹⁰ Inciso 2° artículo 240 del Código de Procedimiento Civil: “El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”.

⁹¹ Ver Corte de Apelaciones de Santiago. 17 de agosto de 2007. ROL 1648-2007.

⁹² Ver en TALADRÍZ, María José. La Circunstancia Prevista en el Artículo 10 de la Ley N° 20.066, no Constituye una Condición Previa de Procesabilidad ni un Elemento del Delito de Desacato [en línea]. Revista Jurídica del Ministerio Público. Julio 2008. (N°35): p.346. <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20Jurisprudencia/revista_juridica_mp_n_35.pdf> [consulta: 25 mayo 2010].

El artículo 19 de la Ley N° 20.066 dispone, en términos absolutos, que en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal.

El texto original del artículo señalaba que *“para efectos de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal, se entenderá existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal cuando el delito de lesiones menos graves haya sido precedido por actos descritos en el inciso tercero del artículo 2° de esta ley. Esto es, cuando el delito de lesiones menos graves haya sido precedido de actos de violencia intrafamiliar que importe la comisión de alguna de las faltas contempladas en los números 4, 5, 14, 15 y 16 del artículo 494 del Código Penal”*⁹³.

Por su parte, el Senado reemplazó esta norma por otra que establecía que el juez verificaría especialmente que el consentimiento de la víctima no se encontraba determinado por circunstancias que le impidieran prestarlo libre e informadamente. No obstante, la Cámara de Diputados rechazó esta enmienda por considerar que el consentimiento no puede prestarse libremente por aquellas personas que hayan sido víctimas de delitos de violencia intrafamiliar, pues se encontrarían muy disminuidas en su autoestima y no podrían negociar en igualdad de condiciones. Además, se señaló que, como la *“familia es el núcleo fundamental de la sociedad, existiría siempre un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal”*. Finalmente la Comisión Mixta acordó incluir una norma que hiciera expresa la excepción a la aplicación del artículo 241 del Código Procesal Penal en materia de violencia intrafamiliar, que correspondió al artículo 19.

Los acuerdos reparatorios suponen un convenio entre el imputado y la víctima que debe ser aprobado por el juez y que sólo puede tener lugar cuando los hechos investigados afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistan en lesiones menos graves o constituyan delitos culposos. Por lo mismo, el juez debe

⁹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Segundo Informe de Comisión de Familia, pp. 155 y 162.

negar su aprobación a dicho acuerdo en aquellos procedimientos que versen sobre hechos distintos a los señalados, si el consentimiento de los que lo hubieren prestado no apareciere libremente, o si existe un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal⁹⁴.

No obstante lo anterior, de acuerdo a un estudio hecho por la Defensoría Penal Pública una de las estrategias utilizadas por los defensores penales para alcanzar acuerdos reparatorios es descontextualizar los episodios que constituyen violencia intrafamiliar, recarautulando la conducta lesiva bajo el delito de lesiones generales, omitiendo toda alusión a que éstas se hubieran producido en el ámbito familiar o de relaciones bajo la Ley 20.066. De esta manera, lograría evitar la aplicación de las normas de la Ley N° 20.066, con lo cual serían procedentes los acuerdos reparatorios de acuerdo al Código Procesal Penal⁹⁵.

En el mismo orden de ideas de las autoras del trabajo citado, esta estrategia, no permitiría conceptualizar la violencia intrafamiliar como la reiteración de una conducta. Más aun, se limitarían la figura del acuerdo reparatorio sólo al delito de maltrato habitual, habitual, y no necesariamente para lesiones en el contexto de violencia que no impliquen una reiteración de conductas.

Finalmente, y como ya señalamos, entendemos que esta limitación opera para todo tipo de delitos que se inscriban en el concepto de violencia intrafamiliar. Por consiguiente, en ningún caso de lesiones, relacionadas o constitutivas de violencia intrafamiliar, se podrá convenir acuerdos reparatorios.

2.6. Desistimiento, Retracción y Renuncia de la víctima, su impacto en estos delitos.

⁹⁴ Ver Corte de Apelaciones de la Serena. de 1º de abril de 2008. ROL 68-2008.

⁹⁵ Ver DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. La defensa de casos de violencia intrafamiliar. 1a.ed. Santiago de Chile, Defensoría Penal Pública, Centro de Documentación. 2007. (Estudios y capacitación : 5)

En un contexto de violencia intrafamiliar la retractación se entiende como **“la modificación de los dichos de la víctima, cuya demanda se tramita en el sistema judicial, negando su versión original de la denuncia, o manteniendo un nuevo relato durante el transcurso de la investigación penal”**⁹⁶, y se entiende el desistimiento como el **“retiro de la denuncia a través de la no concurrencia a citaciones, diligencias, audiencias y otras comparecencias del proceso penal”**⁹⁷.

Si bien el desistimiento y la retractación son fenómenos poco estudiados, no es ajeno a la violencia vivida al interior de la pareja, y, en la práctica, se presenta como un gran obstáculo a la hora de realizar la actividad investigativa. *“Según el registro del Ministerio Público de 2006 puede presumirse una importante presencia de retractación de la víctima de violencia intrafamiliar de entre los cierres de causas por archivo provisional (34,59% de los términos en los casos de maltrato habitual)”*⁹⁸.

Para explicar este fenómeno, debemos entender su origen en distintos patrones familiares, sociales y culturales que se les presentan a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar cuando deciden develar los malos tratos a los que se han visto sometidas, entre las cuales se pueden señalar:

- “1. La denuncia rompe el equilibrio familiar, el que puede estar cruzado por la violencia y sometimiento de la víctima.
2. La víctima es sancionada moralmente por romper las lealtades familiares y el “silencio”.

⁹⁶ TALADRÍZ, María José. SAN MARTÍN, María Angélica. RODRIGUEZ, Roberto. La Retracción en Violencia Intrafamiliar y su Incidencia en el Sistema Procesal Penal [en línea]. Revista Jurídica del Ministerio Público. Junio 2009. (Nº39): p.223. <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/documentos/revistas/Revista_Juridica_MP_N_39.pdf> [consulta: 25 mayo 2010].

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ RODRIGUEZ Manríquez, Roberto y MORALES, Miguel. La Retracción en la Denuncia de Violencia de Pareja [en línea]. Revista Jurídica del Ministerio Público. Abril 2008. (Nº34): p.323. <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20Jurisprudencia/revista_juridica_del_Ministerio_Publico_N_34.pdf> [consulta: 25 mayo 2010].

3. *La víctima sufre presiones para no continuar, para retractarse o retirar la denuncia. De producirse la retractación o el desistimiento probablemente estará viciada.*
4. *La coacción familiar y la culpa aumentan ante la posible sanción del inculpado, especialmente la prisión preventiva, y la pérdida de ingresos económicos para la familia. La retractación se constituirá en una salida a esta ausencia de sustento económico y presión emocional⁹⁹.*

Sin embargo esta realidad, algunos han clasificado la retractación como un “desinterés expreso o tácito de la víctima, como una traba a la investigación penal y una actitud auto-negligente que expone a la víctima a riesgos de nuevas victimizaciones”¹⁰⁰.

Es indudable que la participación activa de la ofendida es de suma importancia durante las diferentes etapas del proceso penal. Por ello, al retractarse existe un debilitamiento estándar de prueba y la investigación se entorpece. Pudiendo tornarse en una dificultad insuperable para la persecución penal si el encargado de la investigación opta por entenderla fuera de los márgenes del fenómeno de la violencia intrafamiliar¹⁰¹, donde el temor lleva a ocultar lo sucedido, derivándose en causas abandonadas o archivadas como veremos en el capítulo siguiente.

En la historia de la Ley N° 20.066 se discutió sobre de los vicios que pudiera adolecer el consentimiento de las mujeres víctimas de violencia, a propósito del tema de la conciliación¹⁰². Señalándose, que una de las características de las relaciones de violencia, “... es ser cíclicas, hay una situación de desigualdad entre las partes que se mantiene incluso en las reconciliaciones, las que se dan siempre porque, de lo contrario, no subsistiría la pareja. Si se somete a las partes a un proceso judicial y se les apura el ciclo de violencia para que lleguen a una reconciliación, ésta no será satisfactoria para ambas, porque una impondrá sus condiciones y la otra se plegará a

⁹⁹ *Ibíd.* p.323.

¹⁰⁰ RODRIGUEZ Manríquez, Roberto y MORALES, Miguel. *Op. cit.* p.242.

¹⁰¹ Ver en TALADRÍZ, María José. SAN MARTÍN, María Angélica. RODRIGUEZ. *Op. cit.* p.233.

¹⁰² Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Informe de la Comisión de Familia, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados. p. 47.

los intereses de aquella...”. En un juicio, “... las partes nunca van a estar en igualdad de condiciones. Incluso, se podría obligar a la mujer a lograr acuerdos con el agresor, para que no tenga problemas con éste posteriormente, con lo cual el resguardo que ella busca al acudir al tribunal terminaría...”¹⁰³.

Así, se estableció en el artículo 19 de la Ley N° 20.066 la inaplicabilidad del artículo 241 del Código Procesal Penal respecto de ilícitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, pues se consideró que existía interés público prevalente en la continuación de la persecución penal de los delitos cometidos entre las personas a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.066¹⁰⁴. Por ende, al momento de la retractación el “interés de la víctima” de abandonar el proceso a través de la modificación de sus dichos no puede primar sobre el mencionado “interés público prevalente” en la continuación de la investigación de los hechos.

Por otro lado, debemos tener presente que los delitos cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.066, “forman parte de un sistema sancionatorio más amplio dirigido a resguardar la vida, la integridad física y psíquica de dichas personas, imponiéndose al Estado el deber de protección para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia, lo que deja en evidencia la amplitud del bien jurídico protegido y en consecuencia la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal”¹⁰⁵.

Lo anterior es concordante con que el perdón de la ofendida no extingue la responsabilidad penal en ilícitos constitutivos de violencia intrafamiliar¹⁰⁶.

¹⁰³ Informe de la Comisión de Familia, recaído en el primer trámite constitucional, opinión de las señoras Carolina Merino L. y Nelly Santander M. (Codeinfa), quienes rechazaron aplicar la mediación a los casos de violencia intrafamiliar, en Boletín N° 2318-18. pp.23-25. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=977&prmBL=2318-18> [consulta: 25 mayo 2010].

¹⁰⁴ TALADRÍZ, María José. SAN MARTÍN, María Angélica. RODRIGUEZ, Roberto. *Op. cit.* p.232.

¹⁰⁵ *Ibíd.* p.232.

¹⁰⁶ Artículo 93 del Código Penal: “La responsabilidad penal se extingue: (...)

Esto toma sentido si consideramos, que en violencia intrafamiliar, la acción penal es pública. Pues, el artículo 82 de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, en su inciso segundo, establece que: “*La demanda o denuncia podrá ser deducida por la víctima, sus ascendientes, descendientes, guardadores o personas que la tengan a su cuidado. La denuncia, además, podrá hacerse por cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motive...*”.

De este modo, y no obstante lo dispuesto en el artículo 54 letras a) y d) del Código Procesal Penal¹⁰⁷, la norma del mencionado artículo 82 transforma la naturaleza de la acción penal en los casos de lesiones clínicamente leves, lesiones menos graves y amenazas cometidas entre las personas a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.066, y se les confiere el carácter de pública¹⁰⁸.

Efecto inmediato de aquello, es que la renuncia de la víctima a interponer la denuncia no produce efecto respecto de la extinción de la acción penal¹⁰⁹, pues ella

5° Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada (...)

¹⁰⁷ Artículo 54 del Código Procesal Penal.- “Delitos de acción pública previa instancia particular. En los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía. Tales delitos son:

a) Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494, número 5°, del Código Penal;
(..)

d) Las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 del Código Penal;

A falta del ofendido por el delito, podrán denunciar el hecho las personas indicadas en el inciso segundo del artículo 108, de conformidad a lo previsto en esa disposición.

Cuando el ofendido se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pudieren formularla por él se encontraren imposibilitados de hacerlo o aparecieren implicados en el hecho, el ministerio público podrá proceder de oficio.

Iniciado el procedimiento, éste se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública”.

¹⁰⁸ Ver en TALADRÍZ, María José. SAN MARTÍN, María Angélica. RODRIGUEZ, Roberto. *op.cit.* p.243.

¹⁰⁹ Artículo 56 del Código Procesal Penal: “Renuncia de la acción penal. La acción penal pública no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esa renuncia la acción penal privada y la civil derivada de cualquier clase de delitos.

Si el delito es de aquellos que no pueden ser perseguidos sin previa instancia particular, la renuncia de la víctima a denunciarlo extinguirá la acción penal, salvo que se tratase de delito perpetrado contra menores de edad.

puede ser ejercida por cualquiera que tenga conocimiento directo de los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar.

Finalmente, el desistimiento, entendido como el abandono del proceso, no pone término al juicio, pues como señalamos existe interés público prevalente en la continuación del proceso penal; circunstancia que no debiese tener otro efecto que dejar de considerar a la parte ofendida en el juicio penal, él que debe continuar de oficio por tratarse de un delito de acción penal pública. No obstante, al no contar con la víctima se produce un notable debilitamiento en la prueba, entorpeciendo la investigación del Ministerio Público, y finalmente produciéndose inevitablemente el archivo del procedimiento en la mayoría de los casos.

3. Modificaciones introducidas a la Ley N° 18.216.

La Ley N° 20.066 modificó el artículo 30 de la Ley N° 18.216 estableciendo que para aplicar algunos de los beneficios de esta ley a las personas condenadas por delitos de violencia intrafamiliar el Tribunal podrá imponer como condición de otorgamiento de los mismos, la prohibición de acercarse al hogar, lugar de estudios y trabajo de la víctima.

EXCURSO

Regulación de los Procedimientos Sobre Violencia Intrafamiliar respecto del Delito de Lesiones no constitutivo de delito.

La creación del nuevo procedimiento de familia trajo aparejada una serie de ideas tendientes a cambiar la normativa vigente y los vicios de los procesos anteriores, en

Esta renuncia no la podrá realizar el ministerio público.”

que se tendía a pensar que los problemas suscitados en el seno familiar eran asuntos privados en los que se debía instar a soluciones no adversariales. De acuerdo al mensaje presidencial con el que se inicia el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia se asume como desafío aumentar la capacidad del sistema para resolver conflictos, *“con el fin que las decisiones emitidas sean socialmente adecuadas y percibidas como legítimas”*¹¹⁰.

Las deficiencias cualitativas observadas en los diseños procedimentales con que contaba nuestro país impedían a nuestros jueces dar una respuesta adecuada a la naturaleza y tipo de conflicto que ante ellos comparecían, por lo que, en su momento se consideró indispensable hacer frente a esas deficiencias para favorecer, *“el respeto de los derechos, por una parte, y la seguridad de las personas, por la otra; el respeto por el individuo, que es base de una sociedad democrática, por un lado; pero, al mismo tiempo, el fomento de un mínimo de virtudes comunitarias, indispensables para la prosecución de un proyecto nacional, por el otro.”*¹¹¹

Los objetivos específicos del proyecto de ley se relacionaban con:

1. Que existiera una jurisdicción especializada en asuntos de familia.
2. Que se proporcionara a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas.
3. Que esa jurisdicción tuviese un carácter interdisciplinario.
4. Que atendida la naturaleza del conflicto familiar, el juez tuviera conocimiento directo e inmediato de los asuntos. Para este fin, se diseñó un procedimiento oral, flexible, concentrado, y basado en el principio de la intermediación.
5. Se querían incorporar en esta judicatura elementos de modernización comunes al resto de la administración de justicia con el objetivo de que el ejercicio de la jurisdicción fuese lo más eficaz y eficiente posible.

¹¹⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Ley N° 19.968. *Op. cit.* Primer Trámite Constitucional. Mensaje del Ejecutivo. 30 de agosto 2004. p.4.

¹¹¹ *Ibíd.* p.5.

Se creo, así, un procedimiento que abarcara, en general, toda cuestión personal derivada de las relaciones de familia y los actos de violencia intrafamiliar¹¹². Conociendo los tribunales de familia únicamente dichas materias, intentando lograrse la necesaria especialización que esta instancia jurisdiccional necesitaba.

Lo anterior, toma relevancia en cuanto se introduce un nuevo procedimiento especial para los casos de violencia intrafamiliar. Dentro del cual podemos señalar, en primer término, que el procedimiento podrá iniciarse por demanda o por denuncia. La innovación consiste en que no sólo podrán hacer la denuncia la víctima de violencia doméstica o sus familiares, sino cualquiera persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motivan, lo que significa un avance positivo si consideramos el tiempo que las víctimas se demoran en denunciar, según estudios en promedio 5 años¹¹³.

Se otorga una actuación más activa y expedita a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones, ya que en el evento de que se esté cometiendo violencia intrafamiliar o ante llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior de un lugar cerrado, las policías podrán ingresar al lugar en el cual estén ocurriendo los

¹¹² Se trato de crear una jurisdicción especializada en asuntos de familia, instituyéndose Tribunales con competencia para conocer de todas las materias que puedan afectarlos. Así, el conflicto de familia, para los efectos de esta ley, se entiende como un todo, evitando la ocurrencia de las partes ante judicaturas diferentes por asuntos distintos pero que tienen un mismo origen.

Se comprende, así, dentro de la competencia de los Tribunales de Familia:

- 1.- Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes (tutición);
- 2.- Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular (comúnmente llamadas visitas);
- 3.- Las causas relativas al derecho de alimentos;
- 4.- Las causas sobre separación judicial de bienes.
- 5.- Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos;
- 6.- Los actos de violencia intrafamiliar;
- 7.- Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la Ley de Menores.
- 8.- Y, en general, toda otra cuestión personal derivada de las relaciones de familia.

¹¹³ Ver www.sernam.cl

hechos, practicar la detención del agresor, si procediere, e incautar las armas u objetos que pudieren ser utilizados para agredir a la víctima.

Una de las medidas más destacadas dentro de las introducidas por la ley que creó un nuevo procedimiento de familia es la normativa especial a la que se sujetó el procedimiento de violencia intrafamiliar, especialmente se ordenó que cuando los **hechos constitutivos de la demanda revisten caracteres de delito, el Juez de Familia deberá remitir de inmediato los hechos al Ministerio Público**, según lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 19.968¹¹⁴. Lo cual es de toda lógica, pues, uno de los puntos fuertes de la Ley de Violencia Intrafamiliar es distinguir las materias de orden civil de aquellas de naturaleza penal, para adecuarlas al nuevo sistema procesal penal vigente, otorgándole el conocimiento exclusivo de los hechos constitutivos de delito al Ministerio Público¹¹⁵.

Una vez que el Juez de Familia remite los antecedentes al Ministerio Público, corresponde al Juez de Garantía velar por la aplicación de las normas especiales establecidas en el procedimiento de los Tribunales de Familia y el párrafo III de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, pues, a pesar que el proceso penal es el regulado en el código del ramo, el juez debe velar por insertar en él, la lógica de la normativa aplicable a los conflictos producidos en el seno de una familia¹¹⁶.

¹¹⁴Artículo 90: Remisión de antecedentes si el hecho denunciado reviste caracteres de delito. En caso que los hechos en que se fundamenta la denuncia o la demanda sean constitutivos de delito, el juez deberá enviar de inmediato los antecedentes al Ministerio Público.

¹¹⁵ En concordancia con el artículo 83, inciso primero, de la Constitución Política de la República que establece que “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.”, y por su parte, el artículo 1º de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, caracteriza en los mismos términos la función de dicha institución al indicar que le corresponde “dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado...”

¹¹⁶ En este sentido, el Ministerio Público sostiene que, “los fiscales dispondrán de todas sus facultades propias para efectuar la investigación y persecución penal, conforme a las reglas generales, a excepción, exclusivamente, de las normas procesales especiales que en esta misma ley se introducen”. A modo ejemplar, los artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 20, del mismo párrafo 3º, que se refieren a medidas cautelares, sanciones accesorias, condiciones para la suspensión del procedimiento, desacatos, improcedencia de acuerdos reparatorios y

Desde el punto de vista objetivo, la definición de delito adoptada en la Ley N° 19.968 en su artículo 90 es un concepto amplio, que comprende tanto crímenes como simples delitos. Así, el Juez de Familia debe remitir al Ministerio Público todos los delitos tipificados en el Código Penal o en leyes especiales que afecten la vida o a la integridad física o psíquica de alguna de las personas relacionadas con el autor en los términos del artículo 5° de la Ley N° 20.066.

Contextualizando, las lesiones, específicamente las tipificadas entre los artículos 395 a 399 del Código Penal, revisten claramente caracteres del delito, por lo que no cabe duda que son de competencia del Juez Penal.

Procedimiento aplicable a la violencia intrafamiliar no constitutiva de delito.

Aunque no es objeto de nuestra tesis, la violencia intrafamiliar no constitutiva de delito es importante un tema relevante, pues es necesaria determinarla para marcar los límites con aquella violencia que si es constitutiva de delito. Pues, ambos conceptos están interrelacionados, en el sentido que uno define al otro.

Así, de acuerdo con el artículo 6° de la Ley N° 20.066, de los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito¹¹⁷, esto es, de los ilícitos civiles y la violencia intrafamiliar psicológica, a menos que constituya delito, en el sentido amplio de ilícito penal¹¹⁸, conocerán los Juzgados de Familia y no cabe intervención en esos procedimientos al Ministerio Público ni a sus fiscales, salvo por derivación, en materia

representación de las víctimas. (FISCALÍA NACIONAL. Oficio N° 551 [en línea]. 29 de septiembre de 2005. p.11 <<http://www.ministeriopublico.cl>> [consulta: 06 agosto 2009].)

¹¹⁷ No será constitutivo de violencia intrafamiliar aquel maltrato que no afecte la vida o la integridad física o síquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o de una relación de convivencia con el entre otros vínculos.

¹¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Ley N° 20.066. Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Informe Comisión de Familia. p.387. [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/histley/lfs/hdl-20066/HL20066.pdf>> [consulta: 25 mayo 2010].

de delito de maltrato habitual y de desacato, tratándose de incumplimiento de sentencias condenatorias, medidas accesorias, de protección o cautelares, dictadas o decretadas por estos tribunales.

Para distinguir la violencia intrafamiliar que no constituye delito de aquella que si lo es, el artículo 7º de la Ley N° 20.066, introduce la presunción simplemente legal de la “situación de riesgo inminente”, concepto que define la violencia intrafamiliar no constitutiva de delito. En este sentido, para que los Tribunales de Familia conozcan situaciones de violencia intrafamiliar, se debe estar frente a una *“situación precedida de intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N° 17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta¹¹⁹”*.

En cuanto al conocimiento de las faltas, de acuerdo a la historia de la ley, su conocimiento se radicaba en los tribunales de familia, siempre y cuando estas no revistan caracteres de delito. Actualmente debido a que las lesiones producidas en contexto de violencia intrafamiliar no pueden ser consideradas como leves, nunca pueden ser conocidas por jueces de familia, primero por la calificación del artículo 495 N° 5 ya comentada, y segundo la facultad con que conocían de ellas los Tribunales de Familia fue derogada por la Ley N° 19.806.

¹¹⁹ Esto puede denotar la idea del legislador que el victimario es una persona enferma, y no alguien que reproduce una relación de poder, socialmente institucionalizadas, que producen violencia de género.

Capítulo III: Análisis Jurisprudencial del Delitos de Lesiones producidas en Contexto de Violencia contra las Mujeres: Criterios Generales Observados

Para la elaboración del presente capítulo se hizo el análisis de cuarenta y siete sentencias de Tribunales de Garantía, Tribunales Oral en lo Penal y Cortes de Apelaciones con el fin de determinar los criterios utilizados para conocer y fallar delitos de lesiones producidas en contexto de violencia intrafamiliar, específicamente en los casos cometidos contra la mujer.

No se trataron sentencias de la Excelentísima Corte Suprema debido a la escasa información obtenida.

A partir del análisis y confección de fichas de cada sentencia¹²⁰, se obtuvieron las conclusiones que aquí se presentan respecto temas relevantes tratados en las sentencias.

I. Definición de Violencia Intrafamiliar.

Como se indicó en el segundo capítulo de este trabajo, la definición legal de la violencia intrafamiliar se encuentra en el artículo 5 de la Ley N° 20.006. Importa, aquí, esclarecer cuál es la aplicación que hacen de este concepto nuestros tribunales respecto del delito de lesiones.

Para que una lesión se desarrolle en un contexto de violencia intrafamiliar la jurisprudencia, por regla general, sólo exige que entre ofensor y víctima medie alguna de las relaciones establecidas en el artículo 5 de la Ley sobre violencia intrafamiliar¹²¹ (además, de los elementos del tipo que deben concurrir en cada clase de lesión).

¹²⁰ La síntesis de cada fallo puede consultarse en el Anexo I. Puede verse también, el anexo II, para un tratamiento esquemático de sentencias y criterios relevantes.

¹²¹ En el mismo sentido la doctrina señala: *“la definición de la violencia intrafamiliar en el art. 5° de la Ley N° 20.066 se compone de un elemento objetivo y de uno subjetivo. Objetivamente, debe tratarse de un maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de la víctima. Subjetivamente, debe existir entre el autor y la víctima alguna de las relaciones que el mismo art. 5° establece. Ambos elementos son constitutivos de la violencia intrafamiliar, pero, como es natural, es el último de ellos -la relación entre autor y víctima- lo que le da a la*

Se ha especificado que en la determinación del contexto intrafamiliar en el delito de lesiones, se han de distinguir tres elementos del tipo¹²², estos son:

- Debe existir maltrato
- El maltrato debe afectar la integridad física o psíquica de la víctima
- Debe existir entre víctima y ofensor alguna de las relaciones señaladas en el artículo 5 de la ley.

Además, algunos han agregado un último elemento, estimando que el artículo 5 de la Ley, establece un contexto situacional especial que determina un mayor reproche, vinculado no sólo a la relación entre víctima y ofensor, sino también a una situación de permanente violencia¹²³.

A nuestro juicio, “la situación de permanente violencia”, alude más bien a la “habitualidad”, requisito establecido para el tipo del “maltrato habitual”, pero, que no es un elemento que la ley considere en la definición de la violencia intrafamiliar. Así, para que una lesión se produzca en contexto de violencia intrafamiliar, no se exige que el “maltrato” sea permanente o habitual¹²⁴.

Consideramos, que los tres elementos mencionados por la jurisprudencia, se encuadran dentro de la definición legal de violencia intrafamiliar y nos permiten entender de manera más completa la relación entre las lesiones y el contexto de violencia intrafamiliar, por ello pasamos a detallarlos a continuación.

violencia su carácter específicamente intrafamiliar” (énfasis agregado). VAN WEEZEL, Alex. *Op.cit.*

¹²² Ver TOP Angol. 2 de mayo de 2008. RIT. 31-2008. En exactamente el mismo sentido ver TOP Angol. 7 de agosto de 2008. RIT 61-2008.

¹²³ Ver TOP de Santiago, 01 de septiembre de 2006, RIT 218- 2006; El Tribunal señala que “en el mismo sentido ya se ha pronunciado la jurisprudencia causa RIT N° 1044-2006, Octavo Tribunal de Garantía de Santiago”.

¹²⁴ Esta confusión es peligrosa, ya que limita la aplicación de las normas sobre violencia intrafamiliar al delito de maltrato habitual.

El primer elemento, el “maltrato”, se menciona en el artículo 5 citado, pero no está definido en la ley. La Real Academia Española entiende “maltratar” como “tratar mal a alguien de palabra u obra”. Como se señaló, es importante no confundir este requisito con el de habitualidad que impone el artículo 14 de la Ley para la concurrencia del delito allí señalado.

Respecto del segundo componente que se distingue en la definición, es decir, la “afección a la integridad física o psíquica de la víctima”, podemos señalar que esta se condice con el bien jurídico de las lesiones, cuál es, la salud y la integridad física y psíquica¹²⁵.

Por último, en cuanto a las personas mencionadas en el artículo 5 de la Ley de violencia intrafamiliar, cabe hacer presente que, no existe en nuestra legislación una distinción entre los diferentes tipos de violencia. Así, dentro de lo que se entiende por violencia intrafamiliar, de acuerdo a los sujetos mencionados en el citado artículo 5, se incluye, la violencia doméstica, la violencia de género y de pareja, la violencia asistencial, entre otras. Por lo que nuestra jurisprudencia no considera la especificidad de la violencia de género y de pareja, a la hora de definir la violencia intrafamiliar.

En cuanto, a las relaciones entre las personas mencionadas en el artículo 5 se discute que se entiende por convivencia, ya que la ley no la define. La convivencia se ha entendido como un vínculo informal “homólogo al matrimonio”, que tiene ciertas características, entre ellas, se requiere por regla general, la cohabitación, la permanencia del vínculo en el tiempo, un proyecto de vida en común y una relación de pareja en el plano “sexual, afectivo y económico”.

¹²⁵ La doctrina entiende que “*la salud individual o personal, psíquica y física, constituye el bien jurídico de estos delitos*” (RANIERI, citado por GARRIDO Montt, *Op. cit.* p.149.). Siendo, “*lo protegido... el derecho a la integridad física (a no ser privado de ningún miembro u órgano), al bienestar psíquico (a no padecer dolor o sufrimiento), a la apariencia corporal (a no sufrir deformación corporal)*” (RODRÍGUEZ Mourullo, citado por BAJO Fernández. En: GARRIDO Montt. *Op. cit.* p.150.) La salud, también, puede definirse según un concepto más amplio coincidente con el de la OMS, como “*un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o invalidez*” (POLITOFF, BUSTOS y GRISOLÍA. Citados en: POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre. RAMÍREZ, María. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª Edición, Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003. p.112.).

En la mayoría de los casos, existen hijos en común, lo que podría reflejar que nuestros jueces han entrelazado el concepto de convivencia con la formación de una “familia” con hijos, lo que preocupa, en la medida que se observa que no sólo existe una diferenciación en cuanto al concepto de violencia intrafamiliar, sino que se entiende que lo que estas normas protegen, más allá de la integridad y dignidad de las víctima, es a la familia.

Este fenómeno, en cuanto a que, el término convivientes se iguale al de padres de hijos en común, se acentúa en respecto de los ex - convivientes, caso en que la relación exigida por el artículo 5 mencionado, se definirá por los hijos en común y no por haber sido convivientes¹²⁶.

II. Problemas sustantivos.

II.I Parte General: aplicación de normas generales al delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar.

1. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

a) Arrebato y obcecación.

¹²⁶ En este sentido, es notable la consideración del TOP de Santiago, en sentencia del 28 de octubre de 2006 en causa RIT 266-2006, la que declara que entre el imputado y la víctima existe una relación de convivencia, señalando que es por esta relación de convivencia y no sólo por ser padres de un hijo en común, que procede la aplicación de las normas sobre violencia intrafamiliar. Esta declaración la hace a pesar de que la defensa señala que ya no existe convivencia, pues falta la cohabitación, ya que el imputado estuvo 61 días privado de libertad por una anterior condena de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar contra la misma víctima, la que además decretaba la salida del hogar común.

El artículo 11 numeral 5º del Código Penal, establece como circunstancia atenuante: *“La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación”*.

La ley exige un estado psicológico de arrebatos y obcecación, producido por un estímulo poderoso e inmediato, que perturbe momentáneamente la inteligencia y sobre-excite la voluntad de quien la sufre. Estos estímulos deben ser de tal entidad que produzcan, como efecto natural, el arrebatos y la obcecación.

Jurisprudencialmente, la configuración de ésta atenuante es valorada de forma distinta para hombres y mujeres, siendo mayormente beneficiados con ella, los hombres, especialmente en episodios de violencia intrafamiliar¹²⁷, fundándose en estímulos que no parecen tan poderosos, pero que por la personalidad del agente serían capaces de provocar este estado, como lo observamos en sentencia del Tribunal de Garantía de Tocopilla de 07 de septiembre de 2006, RIT 494-2006 (ver tabla de anexos), que señala:

*“En cuanto a la alegación de la atenuante del artículo 11 N° 5, esto es, haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación. Y considerando que esta atenuante se refiere al estado anímico del sujeto al momento de la comisión del hecho se hace necesario tener presente que **los hechos que se le imputen al requerido se producen poco después que la víctima regresa luego de haber salido sin su pareja, el requerido, quien luego la escucha o cree escuchar que ésta habla con su acompañante la noche anterior, por lo que cree la víctima le ha sido infiel, por lo que la creencia de una supuesta infidelidad puede ser considerada un estímulo poderoso que haya influenciado el actuar del requerido**¹²⁸ por lo que se acogerá dicha atenuante”*.

¹²⁷ Proyecto de Ley para sancionar el Femicidio. Modifica el Código Penal y el Decreto Ley N° 321 de 1925. Boletín 4937-18, agosto, 2007. [en línea] <www.bcn.cl> [consulta: 01 junio 2010].

¹²⁸ Énfasis agregado.

Al contrario, cuando es la mujer, quien como víctima de maltrato, reacciona frente al agresor, el contenido de la atenuante se distorsiona. Pese a que podría entenderse que la violencia intrafamiliar misma configura una reiteración de estímulos poderosos idóneos para determinar una ofuscación persistente de la razón, no es así como nuestros tribunales lo han interpretado, sino por el contrario, el historial de violencia previo ha llegado incluso a considerarse como un elemento que puede determinar la ausencia de la atenuante, como lo observamos en sentencia de Corte de Apelaciones de Rancagua de 15 de Septiembre de 2005, Rol 1024-2005, que sostiene:

*“Elvira Morales admite que se separó varias veces de su marido y que siempre se dejó convencer por éste para que volvieran a vivir juntos, **lo cual significa que ella si tuvo a mano la posibilidad de dejar a su marido y por tanto, no estaba en la trágica disyuntiva que se pretende, de matar o temer por su seguridad y hasta por su vida, acicate para una poderosa obcecación cuya fuerza psicológica no podría negarse**”¹²⁹.*

Estimamos que la determinación de qué es un “estímulo poderoso” en las “atenuantes pasionales”, no sólo se configura por factores personales del agente, sino que además se ve influenciada por prejuicios sociales, lo que ha llevado a una situación de desprotección de la víctima, sobretudo en casos de violencia intrafamiliar.

La principal razón de éste problema es que la expresión “naturalmente” está referida a lo esperado del hombre medio y al efecto del estímulo, no al estímulo mismo. Por lo que, no toma en cuenta el temperamento individual del sujeto activo, así si este es de temperamento arrebatado u obcecado no podrá verse favorecido por la atenuante si un leve estímulo lo trastorna, porque la ley ha pedido que concurra un estímulo tan poderoso que “naturalmente” produzca arrebatado y obcecación.

Se beneficia a quien sostiene fue incapaz de controlar sus impulsos frente a situaciones en que los estímulos son más bien cotidianos. Poniendo, además, énfasis en el resultado del estímulo, no en el estímulo mismo que actúa frente al sujeto, siendo

¹²⁹ Énfasis agregado.

paradójico, pues como lo sostuvimos anteriormente, el agresor se beneficia excusando no poder controlarse en situaciones comunes, y probablemente irreales o no concretas.

Otro problema común en el uso de la atenuante es su procedencia en caso de “celos”. Los tribunales han aplicado la minorante, entendiendo que el estímulo poderoso puede determinarse por “los celos” sentidos por el agresor en una situación concreta, la que incluso puede depender de las creencias del sujeto.

En este sentido podemos observar la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 5 de Septiembre de 2007. Rol 2753-2007, en que no sólo es determinante lo sentido por el ofensor, sino que se tornan relevantes las aprensiones del mismo ente enjuiciador respecto de la supuesta infidelidad de la víctima:

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

una “reacción que en el sujeto activo del delito tiene por fuente el desequilibrio producido por la traición”

En nuestra opinión, en casos como el antedicho, no debiese poder aplicarse la atenuante, ya que no resulta razonable ponderar el estímulo sin probar fácticamente la existencia de la situación que lo desencadenó, ni determinar lo poderoso del estímulo a través factores que revisten prejuicios sociales de lo éticamente correcto en el actuar de las víctimas. Aún más, creemos que existiendo episodios de violencia intrafamiliar y denuncias previas, menos debiese acogerse la modificatoria, pues el agresor ya ha tenido oportunidad de moderar su carácter¹³⁰.

Lo dicho cobra todavía más relevancia respecto del delito de lesiones, pues éstas son el delito más común cometido en el contexto de violencia intrafamiliar¹³¹, y la atenuante de arrebató u obcecación, en el caso de los celos, ha sido uno de los beneficios más otorgados para rebajar la pena.

b) Irreprochable conducta anterior.

De acuerdo al artículo 11 N° 6 del Código Penal son circunstancias atenuantes: *“la irreprochable conducta anterior del delincuente”*.

“En la interpretación de ésta atenuante, tanto la doctrina, como la mayoría de los operadores del sistema, sostienen que existe una aplicación objetiva, es decir, de no encontrarse con nada reprehensible en la conducta del acusado, desde un punto de vista

¹³⁰ Este es también, el espíritu del proyecto que “Modifica el Código Penal y el Decreto Ley N° 321 de 1925 para Sancionar el Femicidio y Aumentar las Penas Aplicables a este Delito, Boletín N°4937-18”, el cual, busca impedir rebajas de pena en virtud de la atenuante de arrebató cuando el agresor ha sido sancionado por violencia intrafamiliar.

¹³¹ De 184.705 causas por violencia intrafamiliar terminadas entre el 7 de octubre de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, 109.679 corresponden al delito de lesiones, esto es, el 59,4% del total nacional. Datos en: Boletín Estadístico año 2008. Enero 2006, [en línea] <www.ministeriopublico.cl> [consulta: 17 diciembre 2009].

*jurídico penal, procede otorgar la atenuante*¹³². Asimismo, ha dicho que algunos hechos punibles de poca importancia, como las faltas, o que no merecen una reprobación ético-social intensa (delitos culposos, ciertos atentados sin víctima en contra de la moralidad sexual, como la sodomía consentida; determinados tipos de delitos políticos puros, algunos delitos económicos o tributarios, etc.), no deberían ser tomados en consideración sino en el caso de que realmente revelaran en el individuo una concreta inclinación antisocial.

El mismo criterio han seguido nuestros tribunales, así lo observamos en las sentencias de Tribunal de Garantía de Yungay, 19 de Octubre de 2007, RIT 737-2006; Tribunal de Garantía de Puerto Montt, 12 de Junio de 2007, RIT 3216-2006 (ver extracto de sentencia en párrafo acerca colaboración sustancial); Tribunal de Garantía de Antofagasta, 9 de Febrero de 2006, RIT 5180-2006 (ver extracto de sentencia en párrafo acerca desacato); Tribunal de Garantía de Santiago; 03 de Octubre de 2008, RIT 1536-2008 (ver extracto de sentencia en párrafo acerca desacato); Tribunal Oral en lo Penal de Viña del MAR, 07 de Agosto de 2007, RIT 102-2007 (ver extracto de la sentencia en párrafo acerca de la sistematización del delito de lesiones)¹³³; TOP Santiago, 21 de junio de 2006, RIT 6-2006; TOP Santiago, 13 de abril de 2006, RIT 19-2006 (ver extracto de la sentencia en párrafo sobre reparación celosa del mal causado); TOP Santiago, 01 de septiembre de 2006, RIT 218-2006 (ver extracto de la sentencia en párrafo sobre el concepto de violencia intrafamiliar), TOP Angol, 21 de enero de 2009, RIT 131-2008; en todas estas sentencias, el beneficio de la irreprochable conducta anterior procede con la sola exhibición del extracto de filiación y antecedentes exento de anotaciones prontuariales pretéritas. Incluso encontramos

¹³² CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal, Parte General. 7ª Ed. Ampliada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2005. Tomo II.

¹³³ Es importante señalar que en este caso, el tribunal *“desestima la petición de la defensa en orden a considerar la referida atenuante como muy calificada, por estimar que no concurren los requisitos necesarios para configurarla. En efecto, si bien se trata de una persona de 54 años de edad, para calificarla, no resulta suficiente una conducta sin reproche penal, puesto que ello solo configura el comportamiento mínimo que una sociedad puede exigir a sus integrantes, sin que la parte hubiere rendido pruebas que permitieran establecer que el imputado excedió esa conducta, por el contrario el tribunal escucho a la ofendida –cónyuge del acusado- que este siempre ingería alcohol y en exceso, lo que evidentemente no constituye el comportamiento de un ciudadano ejemplar”* (considerando undécimo).

sentencias en que la atenuante se otorga sin que exista extracto de filiación, el TOP de Talca, en sentencia de 30 de julio de 2008. RIT 101-2007, acoge la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, aún cuando no se acompañó a estrados el extracto de filiación y antecedentes, ello, por aplicación de la presunción de inocencia y del principio de objetividad que debe inspirar las actuaciones del ente persecutor.

En este sentido, no existe diferencia en cuanto a la aplicación de la atenuante por los distintos tribunales del país.

Sin embargo, existen opiniones en contrario, quienes entienden la irreprochable conducta anterior como aquélla en que no puede encontrarse nada reprensible, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista moral. *“Siendo considerados en su valoración factores tales como el ambiente en que vive el individuo que es juzgado y su cultura individual, así como su contorno social”*¹³⁴.

Ésta opinión nace de la disconformidad de aplicar generalizadamente la atenuante de la irreprochable conducta anterior, otorgándola uniformemente a todo sujeto que de manera ostensible no exhiba una conducta antisocial¹³⁵.

En violencia intrafamiliar, la falta de consideración de factores tales como suspensiones condicionales anteriores u otros términos anticipados del procedimiento o antecedentes en Tribunales de Familia, aunque no corresponden a anotaciones penales, si son conductas reprensibles y marcan un antecedente del comportamiento del sujeto activo respecto de su relación familiar; pero, nuestra jurisprudencia avanza en un sentido opuesto. Así lo demuestran las sentencias del Tribunal de Garantía de Antofagasta de 9 de Febrero de 2006, RIT 5180-2006 y la del Tribunal de Garantía de Santiago de 03 de Octubre de 2008, RIT 1536-2008, que al no considerar la espiral de violencia a la que se encontraba sometida la víctima y su constante ir y venir en tribunales, otorgaron la atenuante objetivamente. Además, nuestra Corte Suprema ha

¹³⁴ NOVOA Monrreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. 3ª Edición, Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. Tomo II.

¹³⁵ Ver NOVOA Monrreal, Eduardo. *Op. cit.*

estimado que los antecedentes previos de violencia intrafamiliar que no aparezcan en el extracto de filiación y antecedentes, no obstan para calificar la atenuante, así lo señala en la siguiente sentencia transcrita:

“1° Que la irreprochable conducta anterior del acusado se encuentra demostrada con el mérito de su Extracto de Filiación y Antecedentes; y los motivos que llevan a calificar esa circunstancia, están demostrados¹³⁶ ...

