

**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES**

**“LOS ASPECTOS PENALES DE LA LEY N° 19.325 SOBRE
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**AUTORAS:
VERA ALEJANDRA GARRIDO CRINO.
MARÍA LUISA MARTÍNEZ REYES.**

**PROFESOR GUÍA:
SR. EDUARDO SEPÚLVEDA CRERAR.**

**SANTIAGO, CHILE.
AÑO 2006.**

A mis padres y a Jimena Pinto. Vera.

A mi amado hijo José Miguel. María Luisa.

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN.

“MOTIVOS FUNDAMENTALES DE LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y OBJETIVOS DE ESTA MEMORIA”

- 1.- Generalidades sobre violencia intrafamiliar. 1
- 2.- Antecedentes de la Ley de Violencia Intrafamiliar. 9
 - 2.1. De carácter internacional. 9
 - 2.2. De carácter nacional. 11

CAPÍTULO PRIMERO:

“EL FACTOR LEGAL Y JUDICIAL”

- 1.- Concepto de violencia intrafamiliar. 15
- 2.- Criterios a considerar en la definición de violencia familiar. 18
- 3.- Concepto legal de violencia intrafamiliar. 20
- 4.- Problemas detectados en torno al concepto legal de violencia intrafamiliar. 23
- 5.- Análisis de la Ley N° 19.325 sobre violencia intrafamiliar. 26
- 6.- Elementos del tipo penal. 39
- 7.- El factor judicial: la competencia y del procedimiento. 41
- 8.- Análisis particular de la regla de competencia de la Ley N° 19.325. 43
- 9.- El procedimiento de la Ley N° 19.325. 55
- 10.- Las medidas precautorias. 66
- 11.- Las sanciones. 76

CAPÍTULO SEGUNDO:

“EVALUACIONES Y REDES DE PREVENCIÓN”

- 1.- Evaluaciones. 80
- 2.- Influencia de problemas sociales. Deslegitimación social de la conducta sancionada. 83
- 3.- Lo que puede ofrecer la Ley N° 19.325. 89

CAPÍTULO TERCERO:

“LAS SANCIONES Y EL CÍRCULO VICIOSO DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR”

- 1.- Sentencias y sanciones. 110
- 2.- Pena de prisión. 115
- 3.- La multa. 118
- 4.- Asistencia a programas terapéuticos o de orientación familiar. 121
- 5.- Trabajos en beneficio de la comunidad. 123

CAPÍTULO CUARTO:

“EL PROBLEMA JURÍDICO Y SOCIAL PROVOCADO POR EL CÍRCULO DE LA VIOLENCIA. LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN FAMILIAR”

- 1.- La violencia intrafamiliar dentro de la teoría del control social. 126
- 2.- La modernización del sistema de protección familiar: Tribunales de Familia. 138

CAPÍTULO QUINTO:
“MÉTODOS EMERGENTES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. LA CONCILIACIÓN”

- 1.- Generalidades. 172
- 2.- Figura y fondo en el orden impuesto. 174
- 3.- Figura y fondo en el orden negociado. 177
- 4.- Hacia el reconocimiento oficial del pluralismo judicial. 180
- 5.- La negociación bajo la sombra del derecho. 183

CAPÍTULO SEXTO:
“MEDICIONES EMPÍRICAS”

- 1.- Entrevista a actuario de un juzgado civil de Santiago. 192
- 2.- Entrevista a una jueza de un Juzgado Civil de Santiago. 197
- 3.- Entrevista a la coordinadora del programa de prevención de la violencia intrafamiliar del SERNAM. 201

CAPÍTULO SÉPTIMO:
“LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DESDE UNA ÓPTICA PENAL”

- 1.- Generalidades. 205
- 2.- La Ley N° 19.325 en la teoría del delito. 205
- 3.- La estructura del tipo del artículo 1° de la Ley N° 19.325 sobre Violencia Intrafamiliar. 209
 - 3.1. Faz objetiva del tipo. 209
 - 3.1.1. La acción.
 - 3.1.2. El resultado. 214
 - 3.1.3. La relación causal. 218
 - 3.2. Faz subjetiva del tipo. 219
 - 3.2.1. El dolo. 219
 - 3.2.2. La culpa. 226
- 4.- Iter Criminis en la Ley N° 19.325. 229
- 5.- La penalidad. 232
- 6.- Jurisprudencia.

CONCLUSIONES. 237

INTRODUCCIÓN

"MOTIVOS FUNDAMENTALES DE LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y OBJETIVOS DE ESTA MEMORIA"

1.- GENERALIDADES SOBRE VIOLENCIA FAMILIAR.

El problema de la violencia familiar comienza a ser denunciado en nuestro país en la década del 80, a partir del trabajo de las Organizaciones No Gubernamentales. Esta preocupación se manifiesta en el programa de Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, donde se establece la necesidad de promover una legislación adecuada para enfrentar la situación de violencia contra la mujer.

Posteriormente, como antecedente preparatorio del Servicio Nacional de la Mujer, se constituyó en el año 1991 una comisión con representantes de distintas instituciones gubernamentales y no gubernamentales, con el fin de avanzar en un diagnóstico compartido y proponer las medidas legales y de políticas para enfrentar la situación.

El 13 de Mayo de 1992, se crea, por Decreto Supremo 108 una Comisión Asesora Interministerial para estudiar y proponer iniciativas y acciones destinadas a abordar y prevenir la violencia intra familiar.

La comisión es coordinada por el Servicio Nacional de la Mujer y participan en ella representantes de los siguientes Ministerios: Ministerio de Justicia, Salud, Educación, Relaciones Exteriores, Secretaría General de Gobierno, Secretaría de la Presidencia, Instituto de la Juventud, Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual y Carabineros de Chile. Entre los años 92 y 94 SERNAM, a través del Programa de prevención de la violencia familiar, realiza un importante trabajo de prevención, capacitación y organización de redes comunales y regionales y apoyo para la discusión de la ley.

El 19 de Agosto de 1994, fue publicada en el Diario Oficial la Ley de Violencia Intra familiar bajo el número 19.325, lo que implica un hecho significativo en el trabajo para la erradicación de la violencia al interior del grupo familiar¹.

La iniciativa legal de Violencia Intra familiar, tuvo su origen en una moción parlamentaria presentada por los señores Diputados don Sergio Aguiló Melo y doña Adriana Muñoz D'Albora, con fecha 14 de Agosto de 1991, de la que se dio cuenta en la sesión 32^a de la Legislatura Ordinaria de la Honorable Cámara de Diputados de 21 de Agosto de 1991, siendo enviada a tramitación en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

El 2 de Diciembre de 1991, el Ejecutivo, junto con incluir el proyecto de ley en la convocatoria a la Legislatura Extraordinaria de Sesiones del Congreso Nacional 1991-1992, envió un oficio con indicaciones referidas a casi todo el articulado. En el oficio se señala que para su elaboración se coordinaron los autores de la moción con el Servicio Nacional de la Mujer, para convenir un trabajo conjunto y obtener un resultado común.

¹ Perspectiva Psicosocial y Jurídica de la Violencia Familiar. Departamento de Psicología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, para ser utilizado en el Programa de Capacitación a Funcionarios Públicos dependientes del Servicio Nacional de la Mujer. Octubre 1994.

En las sesiones de estudio del proyecto efectuadas por la Comisión estuvo permanentemente presente la entonces Directora del Servicio Nacional de la Mujer doña María Soledad Alvear Valenzuela y los abogados asesores de ese Ministerio.

La Comisión recibió numerosos documentos relacionados con la materia abordada por el proyecto, entre los que cabe destacar los siguientes:

- "Violencia en contra de la mujer y el niño (menores) y las políticas y programas existentes para afrontar y erradicar el problema". Unidad de Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional.

- "Muestreo sobre violencia doméstica en postas y comisarías de la comuna de Santiago". Diciembre de 1990. SERNAM.

- "Violencia en contra de la mujer en América Latina y El Caribe". Informe final, Octubre 1990. ISIS INTERNACIONAL.

- "Violencia Familiar" mujeres golpeadas. Cristina Villa de Gerlic.

- "Algunas cuestiones básicas sobre violencia familiar". Jorge Corsi.

- "Violencia contra la mujer". Teresa Rodríguez.

- "Informe Legislativo N° 38, proyecto de ley, relativo a la violencia doméstica". CEAL.

- "Informe de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción relativo al proyecto de ley sobre violencia doméstica", Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

- "Síntesis de la legislación comparada sobre tratamiento de la violencia intra familiar". SERNAM.

- "Violencia contra la mujer en familia". Nueva York, Naciones Unidas, 1989.

Este último documento fue muy importante para la Comisión de Estudios, la que lo tuvo a la vista permanentemente, y en su Informe N° 451-07-1, de fecha 21.08.1991, cita, con motivo del proyecto de ley en informe, párrafos textuales del mismo:

"El siglo XX ha visto desarrollarse el concepto de los derechos humanos, incluidos los derechos a verse libre del temor y de la necesidad y a tener libertad de palabra y de pensamiento."

"Tales derechos humanos han sido reconocidos en el plano nacional y en el internacional, y han quedado garantizados en leyes y constituciones nacionales y en acuerdos e instrumentos internacionales. El reconocimiento y la aplicación de los derechos humanos en el plano nacional y en el internacional se han considerado esenciales para el desarrollo no sólo de las personas, sino también de la nación y, en último término, del mundo. Existe el convencimiento de que el reconocimiento y la aplicación de los derechos humanos conducirá a la igualdad, el desarrollo y la paz."

"Se ha revelado que las mujeres sufren graves privaciones en lo que se refiere a los derechos humanos fundamentales. No sólo se les niega la igualdad con el resto de la población mundial, sino que además se les niega a menudo la libertad y la dignidad, y en muchas situaciones se les infligen violaciones directas de su autonomía física y espiritual."

"La violencia contra la mujer se ha planteado como cuestión grave y como tema de debate universal. El problema ha sido reconocido en el plano internacional y está considerado como un grave obstáculo para el desarrollo y la paz; por otra parte, sus repercusiones sobre la igualdad son evidentes."

"Las investigaciones efectuadas indican que la violencia contra la mujer no se limita a la violencia perpetrada por extraños. Se ha visto claramente que las mujeres corren riesgos más a menudo a causa de aquellos con quienes viven y se ha visto también que muchas mujeres soportan constantemente la amenaza de violencia en el hogar en forma de malos tratos, violación, incesto y crueldad psicológica. Ahora bien, aunque está claro que la victimización de la mujer en el hogar existe desde hace mucho tiempo, lo cierto es que hasta hace poco tal violencia había quedado oculta por la intimidad familiar, los sentimientos de culpa y vergüenza, y, hasta cierto punto, las costumbres tradicionales y la cultura."

La moción con la que se propuso la iniciativa de ley, en sus considerandos, se refería principalmente a la violencia ejercida contra la mujer y desarrollaba toda una argumentación en este sentido, asistida por estadísticas policiales y judiciales, para presentar el problema en nuestro país.

Sin embargo, como lo reconoce el Informe N° 38 de CEAL (Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Universidad Católica de Valparaíso), "si bien, son más comunes los casos en que la violencia es ejercida sobre la mujer, no se puede descartar "a priori" la posibilidad contraria. Constituiría la exclusión del varón víctima, una situación de discriminación que no es dable plantear en este momento, en que la igualdad de sexos pretende ser elevada al rango de principio constitucional."

Pero el proyecto no sólo se refirió a la violencia contra la mujer. Expresamente dejaron constancia sus autores que la violencia doméstica se manifiesta con gran fuerza en nuestro país con relación a los menores de edad, los cuales no pocas veces son víctimas de actos de violencia intra familiar; actos amparados por la inexistencia de mecanismos que consideren la obligatoriedad de denuncia por parte de profesores, personal de salud u otros que conocen de dichos actos, inclusive la posibilidad de denuncia del propio menor afectado.

Los estudios sobre violencia familiar son modernos. Hace sólo unos cuantos decenios, algunas cuestiones como maltratar a los niños, golpear a la mujer y cometer incesto, se reconocían, sí, pero no se consideraban como problemas graves. El problema del maltrato a los niños se planteó como problema grave y extendido a principios del decenio de 1960; pero el maltrato a la mujer no ha surgido como tema de estudio y preocupación sino hasta los últimos 25 años. De hecho, la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, celebrada en 1975 en Ciudad de México, adoptó un plan mundial de acción para que las mujeres disfrutaran de iguales derechos, oportunidades y responsabilidades y contribuyeran al proceso de desarrollo en pie de igualdad con los hombres, pero no hizo hincapié en la violencia contra la mujer en la familia, declarando tan sólo que deberían establecerse, siempre que fuese posible, servicios adecuados de orientación familiar y que debería considerarse la posibilidad de establecer tribunales de familia con funcionarios formados en derecho y en las demás disciplinas pertinentes, con el objeto de ayudar a resolver los conflictos que surgiesen entre los miembros de la familia.

La conciencia pública cada vez más profunda de la necesidad de eliminar todas las formas de violencia contra la mujer y el niño, incluida la violencia en el hogar, no se manifestó plenamente sino hasta 1980, año en que la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer, Igualdad, Desarrollo y Paz, celebrada en Copenhague, declaró que la violencia en el hogar era un problema complejo y constituía un delito intolerable contra la dignidad del ser humano. En consecuencia, el Programa de Acción para la Segunda Mitad del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer, aprobado en la Conferencia Mundial de Copenhague, promovió las investigaciones sobre la amplitud y las causas de la violencia en el hogar con miras a su eliminación y a la prestación de ayuda efectiva a la mujer y al niño como, por ejemplo, la creación de centros para tratar, alojar y orientar a las mujeres que eran víctimas de la violencia.

