

## I. Recensiones

PRESENTACIÓN LIBRO *VIOLENCIA CONTRA LA PAREJA EN LA JUSTICIA PENAL. MAYORES PENAS, MAYOR VIOLENCIA*, DE M. ANGÉLICA JIMÉNEZ Y PAULA MEDINA, LIQBROTECNIA, SANTIAGO, 2011

MARÍA CECILIA RAMÍREZ G.\*

En primer lugar, agradezco a las autoras, especialmente a María Angélica Jiménez, la deferencia al haberme invitado a participar de la presentación de este interesante estudio, que dio lugar al libro: *Violencia contra la pareja en la justicia penal. Mayores penas, mayor violencia*.

El libro se estructura en dos partes, la primera de la cuales se dedica a los aspectos generales, en tanto que la segunda, aborda el desarrollo del estudio empírico llevado a cabo por las autoras.

Al señalar que la primera parte versa sobre cuestiones generales, se hace en el entendido que se trata la temática desde una aproximación a los referentes históricos, culturales y jurídicos que se vinculan a la violencia de pareja, las explicaciones criminológicas sobre su ocurrencia, la posición y consideraciones sobre la víctima, los aspectos jurídicos penales. Esta parte del libro representa un esfuerzo de sistematización muy importante de cada uno de las cuestiones preliminares y no tan preliminares, puesto que se aborda en el mismo, aspectos sustanciales y definiciones que tallan la forma de aproximarse al problema de la violencia de pareja, en general, y la intervención de la justicia penal, en particular. Hay una clara toma de posición de las autoras, cuestión que se agradece desde el primer momento. Así, se distancian indiscutiblemente de los enfoques que han avalado las demandas de una decidida intervención penal en estas materias. Se aprecia en el estudio, de manera consistente con su planteamiento, la opción por restringir la intervención penal sólo aquellas situaciones más graves, dejando gran parte del conflicto a otras instancias de resolución no penales. Todo el trabajo tiene dicha orientación, lo que se ilustra muy bien con el título escogido. Su enunciación: *Violencia contra la pareja en la justicia penal. Mayores penas, mayor violencia*, le anticipa al lector lo que va a encontrar. Esta es una cuestión que llama significativamente la atención, y dicho sea de paso constituye un muy buen título. En efecto, éste da acabada cuenta de la perspectiva que se aborda.

Ya en la introducción se señala que la intervención de la justicia penal no puede hacerse cargo de la complejidad que representa el fenómeno de la violencia intrafamiliar, específicamente en el ámbito de violencia de pareja, puesto que ofrece

---

\* Profesora de Derecho Penal, Universidad Finis Terrae.

respuestas “en extremo homogeneizantes, parciales y acotadas en su temporalidad” (p. 21) y con esta afirmación se abren como lector una serie de interrogantes que, a juicio nuestro, no parecen ser privativas de los delitos vinculados a violencia de pareja únicamente, sino que son los problemas del Derecho Penal en su aplicación diaria y que se presentan, por lo mismo, también en la delincuencia común. Así, si se examina la afirmación que la respuesta penal se encuentra acotada en su temporalidad, y por lo tanto no resulta idónea, se puede señalar que es una característica presente en la respuesta penal, especialmente ante hechos de mediana o baja lesividad. Que es por lo demás la nota de la VIF. Las autoras ahí identifican el conflicto y no en los hechos de extrema violencia como la muerte de mujeres o las mutilaciones o lesiones de mayor gravedad.

Con esta observación específica concordamos, puesto que los hechos de extrema gravedad son la excepción. De ello da cuenta la cifra de parricidio –femicidio– homicidio VIF que se registran ingresados al sistema penal (0,08%). Siendo así, y dado el bajo compromiso de los bienes lesionados, la problemática planteada en torno a la temporalidad, unido al incumplimiento de los fines de la intervención penal, o en palabras de las autoras “no puede hacerse cargo de la complejidad del fenómeno”, rememora la situación de los delitos comunes contra la propiedad, por ejemplo, los hurtos en los establecimientos comerciales. Con ocasión de éstos también se enfrentan sanciones que no cumplen con los objetivos declarados si se está pensando en que el hechor no vuelva a delinquir. Se acusa en ese ámbito que las sanciones no atienden a la rehabilitación o a evitar que el sujeto cometa un nuevo delito, porque no resuelve el conflicto social que está en la base.

