

# Informe de Investigación

Delito de violencia  
intrafamiliar.

Los problemas de apelar  
indiscriminadamente  
a la solución penal

Alejandra Mera

**CIJ** CENTRO DE  
INVESTIGACIONES  
JURIDICAS

FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



## Resumen

*Al momento de la publicación de este artículo las reformas que se pretenden introducir a la legislación de violencia intrafamiliar en Chile se encuentran en avanzado debate parlamentario.*

*Este trabajo pretende cuestionar la pertinencia de parte de esa nueva legislación, especialmente la que dice relación con los aspectos penales y, más específicamente, con la creación del delito de violencia intrafamiliar.*

*Este delito parece representar para los legisladores un avance sustancial en la protección de las víctimas, especialmente mujeres, respecto de agresiones que se cometen en el entorno familiar. Que la violencia intrafamiliar sea un delito, diverso a los delitos que toda agresión de cierta gravedad presupone y que la competencia para conocer des estos conflictos recaiga en el sistema de justicia criminal, parece ser un logro que pocos cuestionan.*

*Este trabajo, sin embargo, intenta desafiar esa confianza. Tanto desde la perspectiva de la legislación concreta que se intenta introducir (por presentar vacíos importantes que, a la hora de poner en práctica las normas, pueden repercutir en perjuicios para la víctima, por ser imprecisa) como desde un punto de vista externo, esto es, por la inconveniencia de apelar indiscriminadamente al sistema penal, apostando a que es la llave maestra para lidiar con todo tipo de conflictos.*

*Esre informe intenta contribuir a un debate informado sobre las indeseables consecuencias que representa una legislación como la que se plantea para la efectiva protección de los derechos de las víctimas de estos delitos.*

**DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.  
LOS PROBLEMAS DE APELAR  
INDISCRIMINADAMENTE A LA SOLUCIÓN PENAL**

*Alejandra Mera*

**COLECCIÓN INFORMES DE INVESTIGACIÓN**

Número 20 / Año 6 / Agosto de 2004

36 págs.

Registro de Propiedad Intelectual N° 142.810

# Delito de violencia intrafamiliar. Los problemas de apelar indiscriminadamente a la solución penal

■ Alejandra Mera

## I. INTRODUCCIÓN

Sin duda la visibilización social de la problemática de la violencia intrafamiliar, particularmente la que involucra a una pareja, sea esta física, psicológica o sexual, constituye un paso adelante para superar situaciones de discriminación y abuso al que han estado expuestas históricamente las mujeres. Asimismo, permitir la intromisión de los agentes de la esfera pública para interferir en aspectos abusivos que se suceden en el espacio familiar en la total impunidad o, pero aún, justificados y afirmados en una determinada concepción de cómo deben desarrollarse en ese espacio las relaciones entre hombres y mujeres, es del todo deseable.

Pero es igualmente cierto que las vías disponibles para hacer que ello suceda no son unívocas ni se agotan en una determinada intervención, como también lo es que algunas de ellas son más idóneas que otras para el logro de determinados objetivos, ya sea desde el punto de vista de la teoría como de la práctica. En otras palabras, por la propia complejidad del problema, en cuanto involucra a las bases de la estructura social, las medidas emprendidas deben ser múltiples y adecuadas a la consecución de los fines.

En este contexto, la apelación al derecho como instrumento de lucha es uno más entre todos los disponibles<sup>1</sup>. A su vez, las respues-

<sup>1</sup> Algunas teorías feministas han insistido en la ineficacia de acudir a la ley para solucionar desigualdades estructurales. Así, por ejemplo, Smart sostiene que el discurso de derechos legales para conseguir la igualdad ha sido contraproducente, e incluso ha llevado consigo falsas expectativas que operan en detrimento de las exigencias de las

tas del derecho también son múltiples. De este modo, el esfuerzo por combatir las agresiones de los hombres a las mujeres en el ámbito familiar imponen interrogantes como: ¿es idóneo el derecho para prevenir o bien para disminuir la violencia doméstica?, ¿qué tipo de intervención es la más adecuada y para qué fines?, ¿qué tipo de procedimiento es más idóneo para conocer de estas conductas, el civil, el penal?, ¿qué tipo de respuestas procesales protegen mejor los derechos de las mujeres víctimas? Ya en el sistema penal, ¿qué tipo de sanción es la más adecuada: prisión, medidas alternativas a la prisión, salidas alternativas al procedimiento, mediación?, ¿tiene la víctima el derecho a reparación?, ¿qué valor debe tener la voluntad de la víctima en las decisiones que tomen los fiscales en el desarrollo del proceso? Y en el sistema civil ¿qué tipo de procedimiento es más eficaz y qué tribunal debe conocer de estos casos?, ¿es admisible la mediación en materia de violencia intrafamiliar?, etc.

Este trabajo pretende responder algunas de estas interrogantes y dar luces sobre una discusión necesaria sobre otras, teniendo en vista el desarrollo que ha recorrido nuestra legislación en la última década con respecto a la violencia doméstica y especialmente, en vista a la discusión que actualmente se está llevando en el Parlamento del proyecto

mujeres. Otras, sin embargo, sostienen que es posible rescatar elementos positivos de experiencias legales relativas a la tradición política liberal, pues reconocen que "la retórica de derechos legales tiene un significado tradicional, pero que también es capaz de adquirir nuevos significados, especialmente en lo que respecta al papel protagónico de los nuevos movimientos sociales en el contexto político actual". En este sentido, Olsen, Minow y Herman. Sin embargo, esta posición siempre destaca que la estrategia de derechos para mejorar el estatus social de la mujer es una fuente limitada si no se acompaña de procesos culturales y sociales que aseguren transformaciones en otras áreas, como el trabajo, educación o participación política, todos aspectos fundamentales para mejorar la situación de las mujeres en la sociedad. Ver Margarita Puerto Gómez, *Necesidades, Tiempos y Realidades. Estudio exploratorio sobre la aplicación de la Ley de Violencia Doméstica en Honduras*, OFALAM, Honduras, febrero de 2002, pp. 19-20.

de ley (en adelante el Proyecto)<sup>2</sup> que sustituirá la actual Ley 19.325 (en adelante Ley de Violencia Intrafamiliar)<sup>3</sup> que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar. En particular me interesa destacar que la falta de diálogo entre los diferentes actores que intervienen en el diseño y aplicación de estas políticas imposibilitan un acertado diagnóstico y, como consecuencia, un buen resultado.

Centraré mi atención más específicamente en el análisis de aspectos procesales del proyecto, tanto en el procedimiento civil, que tiene lugar cuando se produce una agresión que no constituye un delito, y el penal, esto es, cuando el acto de violencia intrafamiliar es constitutivo de delito, y sobre todo en las implicancias que tendría la creación del delito de violencia intrafamiliar, tal como se contempla en la propuesta

<sup>2</sup> El 7 de abril de 1999 las diputadas María Antonieta Saa y Adriana Muñoz ingresan a través de una moción parlamentaria un proyecto del ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.325 (Boletín 2318-18). Posteriormente, con fecha 30 de agosto de 2001, antes de que se iniciara el tratamiento de la moción por la Comisión de Familia, el Presidente de la República formuló una indicación sustitutiva total del articulado, la que no se limitaba solamente a la reforma de ciertas normas como estaba planteado en la moción original. Esta indicación también pretendía modificar la Ley N° 16.618, sobre menores, con el objeto de someter los casos de maltrato infantil en el ámbito de la violencia intrafamiliar a las disposiciones de esta nueva legislación. La Comisión de Familia de la Cámara de Diputados ha emitido dos Informes, con fecha 12 de junio y 6 de agosto de 2003 y la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia emitió un Informe complementario el 29 de octubre de 2003. A estas alturas, sin embargo, se excluyeron de la discusión de este proyecto de ley las normas relativas a la competencia y procedimiento y las medidas judiciales de protección (correspondientes a los párrafos 2 y 3), pues el Ejecutivo estimó que para evitar una discusión paralela, estas normas debían ser discutidas durante la tramitación del proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, tribunales que serán competentes para conocer de algunas de las conductas contempladas en la ley de violencia intrafamiliar. Por lo tanto, actualmente, la Cámara se encuentra discutiendo los párrafos 1°, "De la violencia intrafamiliar", 4°, "De las responsabilidades y sanciones" y 5°, "Disposiciones generales".

<sup>3</sup> La Ley 19.325 entró en vigencia en agosto de 1994.

del Ejecutivo. Por otra parte, me interesa revisar la postura que proviene de ciertos sectores del movimiento de mujeres en cuanto excluyen la mediación como una vía posible de solución de estos conflictos en el ámbito civil, y también, los tienden a excluir en el ámbito penal.

Desde mi perspectiva, existen fuertes fundamentos para sostener que el camino de la criminalización de estas conductas, así como el aumento de las penas, como de limitar todos los medios alternativos o quizá más pacíficos de resolución de conflictos cuando se trata de violencia doméstica, no es ni teóricamente siempre la más correcta ni prácticamente la más eficiente o eficaz para enfrentar el problema. Por el contrario, estimo que una apelación irreflexiva a la "mano dura", en desconocimiento de los efectos prácticos que ello conlleva, termina a veces perjudicando los derechos de las mujeres envueltas en este conflicto, pues se la sigue postergando en aquello que parecería ser lo mínimo que tendría derecho a reclamar del sistema judicial: recibir una adecuada reparación, pero también, que su voz sea oída y tomada en consideración en cuanto al curso del procedimiento.

## II. DE CÓMO SE HA HECHO CARGO LA LEGISLACIÓN CHILENA DE LA VIOLENCIA EJERCIDA EN CONTRA DE LAS MUJERES

En la actualidad, a nivel internacional, existe consenso en que la violencia en contra de la mujer constituye una forma de discriminación y una manifestación de subordinación de un grupo de individuos, las mujeres, por el solo hecho de ser tales<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> El Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha subrayado este punto. Ver Párrafo 6, Recomendación General N° 19 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 11ª Sesión, 1992, UN Doc.A/47/38.

La Conferencia de Derechos Humanos de Viena, en 1993, se levantó en torno a visibilizar la violencia de las mujeres como una violación a sus derechos humanos y las posteriores Conferencias Internacionales han reafirmado el carácter de violación a los derechos a la integridad física y síquica de las personas sometidas a violencia en el ámbito familiar<sup>5</sup>.

A nivel regional, la adopción de la Convención para la Prevención, Erradicación y Sanción de todas las Formas de Violencia contra de la Mujer o Convención de Belém do Pará (en adelante la Convención) es una manifestación de ese consenso. Este instrumento<sup>6</sup> establece que la violencia contra la mujer consiste en "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" (Arts. 1 y 2). Es relevante, además, la declaración que hace la Convención mediante la cual reconoce que no basta la mera dictación de normas para afrontar el problema, sino que existe la necesidad de promover cambios culturales para alcanzar ese objetivo (Arts. 6 y 7 b). Con ello, se pone el acento en el aspecto social de las conductas de violencia doméstica, básicamente en lo referido a consideraciones culturales sobre el rol que la mujer debe desempeñar en la sociedad, el cual tradicionalmente ha relegado las

<sup>5</sup> En el mismo sentido, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Violencia contra la Mujer en su Informe a la Comisión de Derechos Humanos señaló, en cuanto a que la violencia en contra de la mujer es una manifestación de desigualdades históricas y de ideologías que justifican la violencia o la perpetúan, basadas en nociones de identidad masculina en que se equipara la masculinidad con la facultad de ejercer poder sobre otras personas, en especial las mujeres y los niños. Ver Párrafos 49 y 64, Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, Informe Preliminar, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1995, 42, 22 noviembre 1994.

<sup>6</sup> La Convención fue aprobada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994 y luego ratificada ese mismo año por nuestro país. Se encuentra vigente desde el 11 de noviembre de 1998, fecha en que fue publicada en el Diario Oficial.

transgresiones a la integridad síquica o física que ocurren al interior de la familia a un espacio ajeno a la intervención estatal.

En cuanto a los procedimientos judiciales establecidos para resolver este tipo de conflictos, la Convención exige que deberán ser justos y eficaces para la mujer que haya sido víctima, lo que incluye un juicio oportuno y el acceso efectivo a los procedimientos. Además, en orden a resguardar la seguridad de la víctima, el Estado debe adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad. Asimismo, establece la obligación de crear mecanismos judiciales y administrativos que aseguren a la mujer el acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño y otros medios de compensación justos y eficaces (Art. 7).

En este contexto, tanto la Ley de Violencia Intrafamiliar, como la Ley que reformó el Código Penal y de Procedimiento Penal en materia de delitos sexuales de 1997, fueron concebidas como un paso adelante en la implementación de medidas tendientes a superar la discriminación de la mujer.

De acuerdo a diferentes estudios, el volumen de casos de violencia contra la mujer en Chile es altísimo. Según estadísticas de denuncias en Carabineros, el año 1995 hubo 32.978 denuncias por violencia intrafamiliar, el año 1997 41.426 y el año 1999 estas se llegaron a 50.362<sup>8</sup>. Del total de denuncias, el porcentaje de mujeres víctimas (adultas) fue, respectivamente, de 91,26%, 93,34% y 92,63%. De acuerdo a estadísticas del Ministerio del Interior correspondientes

al primer trimestre del año 2002, las denuncias por violencia intrafamiliar ocupan el segundo lugar, en orden de importancia, respecto al total de denuncias de los delitos que califica como de mayor connotación social (robo con violencia, robo con fuerza, hurto, lesiones, homicidio y violación). Así, las denuncias por violencia intrafamiliar alcanzan a 110, 6 casos por cada 100 mil habitantes, solo superada por el robo con fuerza, que presenta una tasa de 179,3 denuncias cada 100 mil habitantes<sup>9</sup>.

El año 2001 la Universidad de Chile realizó un estudio, por encargo del SERNAM, el que muestra que en la Región Metropolitana al menos un 50% de las mujeres ha sufrido algún tipo de violencia de pareja y más de un tercio violencia física y sexual. Asimismo, estimó que las mujeres denuncian una situación de violencia, en promedio, después de 7 años<sup>10</sup>.

La Ley de Violencia Intrafamiliar entró en vigencia el año 1994 y fue concebida en su momento como un instrumento necesario para enfrentar el enorme volumen de casos de violencia ocurridos en el país. La competencia para conocer de estos asuntos fue entregada a los tribunales civiles, los que en procedimiento especial, breve y concentrado podían optar por finalizar el caso con una conciliación, o bien, en una sentencia, mediante la cual, si se lograba comprobar la responsabilidad, podía imponer alguna de las siguientes sanciones: Asistencia obligatoria a programas terapéuticos, hasta por seis meses; multa, sustituible por arresto en

<sup>7</sup> La Ley 19.617 entró en vigencia el 12 de julio de 1999.

<sup>8</sup> *Costos psicosociales y económicos de la violencia doméstica y familiar en Chile. Cuadernos de Trabajo*. DOMOS. Iyonne Fernández y María Eugenia Díaz (editoras), Santiago, 2001.

<sup>9</sup> De acuerdo a las mismas estadísticas, el primer semestre del año 2002 presenta la menor tasa de detenciones desde el año 1997. *Informe de estadísticas nacionales sobre denuncias y detenciones por delitos de mayor connotación social y violencia intrafamiliar. Primer trimestre, enero-marzo de 2001*. División de Seguridad Ciudadana, Departamento de Estudios e Informaciones. Ministerio del Interior.