Aunque el problema de la violencia de la familia es de ámbito universal, hay mucho todavía por entender acerca de la naturaleza, el alcance y el régimen que corresponden a la violencia en la familia. Los estudios de que se dispone revelan inequívocamente que existe un problema importante.

El proyecto de ley de Violencia Intra familiar, fue presentado por sus autores, según se dice en la moción, como una manera de amparar en forma más eficaz a las víctimas de las conductas ilícitas que describe, y hacer así una realidad más tangible para ellas, la garantía constitucional consagrada en el N° 1 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, que asegura a todas las personas "el derecho a la vida y a la integridad física y síquica".

En efecto, como se sostuvo en la Comisión de Estudios, la violencia doméstica o intra familiar ejercida contra la mujer, o contra los menores o los ancianos minusválidos, además de significar una de las expresiones más crudas y soterradas de malos tratos y atropellos que lindan en lo ilícito penal o a veces lo sobrepasan, constituye, a no dudarlo, una forma de violación de los derechos humanos, atentatoria a la dignidad y derechos de esas personas.

Planteado el problema de esta manera, se considera que la ley y los organismos del Estado, tales como la policía, los tribunales y las entidades protectoras de estos grupos de personas,

requieren contar con la implementación de procedimientos rápidos, eficientes y de trato humanitario para con las víctimas, que junto con protegerlas, conduzcan a crear conciencia sobre la repulsa social hacia estas conductas violentas, y de esta manera generar la posibilidad de su eliminación en el comportamiento humano.

Desde este último punto de vista, el proyecto de ley, más que penalizar, estaba orientado a introducir un concepto formativo o educacional, de tal manera que el agresor sienta la vigilancia social y el descrédito de su autoestima al ser sometido a medidas cautelares que se le pueden aplicar y que van a dejar en evidencia su proceder reñido con una convivencia normal dentro de la familia.

Quedó consignado en la discusión del proyecto que no se pensaba que necesariamente la ley sería establecida para sancionar al hombre agresor, en el caso del marido que castiga o maltrata a su mujer, sino que también comprendía la situación inversa, así como la de la mujer que golpea o da malos tratos a sus hijos, o el caso de cualquier persona que dentro del grupo familiar maltrata a otro integrante de la familia.

Pues bien, teniendo como base la Ley N° 19.325 este trabajo persigue como finalidad detectar las principales fallas de la Ley en estudio en el ámbito de su aplicación práctica, separando los problemas detectados en dos categorías: clasificación que separe aquellos que tienen como causa la falta de medios o recursos, los que se derivan de fallas en el elemento humano, de aquellos que tienen que ver con una deficiente concepción del texto legal.

2.- ANTECEDENTES DE LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

2.1. De carácter Internacional.

a) La Resolución 40/36, sobre Violencia en el Hogar, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas durante su Cuadragésimo período de sesiones, el 29 de noviembre de 1985.

En la Resolución se invita a los Estados miembros interesados a que adopten urgentemente medidas concretas para prevenir la violencia en el hogar y prestar asistencia adecuada a las víctimas, y para que los sistemas de justicia penal y civil respondan con mayor eficacia a la violencia en el hogar.

b) La Resolución 45/114, sobre la Violencia en el Hogar, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas durante su Cuadragésimo Quinto período de sesiones, el 14 de Diciembre de 1990.

En este documento, la Asamblea General recuerda que proclamó 1994 como el año Internacional de la Familia; se declara consciente que la violencia en el hogar es un problema crítico que tiene repercusiones físicas y psicológicas graves para los distintos miembros de la familia y pone en peligro la salud y la supervivencia del grupo familiar; observa que la experiencia de estar expuesto a esta forma de violencia, especialmente durante la niñez, puede producir efectos a largo plazo sobre actitudes y conductas, tales como una mayor tolerancia a la violencia en la sociedad en su conjunto, y que muchos delincuentes y víctimas fueron objeto de agresiones en su niñez; y admite que a menudo la violencia en el hogar es un fenómeno que se repite y que con una respuesta temprana y eficaz como parte de una política de prevención del delito se puede evitar que ocurran otros incidentes análogos.

Por esas y otras razones, insta a los Estados miembros a que emprendan o prosigan el examen, la formulación y la aplicación de políticas, medidas y estrategias multidisciplinarias, dentro y fuera del sistema de justicia penal, con respecto a la violencia en el hogar en todas sus formas.

c) En América Latina y el Caribe, se han dictado leyes contra la violencia doméstica o intra familiar, como en Puerto Rico (1989), Costa Rica (1990), Bahamas (1991) y Barbados (1992).

2.2. De carácter Nacional.

a) La Constitución Política, en su artículo 1º, incisos segundo y final, declara que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y consagra como deber del Estado darle protección y propender al fortalecimiento de ésta.

En su artículo 19, N° 1, asegura a todas las personas el derecho a la vida y a su integridad física y psíquica; en el N° 4 asegura el derecho a la honra de la persona y de su familia y en el N° 9 el derecho a la protección de la salud.

b) El Código Penal.

b.1) En su Libro II, Título VIII, párrafo 3, compuesto por los artículos 395 a 403 bis, se refiere a las lesiones corporales.

Tipifican sus artículos 395 y 396 la castración y las mutilaciones.

Por su parte, los artículos 397 y 398 describen las lesiones graves.

El artículo 399 tipifica las lesiones menos graves.

b.2) En el Libro III, Título I, se establecen las faltas.

Dentro de ellas, el artículo 494 N° 5, incluye las lesiones leves. Son tales las que, en concepto del Tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho.

La doctrina y la jurisprudencia están contestes en que "el criterio legal, manifestado en el artículo 494 N° 5, depende de las circunstancias que rodean al hecho, y no de la naturaleza clínica de las lesiones. Esa calidad es relevante para distinguir entre lesiones graves y menos graves, pero aquí será sólo un factor más entre los que tiene que considerar el Tribunal."⁵

⁵ Alfredo Etcheberry "El Derecho Penal en la Jurisprudencia". Tomo IV, página 344, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

"El Código se aparta aquí de las normas objetivas que presiden la calificación de las lesiones graves y de las menos graves y adopta un criterio valorativo, ya que no hace depender la entidad de la lesión de sus consecuencias materiales, sino de factores subjetivos y objetivos que el juez aprecia soberanamente en cada caso particular."⁶

c) El Código Orgánico de Tribunales.

Su artículo 45, N° 2, letra d), establece que los jueces de letras conocen en primera instancia de las causas por crimen o simple delito.

En la letra e), agrega las causas por faltas del Código Penal, que se cometan en la ciudad donde tenga su asiento el tribunal, siempre que no haya en ellas juez de policía local que sea abogado.

Sin embargo, los jueces del crimen de Santiago conocen, entre otras faltas, de la sancionada en el artículo 494 N° 5, del Código Penal, que se cometa dentro de las comunas de Santiago, Quinta Normal, Ñuñoa, Providencia, Las Condes y La Reina.

En relación con esta última norma, cabe señalar que, a su vez, la Ley N° 15.231, sobre organización y atribuciones de los Juzgados de Policía Local, en su artículo 12, dispone que los jueces de Policía Local conocen en primera instancia de las faltas mencionadas en el Libro III del Código Penal que se cometan en el territorio de su jurisdicción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45 N° 2, letra e) del Código Orgánico de Tribunales.

d) La Ley N° 16.618, que fijó el texto definitivo de la Ley de Menores.

Su artículo 18 establece que el conocimiento de los asuntos de que el Título III de dicha ley y la ejecución de las resoluciones que recaigan sobre ellos le corresponderá a los Juzgados de Letras de Menores.

Su artículo 62 N° 4, letra a), castiga con prisión en cualquiera de sus grados o presidio menor en su grado mínimo, es decir, entre uno y 540 días de privación de libertad, o con multa de diez a cien escudos al padre o madre, guardador o persona a cuyo cuidado esté el menor, que lo maltratare

⁶ Gustavo Labatut, "Derecho Penal", Tomo II, página 282, Editorial Jurídica de Chile, 1959.

habitual e inmotivadamente. Este artículo es objeto de modificación en el proyecto de ley sobre maltrato de menores en el Parlamento.

Cabe señalar que el artículo 45 N° 2, letra h), del Código Orgánico de Tribunales encomienda a los jueces de letras conocer en primera instancia de las causas de menores cuyo conocimiento no corresponda a los juzgados de letras de menores.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 18.776 dispone que en los lugares en que no existan jueces de letras de menores, desempeñará las funciones de tal el respectivo juez de letras y, en los territorios jurisdiccionales en que hubiere más de uno, el del tribunal de más antigua creación.

CAPÍTULO PRIMERO:

"EL FACTOR LEGAL Y JUDICIAL"

1.- CONCEPTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

La violencia es un concepto de múltiples dimensiones y connotaciones. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, violencia es "la aplicación de medios fuera de lo natural a cosas o personas para vencer su resistencia".

En las ciencias sociales es común referirse al concepto de violencia como "un estado de explotación y/u opresión dentro del cual cualquiera relación de subordinación es violenta. Si violencia es una forma de ejercer el poder, aparece tras ella una noción de jerarquía: el poder se ejerce sobre alguien situado en una posición inferior".

El concepto de poder y jerarquía están presentes en los distintos enfoques y definiciones de violencia, la que es considerada como una forma de ejercer poder sobre alguien situado en una posición de inferioridad jerárquica o de subordinación.

En las distintas sociedades no existe acuerdo para el término de "violencia"; las divergencias son aún mayores cuando intentamos definir "violencia familiar", también llamada violencia doméstica o intrafamiliar. Entre las dificultades descritas para lograr un concepto compartido de violencia familiar cabe señalar las siguientes interrogantes:

a) ¿Se puede considerar violencia familiar actos que son "legítimos" o aceptados en la sociedad?. Los grados de tolerancia y aceptación de la violencia varían de un individuo a otro, de un país a otro, de un contexto cultural y social a otro. Esto hace muy difícil establecer un concepto común de violencia familiar que tenga carácter universal.

b) ¿Es necesario, para considerar un acto violento el hecho que la persona que lo comete tenga la intención de hacer daño o de lograr un deterioro en el otro?

Considerando la intencionalidad de la violencia, se distingue violencia instrumental de violencia expresiva. La primera tiene un objetivo determinado y la violencia es el medio para la obtención de una meta. Se habla de violencia emocional cuando ésta es una descarga emocional de un sentimiento negativo, suscitado por una situación de frustración o de privación.

La naturaleza de la intencionalidad no puede ser un criterio para definir si un acto es violento o no. Lo que se va a evaluar para definir una conducta como violenta es el comportamiento que se lleva a cabo, independientemente de la intencionalidad del autor.

c) ¿Qué conductas se van a considerar violentas?, ¿La agresión psicológica es violencia?, ¿El abandono es una forma de violencia?

Algunas definiciones incluyen sólo las formas de violencia física y otras incorporan la agresión psicológica y el descuido grave como una forma de violencia, esta última especialmente en la definición de maltrato a los niños.

Existen diversas definiciones que enfatizan distintos aspectos de la violencia familiar. Antony y Miller destacan el efecto de la violencia, definiéndola como "acto cometido dentro de la

familia por uno de sus miembros, que perjudica gravemente la vida, el cuerpo, la integridad psicológica o la libertad de otro miembro de la familia"⁷.

Astelarra enfatiza los valores culturales involucrados en la conducta violenta; señala que la violencia "es el producto de la existencia de rasgos patriarcales a nivel de la sociedad y la familia que, al entrar en contradicción con los valores de igualdad y libertad, generan una nueva gama de conflictos"⁸.

Mayer describe los distintos tipos de agresión que se dan en la violencia familiar. Define violencia doméstica como "abuso que ocurre entre miembros de la familia, en la pareja o entre personas que en algún momento de su vida han vivido conjuntamente"⁹. Este abuso ocurre casi siempre en la propia casa y consiste en:

- a) Agresión física, tanto golpes menores, como golpes mayores y más fuertes,
- b) El abuso sexual y
- c) El abuso emocional que incluye manifestaciones como la degradación psicológica, la humillación verbal, la continua amenaza de abandono, la amenaza de agresión física, el chantaje económico y la reclusión en el hogar.

Gelles y Straus definen la violencia considerando la intencionalidad de la acción, "Violencia es un acto llevado a cabo con la intención de causar un daño físico a otra persona. Ese daño puede ir desde una cachetada a daños más graves, con resultados que pueden llegar hasta la muerte"¹⁰.

Las diversas definiciones y énfasis en el concepto de violencia familiar, hace necesario definir ciertos criterios para obtener un concepto común.

⁷ Estudio Exploratorio sobre el Maltrato Físico que es Víctima la Mujer Panameña. Antony, C. Miller, G. UCRUP, Ministerio del Trabajo y Bienestar Social, Panamá, 1986.

⁸ Violencia Doméstica. Astelarra J. FEM, vol. 8 n 37, Diciembre-Enero 1985.

⁹ Violencia Doméstica: Una realidad social y sus mitos. Mayer S. CEFIMA, San José de Costa Rica, 1985.

¹⁰ Physical violence in American families: Risk factors and adaptations to violence in 8.145 families. New Brunswick, N.J: Transaction Publishers; 1990.

2.- CRITERIOS A CONSIDERAR EN LA DEFINICIÓN DE VIOLENCIA FAMILIAR.

A continuación describiremos tres criterios relevantes a considerar para la definición del concepto de violencia familiar.

1) La relación entre las personas implicadas en la situación de violencia.