*3° Que **no obsta a ello la existencia aparente de antecedentes por violencia intrafamiliar, dado que, en primer término, ellos no aparecen en su extracto de filiación**”* (C.S. 2 de septiembre de 2008. ROL 1439-2008).

A raíz de esta situación, el actual proyecto que modifica el Código Penal y el D.L. N° 21 de 1925, para sancionar el Femicidio, y aumentar las penas aplicables a éste delito y modificar las normas sobre Parricidio, introduce un artículo 14 bis a la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar, que señala: “En los delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, el juez, para efectos de evaluar la Irreprochable Conducta del imputado, deberá considerar las anotaciones que consten el registro a que refiere el artículo 12 de ésta Ley”.

De acuerdo a la historia de la norma, *“la irreprochable conducta fue tomada del artículo 39 N° 2 del Código de Austria, y se estableció por el legislador como premio al que tenía un mérito en exhibir una conducta libre de tachas¹³⁷”,* lo cual no se encuentra restringido al plano jurídico penal, sino que abarcaba todos los ámbitos de la vida del sujeto, claro ésta limitándose a no entrometerse en la ética personal, cuando ésta no es reñida con el derecho.

Así, toma sentido la norma introducida por el actual proyecto del femicidio, pues, resulta claro que a pesar de la falta de condenas penales, existen agresores con un

¹³⁶ La irreprochable conducta anterior del acusado a los fines de la graduación de la pena se encuentra demostrada con los testimonios de los testigos que aseveraron que es una persona valorada en su entorno comunitario y ha prestado servicios de ayuda a personas que integran grupos, lo que es demostrativo de que es merecedor de la calificación que le ha sido reconocida en los términos del artículo 68 bis del Código Penal.

¹³⁷ NOVOA Monreal, Eduardo. *Op. cit.* p.31.

prontuario de violencia intrafamiliar en Tribunales de Familia o con salidas alternativas anteriores a los que no debiese otorgárseles la atenuante, en atención que su conducta no está libre de tachas, como lo señala la doctrina minoritaria.

c) Reparar con celo el mal causado.

El artículo 10 N°7 del Código Penal consigna como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal el haber “*procurado con celo reparar el mal causado*”.

En los casos de delito de lesiones cometido en un contexto de violencia intrafamiliar nuestros tribunales han hecho procedente esta atenuante frente a la consignación de una suma de dinero, por parte del ofensor o de algún familiar de este, sin que se haga una análisis respecto de la idoneidad de este medio para reparar el mal, ni el momento en que procede.

La configuración de esta atenuante supone una “*actitud de arrepentimiento personal por parte del agresor, tendiente a reparar el daño causado por el delito, que debe manifestarse de un modo, cierto, efectivo, inmediato y oportuno a la ejecución de los actos a la hora de evitar los efectos o consecuencias perniciosas del delito*”¹³⁸.

La consideración precedente sobre lo que constituye “procurar con celo reparar el mal causado” no está libre de discusiones, en torno a ella, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se han preguntado por: 1. El sentido de la minorante, en tanto si es subjetiva u objetiva; 2. ¿Cuál es el alcance y requisitos del celo exigido?

1. Sentido objetivo de la reparación con celo del mal causado.

¹³⁸ NOVOA Monrreal, Eduardo. *Op. cit.* p.35.

Primero, respecto del sentido que debe darse a la atenuante, consideramos que este debe ser objetivo, no puede requerirse una “posición moral de arrepentimiento o dolor”¹³⁹ del ofensor, sino simplemente si la reparación es voluntaria o no.

Así, *“la reparación celosa esta aludida al despliegue por el agente de una actividad no necesariamente espontánea, sino voluntaria; esto es, que habiendo podido abstenerse de realizarla, se haya decidido libremente por ella; después de ya consumado el delito o bien cuando ya es evidente que no se consumará”¹⁴⁰*.

Al no requerirse un arrepentimiento interno, el hechor puede actuar aconsejado por un tercero e incluso pedirle a éste que realice los hechos tendientes a la reparación. Esto último, siempre que la voluntad de reparar nazca del propio hechor y no del tercero.

No es este el criterio que han seguido nuestros Tribunales, para quienes un acuerdo privado entre la víctima y el padre del imputado, sin participación del acusado, que dispone la entrega una suma de dinero para reparar, es suficiente para que se configure la atenuante. En este sentido ha fallado el Tribunal Oral en lo Penal de Santiago en causa RIT 19-2006 del 13 de abril de 2006, el que señala en su considerando decimocuarto:

“(…) Que el tribunal acogerá la atenuante de la reparación celosa del mal causado, pues si bien no ha sido el imputado quien ha entregado directamente el dinero, de sus dichos y lo admitido por la víctima es dable inferir que está en conocimiento de esa situación y que, dados sus menquados recursos, ha actuado por intermedio de su padre, quien si los posee”.

2. Características y requisitos del celo.

¹³⁹ En este sentido, voto de minoría Corte Suprema. Rol N° 3478-05. 9 de agosto de 2005.

¹⁴⁰ CURY Urzúa, Enrique. *Op. cit.* p.124.

El Segundo cuestionamiento planteado, es respecto del elemento principal de la atenuante, esto es, el celo. En cuanto a su alcance, cabe preguntarse si ¿actuar con celo, requiere de la reparación efectiva del mal causado?; en cuanto a su contenido, ¿cuáles y en qué consisten los requisitos de un actuar celoso?.

2.1. Alcance del “celo”

Consideramos, que el actuar con celo persigue en todos los casos un claro propósito: obtener reparación para la víctima y evitar males mayores. El sujeto debe desplegar sus mayores esfuerzos por mitigar, atenuar, o disminuir el daño provocado por su delito¹⁴¹.

Así, no se requiere la reparación efectiva total del mal causado, esta puede ser parcial o no llegar a concretarse. En palabras de nuestra Corte Suprema, “el *precepto no pide que efectivamente se haya logrado la reparación o contener los efectos perniciosos del mal, pues tan solo requiere que el agente haya “procurado con celo” alguna de estas cosas*”.

Pero, el caso del delito en análisis, los daños a la salud y la integridad física de la víctima, que se ven agravados por el contexto de la violencia intrafamiliar y más específicamente de la violencia desde su pareja, difícilmente podrán ser efectivamente reparados.

2.2. Requisitos del “Celo”

Nuestra doctrina y jurisprudencia reitera dos requisitos: que sea serio y que sea oportuno¹⁴².

- La reparación celosa debe ser “seria”

¹⁴¹ Lo que a nuestro juicio no se consigue en los casos de violencia intrafamiliar con la entrega de una exigua suma de dinero.

¹⁴² Este último se discute, considerándolo algunos como un requisito y otros no.

A pesar que la reparación pueda ser parcial, la intención detrás de ella debe ser seria y lograr la satisfacción del interés de la víctima, debiendo ser esta una característica objetiva de la diligencia exigida al hechor para entender que ha intentado reparar el mal ocasionado.

Aunque la ley no mencione la forma en que se puede reparar, la más utilizada es la consignación de una suma de dinero, lo cual a nuestro parecer no importa un esfuerzo personal considerable, pues a pesar de estar privado de libertad o tener condiciones socioeconómicas bajas, el celo en el actuar no debe ser considerado solo desde el punto de vista de las situación personal del imputado, sino que también debe ser contextualizado en relación a la conducta desplegada por éste y el daño que causó¹⁴³.

Este creemos es la principal falencia de la que adolece, la aceptación de esta atenuante en casos de violencia intrafamiliar; cómo se puede procurar seriamente reparar el mal causado a través de la consignación de una suma de dinero, cuando el mal consiste en el menoscabo de la integridad de la víctima en un contexto en que la violencia proviene de quién cumple el rol de pareja.

A pesar de esto, nuestra jurisprudencia no hace distinciones respecto de los delitos cometidos en un contexto de violencia intrafamiliar, a la hora de aceptar la procedencia de la atenuante por haber el ofensor o un tercero entregado dinero a la víctima.

Ejemplifican lo dicho distintas sentencias de los tribunales del país:

“Concorre respecto del acusado la circunstancia atenuante de reparación celosa del mal causado contenida en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, en virtud del depósito judicial efectuado en favor de las víctimas [cincuenta mil pesos], teniendo en consideración para determinar la concurrencia de este atenuante, que el imputado se

¹⁴³ La magnitud del daño y por ende, lo que se requiere para que se repare, parece no ser considerado en la sentencia del Tribunal de Garantía de San Fernando de 18 de Marzo de 2008. RIT 1820-2007.

encuentra privado de libertad, desde el día 23 de junio del año 2007, de manera tal que el depósito ha significado un gran esfuerzo para él.”¹⁴⁴.

“Respecto del celo, atendido el monto que ha sido entregado [ciento setenta mil pesos], debe tenerse por acreditada también esa condición.”¹⁴⁵

“El tribunal le reconocerá al acusado la atenuante de haber procurado reparar con celo el mal causado, con el mérito de lo depuesto por su hermano XXX, quien reconoció los depósitos judiciales, dando antecedentes del origen de los fondos. Asimismo, con los comprobantes, tres en total que suman la cantidad de \$ 180.000 el tribunal estima que existió un celo de parte del acusado para reparar el mal que causó a su conviviente”¹⁴⁶.

Aplicar así la atenuante, resulta tremendamente beneficioso para el autor del delito, pero no así para la víctima, la cual quizás en la mayoría de los casos deberá conformarse con lo que el autor pueda dar, sin ver satisfechas sus necesidades, sin que el daño que sufrió sea realmente reparado.

Una interpretación de este tipo, descontextualiza totalmente la atenuante de la situación de violencia intrafamiliar en que se desarrolla el delito. Primero, porque las víctimas no son compensadas ni remotamente con las mínimas cantidades de dinero consignadas por sus parejas para conseguir la atenuante, que nuestros tribunales aceptan. Segundo, porque, como se señaló, la consignación de una suma de dinero no parece un medio idóneo para reparar a quién ha sufrido un menoscabo en su integridad en una relación de violencia intrafamiliar.

¹⁴⁴ TG San Fernando. 18 de Marzo de 2008. RIT 1820-2007.

¹⁴⁵ TOP Santiago. 13 de abril de 2006. RIT 19-2006.

¹⁴⁶ TOP Santiago. 21 de junio de 2006. RIT 6-2006. El mal provocado en el caso causó a la víctima lesiones, que el Tribunal calificó como simplemente graves, consistentes en quemaduras en el muslo izquierdo y en la zona genital, que demoraron entre 40 a 60 días en cicatrizar, dejando una deformidad estética en la zona de la vulva, específicamente en el labio mayor, provocadas con un alicate que el acusado calentó previamente en el fuego de la cocina del hogar común; las que, podrían ocasionar dificultades en las relaciones sexuales, esto es, dolor inicial en el coito.

Por lo mismo, algunos actores del sistema han homologado la prohibición de aplicar acuerdos reparatorios en los delitos producidos en contexto de violencia intrafamiliar a la aplicación de la atenuante de reparar con celo el mal causado, argumentando que en la historia de la ley, aparte de la falta de igualdad de las partes a la hora de negociar para prohibir los acuerdos, se dejó constancia que en los maltratos producidos al interior de la familia no existe ninguna forma de reparar el perjuicio causado, pues difícilmente se pueden compensar los daños a la integridad física y emocional de una pareja o un ser querido¹⁴⁷.

- La reparación celosa debe ser “oportuna”.

La doctrina ha señalado que para que la reparación realmente represente una intención celosa del sujeto debe ser oportuna, requiriéndose inmediatez en su actuar al momento de la comisión de los hechos, para lo cual debe atenderse a la situación procesal del autor del delito.

Así, *“nuestra jurisprudencia ha declarado que la reparación debe manifestarse de un modo cierto, efectivo, inmediato y oportuno en la ejecución de actos concretos tendientes a eliminar o atenuar los resultados del delito (SCS 24.01.1991, RDJ LXXXVIII: 9)(Texto y comentario del Código Penal Chileno; Tomo I, Libro Primero; Parte General, Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga; Editorial Jurídica de Chile, página 181)”*¹⁴⁸.

En este sentido, las consignaciones de dinero que el imputado realice, durante el proceso, encaminadas sólo a conseguir la atenuante y no a reparar el mal causado, no deberían ser aceptadas para disminuir la responsabilidad del mismo.

¹⁴⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley Nº 20.066. *Op. cit.* Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Trámite Comisión Mixta, Informe Comisión Mixta. p.441.

¹⁴⁸ CA Rancagua, veinticuatro de agosto de dos mil seis. ROL 68-2006.

d) Colaboración sustancial.

Se entiende como colaboración sustancial por parte del imputado, cooperar en el esclarecimiento de los hechos, de modo que ese aporte para la investigación sea esencial para acreditar el delito y su participación.

De acuerdo con las reglas generales, la atenuante procede únicamente en el evento que la colaboración del inculcado haya sido decisiva para la clarificación del suceso, de manera tal que la cooperación a que alude la norma consiste en una disposición total, completa y permanente de contribución al esclarecimiento de los hechos, en todas las etapas del proceso, de suerte que los datos aportados, tanto respecto de los partícipes, como de los medios y forma de comisión del ilícito y las circunstancias mismas que lo rodearon, sean perfectamente concordantes con los demás antecedentes reunidos en el juicio, pues se trata de la obtención de un beneficio procesal trascendente, como lo es la configuración de una minorante de responsabilidad penal, lo que requiere celo y participación voluntaria en la entrega de información, toda la cual debe ser concordante y relevante, sin que el órgano jurisdiccional deba confrontar o recurrir a otros antecedentes para determinar la certeza de los datos aportados¹⁴⁹.

Si eventualmente el acusado reconoce el hecho al momento de la detención o presta declaración en juicio reconociendo su participación, esto no representa una colaboración sustancial, menos aún si el imputado fue detenido en una situación de flagrancia, pues, el delito ya se encuentra acreditado por otros medios, como lo señala la sentencia de Tribunal de Garantía de Yungay de 19 de Octubre de 2007, RIT 737-2006¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Ver CAMPOS Muñoz, Pablo. Fallo de la Corte Suprema que Rechaza Recurso de Nulidad Deducido por la Defensa de un Condenado por Delitos Sexuales. Sentencias Comentadas. Revista Jurídica del Ministerio Público. Julio, 2008. 35 (I): p.25.

¹⁵⁰ Consultar en Anexo 1.

En el nuevo proceso penal ésta atenuante recibe una aplicación especial, ya que de acuerdo a lo señalado en el artículo 407 inciso 3 del Código Procesal Penal¹⁵¹, los fiscales del Ministerio Público tienen la facultad de estimarla como concurrente, cuando existiendo un acuerdo con el imputado y la pena que se requiera aplicar no exceda de 5 años de privación de libertad, proceda un juicio abreviado.

A nuestro parecer, esta prerrogativa se ha convertido simplemente en una figura de negociación, lo que ha generado que no existan límites en la configuración de la atenuante en los procedimientos abreviados, bastando la aquiescencia del acusado de someterse a éste procedimiento para reconocerle la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal. Así lo ejemplifica en sentencia de Tribunal de Garantía de Puerto Montt de 12 de Junio de 2007, RIT 3216-2006, en la cual se configura respecto del acusado la atenuante de responsabilidad de la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos solamente por aceptar someterse a procedimiento abreviado.

A pesar que es claro, el artículo 407 del Código Procesal Penal otorga la configuración de la minorante en comento al Ministerio Público¹⁵², no es menos cierto que aquello corresponde a una facultad, que no necesariamente debe ser usada en todas las ocasiones que el acusado acepte someterse a procedimiento abreviado de forma indiscriminada, como lo observamos en la sentencia del Tribunal de Garantía de Puerto Montt de 12 de Junio de 2007, RIT 3216-2006.

En este mismo sentido, en oficio de la Fiscalía Nacional N° 665 se señala: *“que el incentivo para el reconocimiento de los hechos y antecedentes de la investigación y que permitiría estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del*

¹⁵¹ Artículo 407, inciso tercero del Código Procesal Penal: *“(…)Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N° 9 del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena”.*

¹⁵² Artículo 407 del Código Procesal Penal: *“...podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal”.*

Código Penal, no es el producto de una calificación efectuada por la ley sino que se trata de una posible circunstancia atenuante que el fiscal reconoce en forma facultativa si es que el acusado acepta los hechos de la acusación y los antecedentes en que se funda”¹⁵³.

De ahí que esta facultad deba tener límites, pues no basta que el imputado efectúe un reconocimiento de los hechos; debe aceptarlos y manifestar su conformidad con la aplicación de un procedimiento abreviado. Asimismo, se ha entendido por parte de la jurisprudencia, como lo sostiene la sentencia de Tribunal de Garantía de Santiago de 24 de Julio de 2006, RIT 2534-2006, que entiende acogida la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal en relación con el artículo 407 inciso 3° del Código Procesal Penal, en razón que el imputado aceptó someterse a procedimiento abreviado, los hechos de la acusación y prestó declaración ante el Ministerio Público.

Agrega esta sentencia, que para tener como calificada la colaboración sustancial el imputado debe hacer entrega de antecedentes relevantes, y con ello acelerar tiempos y/o contribuir al mayor grado de convicción en la decisión. A nuestro entender, es correcta la decisión del Tribunal de no aceptar dicha calificación si el imputado prestó declaración cuando la investigación estaba prácticamente agotada y no hubo ningún elemento nuevo que aportara su declaración. Pero asimismo, es incorrecta la decisión del Ministerio Público de aceptar como concurrente la atenuante del artículo 11 N° 9, pues con la aceptación del procedimiento abreviado el imputado no aportó ninguna ventaja a la investigación, que como se señaló, estaba prácticamente agotada.

En nuestra opinión, y como ya hemos señalado, el procedimiento abreviado y sus posibles beneficios es una facultad del Ministerio Público que debiese proceder siempre y cuando la investigación se vea beneficiada en términos de tiempo, de prueba y de economía procesal, lo que no se ve logrado si esto se transforma en una negociación de atenuantes. Sobre todo en casos de violencia intrafamiliar, en donde el

¹⁵³ FISCALÍA NACIONAL. Oficio N° 655: Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.074 a los procedimientos simplificado y abreviado. 14 de Noviembre 2005.

tiempo es esencial en cuanto a la retractación de la víctima y las medidas cautelares tendientes a evitar nuevos episodios de violencia.

Resulta un tanto paradójico que argumentos como que en los delitos de violencia intrafamiliar no es posible determinar quién es el culpable haga más destacable la circunstancia que el acusado renunciara a su derecho a guardar silencio y prestara declaración ante la Fiscal, cuando es requisito básico del procedimiento abreviado que el acusado acepte los hechos materia de la acusación, lo que se entenderá como dijimos, como una confesión. Así lo observamos en el alegado de la Defensa en sentencia de Tribunal de Garantía de Santiago de 24 de Julio de 2006, RIT 2534-2006.

Creemos además, que debe exigirse que el hecho confesado sea posible y verosímil, atendidos los demás antecedentes de la investigación¹⁵⁴, lo que resulta de toda lógica a la hora de ponderar los hechos de la acusación, y considerar un filtro a los dichos del imputado, pues la misma doctrina considera que reconocer los hechos al someterse a un procedimiento abreviado equivale a una confesión.

Finalmente, cabe señalar que la aplicación de la atenuante disminuye cuando los casos llegan a juicio oral, en esta instancia los jueces han entendido por regla general, que la sólo declaración en juicio por parte del imputado, no es suficiente para que se configure la minorante, así lo han considerado el TOP de Angol en sentencia del 07 de Agosto de 2008, RIT. 61-2008; TOP Santiago en sentencia del 28 de octubre de 2006, RIT 266-2006; TOP Santiago en sentencia del 25 de abril de 2007, RIT 20-2007.

2. Causales de Justificación.

a) Legítima Defensa

¹⁵⁴ PECCI, Carlos. El Procedimiento Abreviado en el nuevo Código Procesal Penal. Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2002.

La legítima defensa como circunstancia eximente de responsabilidad criminal ha sido definida como aquella “*consistente en una reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada*”¹⁵⁵, es decir, “*corresponde a una facultad que se le reconoce a los particulares en orden a proteger sus bienes jurídicos ante agresiones ilegítimas que el Estado no se encuentra en condiciones de reprimir o prevenir*”¹⁵⁶.

Para configurarla es necesario que concurren ciertos elementos, que dependiendo de la clase que se trate (propia, de parientes, de terceros extraños o privilegiada), tendrán algunas variables:

i) Existencia de una agresión ilegítima: para que se cumpla con este requisito, la agresión debe ser **real**, efectiva, verdadera; **actual** o inminente, ya que se trata de una reacción defensiva ante un ataque inmediato, que no da tiempo para recurrir a la autoridad; e **ilegítima**, es decir, que el titular del bien jurídico no esté obligado a aceptarla.

ii) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión: esto dependerá de la naturaleza del ataque y del bien jurídico.

iii) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende: esto significa que quien se defiende no realice una acción de naturaleza tal que razonablemente produzca el ánimo de agredir, es decir, que no sea apta para explicar el ánimo alterado del atacante.

Dentro de las numerosas interrogantes que surgen alrededor de este tema, está el de la viabilidad de alegar la legítima defensa como causa de justificación ante agresiones ilegítimas de violencia doméstica. Aspecto no especialmente pacífico y sobre el cual se pueden encontrar posiciones antagónicas, para algunos autores es necesaria una interpretación más laxa o flexible, que la tradicional, de los requisitos de

¹⁵⁵ CAMPOS Campos, Maritza. NAVEA Moya, Kitty. OLIVOS Opazo, Patricia. Uxoricidio: Una Reacción de la Mujer frente a la Violencia Intrafamiliar. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004. Nota 67.

¹⁵⁶ *Ibíd.* Nota 68.

la legítima defensa -en particular de la actualidad de la agresión y de la necesidad racional del medio- para poder aplicarla ante agresiones domésticas y para otros la pertenencia a determinados núcleos familiares, en los que surgen deberes recíprocos entre los integrantes de los mismos, generan limitaciones de naturaleza ético social que restringen el ámbito de aplicación de la legítima defensa.

Nuestros tribunales han tendido a aplicar restringidamente la eximente, dificultando su aplicación, aún más, si consideramos el gran número de requisitos exigidos para configurarla, convirtiéndola en una causal difícilmente aplicable a las mujeres que matan a su marido por causa de los malos tratos recibidos.

En efecto, un análisis de los requisitos exigidos pareciera reforzar la tesis de algunas feministas anglosajonas que sostienen que éstos pueden ser configurados sólo desde una perspectiva masculina¹⁵⁷, lo que se agudiza por la falta de especialización de fiscales, defensores y jueces, los que siguen considerando la legítima defensa desde la perspectiva de un derecho penal neutral, interpretando la norma desde el punto de vista del “hombre medio” no desde aquel de la “mujer media (maltratada)”, lo que supone, obviamente, la incapacidad de asimilar la violencia intrafamiliar como un fenómeno específico y, por ende, analizar la legítima defensa desde esta particularidad.

1.1. Mujeres víctimas de violencia de género que se convierten en agresoras frente a la Legítima Defensa

Los principales problemas que hemos podido distinguir a partir de un análisis de los casos de legítima defensa en que las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar se convierten en agresoras, son los siguientes: i) la falta de inmediatez en la reacción defensiva; ii) la irracionalidad del medio empleado para repeler la agresión y; iii) valoración de otros mecanismos de solución a los que pudo recurrir la agresora

¹⁵⁷ LARRAURI, Elena. La Mujer ante el Derecho Penal. [en línea] <<http://www.nodo50.org/feminismos/IMG/pdf/Larrauri-mujer-ante-derecho-penal.pdf>> [consulta: 21 de marzo de 2010]

tendientes a evitar la situación lesiva de defensa y que no la expusieran al crimen, como pedir auxilio en la casa de un familiar o solicitar la fuerza pública.

i) El argumento fundamental barajado para limitar la legítima defensa, en el caso de las mujeres que se convierten en agresoras, se ha centrado en la exigencia de inminencia o actualidad del ataque.

Esto se ha producido a raíz de que, por múltiples factores, tanto físicos, como de dependencia emocional y económica, las mujeres agredidas no reaccionan inmediatamente después de ser maltratadas por sus parejas, sino que, aguardan a que la situación de peligro disminuya y que el sujeto se encuentre en un estado más pasivo para poder defenderse, y así futuras agresiones y un mal mayor.

Jurisprudencialmente se ha considerado, y de acuerdo a una interpretación tradicional de la legítima defensa, que no se configuraría ni la actualidad ni la inminencia en el ataque exigidas para configurar la eximente, pues la agresión en estos casos ya cesó o nunca comenzó, siendo improcedente la reacción defensiva, considerándose mas bien la reacción de la mujer como vindicativa y debiendo calificarse como exceso extensivo¹⁵⁸, caso en el que debe determinarse solamente si estamos frente a un delito doloso o culposo, sin perjuicio de poder ser procedente la atenuante del artículo 11 N° 4 del Código Penal o la eximente del artículo 10 N° 9 del mismo cuerpo legal.

Este problema se soluciona, a nuestro entender, si contextualizamos las relaciones en que se encuentran inmersas estas mujeres. El fenómeno de la violencia intrafamiliar y sus ciclos responden a conductas especiales y no comprendidas en el concepto tradicional de legítima defensa que ejecuta el “hombre medio”. Realizar esta interpretación objetiva significa responder a elaboraciones realizadas por un mundo masculino, representativa también de cierta subjetividad, reflexión que puede ilustrarse en una constelación de casos que han obtenido publicidad en los últimos años.

¹⁵⁸ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre. RAMIREZ, María. *Op. cit.* p.222.

Por esta razón, en estas situaciones donde la estructura tradicional de la legítima defensa no puede ser configurada, es menester buscar una solución alternativa de reconocer una causa de exclusión de la culpabilidad por inexigibilidad de una conducta distinta¹⁵⁹.

Así, el historial de continuos abusos debe ser la base para considerar una ampliación de la interpretación tradicional de la “actualidad” de la agresión, principalmente tomando en cuenta los numerosos ataques sufridos durante años y el estado en que vive la mujer maltratada, que algunos autores han calificado de “*constant anticipatory terror*”¹⁶⁰, es decir, siente en todo momento presente un peligro latente, del que puede surgir una lesión física y/o emocional en cualquier instante. Estudios demuestran que “*la mujer maltratada reconoce perfectamente los pequeños signos que preceden a los momentos de desencadenamiento de la violencia; aprende a distinguir sutilmente cambios en el tono de voz, expresiones faciales y el grado de peligro; ésta en posición de percibir, con mayor grado de certeza si fuese atacada por un extraño, que el peligro es real y que el marido actuará inmediatamente sobre ella*”¹⁶¹.

En esta realidad, la actualidad de la agresión no se reduce únicamente al hecho puntual, o al momento inmediatamente anterior al ataque, sino que debe ser contextualizado en una “*dimensión diacrónica acumulativa*”¹⁶², es decir, a una suma total de agresiones y malos tratos pasados, que probablemente se convertirán en futuros.

Entendemos, así, que la inmediatez no debiese estar referida a una circunstancia contigua en el tiempo, sino a un nexo entre acción y reacción, siendo imperioso anticiparla a fases anteriores de las abarcadas por la inminencia y posteriores a la

¹⁵⁹ IGLESIAS Río, Miguel Ángel. Fundamentos y Requisitos Estructurales de la Legítima Defensa (Consideración Especial a las Restricciones Ético Sociales), Granada. España, 1999. p.416.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.* pp.425-426.

¹⁶² *Ibíd.*

agresión, en base al convencimiento de la mujer, según anteriores experiencias, de volver a verse expuesta a nuevas torturas.

En este sentido, algunos autores han señalado que el sujeto que se defiende no tiene porque esperar a que el ataque se produzca efectivamente para poder repelerlo cuando existen antecedentes inequívocos de que dicha agresión va a comenzar¹⁶³, lo que en el caso de las mujeres maltratadas es fácil de acreditar si consideramos que la violencia domestica es reiterada y creciente.

En la doctrina nacional, ha existido una tendencia respecto de delitos permanentes, como el secuestro, y en la repetición de los actos constitutivos de delitos habituales y continuados, de considerar que existe actualidad en la legítima defensa al verse expuesta la víctima a una agresión constante¹⁶⁴.

Asimismo, se ha considerado que para admitir la legítima defensa es necesario estar ante una conducta reiterada y que la víctima se encuentre sometida a un constante estado agresivo, como podría configurarlo el delito de maltrato habitual.

En estos supuestos, consideramos, que la legítima defensa practicada no es realmente un caso de legítima defensa preventiva, pues la agresión realmente existe.

ii) La racionalidad del medio empleado en la legítima defensa se ha entendido tradicionalmente como la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa, una vez que sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena¹⁶⁵.

Tratándose de mujeres que agreden a sus parejas en legítima defensa, el problema se ha enfocado en la falta de proporcionalidad de los medios con que ejecuta el

¹⁶³ MUÑOZ Conde, Francisco. Teoría General del Delito. 4º Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 2007. p.119.

¹⁶⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Op. cit.* pp.218-219.

¹⁶⁵ MUÑOZ Conde, Francisco. *Op. cit.* p.120.

defensa, debido, principalmente, a que por las características físicas de la mujer y las de su agresor, ésta debe recurrir a medios de mayor entidad, que aquellos con lo que esta siendo agredida, para poder ejecutar una defensa completa.

En este sentido, los jueces a la hora de analizar estos hechos y realizar solamente un ejercicio aritmético entre el medio de ataque y el medio de defensa, obviamente determinan que no existió legítima defensa por lo desproporcionado del medio utilizado por la mujer, sin considerar el resto de circunstancias del caso, como las características físicas, ya mencionadas, o la violencia intrafamiliar previa.

A nuestro entender, la necesidad racional del medio empleado no esta solamente referida a la proporcionalidad entre el medio de ataque y de defensa, sino que se conforma con la “racionalidad” del medio empleado, es decir, con la capacidad del sujeto que se defiende de actuar sensatamente de acuerdo a las circunstancias del caso.

Por ello, no resulta razonable que la víctima de una agresión actúe serenamente y escoja objetivamente, dentro de los medios disponibles, los proporcionales a aquel con que está siendo agredida, lo normal es que haga uso de los medios con que cuenta para defenderse. Sobre todo si peligra su vida.

No debemos exigirles una conducta heroica a las mujeres víctimas de violencia, interpretando este requisito con igualdades objetivas entre los elementos de defensa y ataque, pues es obvio que por las desproporciones físicas y las relaciones de poder, la defensa debe hacerse con medios que le proporcionen la adecuada defensa.

Finalmente, surge un nuevo problema es si estos criterios de racionalidad son entendidos de acuerdo a la perspectiva del “hombre medio” o de una “mujer media”, como lo señalamos en el punto anterior, pues ellos no pueden sustentar los de una persona que ha sido permanentemente maltratada, que nunca ha denunciado, ya sea por temor a futuras agresiones, que es el caso paradigmático de las mujeres; o bien por el reproche social, que es la reacción propia de una sociedad machista. Cualquiera

sea el caso, el maltrato puede distorsionar la consideración de una persona media, porque su interacción con el mundo se vive desde la perspectiva del maltrato, desde una coacción constante, desde un constreñimiento a tolerar un estado no deseado por la víctima.

La conclusión pudiera ser que la legítima defensa está construida para ataques puntuales de extraños y para defensores del género masculino que puedan repeler el ataque de un modo menos lesivo que la muerte.

iii) En relación a ésta construcción masculina del derecho nace un tercer problema, los jueces han tendido a criticar el actuar de la mujer que se defiende, cuestionando el porqué no trató de evitar el peligro buscando otros mecanismos de solución.

Se plantea que no sería posible aplicar esta exoneración de responsabilidad a la mujer que ha asesinado o lesionado a su pareja si pudo, por ejemplo, haber pedido auxilio a la policía o haber huido del hogar común, evitando que se prolongara el ciclo de violencia. A nuestro entender, la posibilidad de actuar de otro modo debe interpretarse caso a caso, considerando las dimensiones particulares de la relación de violencia y las reales posibilidades de actuar de modo.

Así, las posibilidades de evitar el daño no se pueden tomar a la ligera, pues, en algunos casos no se podrá exigir del amenazado otras conductas que representen un aumento del riesgo. En efecto, en el momento de intentar una separación o huida, se verifica el más alto riesgo para la persona y rara vez se termina rompiendo el círculo de violencia y dominación, por lo que, no resulta razonable pensar en tales posibilidades como conductas alternativas exigibles, lo que nos lleva a la misma conclusión anterior, estos criterios de racionalidad son contestados de acuerdo a la perspectiva del “hombre medio” no el de la “mujer media maltratada”.

Finalmente, la legítima defensa es un derecho principal que debe responder a circunstancias fácticas donde no es exigible su consideración subsidiaria en atención a agotar otros medios de defensa antes de acudir a ésta. Si así fuera, la legítima defensa

como causa de justificación carecería de sentido y sus circunstancias de procedencia serían limitadas. En este sentido, si un tribunal plantea esta exigencia, está estableciendo exigencias que el legislador no ha hecho, y con esto, vulnerando el principio de legalidad en el entendido que todos somos destinatarios del mismo régimen jurídico.

Soluciones alternativas a la legítima defensa en el caso de las mujeres víctimas que se vuelven agresoras

Frente a la dificultad de obtener una legítima defensa completa, la defensa de mujeres víctimas que se vuelven agresoras ha optado por la búsqueda de otras eximentes de responsabilidad, recurriendo al artículo 10 N° 1 y 9. Al respecto existen fallos con resultados favorables para estas mujeres, entre los que cabe destacar el de “Patricia Orellana Díaz”, quien después de años de maltrato y frente a una nueva situación de violencia, empujó a su cónyuge y le arrojó una piedra, causándole lesiones de mediana gravedad que demoraron entre dieciocho a veinte días en sanar.

En este caso, el tribunal estimó que no concurría la eximente del artículo 10 N°1 solicitada por la defensa, por no haber en el autor una privación total de la razón. Pero, acogió la eximente de responsabilidad consagrada en el artículo 10 N°9, ya que, en palabras del tribunal: *“de conformidad a los antecedentes que rolan en autos, aparece de manifiesto que la acusada actuó impulsada por el temor de verse expuesta a futuras agresiones físicas y psicológicas, producto de la amenaza directa ejercida por su cónyuge Luis Bernardo Cordero Meneses, quien de (sic) sistemáticamente a la acusada, como surge de la prueba aportada por la defensa”* (19 Juzgado del Crimen de Santiago. 22 de enero de 2008. ROL 72.336-PL)

Esta solución presenta algunos problemas desde una perspectiva de género, ya que plantea la necesidad de considerar que la mujer víctima de violencia intrafamiliar que se defiende frente a su agresor, debe estar privada de razón o en un estado insuperable de intimidación.

En el caso en comento, la defensa para que fuese acogida la atenuante del artículo 10 N°9, presentó como prueba, además; del testimonio de la víctima que relata toda la historia de maltrato previo; un informe médico, *“que concluye que la aludida presenta lesiones psicológicas graves; trastorno ansioso agudo severo, trastorno por estrés postraumático, víctima de amenazas de muerte”*.

A modo de conclusión, estimamos que no es correcto exigir algún estado de “trastorno mental” en una víctima de violencia para eximirla de responsabilidad, sino que su legítima defensa debería justificar su actuar antijurídico.

1.2 Hombres Agresores Frente a la Legítima Defensa.

En otro orden de ideas, y a diferencia de las tendencias en la interpretación de la legítima defensa en los casos de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar que se convierten en agresoras, cuando son los hombres agresores quienes alegan la eximente.

La exculpación es mucho más frecuente, basándose, principalmente, en la supuesta existencia de violencia cruzada y, por ende, en su igual calidad de víctima, como lo demuestra el planteamiento de la defensa en sentencia del Tribunal de Garantía de Yungay de 19 de Octubre de 2007. RIT 737-2006, que:

“solicita la absolución de su representado, por cuanto consta que éste sólo rechazó el ataque efectuado por la ofendida, quien reconoce en su declaración haber propinado a su defendido dos cachetadas, por lo que la sujetó de las muñecas y la empujó cayendo sobre una cómoda golpeándose la cabeza, por lo que sostiene que favorece a su mandante la eximente de responsabilidad del número 4 del artículo 10 del Código Penal”.

Este tipo de argumentaciones son contraproducentes. Uno de los supuestos de la violencia cruzada es la simetría en los ataques y la paridad de fuerzas entre las partes, lo que es difícilmente constatable en la mayoría de los casos de violencia doméstica,

donde es la mujer la que habitualmente se ve expuesta a malos tratos y se encuentra disminuida tanto física, como psicológicamente, pudiendo fácilmente evitarse la agresión por otros medios.

En este sentido, muy bien señala la sentencia del Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de 25 de Abril de 2007, RIT 20-2007, en su considerando séptimo:

“Cabe analizar la circunstancia segunda, esto es, si la reacción del acusado fue proporcional a la agresión sufrida y se estima que no fue proporcional, desde el instante que si bien la víctima lo trata de agredir con sus manos como lo relata la afectada, éste tiene otros medios para evitar dicho ataque como sujetarla y retenerla, pero no parece racional ni proporcional que en el contexto del ataque se le dé un golpe de puño en la cara a su conviviente, pues en ningún caso existía un riesgo serio a su integridad física y no era la única forma de evitar el ataque, más aún, considerando que como hombre tiene mayor fuerza que una mujer y, por tanto, tiene medios efectivos para repelerla sin que un golpe de puño en la cara sea justamente la alternativa más racional, menos aún tratándose de su conviviente”.

Otro punto es que se ha tendido a desacreditar el testimonio de la víctima a la hora de determinar la existencia de la legítima defensa en la conducta del que supuestamente se defiende respecto a la violencia vivida anteriormente, testimonio que debiese ser determinante a la hora de analizar los hechos en disputa. Pues, debiese considerarse la violencia previa como una provocación suficiente y permanente en la víctima que se ha convertido en agresora, ejemplo de ello lo encontramos en sentencia de Tribunal de Garantía de San Javier de 01 de Septiembre de 2006, RIT 16- 2006.

Considerando Séptimo: *“si bien las lesiones provocadas por el imputado a su ex conviviente, constituyen una acción típica, que se encuadra en la descripción realizada en el artículo 494 No. 5 del Código Penal en relación con la Ley 20.066 Sobre Violencia Intrafamiliar, por lo que debería ser calificado de lesiones menos graves, este hecho no constituye delito pues concurre en este caso una causal de justificación, como es la legítima defensa (...) en la especie concurren todos los elementos que el artículo 10*

No. 4 del Código Penal exige para la concurrencia de esta causal de justificación, a saber: Una agresión ilegítima, como lo fue el intento de lesionar con arma blanca; uso de un medio racional empleado para repelerla, pues ante el ataque con un elemento cortante se utiliza un taco de pool y sólo se golpea en el brazo para tratar de desarmar al oponente; y falta de una provocación suficiente por parte del que se defiende, pues aunque la conducta injuriosa XX explica la rabia y la ofuscación de doña XX, no justifica el proceder de ésta”

A nuestro parecer, en estos casos lo central a la hora de reconocer la legítima defensa es determinar si existió o no provocación suficiente para motivar el ataque, esto es, si el que se defiende causo o no la situación de necesidad, pues no se puede excluir la idea que el agredido dolosamente provocó a la agresora con intención de causar daño, sobre todo si consta la existencia de una seguidilla de situaciones violentas.

II.II Parte Especial: problemas sustantivos en la regulación del delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar.

a) Sistematización de las lesiones en contexto de violencia intrafamiliar: Aplicación de los artículos 400 y 494 N°5 del Código Penal.

Como se señaló en el capítulo anterior, **la Ley N° 20.066 introdujo dos modificaciones a la regulación de las lesiones en el Código Penal. Modifico el artículo 400** del mismo, aumentado en un grado las penas para todas aquellas lesiones en que los involucrados tengan alguna de las relaciones que señala el artículo 5 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar; también, **introdujo una prohibición en el numeral 5° del artículo 494**, consistente en que una lesión nunca podrá calificarse como leve, si se comete en contra de alguna de las personas mencionadas en el citado artículo 5 de la Ley N° 20.066.

La aplicación conjunta de estas normas ha sido tema de debate por nuestros Tribunales, puesto que a juicio de algunos, una vez que actúa la prohibición establecida en el artículo 494 N°5, no podría aumentarse la pena de la lesión menos graves, como señala el artículo 400, ya que ambas normas consideran que la relación existente entre víctima y agresor sea de aquellas mencionadas en el artículo 5 de la Ley sobre violencia intrafamiliar, así, la aplicación de ambas normas a la vez respecto de un mismo hecho atenta contra la prohibición de doble valoración de la circunstancias, establecida en el artículo 63 del Código Penal. Para, otros el uso conjunto de estas disposiciones no viola el principio de *non bis in ídem*, puesto que sólo se estaría agravando una lesión menos grave, calificada como tal, por ser esta la figura base de las lesiones y no por la establecido en el artículo 494 N°5, norma que sólo impide privilegiar este delito.

La modificación introducida en el artículo 494 N°5, sólo estableció como mandato legal una prohibición que a nuestro entender, siempre estuvo presente en la correcta interpretación de la norma, según la sistemática de los delitos de lesiones, como a continuación se explicara. Pero, que ciertamente, no puede aplicarse en conjunto con el artículo 400.

La figura base del delito de lesiones son las lesiones menos graves, tipificadas en el artículo 399 del Código Penal, que señala que *“las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves”*, por lo que toda lesión en que no exista una calificante de las lesiones graves y cuyo tiempo de incapacidad sea menor a treinta días, será menos grave, pudiendo el juez de acuerdo a las circunstancias del hecho y la calidad de las personas calificar la lesión como leve, cuestión que por regla general no podría hacerse en los casos de violencia intrafamiliar, en los que las relaciones entre víctima y victimario representarían un mayor disvalor y no a la inversa, como para que el magistrado pudiese entender que la lesión es leve. Es importante, siempre recordar que esta interpretación debía hacerse de acuerdo a los dos elementos mencionados, siendo el juez quién califica jurídicamente la lesión y no el médico. Así, la prohibición introducida por la Ley sobre Violencia Intrafamiliar al artículo

494 N°5, establece como mandato legal esta interpretación, que parece obvia, limitando la tarea interpretativa del juez en los casos de violencia intrafamiliar.