<sup>10</sup> Centro de Análisis de Políticas Públicas de la Universidad de Chile, *Detección y análisis de prevalencia de la violencia intrafamiliar*. SERNAM. Santiago, 2001.



caso de incumplimiento y prisión en cualquiera de sus grados. Además, se contempla la posibilidad de conmutar la pena de multa o prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad. Asimismo, establece una serie de medidas precautorias que podrían ser dispuestas por el tribunal a favor de la víctima.

A menos de diez años de la entrada en vigencia de la ley se han detectado una serie de problemas en su aplicación. Por esta razón, actualmente se encuentra en discusión el proyecto que pretende sustituirla. Se han destacado como aspectos positivos de la ley el hecho de haber establecido claramente una conducta constitutiva de violencia intrafamiliar, la que incluyó en esta la violencia psicológica; el que el Estado haya debido comenzar a invertir en capacitación de sus funcionarios y en programas de atención a víctimas; proporciona un marco básico de seguridad que apela a intervenciones interdisciplinarias; reemplazo de penas cortas privativas de libertad por procedimientos breves; consagración de mecanismos de protección a las víctimas, entre otros<sup>11</sup>.

Sin embargo, la ley ha demostrado tener una serie de falencias y se han registrado graves dificultades en su aplicación. Entre ellas, se aborda con un mismo procedimiento conflictos tan distintos como el maltrato infantil o la violencia contra las mujeres; se ha evidenciado la falta de recursos necesarios para capacitar correctamente a los funcionarios que intervienen en el procedimiento, así como también la falta de especialización de los juzgados civiles para hacer frente a las particularidades que presentan estos conflictos, especialmente teniendo en cuenta que los funcionarios administrativos se hacen cargo de los comparendos. En el plano del procedimien-

to, no se consagra la regla de radicación de estas causas en un tribunal, lo que permitiría hacer un seguimiento más cercano y evitaría la revictimización producto de tener que repetir una y otra vez la historia de violencia; deficiente aplicación de medidas precautorias, por desconocimiento de los tribunales de los factores de riesgo y por ser aplicadas en tiempos inoportunos; la ineficiencia de las sanciones, en especial de las terapias, por falta de seguimiento y, finalmente, el enorme número de casos que terminan en conciliación, la que se lleva adelante sin ningún resguardo para cautelar que la voluntad de la mujer sea libre, pero además, en muchos casos, con acuerdos que reproducen estereotipos de género.

El proyecto del Ejecutivo traslada la competencia para conocer los actos de violencia intrafamiliar a los Tribunales de Familia<sup>12</sup> y establece una serie de modificaciones con respecto al procedimiento que se seguirá ante ellos. Pero además, crea el delito de violencia intrafamiliar, el que será de competencia penal. En la última parte de este trabajo me referiré a algunos aspectos problemáticos que desde mi punto de vista acarrearía la aprobación de ese delito en los términos que se encuentra plantado en el proyecto, además de otras consideraciones respecto al procedimiento especial de violencia intrafamiliar que se será conocido por los Tribunales de Familia.

En lo que sigue, me sitúo en un paso anterior; esto es, pretendo discutir que la tipificación del delito de violencia intrafamiliar sea una medida deseable desde la perspectiva de la efectiva satisfacción de los derechos de las mujeres. Desde mi punto de vista, esta modificación no acarreará una mejora en sus expectativas, y por el contrario, desviarán la atención de las medidas que realmente podrían ofrecer mejores opciones

<sup>11</sup> María Eugenia Díaz, Ivonne Fernández y Lorena Valdebenito, *Violencia Doméstica y Ámbito Local: La Propuesta de Intervención DOMOS*, Santiago, enero de 2002, p. 17.

<sup>12</sup> El proyecto que crea los Tribunales de Familia se encuentra también actualmente en trámite en el Congreso.

para ellas y de paso, con la apelación de ampliación del control penal, contribuirá a la legitimación de un sistema que difícilmente ofrece respuestas a grupos históricamente discriminados por él, como por ejemplo las mujeres.

### III. DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: MÁS CRIMINALIZACIÓN O EL CAMINO FÁCIL

En esta parte pretendo, en primer término, hacerme cargo de ciertas contradicciones que se observan al contrastar una demanda de mayor criminalización frente a las exigencias de un sistema penal democrático, especialmente desde la criminología crítica, y más cuando estas demandas vienen de sectores vinculados al feminismo. Luego, revisaré cuál ha sido y está siendo en la actualidad, particularmente en Chile, el tratamiento del sistema penal de las mujeres víctimas de delitos sexuales y lesiones provocadas en el ámbito de violencia doméstica, a fin de analizar si puede esperarse que en ese espacio las mujeres encontrarán mejores soluciones, reparación o mayores niveles de protección. Finalmente, presentaré alguna experiencia comparada sobre alternativas a la justicia penal tradicional que parecen dar mejores respuestas a las mujeres víctimas de violencia.

Antes que nada, sin embargo, para que quede claro de lo que hablamos, cuando me refiero a que se pretende crear el delito de violencia intrafamiliar, estoy diciendo que ese caso deberá ser investigado por el Ministerio Público, en el marco de un proceso penal. Además, que se trata de una conducta distinta a las lesiones menos graves o graves o cualquier otro delito contra la vida, como también de cualquier delito sexual que esté sancionado en el Código Penal, porque todo ello actualmente ya es de competencia penal. Lo que se hace aquí es tipificar un nuevo delito, el que en el ac-

tual momento del debate parlamentario está concebido en los siguientes términos:

"Artículo 8º.- Delito de violencia intrafamiliar. El que habitual, continua o permanentemente ejerza violencia física, psíquica o sexual, sobre una persona que tenga a su respecto alguna de las calidades referidas en el artículo 2º, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, sin perjuicio de que el hecho revista caracteres de un delito de mayor gravedad.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá por violencia sexual cualquier acto de significación sexual no comprendido en los párrafos 5, 6 y 9 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal, que vulnere la integridad física o psíquica de la víctima"<sup>13</sup>.

Así, si esta misma conducta no ha sido habitual, ni continua, ni permanente, no constituye un delito, y por lo tanto, deberá ser conocida por el juez de familia, en el marco del procedimiento especial de violencia intrafamiliar. Si lo es, pasará a la competencia penal.

#### Sistema penal, mujeres y feminismo: encuentros y desencuentros

Ante todo, debe recordarse que el sistema penal es un instrumento de control social<sup>14</sup>, pero no cualquier medio de control social.

<sup>13</sup> Las personas a que se refiere el artículo 2º son aquellas que tengan respecto del ofensor la calidad de pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta por cuarto grado inclusive, adoptante, adoptado, cónyuge o ex cónyuge. La pena de presidio menor en su grado mínimo a medio va desde 61 días a 3 años de prisión.

<sup>14</sup> Desde una perspectiva criminológica, García Pablos y Kaiser definen control social como "un conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias". En Gema Varona Martínez, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Ed. Comares, Granada, 1998, p. 23.

Así, Mir Puig afirma que, junto a otros, tales como la familia, la escuela o la profesión, el derecho penal constituye un medio de control social, pero a diferencia de los demás que son informales, el derecho penal es altamente formalizado. Por la gravedad de las conductas de las que este se hace cargo y de las sanciones que puede imponer a quienes incurran en ellas, el derecho penal ocupa una posición lo suficientemente importante como para haber sido monopolizado por el Estado, y "por otra parte, constituye una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución Francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano"<sup>15</sup>.

Así entendido, el poder punitivo se ha hecho cargo a lo largo de la historia de intervenir en las relaciones sociales, permitiendo o sancionando las conductas que el Estado considera necesario reproducir o reprimir de acuerdo a los intereses que este profese. Acertadamente desde mi punto de vista, el feminismo ha apuntado a esclarecer que en sociedades patriarcales como las nuestras, el derecho penal ha contribuido a mantener esa estructura social. Así también Zaffaroni, quien señala que el patriarcado es fortalecido históricamente a través del poder punitivo, el que se encarga de subordinar a la mujer "como capítulo indispensable de su disciplinamiento social, corporativo y verticalizante", muy especialmente a través de la imposición de una cierta disciplina sexual<sup>16</sup>.

En este punto, creo que surge una primera contradicción al recurrir al sistema penal demandando más criminalización de la vio-

lencia doméstica. Tradicionalmente desde el feminismo se ha justificado el combate contra de la violencia doméstica, particularmente la conyugal, por ser esta una consecuencia del modelo patriarcal de organización social, el que "se expresa y concretiza en estructuras de poder, caracterizadas por un tipo de relaciones entre los géneros cuyo binomio fundamental es el eje dominación-sumisión"<sup>17</sup>, en el cual el lugar menos privilegiado se lo lleva la mujer.<sup>18</sup> Siendo la familia el núcleo socializador básico, este transmite y recrea valores y pautas de comportamiento, en este caso el uso abusivo del poder, legitimando el uso de la violencia en contra de la mujer. Así, la cultura patriarcal valora positivamente el uso de la violencia "como una forma de relación entre los géneros, entre las generaciones y grupos sociales determinados" lo que la convierte en una cultura sexista, "adultista" y también clasista, pues es generadora de desigualdades y exclusiones sociales<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Díaz, Fernández y Valdebenito, *Violencia Doméstica y Ámbito Local: La Propuesta de Intervención DOMOS*, Santiago, enero de 2002, pp. 25-26.

<sup>18</sup> Al respecto, creo que un buen argumento para afirmar que la violencia doméstica, y particularmente la sexual, es también una manifestación de uso y abuso de poder de un tipo de sociedad que somete a la mujer, es la simple constatación de que la enorme mayoría de víctimas son mujeres, niñas y, aunque en menor medida, niños. Muchas veces se dice "es que la mujer no puede violar". Sin entrar en esa discusión, de todas formas la mujer puede "abusar sexualmente". Digamos que aquí, claramente, su anatomía no se lo impide. Sin embargo, el porcentaje de mujeres perseguidas por la justicia como autoras de este tipo de delitos es ínfimo. ¿Será que solo ellos sufren algún tipo de trastorno psíquico que los hace más proclives a cometer estos delitos? Al parecer no. De acuerdo a estudios realizados por el Centro de Atención a las Víctimas de Abuso Sexual (CAVAS) un alto porcentaje de los agresores no sufre ningún trastorno, y los que algún tipo de patología presentan son personas extrañas a la víctima, desconocidos, los que a su vez representan en total cerca de un 20% de los agresores sexuales. Estudio citado por Lorena Fries y Verónica Matus, "Sexualidad y reproducción, una legislación para el control: el caso Chileno", en *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries (editoras), Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, LOM Ediciones / La Morada, Santiago, septiembre, 1999, p. 696.

<sup>19</sup> Idem p. 25 *Ibidem*.

<sup>15</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. PPU, Barcelona, 1985, p. XXXVI.

<sup>16</sup> Eugenio Zaffaroni, "El discurso feminista y el poder punitivo", en *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, Haydée Birgin compiladora, Colección Mujer y derecho, Ed. Biblos, Buenos Aires, agosto de 2000, p. 19.

Desde mi perspectiva, seguir apelando al incremento del control penal para resolver estos conflictos resulta contradictorio con la negativa valoración que se hacen ciertos sectores del feminismo acerca de la utilización de la violencia como medio de articular relaciones sociales, pues es precisamente a través del derecho penal que el Estado ejerce la más cruda forma de violencia en contra de los ciudadanos para, desde su perspectiva, resolver conflictos<sup>20</sup>. Si se critica ese esquema de relación y de control social, no se puede legitimar la coerción penal apelando indiscriminadamente a ella, pues se caería en el absurdo de apelar a una solución violenta, quizá la más violenta, justamente para eliminar patrones de conducta violenta, perpetuadores de la dominación.

Desde una perspectiva similar, Larrauri señala que exigir más derecho penal conlleva una serie de contradicciones que el feminismo no puede desconocer, pues por una parte se está siendo progresista al exigir penas menos severas o alternativas a la cárcel y, al mismo tiempo, conservadoras al exigir pena de cárcel, condenas más largas o restricción de permisos<sup>21</sup>. Larrauri destaca

<sup>20</sup> Al respecto Maier: "Dentro de ese paroxismo, estimo que lo único rescatable son los esfuerzos de algunos por atender a los conflictos sociales, que inevitablemente ocurren en una sociedad, prescindiendo de la violencia, que no por ser estatal y legitimada por el orden jurídico deja de ser desarrollo de la violencia como método de solución de esos conflictos. En efecto, la pena estatal constituye el máximo desarrollo de la violencia autorizado por el orden jurídico y aplicado por funcionarios del Estado facultados para ello. Julio Maier, *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*. Prólogo Julio Maier. Compilación Gabriela Rodríguez Fernández. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. II

<sup>21</sup> Larrauri señala que este comportamiento es sinónimo de una "moralidad selectiva" que no está dispuesta a compartir. A su vez, señala que con ello no quiere sugerir que los hombres estén exentos de la misma crítica, más aún, señala que es "irritante" asistir a un desmedido proceso de ampliación penal en numerosos ámbitos, pero cuando desde ciertos sectores feministas se exige la criminalización de determinadas conductas, se les responde que el derecho penal es *ultima ratio* específicamente en ese caso. Elena Larrauri, "Control Formal... y el derecho penal de las mujeres", en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Elena Larrauri (comp.), Siglo XXI de España Editores, Madrid, abril de 1994, p. 99.

además lo "paradójico" que resulta que algún sector feminista siga exigiendo como respuesta "más de los mismo"<sup>22</sup>.

En un sentido similar, señalan Berjaise y Kool que "si las mujeres, confiando en las declaraciones políticas, deciden cooperar con el gobierno y escoger el sistema penal como un aliado en la lucha contra la violencia sexual, se encontrarán al final de un callejón sin salida... las mujeres no deberían desperdiciar el cambio en la conciencia moral ética que se ha producido en los últimos años confiando en el sistema penal, ya que este ha probado ser una apariencia engañosa"<sup>23</sup>.

Ahora bien, desde las teorías de los fines de la pena, específicamente desde la prevención general, se ha justificado que la amenaza de la pena podría operar como un disuasivo a la comisión de estas conductas. Sin embargo, la criminología moderna ha demostrado que no existe ningún vínculo comprobable entre el aumento de las penas o la creación de delitos y la disminución de las conductas. En este sentido Landarrat, quien sostiene "(l)a afirmación de que el derecho penal tiene por función motivar comportamientos es una ficción del discurso de justificación. Es tan ilusorio pensar que una vez sancionada una ley penal la gente se abstendrá de cometer delitos, como suponer que una mayor punición o la ampliación indiscriminada del catálogo de conductas prohibidas implicará un cambio de las pautas culturales de corte machista"<sup>24</sup>.

Un buen ejemplo de ello es justamente la punición del aborto, el que se encuentra

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> Jolande Uit Beijerse y René Kool, "La tentación del sistema penal", en *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Elena Larrauri (comp.), Siglo XXI de España Editores, Madrid, abril de 1994, p. 162.