Ahora bien, si la sanción se hiciese cargo de este aspecto realmente –rehabilitación– ¿se podría estar frente a una respuesta penal acotada temporalmente? ¿Es compatible aquello con el objetivo de rehabilitar?

Depende. En algunos casos puede que sí, en otros no. Piénsese, por ejemplo, en la diferencia que existe entre el primerizo y el sujeto reiterante. Lo que nos lleva a la necesidad de discriminar entre los casos. Los criterios de distinción pueden ser variados, la reiteración aquí indicada está dada a modo de ilustrar. Huelga decir que esta discriminación no se efectúa, según las características de cada caso hoy en día, salvo en lo concerniente a la agravante de reincidencia cuando se invoca. Sobre esto ver PÁSARA, por FLACSO, *Claroscuro de la reforma procesal penal chilena*; DUCE, *Diez años de la reforma procesal penal en Chile: apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos*.

Esta necesidad de discriminar un caso de otro también está presente en el juicio de las autoras, al señalar que la respuesta penal es en extremo homogeneizante, en la introducción, y más adelante en la crítica sobre la respuesta estandarizada del sistema penal o la insuficiencia de los enfoques globalizantes, unidireccionales que intentan explicar por qué el varón ejerce violencia en contra su pareja mujer. Consecuente con esta crítica, Jiménez y Medina valoran positivamente el aporte

de aquellos enfoques teóricos que han permitido efectuar distinciones. Así, en el contexto de la criminología positivista, en sentido paradigmático, tras la sistematización de las teorías en tres categorías: biológicas, psicológicas y sociológicas, las autoras indican que éstas constituyen un aporte valioso, en la medida que han ampliado la respuesta diversificada de la justicia penal, ya sea a través de tratamiento para agresores, salidas alternativas, en algunos casos acuerdos reparatorios (p. 103). Con todo, consistente con la orientación declarada en el estudio, a estas teorías les cuestionan el que han argumentado a favor de una intervención mayor del Derecho Penal, desconociendo el carácter subsidiario del mismo (p. 103).

Es necesario tener presente, nos parece, que el carácter temporalmente acotado de la respuesta penal se enmarca en los presupuestos de una intervención penal mínima. Por lo tanto, desde esa perspectiva no puede ser tenida como una crítica, sino que, en definitiva, en ese enfoque, esta limitación se constituye en una justificación adicional para la descriminalización de la conducta. No se está abogando por una intervención penal más prolongada.

Si el problema consistiese en que el instrumento penal no resulta adecuado dada esa restricción, lo que habría que plantearse, de mantenerse esta forma de respuesta, sería cómo determinar los márgenes de temporalidad deseables y su fundamento, bajo qué supuestos o condiciones de ejecución, de tal manera de hacerlo compatible con un Estado Democrático de Derecho.

Lo que queremos destacar con estas observaciones, es que las falencias indicadas por las autoras sobre la intervención penal en la VIF se predicán también en los delitos comunes, sin pretender abordar los problemas que están en el fondo de estas observaciones que apuntan a los fines del Derecho Penal, principio de proporcionalidad, igualdad ante la ley, entre otros.

Ahora bien, retomando esta comparación de la VIF y delitos comunes de mediana y baja lesividad (que también los hay y constituyen la mayoría de los ingresos del sistema), la cuestión está dada por los márgenes de tolerancia social en esta clase de conductas.

La primera pregunta a formularse de cara a la intervención penal, la constituye el hecho de si la sociedad en que vivimos está dispuesta a prescindir del reproche penal en los delitos contra la propiedad de mediana y baja lesividad y la VIF. Si la respuesta es afirmativa habría que ver si se refiere a todos ellos y en todos los casos, o bien se harían algunas distinciones, aun tratándose de la misma clase de delito (siempre en el contexto de mediana y baja lesividad).