Es importante que cuando hablemos de violencia familiar consideremos qué se va a entender por familia en un momento determinado. Dado que "violencia familiar es aquella que se da dentro de la familia".

Esta dimensión aparentemente simple se complica al enfrentar la realidad. Es frecuente la agresión entre novios, ex-novios o entre ex-cónyuges; también está la relación entre padrastros o convivientes con los hijos de su pareja; y la agresión entre personas que viven en un mismo hogar, pero que no tienen lazos de parentesco. Esto dificulta establecer criterios rígidos en la definición de familia.

Domenach señala tres situaciones en donde se puede hablar de familia en el contexto de la definición de violencia familiar¹¹:

a) Víctimas y ofensores tienen una relación de parentesco originada por el casamiento o por el nacimiento.

b) Participantes en la relación se conocen de un modo íntimo y personal. (En este caso los "novios", "amantes", etc.).

c) Comparten un mismo hogar (convivientes, padrastros, hermanastros, etc.).

La relación entre las personas implicadas en la situación de violencia es fundamental para determinar su carácter de violencia familiar.

2) La naturaleza de los actos de violencia.

¹¹ La ubicuidad de la violencia. Domenach J.M. Revista Internacional de Ciencias Sociales. 30 (4), 1978.

Es necesario que se defina cuándo se va a considerar que una situación es "violencia". Definiciones que se refieren a conceptos como "perjudicar" la vida, o a la existencia de "valores patriarcales", no permiten determinar los elementos que se van a medir en un estudio de violencia intrafamiliar.

Se plantean interrogantes como las siguientes:

¿Se limita la violencia solamente a la violencia física, o también se incorpora violencia verbal o psicológica?

¿Vamos a considerar violencia, ritos o costumbres familiares que son percibidos como actos de violencia?

¿Se considera violencia los actos de "omisión"?

3) La intensidad de los actos de violencia.

Para considerar un acto de violencia intrafamiliar no basta con analizar la relación entre las personas y la naturaleza de los actos, sino que también es importante considerar la intensidad y la frecuencia con que deben suceder dichos actos para que se considere violencia.

Para medir la intensidad hay autores que miden el impacto subjetivo y los efectos de la conducta violenta en la víctima.

Existen autores como Corsi, que plantea que "para definir una situación familiar como un caso de Violencia Doméstica, la relación de abuso debe ser crónica, permanente o periódica"¹².

3.- CONCEPTO LEGAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

El artículo 1º de la Ley 19.325 expresa:

"Se entenderá por acto de violencia intrafamiliar, todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quién, aun siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente,

¹² Algunas cuestiones básicas sobre la violencia familiar. Corsi J. Separata de Doctrina y Acción Postpenitenciaria. Patronato de liberados de la Capital Federal de la República Argentina. Año 4 N° 6 1990.

cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta cuarto grado inclusive, o esté bajo cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo."

Bajo el término de violencia intrafamiliar están consideradas las siguientes categorías:

Maltrato Infantil: El grupo de Trabajo del Ministerio de Salud, sobre Maltrato Infantil, que funcionó el año 1991, describe maltrato como:

"Maltrato infantil es la agresión física, emocional o sexual contra un niño (menor de 18 años) o la falta en proporcionar los cuidados necesarios para la expresión de su potencial de crecimiento y desarrollo, contando con los elementos mínimos para ello que excedan los límites culturalmente aceptables para esa comunidad o que transgreda el respeto a los derechos del Niño."

Se distinguen diversas formas de maltrato:

-Maltrato físico: Toda lesión física no accidental producto de castigo único o repetido y de magnitud y características variables.

-Maltrato emocional: Hostigamiento verbal habitual de un niño a través de insultos, críticas, descréditos y ridiculización, así como la indiferencia o rechazo explícito o implícito.

-Abandono y negligencia en los cuidados: Falta de protección y cuidados físicos mínimos al niño de parte de sus figuras custodias, así como el abandono de sus necesidades evolutivas por falta de estimulación cognitiva que no se debe a carencia extrema de recursos socioeconómicos.

-Abuso sexual: Toda forma de actividad sexual contra un niño o un adulto, aguda o crónica, incluida la explotación sexual.

Violencia Conyugal: La violencia conyugal constituye una de las modalidades más frecuentes y relevantes de las categorías de violencia intrafamiliar. Puede ser definida como "un fenómeno social que ocurre en un grupo familiar, sea este el resultado de una unión consensual o legal, y que consiste en el uso de medios instrumentales por parte del cónyuge o pareja para

intimidar psicológicamente o anular física, intelectual y moralmente a su pareja, con el objeto de disciplinar según su arbitrio y necesidad la vida familiar".

Se distinguen distintas formas de maltrato conyugal:

-Violencia física: Comprende toda la escala de vías de hecho, pudiendo llegar hasta el homicidio.

-Violencia emocional: Comprende una serie de conductas verbales, como insultos, críticas permanentes, desvalorización de la personalidad, etc.

-Violencia sexual: Consiste en la imposición de actos de orden sexual, contra la voluntad de la mujer.

En resumen, las conductas que están comprendidas en la definición de violencia conyugal incluyen manifestaciones de violencia física, emocional y sexual. En una relación de violencia la víctima puede ser sujeto de todas ellas, algunas de ellas o sólo de un tipo de agresión.

Maltrato al Adulto Mayor: Se describen las siguientes categorías:

-Abuso físico: Todo acto de violencia o de trato duro que cause daño o malestar físico en el adulto mayor.

-Abuso psicológico o emocional: Cualquier acto, incluido confinamiento, aislamiento, agresión psicológica, humillación o cualquier otra forma de relacionarse que afecta su sentido de identidad, dignidad o auto-valoración.

-Abuso financiero o explotación: Retener bienes o posesiones a través del engaño o hurto, la apropiación por engaño de bienes, obligar a vender propiedades o a alterar el testamento y obligar a delegar a la fuerza el manejo de sus bienes.

-Abuso sexual: Cualquier comportamiento sexual que se realice sin el conocimiento o consentimiento del adulto mayor. Se incluyen actos de agresión sexual, hostigamiento y uso de pornografía.

-Abuso de medicamentos: Abuso en la medicamentación y prescripción en los adultos mayores, incluido la retención de medicamentos o la sobremedicamentación.

-Abandono activo: Negar intencionalmente el cuidado o las necesidades básicas.

-Abandono pasivo: No proveer del cuidado o la satisfacción de las necesidades básicas, por falta de experiencia, información o habilidad.

4.- PROBLEMAS DETECTADOS EN TORNO AL CONCEPTO LEGAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

Las distintas dimensiones de la violencia familiar han sido descritas y analizadas por diferentes grupos y profesionales, y su abordaje y propuestas de políticas se han realizado en forma independiente.

Sin embargo las investigaciones nos demuestran la estrecha relación que existe entre las distintas manifestaciones de la violencia en el grupo familiar.

Un hombre que ejerce violencia hacia su pareja, ejerce con mucho mayor frecuencia violencia hacia sus hijos; la mujer que es golpeada, golpea con mayor frecuencia a sus hijos que la que no lo es. El hombre que ha sido golpeado cuando niño, tiene una mucho mayor probabilidad de ejercer violencia hacia su pareja cuando sea adulto. Una mujer que ha presenciado violencia por parte de sus padres, o ha sido maltratada cuando niña, tiene una mayor probabilidad de ser golpeada por su pareja que aquella que no lo ha sido. Esto se explica, por cuanto en todos estos casos la violencia se mira como algo normal o común.

Cuando existe violencia por cualquier miembro de la familia, debemos de suponer que existe un grado importante de violencia entre todos sus miembros.

El Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, sobre el Proyecto de Ley de Violencia Intrafamiliar (originalmente denominada "doméstica"), N° 451-07-1, a que hiciéramos referencia en el primer párrafo de este Capítulo, señala en lo pertinente al concepto:

"La propia definición de la violencia suscita controversias. Los autores, según la cultura a que pertenezcan, difieren en su concepto. Por ejemplo, se puede opinar que la violencia verbal o psicológica no es violencia en un contexto cultural particular, pero puede serlo en otro ambiente cultural distinto. También se puede sugerir que algunas culturas toleran cierto nivel de violencia física en las relaciones íntimas e incluso cuentan con dicha violencia. En último término, la cuestión estriba en saber si puede darse una definición común de la violencia que se aplique a todas las culturas, o si la violencia es algo que sólo puede definirse en función de la cultura, la tradición y las costumbres de un país."

"Entender la violencia como un tema relacionado con los derechos humanos, es muy significativo e importante, ya que se ha confirmado que existe una estrecha relación entre violencia familiar y violencia social. La violencia se puede manifestar por acción o por omisión."

"En el caso de maltrato de niños, el tema de la omisión es relevante, ya que existe violencia, por ejemplo, cuando a un niño no se le da afecto o no se le entrega la satisfacción de sus necesidades básicas para poder sobrevivir."

"La integridad psicológica también puede ser dañada por la violencia en el hogar, tanto la de la mujer agredida, como la de los niños que presencian la violencia de sus padres."

"Hay antecedentes que señalan que niños que son víctimas de violencia directa o indirecta, posteriormente son hombres golpeadores; se tiende a reproducir el ciclo de la violencia".

"Enfrentar el tema de la violencia familiar es extremadamente complejo, porque se entremezclan sentimientos de afecto con sentimientos de temor y de agresión. Es distinto recibir agresión por parte de un extraño, a que ésta provenga de una persona con la que uno vive o quiere y con la que existe un compromiso de protección y de afecto. Hay en todo esto un efecto psicológico."

"En este sentido la ley debiera ser un elemento de prevención fundamental; que al intervenir a tiempo es posible que detenga la escalada de violencia y en segundo lugar evite llegar a situaciones que son más graves. Así se podría evitar también la transmisión generacional de la violencia."

El artículo 1° de la Ley 19.325 no amplía el concepto de familia, ya que el pupilo no es parte de la familia del tutor, pero si amplía el espectro de posibilidades de comisión de violencia dentro de una familia, ya que a lo que atiende es a la convivencia.

5.- ANÁLISIS DE LA LEY 19.325 SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

El artículo 1º, situado en el Título I denominado "De la violencia intrafamiliar", expresa textualmente:

"Se entenderá por acto de violencia intrafamiliar, todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aún siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo."

Como anteriormente se dijo, en su primera etapa legislativa, la Cámara de Diputados definió la violencia intrafamiliar de la siguiente manera: "Se entenderá por violencia intrafamiliar todo maltrato resultante de una acción u omisión que produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los ascendientes o descendientes, de los colaterales consanguíneos o afines hasta el cuarto grado, del cónyuge o del conviviente, y de los menores o discapacitados que estén bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar."

Este artículo original definía la violencia intrafamiliar como todo maltrato que resulta de una acción u omisión que produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los ascendientes o descendientes, de los colaterales consanguíneos o afines hasta el cuarto grado, del cónyuge o del conviviente, y de los menores o discapacitados que estén bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar. Quienes incurrieran en estas conductas serían sancionados de conformidad al artículo 10.

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Senadores, a cuyo estudio nos remitiremos en extenso ya que fue aquí donde cambió el proyecto en su artículo sustante, reparó, en cuanto a la tipificación de la conducta de violencia intrafamiliar, que la producción de "menoscabo" en la salud física o psíquica es un concepto que debía acotarse, en

términos de exigir que, como consecuencia del maltrato, la salud se vea afectada en forma significativa.

La posibilidad de que el maltrato resulte de una acción u omisión mereció diversos comentarios. Se tuvo muy en cuenta la opinión del asesor del Servicio Nacional de la Mujer, Profesor de Derecho Penal don Juan Bustos Ramírez, quien destacó "que el fenómeno de la violencia doméstica se inscribe dentro del campo del derecho penal. Los instrumentos tradicionales del derecho penal, sin embargo, no resultan los más adecuados a la hora en que el Estado debe intervenir para la solución de esos conflictos, por lo que aparece como necesario introducirles reformas fundamentales.

Entre ellas, menciona el establecimiento de un cuerpo judicial apropiado para estos hechos, ya que los patrones culturales influyen en el sistema judicial penal tradicional; la configuración de un procedimiento que evite nuevos perjuicios a la víctima y que además, por la naturaleza del conflicto, tenga suficiente brevedad y rapidez procedimental; la existencia de un sistema de penas y de ejecución de ellas que sea compatible con la naturaleza del conflicto, de manera que aparezca adecuado para la propia víctima y no le implique por tanto una mayor profundización del conflicto, y consagrar una alternativa a la intervención penal, es decir, ofrecer las posibilidades de superar el conflicto a través del diálogo entre las partes, mediante un procedimiento de conciliación por parte del juez."⁴²

La entonces Ministro del Servicio Nacional de la Mujer doña Soledad Alvear, expresó que incluir la omisión como forma de violencia intrafamiliar fue una decisión tomada por la H. Cámara de Diputados teniendo en vista especialmente el caso de los menores y de las personas con discapacidad, por cuanto puede llegarse a situaciones delicadas que no constituyan acción en sentido estricto, pero que signifiquen un maltrato a su salud física o psíquica.

El Senador señor Miguel Otero, discrepó de este planteamiento, expresando que la iniciativa en estudio tiene por objeto solucionar problemas familiares. Ello, sin embargo, no puede llevar a

⁴² Informe del profesor de Derecho Penal don Juan Bustos Ramírez, analizado en la 11ª Sesión de la Cámara de Senadores.

que dicha finalidad se extravíe, lo que, a su juicio, ocurriría en caso de incluir a la omisión como medio de provocar un maltrato, porque se prestaría para interpretaciones excesivas, como la de comprender las prohibiciones perfectamente razonables que los padres pueden imponer como sanción a sus hijos. Agregó, que aunque el Código Penal incluye a la acción y a la omisión al definir el delito, las omisiones no son sancionadas por regla general en nuestro ordenamiento jurídico y, por otro lado, nada obstaría a la aplicación de las normas penales comunes, en caso de que se incurra en una omisión constitutiva de delito.