En este mismo sentido, **nuestra doctrina ha reconocido que la “lesión leve es, jurídicamente, una lesión menos grave que según la valoración del tribunal (no de las partes o del perito médico), corresponde ser tenida como leve”¹⁶⁶**. *El tribunal no es libre para hacer esa valoración, debe considerar dos elementos copulativos y ajenos a la naturaleza misma de la lesión, a saber “la calidad de las personas” y “las circunstancias del hecho”. De suerte que características como la edad de los afectados, la jerarquía que puede ligarlos, el lugar y condiciones en que se infirieron las lesiones y cualquier otra modalidad relevante, debe ser tenida en cuenta por el tribunal para apreciar la lesión, siempre que este comprendida en los dos rubros.”¹⁶⁷*

El problema es que, en los casos de violencia intrafamiliar, al haber prohibido el legislador al juez que este recalifique las lesiones menos graves como leves, si estas se dan entre algunas de las personas que menciona el artículo 5 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, los fiscales, defensores y jueces han mal interpretado la prohibición señalando que las lesiones clínicamente leves siempre se corresponden con las lesiones jurídicamente leves del 494 n°5 que no pueden calificarse como tales producto de esta prohibición, sin embargo y como lo hemos señalado, esta interpretación es contraria a la sistemática del delito de lesiones, puesto que pone a las lesiones leves como figura base de este delito¹⁶⁸.

Una causa probable de este error es que se han dejando en manos del facultativo la tarea que corresponde al intérprete judicial. Las lesiones no necesariamente son leves porque así lo señale el parte médico, o menos graves porque clínicamente son de mayor envergadura. La sistematización de las lesiones está establecida a la inversa, como se dijo, jurídicamente todas las lesiones que no sean clínicamente leves, serán

¹⁶⁶ Énfasis agregadas

¹⁶⁷ GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal, Parte Especial. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo III.

¹⁶⁸ En este sentido ver CA de Valparaíso. 28 de septiembre de 2007. ROL 922-2007.

menos graves, a menos que el intérprete judicial de acuerdo a los elementos ya mencionados disponga lo contrario.

Entendiendo así el delito de lesiones, es entonces, que creemos que la modificación introducida por la Ley N° 20.066 al artículo 494 N°5 del Código Penal, agrega una prohibición legal respecto de una interpretación judicial, que en casos de violencia intrafamiliar debió ser generalmente coincidente con esta modificación, es decir, si para calificar una lesión como leve el juez debe atender a las circunstancias del hecho y la calidad de las personas, lo lógico es pensar que si el hecho se da en un contexto de violencia intrafamiliar entre personas que tienen una relación de pareja, estas serán circunstancias que impedirían al juez calificar a la lesión como leve, no parece prudente pensar que este contexto se pueda privilegiar la figura de las lesiones menos graves para considerarlas como leves¹⁶⁹.

Así también, lo entiende el legislador, quién en la norma del artículo 400 ha agravado la pena en un grado respecto de las personas que tengan relaciones de parezco, conyugalidad o convivencia, ya que, si el sentido de la norma fuera el inverso, es decir, el juez, hubiese podido, en un contexto de violencia intrafamiliar calificar las lesiones menos graves como leves, entonces esta norma disminuiría la pena al imputado en estos casos¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Este típico error se observa en el fallo del TOP de Santiago. 01 de septiembre de 2006.RIT 218-2006, él que califica los hechos como constitutivos del delito de "lesiones menos graves en el contexto de violencia intrafamiliar regulado en el artículo 489 (sic) N° 5 y 399 del Código Penal y artículos 5°, 9 y 16 de la Ley 20.066... que... en conformidad a lo prescrito en el artículo 494 N° 5 del citado Código Punitivo califican de menos graves, no obstante su entidad – leve- por haberse ocasionado en situación de violencia intrafamiliar". Respecto de la aplicación de la norma de determinación de pena del artículo 400, esta no procede, ya que, se infringiría el principio non bis in ídem, puesto que la circunstancia del "vínculo matrimonial" de los involucrados, ya se habría considerado para definir el delito, "que por su entidad habría sido imposible arribar a la conclusión de calificarlo como delito de lesiones menos graves, por lo tanto, la aplicación del artículo 400 significaría valorar dos veces un misma circunstancia, que ya está comprendida, como plus de injusto en el artículo 496 (sic) N° 5".

¹⁷⁰ En un sentido contrario Zapata, para quién aumentar las penas por relaciones de parentesco o conyugalidad es un error, este autor señala que "en cuanto a la agravante del parentesco y las relaciones de matrimonio (artículo 400), estimamos muy cierta la posición que al respecto sostiene la moderna Psicología de la familia. Según ésta, al interior del grupo familiar suelen entablarse relaciones personales mucho más relajadas, desahogadas que las que se traban fuera de aquél. Los sujetos adoptan un comportamiento más aliviado, propio de estar en su

En el caso específico de la violencia doméstica contra la mujer, el vínculo de afectividad con el agresor debe constituir una circunstancia agravante, ya que es un elemento que da una característica especial a este tipo de violencia, permite que se transforme en una relación de violencia estable (no ocasional como lo sería cualquier lesión), que retroalimenta la relación de poder del agresor sobre la víctima.

En palabras de Marta Falcón¹⁷¹ *“El vínculo afectivo se traduce, para los hombres, en ejercicio de poder... Para las mujeres, de manera correlativa, ese mismo vínculo se expresa... [en] diversas formas de sumisión. El ejercicio de control y abuso por parte de los hombres es algo naturalizado tanto por ellos como por las propias mujeres. Ambos han aprendido a ver las disparidades de poder como algo natural y la violencia como inevitable”*¹⁷².

Un problema diferente es el que se presenta cuando tenemos que aplicar la norma del artículo 400 a las lesiones menos graves, la discusión entonces será si debo o no aplicar esta norma de calificación a toda lesión menos grave en contexto de violencia intrafamiliar.

La jurisprudencia no es uniforme, aunque por regla general ha señalado que siendo la lesión clínicamente leve, no podría aplicarse esta norma, ya que habría una violación

hogar y con sus seres más cercanos. De allí, que sea criticable, dogmáticamente, que el Código penal agrave la responsabilidad de las lesiones inferidas a aquellas personas con quien el agente establece nexos regidos por una confianza e intimidad que el Derecho penal debiera considerar”. ZAPATA Cuéllar, Rodrigo. El delito de lesiones en el marco de la reforma penal. *Gaceta Jurídica* (N° 238): p.5, 2004.

Esta posición es, a nuestro juicio poco razonable, las relaciones “más relajadas al interior de la familia”, generan lazos de confianza, por lo que un delito que se cometa en su interior parece aprovecharse de esta situación, lo que merece aún mayor reproche.

¹⁷¹ Licenciada en Derecho, especialista en estudios de género, doctora en Ciencias Sociales con especialidad en Mujeres y relaciones de género. Profesora-investigadora en la Universidad Autónoma Metropolitana- Azcapotzalco. México, D. F. Desde 1990 ha trabajado sobre violencia doméstica tanto en espacios institucionales como no gubernamentales y académicos.

¹⁷² Simposio Violencia contra las mujeres en el espacio doméstico y la tutela del Estado: desafíos y limitaciones de la respuesta punitiva. Anuario de Derechos Humanos 2009. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp.60-81. [en línea] <http://www.cdh.uchile.cl/anuario05/4_Simposio/Simposio.pdf> [consulta: 25 mayo 2010].

al principio de non bis in ídem. De todas formas existen sentencias que señalan lo contrario, sobre la base que siendo la lesión menos grave se debe aplicar, sin ningún distingo la regla del artículo 400.

Diferimos de estas interpretaciones, no es el informe médico el que por sí sólo defina la aplicación de una norma jurídica, así, Van Wezell¹⁷³ distingue entre las lesiones menos graves calificadas como tales en razón de una valoración judicial de acuerdo a los criterios generales y las lesiones menos graves que la ley determina como tales únicamente en razón del contexto intrafamiliar. No pudiendo aplicarse la regla del artículo 400 sólo a este segundo tipo de lesiones en virtud del principio non bis in ídem.

La jurisprudencia al parecer también ha establecido una modificación de la sistematización del delito de lesiones al distinguir dos tipos de lesiones menos graves¹⁷⁴; las lesiones menos graves propiamente tales¹⁷⁵, estas son las tipificadas en el artículo 399 del Código Penal; y las lesiones menos graves que “no son tales”, esto es lesiones del artículo 494 N°5 que por mandato legal deben entenderse como del 399 del Código Penal. A este tipo de lesiones no se aplicará la calificante del 400.

Estimamos correcto el análisis en cuanto a que no puede considerarse dos veces la misma circunstancia para tipificar y agravar el delito. Pero, hay que distinguir, no se trata de que hayan lesiones leves que se consideren menos graves; existen **algunas** lesiones propiamente menos grave, a las cuales no se puede aplicar la regla del artículo 400, ya que la circunstancia de que entre víctima y ofensor medie alguna de

¹⁷³ Para el autor, las modificaciones introducidas al Código Penal por la Ley N°20.066, han alterado la sistematización del delito de lesiones. Siendo la norma del artículo 494 N°5 un elemento emergente y negativo del tipo; esta modificación no ha sido discutida por nuestra jurisprudencia. Para un análisis más profundo ver VAN WEEZEL, Alex. *op.cit.* y *supra* “Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.066 al Código Penal”, capítulo II.

¹⁷⁴ Es importante señalar, que la distinción entre ambas lesiones, se establece para efectos de aplicar o no de la calificante del artículo 400, y no con el fin de hacer una distinción sistemática del delito.

¹⁷⁵ Respecto de la aplicación del artículo 400 al delito de lesiones propiamente tales, se puede consultar el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Talca. 30 de Julio de 2008. RIT 101-2007 (ver extracto de la sentencia en párrafo sobre irreprochable conducta anterior).

las relaciones señaladas en el artículo 5 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, ya se ha considerado en la tipificación del delito.

Además, Este criterio nos parece acertado en la medida que considera que la calificación de las lesiones no depende exclusivamente de la calificación clínica de las mismas, sino de otros criterios valorativos que el juez debe considerar. De esta manera, el artículo 400 puede aplicarse a las lesiones menos graves que el juez considere como tales en virtud de circunstancias diferentes al contexto de violencia intrafamiliar. Mientras que no podrá aplicarse a aquellas lesiones, que se consideran menos graves tan sólo por este contexto.

El error de nuestros tribunales, y que conlleva implícito el peligro de hacer inoperante la norma del artículo 400¹⁷⁶, es pensar que la calificación de una lesión depende exclusivamente de lo señalado en el informe médico, y que es a las lesiones clínicamente leves a las que no se aplica la norma del artículo 400 y a las lesiones clínicamente menos graves a las que sí se aplica. De nuevo, es a las lesiones menos graves, consideradas de esa forma, por darse en un contexto violencia intrafamiliar, a las que no se aplica este artículo, mientras que otras lesiones en cuya valoración no haya incidido que se den en este contexto, se aplicará la calificante.

Así, sería desproporcionado aumentar en un grado la pena de las lesiones en las situaciones que ya se ha considerado la relación “intrafamiliar”, creemos que efectivamente en estos casos se vulneraría el principio *non bis in ídem*, pero no porque exista una lesión leve que se considere menos grave, por lo que no se puede volver a aumentar en un grado la pena, si no porque se estaría considerando dos veces el mismo elemento, esto es la relación de conyugalidad o convivencia¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Además, este error a dado pie para que se aplique el plazo de prescripción de las falta en algunos caso y se extienda la crítica de que se han penalizado excesivamente algunas situaciones.

¹⁷⁷ Ver en Anexo I.II sentencia C.A. Valparaíso. 28 de septiembre de 2007. ROL 922-2007, que anula la sentencia de primera instancia del TOP de Viña del Mar, por estimar que al considerar dos veces la relación de parentesco, en un mismo delito de lesiones, infringía el principio *non bis in ídem*.

Además, de la historia de la ley se desprende que ambas modificaciones consideran el mismo factor¹⁷⁸, esto es la calidad de las personas, lo que determina que estemos en un contexto de violencia intrafamiliar, ya sea para calificar el delito o para aumentar la pena, por lo que una vez que se entiende que una lesión no puede ser calificada de leve por las personas involucradas y que por lo tanto seguirá considerándose menos graves, no se puede entonces aumentar en un grado más la pena, ya que estaríamos considerando como agravante un elemento que ya se consideró para la calificación de la lesión.

Aplicación de la Ley N°18.210 de Tránsito para tipificar las lesiones leves

¹⁶⁹ La modificación de los artículos 400 y 494 N°5 nace durante el segundo trámite constitucional del proyecto en el Senado, como una indicación del ejecutivo, que luego es modificada en el Senado y en la comisión mixta.

La modificación del artículo 400 obedece a la idea de proteger a las víctimas de violencia intrafamiliar mediante el aumento de las penas de delitos cometidos en este contexto, en ese sentido la comisión mixta decidió finalmente modificar la alusión que hacía el artículo a las víctimas del delito de parricidio, por aquellas que contempla el artículo 5 de la Ley N° 20.066 y aumentar en un grado las penas. “Es decir, en este artículo -que establece una circunstancia calificante para todas las formas de lesiones, aumentando la pena en un grado-, no hay una alteración sustancial, sino sólo en cuanto a las personas amparadas por la norma”.

Por su parte, la introducción de la frase final del artículo 494 n°5, tiene como objeto clarificar que una lesión producida en un contexto VIF, nunca podrá considerarse leve en atención a la calidad de las personas involucradas, por lo que entonces, estas lesiones deberán considerarse menos graves.

Así, se desprende de la historia fidedigna de la Ley N° 20.066, durante la cual no se agregó un artículo 494 ter, como propuso el ejecutivo en su momento, que señalaba que en el caso de que una lesión falta constituyese un acto de violencia intrafamiliar, esta se sancionaría con la pena “de prisión en su grado medio y que, si existe habitualidad o reiteración, se impondrá la pena superior en grado, dejándose constancia de que esta habitualidad o reiteración debe referirse a actos de violencia intrafamiliar y no a cualquier delito”. La Comisión mixta no agregó este artículo y decidió modificar el 494 N° 5, ya que el mismo implicaba “reconocer que en el caso de violencia intrafamiliar se pueden calificar de leves lesiones que generen enfermedad o incapacidad laboral no superior a 30 días. El criterio correcto para considerar leves las lesiones es valorativo y no clínico. Así lo ha resuelto la Corte Suprema; además, consta en la historia fidedigna del Código Penal y, asimismo, lo señalan los autores. La jurisprudencia de los tribunales inferiores del antiguo sistema penal, equivocadamente, ha aplicado un criterio clínico (enfermedad o incapacidad laboral por menos de 7 días). Este criterio, en forma más restringida, sólo es válido en materia de las leyes del tránsito y de alcoholes, por haber texto expreso”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°20.066. Op. cit. p. 454

Como última cuestión, que se discute en nuestros tribunales, queda lo respectivo a la aplicación de la norma del inciso 1° del artículo 196 E de la Ley de Tránsito a *“situaciones distintas de aquella para la que se estableció –la definición del alcance del tipo de conducción en estado de ebriedad en su forma simple– comporta una integración analógica, que, al menos según la comprensión generalizada del principio de legalidad, sólo es admisible cuando se realiza in bonam partem. No obstante, en las hipótesis que justificarían dicha integración analógica se trata precisamente de exasperar la penalidad, ya que se sancionarían delitos imprudentes sin que la ley lo señale, ya que al considerarse sólo el criterio cuantitativo, se eliminaría el valorativo y por ende, se sancionarían lesiones leves que según las consideraciones valorativas pueden no ser sancionadas, pero, por causar incapacidad por 7 días se penalizan”*¹⁷⁹.

Por regla general, nuestros tribunales de justicia han entendido que la Ley N° 18.210, no es aplicable a otros casos más que los señalados en la propia ley¹⁸⁰.

b) Prescripción de los delitos de lesiones menos graves del artículo 399 en relación al artículo 494 N°5.

De acuerdo a la reforma introducida por la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, cuando los hechos constitutivos de actos de violencia intrafamiliar configuren las lesiones contempladas en el número 5 del artículo 494 del Código Penal no pueden calificarse como leves si se cometen en contra de una de las personas mencionadas en el artículo 5 de la misma ley¹⁸¹. Prohibición, a nuestro entender, no alteró la sistemática del delito de lesiones, sino sólo estableció como mandato legal una interpretación que según la lógica siempre debió ser así. De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la figura base del delito de lesiones son las lesiones menos graves, tipificadas en el artículo 399 del Código Penal, que señala que *“las lesiones no*

¹⁷⁹ VAN WEEZEL, Alex. *op.cit.* p.8.

¹⁸⁰ Ver VAN WEEZEL, Alex. *Op. cit.* p.9.

¹⁸¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Informe Comisión Mixta. p.455.

comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves”, por lo que, toda lesión en que no exista una calificante de las lesiones graves y cuyo tiempo de incapacidad sea menor a treinta días, será reputada como menos graves, pudiendo el juez de acuerdo a las circunstancias del hecho y la calidad de las personas calificar la lesión como leve, cuestión que, por regla general, no podría hacerse en los casos de violencia intrafamiliar en los que las relaciones entre víctima y victimario representarían un mayor disvalor y no a la inversa.

Así, el legislador sustituyó el criterio discrecional anterior, con la idea de otorgar mayor protección a la integridad corporal de los cónyuges, convivientes y los parientes a que alude, y previno, como ya se señaló, que las lesiones causadas a estos no podrían ser tenidas como leves, cualesquiera fuese su dañosidad.

Consecuencia directa de esta reforma, es que el tiempo de prescripción penal de la acción correspondiente a las mujeres víctimas de las lesiones tipificadas en el artículo 494 N° 5 del Código Penal en relación al artículo 399 del mismo cuerpo legal se extiende a cinco años, tiempo correspondiente a un simple delito¹⁸².

Respecto de ello, señala la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 16 de Noviembre de 2006, ROL 2141-2006, en su considerando tercero:

“Teniendo en consideración que estas lesiones¹⁸³ habrán de recibir pena de presidio menor en su grado mínimo y que esta es sanción de simple delito, no puede menos que concluirse que el término de prescripción de la acción penal aplicable a la infracción se extiende a cinco años”.

Este tiempo de prescripción se ha convertido en un tema de discusión en los casos de mujeres víctimas, pues el tiempo estimado de las denuncias por los malos tratos va

¹⁸² Ver Juzgado de Garantía de Colina. 19 de Diciembre de 2006. RIT 989-2006, Corte de Apelaciones de Santiago. 3 de Noviembre de 2006, ROL 2031-2006, y Corte de Apelaciones de Santiago. 16 de Noviembre de 2006, ROL 2141-2006.

¹⁸³ Lesiones clínicamente leves.

de 5 a 7 años¹⁸⁴. En este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 3 de Noviembre de 2006, ROL 2031-2006, capta las intenciones del legislador de adecuarse a la especial realidad de la violencia domestica señalando en su parte considerativa:

“Que el propósito de aumentar las penas aplicables a los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar es castigar a quien maliciosamente provoca lesiones a los miembros de su familia”

Por ello, el legislador adopta las normas y procedimientos necesarios para garantizar la vida, la integridad personal, física y psíquica de las personas que menciona¹⁸⁵.

c) Lesiones y maltrato habitual.

Para dar inicio a la persecución penal del delito contemplado en el artículo 14 de la Ley N° 20.066, se requiere que el Tribunal de Familia respectivo califique previamente los hechos denunciados como un maltrato producido de manera habitual y envíe los antecedentes al Ministerio Público, sin otra consideración, esto es, con independencia de que los hechos hayan afectado o no gravemente la convivencia familiar y con independencia de la voluntad de la víctima, de acuerdo lo señala el inciso segundo del artículo 90 de la Ley N° 19.968.

La calificación de habitualidad del delito del artículo 14 mencionado, debe realizarse en la oportunidad procesal constituida por la audiencia preparatoria o de juicio, sin embargo, algunos operadores penales han señalado como posible la remisión antes de

¹⁸⁴ SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER. Centro de Documentación Virtual. [en línea]. <http://www.sernam.cl/cedocvi/web/fus_index.php?sec=2> [consulta: 21 marzo 2010].

¹⁸⁵ Ver Corte de Apelaciones de Santiago. 3 de Noviembre de 2006, ROL 2031-2006.

estas audiencias cuando la situación de la víctima es altamente vulnerable. Pero, en ningún caso este delito puede ser perseguido por la justicia penal sin dicha remisión.

Mencionado lo anterior, se debe tener presente que la víctima cuenta con dos alternativas disponibles para dar inicio a la acción penal por violencia intrafamiliar, la vía penal si estima que ha sido víctima de violencia intrafamiliar constitutiva de delito, debiendo recurrir ante el Ministerio Público para que dé inicio a la respectiva investigación; de lo contrario, podrá concurrir ante los tribunales de familia, el que calificará los hechos y, si revisten caracteres de delito, sea uno común o el de maltrato habitual, deberá remitir los antecedentes al Ministerio Público, conforme lo dispone el artículo 90.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 16 de octubre de 2008, Rol, 231-2008, en su considerando cuarto hace eco de esta interpretación:

“Que en efecto y como lo sostiene el Ministerio Público, no se aplicó en el caso sub lite el delito de maltrato habitual contemplado en el artículo 14 de la Ley de Violencia Intrafamiliar, desde que el respectivo Juzgado de Familia no le remitió los antecedentes de conformidad a lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 19.968, sino que conoció de ellos en virtud de un control de detención, dándose en la especie la hipótesis contemplada en el artículo 494 N° 5 del Código Penal, que no exige el requisito de la habitualidad, por lo que la pena aplicable por el Juez de Garantía lo fue acorde a derecho”.

En este sentido, es incorrecto el argumento esgrimido por la Defensa en la mencionada sentencia:

“Se hizo una errónea aplicación del artículo 494 N° 5 en relación al artículo 399, ambos del Código Penal, sancionando en la práctica al imputado de conformidad a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 20.066 por el delito de maltrato habitual, en circunstancias que éstos no revisten la calidad de tal, ya que es primera vez que la víctima (...) fue objeto de maltrato físico por parte de aquél, asimilando la aplicación del

referido artículo 494 N° 5 del Código Penal a la situación prevista en esta última disposición legal”

Puesto que difícilmente pudo el Ministerio Público acusar por maltrato habitual al acusado sin la necesaria remisión del Tribunal de Familia respectivo.

Menos aún es posible entender que la habitualidad es un requisito del tipo de las lesiones y de todos los demás delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Es sin duda, un error de identificar la violencia intrafamiliar únicamente con los malos tratos habituales, dicha interpretación atenta contra el espíritu, la historia, la lógica y el tenor literal de la Ley.

El concepto de violencia intrafamiliar que nos entrega el artículo 5¹⁸⁶ de la Ley N° 20.066 es claro al señalar que de ningún modo se restringen los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar al maltrato habitual del artículo 14 del mismo cuerpo legal, sino que abarca tanto hechos no constitutivos de delitos, como los que si lo son, dentro de los que se incluyen todos los tipificados en el Código Penal o en leyes especiales que puedan considerarse como una forma de maltrato que afecta a la vida o a la integridad física o psíquica de alguna de las personas relacionadas con el autor¹⁸⁷.

Así, lo que unifica los actos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar no es la habitualidad, sino que el acto delictivo –que puede ser de cualquier tipo- sea cometido contra las personas relacionadas con el autor y señaladas por el artículo 5° mencionado.

¹⁸⁶ Artículo 5.- Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la integridad física o síquica **de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.**

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

¹⁸⁷ En este sentido, también, FISCALÍA NACIONAL. Oficio N° 551. *Op. cit.*

c) Vías de hecho.

Las vías de hecho se definen en nuestro derecho como los meros golpes ejecutados por el agresor que no dejan huellas perceptibles en la salud de la ofendida.

Asentado este concepto, y conforme a la doctrina mayoritaria nacional, el sistema jurídico-penal no admite comprender dentro del concepto de lesiones las vías de hecho¹⁸⁸. El legislador, sin embargo, se ha cuidado de proteger bienes inmateriales calificados como vías de hecho, como el honor, que no fueron calificados como lesiones en la ley, en los delitos de injurias y calumnias.

Por otro lado, los autores nacionales sostenedores de la posición contraria afirman que las vías de hecho que causen sufrimiento a la afectada, podrían llegar a constituir el delito de lesiones¹⁸⁹.

Esta realidad, frente al delito de maltrato habitual, cambia, es importante señalar que aunque las **vías de hecho** no son constitutivas de un delito de lesiones, **si pueden llegar configurar el delito tipificado en el artículo 14 de la Ley Nº 20.066**, si se tratará de un “maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica” de algunas de las personas mencionadas en el artículo 5 de la citada ley y que sea habitual. Así también lo entiende van Weezel, para quién, *“existen formas de ejercicio de violencia física que no constituyen lesiones, pero sí resultan típicas bajo la forma de maltrato habitual. En este sentido... (ii) la figura de maltrato habitual equivale a la penalización, bajo los presupuestos de habitualidad y contexto intrafamiliar, de las denominadas “vías de hecho”*¹⁹⁰. En el mismo sentido, María José Taladriz sostiene que para *“el maltrato bastan las vías de hecho, las cuales, según la doctrina mayoritaria de nuestro país, no constituyen lesiones, por requerir estas un menoscabo físico perceptible por*

¹⁸⁸ POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre. RAMIREZ, María Cecilia. *Op. cit.* pp.115-117.

¹⁸⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998. p.116.

¹⁹⁰ VAN WEEZEL, Alex. *Op. cit.* pp.18-19.

los sentidos¹⁹¹; vías, que según la autora, pueden traducirse en toda violencia física no constitutiva de lesiones y toda agresión verbal o no verbal que cause una perturbación psíquica.

La relación que existe entre el maltrato habitual, las lesiones y las vías de hecho, podemos apreciarla en la sentencia de **Tribunal de Garantía de Illapel de 26 de Enero de 2006, RIT 1384-2005**. Fallo, que en sus considerando 4º y 5º señala:

“que conforme ha expuesto mayoritariamente nuestra doctrina, el sistema jurídico-penal chileno no admite comprender dentro del concepto de lesiones el de las solas vías de hecho (Cfr. Bustos, Grisolia, Politoff, Derecho Penal Chileno, Ed. Jdca., Stgo., 2ª Ed., 2001, p.207; Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Ed. Jdca., Stgo., 1ª Ed., 2004, pp. 109 y 110).

Ergo, los meros golpes ejecutados por el imputado, que no dejaron huellas perceptibles en la salud de la ofendida –pues de haberlas, debieron precisarse en el requerimiento-, no se incluyen en el régimen de las lesiones de nuestro derecho.”

Así, el Tribunal luego de descartar la existencia de maltrato habitual, por no haber expuesto, el fiscal, en su requerimiento de juicio simplificado antecedentes que configuraran la habitualidad de la agresión, considera que tampoco concurre el delito de lesiones por no bastar las vías de hecho para configurar el ilícito.

Creemos, que en caso de no reunirse todos los requisitos del mencionado artículo 14 de la Ley N° 20.066, estaremos frente a vías de hecho que pueden llegar a configurar violencia intrafamiliar no constitutiva de delito, la cual es de competencia de los tribunales de familia respectivos.

¹⁹¹ TALADRÍZ, María José. La Comisión por Omisión en el Maltrato Habitual [en línea]. Revista Jurídica del Ministerio Público. Diciembre, 2008. N° 37(IV): p.263. <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20Jurisprudencia/revista_juridica_mp_n_35.pdf>

Lo anterior, se adecua al criterio plasmado en la historia de la ley, que sostiene que esta diferenciación fue adoptada en atención a la dificultad de perseguir mediante un proceso penal los actos de violencia psíquica o de lesión física mínima, siendo para ello más apropiado hacerlo ante los tribunales de familia¹⁹². Ahora bien, si del estudio de los antecedentes resulta que los hechos revisten caracteres de delito, entonces el tribunal de familia debe remitir los antecedentes a la justicia penal.

Aunque parezca obvio, no toda violencia intrafamiliar debe resolverse en sede penal, sólo aquella que sea constitutiva de delito. Pero, en casos como este la solución tampoco puede se debe dejar a la víctima en indefensión, menos frente a un agresor que reconoce haberla golpeado e insultado. Para supuestos como este, la ley presenta otras alternativas, que un fiscal debería conocer.

d) Determinación de la pena e historial de violencia previa.

En general, las penas aplicadas a delitos de lesiones en violencia intrafamiliar son bajas y casi siempre van acompañadas de beneficios de la Ley N°18.216, por lo que el cumplimiento no es efectivo.

Hay que destacar que de todas formas, la aplicación de penas de multa es excepcional, así, los jueces han recogido el pensamiento del legislador, en cuanto a que, durante la tramitación de la ley se discutió dejar en claro que la pena de multa no es aplicable a estos delitos, cuestión que finalmente no quedo explícita en la ley, por estimar los parlamentarios que agravándose la pena en un grado, la pena de multa ya no sería procedente.

Destaca que el historial de violencia previo, que nos es considerado, en general, para construir teorías del caso, es valorado por los jueces a la hora de determinar la

¹⁹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Tercer Trámite Constitucional: Cámara Diputados. Informe Comisión Mixta. p.492.

pena, señalando que en un contexto de violencia intrafamiliar, no se podrían aplicar multas, ni el mínimo de la pena corporal.

III. Problemas procesales en los casos de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar.

a) Perdón de la víctima.

El fenómeno de la retractación, que entenderemos como el arrepentimiento de la ofendida de continuar con la persecución penal en contra de su agresor, si bien no es tratado expresamente por nuestra legislación, existen normas que nos permiten entender el tratamiento que debe aplicársele.

El legislador con estas reglas especiales lo que pretende es básicamente limitar la posibilidad que la retractación por parte de las víctimas de violencia intrafamiliar produzca efectos jurídicos que *“pongan al agresor en una situación de impunidad y a la víctima en una de desprotección y riesgo”*¹⁹³. Pues, a pesar de entender la dificultad, en términos probatorios, que se le presenta al ente investigador con la falta de cooperación de la víctima, se ha contextualizado esta situación dentro del ciclo de violencia intrafamiliar, en el cual después de una crisis (agresión), pasa a una etapa de arrepentimiento, negación, atenuación o justificación de la agresión, una reconciliación anhelada por los afectados (luna de miel), que permanece latente, hasta la iniciación de una siguiente etapa de conflicto progresivo, que da paso a otra agresión posterior, y consecuente, a un nuevo ciclo de violencia.

¹⁹³ Ver Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso. 14 de agosto de 2008. RUC 060169553-1.

Ello, “en atención a la obligación adquirida por el Estado de Chile, mediante la suscripción de tratados internacionales, destinados a brindar una efectiva protección a las mujeres con respecto a la violencia de género”¹⁹⁴.

En este sentido, la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia¹⁹⁵, en su artículo 100 sostiene que los procesos sobre violencia intrafamiliar sólo pueden terminar por sentencia ejecutoriada o mediante la suspensión condicional, limitándose el uso del sobreseimiento definitivo¹⁹⁶.

Especial análisis haremos de la letra d) del artículo 250 del Código Procesal Penal, es decir, cuando se hubiera extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley¹⁹⁷, en relación el numeral 5° del artículo

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ Cuya normativa es aplicable en el proceso penal, en el sentido que el juez penal debe velar por insertar en él, la lógica de la normativa aplicable a los conflictos producidos en el seno de una familia.

¹⁹⁶ Artículo 250 del Código Procesal Penal. “Sobreseimiento definitivo. El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo:

- a) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito;
- b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;
- c) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal;
- d) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley;
- e) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y
- f) Cuando el hecho de que se tratare hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado.

El juez no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los números 1° y 2° del artículo 93 del Código Penal”.

¹⁹⁷ Artículo 93 del Código Penal. “La responsabilidad penal se extingue:

1° Por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada.

2° Por el cumplimiento de la condena.

3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

4° Por indulto.

La gracia del indulto sólo permite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinan las leyes.

5° Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada.

6° Por la prescripción de la acción penal.

93 del Código Penal, es decir, la extinción de la responsabilidad penal por el perdón del ofendido.

Pues, a nuestro entender, resulta improcedente sobreseer definitiva una causa por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar por el perdón de la ofendida¹⁹⁸, pues como explicaremos la acción penal de estos delitos es pública.

El artículo 82 de la Ley N° 19.968 en su inciso segundo al establecer que: *“La demanda o denuncia podrá ser deducida por la víctima, sus ascendientes, descendientes, guardadores o personas que la tengan a su cuidado. La denuncia, además, podrá hacerse por cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motive...”*, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 54 letras a) y d) del Código Procesal Penal, transforma la naturaleza de la acción penal en los casos de lesiones clínicamente leves, lesiones menos graves y amenazas cometidas entre las personas a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.066, y le confiere el carácter de pública.

Por ende, resulta improcedente el planteamiento hecho por el Tribunal de Garantía de Valparaíso en sentencia de 23 de octubre de 2006. RIT 7610-2006:

“Por esta oportunidad, tratándose de un hecho aislado, se accede a la petición de los intervinientes, en cuanto a sobreseer definitivamente la presente causa, por la letra d) del artículo 250 del Código Procesal Penal”.

Pues, independiente de las peticiones de los intervinientes es claro el ánimo restrictivo del legislador.

Con este mismo ánimo se ha sostenido que, cuando el proceso por violencia intrafamiliar se hubiere iniciado por demanda o denuncia de un tercero, el juez de

7° Por la prescripción de la pena”.

¹⁹⁸ En sentido contrario ver Tribunal de Garantía de Valparaíso. 23 de Octubre de 2006. RIT 7610-2006.

familia, durante la audiencia preparatoria y previo informe del consejo técnico, podrá poner término al proceso a requerimiento de la víctima (desistida o retractada) si su voluntad fuere manifestada en forma libre y espontánea. Este mismo sentido se ha extraído de la norma contenida en el artículo 19 de la Ley N° 20.066, que prohíbe poner término a las causas sobre violencia intrafamiliar mediante acuerdos reparatorios, pues ello supone también una forma condicionada (a una determinada prestación) de desistimiento o retiro de la denuncia o demanda.

Así, el artículo 19 de la Ley N° 20.066 que señala la improcedencia de acuerdos reparatorios en procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar se considera una regla general, en cuanto establece la existencia de interés público prevalente en la continuación de la persecución penal de estos hechos¹⁹⁹. Pues, como señalamos, el legislador logro entender que el consentimiento de la víctima se encuentra viciado por la violencia a que se ve sometida²⁰⁰.

b) Acuerdos reparatorios.

No procede aplicar acuerdos reparatorios en casos de lesiones producidas en contexto de violencia intrafamiliar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19²⁰¹ de la Ley N° 20.066.

Sin embargo, existe jurisprudencia que ha declarado la procedencia de acuerdos reparatorios para delitos de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar²⁰². En estos

¹⁹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Segundo Informe de Comisión de Familia. pp. 155 y 162.

²⁰⁰ En sentido contrario ver Corte de Apelaciones de Santiago. 22 de mayo de 2006. ROL 871-2006.

²⁰¹ Artículo 19.- Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal.

²⁰² Ver Tribunal de Garantía de Copiapó. 16 de noviembre de 2005. RIT 2717-2005. Tribunal de Garantía de Coquimbo. 2 de febrero de 2007. RIT 1728-2006. Tribunal de Garantía de La

casos se ha discutido respecto de lo que se considera violencia intrafamiliar constitutiva de delito, estimándose que no cualquier acto delictivo cometido dentro del seno de una familia constituye delito conforme a la Ley N° 20.066, sino únicamente aquellos maltratos cometidos de manera habitual, estableciendo, así, que el párrafo tercero de la Ley restringe la violencia intrafamiliar constitutiva de delito a aquella descrita en el artículo 14²⁰³, esto es, el delito de maltrato habitual.

Consideramos errado el razonamiento de los tribunales, pues una cosa es entender dentro de la violencia intrafamiliar al delito de maltrato habitual y otra distinta es identificar la violencia intrafamiliar con el delito de maltrato habitual y sostener por ello, que no existen más delitos constitutivos de violencia intrafamiliar que aquel tipificado en el artículo 14 de la Ley. Dicha interpretación atenta contra el espíritu, la historia, la lógica y el tenor literal de la Ley.

Para una correcta interpretación, primero debemos conceptualizar la violencia intrafamiliar remitiéndonos al artículo 5° de la Ley N° 20.066²⁰⁴. Disposición que señala que es constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o síquica de la víctima y que debe existir entre el autor y la víctima alguna de las relaciones que el mismo artículo establece. De lo que se entiende, que ésta no se restringe de ninguna forma al maltrato habitual del artículo 14 del mismo cuerpo legal, sino que abarca tanto hechos no constitutivos de delitos, como los que si lo son, dentro de los que se incluyen todos los tipificados en el Código Penal o en leyes

Serena. 4 de mayo de 2007. RIT 607-2007. Corte de Apelaciones de La Serena. 22 de mayo de 2007. ROL 117-2007.

²⁰³ Artículo 14 de la Ley N° 20.066. Delito de maltrato habitual. El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

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

El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley N° 19.968.

²⁰⁴ Ver Corte de Apelaciones de La Serena. 22 de febrero de 2007. ROL 42-2007.

especiales que puedan considerarse como una forma de maltrato que afecta a la vida o a la integridad física o psíquica de alguna de las personas relacionadas con el autor en los términos del **artículo 5**²⁰⁵.

Lo mismo entendemos de la sola lectura del artículo 19 de la Ley, de la cual se desprende que existen más delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, ya que este habla de “los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar”.

Interpretando el artículo de acuerdo a la historia de la ley, encontramos que el texto original de la norma señalaba que *“para efectos de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal, se entenderá existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal cuando el delito de lesiones menos graves haya sido precedido por actos descritos en el inciso tercero del artículo 2° de esta ley. Esto es, cuando el delito de lesiones menos graves haya sido precedido de actos de violencia intrafamiliar que importe la comisión de alguna de las faltas contempladas en los números 4, 5, 14, 15 y 16 del artículo 494 del Código Penal”*²⁰⁶.

Más tarde en la discusión, aunque, el Senado reemplazó esta norma por otra que establecía que el juez verificaría especialmente que el consentimiento de la víctima no se encontrara determinado por circunstancias que impidan prestarlo libre e informadamente, la Cámara de Diputados rechazó esta enmienda por considerar que el consentimiento no puede prestarse libremente por aquellas personas que hayan sido víctimas de delitos de violencia intrafamiliar, pues se encontrarían muy disminuidas en su autoestima y no estarían en condiciones de negociar en igualdad de condiciones. Además, se señaló que, como la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, existiría siempre un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Finalmente la Comisión Mixta acordó incluir una norma que hiciera expresa la excepción a la aplicación del artículo 241 del Código Procesal Penal en materia de violencia intrafamiliar, que correspondió al artículo 19.

²⁰⁵ En este sentido también: FISCALÍA NACIONAL. Oficio N° 551. *Op. cit.* p.2.

²⁰⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Segundo Informe de Comisión de Familia. pp. 155 y 162.

Resulta reprochable la decisión de ciertos tribunales de garantía²⁰⁷ que fallan contra la prohibición legal, inducidos por el consentimiento de la víctima; además, las disculpas públicas o las promesas de buen comportamiento no son una ayuda real a la víctima, primero porque no existe seguridad en que estos acuerdos disminuyan el espiral de violencia intrafamiliar en que conviven y, segundo porque la relación de poder entre víctima y victimario hace eco en esta negociación.

Esto se agudiza más si contrastamos las opiniones de una misma corte de apelaciones. Por un lado la Corte de Apelaciones de La Serena en la parte resolutive de sentencia de 22 de febrero, Rol 42-2007, sostiene que:

“De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Nº 20.066, y tratándose de un ilícito cometido en contra de su conviviente, debe entenderse que no es procedente en estos casos la existencia de acuerdos reparatorios contemplados en el artículo 241 del Código Procesal Penal”.

Para luego contradecirse en sentencia de 22 de mayo de 2007, Rol 117-2007, en que sostiene:

“En la Ley de Violencia Intrafamiliar no cualquier acto de violencia intrafamiliar constituye delito, sino que únicamente cuando el maltrato ha sido de manera habitual. No resulta, por tanto, aplicable en la especie el artículo 19 de la Ley 20.066 que impide el acuerdo reparatorio frente a delitos constitutivos de violencia intrafamiliar en los casos de lesiones no habituales(...)”.

Lo anterior, es ciertamente criticable si se suma que las víctimas son compensadas patrimonialmente luego de ser golpeadas, lo que nos lleva a preguntarnos si la integridad física de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar se ha vuelto

²⁰⁷ Ver Tribunal de Garantía de Coquimbo. 2 de febrero de 2007. RIT 1728-2006 y Tribunal de Garantía de La Serena. 4 de mayo de 2007. RIT 607-2007.

negociable. La respuesta parece obvia los acuerdos reparatorios tienen por objeto únicamente bienes disponibles patrimonialmente²⁰⁸, no la integridad física.

c) Suspensión Condicional

En los casos de violencia intrafamiliar la suspensión condicional del procedimiento es procedente, pero el juez de garantía está obligado a imponer como condición la aplicación de las medidas accesorias señaladas en el artículo 9º de la Ley N° 20.066, como lo señala el texto del artículo 17 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de poder hacer uso de las medidas contempladas en el artículo 238 del Código Procesal Penal²⁰⁹.

Dentro de las salidas judiciales²¹⁰ es la primera causa de término aplicada a los delitos de violencia intrafamiliar²¹¹, esto se traduce que de un total de 198.193 causas a nivel nacional por violencia intrafamiliar terminadas, entre el siete de octubre de 2005 hasta el treinta y uno de diciembre de 2008, 51.037 acabaron en una suspensión condicional del procedimiento, esto es, el 27,4% del total nacional.

De 184.705 causas por violencia intrafamiliar terminadas entre el siete de octubre de 2005 y el treinta y uno de diciembre de 2008, 109.679 corresponden al delito de lesiones, esto es, el 59,4 del total nacional²¹², siendo las lesiones el delito más frecuente en violencia intrafamiliar.

²⁰⁸ Ver CHAHUAN, Sabas. Manual del nuevo procedimiento penal. 6º Ed. Ampliada. Santiago, Editorial Legal Publishing. 2008. pp. 235.

²⁰⁹ Ver Corte de Apelaciones de San Miguel. 1 de junio de 2007. ROL 796-2007.

²¹⁰ La primera forma de término en los casos de violencia intrafamiliar incluyendo a las salidas judiciales y no judiciales es el archivo provisional, que representa un 34,5% de las causas terminadas entre la implementación de la Ley N° 20.066 hasta el treinta y uno de diciembre de 2008, esto es 64.389 causas del total nacional.

²¹¹ Dentro de estos delitos se incluyen: Lesiones, amenazas, maltrato habitual, desacato, parricidio y otros delitos en contexto de violencia intrafamiliar.

²¹² FISCALÍA NACIONAL. Boletín Estadístico Anual 2008. [en línea] enero 2009, <<http://www.ministeriopublico.cl>> [consulta: 17 de diciembre de 2009].