Hacemos presente que una cosa es la existencia del reproche penal materializado en la penalización de la conducta y otra distinta es la forma cómo se ejecuta ese reproche. Este último no es sinónimo de cumplimiento efectivo de pena privativa de libertad. Un claro ejemplo de ello lo representan las causas VIF que ingresan al sistema penal. Las sentencias condenatorias representan el 8,81% de respuesta penal. Lo que quiere decir que quien comete un delito VIF por primera vez, fuera

de los casos de mayor gravedad, tiene una probabilidad muy alta de no cumplir pena privativa de libertad (92,19%). No se puede afirmar hoy en día, en el sistema de justicia penal chileno, que existan mayores penas efectivamente impuestas, lo que no significa que no exista ninguna clase de respuesta.

Esta precisión nos parece importante de formular, puesto que dada la naturaleza de los delitos en cuestión, VIF, el discurso se tiende a polarizar y no permite examinar los problemas que se dan en la práctica.

Decíamos que la cuestión viene dada por los márgenes de tolerancia social de la conducta con respecto a hechos de mediana y baja lesividad. Aun en el ámbito hipotético de prescindencia de la respuesta penal, probablemente surjan algunos hechos en que, no obstante esa entidad, se reclame la intervención penal. Un criterio podría ser el de la reiteración tanto del hurto cometido en establecimientos comerciales como del delito cometido al interior de la familia. Específicamente, los hechos constitutivos de violencia contra la mujer como manifestación de una conducta sistemática, puesto que pone a la víctima en la imposibilidad de poder decidir qué hacer. Se enfrenta un problema de ejercicio de derechos.

Puede considerarse que esto no es lo suficientemente significativo como para justificar el reproche penal. Estaríamos de acuerdo con esta afirmación si se le mira como un hecho aislado, pero examinado en su conjunto –conducta persistente– parece que el asunto porta un disvalor que trasciende la condición hombre-mujer y nos enfrenta a unos de los bienes políticos-sociales más preciados del ser humano: la libertad.

A diferencia de los hurtos de supermercado, no es el derecho de propiedad lo que está en juego.

Nos parece que avanzar en el sentido de descriminalizar como opción legal estas conductas es poco probable, al menos en el corto plazo. Más aún, si se toma en consideración la regulación de los instrumentos internacionales en la materia y que son tratados en el capítulo IV de la primera parte del libro (pp. 212-214). Valga como muestra, el artículo 7 de la Convención “Belem do Para” que establece los deberes de los Estados, entre los cuales señala el de incluir en su legislación interna normas penales que sen necesarias para sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (letra c)).

Otra cosa es lo que suceda en el ámbito de la despenalización de facto, cuestión que no es privativa de los delitos VIF. A ello no nos vamos a referir en esta oportunidad.

Asumiendo que la tolerancia social de estas conductas, la formalmente expresada al menos, opta por mantener la intervención penal, hay una serie de cuestiones necesarias de enfrentar. Una de ellas ya se mencionó y corresponde a la falta de discriminación de los casos. Avanzar en ese sentido es un desafío.

Otra, se relaciona con la incardinación de la violencia contra la mujer en la regulación de la familia, puesto que se producen tensiones permanentes. En pos

de mantener la armonía familiar se justifican decisiones no del todo consistentes con el objetivo de revertir la situación de la víctima. En el plano legislativo, un ejemplo de lo anterior lo constituye la tramitación del proyecto de ley sobre femicidio, a propósito de la discusión del art. 369 ter del Código Penal. Se flexibilizó la regulación del perdón del ofendido en un crimen como la violación, precisamente para no propender al quiebre de la familia.

Relacionado con los puntos anteriores, cabe observar que este tratamiento conjunto de situaciones ocurridas en el interior de la familia hace más confuso el panorama y contribuye a acentuar la crítica que formulan Jiménez y Medina sobre el carácter homogeneizante de la respuesta penal.

Por otra parte, una cuestión importante a considerar es la necesidad de racionalizar la toma de decisiones. Especialmente, teniendo a la vista la escasez de recursos disponibles.