La Comisión se inclinó por la posición del Senador señor Otero, estimando que, en los términos señalados, al tipificarse el maltrato, producido por una acción, que afecte significativamente la salud física o psíquica, se cumple adecuadamente la exigencia del artículo 19 N° 3, inciso final, de la Constitución Política, en orden a que la conducta punible está expresamente descrita en la ley.

Tomó en consideración, no obstante, la vinculación que pueden tener con esta conducta las lesiones leves, contempladas en el artículo 494 N° 5 del Código Penal -que entiende por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y las circunstancias del hecho-, así como el N° 4 del mismo artículo, que sanciona al que amenazare a otro con armas blancas o de fuego y al que riñendo con otro las sacare, como no sea con motivo justo.⁴³

A fin de evitar cualquier duda interpretativa, se optó por incorporar expresamente ambas figuras, caracterizadas como faltas por el Código Penal, a las disposiciones de esta ley, siempre, naturalmente, que estén involucradas las personas comprendidas dentro de su radio de protección.

Si los actos causan lesiones graves o menos graves, dispone el artículo 13 del proyecto que los antecedentes se remitan al tribunal del crimen respectivo⁴⁴. Para delimitar el ámbito de aplicación de la ley en este mismo artículo 1º, propusieron los señores asesores del Servicio

⁴³ Finalmente contempladas en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley.

⁴⁴ Finalmente contenida en el artículo 7º de la Ley.

Nacional de la Mujer agregar en el inciso segundo, donde se establece que el que incurre en violencia intrafamiliar será sancionado en la forma establecida en el artículo 10⁴⁵, que ello ocurrirá siempre que su conducta no implique un delito que esté más gravemente penado.

Ante tal mención, se prefirió, no obstante, regular este tema, que delimita el campo de acción de esta ley y el del Código Penal, en las disposiciones finales de esta iniciativa, como viene planteado, en el entendido que, en todo lo que no está comprendido en esta última, se aplican íntegramente las normas penales comunes.

Por otra parte, en cuanto a los sujetos activos y pasivos de los actos de violencia intrafamiliar, se decidió distinguir con mayor nitidez entre los mayores y los menores de edad, y la relación que tengan con el ofensor; eliminar la mención de los parientes colaterales por afinidad, dejando sólo la que se hace a los consanguíneos; y, aun cuando se puntualizó que los adoptados y pupilos están incluidos en la disposición, en la medida que se encuentran bajo el cuidado o dependencia de algún miembro del grupo familiar, se optó por contemplarlos expresamente.

En el mismo orden de ideas, el Senador señor Otero propuso diferenciar entre aquellas personas que, teniendo alguna de las calidades indicadas, viven bajo un mismo techo con el menor de edad ofendido, y los que no conviven con el grupo familiar, a fin de hacer aplicables a estos últimos, en forma específica, las disposiciones de la ley.

La señora Ministro del SERNAM, hizo saber su parecer en cuanto a que no conviene hacer esta distinción, porque resulta frecuente en la práctica que se den situaciones de violencia familiar entre personas que no viven bajo el mismo techo, y puso como ejemplo el del padre separado respecto de un hijo que vive con su madre.

El Senador señor Hernán Vodanovic apoyó este criterio, juzgando que la referencia que se hace a aquél que no conviva con el grupo familiar, es innecesaria porque la sanción se da en función del parentesco, y un padre separado, aunque no viva con el hijo, puede ser autor de la conducta que

⁴⁵ En definitiva artículo 4º de la Ley.

se describe. En el único caso en que no tiene importancia la cohabitación es respecto del conviviente, situación que se produce cuando se sale del ámbito familiar estrictamente legal.

Se repuso, sobre el particular, que al señalarse en el artículo que el menor esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar, se está refiriendo a quien vive bajo el mismo techo, porque lo que desea proteger es el concepto de familia que vive junta, en el mismo hogar. Para el caso que el ofensor tenga algunos de los vínculos de que se trata y no esté viviendo en el mismo hogar -se añadió-, se contiene la disposición del inciso segundo.

En la Sesión 12ª de la Cámara de Senadores, el Senador señor Miguel Otero, recogiendo las ideas planteadas en el seno de la Comisión, formuló indicación sustitutiva para el artículo 1º. Al respecto, el nuevo texto limita el medio de ejecución de la violencia intrafamiliar solamente a las acciones, que impliquen un maltrato que afecte significativamente la salud física o psíquica de determinadas personas. Se extiende el ámbito de aplicación de la ley a las faltas contempladas en los números 4 y 5 del artículo 494 del Código de Procedimiento Penal, cuando se reúnan los mismos elementos.

La indicación sustitutiva fue adoptada por unanimidad.

Recepcionado nuevamente el proyecto en la Cámara de Diputados, la Diputada señora Adriana Muñoz, en relación con las modificaciones efectuadas al mismo por el Senado, expuso en relación con el artículo 1º⁴⁶: "Señor Presidente, solamente para señalar que no estoy de acuerdo con algunas de las modificaciones del Senado. La Cámara debería rechazarlas y permitir la formación de una Comisión Mixta, aunque ello signifique el retardo de la entrada en vigencia de esta normativa tan urgente y necesaria."

"En el artículo 1º, el Senado introduce, en la definición de violencia intrafamiliar, la palabra "significativamente". Es decir, será violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte significativamente la salud física o psíquica de quien reciba el daño. Así, se incorpora un elemento de discriminación acerca de lo que es un acto de violencia, lo que traerá una serie de problemas para

⁴⁶ Sesión 31ª de la Cámara de Diputados, celebrada el día Miércoles 19 de Enero de 1994.

establecer cuándo se ha cometido uno. ¿Será acto significativo de violencia una cachetada, dos cachetadas, un magullón o un golpe con determinadas características?. Con esto se desvirtúa bastante la idea central del proyecto, que intenta sancionar todo acto que una persona sienta como violencia física o psicológica."

En la misma Sesión, y en relación con el mismo tema, el Diputado señor Aguiló expuso: "Con respecto al artículo 1º, todos los antecedentes y estadísticas de que disponemos, básicamente los proporcionados por el Servicio Nacional de la Mujer, indican que sobre el 80 por ciento de los casos de violencia intrafamiliar no están tipificados en el Código Penal como delitos, es decir, no se configuran como lesiones menos graves ni graves. Desde este punto de vista, perfectamente las agresiones o la violencia intrafamiliar podrían ser consideradas como leves, y si en la definición del Senado se agrega "significativamente" -y esta palabra no es menor en la definición- podría resultar superfluo este proyecto de ley toda vez que, a contrario sensu, para que la agresión a una persona "afecte significativamente su salud física o psíquica" debe ser víctima de un delito contemplado en el Código Penal. Es decir, hablamos sólo del 15 o 20 por ciento de casos, y dejamos fuera de la norma al 80 por ciento de situaciones de normal ocurrencia. Y aquí se trata de legislar respecto de un conjunto de hechos que habitualmente suceden en nuestra sociedad y que están sin el amparo legal correspondiente. Más aún, se sabe que el ciclo de la violencia intrafamiliar comienza con una agresión, que puede no ser tan grave al principio, pero que en su dinámica se incurre en hechos cada vez más graves."

"Por lo tanto, se trata de evitar que ese ciclo termine en situaciones más extremas, al incluir en la legislación la defensa de quien es agredido, mucho antes de que se llegue a límites mayores."

"La iniciativa se pone en una perspectiva no sancionatoria, sino más bien rehabilitadora, por lo que debe ser más amplio el criterio, la definición, la tipificación del delito o la falta de violencia intrafamiliar. En ese sentido el proyecto despachado por la Cámara cumplía plenamente su espíritu inicial."

Desde nuestro punto de vista, encontramos del todo razonable la aprehensión de los señores diputados, por cuanto era evidente que la expresión "significativamente" era calificadora más que

descriptiva. Causar un daño "significativo" no es lo mismo que "ejercer violencia física o psíquica", ya que le agrega un elemento cuantificador que, por la naturaleza de la conducta sancionada, no admite una valoración física superior a la valoración moral o sentimental que la agresión provoca. No es lo mismo que a una mujer la agreda un extraño, que la agreda su propio cónyuge o conviviente, es decir, la persona en quien ella ha depositado toda su confianza, todo su amor. Lo mismo ocurre con un niño. Es enorme el daño sentimental, acaso irrecuperable, que le provoca el ser violentado por su progenitor.

Ahora, circunscribiéndonos específicamente al artículo 1º, reseñaremos que constituye violencia intrafamiliar. Para determinar lo anterior, la principal distinción se hace en razón del sujeto pasivo del acto de agresión, según si el tal es mayor o menor de edad y según qué lazos familiares lo unen con el agresor.

Así, se entenderá por acto de violencia intrafamiliar, todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien:

a) siendo mayor de edad (o sea mayor de 18 años) tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente, o

b) siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo.

Cabe mencionar que los requisitos son copulativos, de modo que, por ejemplo, si se trata de un agredido mayor de edad debe necesariamente tener respecto del agresor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente, no constituyendo por lo tanto un caso de violencia doméstica la agresión física del marido a su cuñada mayor de edad.

Cuando se habla de menor de edad, esto es, menor de 18 años y se agrega al discapacitado, según nuestra opinión no se está exigiendo el requisito de que el discapacitado también sea menor de edad. En nuestro concepto el discapacitado puede ser mayor de 18 años, siempre que respecto del agresor tenga algunas de las calidades mencionadas en la letra b).

Se presenta, sin embargo, una situación interesante. Hay un caso en que el menor de edad o discapacitado de cualquier edad agredido, puede no ser descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado respecto del agresor y de todas maneras se configuraría una situación de violencia intrafamiliar. Es el caso contemplado en la última parte del inciso primero del artículo primero, y se da cuando el menor o discapacitado de cualquier edad esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo. Así, por ejemplo, si una familia recoge un niño que vaga por las calles y lo lleva a vivir con ella, tal niño pasa a depender del grupo familiar, por lo que la agresión al mismo cae dentro del ámbito de aplicación de la ley.

La Ley 19.325 no definió lo que se debe entender por discapacitado. Sin embargo, en Febrero de 1992 entró en vigencia la Ley 19.123, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, que tuvo por objeto reparar pecuniariamente a los familiares de las víctimas de la violencia política ocurrida en el país en la década del setenta y principios de los ochenta y que estaban incluidas como tal en el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación más conocido como Informe Rettig. Pues bien, tal ley creó una pensión vitalicia para los familiares de tales víctimas, siendo uno de los beneficiarios el "hijo discapacitado de cualquier edad" según el artículo 20, inciso primero, de la ley en referencia. Lo importante para nuestro estudio, es que la Ley 19.123 definió en el inciso segundo del artículo 20 lo que, para los efectos de dicha ley debía entenderse por hijo discapacitado. Expone:

"Para los efectos de la presente ley se considerará discapacitado al hijo que presente daño físico, intelectual o psicológico o de debilitamiento de sus fuerzas, físicas o intelectuales, que en forma presumiblemente permanente le produzcan una disminución de a lo menos un cincuenta por ciento en su capacidad para desempeñar un trabajo normal, proporcionado a su edad, sexo y a sus actuales fuerzas, capacidad, formación o grado de instrucción."

Creemos que tal concepto es válido en materia de violencia intrafamiliar, con la salvedad que la cuantificación de la discapacidad laboral sólo rige para los efectos de la Ley 19.123, que tiende a suplir pecuniariamente tal discapacidad, pero no para los efectos de la Ley 19.325 que sólo

mira a resguardar la integridad personal. De modo que se puede entender por discapacitado "quien presente daño físico, intelectual o psicológico o de debilitamiento de sus fuerzas, físicas o intelectuales, que le produzca una disminución en su capacidad para desempeñarse, según su edad, sexo y sus actuales fuerzas, capacidad, formación o grado de instrucción" y siempre que tenga respecto del ofensor la calidad de descendiente, adoptado, pupilo o colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive.

Es menester destacar que, en virtud del inciso segundo del artículo 1º, no es necesario que el agresor viva, o sea, habite con el grupo familiar en el que reside el agredido, con una sola excepción a nuestro entender: el caso del conviviente que agrede a su concubina, o viceversa. Por definición el concubinato es una comunidad de lecho, la realización de una vida en común fuera del matrimonio, por lo que carece de tal característica la unión esporádica de dos personas con fines sexuales. Para que se hable de convivencia debe haber comunidad de lecho, entonces el agresor debe vivir bajo el mismo techo que el agredido única y exclusivamente en este caso.

Por último, cae también dentro de la figura descriptiva las faltas comprendidas en los números 4º y 5º del artículo 494 del Código Penal, esto es:

"Sufrirán la pena de prisión en sus grados medios a máximo o multa de uno a cinco sueldos vitales:

4º El que amenazare a otro con armas blancas o de fuego y el que riñendo con otro las sacare, como no sea con motivo justo.

5º El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho."

Entre el que amenaza y el amenazado (caso del número 4º) y entre el que causa lesiones leves y el afectado (caso del número 5º), deben existir las relaciones de parentesco establecidas en el inciso primero del artículo 1º y que ya analizamos.

6.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

El tipo penal de Violencia Intrafamiliar, está contenido en el artículo 1° de la Ley 19.325.