No existe información estadística ni en el poder judicial, ni en el Ministerio Público, que nos permita conocer cuantas de éstas lesiones en contexto de violencia intrafamiliar terminaron en suspensión condicional, solo podemos señalar, como ya se dijo, que las lesiones son el delito más frecuente en casos de violencia intrafamiliar y la suspensión condicional la forma de salida más judicial más usada desde que se implemento la Ley N° 20.066. Según la percepción de jueces, fiscales y defensores es la salida más frecuente en el caso de las lesiones.

De acuerdo a la historia fidedigna de la Ley N° 20.066 la suspensión condicional del procedimiento se introdujo como reemplazo al llamado obligado a conciliación que contemplaba la Ley N° 19.325, que junto con el desconocimiento del problema, significaron un sinnúmero de avenimientos forzados e ineficaces en sus contenidos, lo cual es de mucha gravedad si se considera que el 65% y 70% de los casos terminan por esta vía²¹³.

El establecer la suspensión condicional del procedimiento dentro de las salidas alternativas de los procesos por violencia intrafamiliar respondió a la necesidad planteada por la Comisión de Familia de mantener la posibilidad de acuerdo entre las partes, pero cautelando que ésta no sea una vía rápida e indiscriminada de poner final juicio y amenace bienes jurídicos fundamentales²¹⁴, como en su momento fue la conciliación. Así, la suspensión condicional pondrá término anticipado al procedimiento una vez cumplidos los requisitos legales²¹⁵ y las condiciones que determina el Juez.

Como señalamos, el juez esta obligado, de acuerdo a mandato legal, a imponer una o más de las medidas accesorias establecidas en el artículo 9 de la Ley N° 20.066, sin perjuicio de las demás facultades que le otorga el Código Procesal Penal.

²¹³ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Trámite Constitucional, Moción Parlamentaria. p.7.

²¹⁴ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Informe de la Comisión de Familia, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados. p.47.

²¹⁵ Requisitos de procedencia: 1. Que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento que pudiere dictarse la sentencia condenatoria, no exceda de 3 años de privación de libertad.
2. Que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

Estos artículos otorgan al Juez un amplio ámbito de acción a la hora determinar las medidas accesorias apropiadas para el caso en concreto, pudiendo aceptar incluso condiciones propuestas por el Ministerio Público que no estuvieren incluidas en las mencionadas por los artículos 9 y 238 ya citados²¹⁶.

Nos queremos detener en este punto, pues nos parece relevante la facultad que entrega la letra h) del artículo 238 del Código Procesal Penal y su utilización para realizar procesos de mediación.

En primer lugar, de acuerdo al artículo 106 de la Ley N° 19.968 en los asuntos a que de lugar la aplicación de la Ley N° 20.066 la mediación procederá en los términos y condiciones establecidas en los artículos 96 y 97 de la citada Ley de Tribunales de Familia, es decir, en el contexto de la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, requiriéndose el cumplimiento de ciertos supuestos que de concurrir habilitarán al Tribunal de Familia o de Letras con competencia en asuntos de familia, previo acuerdo de las partes, a decretarla, siempre y cuando se hayan establecido y aceptado por las partes, obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia (por ejemplo regulación de pensión alimenticia respecto de los hijos comunes o respecto del cónyuge, el cuidado personal de los hijos e hijas, etc.) y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima, pudiendo someter el conflicto a mediación sólo respecto de dichas materias y toda vez que el denunciado o demandado reconozca ante el tribunal los hechos que motivaron la demanda o denuncia y que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el agresor no cometerá actos similares durante el periodo de observancia de la suspensión.

Sin embargo, se debe tener especial cuidado a fin de asegurar que las partes se encuentren efectivamente en iguales condiciones de negociar. En la medida de que hay una subordinación y sumisión relevante, ello no permitirá que una de las partes pueda adoptar acuerdos sin estar sometida a coacción. Por otra parte, tanto jueces

²¹⁶ Ver Juzgado de Garantía de Colina. 19 de diciembre de 2006, RIT 989-2006

como mediadores debieran advertir que la mediación de materias conexas a la ruptura de una pareja en el contexto de violencia tales como los alimentos, la regulación de régimen de visitas o el cuidado de los hijos, puede ser igualmente problemática por la asimetría en la relación. Esta precaución implica deberes éticos de suspender este proceso cuando las condiciones sólo reafirmen desigualdad y sumisión²¹⁷

Sin embargo ello, creemos que la mediación, en causas de violencia intrafamiliar constitutiva de delito, es siempre improcedente²¹⁸, pues el Ministerio Público tiene la responsabilidad y posee las herramientas para iniciar las diligencias tendientes a la protección de las víctimas de manera oportuna y eficaz en concordancia con el artículo 15 y 16 de la Ley 20.066. Entendemos que, las relaciones de violencia tienen por características ser cíclicas, existiendo una situación de desigualdad entre las partes que se mantiene hasta en las reconciliaciones. En esta situación, de someterlas a un proceso de mediación, se podría dar la posibilidad de adelantar el ciclo de violencia para que llegar a una reconciliación, ésta probablemente no será satisfactoria para ambos, pues quien tiene más poder impondrá sus condiciones y la otra se plegará a los intereses de aquélla.

El problema de ser procedente la mediación es que podría transformarse en una reconciliación que no interrumpiera el ciclo de la violencia, el cual se inicia con un período de latencia en que se van acumulando las tensiones, continúa con un período de agresiones, que pueden ir desde insultos y golpes hasta intentos de asesinato, para terminar con una reconciliación en la que el agresor pide perdón y la mujer se culpa de haber provocado la violencia, decidiendo que es posible seguir adelante. Lo grave es que si esto se reproduce en la mediación las partes nunca van a estar en igualdad de condiciones. Incluso, se podría obligar a la mujer a lograr acuerdos con el agresor, para que no tenga problemas con éste posteriormente, con lo cual el resguardo que ella busca al acudir al tribunal terminaría favoreciendo al ofensor.

²¹⁷ CASAS Becerra, Lidia. *Op.cit.*

²¹⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA. Criterios de Actuación por parte de los Centros de Mediación Contratados por el Ministerio de Justicia en Materia de Violencia Intrafamiliar. [en línea] <http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Upload/SPDocs/DOC_61.PDF> [consulta: 18 de marzo de 2010]

De acuerdo a lo dicho anteriormente, entendemos que las condiciones que el Ministerio Público puede solicitar en razón de la letra h) del artículo 238 del Código Procesal Penal deben limitarse para poder realizar una verdadera protección de la víctima y asegurar que el agresor sea sancionado efectivamente.

En otro orden de ideas, y como se señaló anteriormente, el Juez esta obligado a imponer una o más de las medidas accesorias del artículo 9º para decretar la suspensión condicional, pero en el cumplimiento de éste mandato legal existen tribunales que no cumplen con ello, así se puede observar en sentencia del Tribunal de Garantía de Talagante de 16 de mayo de 2007, RIT 1445-2007, donde se decreta una suspensión condicional sin las medidas accesorias obligatorias.

Respecto de la aplicación de estas condiciones, podemos identificar dos grupos, de acuerdo a los hechos de los casos, i) aquellos en que la víctima ha perdonado al imputado y, ii) aquellos en que la víctima no ha perdonado al imputado.

En el caso de aquellas víctimas que han perdonado al imputado, aumenta la frecuencia de la aplicación de la medida señalada en la letra d) del artículo 9, esto es asistencia obligatoria a programa terapéutico o de orientación familiar, como lo demuestran las sentencias de Tribunal de Garantía de Copiapó de 01 de marzo de 2006, RIT 5233-2005 y de Tribunal de Garantía de Puerto Varas de 17 de octubre de 2007, RIT 1263-2007.

En el caso de aquellas víctimas que no han perdonado al imputado, aumenta la frecuencia de la aplicación de la medida señalada en la letra a) y b) del artículo 9, esto es la obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima y la prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.

Esta práctica no nos parece adecuada, pues dentro de los ciclos de violencia intrafamiliar la retractación o perdón de la víctima es un fenómeno frecuente, ni corresponde al factor relevante que se debiese usar para determinar que condición imponer. Por el contrario, la situación de riesgo de la víctima, los antecedentes por violencia intrafamiliar previos, ya sea condenas criminales previas, antecedentes en Tribunales de Familia y salidas alternativas previas, el tipo de relación que existe entre víctima e imputado, en atención a la relación de dependencia entre ellos, son factores realmente importantes a la hora de considerar que medidas accesorias son aplicables al caso en concreto.

A pesar de que estos antecedentes no son considerados por la Ley N° 20.066 a la hora de otorgar la suspensión condicional del procedimiento, como señalamos creemos que no debiese ser así, más aún si consideramos que ésta suspensión es un acuerdo entre el fiscal y el imputado. En este mismo sentido, el Informe Sombra de la CEDAW es más categórico aún, pues considera que la suspensión condicional del procedimiento penal en los casos de violencia intrafamiliar es una violación a los derechos humanos, ya que no se considera la voluntad de las víctimas o no se asegura adecuadamente la protección de éstas²¹⁹.

Esta facultad de los fiscales del Ministerio Público es alarmante, pues al no perseguir los delitos cometidos al interior de la familia se consideraría que éstos “*no comprometen gravemente el interés público*”²²⁰.

En este mismo sentido, en la historia de la Ley N° 20.066 se dejó constancia que no bastaba con el cumplimiento de los requisitos formales de la suspensión condicional, sino que se debían aplicar las medidas idóneas para las circunstancias específicas del caso, además de asegurar el efectivo cumplimiento de ellas. Esto sumado a que la voluntad del legislador al plantear la aplicación de las medidas accesorias en los

²¹⁹ INFORME SOMBRA. IV Informe Periódico del Estado de Chile, en la XXXVI sesión del Comité de la Cedaw, Chile 2003-2006. [en línea] <<http://www.ministeriodejusticia.cl>> [consulta: 18 de diciembre de 2009]

²²⁰ *Ibíd.*

procesos de violencia intrafamiliar era aplicarlas restringidamente²²¹, pues los ciclos de violencia intrafamiliar no obedecen a relaciones normales, sino a agresores a los que los siguen periodos de arrepentimientos, llamado por la psicología “luna de miel”, y sin embargo, se ha demostrado que el victimario reincide y vuelve a agredir a su víctima con más violencia.

Por lo que, resulta recomendable un estudio más acucioso de los casos de violencia intrafamiliar y de la aptitud de las medidas accesorias en ellos.

La importancia de cuál es el tipo de medida a aplicar no radica solamente en la frecuencia con que se decreta esta salida, sino también, en el **cumplimiento de la misma**, ya que, la imposición de medidas acordes a cada caso, tendría como efecto una mayor frecuencia de cumplimiento de las mismas, según la percepción de los operadores del sistema. Apreciación, que no podemos comprobar al **no existir un seguimiento de las condiciones**.

Sin seguimiento no se puede tener un control efectivo sobre el cumplimiento de las condiciones decretadas, siendo el desacato el único indicador para medir la ineficacia de estas medidas.

Incluso para algunos la suspensión condicional del procedimiento hace perder a la ley su sentido de control social, cuyo mensaje contrario a la violencia debe ser muy claro, y protege indebidamente al agresor, pues lo exime de responsabilidad si cumple las obligaciones acordadas con la víctima o las medidas decretadas por el tribunal²²².

²²¹ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Ley N° 20.066. *Op. cit.* Tercer Trámite Constitucional, Informe Comisión Mixta. p. 474. En el mismo sentido, Historia Ley N° 19.968. *Op. cit.* Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe Comisión Constitucional, p. 1050.

²²² Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Informe de la Comisión de Familia, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados. p.67.

Sin embargo, existen proyectos pilotos²²³ en algunos tribunales de garantía de la Región Metropolitana orientados a hacer un seguimiento de las medidas decretadas en las suspensiones condicionales que ha reducido el incumplimiento de las mismas y con ello la repetición de los ciclos de violencia.

El Tercer Juzgado de Garantía de Santiago posee un piloto para los seguimientos de estas medidas, que consta de cuatro etapas para cada caso: i) ingresa el imputado, ii) se evalúa psicológica y jurídicamente su situación, iii) se registra la preaudiencia y la audiencia de ingreso al programa y luego las audiencias de seguimiento. Este mecanismo al incorporar herramientas de justicia terapéutica en casos de violencia intrafamiliar *“se muestra como una solución efectiva de problemas o conflictos sociales que si tienen una relevancia social de transfondo”*²²⁴, quedado a la vista que con el seguimiento de las medidas decretadas se previenen males mayores como la reincidencia.

El Primer Juzgado de Garantía de Santiago también posee un programa piloto en este sentido, en que sólo intervienen jueces e imputados.

d) Principio de Oportunidad.

El principio de oportunidad es una facultad que poseen los fiscales del Ministerio Público de no iniciar la persecución penal o de abandonar la ya iniciada, cuando se trate de un hecho que no compromete gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito exceda la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

²²³ PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Justicia al servicio de los chilenos. A puertas Abiertas [en línea]. Revista Electrónica del Poder Judicial de Chile. Agosto de 2008. p.2. <<http://www.poderjudicial.cl>> [consulta: 04 de mayo de 2010].

²²⁴ *Ibíd.* p.3.

Una de las razones más esgrimidas por los fiscales para hacer uso del principio de oportunidad son *“la actitud de la víctima, la falta de ratificación, no acudir a las citaciones de la fiscalía, la falta de antecedentes, que los relatos sean poco claros para configurar un caso de violencia, o la ausencia de testigos que contribuyan a construir la teoría del caso de la fiscalía”*²²⁵.

A nuestro entender, en los casos de violencia intrafamiliar, ésta facultad no procede por existir un interés público preponderante, puesto que la violencia intrafamiliar es un problema social cuya persecución interesa a la comunidad toda, ya que, ésta última atenta contra la dignidad de las personas y daña a la familia²²⁶, ambos conceptos protegidos en Carta Fundamental.

Así, al abandonar la persecución penal se entendería que no existe interés público preponderante en la continuación de éstos casos, dejándose a las víctimas en desprotección y entorpeciendo aún más su acceso a la justicia, pues debemos recordar que dentro del fenómeno de la violencia intrafamiliar las víctimas denuncian luego de varios episodios de maltrato y después de sortear una serie de obstáculos económicos y sociales.

Asimismo, el Informe Sombra con recomendaciones al Estado de Chile sobre el estado de cumplimiento de la CEDAW hace presente que es preocupante la facultad que se reconoce a los Fiscales del Ministerio Público para considerar que delitos cometidos al interior de la familia “no comprometen gravemente el interés público” de modo de decidir no realizar una investigación. Según su criterio, esto ha significado gran disparidad en los criterios de resolución de estos casos y la adopción de soluciones contrarias al carácter de violación a los derechos humanos de la violencia intrafamiliar²²⁷.

²²⁵ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. La defensa de casos de violencia intrafamiliar. *Op.cit.*

²²⁶ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Opinión de la diputada Antonieta Saa. Informe de la Comisión Mixta Senado-Cámara de Diputados. Legislatura 353. Cuenta en Sesión 39, Fecha 04 de Septiembre, 2005. p.456.

²²⁷ INFORME SOMBRA. *Op.cit.*

El Ministerio Público, en Oficio de Fiscalía Nacional N° 337 de 2003²²⁸, incluso antes de la Reforma introducida por la Ley N° 20.066, orienta a sus fiscales respecto de informar a la víctima cuando decidan no iniciar la investigación de su derecho a provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva. De igual manera, ejercida esta facultad, el fiscal informará a la víctima de haber sometido la decisión a la aprobación del juez de garantía y del derecho de ser oída, si lo solicitare, por éste antes de resolver (artículos 78 inciso 2º letra a) y 109 letra e) del Código Procesal Penal). Asimismo, a la hora de usar el principio de oportunidad, el fiscal informará a la víctima respecto de los trámites siguientes a la decisión, del plazo y forma para ejercer su derecho de oposición ante el juez y, cuando fuere pertinente, los efectos de la aplicación del principio de oportunidad respecto de la acción civil en conformidad al artículo 68 del Código Procesal Penal.

Luego de la Reforma introducida por la Ley N° 20.066, en la Cuenta Pública del Ministerio Público de 2007 se imparten y reiteran instrucciones tendientes a obtener la adecuada protección de las víctimas en aquellos delitos que comprometan la integridad de aquéllas, sugiriéndoles considerar de manera prioritaria los antecedentes de riesgo del caso, así como también, el daño provocado por el delito a la hora de considerar aplicar cualquier salida alternativa o no iniciar o abandonar la investigación penal²²⁹.

Sin embargo, en un principio y previo a los instructivos el Ministerio Público optó por hacer uso de esta facultad cuando las víctimas se encuentran retractadas o han perdonado a los agresores, sin cuestionarse mayormente que se trata de un ilícito que compromete gravemente el interés público, y que lo que interesa es garantizar la

²²⁸ FISCALÍA NACIONAL. Oficio N° 337 de 2003. Introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N.º 11, sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal [en línea]. <<http://www.ministeriopublico.cl>> [consulta: 18 de diciembre de 2009].

²²⁹ MINISTERIO PÚBLICO. Octava Cuenta Pública del Ministerio Público, efectuada por el Fiscal Nacional Don Guillermo Piedrabuena Richard. [en línea] <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 18 de diciembre de 2009].

protección de los afectados, y entender el contexto familiar en que se encuentra la víctimas²³⁰.

e) Medidas Cautelares

El juez con competencia en lo penal posee una potestad cautelar amplia, pudiendo adoptar cualquiera de las medidas enunciadas en los artículos 92 de la Ley N° 19.968 y 15 de la Ley N° 20.066, sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes para la protección necesaria a la víctima y su grupo familiar de manera eficaz y oportuna, en cualquier etapa de la investigación o del procedimiento por violencia intrafamiliar, y aún antes de la formalización. Incluso podrá dictar nuevas medidas o cambiarlas, de acuerdo a la necesidad del caso concreto.

Su procedencia esta regulada por una presunción simplemente legal, introducida en la legislación sobre violencia intrafamiliar en su artículo 7º, denominada situación de riesgo, que establece que: “cuando exista una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no se haya llevado a cabo, el tribunal, con el sólo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan”. A su vez, el inciso 2 de la norma señala que se entenderá que la víctima se encuentra en riesgo cuando ha precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N° 17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta.

²³⁰ Ver Tribunal de Garantía de Coquimbo. 6 de julio de 2007. RIT 1728-2006 y Tribunal de Garantía de Valparaíso. 23 de Octubre de 2006. RIT 7610-2006.

Este aspecto ha sido considerado como uno de los más importantes introducidos por la Ley N° 20.066, pues en su momento se estimó que no bastaba con investigar o sancionar, sino que se debían adoptar medidas conducentes a la protección de los afectados independientemente de cómo llegarán a terminar los casos²³¹.

De acuerdo a lo anterior, los jueces al considerar que la víctima se encuentra en situación de riesgo están obligados a otorgar inmediatamente una o más medidas cautelares tendientes a resguardar la seguridad de esta, prescindiendo del resultado de los hechos. Sin embargo, este último factor, a pesar de no ser considerado a la hora de determinar la procedencia de la medida, si debe ser determinante al momento de decretarlas, pues, para lograr la finalidad cautelar, éstas debiesen ir intensificándose en atención a los niveles de peligrosidad del agresor.

Ejemplo de esta necesidad, se observa en el argumento del Ministerio Público al solicitar la prisión preventiva del agresor en sentencia de Corte de Apelaciones de Copiapó de 12 de mayo de 2006, ROL 114-2006, al señalar que:

“La libertad vigilada del agresor no es procedente por existir antecedentes que justificaren la existencia del delito de lesiones graves en contra de la cónyuge del agresor, y contar con antecedentes calificados que permitían presumir que pudiera realizar nuevos atentados graves en contra de la ofendida, encontrándose ésta en una situación de riesgo inminente por presentar más de un episodio de violencia intrafamiliar, siendo necesaria la prisión preventiva, medida cautelar de mayor entidad debido a los antecedentes del caso”.

Por otro lado, a pesar del rol fundamental de las medidas cautelares en los procesos de violencia intrafamiliar, en la práctica su correcta aplicación ha presentado una serie de contratiempos.

²³¹ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Discusión en Sala. p.132.

En primer lugar, se ha constatado una gran falta de recursos asociados a la fiscalización e implementación de las medidas otorgadas a las víctimas de violencia intrafamiliar, que en muchos casos ha derivado en nuevas agresiones, incluso mortales. La Comisión Internacional de Derechos Humanos, en este mismo sentido, ha constatado que el cumplimiento y seguimiento de las órdenes de protección o medidas cautelares se ha vuelto particularmente crítico en la esfera de la violencia intrafamiliar, debido, principalmente, a cierta inacción de autoridades estatales, que se justificó en la desconfianza de los dichos de las víctimas de violencia y a que el tema de la violencia intrafamiliar aún se percibe como un asunto privado y de baja prioridad²³².

La Comisión, también ha hecho públicas, ciertas consideraciones de los jueces y fiscales al emitir y hacer el seguimiento de medidas cautelares en las que “no existe una evaluación del riesgo a la víctima y en que se llega a considerar más el impacto de éstas en el agresor²³³”. “Por ejemplo, una investigación realizada en Chile sobre la conducta de los jueces al dictaminar medidas cautelares, revela que en su decisión de otorgar las medidas en casos de delitos sexuales, el criterio utilizado e invocado es el peligro del agresor para la sociedad y no la seguridad de la víctima²³⁴”.

En segundo lugar, y finalmente, las medidas cautelares coercitivas como la prisión preventiva o la salida del hogar en común, presentan un gran problema, pues aumentan la coacción familiar y significan la pérdida del ingreso familiar. La dependencia económica y afectiva de la mayoría de las mujeres víctimas de violencia doméstica ante su agresor se romperán forzosamente con el alejamiento judicial de éste, generando un vacío tal, que la mayoría de las veces generará la retractación, que dentro del ciclo de violencia se vislumbra como la única salida a esta ausencia de

²³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Acceso para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas [en línea]. Enero 2007. N°68, p. 9. <<http://www.cidh.org>> [consulta: 04 de mayo de 2010].

²³³ *Ibíd.* p. 74.

²³⁴ CASAS Becerra, Lidia y MERA González-Ballesteros, Alejandra. Violencia de Género. Delitos sexuales y reforma procesal chilena. Centro de justicia de las Américas y Universidad Diego Portales. Santiago, 2004. Cuadernos de análisis jurídicos N° 16. p.63.

sustentos económicos y emocionales debido a que personas significativas le “han vuelto la espalda” y la tildarán de responsable de la prisión y la debacle económica²³⁵.

f) Medidas Accesorias

La Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar estableció una serie de medidas accesorias que el juez debe aplicar en la sentencia, con la idea de proteger a la víctima de violencia intrafamiliar una vez terminado el juicio y procurar la rehabilitación de quien cometió los actos de violencia intrafamiliar.

Estas medidas se encuentran establecidas en los artículos 9 y 16 de la mencionada ley, debiendo ser aplicadas por el juez con competencia en lo penal cuando el delito sea constitutivo de un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate. Asimismo, deberá fijar prudencialmente el plazo de las medidas, que no podrán ser inferiores a seis meses ni superiores a un año, atendidas las circunstancias que las justifiquen, pudiendo ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron.

De acuerdo a la historia fidedigna de la ley, originalmente el artículo 16 estaba redactado en los siguientes términos: “Las sanciones accesorias de que trata este artículo podrán ser aplicadas por los tribunales con competencia en materia criminal cuando los actos de violencia intrafamiliar fueren constitutivos de delito, y una vez decretadas no se suspenderán en caso alguno.”

La primera decisión que adoptó la Comisión fue titularlo “Medidas Accesorias”, en lugar de “Sanciones accesorias”, atendido el hecho que aquella denominación era la

²³⁵ Ver en TALADRÍZ, María José. La Comisión por Omisión en el Maltrato Habitual. *Op. cit.* pp.245-248.

que más se adecuaba con la naturaleza de los fines de protección y rehabilitación enunciados por el artículo.

En esta misma discusión, el representante del Ministerio Público señaló que la aplicación de medidas accesorias en el proceso penal, no podía quedar entregada al arbitrio del tribunal, en la forma en que estaba prevista, por impedirlo el principio de legalidad. Por ello, fue necesario eliminar la expresión “podrá”, en el inciso primero, y redactarlo en términos imperativos, determinando el tiempo por el cual se podían extender las medidas accesorias, el cual debía estar relacionado con el de las penas impuestas, y la eventual suspensión de aquéllas.

Una correcta interpretación del texto de los artículos 9 y 16 nos lleva a la misma conclusión, pues al señalar el primero que: “además de lo dispuesto en el artículo precedente, el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las siguientes medidas accesorias”; y el segundo que: “Las medidas accesorias que establece el artículo 9º serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal”, observamos el carácter imperativo de las normas respecto del deber de aplicación del juez con competencia en lo penal de las medidas accesorias señaladas en la ley.

Así, el criterio aplicado por la Corte de Apelaciones de Chillán de 29 de septiembre de 2007, ROL 99-2007, es concordante tanto con la historia, el texto y el espíritu de la ley, pues, como ya dijimos, estas normas son de carácter imperativo, por lo que el juez no puede excusarse de aplicarlas.

Situar la violencia intrafamiliar como un problema de la vida privada de los involucrados obedece a la dicotomía tradicional entre la esfera privada y el espacio público, en función de la cual los asuntos privados, domésticos, particulares o íntimos, están al margen de la intervención estatal, por ende, al ubicarse la familia en el ámbito geográfico de lo doméstico, el Estado debería abstenerse de cualquier intromisión en resguardo de la autonomía personal. A nuestro parecer, este pensamiento demuestra la falencia en la aplicación e interpretación de la legislación sobre violencia intrafamiliar, así como el rol que le compete al Estado en su erradicación. Pues con

este tipo de criterios, lejos de reconocer la existencia de jerarquías sexuales y de opresión, intensificada por la supuesta neutralidad de las normas y políticas públicas, se insiste en invisibilizar la violencia hacia las mujeres.

Cambiar estos patrones socioculturales discriminatorios debe convertirse en una prioridad, pues como observamos en la sentencia del juez de garantía, las creencias y valores patriarcales de las autoridades llamadas a conocer de los casos de violencia intrafamiliar afectan sus actuaciones, incluso al extremo de contrariar expresamente el texto de la ley.

Es necesario asumir que la violencia intrafamiliar es un problema público, continuar con la invisibilización de ella, y como en el caso en comento no dictar las medidas de protección necesarias bajo pretexto de ser un tema de índole privado y, por ende, de baja prioridad, significa no cumplir con el deber de proteger a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar contra riesgos inminentes.

Al momento de conocer un caso de violencia intrafamiliar, se debe tener en cuenta que las mujeres golpeadas rara vez denuncian los malos tratos²³⁶ y cuando lo hacen, debido a una serie de presiones, será la misma mujer golpeada que negará o minimizará los hechos. Por lo que, es imperioso ponderar la importancia de una denuncia en este contexto y tratarla acorde a la especialidad que ha impuesto la Ley N° 20.066.

g) Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad

La Ley N° 18.216 establece medidas alternativas al cumplimiento a las penas privativas de libertad, las cuales pueden ser diferenciadas entre: i) medidas de

²³⁶ El Servicio Nacional de la Mujer ha otorgado datos sobre los años que transcurren para que una mujer interponga su primera denuncia. En 1990 tenían que pasar siete o diez años. Hoy, probablemente son dos a tres años. Revisar información en: www.sernam.cl

suspensión condicional de ejecución a la pena de penas privativas de libertad, entre las que se encuentran la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada, y ii) penas alternativas a la prisión propiamente tal, correspondiente a la reclusión nocturna, que se diferencia de las primeras porque se plantea como la pena principal excluyente de la pena de prisión, no como la suspensión condicional de la pena privativa de libertad²³⁷. Así, la reclusión nocturna sustituye por completo la pena privativa de libertad, y por lo mismo no aparta al sujeto de su grupo social y familiar.

Debido a ésta situación, en los casos de violencia intrafamiliar debiese cobrar importancia el análisis que se haga al otorgar cualquiera de las medidas alternativas mencionadas, pues de otorgarle el beneficio un agresor habitual, éste contará con la libertad necesaria para continuar con el espiral de violencia en contra de su pareja, a pesar que existan medidas cautelares o accesorias a favor de la víctima, es conocida la falta de recursos para su debida fiscalización. En este sentido, el artículo 8º de la mencionada ley es concordante con nuestra posición, pues entre los requisitos que contempla para el otorgamiento de la reclusión nocturna señala que el Juez esta obligado a revisar los antecedentes personales del condenado, su comportamiento anterior y posterior al hecho delictivo y la naturaleza, los móviles y modalidades del delito, todo lo cual debe permitir presumir que la medida lo disuadirá de volver a delinquir.

En la Historia de la Ley N° 20.066 se dejó constancia que el objeto del otorgamiento de penas alternativas en los casos de violencia intrafamiliar es prevenir o reprimir nuevas conductas violentas por parte del agresor, por lo mismo, en el debate se descartaron nuevas alternativas a la sanción del autor de violencia intrafamiliar, como la prisión privativa de libertad los fines de semana, por ser una sanción más leve, lo que se podría haber traducido como una falta de reproche a las conductas²³⁸.

²³⁷ Ver POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica. Santiago, 2006. p.543.

²³⁸ Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066. *Op. cit.* Primer Informe de la Comisión de Familia, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados. p.79.

En este orden de ideas, es acertado el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 8 de Mayo de 2008, Rol 135-2008, en su parte resolutive al señalar:

“No es posible desestimar el recurso de apelación del Ministerio Público sobre denegar la reclusión nocturna. Pues, en primer lugar dichas alegaciones no corresponden a meros asuntos administrativos, como señaló la defensa del imputado y; segundo, de acuerdo a los artículos 413 letra e)²³⁹ y 414²⁴⁰ del Código Procesal Penal la sentencia condenatoria no solo fijará las penas, sino que deberá pronunciarse sobre la aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de la libertad, asimismo ante la falta de éste pronunciamiento será procedente el recurso de apelación, asimismo, la letra c) del artículo 8 de la Ley N° 18.216 obliga necesariamente, no sólo a revisar los antecedentes personales del sentenciado, sino también el comportamiento anterior y posterior al hecho punible, la naturaleza, modalidades y móviles determinantes en la comisión del ilícito, de forma tal, que el beneficio que se está entregando haga presumir fundadamente que aquel no volverá a delinquir”

En el caso en cuestión, queda demostrado que al otorgar el beneficio de la reclusión nocturna al condenado sólo por cumplirse los requisitos objetivos mencionados en la Ley N° 18.216, la Jueza de Garantía de San Fernando atentó contra el sentido la legislación en comento, primero el artículo 24²⁴¹ del Código Procesal Penal señala que el Tribunal que conceda alguno de los beneficios previstos en la misma ley, deberá así ordenarlo en la respectiva sentencia condenatoria, expresando los fundamentos en que

²³⁹ Artículo 413 letra e) del Código Procesal Penal: *“La resolución que condenare o absolviera al acusado. La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley”*

²⁴⁰ Artículo 414 del Código Procesal Penal. Recursos en contra de la sentencia dictada en el procedimiento abreviado. *“La sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado sólo será impugnabile por apelación, que se deberá conceder en ambos efectos. En el conocimiento del recurso de apelación la Corte podrá pronunciarse acerca de la concurrencia de los supuestos del procedimiento abreviado previstos en el artículo 406”*

²⁴¹ Artículo 24 del Código Procesal Penal: *“El tribunal que conceda, de oficio o a petición de parte, alguno de los beneficios previstos en los Títulos anteriores, deberá así ordenarlo en la respectiva sentencia condenatoria, expresando los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que han dado base a su convicción.*

Si el tribunal negare la petición para conceder algunos de los beneficios previstos en esta ley, deberá exponer los fundamentos de su decisión en la sentencia”.

se apoya y los antecedentes que han dado base a su convicción y, segundo el artículo 8º menciona un requisito subjetivo, el cual tiene como objetivo analizar el comportamiento del individuo y sus antecedentes para poder llegar a determinar si su presunta libertad ocasionaría un peligro eventual para la víctima y si estas es merecida en atención a su conducta anterior.

Es por aquello, que en las lesiones y los demás delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar éste análisis debe estar íntimamente ligado a la situación de riesgo inminente de la víctima.

h) Incumplimiento de condiciones en suspensiones condicionales, medidas cautelares y/o accesorias.

En relación a la normativa especial dada para el desacato en los artículos 18²⁴² y 10²⁴³ de la Ley N° 20.066, se han producido discordancias **al determinar su procedencia por el incumplimiento de las medidas cautelares o penas accesorias o las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento**, pues, para algunos, dicho delito sólo se referiría al incumplimiento de sentencias definitivas²⁴⁴, carácter del que carecen las medidas mencionadas.

Respecto de ello, es necesario precisar que ni el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, ni el artículo 10 de la Ley N° 20.066, hacen distinción alguna entre sentencias definitivas o aquellas interlocutorias que causan ejecutoria a la hora de

²⁴² Artículo 18 de la Ley N° 20.066 “Sanciones. En caso de incumplimiento de las medidas a que se refieren los artículos 15, 16 y 17, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10”.

²⁴³ Artículo 10 de la Ley N° 20.066 “Sanciones. En caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, con excepción de aquella prevista en la letra d) del artículo 9º, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”.

²⁴⁴ Ver argumento defensa en sentencia de Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 9 de agosto de 2007. ROL 162-2007.

determinar la procedencia del delito de desacato frente al incumplimiento de resoluciones judiciales que no sean de aquellas que en primer lugar mencionamos.

Más aún, aunque lo quebrantado sea una resolución cautelar de carácter transitorio y temporal, existe norma especial y expresa en los artículos 18 y 10 de la Ley N° 20.066 que establece que si se incumple una medida de esta naturaleza conocerá el ente persecutor para los efectos de lo prevenido en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil²⁴⁵.

Asimismo lo señala la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en considerando sexto de sentencia de 9 de agosto de 2007, Rol 162-2007:

“En cuanto a la argumentación de la defensa en la parte que señala que el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, sanciona el incumplimiento de sentencias firmes y ejecutoriadas, y que se encuentran en la etapa de su cumplimiento, estos sentenciadores estiman no considerar estas argumentaciones, puesto que (...) el artículo 18 de la ley 20.066 en relación con el artículo 17 de la misma norma, hacen aplicable los efectos de su artículo 10 incluso para el caso de incumplimiento de las medidas accesorias del artículo 9°...”

Respecto del incumplimiento de las condiciones impuestas en las suspensiones condicionales del procedimiento se discute la procedencia del delito de desacato, por no referirse a ellas el artículo 10 de la Ley N° 20.066; omisión que para algunos tendría como consecuencia que el incumplimiento de éstas condiciones sólo traería aparejado un efecto procesal específico, esto es la revocación de la suspensión condicional²⁴⁶.

A nuestro entender, no es posible desconocer el efecto penal proveniente del incumplimiento de lo ordenado cumplir por el juez, pues, aunque efectivamente el artículo 239 del Código Procesal Penal consagra la revocación de la medida

²⁴⁵ Ver Tribunal de Garantía de Antofagasta. 9 de febrero de 2006. RIT 5180-2006.

²⁴⁶ Ver Tribunal de Garantía de Puerto Montt. 12 de junio de 2007. RIT 3216-2006.

alternativa, el artículo 18 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar opera sin perjuicio de la revocación.

Así, “condenar por desacato (...) no representa sino la aplicación de la normativa especial vigente contemplada en la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, que sanciona expresamente el incumplimiento de la resolución judicial”²⁴⁷.

Finalmente, lo correcto es sostener que la normativa especial respecto del delito de desacato introducida por la Ley N° 20.066 opera respecto tanto de medidas cautelares y accesorias, como respecto de las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento.

Una **segunda postura respecto a no sancionar el incumplimiento de las medidas impuestas en delitos producidos en contexto de violencia intrafamiliar**, sostiene que el desacato es un delito de tendencia, cuya ilicitud dependería de una posición subjetiva adicional del hechor, consistente en el ánimo o intención de quebrantar lo ordenado cumplir. Así, algunos fallos²⁴⁸ señalan la posibilidad de distinguir entre un mero incumplimiento (carente de dicho ánimo) del desacato propiamente tal, en el que necesariamente debería estar presente esa “intención del sujeto de quebrantar la resolución judicial”.

Frente a esta tesis, se puede sostener que el delito de desacato no requiere de una posición subjetiva especial, de un ánimo o intención de quebrantar, siendo suficiente

²⁴⁷ Ver considerando quinto de sentencia de Garantía de Puerto Montt. 12 de junio de 2007. RIT 3216-2006.

²⁴⁸ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, sentencia de 8 de enero de 2008, causa RIT 75-2005, considerando Noveno: “... pero además la concurrencia del tipo subjetivo constituida por c) el dolo, esto es, el conocimiento por parte del hechor del contenido de la resolución judicial en cuestión, lo cual se colige de los asertos que al respecto efectuó la Cabo 2° de Carabineros, XXX quien manifestó que “el acusado se mostró sorprendido cuando los vio pero que él tenía conocimiento que no podía estar ahí ya que así lo manifestó, diciéndoles que él sabía pero que no tenía donde dormir”. En este mismo sentido, voto disidente del 1° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia de 27 de enero de 2007, causa RIT 1-2007 de, señala que “debe considerarse también dentro del delito de desacato, la reiteración de la conducta y su gravedad, situaciones que bien no fueron indicadas por la defensa, no dejan indiferentes a esta Juez, al contrastarse su ausencia en el caso de marras, constituyendo la conducta del acusado, un episodio único”.

para su configuración el conocer y querer realizar el hecho típico. Requerir de esa posición subjetiva adicional, importa agregar un elemento no presente en el tipo penal.

Una **tercera postura es la falta conciencia de la ilicitud** o en términos positivos existencia de error de prohibición²⁴⁹, lo cual implica probar que el hechor no conocía que su actuar era contrario a derecho, la mayoría de las veces fundado en la falta de comprensión de la orden judicial, atribuido a la insuficiencia de la resolución que impone la medida, o a la existencia del consentimiento de la víctima.

Ejemplo de ello encontramos en el considerando quinto de la sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel de 4 de diciembre de 2006, causa ROL 1223-2006:

“...encontrándose establecido que el imputado fue detenido al ser hallado durmiendo al interior de un inmueble ubicado en un Pasaje denominado "2 Norte", en circunstancias que la resolución judicial que habría sido desobedecida le impuso la obligación de abandono y de no reingreso respecto de un domicilio situado en un Pasaje llamado "3 Norte", cabe concluir que el imputado no ha quebrantado lo ordenado cumplir por la resolución en referencia y que por ende la conducta que se le reprocha no se ajusta al tipo penal que describe el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”

En atención a estas dificultades resulta importante destacar que en la mayoría de los casos de incumplimiento, el sujeto conoce que su actuar es contrario a derecho, por lo que no es suficiente resguardarse en la falta de intención de incumplir en su actuar o en el permiso de la víctima, pues el tipo penal del desacato busca resguardar la recta administración de justicia y el acatamiento de las resoluciones judiciales, bien jurídico que no es disponible por la persona en cuyo favor se dicta la resolución respectiva, de manera que la víctima no tiene ninguna posibilidad de autorizar el ingreso.

Así, creemos que para que excluya la culpabilidad y, por lo tanto, exima totalmente de responsabilidad penal, el error debe ser invencible o inevitable, esto es, que no

²⁴⁹ Ver Corte de Apelaciones de San Miguel. 4 de diciembre de 2006. ROL 1223-2006,

haya podido ser evitado por el imputado aún empleando toda la diligencia que le era exigible.

Finalmente, respecto del análisis de sentencias de los Tribunales Orales en lo Penal, su discusión se ha centrado en la procedencia del delito de desacato respecto del incumplimiento de medidas accesorias, tema ya discutido en este trabajo y al que nos remitimos.

Capítulo IV: “Operadores del Sistema”

Este capítulo presenta una breve caracterización de fiscales, defensores, jueces de garantía y jueces de tribunal oral, como operadores del sistema penal en los casos de delitos de lesiones en el contexto de violencia contra la mujer en las relaciones de familia e intenta establecer cuáles son los criterios que en la práctica utilizan frente a estos delitos.

I.- Caracterización de los operadores.

1. Fiscales.

Los fiscales entrevistados corresponden a fiscales adjuntos de las cuatro Fiscalías Regionales de la Región Metropolitana. Dentro de estas fiscalías, la Fiscalía R.M. Sur y la Fiscalía R.M. Oriente presentan una división del trabajo por áreas temáticas, existiendo fiscales especializados en violencia intrafamiliar; en las Fiscalías R.M. Centro Norte y Poniente, los fiscales se dividen por áreas territoriales, de todas formas, dentro de cada territorio existen fiscales con asignación preferente de casos de violencia intrafamiliar, según señalaron los entrevistados.

A nivel nacional, existe una “Unidad especializada en responsabilidad penal adolescente y violencia intrafamiliar”, que depende de la Fiscalía Nacional.

Además existen instructivos de la Fiscalía Nacional sobre violencia intrafamiliar y aplicación de la Ley N° 20.006, los cuáles son aplicados por los fiscales como criterios orientadores. Asimismo, en algunas Fiscalías Regionales existen instructivos internos acerca de la materia.

La Fiscalía Metropolitana Centro Norte, posee además un “Proyecto Piloto de Tribunal de Tratamiento de Violencia Intrafamiliar”, en el que trabajan junto a los jueces de garantía y defensores, haciendo audiencia de seguimientos a las suspensiones condicionales, en que se establecieron como condición el someterse a un programa terapéutico²⁵⁰.

Además, la Unidad de Víctimas y Testigos (URAVIT) de cada Fiscalía, realiza una encuesta telefónica a la víctima²⁵¹, dentro de las 24 horas siguientes a la denuncia, a

²⁵⁰ El proyecto era conocido por casi todos los fiscales de esta Fiscalía, sólo un fiscal de la Fiscalía M. Centro Norte, señaló que no existe absolutamente ningún seguimiento de estas medidas, los demás señalaron que el programa ha sido muy efectivo en estos casos. Para más información sobre el proyecto consultar: PÉREZ, P. y DEL CANTO, N. Proyecto Piloto: Tribunal de Tratamiento de Violencia Intrafamiliar Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte. Revista Jurídica del Ministerio Público. Septiembre 2009. (N°4): pp. 217-233.

²⁵¹ Según la mayoría de los Jueces de Garantía esta encuesta no es de gran utilidad. Sin embargo, es el único elemento que encontramos dentro del proceso penal que intenta establecer cuál es la situación de riesgo en que se encuentra la víctima, ya que, por regla general, los jueces no se pronuncian sobre esta, a pesar de que el artículo 15 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, señala que debe ser considerada por el tribunal para decretar medidas cautelares.