<sup>24</sup> Lucila Landarrat, "Control social, derecho penal y género", en *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho penal*, Haydée Birgin compiladora, Colección Mujer y derecho, Ed. Biblos, Buenos Aires, agosto de 2000, p. 104.

sancionado criminalmente en nuestro país bajo cualquier circunstancia, situación que no ha incidido nunca en la inhibición de la conducta. Por el contrario, las cifras de aborto se incrementan año a año y, lo que es más grave, lo único que se consigue es perpetuar la discriminación de las mujeres más pobres, quienes deben arriesgarse a la intervención en condiciones mínimas de salubridad, que muchas veces las exponen a la muerte o a severas secuelas. Pero además, siendo el sistema penal discriminatoriamente selectivo, las mujeres que cuentan con recursos económicos pueden practicar un aborto en una clínica privada en la más completa impunidad, mientras que una mujer de escasos recursos puede llegar con complicaciones a un hospital público y ser denunciada ante la justicia.

Pero aún compartiendo que existen problemas a la hora de reclamar la intervención penal, podría sostenerse que si bien el sistema penal no es el único mecanismo para enfrentar la violencia doméstica, es uno más y vale la pena ocuparlo tanto en cuanto sea posible. Yo no comparto esa tesis. Con ello no quiero decir que no crea que existen conductas que deban ser sancionadas penalmente. Mientras tengamos sistema penal, no es necesariamente acertado excluir todas aquellas conductas que afecten a un grupo, especialmente a uno tan vulnerado, de esa protección. De hecho, con la legislación actual, todas las conductas que tengan por resultado una lesión grave o menos grave, así como el homicidio o las amenazas están sancionadas penalmente.

Lo que hay que hacer ahí, creo yo, es abogar porque ese sistema se aplique lo más equitativamente posible respecto de todas las víctimas. Como también, ir pensando en soluciones más adecuadas para que todos los intervinientes saquen algo provechoso de él.

Lo que cuestiono es que se demande la ampliación de ese sistema, especialmente de la

imposición de penas privativas de libertad, a más y más conductas, en la ingenua, o peor aún, consciente ilusión de que ahí las mujeres, cada una de las víctimas, puedan sacar algún provecho de ello. Nada obsta, incluso, a que se apele, tácticamente si se quiere, en algún momento al poder punitivo. El punto es que hay que saber evaluar cuando "el remedio va a ser peor que la enfermedad". En este sentido, de acuerdo a nuestra experiencia, en la mayoría de los casos el remedio penal muchas veces agrava la enfermedad cuando se trata de mujeres víctimas, incluso cuando se trata de delitos graves. Otras veces se conforma con no hacerle daño, pero no la sana. ¿Cómo podemos poner entonces la esperanza en que el sistema penal vaya a ser idóneo para resolver conflictos que por la baja penalidad asignada, o por los prejuicios de quienes intervendrán en el proceso, van a ser catalogados de "menor importancia", o de "difícil comprobación"?

Creo que hay razones para pensar que cuando se trata de incorporar un delito con las características del delito de violencia intrafamiliar propuesto por el Ejecutivo, atendiendo a nuestra realidad, especialmente teniendo en cuenta la creación de tribunales especializados, como los de familia, que incorporarán un tratamiento interdisciplinario de los asuntos de que conozcan, la estrategia no es la más acertada y la balanza no se inclinará a favor de la protección de los derechos de las mujeres. Al contrario, y tal como sostiene Zaffaroni, estas reformas pueden ser consideradas como "la trampa y la burla que la sociedad jerarquizante le tiende a esos discursos (refiriéndose a los discursos antidiscriminatorios): los incorpora, se limita a reconocerlos, los usa para legitimar su poder punitivo y los neutraliza en su potencial transformador. En el mejor de los casos les otorga el diploma de víctimas a algunos pocos y el resto sigue como siempre"<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Zaffaroni, *op. cit.* p. 36.

A mi entender, esta petición carece de fundamento en el efectivo ejercicio de los derechos de una mujer que ha sido víctima de agresiones de parte de su pareja. La solución penal, como se ve en el apartado siguiente, no tiene muchas posibilidades en la práctica de entregarle mejores soluciones que las civiles, por lo que más bien tiendo a pensar que aquí también se ha instalado la que ya se ha convertido en la más sólida política criminal de los últimos años, esto es, la fuga hacia la criminalización (inflación penal), orientada a la venta de "ilusio- nes penales" ante la incapacidad del Estado de operar soluciones verdaderas a los conflictos sociales.

Recurrir al derecho penal en orden a mejorar las condiciones de "las mujeres", desconociendo los límites del sistema penal para resolver estos conflictos, me parece una salida que no se condice con una efectiva atención a la satisfacción de los intereses de las mujeres víctimas.

Ello sin siquiera adentrarse en la discusión acerca de si esas mujeres en verdad quieren que alguien haga ese tipo de lucha por ellas, o si ellas consideran que el camino del mayor rigor penal es el que preferirían. Según Landarrat, la apelación de ciertos grupos a una "categoría de mujer a ser protegida" trasunta a veces posiciones "maternalistas" en cuanto "dejan de lado a la mujer como sujeto único y particular, y construyen, en cambio, un mero concepto genérico, que abarcaría a toda las mujeres" arrogándose la facultad de tutelar y decidir por el conjunto, "lo que implica considerar a las mujeres como incapaces por las cuales hay que decidir"<sup>26</sup>. En el mismo sentido Smart, quien señala: "(e)l movimiento para

usar el derecho para las "mujeres" choca con el reconocimiento reciente que se ha dado en la teoría feminista, y que deriva de otras disciplinas, de que invocar irreflexivamente una categoría de Mujer, presumiendo que ello representa a todas las mujeres, es una estrategia excluyente"<sup>27</sup>.

No comparto, por eso, la posición de Smaus quien "(r)evindica el uso del derecho penal como un mecanismo para dar a conocer y problematizar la cuestión de la violencia contra las mujeres, aun a costa de los "efectos secundarios" de la aplicación del derecho penal"<sup>28</sup>.

### **La (no siempre feliz) historia de las (mujeres) víctimas de delitos en el sistema penal**

Pero si se propone el camino de criminalizar el maltrato intrafamiliar, especialmente teniendo en mente aquel del cual la mujer es objeto, más vale hacer un repaso previo por los caminos que ha recorrido la justicia criminal, en los hechos, respecto a ellas como víctimas, a fin de hacer una evaluación certera sobre los beneficios y peligros que ello encierra.

Creo que tres razones se suman, al menos, para explicar los magros resultados que ha prestado la justicia penal a la hora de resguardar los derechos de las mujeres víctimas de delitos: al que ya aludí en la sección anterior, esto es, el sistema penal como medio de control social reproductor de los valores sustentados por la sociedad patriarcal; la "expropiación del conflicto" de las víctimas de

<sup>26</sup> Landarrat *op. cit.* p. 105. Agrega además que "Así, quienes se encuentran en esta posición peticionan y deciden en nombre de esta mujer genérica y sustituyen o contradicen la voluntad de la titular del conflicto en aras de una 'tuteia' basada en valores pertenecientes, en general, a una profesional de clase media".

<sup>27</sup> Carol Smart, "La mujer del discurso jurídico", en *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Elena Larrauri (comp.), Siglo XXI de España Editores, Madrid, abril de 1994, p. 169.

<sup>28</sup> Ver Marcela Rodríguez, "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas", en *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho penal*, Haydée Birgin compiladora, Colección Mujer y derecho, Ed. Biblos, Buenos Aires, agosto de 2000, p. 143.

delitos por parte del Estado; y, finalmente, el escaso lugar que han tenido dentro del sistema penal las soluciones orientadas a la reparación, o bien, la unidireccionalidad de la respuesta penal: la cárcel.

En cuanto al primero, existe una gran cantidad de literatura feminista que ha criticado reiteradamente el tratamiento de la mujer por el sistema penal. Larrauri señala que tres han sido tradicionalmente las críticas de los estudios feministas al derecho penal: i) la deficiente regulación que hace la ley penal de los delitos en que las mujeres son víctimas, b) la insuficiencia de tipos penales que protejan a la mujer y c) la irregular aplicación (o inaplicación) de los tribunales de determinados delitos contra las mujeres<sup>29</sup>. Así, se ha sostenido que el Código Penal ha tendido a resguardar con la regulación de delitos sexuales, valores tales como la "honestidad" de la mujer, en vez de amparar el verdadero bien jurídico afectado cual es la libertad sexual<sup>30</sup>, o bien, que el delito de violación no cubre todas las conductas que debiera (en un comienzo solo la penetración vaginal, luego la anal y bucal, y aún no, al menos en Chile, la que se realiza mediante objetos), el hecho de que el perdón del ofendido constituya una causa de extinción de la responsabilidad penal, etc. Se ha criticado, por su parte, la criminalización del aborto, pues atentaría, entre otras razones, contra la autonomía de la mujer y sus derechos reproductivos, así como la rebaja de pena en consideración al aborto *honoris causa*, pues reproduciría estereotipos sociales de discriminación<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> *Op. cit.* p. 93.

<sup>30</sup> A este respecto es curioso que tras el largo debate acerca de las modificaciones al Código Penal en 1999 acerca, precisamente, de la necesidad de reformular esa legislación en orden a resguardar la libertad sexual, el Título VII que contiene toda esa regulación siga encabezándose como: Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública.

<sup>31</sup> Respecto a este punto se ha registrado un debate acerca de lo que se ha denominado "el derecho (penal) de la igualdad" frente al "derecho (penal) de la diferen-

En tanto, la aplicación del derecho que hacen los jueces cuando se trata de mujeres y el trato que estas reciben del sistema penal también ha sido objeto de críticas. Así, especialmente tratándose de delitos sexuales o de violencia ocurrida al interior de la familia, en todos los sistemas se repiten las quejas sobre el desempeño de los operadores, desde la policía y el personal médico, hasta el ministerio público. La mujer sufre, además de ser víctima del delito, una nueva victimización cuando lo denuncia: se trata de una victimización secundaria, un segundo castigo que se suma al primero producido por la agresión. Pero no es solo un tema de trato, los fiscales tienden a descreer de las versiones de las víctimas o no se sienten seguros con las pruebas que arroja un delito "difícil de probar" como un abuso sexual, por ejemplo.

Cuando se trata de mujeres, la víctima generalmente es tomada en cuenta y su denuncia es percibida como real y en consecuencia se hace merecedora de protección, en la medida en que se conforme a los patrones socioculturales de superioridad mo-

---

cia", apuntando a las conveniencias y riesgos de asumir una u otra posición en relación a la regulación de la situación de la mujer por el derecho, aquí en el derecho penal. La perspectiva de la igualdad, por una parte, encierra riesgos de invisibilizar las particularidades de género que existen ya en la tipificación de las normas, ya en su aplicación. Además, desde esta perspectiva, en aras de eliminar estereotipos, a veces se empeora de manera grave la situación de la mujer, como es el caso de la reciente modificación del Código Penal Argentino, que en virtud de este tipo de consideraciones, eliminó la figura privilegiada de infanticidio cuando era perpetrado por la madre, ya que el tipo aludía al móvil de "ocultar su deshonra", o a que se encontrara "bajo la influencia del estado puerperal". Así, en aras de eliminar el lenguaje sexista, sin pensar en las consecuencias prácticas que dicha reforma acarrearía, la mujer ahora responde como parricida, con la pena de presidio perpetuo (la figura privilegiada sancionaba a la mujer con la pena de reclusión hasta tres años). Por su parte, el derecho de la diferencia acarrea el riesgo de seguir presentando a la mujer como un sujeto distinto, merecedor de un trato especial. Al respecto Larrauri, *op. cit.* p. 100.

ral que se le atribuye a las mujeres<sup>32</sup>. Así, es frecuente que el centro del debate se traslade a la credibilidad de la víctima, desplazando el referido a la comisión del delito<sup>33</sup>.

Los jueces, por su parte, no han estado ajenos a críticas. Por ejemplo, se han denunciado los restrictivos criterios judiciales para evaluar la "actualidad de la agresión" cuando se trata de esgrimir, como causal de justificación, la legítima defensa de una mujer que mata a su pareja que la ha agredido habitualmente por años, o el estándar de miedo insuperable, o bien, el diferente trato que, justificados en estereotipos de género, reciben las mujeres frente a los hombres cuando se trata de determinados delitos. Sobre este punto, una investigación llevada adelante en España sobre el delito de parricidio demostró que la mujer que mata al marido recibe más pena que a la inversa y que la que mata a una hija recién nacida también recibe más pena que el marido que mata a su mujer. Ello, de acuerdo a la investigación, porque si bien las atenuantes y agravantes están planteadas de manera neutra en el Código, ellas se aplican de acuerdo al comportamiento que les

es exigido a hombres y mujeres, el que no es siempre el mismo. Así, la infidelidad de la mujer, o su negativa a mantener relaciones sexuales dan al marido razones para justificar su acto, y permiten al juez apreciar la "racionalidad de su acción", lo que no ocurre generalmente con las mujeres. Por el contrario, cuando se trata de una mujer que mata a su hijo recién nacido, siendo esta madre soltera o llevando una vida "no convencional", se le atribuyen "móviles egoístas" que la excluyen de las hipótesis de la figura privilegiada del infanticidio, y además se les atribuyen las agravantes de alevosía, en atención a la edad de la víctima, o premeditación, pues ha estado nueve meses embarazada<sup>34</sup>.

En Chile, por su parte, el sistema de justicia penal, cuando se trata de mujeres, no lo ha hecho mejor y justamente en este tipo de consideraciones se han basado los sectores que han demandado la despenalización del aborto o la reforma al Código Penal en materia de delitos sexuales.

En cuanto a lo último, el año 1999, mediante la Ley 19.617, se introdujeron una serie de modificaciones al Código Penal<sup>35</sup>. Estas respondían a las demandas del movimiento de mujeres que constataban por ejemplo que en Chile, "las leyes matrimoniales y las leyes de violación se entrelazaban a partir de la figura del varón, dueño y jefe de fa-

<sup>32</sup> Mary White Stewart, Shirley A. Dobbin, And Sophia Gatowsky, "Real Rapes" and "real Victims" *The Shared Reliance on Common Cultural Definitions of Rape*, *Feminist Legal Studies* Vol. IV N° 2, 1996. En América Latina, el estudio de Demus, *Agresiones Sexuales contra Mujeres. ¿Responsabilidades Compartidas?*, Lima, 1997 e Yván Montoya, "Ejercicio Público de la Acción Penal: la Tutela Procesal de la Víctima en los Delitos Sexuales", en *Problemas Actuales de la Administración de Justicia en los Delitos Sexuales*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, pp. 249-269.

<sup>33</sup> Stewart *et al.* y Demus, *op. cit.* Aquí se cita un estudio que revisó la situación de las mujeres en el sistema penal canadiense, el que no solo mostró que había prejuicio entre la policía, los jueces y los fiscales sino también entre la comunidad médica que realizaba las pericias forenses en estas materias. Dos estudios realizados con los registros de denuncias por violación pudieron demostrar que la policía seleccionaba los casos de acuerdo a sus propios parámetros de denuncia 'fundada' o 'infundada'. Marilyn Stanley, *The Experience of the rape victim with the criminal justice system prior to Bill C-127*. Report N° 1. Department of Justice, Programs and Research Section. Minister of Supply and Services Canada. Ottawa. 1987.

<sup>34</sup> El estudio fue realizado en 1988 por el Ministerio de la Cultura, Instituto de la Mujer, España, por Concepción Fernández, Ana Inés Fernández y Paloma Orts. Ver Larrauri, *op. cit.* p. 104.