Los bienes jurídicos atacados por actos de violencia doméstica son varios, a saber: la vida, la salud, la libertad sexual y la familia, o mejor dicho, al tenor de la ley, la convivencia familiar. En efecto, sólo teniendo presente que la violencia intrafamiliar produce una alteración a la sana convivencia por el atentado que un miembro de la familia hace a otro, podemos entender la estructura del tipo penal, los procedimientos, medidas cautelares y el sistema de sanciones que establece la ley.

En cuanto al verbo rector, tenemos que el núcleo del tipo está constituido por la palabra "maltrato", que da cuenta de la acción o efecto de maltratar, o, en otros términos, de "tratar mal". Esta acción debe tener un efecto nocivo en la salud física o psíquica del sujeto pasivo.

Esta exigencia de resultado nos lleva a conceptualizar la violencia intrafamiliar como un delito de lesión, que exige el deterioro de alguno de los bienes jurídicos que protege. Además, es un delito de resultado que por ello admite grados imperfectos de ejecución, como tentativa y frustración.

En cuanto a los sujetos del delito, el tipo exige una especial calidad en el sujeto activo, una relación con el sujeto pasivo, determinada por una serie de elementos normativos del tipo.

a) Un primer grupo de sujetos pasivos está constituido por personas que, aunque sean mayor de edad, tengan respecto del agresor la calidad de cónyuge, conviviente o ascendiente.

b) El segundo grupo de sujetos pasivos está constituido por los menores de edad o discapacitados que sean descendientes, adoptados, pupilos o colaterales consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, o estén bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo.

En este sentido, del tenor literal de la ley se colige que si la agresión la efectúa la madre o padre sobre un/a hijo/a mayor de edad (18 años), no le sería aplicable esta ley toda vez que para ser sujeto pasivo se debe tener la calidad de descendiente menor de edad respecto del agresor. Tampoco podría aplicarse esta ley si agresor y víctima son parientes colaterales mayores de edad.

En relación a la habitualidad, tenemos que la reincidencia en el mismo delito es una circunstancia agravante que refleja el fracaso del intento anterior del tribunal por resolver el problema de convivencia.

En el contexto de uno de los bienes jurídicos -convivencia familiar- protegido por este delito, la reincidencia específica debe llevar al juez a buscar una nueva pena, que sea más eficaz, y no necesariamente más fuerte, que la anterior.

7.- EL FACTOR JUDICIAL: LA COMPETENCIA Y DEL PROCEDIMIENTO.

Antes de entrar a analizar los aspectos de competencia y procedimiento en la Ley 19.325, es menester recordar conceptos fundamentales.

7.1. La Competencia.

"Es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones" (Art. 108 Código Orgánico de Tribunales).

La Jurisdicción es un poder-deber para conocer los asuntos que la ley radica en los tribunales. La facultad de conocer a que se refiere el artículo 108 no es competencia sino que jurisdicción. Por ello es más adecuado invertir tal definición:

"Es la esfera u órbita de atribuciones dentro de la cual el juez o tribunal ejerce la jurisdicción."

7.1.1. Características de la Competencia.

1.-) Se dice que es la parte de la jurisdicción que la ley entrega a cada tribunal; es una medida que sirve para distribuir el ejercicio de la función jurisdiccional.

2.-) De acuerdo al artículo 74 de la Constitución Política, a la ley le corresponde la designación de la competencia a cada tribunal. Las partes solo tienen la posibilidad de otorgar competencia a un tribunal en virtud de la prórroga de la competencia.

3.-) Las partes pueden establecer cuál será la competencia específica a través del establecimiento de los hechos que dieron origen al conflicto.

En general la competencia es la capacidad del tribunal para conocer de los asuntos que la ley señala (capacidad positiva). Se convierte en capacidad activa cuando las partes requieren la intervención del tribunal o cuando la ley autoriza al tribunal para proceder de oficio.

4.-) La infracción a las reglas de competencia produce la incompetencia del tribunal.

5.-) La competencia es divisible por esencia, a diferencia de la jurisdicción que es un concepto unitario. De la divisibilidad de la competencia resultan distintas clasificaciones.

7.2. El Procedimiento.

No es más que el método o estilo propio para la actuación ante los tribunales. El procedimiento es la forma externa establecida por el legislador en atención a la naturaleza de la pretensión para el desarrollo del proceso.

8.- ANÁLISIS PARTICULAR DE LA REGLA DE COMPETENCIA DE LA LEY 19.325.

El artículo 2º de la Ley 19.325 ubicado en el Título II de la misma, bajo el epígrafe "De la competencia y del procedimiento", indica:

"Los conflictos a que de origen la comisión de actos de violencia intrafamiliar serán de conocimiento del Juez Letrado de turno en lo civil, dentro de cuyo territorio jurisdiccional se encuentre ubicado el hogar donde vive el afectado."

Este punto fue uno de los que creó mayor margen de discusión.

El artículo 2º del proyecto enviado por la Cámara de Diputados señalaba: "Será competente para conocer de las conductas señaladas en el artículo 1º el juez de letras de menores del domicilio del ofendido, y en las comunas en donde no existieren, el juez de policía local, actuando ambos en conformidad con las normas que se establecen. El tribunal podrá decretar la intervención de un asistente social en todas las actuaciones en que lo estime necesario."

La señora Ministro del SERNAM doña Soledad Alvear recordó durante las sesiones del Senado, la evolución que había tenido esta norma en la Cámara de Diputados, desde el proyecto original, que otorgaba competencia a los jueces de letras de menores en forma provisoria, mientras se creaban y entraban en funcionamiento los tribunales de familia, hasta que se llegó a la redacción contenida en el proyecto.

En este orden de ideas, manifestó que, no obstante que el criterio sustentado por ese Servicio era que idealmente fueran competentes los juzgados de familia, se llegó a la solución propuesta por cuanto los de menores presentan ventajas de mayor especialización frente a otro tipo de tribunales, y el proyecto contempla la facultad del tribunal de adoptar ciertas medidas que se relacionan, directamente, con la competencia de esos juzgados. Por su parte, los juzgados de policía local son tribunales que se encuentran más cercanos a las personas, lo que facilita el acceso de ellas a la justicia. Puntualizó que, en todo caso, los delitos de lesiones graves y menos graves continúan siendo de competencia de los juzgados del crimen.

Sin embargo de lo anterior, habría de oírse una opinión que cambiaría absolutamente el curso de la disposición.

En la Sesión 11ª del Senado el Senador señor Miguel Otero, expuso sus reparos sobre la norma en comento. Llamó la atención sobre el hecho de que, en los términos en que se proponía el artículo 1º, o sea, en un marco estrictamente penal, no cabría dudas que deberían ser competentes los juzgados del crimen, porque los delitos son conocidos por ellos y, en caso de violencia intrafamiliar, tendrían la obligación de adoptar las medidas conducentes a la protección de las víctimas.

Pero, en estos casos, a su juicio, se requiere adoptar medidas de inmediato, dentro del campo civil. Por eso, aun cuando cree que en efecto la solución ideal es la creación de los tribunales de familia, se declaró partidario de que sean los juzgados civiles los que conozcan de estos asuntos.

Sostuvo que los juzgados de policía local presentan diversas dificultades, como la gama considerable de asuntos de que conocen, y que, a su vez, los juzgados de menores ven una buena parte de su capacidad de trabajo copada con materias de tuición y alimentos. Si se quiere una acción judicial inmediata, es preferible radicar estos asuntos en los juzgados que existen en mayor número a lo largo del país, y considerar este aspecto en los proyectos de reforma al poder judicial, para contemplar como función del Secretario la de conocer de los procesos por violencia intrafamiliar.

En consideración a esas razones, el Senador señor Otero formuló indicación para sustituir este artículo, a fin de establecer la competencia del Juez de Letras de turno en lo civil en cuyo territorio jurisdiccional se encuentre ubicado el hogar donde vive el afectado. Advirtió que la facultad del juez para ordenar la intervención de un Asistente Social, contemplado en el inciso segundo del texto de la Cámara de Diputados, debía incluirse dentro de las disposiciones de procedimiento.

Recepcionada esta enmienda en la Cámara Baja, la señora Diputada doña Adriana Muñoz expuso⁴⁷: "El artículo 2º se refiere a los tribunales competentes. El juez de letras correspondiente tendrá la competencia en materias de violencia intrafamiliar. Debería agregarse un inciso que indicara que éstos serán competentes mientras no se creen los juzgados de familia." Demás está decir que no recogió eco tal proposición.

Pero el Diputado señor Aguiló presentó un aspecto verdaderamente interesante en la misma Sesión y manifestó: "En segundo lugar, sobre el artículo 2º quiero señalar que la víctima de la violencia intrafamiliar puede ser cualquier miembro de un grupo familiar, menor o mayor de edad: la cónyuge, una mujer, un anciano y también un menor. Pero acontece que en la legislación chilena las agresiones que sufre un menor son conocidas por tribunales de menores, y según el Servicio

⁴⁷ Sesión 31ª de la Cámara de Diputados, celebrada el día Miércoles 19 de Enero de 1994.

Nacional de Menores y otras organizaciones especializadas, sería altamente inconveniente que en los casos en que se viera afectado un menor pase a un tribunal distinto. En ese caso el artículo 2º podría quedar perfectamente definido de la siguiente manera: "Será competente para conocer de los casos de violencia intrafamiliar, el juzgado de letras correspondiente; pero cuando las víctimas sean menores, serán vistos por tribunales de menores." Este es un punto que nos gustaría quedara suficientemente resguardado en la ley, porque podría implicar un retroceso, si los casos vinculados a menores pasan de un tribunal especializado de menores a otro que no lo es."

Calificamos de interesante la propuesta del Diputado Aguiló por cuanto pretende dar a la tramitación de un asunto de violencia doméstica el mismo trato que la legislación civil da al problema de los alimentos, determinando el tribunal competente según si los alimentos son mayores o menores. Pero no obstante la legitimidad de la idea, nos parece que, al ser la legislación sobre violencia intrafamiliar un asunto nuevo en nuestro país, inconveniente sería radicar su conocimiento en jurisdicciones diversas, ya que la diferencia de criterios en su aplicación podría resultar fatal para un intento tan plausible y tan esperado. Creemos que la solución más justa, sea cual fuere el tribunal a quien se hubiere encargado la atención del negocio, pasa por radicarlo en una categoría exclusivamente, evitando así disparidades que en definitiva serían traumáticas.

Queremos graficar el tema de la competencia del tribunal con un caso de jurisprudencia que nos ha llamado profundamente la atención ya que, tal vez por ser una materia de reciente aplicación, todavía no se ha entendido bien cuál es el tribunal competente, sobre todo cuando estamos en presencia de hechos que revisten caracteres de delito.

Con fecha 2 de Septiembre de 1994 se interpuso ante el 29º Juzgado Civil de Santiago, denuncia de violencia intrafamiliar por la mujer N.N. en contra de su marido X.X. en virtud de los golpes que de él había recibido los que le causaron lesiones de carácter leve médicamente constatadas.

Tal demanda fue proveída en la misma fecha, recayendo en ella la siguiente resolución:

"A lo principal; Vistos y teniendo presente que el hecho en que se fundamenta el reclamo de la parte ofendida es un maltrato singular estrictamente físico y que presenta caracteres de delito de

lesiones, del que no puede conocer este Juzgado de Letras en lo Civil, por prohibirlo las reglas de competencia absoluta.

Vistos, además, lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley N° 19.325, publicada en el Diario Oficial de 27 de Agosto de 1994, remítase al Juzgado de Letras en lo Criminal que sea competente para conocer de éste."

Recibido los antecedentes por el 10º Juzgado del Crimen que se estimaba competente, este dictó con fecha 5 de Septiembre una resolución por la que rechazaba la competencia señalando:

"Que, del parte policial de fs. 1, y denuncia de fs. 3, aparece claro que los hechos puestos en conocimiento de la justicia constituirían maltratos físicos y psíquicos entre cónyuges.

Que, las lesiones que se le habrían causado a la ofendida serían de carácter leve.

Que, los hechos antes mencionados configurarían acto de violencia intrafamiliar de acuerdo a lo estatuido en el artículo 1º de la Ley 19.325, cuya competencia corresponde al Juez letrado de turno en lo Civil, norma que por ser especial prima sobre las generales sobre la misma materia.

Por lo antes relacionado se disiente de lo resuelto por el Juez declinante, a fs. 5, ya que el tribunal que carece de competencia absoluta para conocer de los hechos antes mencionados, es justamente éste Juzgado del Crimen, rechazándose entonces la competencia declinada."

Pero no obstante ello el Tribunal Civil, y he aquí lo interesante, insistió en su incompetencia mediante resolución de fecha 8 de Septiembre de 1994, en la cual expuso:

"Vistos y teniendo presente:

1º) Que ni siquiera al Poder Constituyente puede atribuírsele el ánimo de eliminar etapas jurídicas idóneas para consumir un fin, y, si para poner término a una violencia específica, - violencia intrafamiliar-, es necesario que determinado hecho se encuentre calificado o no de delito, existe, evidentemente, un sector del conocimiento de esa pluralidad de comportamientos en que debe ser el órgano jurisdiccional revestido de competencia en lo criminal quién conozca y decida si tiene o no tal naturaleza.

2º) Que el concepto "violencia intrafamiliar" es una universalidad de conductas que en ningún caso constituye delito, motivo por el cual justamente puede conocer, para darle término, un juez que carece de competencia en lo criminal.

3º) Que si una violencia intrafamiliar es generada por un delito, es necesario decidir si concurre o no ese hecho punible dentro del resto de conductas no punibles pero nocivas para la tranquilidad de un hogar regularmente constituido.