Entre los criterios que la División de Víctimas y testigos ha elaborado para establecer la situación de riesgo de una nueva victimización, se diferencia el maltrato que ocurre entre miembros de una pareja, del que ocurre con respecto a menores de edad, estos criterios son:

“En violencia en la pareja:

1. El tiempo de maltrato (mayor tiempo de maltrato, mayor deterioro en la víctima)
2. Los tipos de maltrato hacia la víctima (agresión física en escalada y agresiones psicológicas prolongadas son antecedentes de riesgo vitales y/o efectos devastadores para las víctimas, incluso para quienes ejercen el maltrato)
3. Habitualidad del maltrato (se refiere a su frecuencia. Esta puede ser diaria, semanal, mensual, semestral, anual. Es importante considerar que una frecuencia diaria, semanal o mensual dice relación con un alto riesgo de reiteración del maltrato y probable riesgo vital)
4. El nivel de aislamiento social de la víctima y su familia, en relación a familiares, vecinos, apoyo legal, laboral, entre otros.
5. El grado de dependencia económica de la víctima (a menor autonomía económica mayor riesgo de reiteración del maltrato)
6. La edad de los hijos y el número de ellos (a mayor número de hijos y menor edad de los mismos, existe más alto riesgo de reiteración del maltrato en escalada, tanto para la madre como para los hijos)
7. Trastornos conductuales de quien ejerce la violencia, alcoholismo, drogadicción, inestabilidad laboral, alto nivel de endeudamiento y negligencia en cubrir necesidades básicas de la familia.
8. Presencia de violencia cruzada grave (ambos miembros de la pareja se agreden mutuamente).

fin de establecer la “situación de riesgo” en que se encuentra la víctima y cuáles son sus expectativas respecto de la denuncia.

Los fiscales presentan, por tanto cierto grado de especialización, aunque ellos mismos lo consideran insuficiente, de todas formas, la mayoría entendía que la violencia intrafamiliar es un fenómeno complejo que presenta características especiales. Dentro de estas especificidades destacan:

- Estiman, que la complejidad de estos casos está dada, en cierta medida, porque, a diferencia de lo que ocurre en los delitos corrientes, entre la víctima y el imputado existe una relación de afectividad e innumerables temas por resolver, siendo la situación de violencia sólo una parte del problema.
- Consideran que tanto la víctima como el imputado en estos delitos no son los intervinientes normales del proceso penal que acostumbran a tener.
- Respecto de la víctima señalan que muchas veces lo que estas personas quieren, no es una solución punitiva como respuesta a su denuncia, es más, a veces se ven enfrentadas al sistema penal sin ni si quiera quererlo, por tanto, a veces su comportamiento es imprevisible. En este sentido, destaca la familiaridad que los entrevistados tenían respecto del fenómeno de la retractación, el que consideraban como una cuestión esperable y probable dentro del “ciclo” de la violencia intrafamiliar (término que también manejaban), cuestión que habían aprendido a manejar con la práctica y que ya nos les ocasionaba “frustración”.

-
9. Violencia sexual (descalificación en el ámbito sexual, actos sexuales forzados, humillación y/o degradación sexual)
 10. Contexto de la violencia (particularmente, ejercicio de maltrato durante el embarazo de la víctima, en estado de enfermedad, u otro similar que la sitúa en una condición de mayor vulnerabilidad)
 11. Existencia de otras víctimas directas del maltrato habitual (hijos, adultos discapacitados o ancianos testigos de actos de maltrato y/o hijos, adultos discapacitados o ancianos directamente maltratados)
 12. Existencia de peligro de homicidio o lesión grave²⁵¹ (intentos de asesinato anteriores, amenazas de muerte, uso de armas de fuego u otra en contra de la víctima, víctima ha sido encerrada por horas/días por el ofensor, golpes múltiples con resultado de lesiones, percepción de la víctima respecto de peligrosidad del agresor y de inminencia de nuevo episodio de maltrato)” (FISCALÍA NACIONAL. Oficio N°551. *Op. cit.*).

-Respecto del imputado, consideran que no calza con el “perfil común de delincuente”.

2. Defensores.

Los defensores, a diferencia de los fiscales, no están especializados por áreas y carecen de capacitación específica en violencia intrafamiliar, no obstante haber recibido algunas minutas del Departamento de Estudios a nivel nacional sobre la Ley 20.066 recomendando el actuar de sus defensores sobre temas específicos.

En este sentido, en su mayoría los defensores entrevistados señalaron tratar las causas por violencia intrafamiliar de igual manera como lo hacían con todas sus causas y que la situación de la víctima no presentaba un problema para ellos, pues su lealtad era con el imputado. Sólo una defensora manifestó la necesidad de tener criterio respecto de éstas causas y que por ello, nunca cuestionaba la solicitud de medidas accesorias.

Respecto de la carga de trabajo, no existen criterios de distribución de casos, lo que se incrementa en localidades rurales en que necesariamente todas las causas son conocidas por el mismo defensor.

3. Jueces de Garantía.

Los jueces de garantía entrevistados no poseen, en general, un perfil especializado en violencia intrafamiliar o de género, pues no provienen de áreas de trabajo relacionadas con temáticas de familia; sólo en el menor de los casos ejercieron labores como jueces civiles cuando la violencia intrafamiliar estaba radicada en esa sede (uno).

En cuanto al grado de conocimiento o capacitación en violencia doméstica dos de los jueces de garantía revelarían contar con un magister o postgrados en género, conseguidos por intereses personales, teniendo conocimientos específicos sobre ella, pero en general, el único conocimiento adquirido por los jueces sobre el tema fue tratado en algunos cursos realizados por la Academia Judicial o por algunas universidades con las que el poder judicial tiene convenios.

En general, la opinión de los jueces sobre estos cursos es que son muy exiguos. Sin embargo, de algo sirven, si se estima que en la mayoría de las causas su participación se limita a aprobar los acuerdos que han adoptado fiscal y defensor previamente, no existiendo una discusión de fondo mayor.

Como es de esperar, si la mayoría de los jueces entrevistados sólo han accedido a conocimientos generales en materia de violencia, no cuentan con la posibilidad de realizar una evaluación de riesgos de acuerdo con lo previsto en la propia Ley N° 20.066, dejando esta tarea netamente en manos de los fiscales.

Mención aparte merecen los proyectos pilotos de seguimiento de las medidas accesorias y condiciones de las suspensiones condicionales del procedimiento que hacen el 1º y 3º Juzgado de Garantía de la Región Metropolitana, en donde los jueces se preocupan de controlar que el imputado cumpla las obligaciones a las que se ha visto sometido por la dictación de las mencionadas medidas; además, el 1º Juzgado de Garantía también se preocupa de recomponer las relaciones de familia rotas si es lo que desean víctima e imputado.

Respecto al tipo de casos que ingresa a los tribunales de garantía por violencia intrafamiliar, mayormente corresponden a amenazas y lesiones clínicamente leves. No obstante, en general se cree, que ellas son producto de desavenencias que debiesen ser tratadas por tribunales distintos de los penales, pues muchas veces las denuncias vienen acompañadas de la intención de resolver problemas de adicción de drogas o alcohol del cónyuge o la pareja, de tuición, de alimentos, entre otras. Percepción que es compartida por otros operadores -defensores y fiscales- quienes propician en

muchos casos salidas alternativas condicionadas para atender estas necesidades. Sin embargo, no siempre hay redes, o existiendo, no siempre están disponibles para los imputados.

4. Jueces Tribunal Oral en lo Penal.

Sólo se entrevistó a dos jueces de Tribunal Oral en lo Penal, ya que existe una percepción entre ellos, que en su instancia, no ven delitos de lesiones en contexto violencia intrafamiliar²⁵². Esta percepción coincide con la de los demás operadores, los que estiman que el grueso de los delitos se termina en el Juzgado de Garantía a través de una suspensión condicional del procedimiento y que no llegan a juicio oral.

Una jueza señaló que: *“nosotros como jueces penales... no vemos violencia intrafamiliar. La violencia intrafamiliar la ven los jueces de familia y en su caso el tribunal de garantía, lo único que podemos llegar nosotros a ver como violencia intrafamiliar sería un desacato [lesiones no]”, refiriéndose además a que “sí la situación se da en un contexto de violencia intrafamiliar es competente el juez de familia, sí las lesiones se producen fuera de ese contexto o son lesiones propiamente tales penales, delito, lo vemos nosotros, pero no en el contexto de violencia”.* (Jueza Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo).

II. Criterios Observados

1.- Definición de Violencia Intrafamiliar.

²⁵² Incluso el administrador de un Tribunal nos señaló que no podía concedernos ninguna entrevista ya que en su Tribunal no había ningún juez que hubiese conocido casos de violencia intrafamiliar.

- Consideración de la violencia intrafamiliar como un tema de interés público o de interés privado.

La mayoría de los actores del sistema entrevistados concuerdan que la violencia intrafamiliar es un problema de interés público.

En este sentido una jueza de garantía sostuvo que se le reconocía este carácter porque era *“una problemática de género”* (Jueza de Garantía de Pudahuel), sin embargo, la mayoría de los jueces, defensores y fiscales no lo atribuyó a ello, sino a la existencia de políticas públicas para solucionar el problema o fundamentalmente a que la ley lo acataba así, *“al haber penalizado el acto de violencia intrafamiliar”*. (Juez de Garantía de Puente Alto)

No obstante, una minoría de jueces de tribunal oral en lo penal y defensores estiman que es un error que la violencia intrafamiliar sea un tema de interés público, pues las desavenencias provenientes de las relaciones de pareja son y debiesen ser tomadas por el legislador como un problema exclusivo del ámbito privado de los sujetos. De esta manera, además, se evitarían un gran número de retractaciones y desistimientos, producto del cambio constante de dichas relaciones.

Sostuvo una jueza del tribunal oral en lo penal que *“todo lo que es intrafamiliar debe escapar a lo público (...), estoy entendiendo lo intrafamiliar en el sentido general del concepto, no en el sentido de violencia, llamémosle intrafamiliar primero, para mi gusto todas aquellas relaciones familiares, entre pareja, tienen que ver con un contexto privado dónde cada uno sabe cómo se desenvuelve, a mi me parece que la intromisión pública es nefasta.”* (Jueza del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo)

Asimismo, una defensora señaló: *“estimo que es una causa que no debiera ser pública, debiera ser netamente de interés privado porque es un aspecto de la vida de las personas que pueden pasar muchas cosas en el camino y pueden ir cambiando*

constantemente y no puede ser que sea entregado al sistema, que se decida la continuación al no tener con... una causa de violencia intrafamiliar. En la actualidad los fiscales siguen las causas de violencia intrafamiliar, aunque las víctimas no quieran seguir con ellas, eso a mí me parece que uno se ha entrometido demasiado en una cuestión que encuentro que está en la esfera privada y se debiera dar más valor al consentimiento de la víctima, en cuanto a seguir o no seguir con una causa". (Defensora DPP Local de La Florida)

- Respecto de la violencia intrafamiliar en sede penal y la Violencia Intrafamiliar en sede civil.

La Ley N° 20.066 provocó un importante cambio, pues en paralelo a la entrada en funcionamiento de los tribunales de familia, elevó el marco penal para la calificación de los hechos de violencia. Situando un escenario complejo respecto a la penalización de los hechos y determinar quien debe conocer y resolver los actos de violencia intrafamiliar.

En este sentido existen dos tendencias entre los actores del sistema, fiscales, jueces de garantía y algunos defensores, creen que estamos frente a hechos constitutivos de delitos, no sólo porque la ley así lo ha definido, sino por las características mismas de los hechos. Esto porque consideran que toda violencia debe estar penalizada, más aún si los hechos se encuadran en un contexto de violencia intrafamiliar; así, se señaló:

“En el contexto de violencia intrafamiliar, con mayor razón el Estado tiene un deber más intenso de que si se tratara de otra relación, por ejemplo una amenaza común entre vecinos o una amenaza de un desconocido.” (Fiscal Adjunto Fiscalía Local de Chacabuco²⁵³, Fiscalía R.M. Centro Norte)

²⁵³ La cobertura de la Fiscalía Local de Chacabuco incluye a las comunas de Colina, Lampa y Tiltil.

Así, para los fiscales, la Ley N° 20.066 ha determinado claramente que situaciones son o no constitutivas de violencia intrafamiliar y cuales merecen ser penalizadas, por lo que, no es correcta la opinión de algunos jueces que se limitan a darle aquel contexto sólo al maltrato habitual.

Entonces, ya habiendo definido la ley la violencia intrafamiliar como constitutiva de delito, a los abogados, que son finalmente los operadores del sistema, les queda solamente especializarse. Especialización que existe en algunas fiscalías, como la metropolitana sur.

Es más, una fiscal, estimó que en la definición de violencia intrafamiliar establecida en el artículo 5 de la Ley N° 20.066, deben incluirse otras relaciones como, las de *“pololeo permanente aunque no existan hijos en común”* u otras relaciones permanente aunque no medie convivencia, relaciones que *“faltan cuando estamos hablando de violencia entre pareja”* (Fiscal adjunta Territorial C de Justicia²⁵⁴, Fiscalía RM Centro Norte)

No obstante esta supuesta claridad en el conocimiento de la violencia intrafamiliar, la mayoría de los defensores, son de la opinión que los criterios dados por la Ley N° 20.066 para establecer la violencia intrafamiliar constitutiva de delito de aquella que no lo es, no están siendo usados correctamente, quedando finalmente a criterio del fiscal determinar la violencia intrafamiliar que pasa a control de detención o a criterio del juez de familia determinar que causas remite al Ministerio Público.

En este sentido, algunos jueces de garantía creen con las remisiones entre tribunales de familia y Ministerio Público y viceversa, *“las víctimas quedan el limbo, porque resulta que el juez de Familia dice que para acá, yo digo que para allá, y mientras tanto vamos a la Corte y todos peleamos y la víctima queda mirando para el norte, entonces ¡no!”*. (Jueza de Garantía de Pudahuel)

²⁵⁴ La cobertura de la Fiscalía Territorial C, incluye a las comunas de Huechuraba, Quilicura, Renca, Conchalí, Cerro Navia y Lo Prado.

No obstante, para la mayoría de los defensores y algunos jueces de garantía, esta penalización se ha convertido en un hecho negativo, pues la violencia intrafamiliar debiese ser conocido por instituciones ajenas a la justicia penal, debido, a que ellos no poseen la especialización necesaria para tratar estos temas o simplemente porque estos son problemas de interés privado.

Así, algunos refirieron:

“Yo soy enemiga de que esté radicado en sede penal (...) porque en el fondo tú no puedes con un ley penal cambiar patrones de conducta arraigados en la comunidad, lo que tienes que hacer es un tema de carácter social, no un tema de carácter jurídico penal (...) Ahora, esto no significa que no sea interés público, porque no hay que mezclar lo que es interés público con lo que es derecho penal”. (Jueza de Garantía de La Florida)

“Yo creo que la materia de violencia intrafamiliar es una cuestión que excede con largueza del campo puramente jurídico, no es una cuestión que debiera resolverse en principio a nivel jurídico o más precisamente a nivel judicial y si es que alguna solución puede ser... se requiere especializada o podría ser propia de tribunales que estuvieran especializados y como comulgan con un ámbito de competencia el de la violencia intrafamiliar”. (Juez de Garantía de Independencia y Recoleta)

Como se señaló, el derecho penal no es una herramienta idónea de intervención en estos conflictos, pues ante la falta de políticas preventivas se está usando la última ratio como primera alternativa, provocándose una judicialización de conflictos que las víctimas no desean llevar a la sede penal.

Así, un defensor sostuvo que lo correcto sería reubicar la violencia intrafamiliar exclusivamente en tribunales de familia, incluso las lesiones, por la especialización de estos tratamientos en temas de familiares.

“Yo creo que todo problema de intrafamiliar debería estar radicado en los tribunales de familia, porque los tribunales del crimen no tenemos el aparataje psicológico, el andamiaje de apoyo social: fiscal, asistentes sociales, psicólogos, que deberían tener parejas que tienen problemas”. Además “la sede penal es aquella sede reservada para los casos extremos, cuando los demás procedimientos y las demás posibilidades de solución del problema resultan ineficaces tú tienes que acudir al poder punitivo como última respuesta. En la medida que la solución del conflicto ha sido eficaces tú recurres al derecho penal como última herramienta, pero aquí al parecer es al revés, recurrimos al derecho penal como la primera herramienta (...) lo que tú tienes que hacer es llegar a una solución del conflicto desde un punto de vista constructivo, más que sancionatorio, que tú llegues a solucionar el problema, más que a apagar el fuego con bencina; por estas dos razones: porque el derecho penal es la ultima ratio y porque yo creo que radicando el problema en sede penal lo que están haciendo es agudizar el conflicto, yo estoy en absolutamente desacuerdo con esto”. (Defensor DPP de La Florida)

Contrariamente, otros defensores creían que lo correcto sería la creación de tribunales especiales de violencia intrafamiliar.

Señaló una defensora: “a mi modo de ver las cosas no puede entregarse a la competencia de un juzgado de familia algo que claramente es un ilícito (...) yo creo que debieran haber tribunales de violencia intrafamiliar para solucionar esto, porque la violencia intrafamiliar es alta... muy alta en Chile, hay mucho ingreso de causas por violencia intrafamiliar. Entonces debiera haber una parte del poder judicial dedicada exclusivamente a la solución de estos problemas para realmente hacerse cargo de ellos y solucionarlos, porque detrás de una persona al momento del delito hay un montón de cuestiones atrás, una historia de vida que a veces son maltratos recíprocos o generalmente cuando cometen parricidios son unas reacciones a la legítima defensa para su... respecto de un cónyuge, de un conviviente agresor”. (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

Finalmente, y debido a que la violencia intrafamiliar en sede penal se ha tendido a manifestar principalmente en lesiones de menor entidad, los jueces de tribunal oral en lo penal señalan desconocer los criterios de determinación entre la violencia intrafamiliar constitutiva de delito y aquella que no lo es.

En este sentido, señala una jueza de tribunal oral en lo penal que desconoce los criterios que aplican los tribunales de familia y que *“cuando la violencia intrafamiliar está constituida por hechos graves que revistan caracteres de delito debe ser conocida en sede penal”* (Jueza del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago).

- Delitos de mayor denuncia en violencia intrafamiliar.

Los delitos de mayor denuncia en contexto de violencia intrafamiliar, de acuerdo a la experiencia de todos los actores, son las lesiones leves y menos graves, las amenazas y el desacato.

Frente a estas denuncias, una fiscal entrevistada constató que en la práctica los jueces de garantía trataban de deshacerse lo más pronto posible de ellas, pues aún son de la idea que ellas debiesen ser conocidas por los tribunales de familia.

En este sentido, sostuvo: *“a la gran mayoría de los Tribunales de Garantía no les gusta mucho la “VIF leve”, porque creen que la gran mayoría son problemas de familia, que deberían ser vistos por el Tribunal de Familia; no así cuando ya estamos hablando de un parricidio o de una lesión grave gravísima... quizás esto no es muy políticamente correcto, pero el sistema en Chile no es muy amigable para la víctima”*. (Fiscal Adjunta, Fiscalía Local de Flagrancia y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía RM Oriente)

En respuesta a la opinión anterior, los jueces de garantía, en su mayoría, creen que la violencia intrafamiliar no debiese ser conocida por ellos, pero no porque les presente problemas, sino la falta de especialización que poseen.

Explicó una jueza: *“yo creo que la materia de violencia intrafamiliar es una cuestión que excede con largueza del campo puramente jurídico, no es una cuestión que debiera resolverse en principio a nivel jurídico o más precisamente a nivel judicial y si es que alguna solución puede ser... se requiere especializada o podría ser propia de tribunales que estuvieran especializados y como comulgan con un ámbito de competencia el de la violencia intrafamiliar”*. (Juez de Garantía de Independencia y Recoleta)

- La violencia intrafamiliar en sede penal esta siendo utilizada para solucionar problemas de otra naturaleza familiar.

Frente a la pregunta de si las denuncias por violencia intrafamiliar son ocupadas como excusa para solucionar otros problemas de la vida familiar; la mayoría de los fiscales y jueces de tribunal oral entrevistados considera que no es así, siendo la regla que las denuncias por violencia intrafamiliar en relaciones de pareja correspondan efectivamente a hechos constitutivos de delito.

Al respecto una fiscal señala: *“no me parece que la persona hagan denuncias para solucionar solamente sus problemas familiares sin perjuicio de que la violencia si es un problema familiar, o sea, que te peguen es un problema que afecta a tu vida familiar, pero es un delito además,... no me parece que una cosa excluya a la otra”*. (Fiscal adjunto, Fiscalía Centro Norte)

Una jueza de tribunal oral señala: *“no estimo que exista un doble interés o un interés escondido al querer regular temas como “visitas o alimentos”, ya que dentro de una familia, si a la mujer no se le está cumpliendo con la pensión alimenticia respecto a los*

hijos, eso genera una violencia". (Jueza del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago).

Sin embargo, defensores y jueces de garantía tienen una percepción distinta de las intenciones de las víctimas, para ellos las denuncias por violencia intrafamiliar, en su mayoría, tienen segundas intenciones. Fenómeno que se observa, principalmente, respecto del delito de amenazas.

Al respecto, comentó una defensora: *"considero que es así, sobre todo en el tema de las amenazas, la gente a veces muchas veces denuncian infundadamente delitos que no han ocurrido, pero ellos los tienen como un medio de solución a sus conflictos, por ejemplo, el marido llegó curado a la casa y a la señora no le gustó, llamó a los carabinero y lo denunció por amenaza porque sabe que lo sacan al tiro para fuera, porque de esas amenazas, yo te diría que el 95% de las amenazas los imputados salen absueltos". (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)*

En el mismo sentido opinaron algunas juezas de garantía:

"La violencia es una realidad en cuanto a problema, se utiliza como una forma de sacar al marido del hogar para mantenerse en ese domicilio y que sea el marido el que egresa de esta vivienda, porque de lo contrario para que la realidad que uno observa es que muchas veces los maridos o las parejas no manteniendo bien común o ya teniendo una relación de pareja muy deteriorada igualmente no se van del hogar, eso tiene que ver con razones económicas, tiene que ver con la realidad social de esa pareja en particular. Entonces, si se utiliza como una herramienta para obtener otros fines". (Jueza de Garantía de San Bernardo)

"Evidentemente, muchas veces, me han tocado muchos casos en que las mujeres en términos generales convivientes, esposas, ex – convivientes, generalmente ex – convivientes, para evitar que el marido o el ex – conviviente vea a los hijos denuncia amenaza en contexto de violencia intrafamiliar, amenaza psicológica porque cuando hay un proceso de separación, está el problema de las pensiones de alimentos, el

problema de que no le paga a tiempo, el problema que lo que da es insuficiente, entonces, cómo lo castigan al hombre, con querer a los hijos”. (Jueza de Garantía de La Florida)

Unos pocos defensores y fiscales, pese a compartir la opinión anterior, creen que esta mal utilización de la sede penal no se está haciendo por “malicia” de las víctimas, sino que deleva un actuar impulsivo y basado en la errada percepción de que la prisión es el mejor remedio para solucionar las cosas o simplemente por desinformación de la víctima.

En este sentido señaló una fiscal: *“yo creo que no es un prejuicio, que efectivamente cuando se generan situaciones de VIF en la pareja, se cruzan efectivamente el ámbito público con el ámbito privado, efectivamente se cruza el derecho penal con el derecho de familia y efectivamente la gente, el común de las personas no tienen porque saber que esto lo tienes que resolver aquí y este otro acá”* (Fiscal Adjunta Territorial C de Justicia, Fiscalía R.M. Centro Norte).

Señalaron que además, de los conflictos propiamente delictuales, los otros temas que más frecuentemente las víctimas desean resolver en el proceso son derechos de alimentos o regular la relación directa y regular con los hijos. Al respecto, defensores, jueces de garantía y la minoría de los fiscales señalan que esto se encuentra directamente relacionado con que estos conflictos no debiesen verse en sede penal; mientras que la minoría de ellos estiman que es obvio que estos problemas se presenten en un conflicto intrafamiliar y que además se relacionan con la dependencia económica que es parte de la violencia, y estando el juez penal autorizado para regular estos temas, es mejor que se resuelvan todos juntos.

“Las víctimas, cuando vienen tienen la prevención del problema de la pensión de alimentos por que tienen dependencia económica con los imputados muchas veces, entonces creen que, por que nosotros investiguemos un delito, podemos además solucionar el problema de la pensión de alimentos, la ley de violencia intrafamiliar establece que nosotros debiéramos poder decretar ciertas medidas de manera

provisoria pero en eso sí que hay resistencia de los tribunales de garantía, no lo hacen, no decretan alimentos provisorios. Creo que eso sería ideal, en los tribunales de género que hay en España regulan todo al tiro, lo regulan provisionalmente y después las cosas se derivan al Tribunal de la Familia para que decrete los alimentos, las visitas de manera definitiva, eso es lo ideal, por que una persona que tiene temor de denunciar por qué se va a quedar sin el sustento de su hogar, que es su marido, probablemente va a tener más resistencia a denunciar, que si sabe que nosotros podríamos darle una atención integral, a mi me parece que nosotros si deberíamos hacer eso, ósea, vemos el tema penal, además de sacar al tipo de la casa, la dejamos con alimento provisorio, visitas reguladas, y todo ese asunto, y después de todos esos temas que sea Familia el que regule de una manera definitiva; eso no se hace, pero existe la posibilidad de hacerlo, la ley establece la posibilidad de que eso ocurra”. (Fiscal Adjunta Fiscalía Territorial B²⁵⁵ de Justicia, Fiscalía R.M. Centro Norte)

Además, de estos conflictos, jueces de garantía y fiscales estiman que las víctimas recurren también buscando una solución no punitiva a sus problemas, ya que no desean la condena efectiva del imputado. Esto, no se contradice con lo establecido en la Ley N° 20.006, que establece como cautelares, condiciones o penas accesorias, la salida del hogar común, la prohibición de acercarse a la víctima y que se someta a un tratamiento.

Señalaron unos jueces de garantía:

“Generalmente la gente muy pobre que no tiene mecanismos intermedios de solución de sus conflictos porque han fallado en mecanismos preventivos previos, por ejemplo, la municipalidad, con las redes asistenciales son deficientes o ya no prosperan, la misma falta de control, al interior de la familia hacen muchas veces que la mujer denuncie violencia intrafamiliar al hijo alcohólico o drogadicto, pastabasero, porque el niño ya no tiene... ha sido echado de diversos hogares rehabilitatorios y es muy común entonces que estén usando la violencia intrafamiliar como maltrato

²⁵⁵ La cobertura de esta Fiscalía incluye a las comunas de Estación Central, Quinta Normal, Independencia y Recoleta.

psicológico como una vía de lograr coactivamente internar al cabro problema en un centro de tratamiento de alcohol y drogas, es súper recurrente, es muy recurrente, es increíblemente recurrente”. (Jueza de Garantía de La Florida)

- Consideración de la especial vulnerabilidad de la víctima en la defensa de los imputados por delitos de violencia intrafamiliar.

Los defensores son enfáticos en señalar que su trabajo es únicamente velar por los derechos del imputado, y en este sentido, su único deber es defenderlo, logrando la absolución de la pena o una pena justa y la menor cantidad de medidas accesorias²⁵⁶. La vulnerabilidad de la víctima es un asunto que debe evaluar el fiscal, quien es el encargado de comprobar la existencia del delito.

Señaló una defensora: *“considerarse a la víctima o no vulnerable es a la persona del fiscal a quien le corresponde, es él el que tiene que comprobar la existencia del delito, que claramente le servirá para demostrar que hubo una seguidilla de maltratos y que por eso la persona está en la condición que está, pero a mí como defensor me toca el determinar si toda esa sucesiva de maltrato, esa vulnerabilidad de la víctima es porqué efectivamente la provocó el imputado o no. A mí en lo personal, no creo que influya en mi estrategia de defensa porque no es algo que me corresponda”*. (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

La minoría de defensores señaló considerar la especial vulnerabilidad de la víctima, pero siempre mirando el interés del imputado en cuanto a evitar que vuelva a atentar contra la misma persona y cometa nuevos actos delictivos, protegiéndose la seguridad de la víctima como efecto secundario de aquello.

Así, señaló un defensor: *“lo evalúo, sin perder obviamente nuestra orientación como defensores que velamos por los derechos del imputado, pero también pedimos cosas que sean razonables para no encontrarnos nuevamente con el imputado por otra cosa más o por el mismo hecho”*. (Defensor DPP Local de La Florida)

²⁵⁶ En atención a aquellas que el imputado esté dispuesto a cumplir.

Una defensora señaló que: *“siempre tengo respeto hacia la víctima, ya que debo ser prudente, no justifico el maltrato, pero debo ser leal con el imputado”*. (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

Finalmente, la mayoría de los defensores coincide en que se le otorga un tratamiento distinto a los delitos de lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar solamente porqué deben aplicarles las normas especiales contenidas en la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.

“En el manejo de las lesiones hay una diferencia, porque la ley VIF le da una connotación distinta, al delito común lo transforma en delito calificado por decirlo de alguna manera, y entran a detallar otros criterios que el juez toma en cuenta, otros criterios que toma en cuenta el fiscal y otros argumentos de defensa que se hacen valer para el imputado... (...) en atención a ello la defensa realizada es distinta pero no es muy diferente. Es distinta porque son otros argumentos, porque se usa una ley a diferencia del delito común que se usa el Código Penal no más, entiendes...el Código Penal no contiene todas estas medidas que la ley fija para buscar proteger a algún familiar de las víctimas, en el delito común se aplica la pena en abstracto y no hay ninguna otra consideración”. (Defensor Unidad de Estudios DPP Regional Metropolitana Sur)

2.- Problemas sustantivos en la regulación del delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar.

2.1. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

- Relevancia de la personalidad de los sujetos y su modo de convivir a la hora de determinar eximentes y atenuantes.

Existe una tendencia en los defensores y jueces de tribunal oral de considerar relevante la personalidad de los sujetos para fundamentar ciertas atenuantes a su favor, como el obrar por estímulos poderosos, el estado de necesidad, pero principalmente para construir una imputabilidad disminuida en los casos de mujeres agresoras o de hombres celopatas.

En este sentido señaló una defensora: *“hay un dicho súper antiguo, no sé si antiguo, no sé, pero dice: igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales, eso significa que si una persona por ejemplo, tiene algún problema psicológico no debiera o uno va a tratar de conocer al tribunal de que no sea tratado de la misma forma de una persona que es normal o una persona que ha estado sujeta a mucho estrés, una mujer que ha sido, sigamos del punto de vista del fiscal, muy violentada durante mucho tiempo psicológicamente a una que por primera vez le dicen: oye ¿sabes qué obviamente no va a tener la misma repercusión. Si, uno toma todo eso en cuenta y no solo en estos casos, en todos”*. (Defensora DPP Local de San Bernardo)

Asimismo, señaló una jueza de tribunal oral: *“para llegar a determinar la atenuante o llegar a determinar la agravante, incluso el hecho delictivo, yo me tengo que poner en el papel del personaje, de las circunstancias social, cultural y económicas que vive ese personaje... No es que porque sean de menor estrato social yo voy a permitir que ahí haya más violencia, no es eso, lo que pasa es que la situación de vida de ellos hace que en algún momento yo pueda determinar que ese hecho que ellos viven acá, no es el mismo que uno viviría en una sociedad más culta”*. (Jueza del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo).

Contrariamente, los jueces de garantía son de la opinión que las circunstancias eximentes por su carácter objetivo deben ser interpretadas y aplicadas stricto sensu. Solamente las atenuantes y agravantes por tener un carácter subjetivo podrían ser interpretadas de forma más flexible e influir en su otorgamiento circunstancias culturales y económicas.

Respecto de las circunstancias modificatorias una jueza sostuvo: *“generalmente si la gente es profesional o con un grado de educación más alto, uno tiene que tener un estándar más alto. Es decir, si la persona tiene educación, tiene cultura, tiene un estilo de vida, digamos entre paréntesis, como socialmente aceptado, yo le exijo más que sea una persona que viva en estado de hacinamiento, que vive mucha gente en pocos metros cuadrados en que la situación de conflicto se da más a diario, a ellos me basta con que la señora me diga: me tiene aburrída, para yo creerle” (...)* *“la capacidad económica va determinar cómo le va en la sanción, al que tiene más plata yo le exijo más, le exijo vaya al psiquiatra, no tengo psiquiatra, bueno, aquí hay un psiquiatra, llámelo y vaya (...)* *en cambio la gente pobre no lo tiene, entonces ahí uno lo que hace es mandarlo a las redes asistenciales de servicio público que generalmente son malas” (...)* ***“si es de clase alta hay que tener mucho cuidado y yo también entro al ámbito de la sospecha, porque generalmente hay muchas demandas cruzadas, de tuiciones, de visitas, de alimentos, entonces, hasta qué medida instrumentalizan el proceso penal y yo soy súper sospechosa con el trato de la víctima de clase alta, súper sospechosa, cuando denuncia de maltrato psicológico al marido o al conviviente de clase alta porque generalmente lo usan como mecanismo para restringir el derecho de visita de los hijos y muchas veces los abogados particulares le aconsejan haga una denuncia en crimen, con eso obtenemos antecedentes para el juicio de familia para que le hagan visitas vigiladas y no le den visitas como tú quieres, mientras no te arregle la pensión de alimentos”.* (Jueza de Garantía de La Florida)**

No obstante estas opiniones, un número no menor de jueces de garantía y defensores sostienen que por la extensión de la mayoría de los procesos por lesiones leves o menos graves las atenuantes más usadas son la colaboración sustancial y la reparación celosa del mal causado. Siendo restringida su interpretación, pues en la mayoría de las causas ellas se otorgan como producto de acuerdos anteriores entre fiscal y defensor.

Señaló un juez de garantía: *“los jueces de garantía tenemos un ámbito de actividades bastante delimitado (...). Lo que se ve en la práctica es que nosotros*

resolvemos conflictos penales cuando ya existen ciertos acuerdos entre fiscal y defensor en torno a cuál es el delito y cuáles son las circunstancias que ocurren a su penalidad (...) nosotros en el fondo refrendamos ese acuerdo y nos preocupamos más bien de fiscalizar que la renuncia que la persona hace de su derecho al juicio sea revisada en forma libre, o sea en forma consciente, la voluntad de desacuerdo lo que el juez de garantía dentro del ámbito del conflicto tiene que legislar y por ende es marginalmente (...) muy marginalmente uno tiene atribuciones estrictamente jurisprudenciales...". (Juez de Garantía de Independencia y Recoleta)

2.2. Circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal.

a) Arrebato y Obcecación.

- Frecuencia con que se solicita esta atenuante en casos de lesiones producidas en contexto de violencia intrafamiliar.

Fiscales, jueces de garantía y de tribunal oral señalan que el uso de la atenuante de arrebato y obcecación del Código Penal en los casos de lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar no es generalizado. Es más, todos los jueces coincidieron en señalar que nunca se les había alegado en juicio ni como atenuante, ni como eximente incompleta de responsabilidad penal, excepto en casos de parricidio o de otros delitos de mayor entidad.

Sólo un fiscal recuerda un caso en que la defensa esgrimió la atenuante:

"A mí me ha tocado vivir un juicio oral simplificado en que se alego el arrebato y obcecación porque la mujer no le lavaba los platos y no le plancho la ropa y tenía la

cocina sucia, por lo tanto, eso justificaba que él reaccionara de manera violenta”. (Fiscal adjunto. Fiscalía Local de Colina²⁵⁷)

No obstante, la opinión de los defensores es contraria, generalmente creen que los celos son motivo suficiente para tener por configurado el arrebató o la obcecación.

Sostuvieron unas defensoras:

“Por ejemplo, la única vez en caso en que el juez ha accedido a tener por configurada el arrebató es cuando el hombre ha pillado a la mujer con otro hombre en su cama y ella le dice... él dice: ¡cómo! Qué te has imaginado tal por cual y le pega un combo, digo: su señoría ¿qué quiere? O sea lo anormal sería no haberlo hecho y ahí han salido absueltos”. (Defensora DPP Local de La Florida)

“Uno trata de contextualizar las cosas y generalmente las personas que cometen delito en contexto de violencia intrafamiliar, no tienen otros antecedentes penales y reaccionan y sobre reaccionan y cometen el ilícito con ocasión de una situación puntual que detona rabia e ira en ellos ¿te das cuenta? Entonces, es una circunstancia que nosotros acudimos frecuentemente para justificar el actuar de una persona, siempre que se condiga con los hechos de la causa, generalmente son peleas de celos, ponte tú, que el marido encontró a la mujer con otro hombre y son cosas que naturalmente te producen obcecación porque en la violencia intrafamiliar es donde están inmersos los sentimientos de las personas, los hombres ven rota su esperanza de vida, su garra no sé por su vida por la intervención de un tercero en la escena y efectualmente ella le provoca tal conmoción que se pone en una posición absolutamente obtusa, cegada que los lleva a sobre-reaccionar y a cometer una cosa que a lo mejor el resto de su

²⁵⁷ A juicio del este fiscal el alegato de la defensa era absurdo, el resultado lo desconoce, ya que la sentencia nunca se dictó. Este mismo entrevistado, señala que en su territorio ocurren estas cosas, porque la violencia intrafamiliar en el área rural reviste otras características, “la dependencia económica acá es más fuerte..., si bien somos Región Metropolitana es una cultura de campo... tú ves Lampa y Tiltil, es campo, campo absoluto... los imputados ven a la mujer como un objeto que les pertenece, en ese contexto, esa mujer, ¿cómo puede romper esa barrera?... las mujeres por lo general, dicen habitualmente... yo no quiero continuar con esto porque quién me va a dar de comer o de comer a mi hijo”.

vida, que no fuera en contra de su cónyuge o de un pariente no reaccionaría así, si generalmente está pasando cosas tranquilas y tienen solo antecedentes por violencia intrafamiliar, pero es algo a lo que uno acude harto". (Defensora DPP Local de San Bernardo)

Sin embargo, los defensores son claros en señalar que esta atenuante no es frecuentemente recogida por los tribunales ante quien las alegan, por lo que su discusión se restringe principalmente para determinar medidas cautelares y accesorias.

- Configuración de los estímulos de manera disímil para mujeres y hombres.

La opinión mayoritaria de los defensores, es que las circunstancias atenuantes son configuradas por igual para hombres y mujeres.

No obstante, algunos fueron de la opinión que en la práctica se nota cierta diferencia en el tratamiento jurídico cuando la mujer es la imputada, en el sentido que, se tiende a ser más benévolo en el tratamiento de la pena.

Una minoría de defensores entiende que el rol socialmente asignado a la mujer y al hombre los predispone a responder y reaccionar de una manera distinta ante situaciones provocadas por la violencia intrafamiliar. Pero, creen que esta realidad no ha sido reconocida ni por los tribunales, ni por la misma norma penal, lo que ha generado una imposibilidad de poder configurar la atenuante en un plano de igualdad.

En este señaló un defensor: "Entonces los operadores, en este caso el tribunal que tiene que decidir un tema, no hace la distinción, o sea ahora último los jueces han estado dando una visión más de género cuando una mujer frente a una agresión responde de una manera también violenta, y obviamente que el hombre cuando reacciona en su núcleo familiar, cada vez menos pero todavía tiene un sentido machista o sea su reacción va por ese lado, no somos marido y mujer, estamos al

mismo nivel, pero yo te pego por otra razón, o sea siempre asoma esta cuestión media ancestral que hay de que la mujer es un poco la parte “débil”, o la que tendría que soportar más que los hombres ciertas cosas, o tolerar ciertas cosas que el hombre no tiene que tolerar”. (Defensor Unidad de Estudios DPP Regional Metropolitana Sur)

En referencia a los móviles un defensor señaló: “en el caso de los hombres, la mayoría de los móviles de comisión es por celos, por engaños; en cambio, por lo que yo he visto, lo que me ha tocado a mí, no sé qué pueden decir otros defensores, que los móviles de las mujeres son diferentes, generalmente los móviles de las mujeres que actúan en violencia intrafamiliar son intervenir en defensa de otro pariente que se ha visto agredido por la persona que llaman agredido”. (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

- Violencia intrafamiliar previa considerada como estímulo poderoso en los casos en que la víctima de violencia intrafamiliar que se convierte en agresora.

Considerar la violencia intrafamiliar previa como un estímulo suficientemente poderoso para configurar la atenuante de arrebató y obcecación en las mujeres que han sido violentadas constantemente por sus parejas es una circunstancia considerada por la mayoría de los jueces de garantía y de tribunal oral, siempre y cuando ella sea lo suficientemente poderosa para “nublar” la razón de la imputada.

Una jueza señala haber conocido un juicio de parricidio en que se solicitó la atenuante.

“La mujer era víctima de violencia intrafamiliar en su relación y estaba tan hastiada de los maltratos de su conviviente, que en un momento la empezó a hostigar de palabra y a seguirla, pero ni siquiera la tocó, pero ella estaba tan hastiada que agarró un cuchillo y se lo enterró hasta no sé dónde, que lo mató con la pura cuchillada”. (Jueza del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo).

Como Tribunal no acogieron la atenuante, “por qué el arrebató y obcecación dentro de la historia de violencia, en este caso concreto de la violencia intrafamiliar que ella sufría, no había llegado a niveles que le hicieran perder el control o el equilibrio absoluto desde el punto de vista mental, entonces esto más parece un acto enfermo de violento y no era como atenuante para arrebató y obcecación” (Jueza del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo). En este caso se acogió la eximente incompleta de miedo insuperable.

No obstante la opinión anterior, los jueces de garantía por las características de los juicios sometidos a su conocimiento, que ya vienen con acuerdos entre fiscales y defensores, poco o nada les toca referirse sobre temas de esta naturaleza, siendo su opinión meramente académica.

Los fiscales y defensores coinciden en que el historial de violencia intrafamiliar previa, podría ser considerado como un estímulo suficientemente poderoso para configurar la atenuante, sin embargo, ninguno la ha aplicado de este modo.

Al respecto, una fiscal señaló que “hay que considerarlo por un principio de objetividad” (Fiscal Adjunta Fiscalía Territorial B de Justicia, Fiscalía R.M. Centro Norte); otro fiscal, señaló que a través de los registros de la Fiscalía se establece si son “relaciones de violencia cruzada o si la actual imputada ha sido siempre víctima y que desde ahí se contextualiza el delito y se trazan las líneas a seguir”. (Fiscal adjunto. Fiscalía Local de Colina)

Sin embargo, la consideración se realiza con objetivos distintos entre fiscales y defensores, la mayoría de los fiscales estima que si se está frente a una situación en que la violencia es habitual, en la práctica esto no influye en la configuración de atenuantes o agravantes, sino en la valoración de la prueba o en la determinación de la pena, mientras que los defensores si consideran la violencia habitual como un estímulo suficientemente poderoso para configurar el arrebató como atenuante o como eximente incompleta.