Si se concluye que la respuesta penal es homogeneizante, no discrimina un caso de otro, pero que es deseable hacerlo, y se decide hacer esa diferenciación, subsiste el problema de definir los criterios conforme a los cuales proceder. En Chile hay experiencias en orden a segmentar los casos, según la evaluación de la situación de riesgo para la víctima.

Las autoras se hacen cargo de las implicancias penales de introducir estos elementos en la toma de decisiones, en el apartado sobre *evaluación de riesgo y la predictibilidad de violencia contra la pareja* (pp. 163-183). Hacen presente la serie de dificultades y limitaciones, especialmente cuando se trata de protección a las personas (pp. 178 y 182), observándose, en todo caso, que son mecanismos que expanden el control penal. Jiménez y Medina hacen una muy buena relación entre esta expansión, la falta de selectividad del sistema penal o filtros para retener sólo los casos más graves y la paradoja que lleva a un sistema que no es capaz de hacerse cargo de una demanda creciente, el que puede terminar no siendo exitoso “con el peligro de deslegitimarse al no intervenir en aquellos casos en los que primordialmente está llamado a intervenir” (p. 183).

Con respecto a esta cita, nos parece que este es un problema que también se presenta en la delincuencia común, vale decir, que no es privativo de la VIF. Constituye un problema de la aplicación diaria del Derecho Penal frente a hechos de mediana o baja lesividad, con lo que volvemos a la observación planteada al comienzo de este comentario.

Ahora bien, sobre la introducción de instrumentos que permitan racionalizar la toma de decisiones, sin desconocer sus dificultades, nos parece que representan un avance dado el panorama de falta de filtros y selectividad del sistema y la sobre-demanda que ello conlleva. Pueden representar una orientación en la reclamada necesidad de selectividad. Estimamos que por sí mismos no son suficientes, de ahí que hablemos de orientación, que en la medida que se integren con otros antecedentes pueden representar un aporte. Es interesante observar cómo funcionan hoy

los criterios de facto de selección. Por ejemplo, en materia de delito de amenaza, para afirmar la tipicidad de la conducta se ha tomado en cuenta, en orden a apreciar la seriedad y verosimilitud de la misma, el hecho que en un cierto lapso se haya concretado o no el mal con que se había amenazado, vale decir, si a la víctima se le amenazó de muerte y al momento de verificarse la audiencia –meses después– no la mataron, el hecho no se considera serio, ¿no será eso acaso un criterio artesanal de ponderación de la peligrosidad del sujeto?

Relacionado con la selectividad y filtros, pensando sólo absorber los casos más graves en el sistema penal, es pertinente comentar que la Ley N° 20.066 no está operando como originalmente fue concebida en materia del delito de maltrato habitual, único delito que entendemos tipificado en este cuerpo legal, independiente de la remisión del art. 10. Ahí hay un aspecto importante de analizar con la competencia de los tribunales de familia. Se presentan desbalances en la normativa, pero no sólo en la relación Derecho de Familia y Derecho Penal, sino que internamente en este último también. A modo de ejemplo, con los tiempos de duración de medidas accesorias impuestas como sanción –tomando como base de comparación el tiempo mínimo– con las salidas alternativas y también el artículo 30 de la Ley N° 18.216, lo que hace que la repuesta penal pierda consistencia y racionalidad en su aplicación.

Estamos conscientes que la respuesta penal es limitada en VIF, de ahí que sea necesaria una intervención complementaria, por cierto, que abarque muchos otros aspectos. Pero mientras la repuesta penal exista y siga existiendo, es necesario cautelar que sea armónica en su aplicación interna, evitando esos desbalances que provocan perplejidad. Lamentablemente abunda aquello y en gran medida por la imposición de enfoques parciales que pierden de vista el funcionamiento total del sistema penal. Mientras eso no ocurra, vale decir, no se tenga esa visión total y se legisle armónicamente conforme a ella, la verdad es que seguiremos, parafraseando a Parra, creyendo ser país, en circunstancias que apenas nos da para paisaje.