4º) Que, por otra parte, es necesario para la preservación de los bienes familiares damnificados, en la especie, el pronto castigo de quién ha provocado el quiebre familiar y ello se obtiene de la única autoridad jurisdiccional investida de la facultad de conocer y castigar hechos punibles (delitos). Esta autoridad no es el juez de letras en lo civil.

5º) Que cabe preguntarse ¿si la conducta del hechor presente en el denuncia de fs. 1 no constituye delito de lesiones, podría estimarse la existencia de violencia intrafamiliar? Esa conducta ha sido la detonante de las alteraciones de orden físico y anímico del grupo que habita con él dentro de su núcleo familiar.

6º) Que no cualquier acto de severidad física es "violencia". Debe recordarse que el artículo 233 del Código Civil autoriza el castigo moderado del hijo por el padre, y es natural que en una pareja humana se produzcan disgustos que llevan a acaloradas discusiones sin que haya ánimo ni resulte menoscabo para ninguno de los eventuales adversarios.

7º) Que si la ley definió un estado antisocial donde existen conductas no punibles, pero que no derivan de contratos o actos jurídicos de índole estrictamente patrimonial o de actos normales de familia (matrimonio, nacimiento, defunción, etc.) que generan, modifican o extinguen derechos, y ese estado antisocial lo remite al conocimiento de los jueces de letras en lo civil, demuestra que esas conductas mientras no sean punibles han de ser juzgadas por la jurisdicción en lo civil, pero si alguna de ellas reviste caracteres de delito queda excluida de esta jurisdicción y ha de ser objeto de la calificación y decisión de un juez en lo penal.

8º) Que los jueces de letras en lo civil carecen naturalmente de atribuciones para conocer de negocios del crimen. En cambio los jueces de letras en lo criminal tienen naturalmente facultades

para atender negocios patrimoniales, tales como: obtener las reparaciones pecuniarias que, en forma de dote, de pensiones alimenticias y pago de curaciones médicas establece el Código Penal en beneficio del ofendido y de su familia en los delitos de violación, estupro, raptó, celebración de matrimonios ilegales, parricidio, homicidio, y lesiones. Esta es otra razón que enfatiza la carencia de facultades de los jueces en lo civil en los delitos cometidos con ocasión de la violencia intrafamiliar.

Atendido lo expuesto precedentemente, se insiste en la declaración de incompetencia de fojas 3 y téngase por trabada la contienda respectiva, elevándose los autos a la Ilustrísima Corte para que la dirima."

La Corte de Apelaciones dirimió la contienda determinando la competencia del Tribunal Civil.

Pero hay algunos puntos que es preciso atender: Señala la resolución precedentemente transcrita, que el concepto "violencia intrafamiliar" es una universalidad de conductas que no constituye delito, en sí, *per se*; pero el hecho generador de tal violencia sí puede revestir caracteres punitivos. Nosotros coincidimos con tal concepto. La violencia intrafamiliar, mirada en su contenido singular, separada de la calificación del acto de la que motiva, no es un delito. Para resumir bien nuestra posición citaremos el Informe en Derecho del profesor de Derecho Constitucional Humberto Nogueira Alcalá, y estudiado en el Senado:

"Como primer aspecto -expuso- que debe determinarse, es la naturaleza jurídica de la violencia intrafamiliar, en términos de si ella constituye un delito o una falta infraccional. Estimo, al respecto, que constituiría una falta infraccional, de acuerdo al contexto del proyecto, aún cuando el maltrato pueda llegar a constituir un delito, en cuyo caso debiera ser conocido por el tribunal ordinario competente."

O sea, la violencia intrafamiliar jamás constituye delito porque es una falta infraccional sancionada en una ley especial. Ahora si el hecho detonante reviste carácter de delito ya no hablamos de violencia intrafamiliar, sino que entra a tallar la judicatura y legislación criminal.

Puntualizando: si el hecho constitutivo de violencia intrafamiliar, presenta características tales de manera que provoca lesiones leves o levísimas en la víctima, es competente el juez civil y

rigen las normas de la Ley 19.325. Ahora si el hecho constitutivo de violencia provoca mutilaciones, lesiones menos graves o lesiones graves, ya sea simplemente graves o graves gravísimas, rigen las normas pertinentes del Código Penal y conoce la judicatura criminal. Lo anterior se desprende del inciso segundo del artículo 1° de la Ley 19.325 que establece que se comprenden dentro de los actos de violencia intrafamiliar las faltas contempladas en los números 4° y 5° del artículo 494 del Código Penal. El número 5° de tal artículo comprende al "que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, NO SE HALLAREN COMPRENDIDAS EN EL ARTÍCULO 399...". El artículo 399 del Código Penal contiene las lesiones menos graves, por lo que constituyen violencia intrafamiliar los actos causantes de lesiones por debajo de la categoría de las menos graves, esto es, leves y levísimas.

Pero aquí se nos plantea una interrogante: ¿Qué sucede con las lesiones provocadas por el padre o madre al hijo en uso de la facultad concedida por el artículo 233 del Código Civil? El artículo 233 establece en su inciso primero: "Los padres tendrán la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos."

Para solucionar tal problema recurriremos al auxilio de los profesores Bustos-Grisolia y Politoff⁴⁸.

El artículo 233 del Código Civil, señala expresamente que "los padres tendrán la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos", y el artículo 234 añade que "los derechos concedidos a los padres en el artículo precedente" se extienden, en caso de ausencia, inhabilidad o muerte de ambos, a cualquiera otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo; pero nunca se ejercerá contra el hijo mayor de edad."

La doctrina nacional coincide en que las lesiones corporales que se causen en ejercicio de esta facultad son típicas, aunque justificadas. Así, para Novoa, este derecho debe ser referido al artículo 10, N° 10, del Código Penal, precisamente como eximente de responsabilidad criminal en virtud del "ejercicio legítimo de un derecho", en el sentido de una justificación de la conducta "aun

⁴⁸ Juan Bustos, Francisco Grisolia y Sergio Politoff, "Derecho Penal Chileno", Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile 1971, pág. 262 y siguientes.

cuando ella sea típica⁴⁹. Esta opinión, compartida en la doctrina extranjera no sólo por la ortodoxia causalista sino además por los finalistas⁵⁰, para quienes, por las razones arriba indicadas, el dolo existe en estos casos en cuanto intención de maltratar, tiene algunos impugnadores, que niegan la tipicidad por la vía de la adecuación social⁵¹.

Hirsch demuestra convincentemente que los padres no gozan de libertad para disponer de la integridad corporal de sus hijos, sino tan sólo de un permiso excepcional, subordinado a límites necesarios, característicos de las causales de justificación.⁵²

En suma, las lesiones que no excedan los límites de la facultad correccional se hallan justificadas por el ejercicio legítimo de un derecho. Esto conduce a una nueva pregunta sobre la eventual exigencia de un elemento subjetivo de justificación. En efecto, piensan algunos autores que la justificante cesa de operar, aunque se haya alcanzado el fin pedagógico y el medio empleado hubiere sido objetivamente proporcionado, si el sujeto activo no obró movido por razones educativas sino, por ejemplo, solamente para desahogar su cólera.

Trasladando todas estas concepciones al plano de la Ley 19.325 diremos que, estando el padre y la madre autorizados para castigar moderadamente a sus hijos, los cubre la causal eximente de responsabilidad cuando no causan en el hijo corregido lesiones de ningún tipo. Si las causan y ellas son de carácter levísimo o leve, entran a regir las normas de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, y si son de mayor cuantía, las normas del Código Penal. Eso sí, las relaciones correctoras padres/hijos son las únicas a las que se pueden aplicar tales márgenes o requisitos, ya que en todos los demás casos de violencia intrafamiliar la legislación en su conjunto no permite establecer condiciones análogas.

⁴⁹ Novoa Monreal, "Derecho Penal Chileno", Tomo I, pág. 396.

⁵⁰ Welzel, Maurach, Hirsch.

⁵¹ Wurtenberg, Schaffstein, Klug, Hirschn.

⁵² Hirsh, "Derecho Penal", Tomo IV, pág. 111-114.

9.- EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY 19.325.

El procedimiento para la tramitación de las demandas por violencia intrafamiliar, está reglado en el artículo 3° del Título II de la Ley 19.325, cuyo detalle pasamos a estudiar.

El procedimiento se rige por las normas que en seguida analizaremos, teniendo muy presente que, en todo lo obviado por ellas rigen supletoriamente las normas comunes a todo procedimiento que se contienen en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, esto es, en lo relativo a: comparecencia en juicio, pluralidad de acciones o de partes, cargas pecuniarias a que están sujetos los litigantes, formación del proceso, notificaciones, actuaciones judiciales, rebeldías, incidentes, acumulación de autos, cuestiones de competencia, impuncias y recusaciones, privilegio de pobreza, costas, desistimiento de la demanda, abandono del procedimiento, resoluciones judiciales, apelación y ejecución de las resoluciones judiciales. (artículo 3°, inciso primero).

a.-) "El juicio se iniciará por denuncia oral o escrita o demanda, la cual podrá ser formulada o deducida por el afectado, sus ascendientes, descendientes, guardadores, tutores, curadores o cualquier otra persona que tenga conocimiento directo de los hechos materia de la denuncia o demanda, según sea el caso. Asimismo, Carabineros o la Policía de Investigaciones son obligados a recibir las denuncias que se les formulen y a ponerlas de inmediato en conocimiento del juez competente, siéndoles aplicable lo establecido en los artículos 83 y 86 del Código de Procedimiento Penal." (artículo 3° inciso segundo).

Es importante resaltar la idea de acción pública para denunciar los actos constitutivos de violencia doméstica, ya que hay un verdadero interés público en mantener la integridad física y moral de los miembros de una familia como base sustentante de la sociedad.

Esta disposición, originalmente, estaba comprendida en tres artículos, el 3°, 4° y 5° del proyecto; pero la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, decidió suprimirlos en cuanto a su regulación por separado y establecer una única norma constitutiva. Como se decidió otorgar acción pública para denunciar los actos violentos no era razonable entrar a reiterar normas

ya existentes en la legislación chilena, principalmente el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal que impone la obligación de denunciar delitos a determinadas personas atendido el cargo que desempeñan.

El artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, dispone la obligación de recibir la denuncia por parte de los Tribunales, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones.

El artículo 86 del mismo Código, dispone que los funcionarios obligados a hacer la denuncia (artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, entre otros, Ministerio Público, empleados públicos, jefes de puertos, aeropuertos, estaciones de trenes o buses, capitanes de naves mercantes, jefes de establecimientos hospitalarios, etc., dentro del contexto que describe el artículo citado) que omitan hacerla, se les impondrá la pena del artículo 494 del Código Penal (prisión en sus grados medios a máximo o multa de 1 a 5 sueldos vitales), pudiendo incluso ser considerados encubridores del delito. Y en el caso de ser un funcionario de las Fuerzas Armadas, Carabineros, Investigaciones o Gendarmería, de acuerdo al artículo 84, N° 2, del Código de Procedimiento Penal, se comunicará la infracción al Juzgado correspondiente.

b.-) "La denuncia o demanda deberá contener una narración circunstanciada de los hechos en que se funda, los motivos por los cuales estos hechos afectan la salud física o psíquica de el o los afectados, el nombre e individualización del autor o autores de tales hechos y, en lo posible, la indicación de la o las personas que componen el núcleo familiar afectado.

En toda denuncia que se efectúe ante Carabineros o la Policía de Investigaciones, de no determinarse o precisarse la identidad de el o los ofensores, el Servicio que haya recibido la denuncia deberá practicar, de oficio, las diligencias necesarias para su individualización, la cual deberá señalarse en el mismo parte que se envíe al tribunal, al transcribir la denuncia respectiva." (artículo 3° incisos tercero y cuarto).

En cuanto a los "motivos por los cuales estos hechos afectan la salud física o psíquica de el o los afectados", establecida como obligación del denunciante, la entonces Ministra del Servicio Nacional de la Mujer, señora Soledad Alvear, expuso su inquietud en relación con las denuncias hechas por un tercero que tiene conocimiento del maltrato, pero no estuviere en condiciones de

efectuar la descripción de motivos que exige esta norma, especialmente si se trataba de alguien de bajo nivel educacional. La relevancia de este punto era que al momento del planteamiento hecho por la Ministro, el Senado había incorporado la calificación "significativamente" al maltrato, - calificación que en definitiva fue rechazada en el texto final de la ley- lo que implicaba que el denunciante debía señalar "los motivos por los cuales se afectaba significativamente la salud del afectado".

c.-) "En estos juicios, las personas podrán actuar y comparecer personalmente, sin necesidad de mandatario judicial y de abogado patrocinante, a menos que el juez así lo ordene expresamente, lo que deberá hacer en todos los casos en que una de las partes cuente con asesoría de letrado. En este evento, la representación judicial deberá ser asumida por la Corporación de Asistencia Judicial que corresponda y se gozará de privilegio de pobreza.

En el caso de los menores o discapacitados, el abogado o procurador que lo represente será su curador ad litem por el solo ministerio de la ley." (artículo 3º incisos quinto y sexto).

No hay mucho que decir respecto de este apartado. Lo más rescatable es que constituye una importante excepción a las reglas sobre la comparecencia en juicio, ya que no es necesario el patrocinio de un abogado para efectuar la demanda o la defensa en el litigio, salvo que una de las partes cuente con tal asesoría, en cuyo caso la parte contraria por el solo ministerio de la ley contará con la suya, a través del mecanismo de la asesoría gratuita prestada por la Corporación de Asistencia Judicial respectiva.

d.-) "El tribunal, recibida que sea la denuncia o la demanda, citará al denunciante o demandante, al afectado y al ofensor, a un comparendo que deberá celebrarse dentro de los ocho días hábiles siguientes, bajo apercibimiento de procederse en rebeldía de quien no asista." (artículo 3º inciso séptimo, primera parte).