Señalaron los defensores, que a través de estudios de las imputadas víctima de violencia se han constatado ciertos problemas de “higiene mental”, consecuencia de un periodo malos tratos o abusos reiterados. Situaciones que han derivado, en que la mujer en cierto punto de la relación explote, pudiendo, incluso, matar a su pareja.

En este sentido señaló un defensor: “una persona que ha estado siendo violentada física y psíquicamente durante años y de repente arremete contra el autor de los hechos y le da muerte, por ejemplo, obedece claramente a un estado de conmoción diferente, que le crea a ella ya que es lo que pasa con estas mujeres y que sale hasta en los programas de televisión, llega un momento en que no dan más y cometen los crímenes más horribles por eso, porque revierten de un cúmulo de cosas, de años, de años, de años y matan a los hombres y de esos hay pero cualquier cantidad de casos de esos”. (Defensor Unidad de Estudios DPP Regional Metropolitana Sur)

No obstante, en la práctica para probar la existencia de estos estímulos poderosos, los defensores se han topado con un obstáculo no menor, la baja tasa de denuncias de los episodios de violencia. Por lo que, comúnmente la atenuante es desechada por falta de prueba o por cuestionamientos de los fiscales frente a lo que pudo hacer la mujer para evitar lesionar a su agresor.

Ante los cuestionamientos de los fiscales una defensora opinó: “yo creo que si las mujeres reaccionan frente a un mal trato que es de años, están en su legítimo derecho y haber o no haber tomado una medida diferente o esperable para el resto, ello no afecta en el resultado. Lo que sí es importante, por ejemplo, y que nosotros valoramos y que el tribunal de cierta manera te exige un poco, no solamente los propios dichos de la mujer que ha sido maltratada, si no que te piden, ponte tú, que hayan denuncias anteriores o constancias como para hacer un poco más objetivo el testimonio que solamente... el de ella”. (Defensora Licitada DPP Local de la Florida)

- Los celos como estímulo poderoso para configurar la atenuante de arrebató y obcecación.

Los celos se han dejado de considerar como un estímulo poderoso para configurar la atenuante de arrebató y obcecación.

Jueces de garantía y fiscales creen que los celos no son justificante ni estímulo poderoso de nada, uno de ellos sostuvo “es indiscutible que los celos son un fenómeno psicológico (...) pero hay que dividir un poco la cuestión, o sea tiene un origen el tema de los celos ¡en la naturaleza humana!, y en tanto tiene un origen en la naturaleza humana tú no la puedes denegar y ser ciego a esta realidad, no cierto a lo mejor puedes darle un sentido, pero si eso va a constituir un discurso de legitimización o un discurso de exculpación, yo creo que no. Porque evidentemente esperamos que los celos no lleguen a convertirse en justificante de ¡nada!, o sea tenemos que reconocer cuando que es realidad y no podemos decirle oiga que pena por usted qué se yo, en fin, tener un discurso más amigable a la larga pero desde el punto del derecho penal, no creo que pueda constituir ningún mejoramiento situación para el que lo sufre, digamos”. (Jueza de Garantía de Pudahuel)

Sin embargo, en las sentencias revisadas, la atenuante siempre fue alegada por este motivo y en algunas se aceptó.

En este sentido, una jueza de tribunal oral señaló que, a su juicio los celos en situaciones muy puntuales los celos enfermizos podrían considerarse para la configuración de la atenuante, pero los celos normales no “porque a todo el mundo le gusta que su pareja tenga a veces con uno un poquito de celos” (Jueza del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago).

Mención aparte merece la opinión de los defensores, pues consideran los celos de una u otra forma en sus casos por violencia intrafamiliar, algunos lo estiman como un estímulo suficiente para configurar la atenuante del artículo 11 n° 5 del Código Penal,

mientras la minoría cree que se debe presentar como una circunstancia o hecho capaz de alterar la vida del agresor a la hora de determinar las medidas accesorias o cautelares.

Señaló una defensora en este último sentido: “más que alegar los celos en sí, yo diría, por lo menos lo que alego yo, no es la situación de celos porque eso también de cierto modo podría perjudicar la percepción que el tribunal tiene de la personalidad del sujeto en cuestión, pero yo diría más que los celos, si no que la conmoción, la alteración en la vida de una persona respecto de cuando se siente traicionada por alguien que quiere mucho, por lo menos yo de eso es lo que hablo de él”. (Defensora Licitada DPP Local de la Florida)

b) Irreprochable conducta anterior.

- Atenuante de uso generalizado en los casos de violencia intrafamiliar.

La irreprochable conducta anterior es entendida transversalmente como una atenuante objetiva, que se otorga siempre que el imputado posea un extracto de filiación y antecedentes libre de anotaciones penales.

Tal criterio es utilizado en todos los delitos, sin que exista una aplicación diferente en los delitos en contexto de violencia intrafamiliar.

Señala una jueza de garantía que “la irreprochable conducta anterior es de uso generalizado ¡en todos los casos! En todos los casos, o sea por qué, porque el derecho penal tiende siempre a... por lo menos los que abrimos de derecho penal mínimo, siempre a reducir el reproche”. (Jueza de Garantía de Pudahuel)

Minoritariamente señala una defensora, que el uso de esta atenuante en los casos de violencia intrafamiliar es importante y que ella tiende a solicitarla con un criterio distinto en estos casos, en atención a que “el interés de la víctima es obtener una medida cautelar o accesoria que obligue al imputado a hacer abandono del hogar común, pero no que sea condenado y con ello perder consecuentemente el sustento económico de la familia”. (Defensora DPP Local de Puente Alto)

- Anotaciones que se consideran para otorgar el beneficio.

La atenuante es reconocida, en general, por los jueces de garantía y de tribunal oral en lo penal por el sólo hecho de tener un extracto de filiación libre de anotaciones penales, sin que incidan las anotaciones del registro de violencia intrafamiliar que establece el artículo 12 de la Ley N° 20.006, ni tampoco el historial de violencia previo. Así, las suspensiones condicionales previas o condenas del Tribunal de Familia que tenga el imputado por atentados contra la misma víctima, no influyen en esta atenuante.

Para una jueza de garantía esto se debe a que “el derecho penal siempre ha entendido que para aplicar la irreprochable conducta anterior basta el extracto de filiación y cuando hablamos de las circunstancias particulares hace un momento, es para calificar eventualmente, o sea en beneficio del imputado”. (Jueza de Garantía de Pudahuel)

Este mismo criterio es utilizado por defensores y fiscales al momento de alegar la atenuante.

Minoritariamente existen fiscales que alegan en juicio que las condenas civiles previas del registro establecido por el artículo 12 de la Ley 20.066 inciden en la irreprochable conducta anterior del imputado, pero la discusión no es fructífera.

Una fiscal señaló que una vez intentó “invocar que por el hecho de haber tenido condenas civiles previas, no tenía irreprochable conducta y el tribunal no lo acogió... Pero que en un caso en un parricidio o en una lesión grave gravísima yo me la jugaría cien por ciento por no reconocerle el once número seis en el juicio oral, teniendo denuncias previas, habiendo tenido suspensiones anteriores, pero al nivel de delito que yo veo no la han acogido”. (Fiscal Adjunta Fiscalía Local Flagrancia y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía R.M. Oriente)

No obstante, algunos fiscales señalaron que los antecedentes previos por violencia intrafamiliar que no hayan terminado en condenas penales aunque no se consideraban para otorgar la atenuante, si se utilizan para definir la estrategia procesal, y que habiendo anotaciones en el registro interno de fiscalía, esto es, en el “Sistema de Apoyo Fiscal” (SAF), no se solicita la suspensión condicional.

En este mismo sentido, un juez de garantía sostuvo que este registro no era considerado “respecto de la atenuante”, pero incidía “en otro tipo de cosas, por decir, para imponer cautelares, para los temas de suspensión del procedimiento, pero más bien para efectos de las cautelares, ya sea las cautelares generales o las cautelares especiales de la ley 20.066”. (Juez de Garantía de Independencia y Recoleta)

En la Fiscalía M. Sur existe una postura institucional, según la cuál cualquier anotación que tenga el imputado, aunque no conste en el extracto de filiación, es motivo para no reconocer la atenuante. Esta tesis, se aplica a todo tipo de delitos y no sólo a los delitos en contexto de violencia intrafamiliar.

- Proyecto que modifica el Código Penal y el D.L. Nº 321 de 1925, para sancionar el Femicidio, y aumentar las penas aplicables a este delito y modificar las normas sobre Parricidio, que introduce un artículo 14 bis a la Ley Nº 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, que señala “En los delitos Constitutivos de Violencia Intrafamiliar, el juez, para efectos de evaluar la Irreprochable Conducta Anterior

del imputado, deberá considerar las anotaciones que consten en el registro a que refiere el artículo 12 de ésta Ley”.

Esta reforma fue rechazada por la mayoría de los entrevistados, pues, en general, estiman que no se debiesen considerar anotaciones que no sean penales para otorgar la irreprochable conducta anterior.

Así, fiscales, defensores y algunos jueces de garantía estiman que la reforma atenta contra la presunción de inocencia ya que incorpora como un antecedente el historial de violencia que no consta en el extracto de filiación, atentando contra el principio de legalidad y de igualdad ante la ley.

Además, para los defensores ninguna de estas reformas ha ayudado a combatir la violencia intrafamiliar, sino que, terminan prestándose como medios para perjudicar los derechos de los imputados.

En este sentido, algunas opiniones:

“Si empezamos a considerar eso se transforma en un estado fascista y hay que ser muy cuidadoso con esos proyectos de ley ¿me entienden o no lo que estoy diciendo? O sea imagínate que yo tengo un manejo en estado de ebriedad y nunca he sido condenada por el crimen, nunca he sido condenada, pero me ven mi parte policial, mi hoja, mi extracto de vida del conductor y empiezan a ver que no respeta signo pare o ceda el paso, no respeta signo pase, no respeta cruce peatonal con derecho preferente peatón, exceso de velocidad. Entonces, y me consideraban eso como que son faltas penales y con eso en manejo en estado de ebriedad no me dan irreprochable conducta anterior, o sea es un estado fascista, puedo seguir en faltas, simples delitos y crímenes (...), o sea no van a dejar de morir mujeres porque el hombre tiene antecedentes de violencia intrafamiliar anterior, me parece fascista y populista, una medida fascista y populista de feministas trasnochadas, tal cual”. (Jueza de Garantía de La Florida)

“Me parece el colmo, en este país todo es delito, el pasado siempre se saca a relucir, la gente no tiene, o sea acá todo el mundo es inocente hasta que se pruebe lo contrario ¿me entiendes? Rota la presunción de inocencia las circunstancias modificatorias que tienen que ver en base a cuestiones objetivas, pero el legislador acá cada vez que las personas tienen posibilidades de algo, las empaña sacando leyes estúpidas como esa y arbitrarias, donde colocan a la gente en otra situación. Eso no es lo que corresponde, no es la solución a la violencia intrafamiliar, no por eso se va a terminar la violencia intrafamiliar, no van a ver más las cuestiones que hayan y todo, el legislador siempre está equivocado en su manera de evaluar los hechos, eso me parece la barbaridad más grande que pude haber escuchado, no tenía idea, lo encuentro el colmo”. (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

“Me parece ilegal, si tú lees el artículo cuarto y siguiente de la ley 18.216 para los efectos de la concesión de beneficios, dice que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crímenes o simple delito ¿cierto? (...) entonces yo siempre la alegación que he hecho es que... y también ha habido fallos en la corte apelaciones en ese sentido, que la atenuante de la irreprochable conducta anterior es una atenuante objetiva, no requiere elementos valorativos, al no requerir elementos valorativos dice relación con que la persona pueda cumplir los requisitos previstos en la ley 18.216. En ese orden, si tanto el artículo cuarto como el artículo quince señalan que para los efectos de... de conceder beneficios de la remisión o de la libertad vigilada el imputado no debe haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, por crimen o simple delito se entiende subyacente que concurre atenuante no va a ser número seis, ya la irreprochable conducta anterior. Entonces ¿cómo el legislador está introduciendo un concepto subjetivo al final a la configuración de la atenuante prevista en el 11 n° 6, con anota... con anotaciones especiales? Si tú abres el plazo están las anotaciones por crimen o simple delito o faltas penales o faltas penales y por actos de violencia intrafamiliar, que no dicen relación con anotaciones penales propiamente tal, la de los tribunales de familia estamos hablando. Entonces ¿cómo tú vas a producir un reproche penal con anotaciones que no son penales?”. (Defensor DPP Local de Melipilla)

Algunos fiscales y jueces de garantía estiman que la reforma es útil, ya que incorpora como un antecedente el historial de violencia que no consta en el extracto de filiación, dándole por fin un “sentido práctico al registro establecido por artículo 12 de la Ley N° 20.066, pues, hasta el momento éste resultaba totalmente inútil”. (Juez de Garantía de Puente Alto)

Ante esta pregunta, una jueza de tribunal oral señaló desconocer el actual artículo 12 de la Ley N° 20.066, pero estimó que “si las anotaciones se hacen el extracto de filiación, podrían considerarse para efectos de no conceder la atenuante e incluso para configurar la agravante de reincidencia”. (Jueza del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago)

c) Reparar con celo el mal causado

- Aplicación de la atenuante.

La mayoría de los entrevistados estiman que no corresponde la aplicación de esta atenuante dentro de un contexto de violencia intrafamiliar, ni recuerdan haberla alegado o escuchado en juicio.

Una fiscal señala conocer dos casos en que la atenuante se aplicó (pero en los que ella no participó), luego de la consignación de una suma de dinero, opinando al respecto que no está de acuerdo.

Coinciden, además, en que por regla general esta atenuante no debería proceder mediando una reparación patrimonial, puesto que una compensación de este tipo no se condice con el bien jurídico afectado, ni con el fenómeno de la violencia intrafamiliar. Algunos fiscales y defensores aluden también, al espíritu de la ley, señalando que si el

legislador prohibió los acuerdos reparatorios en este tipo de ilícitos, es porque entiende que las indemnizaciones pecuniarias no son procedentes.

Una fiscal mencionó la Convención Belem do Pará, como un instrumento internacional que “establece la acción de reparación y en el caso de violencia de género en realidad a mi lo único que se me ocurre... es que se podría materializar es el pago de un tratamiento psicológico”²⁵⁸. (Fiscal Adjunta Fiscalía Local de Pudahuel, Fiscalía R.M. Occidente)

Aunque, para la mayoría de los defensores y para algunos jueces de tribunal oral ante un acuerdo entre la víctima y el imputado una suma considerable de dinero podría ser procedente.

Dijo una jueza de garantía: “yo creo que tampoco sería correspondiente o quizás, quizás, si deposita una buena suma y la víctima está de acuerdo”. (Jueza de Garantía de La Florida)

- Que se entiende por reparar con celo el mal causado.

La consignación de una suma de dinero es el modo generalizado en que los tribunales han aceptado la configuración de la atenuante. Frente a esta afirmación algunos jueces de garantía y defensores continúan haciendo uso de la atenuante de esta forma, pues creen que de alguna forma reporta un beneficio práctico para el entorno familiar.

En este sentido un juez de garantía señaló: “por ejemplo no se sí el tipo, generalmente es el proveedor de la familia, lo ideal es que si tiene que cumplir una

²⁵⁸ La citada Convención en su artículo 7 letra g prescribe como deber del Estado “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”.

reclusión nocturna lo cumpla con menor tiempo posible, porque o sí no puede perder el trabajo. Es decir, viéndolo del punto de vista muy práctico, yo creo que es mejor que exista a que prohibirla, porque a veces se pone por ley se aceptara...no...yo profiero que exista y que haya...que el juez tenga, como ahora, la labor de decir si procede o no, y decir si efectivamente es reparación, si efectivamente es celoso y dar todos los antecedentes”. (Juez de Garantía de Puente Alto)

Más aún, la apreciación de la suma con que se debe reparar es netamente subjetiva, así señalaron algunos:

“Es una estimación subjetiva. He tenido casos en que personas por cifras ínfimas han aceptado configurar una 11 N° 7, y otras llegan aquí con lesiones leves, leves como le pegó una palmada en la cara y le dejo un enrojecimiento, igual se configura el delito, pero donde la víctima ha estimado poco menos que son cifras millonarias para ser indemnizadas, entonces es muy subjetivo”. (Defensor DPP Local de Melipilla)

“Yo hubiese consignado diez lucas y te hubiese alegado reparación celosa del mal causado, cinco, dos lucas y media, yo puedo alegar lo que quiera, pero no soy yo el que decide. Si el tribunal considero que \$180.000 en tres cuotas son una reparación celosa del mal causado, probablemente el tribunal dada las circunstancias en que se hizo eso, lo considero suficiente”. (Defensor DPP Local de La Florida)

De la idea opuesta, la mayoría de fiscales, jueces y algunos defensores sostienen que una suma de dinero no representa el sentido de una reparación celosa, pues difícilmente se puede reparar con dinero la integridad física y/o psicológica.

Señaló un defensor: “para configurar la reparación es necesario que el imputado realmente se haga cargo de la atención de ella, de los gastos de ella, de todos los daños que involucra, si eso habla de reparar con celo, el término celoso significa con extremo... con extrema dedicación”. (Defensor DPP Local de Melipilla)

En este sentido, un juez de garantía expresó que la idea de reparar debía ir mucho más lejos que una darle dinero a la víctima, sino que se deberían considerar sometimientos a terapias o conductas similares. Así, consideró que “debiera cuidarse mucho en realidad lo que es una real reparación, no creo que sea algo fácil de construir como argumento para decir que en caso de consignar dinero hubo intento de reparar daño”. (Juez de Garantía de Independencia y Recoleta)

d) Colaboración Sustancial.

- Configuración de la atenuante.

Existe una distinción en cuanto a lo que los actores del sistema entrevistados entienden por colaboración sustancial, dependiendo del procedimiento que se aplica.

De acuerdo a las reglas generales, para tener por configurada la atenuante del artículo 11 n° 9 se requiere, por ejemplo, que el imputado declare en juicio, que aporte hechos nuevos, que acepte los hechos del requerimiento, entre otras “ayudas sustanciales”.

Sin embargo, en casos de procedimiento simplificado y abreviado, la mayoría entiende que, por el sólo hecho de acceder a este procedimiento, se debe conceder la atenuante. Consideran que el artículo 407 del Código Procesal Penal constituye un mandato legal en este sentido, regla que aplican analógicamente al procedimiento simplificado. Sólo en la Fiscalía M. Sur, se exige que el imputado previamente haya declarado y que su declaración sea “esclarecedora de los hechos”.

Así, unas juezas de garantía sostuvieron:

“Siempre que el tipo admite su responsabilidad, renunciando a su derecho a juicio oral, que es el máximo foco garantía, ¿no es cierto?, auto incriminándose por tanto, siempre yo he considerado que esa renuncia implica una colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos en tanto los admite sin prueba, y basado exclusivamente en la propia auto incriminación”. (Jueza de Garantía de Pudahuel)

“En la ley hay un hecho objetivo en el artículo 407 del código procesal penal que en el procedimiento abreviado establece que basta con aceptar los hechos de la acusación para que se entienda como configurada la atenuante”. (Jueza de Garantía de La Florida)

Si bien el artículo 407 está establecido en términos facultativos respecto de reconocer la atenuante, fiscales, defensores y jueces lo han interpretado como un deber, ya que, aceptar los hechos materia de la acusación sería una colaboración sustancial en la medida que no se deben probar esos hechos²⁵⁹. Por lo demás, señalan que sin reconocer esta atenuante sería imposible llegar a estos procedimientos, ya que se produce una negociación con la defensa; asimismo, señalan que es una forma para que las penas por los delitos cometidos, calcen con estos procedimientos²⁶⁰.

Una defensora se refirió a este tema: “el procedimiento abreviado es una negociación entre el ministerio público, yo y el imputado y claramente tú accedes a esa negociación en busca de algo, no gratuitamente, porque es una atenuante para poder bajar tu responsabilidad, pero la atenuante no solamente se reconoce en el procedimiento abreviado, también se hace con el procedimiento simplificado, haya o no haya aceptación de los hechos del requerimiento y también en el propio juicio oral, porque el imputado que declara que renuncia a su máximo derecho que es guardar silencio, declara y colabora a que el tribunal pueda conocer cómo las cosas ocurrieron

²⁵⁹ Esta interpretación no es específica respecto de los delitos en contexto de violencia intrafamiliar, sino que se aplica a todos los delitos en general.

²⁶⁰ Las penas por lesiones y otros delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, generalmente no superan los 5 años, que establece como máximo el procedimiento abreviado, por lo que en este sentido, aceptar la atenuante no es muy necesario.

realmente, a veces se gana la colaboración sin que el fiscal se lo reconozca, por su propia colaboración”. (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

Una fiscal también señaló que no existe mucha discusión respecto de aceptar la atenuante en estos procedimientos ya que, “en los casos de violencia intrafamiliar, más que la condena específica del tipo, lo que más nos importa a nosotros es la accesoria, entonces, si se va por sesenta y un días con pena remitida, o si se va por trescientos días pena remitida, da lo mismo, porque va a firmar igual un año, lo importante es la medida accesoria de no acercamiento, la prohibición de portar armas, de que se haga un tratamiento, ahora si la pena es efectiva ese es otro escenario”. (Defensor DPP Local de Melipilla)

Finalmente, algunos defensores piensan que en violencia intrafamiliar la atenuante de la colaboración sustancial se ha convertido en una oportunidad para obtener la declaración y reconocimiento de los hechos por parte del imputado, pues estos no se consideran delincuentes “típicos”, y por ende, se encuentran reacios a colaborar en la investigación.

Se señaló: “tienes que pensar que estamos en un contexto de delitos muy especiales donde el imputado es muy difícil que responda a una declaración, incluso reconociendo el hecho es muy difícil que quiera acceder a una situación de vergüenza creo yo, donde ellos si viene cierto están llanos a llegar a la causa, están llanos a llegar a la pena que le ofrezca la fiscalía, pero no están llanos a declarar. Y eso creo yo que es un poco contraproducente porque si bien reconocen el hecho no han... poco menos no quieren declararlo me entiendes de manera pública frente a una declaración fiscal, cada cual tiene su versión”. (Defensor Licitado DPP Local de Talgante)

En el caso del juicio oral, la definición de la atenuante cambia, ya que, para que se configure se requiere que el imputado realmente haya ayudado en el esclarecimiento de los hechos mediante el aporte de hechos sustanciales nuevos que el fiscal desconozca, lo que debe hacer en el momento procesal oportuno. Así, si el imputado sólo declara en la audiencia de juicio oral, todos los fiscales entienden que sería muy

difícil que se reconozca la atenuante, puesto que en esa instancia el Ministerio Público ya ha investigado todos los hechos del caso y aportado pruebas respecto de los mismos.

Asimismo, los jueces de tribunal oral entienden que la sola declaración del imputado durante el juicio no basta para configurar la atenuante, sino que se debe colaborar desde el principio de la investigación en el esclarecimiento de los hechos, para que se entienda configurada la atenuante.

2.3. Circunstancias que agravan la responsabilidad criminal.

a) Alevosía.

- Aplicación de la agravante en contra de mujeres víctimas de violencia que se convierten en agresoras.

A juicio de fiscales y defensores esta agravante no es de uso común en caso de lesiones, aplicándose en otros delitos, como parricidio y homicidio.

Los fiscales coinciden en que, por regla general, no la usarían para agravar la pena de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar que se convierten en agresoras²⁶¹. Frente a una situación así, se consideraría el historial de violencia precedente como un antecedente para construir la teoría del caso, incluso, algunos estiman que podría ayudar para otorgar una eximente o atenuante.

²⁶¹ “Yo tiendo a pensar que cualquier persona, además por principio de objetividad, va a considerar que si una mujer que ha sido agredida toda su vida, y esto está acreditado además por testimonios, por denuncias, etc., va a evaluarlo bien antes de esgrimir la agravante”. “Yo creo que enfrentando una cosa así, no creo que esgrimiría la alevosía.” (Fiscal Adjunta Territorial B de Justicia, Fiscalía R.M. Centro Norte)

No obstante, existen defensores que han conocido casos en que se ha solicitado la agravante. Sostienen que para configurar su defensa han partido de la base de entender las circunstancias especiales de las imputadas que han sido víctimas de violencia intrafamiliar. Así, frente a los usuales argumentos sobre el aprovechamiento del estado de indefensión para actuar sobre seguro, señalan entender la alevosía como algo más que el mero aprovechamiento, sino como la creación de aquel estado de indefensión.

Mencionó un defensor: “[dos defensores] lograron que se liberara responsabilidad de una mujer con un enfoque de género, pues ella tuvo que actuar, no es que haya querido y porque esperó que el tipo estuviera durmiendo...porque el tema era que no tenía otra opción...”. (Defensor Unidad de Estudios DPP Regional Metropolitana Sur)

b) Abuso de superioridad de sexo.

- Aplicación de la agravante.

La agravante del artículo 12 n° 6 del Código Penal no es aplicada en los casos de violencia intrafamiliar, principalmente por dos factores.

En general jueces de garantía, defensores y algunos fiscales son de la idea que se encuentra subsumida dentro del tipo penal de la violencia intrafamiliar.

Señaló una jueza de garantía en este sentido: “generalmente en la violencia intrafamiliar, el tipo penal o lo que se entienda por violencia intrafamiliar es justamente la dependencia que hay de la víctima con el victimario, por lo tanto estaría subsumida (...) y no solamente superioridad de sexo, superioridad de género, superioridad de edad, en el caso de los padres con los hijos”. (Jueza de Garantía de La Florida)

Una defensora, opina en contrario, pues se generarían una serie de contradicciones ideológicas de ser subsumida la agravante en el tipo de la violencia intrafamiliar, en el sentido que (en palabras de una jueza):

“Cuando nosotros empezamos a mirar el tema de la mujer, desde la prevalencia de su condición de víctima, entramos en problemas como ese, ¿no es cierto? De que parece que la mujer está objetiva y subjetivamente en una condición de desventaja. Parece que hay razones objetivas para pensar que la mujer está en una condición de desventaja y que por tanto necesita ser protegida con situaciones como esa. Porque cuando tú pones como agravante de responsabilidad de un sujeto, en que la mujer esté en condición de inferioridad, ya que nos estamos poniendo el punto en la superioridad de sexo, ¿de qué estás hablando? (...) en el fondo (...) es un machismo encubierto, o sea... en comillas, la discriminación positiva”. (Jueza de Garantía de Pudahuel)

Así, esta figura es de tal ambigüedad que mantiene la imagen de mujer víctima, que lejos de fortalecer el discurso de igualdad, invisibiliza las fortalezas de aquellas.

Las dos juezas de tribunal oral entrevistadas señalan que en la práctica no han participado en casos en que solicite la agravante, pero estiman que debiese usarse por la situación de abuso del hombre sobre la mujer, sobre todo por cuestiones de dependencia económica.

“La mujer que no tenga independencia económica, que no trabaja y que no tenga medios por su cuenta acepta todas esas cosas, entonces el hombre abusa, digamos, de esa situación” (Jueza del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago).

“[Las mujeres] dicen es que el está cinco días preso, qué se yo, y a la casa nadie trae plata para comer, entonces, entra en duda mientras pasa la semana y el hombre sabe que ese es un método de presión y lo ejerce” (Jueza del Tribunal Oral en lo Penal San Bernardo).

En este mismo sentido, señala un fiscal: “en el contexto de la VIF, ¿qué es abusar de la superioridad de sexo?... en este caso va más allá que tengas una diferencia física con tu pareja, es una cuestión que hasta culturalmente el hombre siempre ha estado en una situación de preferencia, muchas veces las mujeres tienen temor al marido y esa argumentación más que plantear el tema de las fuerzas, tu las puedes argumentar en la superioridad de sexo... el tema de fondo es quien maneja la relación.” (Fiscal Adjunto, Fiscalía Local de Colina)

c) Reincidencia.

- Configuración de la agravante.

La agravante de la reincidencia se aplica de manera objetiva, entendiéndose reincidente al imputado por el sólo hecho de tener una condena anterior por delitos a que la ley señale igual o mayor pena o tener una condena anterior por delitos de la misma especie.

Señaló una jueza de garantía: “es lo mismo que en la irreprochable conducta anterior, basta que tengan procesos penales por delitos de la misma especie, es decir, más amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, lesiones en contexto intrafamiliar o maltrato habitual, delito de maltrato habitual, ese se considera reincidencia, por el extracto de filiación y antecedentes...”. (Jueza de Garantía de La Florida)

Sin embargo, existe una limitación respecto de la reincidencia dada por el artículo 104 del Código Penal, en el caso que las penas impuestas al imputado estén prescritas esta agravante no se tendrá por configurada.

Los defensores estiman negativamente la reforma introducida por la agenda corta, sobre todo respecto de las reincidencias específicas, pues basta que el imputado se encuentre condenado para que se entienda reincidente, a diferencia del texto anterior que requería que la pena estuviese cumplida, obligando al Ministerio Público a acompañar las sentencias respectivas con las certificaciones recién ejecutoriadas.

Sostiene un defensor: “nosotros estamos con la soga al cuello, porque sobre todo desde Abril del año pasado cuando comenzó la agenda corta se endurecieron las formas de acreditar, de solicitar las reincidencias específicas como si nada. Nosotros lo que tratamos de saldar cuando las sentencias o las condenas sean anteriores a la entrada en vigencia de la agenda corta, en este evento nosotros solicitamos como es una condena que fue dictada con anterioridad a la nueva norma, se debería aplicar porque en virtud del principio pro-reo y no considerarse la reincidencia y el tribunal tiende a acoger esa teoría”. (Defensor Licitado DPP Local de Talagante)

Respecto de los imputados que constantemente atacan a la misma persona y que tienen antecedentes tanto en sede penal como civil, dichos antecedentes sólo son relevantes en cuanto sean penales, mientras los de tribunales de familia tienen nula importancia para efectos de determinar la reincidencia, pues es clara la ley al señalar que la condena debe ser por delitos de la misma pena o de la misma especie.

Una jueza de tribunal oral opinó: “que tengan anotaciones por violencia intrafamiliar no es reincidencia específica para nosotros, que vemos casos netamente penales”.

2.4. Artículo 400 del Código Penal.

- Aplicación de la agravante en casos de lesiones menos graves tipificadas en el artículo 399 del Código Penal y calificadas como tales en virtud de lo dispuesto en el artículo 494 nº 5 del Código Penal.

En primer lugar, para gran parte de los defensores lo establecido por el artículo 400 del Código Penal no es una agravante, sino una norma de determinación de la pena.

No obstante ello, defensores, fiscales y jueces de garantía creen que las lesiones clínicamente leves consideradas menos graves no deben ser agravadas por el artículo 400 del Código Penal, pues ya se encuentran agravadas por el artículo 494 n° 5 del mismo cuerpo legal, existiendo non bis in ídem en caso contrario.

Respecto de las lesiones menos graves propiamente tales no existe discusión, pues es claro el texto legal.

Sostuvo una defensora: “el legislador cuando calificó las lesiones leves y le subió a la categoría de menos graves es para darle la connotación de que sea delito y permitirle medidas accesorias que las faltas no permiten y creo que ese fue el espíritu del legislador y como... en el marco de las lesiones menos graves si se da esa posibilidad, a mí no me parece pertinente aplicar esa ficción. Yo he pedido siempre que la desechan y siempre me han acogido mi alegación”. (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

Algunos jueces de garantía, consideran que en la práctica artículo 400 del Código Penal es simplemente enumerado por los fiscales para aumentar las penas de los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, sin hacer una consideración de la real naturaleza jurídica de las lesiones.

Finalmente, constatamos que ninguna de las juezas de tribunal oral entrevistadas estaba familiarizada con las modificaciones que la Ley sobre Violencia Intrafamiliar introdujo al delito de lesiones, por lo que no manejaban las normas del artículo 400 y 494 N° 5.

Señaló, en este sentido, una jueza de tribunal oral que nunca ha aplicado la norma del artículo 400 en un delito de lesiones (Jueza Tribunal Oral en lo Penal de San

Bernardo). La segunda jueza entrevistada señaló que “califica la lesión como si no existiera prohibición y después le sube un grado”, luego declara que no maneja la prohibición del artículo 494 N°5, “dice que nunca le ha tocado, pero volver a aplicar el 400 afectaría el non bis in ídem”. (Jueza del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago)

- Prescripción aplicable a una lesión leve calificada como menos graves en virtud de lo dispuesto en el artículo 494 n° 5 en relación al artículo 399 ambos del Código Penal.

Los jueces de garantía y de tribunal oral entrevistados coinciden que el plazo de prescripción de las lesiones “clínicamente” leves es la de un simple delito, es decir, 5 años.

Sin embargo, los defensores unánimemente han tendido a interpretar que el plazo de prescripción de las lesiones leves calificadas como menos graves en virtud del artículo 494 n° 5 del Código Penal es el de una falta, es decir, seis meses.

Sostuvieron unos defensores:

“El hecho constitutivo de violencia son lesiones leves, constituyen a lesiones leves, sin embargo según lo que dispone el artículo 400 debe considerarse como menos graves, pero ello es sólo una norma de determinación de la pena, por lo que habría que considerar que el delito sigue siendo el mismo, por lo que la prescripción sería la misma”. (Defensor DPP Local de Melipilla)

“Las normas de la prescripción yo creo tienen que ser interpretadas en favor de la persona imputada por el delito y si son interpretadas *in bonam partem*, lo lógico sería sostener que el plazo es el de una falta...”. (Defensora Licitada DPP Local La Florida)

- Definición de convivencia.

Para la mayoría requisito esencial de la convivencia es la cohabitación, la existencia de una relación de pareja y de un proyecto futuro, mientras algunos agregaron que debía existir cierta dependencia económica.

En este sentido, opinaron:

“Es difícil definir lo que es la convivencia, porque uno trata de aparejarla un poco al matrimonio pero en el matrimonio uno tiene un papel que como que crea el vínculo en el fondo...aunque uno... que sea así que hay un papel que como que crea los lazos así, en cambio en la convivencia uno tiene que buscar eso lazos, yo creo que lo hace justamente los meses, el vivir...el cohabitar...el vivir bajo un techo común, yo creo que por ahí parte la base de lo que es para mí la convivencia”. (Juez de Garantía de Puente Alto)

“El término conviviente importa la relación de pareja, mediando sexo, sean del mismo sexo o sean personas heterosexuales, de sexo distinto. Por lo tanto, para mí conviviente son las parejas tanto heterosexuales, como las parejas lésbicas y las parejas gay (...). Segundo en términos temporal, conviviente es los que con viven, es decir viven juntos, si dejan de ser convivientes, se fue, abandonó el hogar, ya no es conviviente ahí entra a operar y se saca la... se soluciona conflictivamente el tema por el hecho de que tienen hijos en común”. (Jueza de Garantía de La Florida)

“Tienen que estar viviendo, de hecho yo sería más estricto todavía, porque la cohabitación dice relación con un ánimo de vivir juntos, una... es como el ánimo de estar bajo un mismo techo con un proyecto común”. (Defensor DPP Local de La Florida)

Para determinar el termino de la convivencia, los defensores y jueces de garantía y de tribunal oral tienden, generalizadamente, a fijarlo en el momento en que se acaba la cohabitación, entendiéndose que existen casos en que ella es intermitente debido a que uno de los miembros realiza trabajos en que debe salir por temporadas del hogar. Sin embargo, para los defensores que son de la opinión que para configurar una convivencia se requiere ánimo de cohabitar, esta acabaría una vez terminada dicha intención, así aunque medie cohabitación, no existiría convivencia.

Así, sostuvieron diferentes opiniones:

“Si ya se fue de la casa y su ex la sigue y le pegó bueno, ya no hay convivencia, no hay violencia intrafamiliar porque la violencia intrafamiliar por definición es intrafamiliar, ya no eres familia, si yo termino con mi conviviente y le pegó después, ya no es familia, lo que se penaliza es que se produzcan situaciones de violencia al interior de la familia, eso es lo feo, pero cuando yo termino una relación chao, ya no tengo familia, ya no tengo nada... Ahora, distinto es el caso de cuando hay hijos de por medio porque ahí, pero es que ahí la situación debería penalizarse de otra forma, quizás como una agravante, no como una violencia intrafamiliar, cuando las lesiones se produzcan frente a un menor de edad...”. (Defensor DPP Local de La Florida)

“¿Qué pasa si la mató y dejo de convivir el día anterior? Es homicidio, entiendes, por algo hay una diferencia jurídica entre un concepto y otro, se cambia la figura jurídica”. (Jueza de Garantía de La Florida)

Otros, en cambio, que señalaron que la convivencia no se terminaba simplemente con la cohabitación, sino cuando los lazos que los unían desaparecían, opinaron:

“Puede ser que hacer tres años que no vivan, pero si la sigue hostigando quiere decir que eso todavía está ahí... y por tanto requiere la protección penal”. (Jueza de Garantía de Pudahuel)

2.5. Circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal.

- Historial de violencia previa como fundamento de alguna eximente de responsabilidad en los casos que la mujer víctima de la misma, se convierte en imputada de delitos contra la vida o la integridad física.

En general, los jueces de garantía no han conocido casos en que se configuren circunstancias eximentes. Pero ante la pregunta hipotética, sostienen que existe una tendencia a valorar los antecedentes de violencia previa a que se ha visto sometida la mujer, tanto para la configuración de atenuantes, como de eximentes.

Algunos consideraron que este reconocimiento ha sido lento. Una jueza de garantía señaló conocer un caso en que se solicitó una eximente basada en la circunstancia de maltrato previo sufrido por la víctima, sin embargo, la Corte de Apelaciones lo revocó haciendo presente que las consideraciones hechas por la jueza correspondían a valoraciones extrajurídicas.

En este sentido señaló: “La corte estimó que eran valoraciones extrajurídicas el historial de maltrato que la víctima... incluso la defensa acompañó recortes de prensa, de diario, los informes de la asistente social del municipio, que él la había... no me acuerdo, la había quemado, la había maltratado, había intentado de abusar de una de las hijas, la había pateado y hecho abortar con golpes, y entonces al final lo terminó matando...”. (Jueza de Garantía de La Florida)

Los defensores y fiscales señalan considerar el historial de violencia previa, los primeros como fundamento de algunas eximentes o eximentes incompletas de responsabilidad respecto de mujeres imputadas, mientras que los segundos lo hacen como elemento de valoración de la prueba.

En este sentido, un defensor comentó: “se considera una legítima defensa incompleta, una la imputabilidad disminuida porque en estos casos la imputada presenta cierto grado de afectación de sus capacidades de decidir libremente, estaba muy achicada y no se le podía exigir otra conducta, postulando derechamente a una absolución o a una baja de pena radical”. (Defensor Unidad de Estudios DPP Regional Metropolitana Sur)

Estas tesis sólo recientemente ha sido acogidas por los tribunales, en este sentido un defensor comentó una de sus experiencias:

“Mira, tengo una causa acá que es S.A.F. es una chica sin antecedentes penales que habitualmente era golpeada por su pareja, ella no tenía denuncias de violencia intrafamiliar, no tenía ninguna, nunca fue denunciante. No obstante, su pareja era una persona que habitualmente tenía delitos contra la propiedad, delitos de lesiones, delitos de amenazas, tenía bastantes condenas y ella era víctima constantemente de agresiones por parte de su pareja. Estaban en un asado, estaba ella, estaba su hermana, estaban las parejas respectivas... esta es una causa bien extraña porque tanto ella como su hermana también son víctimas de violencia, son constantemente agredidas. Y ese día el hombre estaba en estado de ebriedad y sin haber motivo alguno empezó delante de todos a golpear a Sara, la golpeó en varias oportunidades, de hecho llegó bastante lesionada al control, incluso hasta con la yema de los dedos quemadas, porque el imputado lo que trató de hacer fue de tirarla contra el asador y ella y ella se sostuvo en el asador ¿ya? ¿Qué es lo que ocurrió? Todos presentes, nadie se metió, algo muy típico en la violencia intrafamiliar (...) la verdad es que de acuerdo a los requisitos que establece el código penal yo creo que la legítima defensa no se da. Se alegó legítima defensa, el tribunal la desestimó absolutamente, se alegó y revaluó, pero el tribunal la desestimó y la desestimó ¿sabes por qué? La desestimó porque el tribunal dijo: si ella salió a buscar el arma ¿ella que lo que hizo? Ella se representó de lo que podía realizar ¿estaba actuando en un intervalo a raíz de la agresión sufrida? Imagínate la distinción que hizo el tribunal de garantía. Yo creo que la hay, yo creo que hay arrebató de obcecación y el tribunal en lo único que acogió la tesis de la defensa, que no había dolo parricida, que había dolo de lesionar. En

consecuencia, el ministerio público la formalizó por parricidio frustrado, por suerte la víctima vivió al final, logró recuperarse de las lesiones sufridas y la formalizó por parricidio frustrado y la víctima le imputaron en prisión preventiva y estuvo en prisión preventiva...”. (Defensor DPP Local Melipilla)

- Síndrome de Estrés Post Traumático.

El síndrome de estrés post traumático, en el caso de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, no es considerado por los jueces para otorgar eximentes de responsabilidad penal, principalmente porque no es alegado en juicio.

Sin embargo, no es descartado su uso por los defensores si se contará con pericias psicológicas suficientes que avalen que la agresora se encontraba inmersa dentro de un círculo de violencia intrafamiliar que provocó en ella cierto estado mental, que consecuentemente la predispuso a responder a los nuevos ataques de su pareja en forma violenta.

Una jueza de tribunal oral señaló al respecto: “los únicos casos de estrés postraumáticos que me ha tocado ver son en las causas de derechos humanos”. La otra jueza entrevistada estima que no lo utilizaría para otorgar eximentes, sino que, “si está claramente informado por un experto, profesional y acreditado, uno lo considera como prueba”. (Jueza del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago)

a) Artículo 10 n° 1 del Código Penal: Locura o Demencia.

- Interpretación del término loco o demente.

Se considera en general que el término demencia es un concepto obsoleto. Actualmente debe ser considerado como un trastorno neurológico psiquiátrico que necesariamente debe ser acreditado por informes periciales de un siquiatra del servicio público, del servicio médico legal o de algún hospital psiquiátrico.

Señaló una jueza de garantía que: “generalmente que se entiende por loco o demente, el esquizofrénico que no está tomando sus fármacos, que está en período de alucinación, se entiende también la persona que tiene una epilepsia degenerativa neuronal, también las circunstancias concomitante de tener una enfermedad basal como esquizofrenia, depresión bipolar, epilepsia y concomitante de abuso de alcohol y fármacos y todo eso que hacen disminuir la capacidad de voluntad”. (Jueza de Garantía de La Florida)

- Celos exagerados.