<sup>35</sup> Entre otras, se modificó el delito de violación en cuanto el sujeto activo y pasivo puede ser un hombre o una mujer; se terminó con el verbo rector "yacer", que tradicionalmente fue interpretado por la jurisprudencia como la penetración vaginal del hombre a la mujer, por el de "acceso carnal vaginal, anal o bucal"; de derogó el delito de abuso deshonesto, y se crea el de abuso sexual; se terminó con el perdón de la ofendida como causal de extinción de responsabilidad. En el plano procesal, a su vez, se instauró la persecución penal pública y se amplió el valor probatorio de cualquier pericia médica.



milia<sup>36</sup>, por lo cual, por ejemplo, no se consideraba la tipificación de la violación entre cónyuges. Las mismas constataciones se hacían sobre la jurisprudencia. Así, un estudio realizado por la Corporación de Desarrollo de la Mujer La Morada recogió testimonios de jueces como los que siguen: "(l)a víctima incita al violador, es el amigo y aceptaron tener relaciones sexuales y después le explican a los padres que fue violación. A veces la mujer es provocadora", o "(l)a mujer es víctima, aunque no tanto porque ahora es difícil establecer si la mujer incitó, las niñas ahora son más provocativas, resulta fácil abordar al hombre"<sup>37</sup>.

A cuatro años de la puesta en marcha de la reforma no se cuenta con evaluaciones que permitan saber si esta ha redundado en una persecución más eficiente, o bien, más respetuosa de los derechos de las mujeres. Lo que sí existe es la estadística judicial de condenas por delitos sexuales desde el año 1990 al 2001, la que se presenta en la siguiente Tabla:

**Total nacional de condenas por delitos sexuales<sup>38</sup>**

Año	N° de condenas
1990	560
1991	555
1992	538
1993	620
1994	674
1995	751
1996	790
1997	804
1998	906
1999	907
2000	774
2001	786

Fuente: Anuarios de Justicia

<sup>36</sup> Lorena Fries y Verónica Matus, *op. cit.* pp. 692-693.

<sup>37</sup> Lorena Fries y Verónica Matus, *La Ley hace el delito*, Lom Ediciones-La Morada, Santiago, enero 2000, pp. 65-70.

<sup>38</sup> Lidia Casas y Alejandra Mera, *Violencia de género y Reforma Procesal Penal chilena*.

Esta caída en cuanto al número de condenas desde el año 1998 cuestiona los objetivos esperados con la reforma al Código Penal y de Procedimiento Penal del año 1999, al menos en el aspecto de mejorar el rendimiento de las investigaciones criminales. Este fue precisamente uno de los objetivos de esa reforma, y entre las medidas orientadas a ello, por ejemplo, se estableció la validez probatoria de todas las pericias médicas efectuadas a la víctima, las que anteriormente estaban restringidas a las efectuadas por el Instituto Médico Legal. Sin embargo, en un estudio realizado sobre el impacto de la reforma procesal penal durante sus tres primeros años de implementación (2000-003) en Chile en materia de delitos sexuales y delitos cometidos en el marco de violencia intrafamiliar<sup>39</sup>, se entrevistó a médicos de los servicios públicos de salud, médicos del SML y también a fiscales sobre este punto, y la mayoría coincidió en que esta reforma del Código Penal y Código de Procedimiento Penal no ha producido ningún efecto en el sistema inquisitivo porque no ha sido acompañada de recursos ni capacitación al respecto. Es más, y por las características del sistema reformado, que demanda la presencia del médico que efectuó el informe en el juicio oral, esta situación se habría agravado con la entrada en vigencia de la reforma, ya que al resistirse los médicos a ir como peritos a juicio, o bien intentan soslayar su obligación de atender a víctimas de estos delitos

<sup>39</sup> Lidia Casas y Alejandra Mera, *Violencia de género y Reforma Procesal Penal chilena*. Esta investigación fue financiada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y la Universidad Diego Portales y tuvo por objeto evaluar los resultados de la reforma procesal penal en delitos en que las mujeres son fundamentalmente víctimas, en las regiones comprendidas en las dos primeras etapas de implementación de la Reforma, esto es, las regiones II, III, IV, VII y IX. Con ese objeto se llevaron a cabo más de 80 entrevistas en diferentes localidades de las regiones, las que siempre involucraron a fiscales, jueces de garantía, profesionales de las Unidades Regionales de atención a víctimas y testigos del Ministerio Público, Carabineros, Policía de Investigaciones, profesionales de los hospitales de urgencia y médicos del Servicio Médico Legal. Actualmente se encuentra en su última revisión para su posterior publicación.

en servicios de urgencia, u obligan al ministerio público a solicitar un segundo peritaje al SML por la mala calidad de los informes evacuados<sup>40</sup>.

Por otra parte, no existen estadísticas que permitan saber si por ejemplo, con la tipificación expresa en el Código Penal del delito de violación entre cónyuges, las denuncias han aumentado. Sin embargo, de acuerdo a entrevistas realizadas durante la misma investigación sobre el impacto de la reforma en estos delitos, tanto policías como fiscales y jueces de garantía señalaron que no percibían un aumento, ni a propósito de la reforma del Código Penal, ni luego de la implementación de la reforma<sup>41</sup>.

Así, desde mi perspectiva, es claro que una reforma legal como esta no incide necesariamente en mejores resultados para las víctimas, no rompe necesariamente con estereotipos ni fomenta la denuncia e investigación de estos delitos. Antes bien, a lo que hay que atender es a exigir una implementación de políticas complejas, como las que prometía el Ejecutivo en el mensaje con que presenta al proyecto de ley que reforma el Código Penal, para tener una expectativa cierta de obtener mejores resultados. Por lo demás, sin una constante evaluación de las repercusiones que logran las reformas legales, evaluación que no se ha llevado a cabo en esta materia, es imposible detectar los problemas para corregirlos, como tampoco identificar los aciertos, para fomentarlos y expandirlos.

La reforma procesal penal en Chile, sin duda, se ha convertido en la política pública más cara y compleja del sector justicia en muchos años. Por ello, y por su promesa de más eficiencia, pero también la de mejorar el trato y comenzar a devolver el lugar que les corresponde a los intervinientes en el proce-

so (como los directamente involucrados en el conflicto), es interesante revisar cuál es la situación de las mujeres víctimas en estos tres primeros años de implementación. Asimismo, ello también dará luces para evaluar si la decisión de crear un nuevo delito de violencia intrafamiliar pueda tener un fundamento en las mejores posibilidades que eventualmente pudiera ofrecer el sistema.

Sin duda que el nuevo sistema avanza con respecto al inquisitivo en ofrecer un mejor escenario para las víctimas de delitos en general, y también para las mujeres víctimas en particular. Así, por mencionar algunos ejemplos, instituciones completas dedicadas a su apoyo y protección, aunque siempre dentro de un esquema de apoyo a la persecución fiscal, como la Unidad Nacional de Atención a Víctimas y Testigos y sus respectivas Unidades Regionales aparecen con la reforma. Lo mismo sucede con una serie de medidas de protección que pueden implementar tanto jueces, como fiscales y unidades de atención a víctimas. Otro aspecto digno de destacarse es la celeridad de los procesos, en el entendido de que un proceso largo sigue vulnerando los derechos de todos los que intervienen en él<sup>42</sup>.

¿Pero cuánto, sin embargo, es lo que avanza esta reforma respecto de las mujeres, especialmente adultas, que son objeto de violencia física, psicológica o sexual de sus parejas? Ahí, al parecer, siguen registrándose problemas que no hacen más que reflejar la cultura de estereotipos de la que hemos venido hablando. De hecho, el sistema no produce estadísticas que hagan posible saber cuál es el porcentaje de delitos sexuales o de lesiones que se producen al interior de la familia, o producto de relaciones entre cónyuges o convivientes, con lo que lo invisibiliza el tema al interior del sistema, lo que dificulta la implementación de medidas adecuadas para el tratamiento de estos

<sup>40</sup> Lidia Casas y Alejandra Mera, *Violencia de género y Reforma Procesal Penal chilena*.

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> Ver *ibidem*.

casos por todas las instituciones que intervinen en el proceso.

### Reforma procesal penal y delitos sexuales

En lo que se refiere a delitos sexuales, tanto el Ministerio Público como las policías han implementado esfuerzos para llevar adelante una persecución acorde con las particularidades de este tipo de delitos. Existen fiscales especializados en la persecución de delitos sexuales y también, especialmente en Investigaciones, Brigadas de delitos sexuales. Sin embargo, la gran mayoría de las dificultades que se han registrado dicen relación con víctimas mujeres adultas, las que son cuestionadas permanentemente y en mucha mayor medida de los y las menores de edad involucrados en estos procesos.

Se detectó además que, en oportunidades, los fiscales se limitan de seguir adelante con las investigaciones, precisamente por consideraciones que reflejan prejuicios de género. Así, por ejemplo, una de las razones que explican la escasa realización de juicios orales en general, no solo en estos delitos, es que los fiscales parecen estar llevando a juicio oral solamente aquellos casos en que consideran que existe la certeza de obtener una condena. El problema es que cuando se trata de delitos sexuales, por las características de su comisión, nunca constituyen un caso a ser ganado con certeza, y especialmente cuando se trata de violencia doméstica, ya que es muy común que las mujeres se arrepientan de la denuncia durante el curso del proceso y sin el testimonio de la víctima es muy difícil ir a juicio. Esta situación genera resistencias de parte de los fiscales para seguir adelante en estos casos.

Otro tanto sucede con el tema de la credibilidad de la víctima<sup>43</sup>. Aquí también se cons-

<sup>43</sup> Marcela Rodríguez, citando a Susan Brownmiller, evidencia la particular situación de las mujeres acerca de la credibilidad de sus relatos cuando se trata de delitos sexuales, haciendo la comparación con lo que sucede

tató que cuando se trata de víctimas mujeres, y más mientras mayores son, aumentan los cuestionamientos sobre la veracidad de su relato<sup>44</sup>. Ello, sin siquiera tomar en cuenta el hecho de que el informe psicológico sobre la credibilidad de la víctima es un elemento fundamental para la convicción del tribunal oral, el que se exige en la totalidad de los procesos.

Estas situaciones son conflictivas ya que muchas veces redundan en la impunidad de las conductas, pero además porque tradicionalmente reacciones como estas, de desconfianza, han repercutido en que las víctimas se inhiban de denunciar atentados sexuales. Así, en la medida de que estos comportamientos se perpetúen, es probable que la inhibición también continúe y la enorme cifra negra que existe en la denuncia de estos delitos se mantenga.

Otro tanto sucede con los peritajes de los médicos de los servicios públicos. En pri-

---

con una víctima de robo. Así, cuando se trata de un robo, nunca se pone en duda que la víctima haya opuesto resistencia, ni se infiere del hecho de haber entregado el dinero que ha consentido en el acto y, por lo tanto, no se ha cometido un crimen. "En realidad, la policía habitualmente aconseja a los ciudadanos no resistirse a un robo sino esperar pacientemente" hasta poder hacer la denuncia. En esos casos, la ley presume "altamente improbable que la gente se desprenda de su dinero voluntariamente y considera que nadie se somete de manera voluntaria a sufrir daños corporales y daños permanentes. En cambio, en un ataque sexual, incluso cuando hay señas físicas de violencia, el relato de la víctima suele ser cuestionado y las suposiciones se invierten. Marcela Rodríguez, *op. cit.* p. 104.

<sup>44</sup> "En este sentido, tres fiscales señalaron en una entrevista, frente a la pregunta sobre criterios de selección de casos, que es determinante, al momento de seguir con un caso, atender a cómo razona el tribunal, "Si es un tribunal difícil, la experiencia práctica determina si seguir o no. El criterio del tribunal dice relación con la valoración del relato cuando es una niña o un niño. Este relato tiene más llegada entre los jueces, pero si existe alcohol en el caso de las niñas, de las adolescentes, la posibilidad de que el caso llegue lejos por la credibilidad de la víctima es escaso". Una fiscal de otra localidad agrega "Le damos más vuelta al asunto cuando son adultas, sin necesariamente pensar que hay mentiras, tratamos de contextualizarlo, hay veces que no sabemos si el tipo era su ex pareja". Lidia Casas y Alejandra Mera, *op. cit.*

mer término, porque existe una importante resistencia gremial de involucrarse en la reforma, en abierto desconocimiento de sus obligaciones legales como funcionarios públicos. En segundo término, porque cuando lo hacen, se ha detectado que, en la misma tónica de las apreciaciones de todos los actores del sistema, tienden a sobrevalorar las lesiones de los niños y niñas, pero una vez que se trata de mujeres ocurre exactamente el fenómeno contrario, esto es, los informes periciales subregistran lesiones cuando la víctima es una adolescente o una mujer adulta. Ello, a su vez, redundará en que la fiscalía no contará con esa prueba, o bien, en que se encargará un nuevo examen al Servicio Médico Legal, esto es, un segundo peritaje, con los costos que ello tiene tanto en mayor victimización de la mujer, como en una pérdida de rastros relevantes, habido el paso del tiempo<sup>45</sup>.

### **Reforma procesal penal y lesiones producto de violencia doméstica**

Ahora bien, cuando se trata de lesiones o amenazas ocurridas en el marco de violencia doméstica, la verdad es que la atención del sistema penal es tan escasa, que ni siquiera se cuenta con la información suficiente para hacer una evaluación más compleja. Lo cierto es que no se sabe cuántas de las lesiones o amenazas que ingresan al sistema corresponden a conflictos familiares, ni menos a mujeres víctimas, ni menos aún a violencia conyugal<sup>46</sup>.

De las impresiones que se recogen en el estudio al que hacemos referencia, sin embargo, constatamos que los fiscales muchas ve-

ces perciben a estos delitos como algo ajeno a la esfera penal y a su competencia, lo que se acentúa por las evidentes dificultades que presenta la persecución penal en materia de violencia intrafamiliar, junto al escepticismo que muchos de los actores tienen con respecto a que la solución penal sea adecuada a la hora de resolver estos conflictos. Esta óptica les permite deshacerse del "cacho" o la "carga" que estos casos representan, de acuerdo a la opinión expresada por muchos de nuestros entrevistados<sup>47</sup>. No hay que olvidar que el sistema procesal penal cuenta con una serie de mecanismos de selección de casos, como el archivo provisional, o el principio de oportunidad, mediante los cuales los fiscales, de manera discrecional, pueden abandonar la investigación cuando estiman que no cuentan con los antecedentes necesarios para sustentarla, o bien, contando con ellos, cuando estimen que el delito no compromete gravemente el interés público y la pena mínima asignada al delito no exceda de presidio menor en su grado mínimo. Si ello ya es problemático en el universo de delitos con mayor penalidad, como las lesiones menos graves y graves, ello presentará aún más complicaciones en delitos, como el de violencia intrafamiliar, que tiene penas más bajas y es eventualmente más difícil de probar.

De acuerdo a las conclusiones del estudio, muchos casos son filtrados o seleccionados actualmente a través de archivos provisionales o incompetencia. Ello se desprende de las entrevistas con los fiscales y también con los jueces de garantía<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Lidia Casas y Alejandra Mera, *Violencia de género y Reforma Procesal Penal chilena*.

<sup>46</sup> Si bien es posible que el sistema SAF de la fiscalía produzca el dato estadístico de la relación entre delito y parentesco, esta variable no es un dato que los operadores estén obligados a ingresar al SAF. Aun entonces cuando en algunos casos esa información se ingresa al sistema, el procesamiento de ella bajo las actuales condiciones no arrojará "datos duros" porque no es representativa de todos los casos de violencia doméstica ingresados.