Originalmente, este comparendo de contestación, avenimiento y prueba, debía celebrarse dentro del quinto y el decimoquinto día posterior a aquel en que se inició el proceso o se interpuso la querrela o denuncia.

Al mutarse esta regla por el plazo de ocho días, la Ministro del SERNAM, señora Alvear, manifestó su aprehensión, por cuanto podía ser insuficiente en atención a que la contraparte no estuviere todavía notificada, e insistió en mantener el plazo señalado en el proyecto enviado por la Cámara de Diputados en cuanto a que el comparendo fuera para un día determinado no anterior al quinto ni posterior al décimo quinto desde la fecha de la presentación.

Se argumentó que, dada la urgencia de este tipo de situaciones, debía buscarse la forma más expedita para que el juez adopte las medidas precautorias.

Según nuestra opinión, es válida la aprehensión de la señora Ministro ya que, no obstante ser claro el asunto desde un punto de vista procesal, no lo es en la práctica. La resolución que cita a las partes a comparendo es la primera resolución del juicio, que, como toda resolución, sólo produce efectos en virtud de su notificación al demandado o querellado, por aplicación de la norma del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil. Dicha primera resolución debe notificársele en forma personal, mientras que al demandante se le notifica por el estado diario, de suerte que, puede ocurrir que, como el plazo de ocho días no es común, o sea, no empieza a correr después de la última notificación, el día del comparendo sólo esté notificado el demandante, lo que puede ocurrir lógicamente habida cuenta que la práctica de la notificación es un servicio gratuito que deben prestar los receptores judiciales, elemento que obviamente retarda el cumplimiento de la diligencia. Pero creemos también que el plazo original no solucionaba el fondo del problema. Tal vez la mejor solución era establecer que el plazo para el comparendo comenzaba a correr después de la notificación al demandado.

"Asimismo, si lo estima conveniente, podrá citar a otros miembros del núcleo familiar. Las partes deberán concurrir con todos los medios de prueba que dispongan, incluyendo los testigos a quienes conste personalmente los hechos. En estos juicios no regirán las inhabilidades contempladas en los números 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil."

Esta modificación a las normas del Código de Procedimiento Civil, fue de suma importancia toda vez que habilitó la declaración que pudiera hacer: N°1: El cónyuge y los parientes legítimos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la parte que los presenta; N°2:

Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos, cuando haya reconocimiento del parentesco que produzca efectos civiles respecto de la parte que solicite su declaración; N°3: Los pupilos por sus guardadores y viceversa; N°4: Los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente.

En el contexto de la violencia intrafamiliar son ellos, generalmente, los únicos testigos directos de las agresiones.

"El juez requerirá al Servicio de Registro Civil e Identificación, por la vía que estime más rápida y efectiva, un Informe sobre las anotaciones que el demandado o denunciado tuviere en el registro especial que establece el artículo 8°, el cual deberá ser evacuado dentro del plazo de cinco días hábiles;

e.-) La primera notificación será siempre personal, a menos que el tribunal, por motivos calificados, disponga otra forma de notificación. En todo caso, deberá dejarse al notificado copia íntegra de la resolución y de la demanda o denuncia, según sea el caso. Las notificaciones podrán ser hechas por un funcionario del tribunal, receptor, notario público, oficial del Registro Civil o por carta certificada, según determine el tribunal. Las notificaciones personales podrán efectuarse en cualquier día y en cualquier lugar, entre las seis y las veintitrés horas. Toda otra notificación deberá efectuarse, con igual habilitación de día y hora en el domicilio o en el lugar de trabajo de la persona a notificar." (artículo 3° incisos octavo y noveno).

Este último inciso es de notable importancia. Contiene la norma que ya antes habíamos analizado en cuanto a la primera notificación, la que deberá ser personal; pero la ley autoriza al juez, por motivo calificado, mutar esta notificación por otra. Nosotros nos preguntamos, si el juez está autorizado para algo tan trascendente, como es cambiar la naturaleza jurídica de la primera notificación ¿podría también, al momento de ordenar la notificación personal de la primera resolución, disponer que el plazo para el comparendo comenzará a correr una vez efectuada tal notificación? Creemos que es una alternativa válida que en nada alteraría el orden del proceso, e incluso más, lo aseguraría, ya que es mucho más perjudicial para la finalidad perseguida por la ley

que el comparendo no se efectúe por falta de notificación, a que se efectúe en un plazo superior a los ocho días.

Por otro lado, queremos clarificar un punto que antes también hemos tratado. Dijimos que las actuaciones de los ministros de fe que practican las diligencias son gratuitas. Aparentemente ello sería una equivocación, por cuanto la ley en ninguna parte establece la gratuidad de tales diligencias. Pero a ello llegamos por una razón práctica. En un sondeo informal que hemos hecho por algunos tribunales civiles de Santiago, nos hemos percatado que el 90 por ciento al menos de las demandas de violencia intrafamiliar se deducen sin patrocinio de abogado. Ello lleva naturalmente a los tribunales a encargar la notificación a los receptores de turno de que cada tribunal dispone, los que obviamente no pueden cobrar por las diligencias. Sin embargo estamos de acuerdo con que este es un aspecto en que hay un vacío legal, que ojalá pronto se solucione en pos de la celeridad y eficiencia de las causas sobre violencia intrafamiliar.

f.-) "La audiencia se celebrará con las personas que asistan. Luego de escuchar al ofensor, el juez someterá a los interesados las bases sobre las cuales estima posible una conciliación y personalmente instará a ello. Las opiniones que el tribunal emita al efecto no serán causal de inhabilitación. En la conciliación se podrá convenir sobre toda y cualquier materia, a fin de garantizar la debida convivencia del núcleo familiar y la integridad física y psíquica del ofendido. La conciliación pondrá término al juicio y se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales." (artículo 3° inciso décimo).

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, analizó extensamente esta disposición, sobre todo en el mecanismo de conciliación que se establece.

Hicieron notar algunos señores Senadores que, en materia penal, la conciliación sólo se acepta en nuestro derecho para delitos muy específicos, que no son de acción pública, como la violación y la injuria. En cambio, en la conducta tipificada en el artículo 1° del proyecto está involucrado el interés social.

Al respecto, el asesor de la señora Ministro del SERNAM, señor Juan Bustos, puntualizó que, además de los casos en que la acepta la ley nacional, la conciliación es una fórmula que se

aplica en la actualidad en diversas legislaciones extranjeras, especialmente de los países de Europa, y aseguró que en el proyecto está en juego la familia y su conservación, en cuya perspectiva resulta absolutamente adecuado el llamado a conciliación practicado por el tribunal.

Por su parte, la señora Ministro expresó que debe tenerse presente que se está frente a una iniciativa que busca solucionar un problema social dramático, porque la violencia al interior del hogar se da en una de cuatro familias en nuestro país. Explicó que, normalmente, la persona ofendida requiere que se ayude a solucionar el conflicto y no, precisamente, la penalización del ofensor. Así, este mecanismo de intervención parece muy atinente.

Acotó el señor Ministro de Justicia de la época, don Francisco Cumplido, que en el campo penal debe avanzarse en la experimentación de ciertas instituciones que hoy no tienen aplicación, especialmente frente a situaciones tan particulares como las que trata este proyecto.

El Senador señor Sergio Fernández⁵³ planteó su inquietud en orden a que, una vez que sea requerida la intervención del tribunal, resulta dudosa la posibilidad que se llegue a una conciliación. Por ello propuso, como una fórmula alternativa al proyecto en estudio, establecer el avenimiento como una instancia prejudicial, anterior al proceso mismo, aun cuando ella se practique ante un juez. Es decir, que se le concibiera como una especie de antejuicio.

Después de un arduo debate entre los concurrentes, se convino que, partiendo del reconocimiento de que el maltrato al interior de la familia es una conducta delictiva especial, en el sentido que comparte elementos propios del derecho penal y del derecho de familia, es útil establecer la conciliación ante el juez competente en la primera etapa del proceso.

Además, se compartió la idea de facultar al juez para que, en caso que la parte demandada no concurra al comparendo de conciliación, o que ésta fracase, pueda adoptar las medidas precautorias pertinentes, pero en virtud de una resolución judicial fundada, sobre la base de los antecedentes del proceso.

⁵³ Sesión 11ª del Senado.

En conclusión, es el juez quien antes de examinar los elementos probatorios, propone las bases para una conciliación, la que, en caso de llevarse a efecto, constituye un equivalente jurisdiccional, esto es, tiene la misma fuerza de una sentencia ejecutoriada, como toda transacción.

g.-) "No habiendo conciliación o en rebeldía del ofensor, el tribunal recibirá la causa a prueba, señalando los puntos sobre los cuales ésta debe recaer, debiendo las partes rendir a continuación aquella que ofrezcan. Iniciada la audiencia, ésta no podrá suspenderse por motivo alguno, y en caso que la prueba no alcance a rendirse en ella, continuará al día siguiente hábil y así hasta terminar. El tribunal deberá habilitar horarios especiales para ello, de no ser posible continuar dentro de su horario normal de funcionamiento." (artículo 3º, inciso decimoprimer).

10.- LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS.

Una mención especial nos merecerá el inciso decimosegundo del artículo 3º, que reglamenta, a nuestro juicio, la materia más importante de la ley, esto es, las medidas precautorias que pueden decretarse. Señala tal inciso:

"h.-) El juez, de oficio o a petición de parte, y desde el momento mismo de recibir la denuncia o demanda en caso que la gravedad de los hechos así lo requiera, podrá mediante resolución fundada, decretar toda y cualquier medida precautoria destinada a garantizar la seguridad física y psíquica del afectado y la tranquila convivencia, subsistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar. Al efecto, sin que ello sea taxativo, temporalmente podrá: prohibir, restringir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común; ordenar el reintegro al hogar de quien injustificadamente haya sido obligado a abandonarlo; autorizar al afectado a hacer abandono del hogar común y disponer la entrega inmediata de sus efectos personales; prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar del trabajo del ofendido, a menos que trabajen en el mismo establecimiento; provisoriamente fijar alimentos y establecer un régimen de cuidado personal, crianza y educación de los hijos o menores que integren el núcleo familiar; y, decretar prohibición de celebrar actos o contratos sobre determinados bienes de quienes lo integren.

Estas medidas serán esencialmente temporales y no podrán exceder de sesenta días hábiles. El juez, en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, podrá ampliarlas, limitarlas, modificarlas, sustituirlas o dejarlas sin efecto. Asimismo, por motivos muy graves y urgentes, podrá prorrogarlas hasta por un plazo máximo de ciento ochenta días hábiles, en total.

Iniciado que sea un juicio por tuición o cuidado de menores, alimentos definitivos, divorcio o separación de bienes, corresponderá exclusivamente al respectivo tribunal resolver sobre las medidas precautorias que están vigentes al momento de iniciarse tal procedimiento y que están directamente relacionadas con la materia.

Para el cumplimiento de las medidas a que se refiere esta letra, el juez dispondrá de las facultades establecidas en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, incluyendo la de decretar el auxilio de la fuerza pública, con las facultades de descerrajamiento y allanamiento, si fuera necesario." (artículo 3º, incisos decimosegundo a decimoquinto).

El profesor José Quezada Meléndez conceptualiza las medidas precautorias de la siguiente manera:

"Podemos definir las como aquellos actos procesales que tienen por objeto asegurar los resultados de la acción deducida, o que se va a deducir si la medida precautoria se solicita como prejudicial."⁵⁴

Continúa el autor: "Nuestra legislación las reglamenta en los artículos 290 y siguientes del Código de Procedimiento Civil con el título de "Medidas Precautorias". En otras legislaciones se denominan Medidas Cautelares, Conservatorias, de aseguración preventiva, y otras expresiones análogas o equivalentes, y también se alude al "proceso cautelar". Entre nosotros no existe la "acción" o el "proceso cautelar", distinto del juicio mismo. Son medidas que se pueden solicitar antes o durante el curso de éste, pero que son interdependientes con él y se tramitan como incidentes del mismo o como gestiones prejudiciales."⁵⁵

⁵⁴ José Quezada Meléndez, "Las Medidas Prejudiciales y Precautorias", Editorial Jurídica Conosur Limitada, 1988, págs. 99 y sgtes.

⁵⁵ José Quezada Meléndez, obra citada, pág. 99.

Más adelante el autor expresa, delimitando el concepto, lo que sigue: "Al referirnos a la acción, estamos pensando en la pretensión. La acción se logra por el solo hecho que el tribunal admita a tramitación la demanda y ejerza su función jurisdiccional. Pero, la pretensión únicamente se va a resolver en la sentencia definitiva. Si ella es estimatoria de la demanda, tendrá plena eficacia la precautoria; si es desestimatoria, la medida debe ser alzada."⁵⁶

Con las medidas precautorias se pretende asegurar el resultado práctico de la acción, no tanto en relación con una sentencia favorable, sino que -previendo que pueda serlo- garantizando la existencia de bienes sobre los cuales pueda ejecutarse la sentencia.⁵⁷

Nosotros consideramos que si bien es cierto que las medidas precautorias tienden a asegurar el resultado de la pretensión más que de la acción, en materia de violencia intrafamiliar acción y pretensión se confunden, a tal punto de formar un solo concepto. Entonces las medidas precautorias en este tipo de procedimiento sí aseguran el resultado de la acción, porque las mismas evidentemente están destinadas a obtener tal protección, incluso más que el resultado definitivo.