Precisaron los defensores, jueces de garantía y de tribunal oral en lo penal que las celopatías eran problemas conductuales, a lo más psicológicos, que no podrían ser considerados como una perturbación mental a la hora de configurar alguna eximente de responsabilidad. A menos que privaran la razón del sujeto o constituyeran una sicopatía.

b) Artículo 10 nº 4 del Código Penal: Legítima Defensa.

- Inmediatez en la defensa en el caso de las mujeres agredidas que se convierten en agresoras.

Se ha entendido por los defensores que la inmediatez de la reacción defensiva de la mujer agresora debe ser valorada en términos distintos a la regla general.

Así, debido a las circunstancias propias del ciclo violencia intrafamiliar las mujeres violentadas en el pasado no puede responder inmediatamente después del ataque de su pareja agresora, pues no está en igualdad de condiciones ni físicas, ni psicológicas. Sin embargo, algunos defensores constatan que este argumento no ha sido muy aceptado por los tribunales.

Una defensora sostiene: “hasta donde yo he visto, creo que el requisito de inmediatez tendría que ser reevaluado de nuevo por el tribunal, porque obviamente y normalmente las mujeres que cometen este tipo de delitos y han tenido para atrás un pasado en que ellas han sido violentadas, tienen una conducta diferente... ahora, si han pasado diez años, obviamente que uno no la va a pedir”. (Defensora DPP Local de San Bernardo)

Un defensor sostuvo: “se ha entendido que la legítima defensa de la mujer va más por el lado del género, de que ella tiene que actuar en un contexto distinto al del hombre (...) antes de eso se le exigía que su actuación fuera equivalente al hombre, o sea...si el marido mide 1 metro 80 y ella mide 1 metro 50 y ella quiere matarlo ahorcándolo, cierto...en cambio el hombre lo puede hacer, pero ella para matarlo va a recurrir a que esté durmiendo, o de espalda, o se va a hacer de un cuchillo y asegurarse y eso se está aceptando como legítima defensa, que es la legítima defensa de género, que viene de la violencia doméstica...violencia doméstica, legítima defensa, género”. (Defensor Unidad de Estudios de la DPP Regional Metropolitana Sur)

Sin embargo, existe un grupo no menor de defensores que no aceptan estas nuevas teorías, pues estiman que para configurar la figura de la legítima defensa debe existir inmediatez entre la agresión del supuesto atacante y la defensa de la supuesta víctima de violencia intrafamiliar, de no ser así, cualquier conducta defensiva no sería otra cosa que una conducta premedita de atentar en contra de su pareja.

Así, resulta cuestionable que la actitud de la agresora no sea otra que buscar la indefensión de su pareja para lesionarlo o matarlo, en vez de aprovechar esa oportunidad para buscar una salida distinta que evite dichos hechos, como llamar a carabineros, acudir a la familia, etc.

Señaló un defensor que esto se retrataba en comparando la gravedad de los ataques provocados por un hombre o una mujer en contexto de violencia intrafamiliar: “la gente es muy letal. Los hombres pueden acuchillar a las mujeres, en la mayoría de los casos quedan vivas, pero la mujer cuando acuchilla al hombre lo mata, no sé por qué pero siempre la estocada, una estocada no más, al tiro letal”. (Defensor DPP Local de Melipilla)

En cuanto a los jueces de tribunal oral, quienes si han conocido de estos temas, estiman que en el caso de las mujeres agredidas que se convierten en agresoras, este requisito concurre si la reacción a la agresión se da dentro de la misma situación

Una de las juezas entrevistadas señala que “tiene que ver con un tema de acción y reacción dentro del contexto general, no una inmediatez en el sentido de estar frente a frente, y de responder en el segundo. No creo que sea esa la inmediatez requerida, sino que una inmediatez en el sentido del contexto general del caso”. (Jueza del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo)

- Proporcionalidad del medio empleado para repeler el ataque.

Para la unanimidad de los defensores entrevistados la proporcionalidad de los medios empleados por la víctima para realizar la conducta defensiva no debe ser entendida en términos materiales, sino que se debe contextualizar la posición en que se encuentra la mujer y desde ahí considerar lo que se entenderá por proporcionalidad. Así, para algunos defensores es necesario considerar el efecto que produjo la entidad

del ataque en la persona que se defiende para determinar si existió o no proporcionalidad en repeler dicha agresión.

En palabras de una defensora: “hay gallos que patean a las mujeres por toda la casa y las revientan y la galla llega a la cocina le clava un cuchillo, tú dices: ah, claro él no estaba armado, pero ella sí, pero él la reventó a golpes. Entonces a mí me parece que la entidad del ataque es lo que se debe considerar para eso”. (Defensora Licitada DPP La Florida)

Señaló un defensor: “se está dando un enfoque mucho más acorde con la posición de la mujer, o sea la racionalidad ya no está en si era racional en ese sentido, en el sentido tradicional, sino que ahora se está tomando en cuenta en qué posición estaba la mujer y a esa posición se le da el sentido de racionalidad. Entonces algo que puede ser irracional del punto de vista objetivo, pero va a ser racional tomando en consideración el contexto”. (Defensor de la Unidad de Estudios de la DPP Regional Metropolitana Sur)

En este mismo contexto un defensor de la región metropolitana señaló: “la legítima defensa está dada por la seguidilla de actos violentos que llevan a la mujer a tener que deshacerse del tipo, ahí en los actos anteriores está la necesidad del medio, porque la mujer utiliza el arma no por la fuerza que puede desplegar el hombre, sino porque necesita un arma para poder darle muerte eficazmente ¿ya? Pero eso está dado por la seguidilla de actos violentos anteriores, porque si no, no habría ningún tipo de... claramente no sería racional el medio. Si tú lo ves en frío, cómo va a ser racional el medio si el tipo está durmiendo o el tipo está de espalda y viene la otra y le pega un balazo o le pega un cuchillo o le pega un hachazo, el tipo está absolutamente indefenso, pero de lo que viene es que cuando si la mujer espera enfrentarlo, le va a ir mal”. (Defensor DPP de La Florida)

Sin embargo, existen defensores consideran que esto no se puede aplicar ilimitadamente, pues independiente de las condiciones de las víctimas de violencia

intrafamiliar que se convierten en agresores no se debe perder de vista que se está frente a un delito de gran entidad, que pudo ser evitado por medios menos lesivos.

No obstante ello, algunos jueces de tribunal oral en lo penal señalan que podría concurrir una atenuante de legítima defensa incompleta, así, dependiendo del caso, se considera la situación de la víctima cuya capacidad de defensa esta disminuida por la el contexto de violencia.

Otra cuestión que incide al momento de otorgar la atenuante, es si la víctima había denunciado previamente a su agresor en o si intento otros mecanismos de solución.

En estos casos, una jueza señaló que “habría que ver, lo que pasa es que la violencia intrafamiliar en gran medida, existe por qué las mujeres aceptan mucho, las mujeres aceptan todas estas situaciones” (Jueza Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago).

La otra jueza entrevistada señaló que ella valora la existencia de denuncias previas para contextualizar el delito, no por hacer una exigencia extralegal.

“Lo valoro, porque creo que es un antecedente, tanto para castigar como para salvar. O sea, si a mí me parece que una persona ha sido constantemente violentada y tuvo acceso a acudir a la justicia, o a alguien que la auxiliara y no lo hizo, entonces, hizo justicias con sus manos [lo que no corresponde]” (Jueza Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo)²⁶².

Ninguna de las juezas entrevistadas conoce casos en se haya acogido la legítima defensa para la mujer parricida en contexto de violencia intrafamiliar.

²⁶² En relación a lo dicho, la misma entrevistada señaló que la víctima de violencia intrafamiliar “no es víctima de violencia si es que no ha sido denunciante”

c) Artículo 10 nº 9 del Código Penal: Miedo Insuperable.

- Configuración de la eximente de Miedo Insuperable.

De todos los jueces entrevistados ninguno ha conocido de ella. Sólo una jueza del tribunal oral una vez otorgó el miedo insuperable como atenuante incompleta, en un caso en que la mujer enterró un cuchillo a su conviviente, mientras éste la hostigaba, existiendo una situación de violencia habitual; para ello requirió “pánico total en la persona” (Jueza Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo).

- Estrategia respecto de la configuración del miedo insuperable sobre la legítima defensa.

Para los defensores escoger una u otra eximente va a depender de la conveniencia del imputado caso a caso. No obstante, la mayoría de los defensores percibe que, a pesar que el miedo insuperable es mucho más fácil de probar, presenta la dificultad de ser escasamente interiorizado por los tribunales, quienes tienden a requerir una serie de pericias psicológicas.

Por ello, han tendido a inclinarse por la legítima defensa.

2.6. Parte Especial

a) Calificación de las Lesiones.

Lo que define la calificación de las lesiones a juicio de fiscales y defensores, es el “Dato de Atención de Urgencias” (DAU) o si hay dudas, el informe del Servicio Médico Legal.

Sólo dos de los fiscales entrevistados entienden que la calificación debe ser hecha por el jurista, para lo cual debe considerarse como antecedente la descripción de las lesiones contenidas en el informe médico.

Además, tres fiscales, refirieron que habían tenido problemas con la calificación hecha por los médicos, ya que al conocer estas normas sobre violencia intrafamiliar, aunque la lesión fuese clínicamente leve, la calificaban como menos grave en virtud de la prohibición introducida por el legislador.

Aunque en los procesos penales existe libertad en la valoración de la prueba, los jueces de garantía ocupan el mismo criterio, por ser esta la referencia que tienen de fiscales y defensores.

Existen algunos jueces de garantía que opinan lo contrario, sosteniendo que con dicha práctica se comete un error manifiesto, pues en los procesos penales deben usarse conceptos jurídicos que en nada están de acuerdo con las calificaciones médicas efectuadas en los partes de los servicios de emergencia.

Las dos juezas de tribunal oral en lo penal entrevistadas sostuvieron que el informe médico es sólo un antecedente a la hora de calificar las lesiones, ya que el criterio de calificación lo ha establecido el legislador.

En este sentido, la jueza del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago señaló que: “No es vinculante para el tribunal el informe médico en cuanto a qué tipo de lesiones son... ellos clínicamente dicen que es de menor gravedad, pero la calificación jurídica la dice el juez, dependiendo de cómo fueron las lesiones, cómo se produjo el hecho, todas las circunstancias lo rodean”

- Interpretación de las calificantes de las lesiones graves en relación a la inutilidad o incapacidad temporal para trabajar en el caso de las dueñas de casa.

Todos los entrevistados estuvieron de acuerdo en que es el parte médico el que establece si la lesión es invalidante o no para realizar cualquier tipo de actividad laboral. Aunque, en la práctica, las calificantes de las lesiones graves no son muy aplicadas, ya que las lesiones más vistas en contexto de violencia intrafamiliar son las menos graves.

Respecto del caso específico de la “incapacidad para trabajar” de las dueñas de casa, por regla general, se entiende que la norma se refiere a cualquier actividad, sea está remunerada o no.

En este sentido señaló una jueza: “sea dueña de casa o sea una persona cesante o sea una persona ociosa o sea una persona que nunca ha trabajado en su vida, la invalidez de las lesiones es un hecho objetivo y se ve como la capacidad que tú tienes para trabajar, no significa que tú vayas a trabajar, significa una potencialidad para el trabajo, es decir una persona que desarrolla un trabajo habitualmente y si le quiebra un pié, se fractura un pié por un accidente de tránsito va a estar postrada seis meses en cama, significa seis meses de invalidez, por lo tanto técnicamente esa persona esta seis meses sin poder trabajar (...) ajeno le pase a uno o a un vago de la calle, si fuera por eso entonces los indigentes no serían objeto de lesiones, porque nunca le han trabajado un día a nadie, o sea no apunta al trabajo que la persona realice efectivamente, apunta a un hecho objetivo, una tasación, uno tiene que tener parámetros objetivo”. (Jueza de Garantía de La Florida)

Sólo un defensor estimó que : “cuando se hace la determinación por parte del servicio médico legal..., ellos hacen que esta lesión es invalidante para realizar cualquier tipo de actividad laborativa y las dueñas de casa se puede interpretar que no realizan actividad laborativa”. (Defensor DPP de Melipilla)

Además, una fiscal refirió al respecto que “todo el derecho es androcéntrico entonces el Código Penal está pensado en un hombre imputado y está pensado en un hombre víctima... hace cien años atrás, incapacidad para el trabajo se estaba pensando en el trabajo fuera de la casa, el trabajo público, el trabajo al interior de la casa de la dueña de casa no está considerado ahí”. Para esta fiscal, la solución, se halla en que la lesión haya producido enfermedad por más de treinta días, estima que esta es la norma que se ocupa en la práctica, y aunque ella no está de acuerdo con esta interpretación, cree que aún falta mucho para que se entienda la disposición en un sentido diferente.

b) Lesiones y Maltrato Habitual.

- Tendencia a identificar el delito de maltrato habitual con la violencia psicológica y el delito lesiones con la violencia física.

En la mayoría de los entrevistados existe una tendencia a identificar la violencia psicológica con el delito de maltrato habitual y la violencia física con el delito de lesiones. Sólo entre los fiscales la opinión es dividida, algunos afirman que esto ocurre y que incluso les parece lógico, mientras otros señalan que esto no es así.

Para los defensores esta asimilación pasa porque los fiscales tienden a acusar a los imputados solamente por el delito de lesiones, que es mucho más fácil de probar y omiten violencia psicológica en los casos remitidos por los Tribunales de Familia.

De todas formas la mayoría conoce las diferencias entre ambos delitos y entiende que la ley incluye tanto violencia física como psicológica en el maltrato habitual, pero esto no se lleva a la práctica por cuestión probatoria. En este sentido señala una fiscal:

“Las lesiones son fácilmente constatables, no así el maltrato, entonces obvio, nos vamos por lo fácilmente constatable” (Fiscal adjunta Territorial B de Justicia, Fiscalía R.M. Centro Norte)

Un defensor sostuvo: “Se tiende a eso, en la práctica el delito de maltrato habitual es muy raro, porque no hay una aplicación a mi entender genuina de la ley, hay una ley distorsionada que se está aplicando de otra manera, con otro...como les dije al comienzo, hay una política de persecución entonces la ley se le aplica de otra manera, y el delito del maltrato habitual es raro encontrarlo acá, porque los jueces de familia rara vez le mandan al fiscal los antecedentes para, como dice la ley, fundar un maltrato habitual, y por eso yo pienso que se da así, o sea, poco”. (Defensor de la Unidad de Estudios de la DPP Regional Metropolitana Sur)

En algunos jueces, tanto de garantía como de tribunal oral, existía cierto desconocimiento sobre el delito de maltrato habitual. Así, una jueza señaló que si existe maltrato físico constitutivo del delito lesiones entonces existe un delito de lesiones y no de maltrato habitual, pues este incluye sólo violencia física no constitutiva de lesiones, como “empujones o malos tratos de obra”. (Jueza TOP de San Bernardo)

Como consecuencia de esta asimilación y de las dificultades procesales para acusar por maltrato habitual, la violencia habitual se invisibiliza, “[d]e esta manera, el sistema procesa por hechos aislados de violencia”²⁶³.

- Violencia sexual dentro del concepto de maltrato habitual.

Tanto fiscales, como jueces de garantía y de tribunal oral, consideran la violencia sexual dentro del concepto de maltrato habitual, mientras no sea constitutiva de otros delitos. Pero, en la práctica ninguno la aplicado de esta manera.

²⁶³ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. La defensa de casos de violencia intrafamiliar. *Op.cit.* p.144.

Los defensores, en general creen que los problemas sexuales que no sean constitutivos de un delito de violación debiesen ser encasilladas como abusos sexuales, pues en atención al bien protegido en ellos no sería correcto encasillarlos dentro del maltrato habitual por más que la víctima sea la pareja del agresor.

En este sentido señaló un defensor: “dudo que un juez teniendo un problema sexual, una agresión sexual, un ataque sexual, una afectación a la libertad sexual, piense en la violencia intrafamiliar, me suena un poquito complicado”. (Defensor de la Unidad de Estudios de la DPP Regional Metropolitana Sur)

- Remisión de los antecedentes por maltrato habitual desde los tribunales de familia antes que se realice la audiencia preparatoria.

Si el Tribunal de Familia remite los antecedentes por maltrato habitual antes de que se realice la audiencia preparatoria, los fiscales, por regla general, no reenvían los antecedentes, ya que hacen aplicación del inciso 1° del artículo 90, incluso a juicio de algunos, esto ya es una discusión zanjada. Sólo reenvían la causa si no existen antecedentes de delito en los hechos remitidos por el Tribunal de Familia, en este sentido relatan, que muchas veces los antecedentes que reciben ni si quiera dan cuenta de estos hechos.

En su mayoría los defensores señalan que si los antecedentes por maltrato habitual son remitidos por los tribunales antes que se realice la audiencia preparatoria faltaría un requisito de procesabilidad, por lo que ellos alegan la incompetencia del tribunal y piden que se remitan los antecedentes nuevamente a familia.

En este mismo sentido, creen que ello es lo procedente, independiente de una posible indefensión de la víctima, pues eso es problema del fiscal.

Minoritariamente, se señaló que la remisión anticipada de los antecedentes no presenta un problema, pues lo importante era determinar si realmente el imputado había cometido o no el delito de maltrato habitual.

- Bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual.

Determinar el bien jurídico protegido por el delito de maltrato habitual no es un tema pacífico. Dentro de las opiniones de los entrevistados, encontramos: la integridad física y síquica de la víctima, la libertad, la integridad social, las buenas relaciones de familia o unidad familiar y la dignidad de la persona. Aunque la integridad física fue una de las respuestas más frecuentes, llama la atención que muchos entrevistados hayan mencionado, también a la “unidad familiar” como bien jurídico protegido, en este sentido destaca la opinión de algunos defensores, quienes señalaron:

“La unidad familiar, porque tampoco puedo decir la integridad física, porque incluye más que eso, la entidad psicológica incluye más que eso. Ahora, la familia como bien jurídico protegido...” (Defensor Licitado DPP Local de Talagante)

“Yo diría que el abuso de una condición respecto de un agresor en relación a una víctima, el abuso de la propia condición de parentesco para permanecer en la impunidad”. (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

“Desde mi punto de vista la integridad física, porque la familia como bien jurídico protegido es como muy subjetivo...” (Defensor DPP Local de Melipilla)

- Criterio de distinción entre el delito de lesiones menos graves reiteradas en contexto de violencia intrafamiliar y el delito de maltrato habitual.

En la calificación, que hacen los fiscales, de un delito como lesiones o como maltrato habitual influyen principalmente dos factores. Primero, que los antecedentes hayan sido remitidos por el Tribunal de Familia de acuerdo a lo establecido en el artículo 90 de la Ley N°19.968 y segundo la facilidad de prueba.

El primer punto, constituye un requisito de procesabilidad y es a juicio de todos los fiscales, la principal dificultad para acusar por maltrato habitual, ya que el Tribunal de

Familia al reenviar los antecedentes lo hace en forma incorrecta, puesto que no hace una relación sustancial de los hechos constitutivos de delito o los remite antes de la audiencia preparatoria o de juicio. Frente a estas dificultades, los fiscales han optado por tres vías: 1. Devolver los antecedentes al Tribunal de Familia; 2. Enviar los antecedentes al Juez de Garantía, para que éste sea quién los devuelva y de esta manera se traben una contienda de competencias que sea resuelta por la Corte de Apelaciones. 3. Frente a antecedentes incompletos o mal enviados, acusan por otros delitos como lesiones o amenazas, para así no dejar en indefensión a la víctima. Además, mientras se resuelven estos conflictos, solicitan medidas cautelares en atención a la situación de riesgo en que está la víctima.

De todas formas, los fiscales, por regla general, si existen lesiones, aunque los antecedentes hayan sido remitidos por el Tribunal de Familia como constitutivos del delito de maltrato habitual, acusarán por lesiones ya que es más fácil probarlas.

Sólo dos fiscales señalaron que existiendo antecedentes de maltrato habitual acusaban por este delito, aunque existiesen lesiones.

Inciden, también, otras cosas, como las penas a aplicar, ya que habiendo lesiones reiteradas la pena puede ser más alta o habiendo más de un delito, como lesiones y amenazas, se impondrá más de una pena accesorias.

Algunos fiscales señalaron, que habiendo lesiones y maltrato habitual, acusaban por ambos delitos. En este sentido expresó una fiscal: "Si hay lesiones, hay lesión, nada que ver con el maltrato habitual, son dos delitos distintos. Si hay unas lesiones constatadas y nosotros podemos probarlas eso es un delito de lesiones que no excluye el delito de maltrato habitual, uno puede estar en presencia de un delito de lesiones y después te llegan los antecedentes de Familia por un delito de maltrato habitual y uno podría acusar o requerir por ambos delitos, una cosa no excluye a la otra" (Fiscal Adjunto Territorial B de Justicia, Fiscalía R.M. Centro Norte).

Este proceder de los fiscales, es percibido por los demás operadores del sistema, para quienes el delito de maltrato habitual es poco visto en la práctica, puesto que los fiscales deciden acusar por lesiones, ya que les es más fácil probarlas, además de los problemas que la remisión de antecedentes del tribunal de familia constituye.

Algunos defensores creen además, que la diferencia entre uno u otro delito se encuentra principalmente en el contexto y la especialidad en que se desarrollan los hechos, pues el delito de maltrato habitual abarca todos los tipos de violencia, es decir, tanto física como psicológica y comprende a todos los miembros de una familia. En cambio, el delito de lesiones reiteradas puede ser cometido contra cualquier persona y está enfocado solamente a los malos tratos físicos.

Una jueza de tribunal oral señaló que la distinción obedece a que “las lesiones son reiteradas, cuando existen hechos claramente separados y no dentro de un mismo contexto”, oponiendo los delitos reiterados a los delitos continuos, como sería el maltrato habitual” (Jueza TOP San Bernardo); en el mismo sentido opinaron algunos jueces de garantía.

- Concepto de habitualidad.

De los dichos de los entrevistados, se desprenden dos conceptos de habitualidad. Primero, se define como una situación de violencia permanente y constante, a juicio de algunos fiscales y todos los defensores; segundo, se identifica con hechos o episodios concretos que se repiten en el tiempo, esto según, otro grupo de fiscales y los jueces de garantía.

Respecto de este segundo concepto un fiscal señaló: “nosotros pedimos que existan tres episodios por lo menos, aunque en realidad no se debieran pedir episodios (...), pero el problema que esa habitualidad acá resulta tan intangible para los tribunales, incluso a nosotros nos cuesta como asimilarlo como simplemente a la continuidad que es difícil que uno se pueda plantear en un juicio, esto fue habitual y no tenga episodios concreto, de hecho los jueces te piden en la sentencia cuando se dicta la condena que

exista algo demostrado, que te muestre que fue habitual, más allá que los testigos digan “siempre le ha pegado, siempre ha pasado esto, siempre ha sido maltratada” (Fiscal Adjunto Fiscalía Local de Maipú, Fiscalía R.M. Occidente).

Ni fiscales, ni defensores, ni jueces de garantía se remiten específicamente a los criterios que la ley establece para definir la habitualidad²⁶⁴; de todas formas, atienden al “número de actos ejecutados”, pero a diferencia de lo que establece el legislador, exigen que los actos se ejecuten contra la misma persona. Así, lo señalaron algunos defensores sus definiciones:

“Habitualidad, yo entiendo que es una situación que se da reiteradamente en el tiempo, **respecto a la misma persona** y con ocasión justamente de intervenir en su relación parentesco, para mí eso da la habitualidad. No significa que sea todos los días, todas las semanas, pero sí en un período constante y que mantenga subyugada a una víctima respecto de un agresor”. (Defensora Licitada DPP Local de la Florida)

“En primer lugar tiene que haber una consistencia en el tiempo y **tiene que haber una especie de similitud en los tipos de agresiones que se van dando en el tiempo, es decir, que exista esta habitualidad en cuanto al sujeto pasivo de ser víctima** y distintos tipos de agresiones que estén rondando en el tiempo naturalmente, no puede ser en un solo espacio, tiene que ser un espacio de tiempo prolongado” (Defensor Licitado DPP Local de Talagante)

Las juezas de tribunal oral entrevistadas para definir la habitualidad aluden únicamente a los criterios que la ley considera.

c) Valoración de la Prueba.

²⁶⁴ El artículo 14 de la Ley N°20.066 establece: “Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima”.

- Valoración del testimonio de la víctima de violencia intrafamiliar cuando es el único testigo.

La mayoría de los entrevistados está de acuerdo en que en la valoración del testimonio de la víctima de violencia intrafamiliar influyen dos circunstancias, la credibilidad que tenga de la misma ofendida y las pruebas de contexto que potencien esta declaración. Así, se entiende que los dichos de la víctima no son suficientes para superar por sí solos el estándar probatorio, pero son fundamentales, junto a las pruebas que los acompañen. En este sentido, un fiscal señaló:

“es parte del desafío del Ministerio Público potenciar derechamente la declaración de la víctima y a la víctima propiamente tal como testigo... es parte de la teoría del caso que se plantea, son delitos que no van a tener otra prueba que la presentada” (Fiscal Adjunto Jefe Fiscalía Especializada de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y otros, Fiscalía R.M. Sur).

Sólo una fiscal, quién señalo que el valor de esta declaración depende exclusivamente de la credibilidad de la víctima frente al juez.

Respecto a si existe algún prejuicio en la valoración del testimonio, la mayoría de los entrevistados se pronuncio en sentido contrario.

Así, en general, los defensores piensan que no tienden a desacreditar el testimonio de la víctima de violencia intrafamiliar más que cualquier otro testimonio sobre otro tipo de delitos.

Mencionó una defensora: “Yo nunca insulto a las víctimas, ni digo que no son creíbles, que están mintiendo. Yo siempre ataco que la recepción de la víctima está teñida de más subjetividad que la hace más susceptible y que interpreta las cosas en una medida que no fue la que el imputado le quiso dar en el contexto, sobre todo en las amenazas”. (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

Por su parte, la mayoría de los jueces de garantía entienden que el testimonio de la víctima de violencia intrafamiliar es valorado como cualquier otro testimonio: “en su propio merito y con toda la refrendación externa que se pueda alcanzar”. (Juez de Garantía de Independencia y Recoleta).

Sólo una fiscal indico que este testimonio se valoraba de manera distinta, ya que el tribunal era más exigente al apreciar el relato de una mujer víctima de violencia intrafamiliar; en este sentido expreso: “si una mujer denuncia un abuso o denuncia un maltrato o una violencia de género y no hay mas testigo y no hay huellas físicas necesariamente, yo creo que hay un prejuicio por parte de todos los operadores del sistema..., volvemos al tema de la justicia de género... se parte con que la persona pueda estar mintiendo, incluso en algunos casos se le exige un estándar probatorios más altos que en otros delitos sin que exista una razón y además se le somete a pruebas humillantes. Entonces sí, yo creo que lamentablemente hay una valoración distinta... se le exige un acto heroico, se le pone en juicio por el hecho de estar denunciando y si a eso le agregamos que es una mujer adulta, que eventualmente puede tener algún vicio como el alcoholismo, etcétera, peor” (Fiscal Adjunta Fiscalía Local de Pudahuel, Fiscalía R.M. Occidente).

Además, algunos entrevistados entendían que el testimonio debía ser valorado de manera especial considerando patrones típicos de la violencia intrafamiliar. En este sentido se pronunció una jueza de garantía, la que señaló: “Los testimonios de la víctimas de violencia intrafamiliar se dan con otros elementos que te ayudan a hacer juicio..., qué sé yo: “les dije que no es primera vez que ocurre este tipo de violencia, pero nunca lo había denunciado”, entonces, todas esas cosas le van dando refuerzos al relato de la víctima” (Jueza de Garantía de La Florida).

Finalmente, sólo una jueza mencionó que no resultaba tan cierta la afirmación que la víctima de violencia intrafamiliar, por lo general, era la única testigo del acto de violencia, pues se debía considerar que la denuncia se producía después de una serie de maltratos. Señaló esta jueza: “la víctima clásica de violencia intrafamiliar... no viene aquí poniendo una denuncia cuando le pegan por primera vez (...) Si tú hablas de

maltrato habitual tienes una víctima rodeada de un círculo de amigos, compañeros de trabajo y familia capaz de testificar, ¿no es cierto?, acerca de numerosos episodios de acoso, hostigamiento, maltrato, insulto y todo lo demás. Entonces la pregunta es, ¿por qué no los traen de testigos?”. (Jueza de Garantía de Pudahuel)

- Retracción de la víctima.

No existe acuerdo de opiniones frente al fenómeno de la retractación.

La mayoría de los fiscales indicó haber aprendido a lidiar con este evento como algo propio de la violencia intrafamiliar, que ya no les causa frustración. Así, la regla general es que, a pesar de la retractación se sigue la causa, si la situación de riesgo en que se encuentra la víctima lo amerita. Señalan además, que esto es algo frecuente, por lo que mientras la afectada esté dispuesta a colaborar constituyen junto a esta, las que luego ayudan al tribunal a entender que la reacción de la víctima es propia del contexto en que se encuentra.

En este sentido una entrevistada señaló: “Esta fiscalía ha presentado en juicio estudios que dan cuenta del fenómeno de la retractación como parte del ciclo de violencia intrafamiliar, por eso es importante potenciar el testimonio” (Asesora Jurídica Fiscalía especializada de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y otros, Fiscalía R.M. Sur).

Aún así, una de las fiscales entrevistadas estimaba que las redes que tenían para lograr que las víctimas no se retractaran eran insuficientes.

Por su parte, la mayoría de los defensores manifestó que la retractación está ligada al deseo de la víctima de no perseverar con la denuncia, pues ha continuado con la vida en común con el supuesto agresor o, en general, por que las denuncias son falsas.

A raíz de ello, cada vez que se toma conocimiento de la retractación o que la víctima retractada se acerca al defensor, se les solicita asistir a las audiencias como testigos de la defensa y desacreditar los hechos que fundaron el proceso.

En este sentido un defensor señaló: “la retractación para mí está ligada a denuncias que no son verdad... yo diría que en un 60% de las retractaciones está ligada a su falsedad y el 40% restante son personas, mujeres que de verdad están siendo víctimas de violencia intrafamiliar y que por miedo quitan la demanda. (...) la mayoría de los casos los fiscales cuando tienen una víctima que se retracta, en el caso de intrafamiliar archivan la causa, no perseveran, porque no tienen forma de acreditarlo, pero cuando insisten en el asunto, nosotros presentamos a la víctima como testigo”. (Defensor Licitado DPP Local de Talagante)

Asimismo señaló una defensora: “yo pienso que la retractación debe ser recogida como un perdón del ofendido y ser un motivo para que la causa termine en el día y sea sobreseída (...) por ahora, cuando está retractada uno la lleva ahí a la audiencia que es obligatoria. Muchas veces te van a ver a la oficina: -¡ay! si no sale mi marido por favor- y van y lloran y todo y están presos y tú pides revisión de cautelar y llevas a la víctima a decir allá que -el gallo es un santo, que eso no pasó-, uno lo usa todo el rato eso”. (Defensora Licitada DPP La Florida)

Sin embargo, existen defensores que señalaron entender la retractación como parte de la dinámica de la violencia intrafamiliar, por lo que, la tratan como tal, dejando que el juez determine lo mejor para el caso.

Así, señaló una defensora no aprovecharse de la retractación de la víctima para desacreditarla porque “uno tiene que tener ética, de verdad creo que uno debe tener ética”. (Defensora DPP Local de San Bernardo)

Los jueces de garantía tienen diversas posturas respecto del tratamiento de la retractación.

Una primera postura la considera como un fenómeno común dentro del ciclo de violencia intrafamiliar, que se presenta en juicio como un problema probatorio. Sin embargo, ello no es insalvable, pues la solución es que los fiscales opten por no presentar a la víctima como testigo y traer a los policías u otros testigos que la escucharon o vieron al momento de la denuncia.

Una jueza señaló: “A mí cuando me toca una víctima retractada yo las retó, les digo que sea honesta. -Ahora usted está aquí, está feliz y todo, pero yo no quiero que llegue el día de mañana muerta y no estemos hablando de la amenaza o las lesiones en contra de Juanita Pérez, sino que vamos a estar hablando del homicidio de Juanita Pérez-, -no señorita-. -Pero que quede constancia-, digo yo, -de que la víctima, la propia víctima no obstante las advertencias que hizo este tribunal y la fiscalía no quiere seguir con el procedimiento-, porque uno tiene que acreditar con responsabilidad”. (Jueza de Garantía de La Florida)

Sin embargo, estos jueces consideran que este tratamiento no corresponde a una sensibilidad respecto de la violencia intrafamiliar, sino que tiene que ver con los temores de que los episodios de violencia sigan en escalada y que en algún momento el hombre mate a la mujer. Hechos que los expondría al escrutinio público y que los haría responsables de un futuro homicidio.

Una segunda postura señala que la retractación de la víctima es un problema de ella, salvo casos muy extremos donde se tenga reparos de su salud mental, por ejemplo, señaló una jueza:

“Tengo serias sospechas de que alguien en su sano juicio que después que le enchufan un alicate caliente en la vagina venga aquí a llorar para que le suelten el pololo, ¿no es cierto? Tengo mis serias dudas de que realmente esa mujer, pueda sensatamente tomar decisiones acerca de su propia inmunidad, integridad o seguridad” (Jueza de Garantía de Pudahuel).

Así, salvo este tipo de situaciones extremas, estos jueces sostienen que la mujer es una persona adulta, dueña de sus decisiones, por lo que, si llegan a retractarse siempre deciden sobreseer sus causas.

Dice la misma jueza: “estamos hablando de empoderar a las mujeres en la toma de decisiones acerca de sus temas relevantes, no vamos a volvernos en tutores de las decisiones de las mujeres” (Jueza de Garantía de Pudahuel).

Finalmente, hay jueces que sostienen que, como en cualquier otro juicio, ante la retractación de la víctima se dicta el sobreseimiento definitivo.

“Generalmente cuando las víctimas se retractan y no colaboran con el juicio, se dicta sobreseimiento definitivo, si porque, cómo vas a llevar a una víctima a un tribunal que te diga -nunca, nada, fue un pan de Dios-, o sea perder recursos del Estado y perder todo”. (Jueza de Garantía de La Florida)

Una de las juezas de tribunal oral, estimaba que sólo se podía ver caso a caso si el testimonio era creíble o no; la otra entrevistada era del parecer de que: “la retractación de las mujeres víctimas es uno de los motivos que exista, digamos, toda la cantidad de delitos que hay de violencia intrafamiliar y después de muerte” (Jueza Tercer Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago). Ninguna de las dos entrevistadas entendía la retractación como un fenómeno propio de la violencia intrafamiliar.

- Especial vulnerabilidad de la víctima de violencia intrafamiliar en la valoración de su testimonio.

Los jueces entrevistados señalan que valoran la situación especial en que se encuentran las víctimas de violencia intrafamiliar, pero critican que después de fallarlos ocurre una paradoja, pues, en general en cualquier clase de delitos que afecten la integridad de las víctimas se les otorga protección estatal, protección que ellas mismas no pueden proveerse, en cambio en los casos de violencia intrafamiliar, las víctimas,

debido a su relación con el victimario, se niegan a dicha protección; debiendo brindárselas incluso por sobre su voluntad.

- Consideración del historial de violencia intrafamiliar previo en los casos en que la mujer víctima de ésta se convierte en agresora.

En general los entrevistados no tenían experiencia en delitos de lesiones en que la mujer víctima de violencia se convirtiese en agresora. Pero, coinciden en que este historial de violencia debe considerarse al momento de valorar la prueba.

Además, una jueza consideró relevante mencionar que debe tenerse presente el fenómeno cultural que se da en los casos de las mujeres delincuentes, ya que:

“El estándar de mujer delincuente es más alto que estándar del hombre delincuente (...) generalmente cuando la mujer comete un delito la familia no la ayuda, no le presta apoyo... entonces cuesta más configurar redes sociales de apoyo y que más gente declara a favor de ella, etcétera. Y cuando el hombre delinque todo el mundo está llorando, la mamá, la hija, las abuelas, las tías, las primas”. (Jueza de Garantía de La Florida)

3. Problemas procesales en los casos de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar

3.1. Formas de término.

a) Salidas Alternativas.

- Aplicación de salidas alternativas frente al perdón de la víctima.

Si la víctima se retracta o perdona a su agresor, siempre que no exista una situación de riesgo inminente, los fiscales ofrecen alguna salida alternativa acorde con los intereses de la víctima.

Si de la evaluación de la situación de riesgo se desprende que este es alto, los fiscales siguen adelante con la causa, aún en contra de la voluntad de la víctima.

Los defensores, frente al perdón de la víctima o ante su desistimiento o retractación, también, instan por la aplicación de una salida alternativa, especialmente la suspensión condicional del procedimiento.

Señaló un defensor: “en la mayoría de los casos, yo diría el 80% de ellos, se aplican salidas alternativas si la víctima perdona. Si hay posibilidad de suspensión se van todos suspendidos acá”. (Defensor DPP Local de Melipilla)

Estas salidas se aplican a juicio de los defensores, principalmente, como una forma de proteger a la víctima que perdona a su agresor, sin embargo, para estos operadores lo correcto sería determinar si es adecuado que víctima e imputado continúen como pareja, pues temen que su defendido termine siendo condenado por desacato.

En este sentido señaló una defensora: “cada vez, cuando la víctima va y se retracta y pide que lo perdonen y todo. Si el gallo no tiene antecedentes lo suspenden condicionalmente, es más yo te diría que los fiscales no se preocupan mucho de que si la víctima lo perdonó o no... el gallo no tiene antecedentes y lo suspenden de inmediato ¿qué es lo que hacen ellos? ven la pauta de violencia intrafamiliar que hay en los partes de denuncia, entonces por ejemplo, le preguntan a la señora ¿es primera vez que la agrede? ¿cuántas veces la agrede? ¿usted quiere que se vaya? ¿qué es lo que quiere? ¿qué se haga un tratamiento?, y el fiscal lo suspende, pero de acuerdo a las pretensiones de la víctima”. (Defensora Licitada DPP Local La Florida)

Por su parte los jueces de garantía entienden que el perdón de la víctima genera problemas mayúsculos al Ministerio Público para probar la veracidad de la imputación, por lo que el uso de estas salidas es frecuente.

Algunos jueces y fiscales aplican salidas alternativas no como una forma de deshacerse del problema que presenta una víctima retractada, sino como una alternativa de solución distinta. Pues sostienen, el “perdón de la víctima” no puede ser asociado a la impunidad del agresor, sino que debe entenderse como una conducta típica de una víctima de violencia intrafamiliar.

Debe entenderse esta situación como algo “natural, porque este no es un fenómeno delictivo clásico, esto es un problema cultural que tenemos, muy fuerte, muy arraigado. Por tanto necesita lógicas de intervención cultural, en donde a la gente se le enseñe a plantearse de otra manera, a mirarse de otra manera” (Jueza de Garantía de Pudahuel).

Muy pocos entrevistados señalaron que frente al perdón de la víctima no procede, una salida alternativa, si no que más bien, se aplica el sobreseimiento definitivo.

a.1) Acuerdos reparatorios.

Casi todos los entrevistados entienden que los acuerdos reparatorios no proceden por prohibición legal. Sin embargo algunos no están de acuerdo con esta prohibición.

Quienes señalan haber conocido acuerdos reparatorios, los recuerdan en relación a casos de violencia entre hermanos.

Excepcionalmente, un defensor señaló que la prohibición de aplicar acuerdos reparatorios estaba dada solamente respecto del delito de maltrato habitual, en este sentido explicó:

“En la prohibición quedó, como se dice, la puerta abierta, y hay jueces de garantía que aplican la interpretación progresiva, es decir, que la norma siempre tiene que tener un sentido, y la norma hay que darle no solamente un sentido, sino que produzca un efecto y no que sea una norma programática por decirlo de alguna manera. Entonces, hay jueces que han dicho que igual proceden y de hecho lo han aplicado” (Defensor Unidad de Estudios DPP Regional Metropolitana Sur)

Quienes estiman que los acuerdos reparatorios no deberían encontrarse prohibidos para este tipo de causas, lo hacen pensando en que sería una buena solución frente a una reconciliación entre imputado y víctima o por estimar que las víctimas son mujeres adultas y libres para decidir si quieren terminar su conflicto por este medio.

En contra de esta posición otros entrevistados indicaron que si bien no debe mirarse a la víctima como una incapaz, tampoco debe desconocerse la especial relación en que se encuentra, en el sentido de que se haya en una posición disminuida frente a su ofensor.

a.2) Suspensión condicional.

Todos los entrevistados estiman que esta es la salida más usada, además para algunos es también la más útil.

Al respecto una fiscal señaló: “de las salidas alternativas es la reina del término por lo menos para mí” (Fiscalía adjunta Fiscalía Local de Flagrancia y violencia intrafamiliar, Fiscalía R.M. Oriente).

- Aplicación de la suspensión condicional en casos en que el imputado no ha sido condenado por crimen o simple delito, pero si tiene antecedentes de

violencia intrafamiliar, ya sea registros en el Tribunal de Familia, salidas alternativas previas, entre otros.

Todos los entrevistados señalan que otro tipo de registros, que no sean condenas penales previas, no influyen para nada en la aplicación de esta medida. Así, el historial de violencia previo que no importe condenas penales anteriores no tiene incidencia alguna en esta forma de término.

Al respecto un fiscal señala: “la suspensión condicional siempre va a ser la mejor salida en el caso de que haya irreprochable conducta” (Fiscal Adjunto Fiscalía Local de Colina, Fiscalía R.M. Centro Norte).

En este mismo sentido una defensora indicó que a ella le parecía pertinente darle salidas alternativas en delitos en contexto de violencia intrafamiliar “para no someter al imputado al estrés del juicio y todo, ni a la víctima (...) y me parece súper pertinente la salida, pero siempre cuando él la acepte, porque muchas veces el imputado o imputada tiene algo que decirle a la sociedad: es que sabes yo hice eso porque me maltratan, porque esta galla me tiene chato, porque me explotan y muchas veces aunque les toca la salida deciden hacer pública su situación, ese es su derecho y debe quedar como está ahora a su discreción. Yo parto de la base que para todas las personas, si no tiene antecedentes suspensión condicional y si tiene suspensiones condicionales anteriores, si ya están vencidas, si tiene derecho a una nueva suspensión”. (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

Sólo una fiscal, era del parecer de no solicitar la suspensión, si existían suspensiones anteriores ya cumplidas por antecedentes de violencia intrafamiliar.

Además, una fiscal indicó, que rara vez conocían los registros del tribunal de familia, esta opinión no fue compartida por el resto de los fiscales.

El único criterio de restricción señalado, frente a imputados que reiteradamente protagonizan episodios de violencia intrafamiliar, es respecto de las condiciones que

se decretan, las que deben proteger a la víctima y atender a sus necesidades, esta opinión es compartida sólo por algunos fiscales y un juez de garantía.