<sup>47</sup> Lidia Casas y Alejandra Mera, *Violencia de género y Reforma Procesal Penal chilena*.

<sup>48</sup> En este sentido, dos jueces de garantía de una ciudad expresaron no haber intervenido en ninguna causa de violencia doméstica llevada por la fiscalía y que los casos que debieron controlar eran desacatos de la vía civil. A la misma conclusión se llega si se atiende a lo referido por profesionales del SML de una región, quienes se mostraban intrigados por el hecho de que sus estadísticas de peritajes por lesiones habían bajado ostensiblemente con la llegada de la reforma, y que a su juicio, ello no estaba relacionado con una disminución de la violencia en la zona.

En síntesis, el sistema penal sigue reproduciendo conductas que dejan a las mujeres que denuncian delitos ocurridos en el ámbito de violencia doméstica, en muchas oportunidades, sin siquiera la posibilidad de optar a una solución. La mayoría de los casos son desestimados administrativamente, como ocurre con la mayoría de los delitos conocidos por el sistema criminal, no son correctamente resueltos a través de soluciones alternativas y escasamente logran terminar en una condena, solución que quizá podría darle alguna compensación, al menos la compensación que ofrece el sistema.

Así, basta considerar lo que ocurre respecto a delitos sexuales, delitos que son percibidos por el propio sistema como de mucha mayor gravedad que las demás agresiones de que pueda ser objeto la mujer, lo que estimula en estos casos más y mejores actividades de persecución. Los números del 2002 arrojan los siguientes resultados en las cinco regiones que forman parte de las dos primeras etapas de implementación del sistema: En el año, 1.775 casos fueron terminados. El 87,19% de ellos corresponden a soluciones administrativas (facultad de no iniciar la investigación, archivo provisional del procedimiento, facultad de no perseverar en la investigación, principio de oportunidad e incompetencia administrativa). Ninguna de estas soluciones representa la más mínima solución para la víctima, pues el sistema básicamente lo que hace a través de ellas es asumir que no puede hacer nada, o bien, que no son materias de su competencia, o que siéndolo, no existe interés de persecución. Ni siquiera desde la perspectiva de encontrar una mayor protección se justifica la intervención penal, ya que todas estas medidas, salvo la facultad de no perseverar, se suelen tomar muy tempranamente, con lo cual se interrumpe la intervención.

Del 12,81% restante, el 2,22% terminó por sobreseimiento definitivo, que tampoco

ofrece una solución; el 5,96% a través de suspensiones condicionales y solo el 4,5% terminó por una sentencia en juicio. De ese 4,5%, el 2,7% corresponde a un juicio abreviado, mientras que el 1,8 a un juicio oral. De las sentencias, que son en total 32, 28 son condenas y 4 absoluciones.

Teniendo presente estos datos, valdría la pena retomar la pregunta sobre si es el camino penal, al menos el camino penal nuestro, el más adecuado para conocer de un delito como el de violencia intrafamiliar propuesto por el Ejecutivo, el cual tiene una menor pena asignada que los delitos a los que hemos hecho referencia, que será además más difícil de probar que aquellos, todo lo cual permite pronosticar, sin temor a errar, que los resultados serán aún más magros y las víctimas quedarán aún menos satisfechas.

Valdría la pena mirar también qué ha pasado en aquellos países que han seguido ese camino, por ejemplo España. Ahí se introdujo en el año 1989, a través de una reforma al Código Penal, el delito de violencia doméstica en términos similares al que se pretende introducir en Chile<sup>49</sup>. De acuerdo a Larrauri, tal modificación debiera contribuir "al escepticismo respecto al recurso al derecho penal, cuando se constata que más derecho penal no es sinónimo de una mayor aplicación y de una mayor protección", puesto que "el problema está siendo, como era de prever, la falta de aplicación de las normas legales<sup>50</sup>. De hecho, y siguiendo las recomendaciones del Consejo de Europa, el año 2003 se introdujeron modificaciones en la reglamentación de la violencia doméstica en España, en orden a implementar la Or-

<sup>49</sup> Artículo 425 del Código Penal.

<sup>50</sup> Larrauri *op. cit.* p. 99. Señala que esta conclusión se basa en su experiencia, no en estudios sobre la materia, pues "El Instituto de Criminología de Barcelona no debió considerar el tema de suficiente entidad como para conceder una subvención para investigar el impacto de la reforma legal".

den de Protección a las Víctimas de Violencia Doméstica, la que pretende unificar, a partir de una sola solicitud, todos los diferentes instrumentos de protección e la víctima que contempla el sistema, puesto que se estimó que la atención "integral" de las víctimas es el paso más acertado para enfrentar correctamente el problema, poniendo especial énfasis en la seguridad y protección de la víctima, en la disminución de la victimización secundaria, la adecuación de los procedimientos y la formación especializada de los funcionarios.

Pasemos ahora a examinar las otras dos razones que propuse explicaban los pobres resultados entregados por nuestro sistema penal a las mujeres víctimas: el ínfimo lugar que entrega el proceso a los intervinientes en general, y a las víctimas en particular, y las escasas modalidades reparatorias, que pudieran sumarse o sustituir a la pena. Desde mi perspectiva, en estas razones estriba realmente el problema de las víctimas ya que un sistema penal como el nuestro, incluso en su mejor versión, aún quizá con funcionarios más especializados, creo yo, nunca responderá a los intereses de las víctimas, simplemente porque no le interesan. Sí, quizá le interesan más que al modelo inquisitivo, pero no mucho más. Y cuando acaparan su atención, generalmente es para apoyar aquellas investigaciones que al órgano persecutor le interesa perseguir, no para brindarle a ella lo que buscaba, aunque quizá en ocasiones ello pueda llegar a coincidir.

Por ello, afirmo que la peor estrategia, si realmente se quiere trabajar en pos de la satisfacción de los intereses de las mujeres víctimas, particularmente de este tipo de delitos, es reclamar, en primer término, más y más criminalización, y en seguida, menos y menos salidas alternativas, mediación, o cualquier medida que no sea un juicio. Con ello, se les termina de despojar de cualquier posibilidad de reparación, y además, se ayuda a legitimar un sistema que nada les ofrece.

Si se hace un poco de memoria, habrá que recordar que la vía penal de resolver los conflictos tal como la concebimos hoy, centralizada en el Estado, sobre el entendido de que antes que a la víctima, quien comete un delito ofende al poder estatal, no ha sido siempre la única, ni tampoco la mejor. Así, como señala Maier, "Desde un punto de vista histórico-político, la afirmación de universalidad de la Iglesia Católica (Derecho Canónico) y la formación de los Estados nacionales bajo el régimen de la monarquía absoluta, y sus luchas de predominio contra los "infieles", por una parte, y contra el poder feudal, por otra, condujeron necesariamente a este tipo de procedimiento"<sup>51</sup>. De esta forma, la monarquía, inspirándose en el tardío derecho romano imperial, por una parte, y en el procedimiento de la Inquisición católica, por otro, instauró un régimen que tenía como fundamento concentrar el poder procesal en una mano, la del príncipe. Con este procedimiento —el inquisitivo— el monarca ejerce el poder punitivo sin restricciones y se aboca a la investigación en busca de la verdad histórica, camino que recorre prescindiendo algunas veces, o contrariando otras, los intereses y derechos de quienes se vieron envueltos en ese conflicto.

Posteriormente, con el surgimiento de "la nueva república representativa, con la *Revolución Francesa*, que representa el triunfo del *Iluminismo*"<sup>52</sup> nace una nueva era para el sistema de enjuiciamiento penal. Se reforman los sistemas inquisitivos en Europa y se comienzan a afianzar las cartas de garantías para los ciudadanos<sup>53</sup>. Sin duda esta fue una reforma importante, especialmente desde la perspectiva del imputado.

<sup>51</sup> Julio Maier, *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 446.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> Que producto de las brutalidades ocurridas en la primera mitad del siglo XX exigen ser reforzadas nuevamente a través del desarrollo del sistema internacional de derechos humanos, tras la Segunda guerra mundial.

Pero tal como señala Maier, los sistemas inquisitivos reformados conservaron, aunque atenuadas, las dos máximas de la Inquisición: la persecución penal pública y el objetivo de averiguación de la verdad, lo que se traduce en que el Estado sigue persiguiendo aquellas conductas que él estima intolerables para el orden y la paz social, sin atención a la voluntad particular, con el fin de reconstruir cómo fue llevado a cabo el delito e imponer una sanción al autor<sup>54</sup>.

Desde la perspectiva de la víctima, estas reformas no fueron capaces de retornarle el rol que le corresponde como "protagonista" del conflicto<sup>55</sup>. A partir de esta constatación se ha desarrollado en las últimas décadas el denominado "movimiento pro víctimas", el que "alude comúnmente a una serie de iniciativas y adelantos que han surgido en el

mundo occidental, con posterioridad a la postguerra, con el fin de revivir el interés por las necesidades y derechos de las víctimas de delitos, incluido el rol que estas puedan tener en el proceso de toma de decisiones en cuanto a la forma en que se tratará a los infractores"<sup>56</sup>.

Así, lo que me interesa destacar es que en la actualidad los sistemas inquisitivos reformados, incluso aquellos como el nuestro, que tiene luego de la reforma un perfil más acusatorio que la mayoría de los países de América Latina, e incluso que algunos europeos, no han cumplido con la tarea de restituir a la víctima el legítimo lugar que le pertenece de acuerdo a lo que un sistema acusatorio demanda. Las víctimas siguen sin voz y sin la oportunidad de encontrar algo más que la poco sofisticada promesa, además escasísimamente cumplida, como hemos visto, de imponer una sanción al ofensor. Si se comparte esa premisa, no veo la utilidad de seguir abogando por soluciones que se han develado como insatisfactorias y discriminatorias para las mujeres a un sistema que no les va dar otra cosa, porque no está en su ideología, y peor aún, demandar el cierre de los pocos espacios que el sistema abre a las víctimas para hacerse escuchar y obtener algo más que un "no" frente a la pretensión de que su caso sea investigado, o si hay éxito, quizá una pena que muchas veces será remitida, es decir, cumplida en libertad. Me refiero a un sector del feminismo que concibe las "alternativas penales" como una justicia de segundo orden, o "cheap justice"<sup>57</sup>, que perpetuará la posición de discrimi-

<sup>54</sup> Maier, *Derecho procesal penal*. Op. cit. 449-450. "A pesar de que en los comienzos de la Revolución la idea de República postuló consecuentemente el regreso al sistema acusatorio con acusación popular, creado por los griegos, perfeccionado por la República romana y conservado en Inglaterra, la solución que se impuso fue en realidad de compromiso: siguieron rigiendo ciertas reglas de la Inquisición, en especial, los principios mencionados, e hicieron irrupción otros, provenientes del regreso a las formas acusatorias, que condicionaron la significación de aquellos". Zaffaroni afirma, a su vez, que "a través del patriarcado, el poder operó la primera gran privatización del control social punitivo. El patriarcado, junto con la cosificación de las víctimas y el establecimiento de la verdad por interrogación violenta son formas de las tres vigas maestras sobre las que se asienta un mismo poder estructuralmente discriminante". Op. cit. p. 23

<sup>55</sup> De acuerdo a Christie "(e)l elemento clave en el proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas, en un conflicto entre una de las partes y el Estado. Así, en un moderno juicio penal dos cosas importantes han sucedido. Primero, las partes están siendo representadas. En segundo lugar, la parte que es representada por el Estado, denominada la víctima, es representada de tal modo que, para la mayoría de los procedimientos, es empujada completamente fuera del escenario, y reducida a ser la mera desencadenante del asunto. La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, frente al delincuente, y segundo -y a menudo de una manera más brutal- al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado". Nils Christie, "Los conflictos como pertenencia", en *De los Delitos y de las Víctimas*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 162.

<sup>56</sup> Alejandra Díaz, Influencia del "Movimiento Pro Víctimas", en *La Justicia Restaurativa*. Revista Crea, Universidad Católica de Temuco, 2002, p. 198.

<sup>57</sup> Este término ha sido utilizado por los sectores del feminismo que se oponen a aceptar que los delitos en que estén envueltas mujeres no sean resueltos a través de un juicio y la posterior imposición de una pena, pues consideran que las otras soluciones, especialmente si se aplican "solo a ellas", serán una solución de segundo orden, que contribuirá a mantener su posición subordinada en la sociedad.

minación en contra de la mujer, por lo tanto reclaman el cierre de estas medidas cuando se trata de mujeres víctimas.

Yo creo que esta demanda no ayuda en nada a mejorar la situación y más valdría la pena, desde mi perspectiva, encaminar los esfuerzos hacia las verdaderas reformas que el sistema penal requiere para ofrecer una mejor satisfacción para la víctima, en vez de saturar al actual en busca de soluciones que no van a llegar, descartando además las únicas vías que le podrían entregar a ella alguna posibilidad de expresar sus intereses u obtener reparación.

En lo que sigue expondré un ejemplo de lo perjudicial que puede ser para la víctima, en este caso de delitos sexuales, la óptica que cierra el paso a la solución "alternativa" del conflicto, a través de una suspensión condicional, bajo el fundamento de que esta no es una solución legítima para este tipo de casos. Posteriormente, expondré algunas experiencias extranjeras que han introducido la posibilidad de resolver conflictos penales, también relativos a violencia doméstica, por medios alternativos, como la mediación o la justicia restaurativa, para sugerir que estas vías han resultado ser, en muchas oportunidades, un método más satisfactorio, tanto para la víctima, como para el victimario, que las respuestas tradicionales.

### **Un ejemplo local para ilustrar: Suspensión condicional del procedimiento y delitos sexuales**

El nuevo sistema procesal penal, reconociendo, aunque aún muy tímidamente, la necesidad de introducir diversas vías de solución a los conflictos penales, contempla dos salidas alternativas: la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. La suspensión condicional se justifica fundamentalmente en atención a los intereses del imputado, entendiendo que cuando la persona inculpada de un de-

lito no presenta antecedentes penales previos y por la naturaleza y circunstancias del delito este no es considerado de mayor gravedad, existe un interés preponderante en no involucrar al imputado en un procedimiento criminal, por todos los efectos nocivos que ello conlleva. La idea es suspenderle el procedimiento, imponerle una serie de condiciones que deben ser cumplidas por un período de tiempo determinado, las que de ser cumplidas satisfactoriamente, extinguen la acción penal.

En la práctica, el fiscal puede decidir en ciertas oportunidades, sin que la opinión de la víctima sea determinante al respecto, si suspende un proceso por delitos sexuales, imponiendo las condiciones que él estime pertinentes al agresor, desistiendo de ir a juicio, pero la víctima no puede decidir querer terminar un proceso mediante la condición de reparación que ella estime conveniente.

Pues bien, la suspensión condicional del procedimiento ha sido utilizada por el Ministerio Público para resolver casos de delitos sexuales, incluso en un porcentaje mucho mayor que en los generales respecto a otros delitos. Y si bien en su diseño no fue concebida como una medida orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas, en la práctica ha permitido a los fiscales, en ocasiones, resolver estos casos de forma más satisfactoria para ellas de lo que podría ser una desestimación, o un juicio simplificado con condena de multa, o uno abreviado con una pena remitida. Esto es así, porque entre las condiciones que los fiscales pueden imponer al imputado, las que deben ser cumplidas por un período que puede ir entre uno o tres años, están las de prohibición de residir o frecuentar ciertos lugares o personas, someterse a tratamientos médicos, pagar a la víctima una indemnización de perjuicios, etc.<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Art. 238 Código Procesal Penal.



Sin embargo, el 21 de agosto de 2003 la Fiscalía Nacional entregó nuevos criterios de actuación en las suspensiones condicionales por delitos sexuales, a propósito de "algunas situaciones que han provocado conmoción pública y cuestionamiento de la reforma procesal penal y en que los fiscales han acordado con el imputado y los defensores suspensiones condicionales del procedimiento en los casos de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, sin que sea necesario referirse a aquellas porque son de público conocimiento"<sup>59</sup>. Los casos a los que se alude se refieren a algunas suspensiones condicionales que incluyeron una condición de reparación a favor de la víctima.

De acuerdo al nuevo instructivo, cuando se trata de delitos sexuales (y más estrictamente cuando están involucrados menores de edad) los fiscales deben abstenerse de llegar a estos acuerdos, continuando en lo posible hasta llegar a un juicio oral o procedimiento abreviado, especialmente si se cuentan con más pruebas que la sola declaración de la víctima. Ahora bien, si ello no fuere así, pero la víctima se encuentra muy victimizada, y se tiene la certeza, a través de informes psicológicos, que no va a colaborar en el proceso debido a su alto grado de afectación, el fiscal podrá optar por esta salida alternativa.

Pero para los casos en que excepcionalmente se llegue a una suspensión condicional, se instruye que nunca debe estipularse como condición de la suspensión el pago de una suma de dinero "porque ello equivale para la ciudadanía la compra de la acción penal y un verdadero acuerdo reparatorio que en estas materias no está permitido". Con mucho, el imputado puede comprometerse en la audiencia a solventarle a ella

una terapia psicológica, pero "sin hacer alusión al pago de una determinada cantidad de dinero y mucho menos establecer la cancelación en cuotas". Si, en cambio, los fiscales tienen la obligación de solicitar como condición, entre otras, que el imputado se someta a un tratamiento psicológico.

Finalmente, el oficio reitera que la decisión de concluir un caso por una suspensión condicional es exclusivamente del fiscal y el imputado. Ni el informe de la Unidad de Víctimas ni la voluntad de la víctima, la que de acuerdo al oficio puede estar incluso en desacuerdo, son determinantes para la decisión del fiscal, ya que "como se ha señalado reiteradamente por esta Fiscalía Nacional, el fiscal no es el representante legal de la víctima ni tiene por qué obedecer sus instrucciones o aspiraciones".

Creo que este caso ilustra claramente lo perjudicial que es para la víctima el que se confíe al detentor del poder punitivo la cautela de sus intereses. Así, se limita en primer término que ella tenga voz para decidir. Posteriormente, cuando ya ha alcanzado cierto grado de reparación a través de condiciones que representan, en los hechos, medios para superar los perjuicios que le ha ocasionado el delito, se la vuelve a excluir, porque "la opinión pública" percibe negativamente que este tipo de casos se resuelvan así. Me pregunto si la opinión pública, pero esta vez informada correctamente, estaría de acuerdo con lo que se dice que ella afirma. Pero me pregunto con más inquietud si la víctima debe seguir pagando las consecuencias por lo que el resto opina que debería ser la mejor solución de su caso. En este sentido señala Larrauri, "(a) caso es necesariamente negativo que una mujer prefiera una reparación económica a la condena en la cárcel del agresor? Y ello no por meras consideraciones mercantilistas, como se acostumbra a dar a entender, sino porque determinadas violaciones no tienen para la propia víctima una gravedad tal que justifique 12 años de cár-

<sup>59</sup> Oficio de 21 de agosto de 2003 de la Fiscalía Nacional sobre criterios de actuación en las suspensiones condicionales del procedimiento por delitos sexuales.

cel, en otros casos porque la mujer prefiere verse compensada materialmente, o sencillamente porque está en contra de la cárcel<sup>60</sup>.

Si el efecto de la instrucción redundara efectivamente en que estos casos vayan a ir a juicio, quizá podría discutirse la bondad de la medida. Pero es claro que la sola prohibición de realizar suspensiones no va a contribuir a ello, porque el incremento de juicios pasa por una serie de medidas (que ciertamente demandan más recursos, como inversión en peritajes, capacitación de fiscales en materia de género, etc.) que exceden a la mera prohibición.

Mientras, una mujer que está lo suficientemente traumatizada para no poder encarar una declaración en juicio tendrá que conformarse con una suspensión, pero sin reparación, por supuesto, a menos que acepte asistir a un tratamiento psicológico solventado por el ofensor. Sí, en cambio, podrá estar tranquila porque el imputado sí irá a someterse a un tratamiento psicológico, aunque no tanto, porque probablemente se ha enterado que las terapias no surten efectos en pacientes que no las asumen voluntariamente, pero además, porque sabe también que los sistemas de salud mental en Chile están colapsados.

**¿Por qué no darle más voz a las víctimas? Ejemplos comparados de alternativas exitosas**

No voy a entrar aquí en el enorme debate abolicionista sobre la necesidad de supresión del sistema penal, o sobre las ventajas y peligros que encierra la *privatización* del sistema, o sobre las variadas modalidades de alternativas que han ido introduciendo diferentes países en sus sistemas penales. Lo que quiero presentar es cierta experiencia acumulada en modelos comparados que dan pistas sobre modelos de solución de

conflictos que tienden a resultar, desde muchas perspectivas, beneficiosos para las víctimas, incluso más beneficiosos que la tradicional retributiva respuesta penal.

Como es fácil de comprender, estos ejemplos provienen en su mayoría de países que no fueron receptores del modelo inquisitivo, como los anglosajones. Así, se mantuvieron históricamente más o menos ajenos a esa influencia y conservaron o han estado más abiertos luego a introducir modelos de resolución de conflictos más apegados al perfil acusatorio, acogiendo la mediación entre el autor y la víctima, prescindiendo en mayor o menor medida de la violencia estatal. Pero no solamente de ellos. Al punto que en muchos países europeos también se han implementado experiencias exitosas, incluso existen ciertos modelos en América Latina, por lo cual es posible pensar que podrían ser practicables en nuestro sistema reformado<sup>61</sup>.

**El modelo de justicia restaurativa**

La justicia restaurativa habla de un movimiento que data de fines de los años setenta, proveniente desde el mundo anglosajón, principalmente Canadá, Australia, Nueva Zelanda e Inglaterra, el que cuestiona profundamente la base retributiva del sistema de justicia criminal, privilegiando la idea de solución del conflicto entre la víctima y el ofensor. En pocas palabras, el procedimiento se vuelca a los intereses concretos de quienes se han visto involucrados en el delito, tanto la víctima como el ofensor y las personas cercanas a ambos, paradigmáticamente reunidos en una Conferencia de Grupo Familiar, dirigida por un tercero, en la cual se discuten las circunstancias y motivos por los cuales se cometió el delito, las consecuencias que ello trajo a la víctima y

<sup>60</sup> Larrauri, *op. cit.* p. 95

<sup>61</sup> Actualmente el SENAME se encuentra implementando un programa piloto de mediación para jóvenes infractores, en vista a la reforma de la justicia penal juvenil.

sus expectativas para dar por resuelto el conflicto y se acuerda un plan que ha de ser cumplido por el ofensor para dar por terminado el proceso, el que no involucra una sanción que implique privación de libertad. Se trata así de reparar el mal producido por el delito y no, en cambio, de agregar a ese otros males como sucede en el proceso criminal tradicional, como por ejemplo la victimización secundaria del ofendido o la indiferencia frente a sus intereses, o bien, las perjudiciales consecuencias que pueden implicar el proceso y la pena al ofensor. Todo ello agravado por el hecho de que generalmente todos esos males están lejos de obtener los objetivos de rehabilitación que alegan para sí estas sanciones.

Este sistema se desarrolló inicialmente en el ámbito de la justicia penal juvenil, sin embargo, posteriormente se ha extendido a procesos que involucran a adultos y también tratándose de delitos de mayor gravedad; incluso se ha demostrado que es justamente en casos de mayor gravedad cuando el modelo tiene mejores resultados<sup>62</sup>. Con resultados me refiero a que la mayor cantidad de las víctimas evalúan de manera altamente satisfactoria su intervención, señalan que se sienten muchos más seguras y además que bajan los índices de temor frente a lo ocurrido. Asimismo, los imputados señalan en gran proporción que su participación en una de estas conferencias es mucho más útil y provechosa que el contacto con los tribunales de justicia. Pero quizá lo más llamativo es que los niveles de reincidencia de quienes participan en estos procesos disminuyen en cifras cercanas al 40%.

Estos modelos han ganado legitimidad con los años, pero se ha discutido especialmente si son adecuados para resolver disputas de violencia sexual y doméstica. Kathleen Daly publicó recientemente un estudio que

<sup>62</sup> Howard Zehr, *Changing Lenses. A new Focus for Crime and Justice*, Herald Press, USA, 1990, p. 163.

dirigió en Australia, el que compara los resultados obtenidos en casos por delitos sexuales que terminan en la Corte o en una Conferencia, con ofensores jóvenes, durante los años 1995-2001. El estudio intenta responder si las conferencias de grupo familiar, una de las formas de justicia restaurativa, son una apropiada respuesta para las ofensas sexuales, o si bien, el proceso seguido ante la Corte entrega "más justicia" a las víctimas<sup>63</sup>. Daly señala que solamente Australia y Nueva Zelanda usan comúnmente el modelo de conferencias para este tipo de delitos, ya que en otros países se encuentran expresamente excluidos. Justamente, lo que pretende investigar es si las críticas al modelo de conferencia para estos casos tienen sustento en la práctica. Estas críticas dicen relación con dos aspectos principalmente: la idea de que la víctima sufrirá más en un encuentro informal, cara a cara con el ofensor; y el efecto que puede tener que los casos sean derivados desde las Cortes a una conferencia, en cuanto ello pueda hacer parecer que los agresores están siendo tratados "con mucha indulgencia", con lo cual se daría la señal de que este tipo de casos no estarían siendo tomados con la suficiente seriedad que se merecen.

Del total de 387 casos estudiados, 268 terminaron en la Corte (de los cuales 41 concluyeron en una medida alternativa, o *formal caution*) y 119 en una Conferencia. La Corte conoció de la mayoría de casos de violación y las Conferencias en mayor medida otros abusos sexuales.

El estudio arrojó que entre más serio el delito (no necesariamente en términos de la pena, pero sí en cuanto a la capacidad de afectar a la víctima), existe una diferencia

<sup>63</sup> Kathleen Daly, Sarah Curtis-Fawley and Brigitte Bouhours, *Sexual offence cases finalised in court, by conference, and by formal caution in South Australia for young offenders, 1995-2001*. Final Report August 2003. El informe está disponible en la página [www.gu.edu.au/school/ccj/kdaly.html](http://www.gu.edu.au/school/ccj/kdaly.html). La traducción es mía.

mayor entre el caso que puede ser probado en la Corte y el tratado en una Conferencia. Así, de los casos más graves, que implicaban penetración anal o vaginal, solo el 49% fue probado en una Corte, en cambio, un 93% de los casos que comprendían el mismo tipo de abuso fueron resueltos en una Conferencia. En palabras de Daly, la mayoría de los casos que van a la Corte son desestimados o no se pueden probar, "y desde un punto de vista legal, no pasa nada".

Asimismo, las Conferencias conocieron de la mayor parte de los casos que involucraban violencia intrafamiliar y se constató que el diálogo era mucho más fácil en esos casos, que aquellos que involucraban a extraños. Otro dato importante es el que tiene que ver con la reincidencia. De esta manera, mientras un 63% de los jóvenes que participaron en un procedimiento judicial reincidieron, mientras un 50% de los que fueron a una Conferencia lo hicieron.

Los jóvenes que fueron a una Conferencia debieron emprender más acciones a favor de las víctimas, cumplieron más horas de servicio comunitario y fueron enviados en mayor medida a programas de prevención de abuso sexual. Por su parte, quienes fueron juzgados por la Corte, fueron más supervisados por el sistema formal, estuvieron sujetos a buen comportamiento, o recibieron una sanción, la que en el 87% de los casos fue suspendida. Solo tres jóvenes con cargos probados cumplieron una pena privativa de libertad, de un promedio de 17 semanas.

El estudio concluye que, en comparación con la Corte, el modelo de Conferencia tiene un mayor potencial que el judicial para ofrecer a la víctima un mayor grado de justicia. Precisamente, el que en el 93% de los casos conocidos por una Conferencia el autor del delito reconozca su participación, es una importante "validación pública del daño sufrido por la víctima" pues ese espa-

cio le ofrece disculpas y la posibilidad de reparación y, contrariamente a la preocupación feminista, los datos arrojados por esta investigación no es la Conferencia el lugar de una justicia de segunda categoría, o "cheap justice".

### Experiencias de mediación penal

Un poco más cerca, Europa y América Latina ofrecen interesantes ejemplos de mediación al interior del sistema penal. Si bien cada modelo presenta particularidades, Varona señala que "esta diversidad tiene en común el énfasis en un acuerdo negociado como tratamiento constructivo ante los conflictos"<sup>64</sup>. También, señala que existen tres objetivos declarados que dominan la ideología de la mediación: i) crecimiento personal, entendido como asunción de responsabilidad y atenuación de victimización secundaria, enfatizando la comunicación y elevación de la autoestima; ii) transformación social, relacionada a la pacificación y participación de la comunidad y la sociedad en general; y iii) prestación de servicios menos costosos, más eficaces y satisfactorios para los implicados.

En general, la mayor parte de los proyectos desarrollados en mediación al interior del sistema penal muestran una evaluación positiva de las víctimas que han participado en estas instancias, y más que la reparación material, valoran el propio proceso de mediación. Al punto que, más que otros modelos de reparación o conciliación, las víctimas encuentran en los procesos de mediación un espacio adecuado para avanzar de mejor forma en la realización de sus intereses.

Modelos como estos, con mayor o menor amplitud y reconocimiento de sus efectos por el sistema de justicia penal, se practican hace más de dos décadas en EE.UU., Bélgi-

<sup>64</sup> Gema Varona, *op. cit.* p. 202.

ca, Países Bajos, Francia, Italia, Noruega, Austria, Brasil, etc.<sup>65</sup>.

Ahora bien, cuando se trata de crímenes violentos, las reuniones de mediación tienen metas diferentes a la mediación ordinaria, como también son diferentes la formación y habilidades que tienen quienes participan como mediadores de estos procesos. Pero quizá la característica que distingue primordialmente la mediación en estos casos es que el enfoque está en la posibilidad de que la víctima pueda tener un encuentro estructurado, directo con el autor, pero en un espacio seguro, con lo que se puede facilitar la recuperación<sup>66</sup>.

De esta forma, parece ser que tomando las precauciones adecuadas y contando con personal capacitado, los espacios de mediación ofrecen un escenario atractivo para resolver conflictos penales, incluso los más graves. Especialmente, en la perspectiva de contar con un agresor que reconozca su responsabilidad, frente a una víctima que pueda ser asistida para lograr enfrentar la situación y ser gestora de la solución de su conflicto. El discurso que limita las alternativas en el proceso penal no es generalmente el que representa a las voces de las víctimas. Al contrario, restringir esas vías, la mayor de las veces las perjudica, porque el mayor rigor prometido a cambio no llega, lo que las deja sin participación y respuesta alguna. Más bien, habría que fijar condiciones para que estos procesos alternativos se llevaran de manera adecuada, exigir los recursos necesarios para que eso ocurra, como también las reformas legales idóneas para lograrlo.