- Condiciones de las suspensiones más decretadas.

Por regla general, las condiciones más decretadas en virtud de una suspensión condicional son la prohibición de acercarse a la víctima, la salida del hogar común y finalmente el sometimiento a un programa psicológico o terapéutico, es decir, letras a, b y d del artículo 9 de la Ley N° 20.066. Con menor frecuencia se solicita y decreta la letra c.

Sólo una fiscal indicó que en casi en todas sus causas solicitaba la letra c, por temor a un futuro delito más grave.

- Funcionalidad de las condiciones decretadas.

La mayoría de los entrevistados desconoce realmente cuál es el grado de eficacia de estas medidas, puesto que no existe un seguimiento de las mismas.

Existen proyectos aislados de seguimiento y sólo respecto de la medida de la letra d del artículo 9 de la Ley N°20.066, todos los entrevistados que han participado en estas iniciativas creen que son muy útiles, tanto para que no se repitan ciclos de violencia, como para que el imputado no cometa ilícitos de mayor penalidad.

Aunque no existe fiscalización de la mayoría de las condiciones muchos entrevistados, entienden que esta es fundamental para la eficacia de estas medidas.

Así, una fiscal reconoce que “las condiciones deben ser adecuadas y además deben ser vigiladas en su cumplimiento, porque una salida alternativa donde las condiciones no se vigilan no sirve de nada, al contrario puede provocar la sensación de desamparo en la víctima que se atrevió a denunciar. Entonces, más que en otros casos, en casos de violencia intrafamiliar la víctima es oída para una salida alternativa, informada de la

salida alternativa y las condiciones son adecuadas y fiscalizadas en su cumplimiento esa opción es necesaria, no es simplemente útil es necesaria” (Fiscal Adjunta Fiscalía Local de Pudahuel, Fiscalía R.M. Occidente).

Hay defensores que, aunque reconocen no saber cuál es el nivel de eficacia de esta forma de término, tienen la percepción de que existe un alto incumplimiento de las condiciones decretadas, lo que se explican señalando que muchas veces se ignora los problemas que estas medidas pueden causar al imputado, que en la mayor parte de los casos se queda sin hogar y cuando hay hijos en común se restringe su visita.

- Desacato por incumplimiento de las condiciones decretadas en la suspensión condicional del procedimiento.

Al igual que en la jurisprudencia las opiniones son muy variadas, para los fiscales el incumplimiento de la suspensión condicional es constitutiva de desacato, según lo señalan los artículo 18 y 10 de la Ley N° 20.066, para los defensores este incumplimiento sólo provoca la revocación de dicha suspensión, pues el delito de desacato sólo se refiere al incumplimiento de sentencias firmes y ejecutoriadas, carácter del que carecen las suspensiones condicionales. Además, señaló un defensor, que de acuerdo al espíritu de la Ley N° 20.066 sancionar por este delito al imputado no solucionaría en nada sus problemas domésticos con la víctima.

Estas posturas coinciden con instructivos por parte de la Fiscalía Nacional y sugerencias del la Defensoría Nacional.

En los jueces pueden encontrarse tantas opiniones como en la jurisprudencia, por lo que en esta parte nos remitimos a lo dicho en la sección de desacato.

b) Principio de oportunidad.

En algunas fiscalías regionales existe instructivo que prohíbe el uso de esta facultad en casos de violencia intrafamiliar. De todas formas, la mayoría de los fiscales estuvo de acuerdo en que evitaba sus usos y que se aplicaba sólo cuando el hecho es leve, es único, no hay denuncias anteriores y la víctima no quiere seguir adelante.

3.2. Medidas cautelares y accesorias.

- Medias cautelares y accesorias más aplicadas.

Coinciden tanto fiscales, como defensores y jueces en sostener que las medidas que más aplican son las letras a) y b) del artículo 9 la Ley N° 20.066.

- Prisión preventiva.

Excepcionalmente se aplica la prisión preventiva, cuando de la evaluación hecha por el Ministerio Público se desprende que existe una situación de riesgo alto para la víctima, pero su uso es poco frecuente en atención a que se está frente a delitos de baja penalidad.

Señalan, además, los defensores, que cuando los imputados se encuentran en prisión preventiva, la determinación de apelar la medida siempre es sopesada con la posibilidad de que el imputado en libertad vuelva a delinquir y termine siendo acusado por desacato.

Así, señaló un defensor: “cuando ya estamos frente a una persona que es reiterada en delitos de la misma naturaleza, sí, se ha decretado. Hoy salió uno en libertad que estaba en prisión preventiva por... ya tenía varias causas por amenaza a la mamá, ya ahí (...) la verdad es que era un gallo que no... era porfiado, siempre... problemas de alcoholismo, siempre lo hacía, siempre lo hacía y la señora ya, la mamá ya no estaba

ya... ya se saturó y lo denunció, tenía condenas por lo mismo, ya no... la verdad es que con el tribunal lo analizamos y ninguna medida era suficiente para proteger a la víctima y en ese sentido quedó la prisión preventiva”. (Defensor DPP Local de Melipilla)

- Evaluación respecto de la situación de riesgo inminente de la víctima.

Todos los entrevistados coinciden en que esta evaluación es una tarea del fiscal.

Los fiscales, señalan que siempre atienden a esta evaluación, la que es hecha a través de una encuesta telefónica por la URAVIT, la cuál considera todos los criterios del artículo 7 de la Ley N° 20.066.

Para los defensores no es un tema relevante saber en qué situación se encuentra, pues para ellos la verdad es la que relata el imputado. En este sentido señalaron:

“Verificó la situación, pero a mí me importa un cuesco si está en riesgo o no la víctima” (Defensora Licitada DPP Local de La Florida)

“Obviamente el fiscal lo hace, y obviamente nosotros la cuestionamos”. (Defensor Unidad de Estudios DPP Regional Metropolitana Sur)

“Uno le cree a sus imputados, el fiscal tiene que hacer sus labores de acreditar que tiene riesgo y uno ahí ve qué es lo que hace, pero no es mi labor ver si la víctima está en riesgo o no está en riesgo, esa es labor del fiscal”. (Defensora DPP Local de San Bernardo)

Sólo algunos defensores consideraban que la evaluación de la situación de riesgo en que se encuentra la víctima constituía una fuente de información respecto a la posibilidad de reincidencia del sujeto imputado.

Los jueces de garantía consideran que la evaluación hecha por los fiscales es una fórmula mecánica e irreflexiva. Creen que los factores de riesgo debieran ser

evaluados por un profesional, pues para ellos lo que dice la víctima es una repetición constante de una misma historia.

En atención a estas dificultades, la mayoría de los jueces cree que las medidas accesorias se decretan de manera generalizada y sin especial referencia a la situación en que se haya la víctima.

- Imposición de penas accesorias del artículo 9 de la ley 20.066 sólo para casos de delito de maltrato habitual.

En general, los entrevistados entienden que no existe restricción de la aplicación de estas medidas sólo al delito de maltrato habitual, sino que se aplican a todo delito en contexto de violencia intrafamiliar.

La principal discusión es respecto del tiempo por el cual se otorgan las medidas y cuáles sean estas cuando hay riesgo para la víctima o el imputado se encuentra reacio a cumplirlas.

En este sentido, señaló una defensora: “mira, más que la imposición de penas accesorias lo que discuto es el tiempo, hasta cuándo pueden llegar. Porque a mí me parece que si ya el tribunal dio por acreditado un hecho de violencia intrafamiliar debe decretar una acción, pero si discuto la duración” (Defensora Licitada DPP Local de La Florida).

Sólo una defensora manifestó no discutir las medidas de ninguna manera, si de los antecedentes del caso se desprendía que eran necesarias para el imputado y la víctima, para que no ocurrieran hechos más graves.

Además, una jueza de tribunal oral en lo penal no recordaba que se usasen penas accesorias, sino sólo cautelares.

CONCLUSIÓN

1. Concepto de violencia intrafamiliar.

Nuestros tribunales definen la violencia intrafamiliar como “el maltrato que afecte la vida o la integridad física y psíquica de la víctima”, en que exista alguna de las relaciones del artículo 5. Esta definición no distingue entre violencia intrafamiliar y violencia de género. Así, la violencia contra la mujer que se da en el espacio doméstico, en nuestra regulación, recibe un tratamiento conjunto con la violencia intrafamiliar, la que a su vez incluye a la violencia que afecta a los hijos, otros parientes e incluso la violencia asistencial.

Desde una perspectiva de género esto tiene un efecto negativo, puesto que mezcla muchos supuesto, lo que impide ver las características especiales del problema y crea una reticencia en los operadores del sistema al momento de aplicar la ley, así para muchos, la penalización de la violencia intrafamiliar es una sobreacción de legislador, que atenta contra el principio de última *ratio* del derecho penal. Esto no significa que tanto fiscales, como defensores y jueces desconozcan el carácter público de este fenómeno.

Además, es importante tener presente que la definición de violencia intrafamiliar no exige habitualidad, por lo que para que una lesión se dé en este contexto, no debe ser habitual.

Por último, al definir la violencia intrafamiliar, ni la jurisprudencia, ni los operadores del sistema citan los tratados internacionales correspondientes.

2. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad

En general, estas circunstancias no son utilizadas en los delitos de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, salvo las atenuantes del artículo 11 N°6 y N°9, esto es irreprochable conducta anterior y colaboración sustancial, respectivamente. Esto ocurre porque en la mayoría de los casos no existe discusión de fondo, lo que se explica por el tipo de procedimiento en que estos delitos son resueltos.

En general el historial de violencia intrafamiliar previa no incide en las circunstancias modificatorias.

- **Arrebato y obcecación:** la jurisprudencia analizada refleja que esta atenuante es alega y concedida en casos en que el imputado justifica su acción en los “celos”; sin embargo la mayoría de los entrevistados (salvo los defensores) niega que los celos se sigan considerando como un estímulo poderoso que cause arrebato y obcecación.

Para configurar la atenuante en estos casos no hay un cuestionamiento sobre la historia de violencia previa que se haya ejercido contra la víctima. La violencia pretérita podría influir en los casos en que la víctima de ella se convierte en agresora, señalan los entrevistados; cuestión que no es frecuente en el caso de las lesiones, así esta supuesta consideración sólo es hipotética.

- **Irreprochable conducta anterior:** esta atenuante se concede solamente por tener un “extracto de filiación libre de anotaciones penales”, así consta tanto en la jurisprudencia analizada, como en los dichos de los entrevistados.

El registro de sanciones y medidas accesorias del artículo 12 de la Ley N° 20.066, incluido en el extracto de filiación de los imputados, en la práctica no influye en la configuración de la atenuante.

Es una atenuante, según la percepción de los operadores del sistema de uso generalizado, tanto en los delitos de violencia intrafamiliar, como en otros delitos.

Entonces, respecto de la aplicación de esta atenuante, se confirma la hipótesis de que el contexto de violencia intrafamiliar no se considera para efectos de la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad. Esta constatación es relevante por la frecuencia con que se aplica la “irreprochable conducta anterior”.

- **Reparación celosa del mal causado:** la jurisprudencia la hace procedente por la mera consignación de una suma de dinero, sin que sea relevante si el delito se cometió en un contexto de violencia intrafamiliar o no.

Esta constatación se opone a lo señalado por la mayoría de los entrevistados, para quienes esta atenuante no procede en delitos de violencia intrafamiliar, ya que carecería de seriedad en atención al daño causado sobre la integridad de la víctima por parte de su pareja.

A pesar de lo indicado por la jurisprudencia, el contexto de violencia intrafamiliar en el delito de lesiones debiese ser impedimento para la configuración de la minorante, en atención a la especial relación entre imputado y víctima y el imputado y al bien jurídico protegido.

- **Colaboración sustancial:** esta atenuante, al igual que la irreprochable conducta anterior, es de uso generalizado en procedimientos frente al juez de garantía

Los entrevistados explican que ello ocurre, porque la procedencia de la minorante es fruto de una negociación entre el ente persecutor y la defensa del imputado, sin que exista una discusión de fondo sobre la concurrencia de ella.

Una vez llegado a juicio oral, por regla general, no se concede la modificatoria, pues, a juicio de los sentenciadores, los hechos ya han sido esclarecidos en la fase de investigación, siendo difícil que la declaración del imputado aporte nuevos hechos a ella.

- **Reincidencia:** tanto en la jurisprudencia, como los operadores entienden que es una agravante objetiva, que concurre en la medida que existan condenas penales previas, sin que otros antecedentes de violencia intrafamiliar influyan.

Además, se exige que si las condenas son anteriores a la publicación de la Ley N° 20.253, esto es el 14 de marzo de 2008, deben ser efectivas, en atención al principio de irretroactividad de la ley penal.

- **Legítima defensa:** en el caso de las lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar, la eximente fue esgrimida por hombres agresores frente a la reacción de la víctima al ataque. En el caso de mujeres agresoras, no encontramos sentencias en que fueran imputadas por delitos de lesiones cometidas en este contexto, ni en que se alegará la legítima defensa.

De acuerdo a lo señalado por los operadores, la legítima defensa no es una eximente que concurra en delitos de lesiones, sino que es vista en delitos de mayor entidad, como parricidios.

Se analizaron otras circunstancias modificatorias como la alevosía, abuso de superioridad de sexo, demencia y miedo insuperable, que pudiesen presentar algún problema desde una perspectiva de género. Sin embargo, no se observó su uso en casos de lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar, cuestión que coincide con la percepción de los operadores del sistema.

2.2 Parte Especial

a) Calificación de las lesiones: la jurisprudencia y los entrevistados distinguen entre lesiones menos graves propiamente tales y lesiones que se califican como menos graves producto de la prohibición establecida en el artículo 494 N°5 del Código Penal. A este último grupo se entiende no se aplicaría la norma del artículo 400 del mismo cuerpo legal en atención al principio de *non bis in ídem*.

Sólo un sector minoritario hace precedente la aplicación de esta disposición en estos casos, ya que consideraran que las lesiones menos graves son la figura base de este delito, por lo que al existir la prohibición no se estaría frente a lesiones leves que por una ficción jurídica se consideran menos graves, sino que simplemente se trata de lesiones menos graves.

La distinción antedicha se basa en la entidad de las lesiones, la que debe ser definida por un facultativo, tanto así, que sin el parte médico se considera que es imposible acreditar el ilícito.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 400 es definido, tanto como una circunstancia que agrava la responsabilidad penal, como una norma de determinación de la pena.

- Visibilización de la violencia intrafamiliar

Las modificaciones introducidas en los artículo 400 y 494 n°5 del Código Penal por la Ley N° 20.066, han producido un notable avance desde el punto de vista de la visibilización de la violencia intrafamiliar.

Como se explicó en la historia fidedigna de la ley, la Ley N° 19.325 entregó la regulación de las lesiones al sistema penal, sin que existiera ninguna diferencia entre un delito de lesiones cualesquiera y los cometidos en un contexto de violencia intrafamiliar, resultando imposible obtener una cifra estadística para efectos de determinar la real incidencia de este delito en las mujeres víctimas de ésta violencia. Hoy la realidad es distinta, el ministerio público cuenta con un apartado especial para los delitos en contexto de violencia intrafamiliar, dentro de los que se incluyen las lesiones y consta que las lesiones son el delito más común cometido en el ya referido contexto.

Esta distinción ha sido de gran ayuda para visibilizar el problema de la violencia contra las mujeres, pero es patente la falta de especialización de los operadores del

sistema, lo que ha supuesto un impedimento para darle el tratamiento especial que se merecen. Ello se explica principalmente, y como se ha constatado en el capítulo IV del presente trabajo, en cierto desconocimiento de la Ley N° 20.066 y en que la Ley N° 19.325 no le otorgó un tratamiento diferenciado en la legislación penal a los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.

Lo anterior, ha incidido en que los casos de violencia intrafamiliar sean vistos como un fenómeno ajeno a la justicia penal y al ámbito de su competencia. Lo que se suma, a que por las particularidades del ciclo de la violencia intrafamiliar y a su falta de entendimiento del fenómeno la persecución penal se vea entrampada.

b) Lesiones y maltrato habitual

Las dificultades procesales y probatorias que presenta el delito de maltrato habitual han derivado en que los fiscales procesen por lesiones, siempre que existe violencia física constitutiva de este delito, aún cuando esta violencia sea sistemática. Así, considerando que el concepto legal de violencia intrafamiliar no requiere habitualidad, ni tampoco el delito de lesiones para que se entienda desarrollado en este contexto, se concluye que, en general, **la violencia habitual está excluida del proceso penal**. A iguales resultados llegó el estudio de la Defensoría sobre “La defensa de casos de violencia intrafamiliar”, en el que señala que **“el sistema procesa por hechos aislados de violencia”**.

- Bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual.

La falta de especificación de la problemática de la violencia de género frente a la violencia intrafamiliar en general, ha creado un efecto perverso, por cuanto, ignora contra quien va dirigido el maltrato y que este se da como una forma de dominación

patriarcal. Lo que ha desviado el énfasis de protección desde la dignidad e integridad física, psíquica y sexual de la mujer a la protección de la familia como institución fundamental del Estado. Este efecto se refleja en la opinión de algunos operadores, para quienes el bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual son “las buenas relaciones familiares”.

- Violencia física violencia psíquica.

Las lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar han tendido a asociarse con el “maltrato que afecta a la integridad física de las víctimas”, lo que ha llevado a asociar el delito de maltrato habitual con la hipótesis de violencia síquica, a pesar, que la redacción del artículo 14 de la Ley N° 20.066 es claro al disponer que se sancionará por maltrato habitual la violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5°.

Lo anterior se debe, de acuerdo a lo señalado por los entrevistados, a que en términos de prueba resulta más fácil procesar por un delito lesiones, pues para ello, basta el parte médico.

Aunque algunos operadores estiman que podría existir un concurso entre ambos delitos, en ninguna de las sentencias analizadas se planteó de dicho concurso.

c) Valoración de la prueba: la declaración de la víctima debe estar refrendada por elementos objetivos externos, para que el tribunal adquiera la convicción necesaria para condenar.

En el caso de las lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar, tanto la jurisprudencia, como los operadores, incluyen entre estos elementos externos, el informe de constatación de lesiones, los dichos de carabineros y del facultativo que atendió a la víctima, entre otros.

El historial de violencia previo (que debe acreditarse mediante denuncias o condenas anteriores), constituye un elemento de convicción suficiente para el tribunal a la hora de dar por establecida la causalidad en del delito de lesiones. Es importante destacar que esta es una de las pocas instancias en que la historia precedente de violencia intrafamiliar es considerada.

- **Penas aplicadas:** por regla general respecto de los delitos cometidos en violencia intrafamiliar, se imponen penas bajas y que en su mayoría no son de cumplimiento efectivo. Esto podría asociarse a prejuicios de los jueces, relacionados con la poca importancia que tienen estos temas para la tutela penal.

Además, a pesar de que la historia fidedigna de la ley se desprende que la pena de multa no es aplicable al delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar; en la práctica estas penas si proceden en algunos casos, en que el juez considera que se trata de una lesión que podría haber calificado de leve, pero que por la prohibición del 494 N°5 del Código Penal debe calificar de menos grave.

De todas formas, algunos tribunales al determinar la pena consideran que al existir un historial de violencia intrafamiliar previo no procede la aplicación de la pena de multa.

3.- Problemas procesales en los casos de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar.

1. Formas de término

a) Salidas alternativas

- **Acuerdos reparatorios:** Todos los operadores entienden que la ley prohíbe en términos absolutos la aplicación de acuerdos reparatorios respecto de cualquier delito cometido en contexto de violencia intrafamiliar.

Sin embargo, iniciada la reforma, y como consta en la jurisprudencia analizada, existieron resoluciones que lo estimaban procedente en caso de lesiones, además según estadísticas actuales del Ministerio Público, en el año 2009 el 0,11% del total de delitos de lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar terminaron en acuerdos reparatorios. Esto corresponde a 89 causas de lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar, según el Boletín Estadístico del año 2009 del Ministerio Público.

- **Suspensión condicional:** corresponde a la forma de término más usadas en los delitos de violencia intrafamiliar. De un total de 75.959 delitos de lesiones cometidos en contexto de violencia intrafamiliar terminados a nivel nacional, durante el año 2009, 33.219 corresponden a suspensiones condicionales, esto es 42,48% de las causas terminadas por lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, según el Boletín Estadístico del año 2009 del Ministerio Público.

Esta importancia se debe, según la mayoría de los operadores, a que la suspensión condicional se ha utilizado como medio de ayuda para las víctimas que no recurren a la justicia penal en busca de sanciones penales, sino para solucionar sus problemas de pareja o de la vida familiar a través de la concesión medidas accesorias, como la obligación del agresor de abandonar el hogar común o la asistencia obligatoria a programas terapéuticos.

No obstante, en la jurisprudencia se observa que con su aplicación se ha provocado una distorsión similar a la producida por la conciliación, contemplada en la antigua Ley N° 19.325, pues se ha prestado para avalar procesos de mediación y reconciliación, para terminar procesos en casos con víctimas retractadas o desistidas y, por regla

general, para finalizar causas por lesiones de “menor entidad” en que no conste violencia intrafamiliar previa.

Además, no en todos los casos los jueces acompañan la suspensión con alguna de las medidas accesorias establecida en la ley o por el tiempo mínimo determinado por ella. Más aún, la determinación de las condiciones de la suspensión es generalizada, sin que necesariamente se consideren las particularidades del caso.

Finalmente, no existe criterio de restricción respecto de su aplicación, el historial de violencia intrafamiliar previo escasamente es analizado, siendo necesario para su procedencia solamente que concurren los requisitos legales.

- **Principio de oportunidad:** Se observa en la jurisprudencia su aplicación en causas con víctimas retractadas o en las que existen reconciliaciones con el imputado, lo que se refrenda con las estadísticas del Ministerio Público que señalan que 7.723 delitos de lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar terminaron en el año 2009 mediante principio de oportunidad, cifra que corresponde al 9,88% del total nacional, según el Boletín Estadístico del año 2009 del Ministerio Público.

No obstante, existir actualmente un instructivo de la Fiscalía Nacional, que impide a los fiscales hacer uso de esta facultad, por considerarse que existe un interés público prevalente en la continuación de los procesos penales por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.

En las tres formas de término analizadas anteriormente, no existe respecto de años anteriores al 2009, información específica respecto de los tipos de término que recibieron los delitos de lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar. No obstante, podemos señalar que, del total de términos aplicados a los delitos de violencia intrafamiliar (dentro de los que se incluyen los delitos de lesiones, amenazas, maltrato habitual, desacata, parricidio, delitos sexuales, homicidio y otros delitos).

- 81.996 corresponden a suspensiones condicionales, lo que representa el 27,1% de las causas terminadas por violencia intrafamiliar.
- 652 corresponden a acuerdos reparatorios, lo que representa el 0,2% del total nacional.
- 39.557 corresponden a aplicación principio de oportunidad lo que representa el 13,1% de las causas terminadas por VIF desde la vigencia de la Ley N°20.066.

b) **Medidas cautelares y accesorias:** los operadores han reconocido que estas medidas constituyen el pilar fundamental de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar. Sin embargo, en el caso de las medidas cautelares, sólo los fiscales evalúan la situación de riesgo en que se encuentra la víctima en atención a si existe o no violencia intrafamiliar previa, sin que exista por parte de los tribunales pronunciamiento alguno al respecto, esto a pesar de que la propia Ley N° 20.066 en sus artículo 7 y 15 establece de manera imperiosa la aplicación de estas medidas en atención a esta situación.

Además, en el caso de las cautelares, los jueces son reacios a aplicar como las medidas enumeradas por la Ley N° 19.968, aunque la ley se remite a ellas.

En lo que respecta a las medidas accesorias, lo común es que su aplicación no se haga respecto de las circunstancias específicas del caso, sino de manera generaliza, y por menos tiempo del exigido por la ley (6 meses).

- **Retractación:** es un fenómeno propio del ciclo de violencia intrafamiliar, manejado como tal por los operadores del sistema, quienes sostienen darle un tratamiento distinto cuando se presenta en los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. No obstante, en parte la jurisprudencia se ha tendido a tomarlo como un obstáculo insalvable de la investigación, lo que ha derivado en principios de oportunidad, de no perseverar o en suspensiones condicionales.

Esto ha tenido fuertes repercusiones, ya que, al dejarse de lado la integridad de las mujeres en los delitos en “contexto de violencia intrafamiliar”, ante su deseo de no continuar con la acción penal, nadie puede impedir que “arregle su situación familiar”.

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE POR AUTORES

1. ANTONY, Carmen. Estudio sobre violencia de género: mujeres transgresoras. Instituto de la Mujer de la Universidad de Panamá. 2005.
2. ARROYO Zapatero, Luis. La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español. [en línea]. Disponible en internet en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/violenciadgenero.pdf [consulta: 04 mayo de 2010].
3. ARTICULACIÓN REGIONAL FEMINISTA. Análisis y Contribución Feminista a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Corporación Promoción de la Mujer. Bolivia, 2005.
4. BOLEA Bardon, Carolina. En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género [en línea]. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Marzo 2007. N°09-02. <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf> >
5. BUNGER, Rebolledo Cesar. La ley de violencia intrafamiliar y su reforma. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2006.
6. BUSTOS, Juan., GRISOLÍA, Francisco., POLITOFF, Sergio. Derecho Penal Chileno. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
7. CAMARGO, Juana. Género e Investigación Social. Curso de Formación en Género. En: STAFF Wilson, Mariblanca. La perspectiva de género desde el Derecho. Módulo 2. Instituto de la Mujer de la Universidad de Panamá/

UNICEF. Editorial Sibauste, Primera edición, 1999. [en línea]:
<http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_21a.htm>.

8. CAMPOS, Maritza. NAVEA Moya, Kitty. OLIVOS Opazo, Patricia. Uxoricidio: Una Reacción de la Mujer frente a la Violencia Intrafamiliar. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales) Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004.
9. CAMPOS Muñoz, Pablo. Fallo de la Corte Suprema que Rechaza Recurso de Nulidad Deducido por la Defensa de un Condenado por Delitos Sexuales. Sentencias Comentadas. Revista Jurídica del Ministerio Público. 35 (I): julio, 2008.
10. CASAS BECERRA, Lidia. Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar: ¿un cambio de paradigma? Anuario de Derechos Humanos N° 2. 2008. [en línea] <<http://www.cdh.uchile.cl/anuario2/nac4.pdf>>
11. CASAS Becerra, Lidia y MERA González-Ballesteros, Alejandra. Violencia de género. Delitos sexuales y reforma procesal chilena. Centro de Justicia de las Américas y Universidad Diego Portales. Santiago, 2004. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 16.
12. CENTRO REINA SOFÍA para el Estudio de la Violencia. III Informe internacional. Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y legislación. Serie DOCUMENTOS 11. [en línea] <<http://www.centroreinasofia.es/informes/11Informe.pdf>>
13. CEPALC (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (1992), 'Domestic Violence against Women in Latin America and the Caribbean: Proposals for Discussion', División para el Desarrollo Social, Santiago, Chile.

14. CHAHUAN, Sabas. Manual del nuevo procedimiento penal. 6ª Ed. Ampliada. Santiago, Editorial Legal Publishing. 2008.
15. COPELON, Rhonda. Terror Intimo: La Violencia Domestica entendida como Tortura. En: Rebecca Cook, Derechos Humanos de la Mujer, Perspectivas Nacionales e Internacionales. Santa Fe de Bogotá, Editorial Profamilia, 1997.
16. CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal, Parte General. 7ª Ed. Ampliada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2005. Tomo II.
17. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. La defensa de casos de violencia intrafamiliar. 1a.ed. Santiago de Chile, Defensoría Penal Pública, Centro de Documentación. 2007. (Estudios y capacitación : 5)
18. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea]. 22ª edición. <<http://www.rae.es>>
19. ERTÜRK, Yakin. Discurso pronunciado por la Relatora especial de violencia contra la mujer: "Sus causas y consecuencias". En la sesión 61 de la Asamblea General de Naciones Unidas (25 de octubre de 2006). [en línea] <<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/EAFBB31D2EA03948C12572280083450B?opendocument>>
20. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998.
21. FITZPATRICK, Joan. Normas Internacionales y Violencia contra la Mujer. En: Rebecca Cook, Derechos Humanos de la Mujer, Perspectivas Nacionales e Internacionales. Santa Fe de Bogotá, Editorial Profamilia, 1997.
22. GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal, Parte Especial. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo III.

23. IGLESIAS Río, Miguel Ángel. Fundamentos y Requisitos Estructurales de la Legítima Defensa (Consideración Especial a las Restricciones Ético Sociales), Granada. España, 1999.
24. LARRAURI, Elena. La Mujer ante el Derecho Penal. [en línea] <<http://www.nodo50.org/feminismos/IMG/pdf/Larrauri-mujer-ante-derecho-penal.pdf>>
25. LARRAURI, Elena. Mujeres, derecho penal y criminología. Siglo Veintiuno de España Editores, S.A. México-España, 1994.
26. MAQUEDA Abreu, María Luisa. La Violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social [en línea]. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Enero, 2006. Nº 08-02.
27. MATURANA Miquel, Cristián. Introducción al derecho procesal, la jurisdicción y la competencia. Apuntes de clases. Universidad de Chile, Departamento Derecho Procesal, 2009.
28. MINISTERIO DE JUSTICIA. Criterios de Actuación por parte de los Centros de Mediación Contratados por el Ministerio de Justicia en Materia de Violencia Intrafamiliar. [en línea] <http://www.mediacionchile.cl/MinJusPubl/Upload/SPDocs/DOC_61.PDF>
29. MOTTA, Cristina y SAEZ, Macarena. La mirada de los jueces. Género en la Jurisprudencia de Latinoamérica. Tomo I. Siglo del hombre Editores, 2008.
30. MUÑOZ Conde, Francisco. Teoría General del Delito. 4º Edición. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 2007.

31. NOVOA Monrreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. 3ª Edición, Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2005. Tomo II.
32. PECCI, Carlos. El Procedimiento Abreviado en el nuevo Código Procesal Penal. Diplomado Reforma Procesal Penal. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2002.
33. PÉREZ, P. y DEL CANTO, N. Proyecto Piloto: Tribunal de Tratamiento de Violencia Intrafamiliar Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte. Revista Jurídica del Ministerio Público (Nº4): 217-233, septiembre 2009.
34. PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Justicia al servicio de los chilenos. A puertas Abiertas [en línea]. Revista Electrónica del Poder Judicial de Chile. Agosto de 2008. <<http://www.poderjudicial.cl>>
35. POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte General. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica. Santiago, 2006.
36. POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre. RAMIREZ, María. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2ª Edición, Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003.
37. RAMOS Pazos, René. Derecho de Familia. 6º edición actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 2007.
38. RICO, Nieves. Violencia de Género: Un problema de Derechos Humanos. CEPAL, 1996.
39. RODRIGUEZ Manríquez, Roberto y MORALES, Miguel. La Retracción en la Denuncia de Violencia de Pareja [en línea]. Revista Jurídica del Ministerio Público. Abril 2008. Nº34.

<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20Jurisprudencia/revista_juridica_del_Ministerio_Publico_N_34.pdf>

40. SARMIENTO, Claudia. El tratamiento de la violencia contra las mujeres en el derecho internacional de los derechos humanos: el tránsito hacia la tipificación. Seminario “Violencia contra la mujer y reformas penales”. Santiago, jueves 5 de noviembre de 2009. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.
41. SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER. Centro de Documentación Virtual. [en línea]. <http://www.sernam.cl/cedocvi/web/fus_index.php?sec=2> [consulta: 21 marzo 2010].
42. SIMPOSIO Violencia contra las mujeres en el espacio doméstico y la tutela del Estado: desafíos y limitaciones de la respuesta punitiva. Anuario de Derechos Humanos 2009. Santiago, Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 61p. [en línea] <http://www.cdh.uchile.cl/anuario05/4_Simposio/Simposio.pdf> [consulta: 25 mayo 2010].
43. STAFF Wilson, Mariblanca. La perspectiva de género desde el Derecho. [en línea]: <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_21a.htm>.
44. TALADRÍZ, María José. La Circunstancia Prevista en el Artículo 10 de la Ley N° 20.066, no Constituye una Condición Previa de Procesabilidad ni un Elemento del Delito de Desacato [en línea]. Revista Jurídica del Ministerio Público. Julio 2008. N°35. <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20Jurisprudencia/revista_juridica_mp_n_35.pdf>
45. TALADRÍZ, María José. La Comisión por Omisión en el Maltrato Habitual [en línea]. Revista Jurídica del Ministerio Público. Diciembre, 2008. N° 37 (IV).

http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletín%20Jurisprudencia/revista_juridica_mp_n_35.pdf

46. TALADRÍZ, María José. SAN MARTÍN, María Angélica. RODRIGUEZ, Roberto. La Retracción en Violencia Intrafamiliar y su Incidencia en el Sistema Procesal Penal [en línea]. Revista Jurídica del Ministerio Público. Junio 2009. N°39

http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/documentos/revistas/Revista_Juridica_MP_N_39.pdf

47. VAN WEEZEL, Alex. La sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal 2007. Santiago, Chile. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. N° 4. Octubre 2008.

48. ZAPATA Cuéllar, Rodrigo. El delito de lesiones en el marco de la reforma penal. Gaceta Jurídica (N° 238): 2004.

TEXTOS LEGALES Y PUBLICACIONES ATINGENTES.

Textos Legales

1. Código Penal, Editorial Jurídica de Chile, 20ª edición, 2006.
2. Código Procesal Penal, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 2006.
3. Convención Interamericana para sancionar, erradicar y prevenir la violencia contra la mujer. Decreto N° 1640 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Publicado en el D.O. el 11 de noviembre de 1998.

4. Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación hacia las Mujeres (CEDAW). Decreto N° 789, Publicado en el D.O. el 9 de diciembre de 1989.
5. LEY N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, publicada en el D.O. el 30 de agosto de 2004.
6. LEY N° 19.325 que “establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar”, publicada en el D.O. el 27 de agosto de 1994.
7. LEY N° 18.216 “sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, publicada en el D.O. el 14 de mayo de 1983.
8. LEY N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, publicada en el D.O. el 07 de octubre de 2005.
9. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Decreto N° 747 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Publicado en el D.O. el 29 de abril de 1989.

Publicaciones atingentes.

1. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Resolución E/CN.4/2003/75, 2003. [en línea] [<www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/.../\\$FILE/G0312170.doc>](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/.../$FILE/G0312170.doc)
2. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución 48/104. 20 de diciembre

de 1993. [en línea] <www.un-documents.net/a48r104.htm>

3. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19968/HL19968.pdf>>
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/histley/lfs/hdl-20066/HL20066.pdf>>
5. Boletín N° 2318-18. pp.23-25. [en línea] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=977&prmBL=2318-18>
6. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Informe Preliminar Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, Informe Preliminar. (42). 22 de Noviembre de 1994. [en línea] <<http://www.cidh.org>>
7. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2003). Integración De Los Derechos Humanos De La Mujer y La Perspectiva De Género: La Violencia Contra La Mujer. 60º período de sesiones. Resolución E/CN.4/2004/66. [en línea] <<http://www.cidh.org>>
8. COMISIÓN INTERAMÉRICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Acceso para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas [en línea]. N°68. Enero 2007. <<http://www.cidh.org>> [consulta: 04 de mayo de 2010].
9. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2007). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk. Intersecciones entre la cultura y la violencia contra la mujer. Cuarto período de sesiones. Resolución A/HRC/4/34.

10. FISCALÍA NACIONAL. Oficio FN N° 337 de 2003. Introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N.º 11, sobre atención y protección a las víctimas en el Código Procesal Penal [en línea]. <<http://www.ministeriopublico.cl>>
11. FISCALÍA NACIONAL. Oficio N° 551 [en línea]. 29 de Noviembre de 2005. <<http://www.ministeriopublico.cl>>
12. FISCALÍA NACIONAL. Oficio N° 655: Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.074 a los procedimientos simplificado y abreviado. 14 de Noviembre 2005.
13. INFORME SOMBRA. IV Informe Periódico del Estado de Chile, en la XXXVI sesión del Comité de la Cedaw, Chile 2003-2006. [en línea] <<http://www.ministeriodejusticia.cl>> [consulta: 18 de diciembre de 2009]
14. MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico año 2008. Enero 2006, [en línea] <www.ministeriopublico.cl>
15. MINISTERIO PÚBLICO. Boletín Estadístico Año 2009 [en línea], Santiago, Chile (enero 2010). <www.ministeriopublico.cl> [consulta: 20 de mayo de 2010].
16. MINISTERIO PÚBLICO. Octava Cuenta Pública del Ministerio Publico, efectuada por el Fiscal Nacional Don Guillermo Piedrabuena Richard. [en línea] <<http://www.bcn.cl>>
17. PROYECTO de Ley que “Modifica el Código Penal y el Decreto Ley N° 321 de 1925 para Sancionar el Femicidio y Aumentar las Penas Aplicables a este Delito. Boletín 4937-18, agosto, 2007. [en línea] <www.bcn.cl>
18. RECOMENDACIÓN GENERAL N° 19, “La violencia contra la Mujer”. Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, XI período de sesiones,

documento de las Naciones Unidas: A/47/38; CEDAW/C/1992/L. 1/Add.15 (1992).

Sentencias revisadas.

Año 2005

Tribunal de Garantía de Illapel. 26 de enero de 2006. RIT 1384-2005.

Tribunal de Garantía de Copiapó. 01 de marzo de 2006, RIT 5233-2005.

Tribunal de Garantía de Copiapó. 16 de noviembre de 2005, RIT 2717-2005.

Tribunal Oral en lo Penal de Colina. 8 de enero de 2008. RIT 75-2005.

Corte de Apelaciones de Rancagua. 15 de Septiembre de 2005. Rol 1024-2005.

Corte Suprema. 9 de agosto de 2005. Rol 3478-05.

Año 2006

Tribunal de Garantía de Antofagasta. 9 de febrero de 2006. RIT 5180-2006.

Tribunal de Garantía de Puerto Montt. 12 de junio de 2006. RIT 3216-2006

Tribunal de Garantía de Santiago. 24 de julio de 2006. RIT 2534-2006.

Tribunal de Garantía de San Javier. 01 de septiembre de 2006, RIT 16-2006.

Tribunal de Garantía de Tocopilla. 07 de septiembre de 2006, RIT 494-2006.

Tribunal de Garantía de Valparaíso. 23 de octubre de 2006. RIT 7610-2006.

Tribunal de Garantía de Colina. 19 de diciembre de 2006. RIT 989-2006.

Tribunal de Garantía de Coquimbo. 2 de febrero de 2007. RIT 1728-2006.

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de Santiago. 13 de abril de 2006. RIT 19-2006

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 21 de junio de 2006. RIT 6-2006

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 01 de septiembre de 2006. RIT 218-2006.

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 28 de octubre de 2006. RIT 266-2006

Corte de Apelaciones de Copiapó. 12 de mayo de 2006. ROL 114-2006.

Corte de Apelaciones de Santiago. 22 de mayo de 2006. ROL 871-2006.

Tribunal de Garantía de Puerto Montt. 12 de junio de 2007. RIT 3216-2006.

Corte de Apelaciones de Rancagua. 24 de agosto de 2006. ROL 68-2006.

Corte de Apelaciones de Antofagasta. 5 de septiembre de 2006. ROL 131-2006.

Corte de Apelaciones de Santiago. 3 de noviembre de 2006. ROL 2031-2006.

Corte de Apelaciones de Santiago. 16 de noviembre de 2006. ROL 2141-2006.

Corte de Apelaciones de San Miguel. 4 de diciembre de 2006. ROL 1223-2006.

Año 2007

Tribunal de Garantía de San Fernando. 18 de marzo de 2007. RIT 1820-2007.

Tribunal de Garantía de La Serena. 4 de mayo de 2007. RIT 607-2007.

Tribunal de Garantía de Talagante. 16 de mayo de 2007. RIT 1445-2007.

Tribunal de Garantía de Puerto Montt. 12 de junio de 2007. RIT 3216-2006.

Tribunal de Garantía de Puerto Varas. 17 de octubre de 2007. RIT 1263-2007.

Tribunal de Garantía de Yungay. 19 de octubre de 2007. RIT 737-2007.

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 27 de enero de 2007. RIT 1-2007

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 28 de marzo de 2007. RIT 17-2007

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 25 de abril de 2007. RIT 20-2007

Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar. 07 de agosto de 2007. RIT 102-2007

Tribunal Oral en lo Penal de Talca. 30 de julio de 2008. RIT 101-2007

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 26 de enero de 2008. RIT 300-2007

Corte de Apelaciones de la Serena. 22 de febrero de 2007. ROL 42-2007.

Corte de Apelaciones de Antofagasta. 23 de marzo de 2007. ROL 37-2007.

Corte de Apelaciones de La Serena. 22 de mayo de 2007. ROL 117-2007.

Corte de Apelaciones de San Miguel. 1 de junio de 2007. ROL 796-2007.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt. 9 de agosto de 2007. Rol 162-2007.

Corte de Apelaciones de Santiago. 17 de agosto de 2007. ROL 1648-2007.

Corte de Apelaciones de Santiago. 29 de agosto de 2007. ROL 1807-2007.

Corte de Apelaciones de Santiago. 5 de Septiembre de 2007. Rol 2753-2007

Corte de Apelaciones de Valparaíso. 28 de septiembre de 2007. ROL 922-2007

Corte de Apelaciones de Chillán. 29 de septiembre de 2007. ROL 99-2007.

Corte de Apelaciones de Antofagasta. 22 de noviembre de 2007. ROL 260-2007.

Año 2008

Diecinueve Juzgado del Crimen de Santiago. 22 de enero de 2008. ROL 72.336-PL

Tribunal de Garantía de Santiago. 03 de octubre de 2008, RIT 1536-2008.

Tribunal de Garantía de Viña del Mar. 30 de octubre de 2008. RIT 9211-2008.

Tribunal Oral en lo Penal Angol. 02 de mayo de 2008. RIT 31-2008

Tribunal Oral en lo Penal de Angol. 07 de agosto de 2008. RIT 61-2008

Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso. 14 de agosto de 2008. RUC 060169553-1.

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. 26 de diciembre de 2008. RIT 161-2008

Tribunal Oral en lo Penal de Angol. 21 de enero de 2009. RIT 131-2008

Corte de Apelaciones de Temuco. 23 de enero de 2008. ROL 40-2008.

Corte de Apelaciones de La Serena. 1 de abril de 2008. ROL 68-2008.

Corte de Apelaciones de Rancagua. 8 de mayo de 2008. ROL 135-2008.

Corte de Apelaciones de Antofagasta. 16 de octubre de 2008. ROL 231-2008.

Corte Suprema. 2 de septiembre de 2008. ROL 14-2008.