<sup>65</sup> Idem pp. 202-248.

<sup>66</sup> Ver Highton, Álvarez y Gregorio, "Mediación penal en casos de delitos graves", en *Resolución alternativa de conflictos en materia penal. La mediación penal y los programas víctima-victimario*. Ad Hoc, Argentina, abril, 1998, p. 147.

#### IV. EL NO A LA MEDIACIÓN TAMBIÉN SE TRASLADA AL PROCESO CIVIL

También ha habido resistencia en el debate local sobre la posibilidad de permitir la mediación cuando se trata del procedimiento civil<sup>67</sup>. Quienes se oponen a la mediación en estas materias citan como argumento central el que la violencia conyugal es el resultado de una relación de poder y dominación del hombre sobre la mujer, a la cual subyace la ideología patriarcal, por lo cual "por principio, no es posible mediar en violencia intrafamiliar"<sup>68</sup>. En el mismo sentido Rioseco, para quien, frente a un caso de violencia doméstica, no es posible mediar "ni la violencia ni las materias conexas"<sup>69</sup>.

El origen de esta oposición absoluta ha sido seguramente alentada por el hecho de que la mediación en el proceso civil en materia de violencia intrafamiliar ha sido defendida tradicionalmente por sectores conservadores, ya que ven en ella un medio idóneo para pacificar las relaciones en el ámbito fa-

<sup>67</sup> Se ha definido a la mediación en este ámbito como "un dispositivo no adversarial de resolución de disputas que incluye a un tercero 'neutral' cuya misión es ayudar a que las personas que están 'empantanadas' en la disputa puedan negociar de forma colaborativa y alcanzar una resolución de la misma". Además, se ha señalado que toda la ideología de este sistema se afirma en la convicción de que los seres humanos son capaces de resolver por sí mismos sus conflictos de manera efectiva. Marinés Suales, "Conceptos básicos de mediación", en *Mediando en sistemas familiares*, Editorial Paidós SAICF, Buenos Aires, 2002, pp. 28-29.

<sup>68</sup> Opinión de Elizabeth Lewin G., psicóloga del equipo de psicología de violencia intrafamiliar de la Corte de Apelaciones de Santiago, vertida ante la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, en Informe de la Comisión de Familia, 12 de junio de 2003, *op. cit.* p. 30.

<sup>69</sup> Luz Rioseco, "Mediación en casos de violencia doméstica", en *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries (editoras), Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, LOM Ediciones /La Morada, Santiago, septiembre, 1999, p. 599. Sugiere además que el sistema debiera contar con un mecanismo que "ante peticiones de 'materias conexas', permitiera detectar la presencia de violencia doméstica, de manera que se facilite a los (as) jueces(zas) inhibirse de remitir ese caso a mediación".

miliar. Así, por ejemplo, en el Primer Informe de la Comisión de Familia acerca del proyecto de ley se contienen las opiniones de la abogada representante de la Fundación Familia Unida, quien propone "la posibilidad de permitir soluciones alternativas, tales como la mediación, aun en los casos de violencia intrafamiliar grave, sobre todo cuando es dable presumir que las relaciones van a continuar, esto es, cuando hay hijos de por medio o un vínculo fuerte entre los miembros de la pareja, pero condicionando su procedencia a la rehabilitación del agresor y terapia de la víctima"<sup>70</sup>.

Los argumentos para sostener que en ningún caso en que aparezca un episodio de violencia debe permitirse la mediación, según Rioseco, apuntan a que durante las separaciones siempre aumenta el riesgo y la violencia tiende a ir en aumento, y muchas mujeres terminan siendo asesinadas por sus parejas lo son durante este período. Además, por el hecho de que la mediación funciona aminorando el conflicto, el mediador o mediadora asume que el abuso es el resultado de un conflicto interpersonal, lo que sería inconsistente con las dinámicas de la violencia y su contexto cultural de dominación y control, siendo muy difícil para cualquier externo detectar qué es lo que pasa y controlar la situación. Asimismo, la igualdad de poder y la mutua cooperación son ajenas a una relación de violencia, pues el agresor busca controlar a su víctima a través de su conducta y considera que la cooperación del agresor con su pareja es una contradicción, pues ella implica trabajar juntos en el beneficio mutuo y el agresor entiende el beneficio mutuo solo en relación a su propio interés y no es posible pensar que cumplirá un acuerdo que considera injusto para sus intereses.

<sup>70</sup> Informe de la Comisión de Familia, 12 de junio de 2003, *op. cit.* p. 36.

Considera además que permitir la mediación en estas materias violaría una serie de derechos humanos de las mujeres, entre otros, el derecho a la seguridad, el de no ser objeto a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes (ya que la violencia doméstica podría ser considerada una violación al derecho a no sufrir torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y en la medida que la mediación expone a la víctima al riesgo de seguir padeciendo esa violencia, sin brindarle la protección solicitada a los tribunales, violaría ese derecho), derecho a un recurso efectivo, derecho a la justicia (ya que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en el Art. 18 que "toda persona puede ocurrir (sic) a los tribunales a hacer valer sus derechos", derecho que se ve amagado cuando una mujer recurre a la judicatura para hacer valer sus derechos y es remitida a otra entidad que no tiene por objeto reponer el goce de esos derechos.), etc.

Por último, señala que quienes intervienen en la mediación no siempre están capacitados, no entienden el problema ni su dinámica, ni tampoco cómo la violencia refuerza la desigualdad de género, pero aunque lo entendieran por "la pretendida neutralidad que deben mantener les estaría impedido hacer cualquier esfuerzo por igualar el poder entre las partes, ya que ello implica tomar partido o juzgar a una de las partes"<sup>71</sup>.

Sin embargo, en doctrina, se ha sostenido que pueden haber experiencias satisfactorias para las mujeres en mediaciones en el caso de violencia intrafamiliar.

Se ha destacado que uno de los problemas que presenta la mediación en materia de familia es el desequilibrio existente entre el hombre y la mujer frente a la imparcialidad del mediador, "ya que muchas autoras fe-

<sup>71</sup> Rioseco, *op. cit.* p. 601.

ministas consideran que si se quiere mantener el equilibrio de poderes será necesario reforzar sistemáticamente el poder de la mujer en la negociación, utilizando incluso técnicas de discriminación positiva<sup>72</sup>. Esta situación sería particularmente problemática en los casos de violencia doméstica, puesto que en ese contexto se teme que la mediación acentúe el daño psicológico de la mujer, que sus derechos no estarán suficientemente protegidos y además, el agresor no asumirá su responsabilidad por la conducta violenta<sup>73</sup>.

Sin embargo, tomando las precauciones adecuadas, pueden implementarse experiencias exitosas, las que proponen abandonar la idea de cerrar la puerta a cualquier posibilidad de mediar en estas materias, para en cambio ahondar en los requisitos y características que debieran darse en un proceso como este.

Por lo demás, de acuerdo al proyecto que crea Tribunales de Familia, muchas materias podrán ser resueltas a través de la mediación. Y en muchos de esos casos se ventilarán episodios de violencia doméstica ante el mediador. La pregunta entonces es ¿deben resolverse estos conflictos dentro del proceso de mediación, o bien, deben excluirse y ser conocidos todos ellos de manera paralela por el Juez de Familia? Hay que recordar que el procedimiento por violencia intrafamiliar requiere un episodio de violencia para llevarse adelante.

Suares señala que precisamente una de las características de las mediaciones familiares es que en ellas se ventilan temas de violencia. De acuerdo a estadísticas de Estados Unidos, y dependiendo de las diferentes acepciones de lo que constituye violencia,

entre un 50 y un 80% de los casos de mediación familiar presentan este tipo de episodios<sup>74</sup>.

Cárdenas, a propósito, hace una interesante distinción entre casos "de" violencia y casos "con" violencia, la que entiende por casos "con" violencia aquellos en que existen episodios aislados y por casos "de" violencia, aquellos en que estos actos se repiten y generalmente van *in crescendo*<sup>75</sup>. De acuerdo a su experiencia, la mayoría de las familias han pasado por episodios "con" violencia, y en un 70% de las separaciones conyugales se han registrado este tipo de hechos antes y después de la separación.

Cárdenas señala que incluso los casos "de" violencia son susceptibles de mediación, especialmente aquellos de una relación complementaria y simétrica<sup>76</sup> pero se deben tomar los resguardos necesarios y enfrentarlos con un equipo multidisciplinario, el que esté en relación permanente con la red local para poder derivar a los involucrados cuando sea conveniente o necesario, como también con personas cercanas a ellos, como amigos, vecinos, grupos religiosos, etc. Este aspecto es particularmente interesante, ya que al igual que las experiencias de justicia restaurativa, la participación de la comunidad cercana a la víctima y ofensor es un elemento clave para resolver de un conflicto de estas caracte-

<sup>74</sup> Marines Suares, "Violencia Doméstica", en *Mediando en sistemas familiares*, Editorial Paidós SAICF, Buenos Aires, 2002, p. 378.

<sup>75</sup> *Idem* p. 380.

<sup>76</sup> Se trata de casos que se repiten más comúnmente en mediación, en los que tanto el hombre como la mujer tienen una relación ambivalente con respecto al episodio de violencia, conocidos como aquellos en que hay un "ciclo de violencia". Este ciclo de violencia se caracteriza por una cadena reiterada de fases que contemplan un aumento de la tensión, el estallido, durante el cual se desencadena el hecho violento y luego el arrepentimiento o luna de miel, en el que el agresor se disculpa y promete que jamás volverá a ocurrir, mientras la mujer lo perdona, alguna vez se culpabiliza, y la relación continúa, restableciéndose los estereotipos de género, para encaminarse nuevamente a la fase de aumento de tensión.

<sup>72</sup> Matilde Risolía de Alcaro, "Mediación Familiar", en *Mediación: una transformación en la cultura*, Julio Gottheil y Adriana Schiffrin compiladores, 1996, p. 129.

<sup>73</sup> *Idem* p. 30

terísticas, incluso cuando se trata de delitos graves.

Por lo demás, existen diversos modelos de mediación, de los cuales unos son más idóneos que otros para resolver conflictos familiares. El modelo transformativo, por ejemplo, entiende al conflicto como una oportunidad de crecimiento y desarrollo de las partes y a la mediación como un proceso social en que un tercero promueve una transformación en la situación de las partes en conflicto, a través de dos elementos: reforzar el yo (revalorizar) y reconocer al otro (reconocimiento).

En cuanto a la Revalorización, se entiende que el conflicto produce inseguridad, confusión y temor y la mediación busca superar esa debilidad relativa. Se trata de aumentar la valía personal, la autodeterminación y la autonomía de los participantes, todo lo cual trasciende a su vez la instancia de mediación. El Reconocimiento, por su parte, intenta que cada uno logre ser más atento, empático y sensible a la situación del otro. Implica la capacidad de reconocer y considerar al otro y sus opiniones.

Una mediación transformadora es exitosa cuando ayuda a los partícipes a aclarar sus metas, alternativas y recursos y después se los ha ayudado a tomar decisiones informadas, reflexivas y libres cerca del modo de actuar al tomar la decisión, y al contrario del modelo tradicional, sus metas no se centran en el logro de un acuerdo, sino en la "transformación relacional" que entre otras cosas busca que los intervinientes se hagan cargo de sus acciones<sup>77</sup>.

Con lo anterior solo pretendo poner el acento en que el debate sobre estas posibilidades debe ser más informado, abordando las diferentes posibilidades y modelos dis-

<sup>77</sup> Ver Marines Suares, *Mediación, Conducción de disputas, mediación y técnicas*. Paidós, Argentina, 1996, p. 61.

ponibles y no reducirse a la oposición "por principio" a cualquier alternativa, especialmente teniendo en cuenta las consecuencias que ello pueda tener de acuerdo al diseño de procedimiento de violencia intrafamiliar que incorpora la nueva ley.

## V. UN VISTAZO AL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

### Mediación y conciliación en el procedimiento conocido por los Tribunales de Familia

El proyecto no se refiere directamente a la mediación, pero en la indicación sustitutiva del Ejecutivo se deja constancia que con el objeto de diversificar las respuestas para la solución de este complejo tipo de conflictos, y además en atención a "que el conflicto familiar no debe ser totalmente arrebatado por las personas involucradas en él, debiendo permitirse la resolución o acuerdos entre las partes, dejando la intervención sancionatoria del Estado como una alternativa posterior"<sup>78</sup>, se mantiene la posibilidad de acuerdo entre las partes. Estos acuerdos reemplazan la actual conciliación (de acuerdo al Ejecutivo, resguardando que ocurra lo que con ella acontecía, esto es, que no se conviertan en una forma rápida e indiscriminada de poner fin al juicio) a través de la suspensión condicional de la sentencia.

Como ya señalé, las normas procesales relativas al proyecto se están tratando separadamente en la discusión parlamentaria, a

<sup>78</sup> Informe de la Comisión de Familia acerca del proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimientos y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar. Boletín 2318-18. 12 de junio de 2003, p. 36. Informe de la Comisión de Familia acerca del proyecto de ley que introduce modificaciones a la Ley N° 19.325, que establece normas sobre procedimientos y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar. Boletín 2318-18. 12 de junio de 2003, pp. 14-15.



propósito de la discusión del Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia<sup>79</sup>. El proyecto que crea los Tribunales de Familia, por su parte, establece<sup>80</sup> que en el procedi-

<sup>79</sup> La Cámara de Diputados se encontraba en 2003 tramitando paralelamente tres proyectos de ley que tienen una serie de vinculaciones en común: el que crea los Tribunales de Familia, el que introduce modificaciones a la ley de violencia intrafamiliar y la nueva ley de matrimonio civil, por medio del cual se introduce el divorcio vincular en Chile. Como los Tribunales de Familia tendrán competencia para conocer de las disputas a que hacen referencia los otros dos proyectos, la Cámara ha decidido tratar separadamente el aspecto "sustantivo" de ellos, en la discusión particular sobre cada uno, y reservar la discusión de las materias procesales para el debate sobre la creación de Tribunales de Familia, con el fin de evitar una "discusión paralela". Si bien pudiera parecer razonable la medida, en la práctica, a mi entender, ello acarrea indeseables consecuencias, puesto que los aspectos sustantivos y procesales se encuentran profundamente interrelacionados, y las decisiones sobre unos tienen incidencia directa sobre otros. Por ejemplo, la tipificación del delito de violencia intrafamiliar, en su última formulación, requiere que exista una conducta "habitual, continua o permanente" de violencia. De establecerse que ello es así, la competencia para conocer del caso es del Ministerio Público. Quién determina si esas condiciones se dan o cómo se prueben y de qué manera, no ha sido discutido en las Comisiones, justamente porque se trata de asuntos procesales. Sin embargo, estimo que justamente de la factibilidad de poder probar esas circunstancias dependerá finalmente la tipificación del delito, ya que es muy distinto exigir denuncias anteriores o que baste para ello la declaración de la víctima. No estoy diciendo que una u otra modalidad sea mejor o peor, simplemente, que un legislador debiera tener esos antecedentes antes de pronunciarse a favor o en contra de determinada formulación del tipo. Por lo demás, no veo inconveniente para tratar los aspectos procesales del proyecto junto a la discusión sustantiva, ya que en el proyecto de Tribunales de Familia este es un procedimiento especial. Finalmente, un tratamiento como el señalado conduce a situaciones hilarantes como la que se ha dado a propósito de la discusión de la nueva ley de matrimonio civil, la que establece que la nulidad y el matrimonio pueden ser materia de mediación, en cambio, en el proyecto sobre Tribunales de Familia se establece que en esos casos la mediación está prohibida. Consultado el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia sobre la discrepancia, señaló que "en efecto, durante el segundo informe que se elabore entre ambos proyectos deberán armonizarse plenamente algunos aspectos, con un acercamiento mayor a los criterios acordados por esta Comisión respecto del proyecto de la nueva Ley de Matrimonio Civil". Informe de la Comisión de Familia, 12 de junio de 2003, *op. cit.* p. 38.

<sup>80</sup> El proyecto se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional, y las normas que cito corresponden a la última versión, aprobada por la Comisión de Constitución y Justicia.

miento por violencia intrafamiliar el juez podrá suspender condicionalmente la sentencia, si el denunciado o demandado reconoce ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia y existen antecedentes que permiten presumir fundamentalmente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo, siempre que cumpla determinadas condiciones Art. 71 a) que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima, o b) que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más de las medidas cautelares previstas en esta ley por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año.

Ahora bien, previo acuerdo de las partes, el tribunal podrá someter a mediación el conflicto para los efectos de las condiciones establecidas en la letra a) del Art. 71, y una vez aprobada el acta, el juez suspenderá condicionalmente la sentencia<sup>81</sup>.

De no haber mediación, las partes igual podrán llegar a un acuerdo según el Art. 71, el que suspenderá la dictación de la sentencia, pero sin que nada ni nadie medie entre ellos para lograr ese acuerdo, con lo que existe el riesgo de volver a la situación que hoy ocurre con la conciliación. Limitar la mediación en estos casos implica cerrar la puerta a un procedimiento que quizá en algo puede ayudar a la mujer, de acuerdo al modelo que se adopte, a tomar una mejor decisión, en un proceso de afirmación que no va a tener si acuerda privadamente una solución con su pareja.

Además, con ello se minimiza la necesidad de que los mediadores se capaciten en estas

<sup>81</sup> En estos casos, el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico y deberá asegurarse de que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad.

materias y que logren detectar y manejar el conflicto. Por último, al estar siendo llevado adelante un proceso de mediación, iniciar un proceso diferente, ante el juez de familia, con una perspectiva sancionatoria, puede entorpecer ese proceso y finalmente terminar por dificultar lo que quizá sea el principal interés de una mujer en un caso particular, por ejemplo, terminar definitivamente la vida en común cuando se está mediando una separación.

### **Formulación del delito de violencia intrafamiliar**

Como dije, en el actual momento del debate parlamentario, el delito de violencia intrafamiliar exige que la conducta de violencia sea habitual, continua o permanente.

El primer problema que plantea esta formulación es la indeterminación de estos aspectos normativos ¿qué constituye habitualidad, continuidad o permanencia? La indicación que sustituyó el delito de maltrato habitual, por el de violencia intrafamiliar, indicó que el criterio para interpretar la conducta habitual, continua o permanente era apegarse al significado que de esas conductas da "el Diccionario de la Real Academia"<sup>82</sup>. Más allá de lo impropio de esta sugerencia, desde el punto de vista de la dogmática penal, la habitualidad exige la reiteración del acto, esto es, se sanciona a partir de la primera repetición, por lo tanto, esta definición haría redundante la permanencia y la continuidad de la conducta.

El principio de tipicidad que opera como garantía en el ámbito penal se encuentra completamente insatisfecho con esta tipificación y reclama una definición más concreta sobre la conducta a ser sancionada. Mientras tanto, y de acuerdo a la interpretación penal más asentada, teniendo presente que la mayoría de las denuncias por

este tipo de maltrato se hacen solo después de muchos actos de violencia, en teoría, las denuncias por actos de violencia intrafamiliar deberían ser conocidas casi en su totalidad por el Ministerio Público, por ser de competencia penal.

Ello plantea algunas inquietudes que no han estado presentes en el debate parlamentario. En primer término, no se entiende cómo creándose Tribunales de Familia (que tendrán un carácter interdisciplinario, pues el juez será asistido por un Consejo Técnico compuesto por asistentes sociales, sicólogos u orientadores familiares, y llevará adelante un procedimiento especial para conocer de estos delitos), a consecuencia de este tipo de (no) definiciones legales, se enfrenten a quedar fuera del conocimiento de la mayoría de estos casos. Tal como está planteado el proyecto, casi todas las denuncias por violencia intrafamiliar, por ser estas generalmente el resultado de un maltrato habitual, serán de conocimiento de la esfera penal.

Asimismo, creo que esta perspectiva es riesgosa, ya que puede dar lugar a un manejo ilegítimo de parte de los abogados que asisten a las víctimas, en orden a sobrevalorar o subvalorar los actos de violencia, manejando sus declaraciones, dependiendo de sus propios intereses acerca de cómo deba resolverse cada caso.

Pero esto se hace mucho más problemático cuando se advierte que estas definiciones determinan la competencia del órgano que deberá conocer del conflicto. Así, aún no está claro quién debe determinar que esta situación se dé, ni por medio de cuál procedimiento, ni cuánto tiempo se debe tomar en ello. Solo basta imaginar la situación de una mujer que llega a una comisaría a denunciar un acto de violencia física. ¿Cuáles son los presupuestos que requerirá el funcionario para determinar si es un delito o un acto de violencia a ser conocido por el

<sup>82</sup> *Idem.*

Tribunal de Familia? ¿Cuántos maltratos son necesarios para que sea un delito y a su vez, con qué antecedentes deberá acreditarlos? ¿Basta con que la mujer diga que es habitual, y a la vez, qué significa eso?

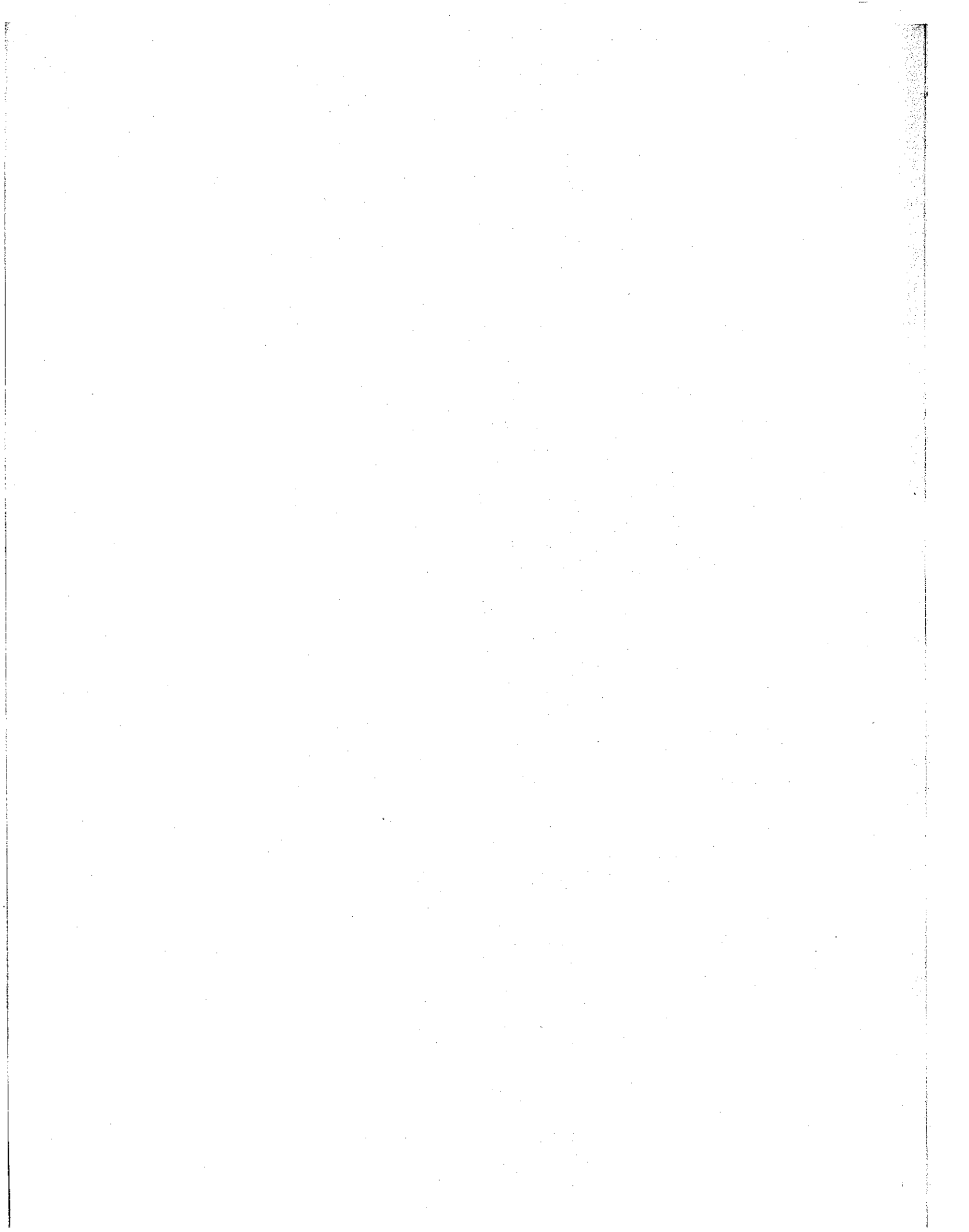
En fin, esta regulación plantea una serie de inquietudes que espero sean respondidas oportunamente. Lo preocupante es que estas preguntas, hasta donde tengo noticia, no han sido discutidas entre los organismos pertinentes, ni desde las perspectivas adecuadas, lo que puede generar enormes problemas de implementación. (Basta imaginar el impacto que puede tener que cerca de 70.000 denuncias se acumulen anualmente al trabajo del Ministerio Público)<sup>83</sup>.

Se ha intentado justificar la creación de este delito en la fuerza y recursos que tiene la reforma procesal penal. Así, el análisis va más o menos así: los casos por violencia intrafamiliar han sido tradicionalmente mal (o no) resueltos por el sistema. Ya que existe una gran inversión en marcha para implementar el sistema penal, traspasemos la totalidad de estos conflicto a ese escenario,

el cual podrá ofrecer mejores condiciones de solución y protección a las víctimas. De paso, además, le damos una buena señal a la ciudadanía sobre la dimensión de estas conductas y la gravedad de las consecuencias.

Sin embargo, tal como lo he venido afirmando a lo largo de este trabajo, nada de ello es lo suficientemente fuerte, en los hechos, para fundamentar esta enorme ampliación de la punibilidad. De esta manera, para los casos de violencia que impliquen lesiones o resultados más graves, tenemos al sistema penal con todo lo que este involucra. Esto no está en cuestión. Todos los demás casos, de ser conocidos por el sistema penal –y no por mala voluntad de sus operarios, sino solamente porque así funciona– seguramente serán desestimados prontamente o no darán ninguna respuesta adecuada a las víctimas, las que si tienen suerte serán derivadas al sistema civil. Pero de paso, se deslegitimarán las pretensiones de satisfacción real de los derechos de las víctimas y se potenciarán las ilusiones que vende el control penal.

<sup>83</sup> Mención especial merece el planteamiento que se había hecho por la indicación sustitutiva inicialmente, el que tipificaba el delito de "maltrato habitual" sancionando al que habitualmente ejerciera violencia física, psíquica o ambas en contra de alguna de las personas amparadas por la ley, siempre que de ello derivare grave e irreparable daño a la víctima. Para sancionar esta conducta, no era necesario crear un delito especial, toda vez que exigiendo grave e irreparable daño, la conducta quedaba comprendida en el delito de lesiones. Pero además, en la discusión se indicó que se trataba de un delito "continuado" y de "peligro", ya que pese a la formulación no requiere resultados, como generalmente lo hacen "los delitos en materia penal". No hace falta ser erudito en la materia para constatar que desde el punto de vista penal es imposible que exista a la vez un delito que exija grave e irreparable daño, y a la vez sea un delito de peligro. Por lo demás, los delitos de peligro son seriamente cuestionados desde el punto de las garantías penales. Ver *Primer Informe de la Comisión de Familia, op. cit.*



## Informes de Investigación publicados:

- Nº 1 La Modernización de la Justicia Militar, un Desafío Pendiente.  
Autor: JORGE MERA FIGUEROA
- Nº 2 Poder Judicial y Mercado: ¿Quién debe pagar por la Justicia?  
Autores: JORGE CORREA S.  
CARLOS PEÑA G.  
JUAN ENRIQUE VARGAS V.
- Nº 3 Recursos Destinados a la Justicia en Chile: Análisis de su evolución y productividad.  
Autor: JUAN ENRIQUE VARGAS V.
- Nº 4 La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, crónica de un fracaso.  
Autor: GASTÓN GÓMEZ
- Nº 5 Racionalización de la Posesión Efectiva.  
Autores: JORGE CORREA SUTIL  
ALEJANDRA AGUAD DEIK
- Nº 6 Problemas en Torno a la Reconfiguración del Ministerio Público en América Latina.  
Autor: MAURICIO DUCE
- Nº 7 Leyes de Desacato y Libertad de Expresión.  
Autor: FELIPE GONZÁLEZ
- Nº 8 Discriminación en Contra de la Mujer  
Autores: GASTÓN GÓMEZ  
RODOLFO FIGUEROA
- Nº 9 Prisión preventiva y demás medidas cautelares en el nuevo Proceso Penal  
Autor: CRISTIÁN RIEGO RAMÍREZ
- Nº 10 Los abogados en Chile: desde el Estado al Mercado  
Autor: IÑIGO DE LA MAZA G.
- Nº 11 La discapacidad frente a la necesidad de profundización democrática en los procesos electorales  
Autora: MARÍA SOLEDAD CISTERNAS REYES
- Nº 12 Discrecionalidad del ministerio público, calificación jurídica y control judicial  
Autor: JORGE MERA FIGUEROA
- Nº 13 "Tiene derecho a guardar silencio..." La jurisprudencia norteamericana sobre la declaración policial  
Autor: ANDRÉS BAYTELMAN A.

- Nº 14 Cultura judicial y enseñanza del Derecho en Chile: una aproximación  
Autor: FELIPE GONZÁLEZ MORALES
- Nº 15 La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno  
Autor: JAIME COUSO
- Nº 16 Bases programáticas para la reforma integral del Derecho Penal Militar chileno  
Autor: JORGE MERA FIGUEROA
- Nº 17 Nuevo estándar de convicción  
Autor: CRISTIÁN RIEGO RAMÍREZ
- Nº 18 Mujeres y reproducción. ¿Del control a la autonomía?  
Autor: LIDIA CASAS B.
- Nº 19 La libertad de creación artística. Un nuevo derecho constitucional  
Autor: TOMÁS VIAL SOLAR

Diseño e impresión:  
Alfabetas Artes Gráficas  
Carmen 1985 - Fono Fax: 551 5657  
Santiago - Chile