Características:

1) Son actos procesales de parte. Deben ser solicitadas por el demandante. En materia de violencia intrafamiliar esta característica no se aplica.

2) Son instrumentales. No tienen fin en sí mismas, sino que sirven a la finalidad de la sentencia definitiva.

3) Son esencialmente provisionales. Cumplida su finalidad instrumental, deben cesar.

4) Son acumulables. Se pueden pedir "una o más" dice el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, lo que demuestra tal carácter.

5) Son sustituibles. La característica anterior, y el hecho de no ser taxativas, fundamenta que pueden ser reemplazadas.

⁵⁶ José Quezada Meléndez, obra citada, pág. 100.

⁵⁷ José Quezada Meléndez, obra citada, pág. 101.

6) No son taxativas. Estas medidas son innominadas y deben cumplir con los requisitos generales y especiales de todas las precautorias.⁵⁸

En relación a la oportunidad en que debían decretarse las medidas precautorias, se produjo un intenso debate: Tal como quedó en el texto definitivo, el proyecto salió de la Cámara de Diputados estableciendo que las medidas cautelares podían decretarse desde el momento mismo de ser conocida la denuncia por el juez.

Sin embargo, la Comisión del Senado fue de opinión que el Juez no podía decretarlas sin haberse realizado el comparendo, toda vez que en él debía demostrarse la efectividad de las circunstancias que justificaban su dictación. Argumentaron que de otra forma, al no haber tenido el agresor la posibilidad de ser oído, no se resguardaría el principio del debido proceso. En este sentido el texto propuesto por la Comisión fue: "h) Terminado el comparendo, de no existir avenimiento o conciliación total, el tribunal, por resolución fundada y en base a las pruebas, antecedentes recibidos en el comparendo, podrá dictar toda o cualquiera medida precautoria..."

Este planteamiento no recogía en absoluto uno de los elementos fundamentales de este delito, que agresor y víctima viven juntos. Es necesario detener el ciclo de violencia inmediatamente y no ocho días después de cometida la agresión que dio origen al proceso, sin pensar en otras posteriores que puede haber sufrido la víctima en represalia por la denuncia. La opinión de los Senadores no es sustentable si pensamos que los artículos 289, 299 y 302, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil autorizan para decretar medidas prejudiciales y precautorias, sin audiencia de la persona contra quien se piden, aun cuando falten comprobantes fundantes de la medida y aun antes de notificarse a la persona contra quien se dictan. ¿Es que se vulnera el derecho al debido proceso sólo cuando se trata de materias que involucran los ámbitos domésticos? Nos parece que la materia que abordamos tiene mucho mayor trascendencia, toda vez que está en juego la vida, la integridad física y psíquica de quienes sufren esta odiosa agresión, y se trata de derechos asegurados en la Constitución Política de la República de 1980 en su artículo 19, N°s. 1 y 9.

⁵⁸ José Quezada Meléndez, obra citada, págs. 102 y 103.

Por otro lado, cuando señala el inciso primero de la letra h) que el juez "...podrá mediante resolución fundada, decretar toda y cualquier medida precautoria destinada a garantizar la seguridad física y psíquica del afectado y la tranquila convivencia, subsistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar..." está demostrando claramente cuál es el interés último del legislador al dictar esta ley y determina que los bienes jurídicos protegidos son la integridad física y psíquica del afectado/a y la tranquila convivencia familiar, en todos sus aspectos.

Respecto a una posible inconstitucionalidad o colisión de derechos entre la salud física y psíquica de los integrantes del grupo familiar y el derecho de propiedad que podría producirse como consecuencia de la facultad judicial de ordenar la suspensión de la habitación del presunto agresor en la vivienda que constituye el hogar del grupo familiar, el profesor Humberto Nogueira Alcalá, en su informe en derecho en relación a la materia, sostiene en síntesis que esta colisión es sólo aparente, toda vez que la Constitución Política debe ser interpretada como un todo orgánico, dándole sentido a sus normas de conformidad a una interpretación finalista y sistemática. Por lo cual el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política debe interpretarse en conformidad al artículo 1° inciso segundo, donde se establece el principio y valoración que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, por lo que el Estado debe velar por el bien común de cada uno de sus integrantes, basado en la dignidad y los derechos de la persona humana. Todo ello en relación a los artículos 19 N°s. 1, 4 y 9, siendo estos respectivamente: el derecho a la vida física y psíquica; el derecho al honor de las personas (bien espiritual, integrante de la dignidad humana) y el derecho a la salud (estado de bienestar físico y mental del individuo y no sólo la ausencia de enfermedad).

Señala el profesor Nogueira que la limitación al Derecho de propiedad se justifica en virtud de su función social, al proteger la integridad de las personas que forman la familia, todo ello sin que se afecte la esencia del derecho de propiedad.

Por último, el inciso final de la letra h) establece que "para el cumplimiento de las medidas a que se refiere esta letra, el juez dispondrá de las facultades establecidas en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil...". Este artículo, ubicado en el Libro I, Título XIX, "De la Ejecución de las Resoluciones", señala que el juez podrá dictar todas las medidas conducentes al

cumplimiento de las medidas adoptadas, pudiendo al efecto imponer multas o arrestos hasta por dos meses, determinados por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio.

"i.-) Terminada la recepción de la prueba el tribunal citará a las partes para oír sentencia y, dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de esta resolución, podrá decretar medidas para mejor resolver. Además de las medidas establecidas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, podrá decretar informes médicos, psicológicos, de asistentes sociales u otros que estime convenientes, como también requerir informes o antecedentes de organismos de la Administración del Estado, Municipales y de empresas particulares, debiendo fijar plazo para su cumplimiento y, en caso de desobediencia, aplicar los apremios que establece el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil." (artículo 3º inciso decimosexto).

Este artículo se ubica en el Libro II, del Código de Enjuiciamiento, Título XI, "De los medios de prueba en particular", Del informe de peritos. En él se señala que, en caso que los peritos no evacuen su informe dentro del plazo fijado, pueden ser apremiados con multas, prescindir del informe o decretar el nombramiento de otro perito.

"j.-) La prueba se apreciará según las reglas de la sana crítica y la sentencia se dictará en el acto o, a más tardar, dentro de décimo día. Ésta sólo deberá contener las indicaciones que establecen los números 1º, 4º y 6º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, deberá pronunciarse sobre la ocurrencia del hecho constitutivo de violencia intrafamiliar, si afecta o no a la salud física o psíquica del ofendido, la responsabilidad del denunciado o demandado y, en su caso, la sanción que se aplica. Asimismo, por tiempo que no exceda de sesenta días, podrá mantener, ampliar, modificar, substituir, reducir o dejar sin efecto las medidas precautorias que haya decretado.

Esta sentencia sólo producirá cosa juzgada substancial respecto de la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del ofensor." (artículo 3º inciso decimoséptimo y décimo octavo).

En materia de violencia intrafamiliar no rige, para la sentencia, el sistema de libre convicción o el sistema de prueba legal o tasada, sino el sistema de la sana crítica.

La sana crítica está integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

En la valoración de la prueba, el juez se encuentra limitado en el ejercicio de su labor por las reglas objetivas que constituyen los principios lógicos y las máximas de la experiencia.

Este numeral dispone, además, los requisitos que deben contener las sentencias definitivas de primera o única instancia. En este caso la ley exige: N°1 La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio y profesión u oficio; N°4 Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia, y N°6 La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.

"k.-) La apelación de la sentencia definitiva y de cualquiera otra resolución susceptible de este recurso, se concederá en el sólo efecto devolutivo. La apelación se podrá interponer verbalmente, sin forma alguna, se verá en cuenta, sin esperar la comparecencia personal de las partes, y gozará de preferencia para su fallo." (artículo 3° inciso decimonoveno).

No señala este artículo el plazo en que debe interponerse el recurso de apelación, por lo que, y aplicando el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil, diremos que son cinco y diez días si se trata de sentencias definitivas.

11.- LAS SANCIONES.

Están contempladas en los artículos 4°, 5° y 6° del Título III de la Ley.

Las sanciones que se aplicarían en esta ley, fue un punto de gran importancia toda vez que debían ser compatibles con la naturaleza del conflicto. Era necesario que el sistema de pena no

llevara a profundizar aún más el conflicto, por lo que se buscaron penas alternativas a la privación de libertad.

Dispone el inciso primero del artículo 4º: "Se castigará al autor de un acto de violencia intrafamiliar con alguna de las siguientes medidas:

1) Asistencia obligatoria a determinados programas terapéuticos o de orientación familiar por un lapso que no exceda de seis meses, bajo el control de las instituciones indicadas en el artículo 5º."

Esta sanción si bien está motivada por fines plausibles, en la práctica carece de la obligatoriedad compulsiva de toda sentencia definitiva. No hay un sistema que pueda permitir al juez obligar al "condenado" a cumplir la sentencia.

Las instituciones encargadas de controlar el cumplimiento de las medidas descritas son el Servicio Nacional de la Mujer, los Centros de Diagnósticos del Ministerio de Educación o los Centros Comunitarios de Salud Mental Familiar.

2) "Multa, a beneficio municipal, del equivalente de uno a diez días de ingreso diario. El ingreso diario será el cociente que resulte de dividir la remuneración o ingreso mensual del condenado por treinta. El infractor deberá acreditar el pago de la multa dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la notificación de la sentencia definitiva. El incumplimiento se sancionará con un día de arresto por cada ingreso diario que se le haya aplicado de multa."

Sobre esta sanción es importante recalcar el hecho de que no se trata de montos fijos, sino que estos son proporcionales con el ingreso real del sancionado. En cuanto al destino de esta multa, la señora Ministro Soledad Alvear, fue de opinión que el hecho de que fueran a beneficio municipal, tenía sentido cuando se les otorgaba competencia a los Juzgados de Policía Local, pero, en virtud de la radicación de estos asuntos en los tribunales civiles, la multa debería ceder en beneficio del Fisco. (Estos montos podrían haber sido destinados, en definitiva, al financiamiento de Centros de Terapia u Orientación Familiar). La opinión no fue aceptada finalmente.

3) "Prisión en cualquiera de sus grados".

El tribunal al aplicar la pena, deberá considerar como circunstancia agravante el incumplimiento, por parte del denunciado o demandado, de cualquiera medida precautoria que hubiese decretado a su respecto.

El juez, de acuerdo con el ofensor y una vez ejecutoriada la sentencia, podrá conmutar la sanción del N°2 o N°3, por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad. La resolución que otorgue la conmutación deberá señalar expresamente el tipo de trabajo, el lugar donde debe realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento. La no realización cabal y oportuna de los trabajos determinados por el tribunal, dejará sin efecto la conmutación por el solo ministerio de la ley y deberá cumplirse cabalmente la sanción primitivamente aplicada."

El proyecto enviado por la Cámara de Diputados al Senado, contemplaba como sanción, en su artículo 10, N° 2, "la realización de trabajos ad-honorem, con un máximo de 48 horas para la Municipalidad o las corporaciones Municipales existentes en la comuna correspondiente a su domicilio". Sin embargo, esta pena, (que en la práctica sí hubiera sido una verdadera sanción social, pensemos en una plaza o en calles determinadas que debían ser limpiadas por los agresores), tuvo que ser suprimida como sanción y solo se mantuvo como una posibilidad de conmutación de las sanciones números 2 o 3 del texto definitivo.

El profesor Humberto Nogueira Alcalá, en su informe en derecho, en relación con este punto, señaló que le pareció inconstitucional y contrario a los Pactos Internacionales en materia de derechos civiles de los que Chile forma parte (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica), la redacción del artículo 10 N° 2 por establecer una especie de trabajo forzado, vulnerando los artículos 5 y 19, N°16, incisos 1° y 2°, de la Constitución Política de 1980. Establece que sólo sería constitucional si fuera aplicable como conmutación de otra sanción que operaría a petición del sancionado y se practicara fuera de sus horas normales de trabajo.

De esta misma manera opinó la comisión del Senado.

Artículo 5º: "El juez deberá por el tiempo que considere prudente, controlar el cumplimiento y resultado de las medidas precautorias decretadas y de las sanciones adoptadas, pudiendo delegar estas funciones en instituciones idóneas para ello, como el Servicio Nacional de la Mujer, los Centros de Diagnósticos del Ministerio de Educación o los centros comunitarios de Salud Mental Familiar, lo que determinará en la sentencia,

Los organismos referidos deberán, con la periodicidad que el tribunal señale, evacuar los informes respectivos."

Artículo 6º: "El incumplimiento de cualquier medida precautoria decretada por el Tribunal, será sancionado en la forma establecida en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Además, mientras se sustancia el respectivo proceso por el competente tribunal en lo criminal, el juez civil podrá aplicar apremios de arresto hasta por quince días."

El artículo a que hace mención del Código de Procedimiento Civil, se ubica en su Libro I, Título XIX, "De la ejecución de las resoluciones judiciales", y señala su artículo 240: "Cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado. El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo."

CAPÍTULO SEGUNDO:

"EVALUACIONES Y REDES DE PREVENCIÓN"

1.- EVALUACIONES.

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Violencia Intrafamiliar se ha ido evaluando su funcionamiento y eficacia, a través de estudios que emanan de diversas instituciones relacionadas con la problemática de la violencia doméstica, con el objeto de poder determinar si en la práctica esta Ley ha dado los frutos esperados.

Entre las más completas que se han realizado se pueden destacar:

1.1. Evaluación efectuada por el Centro de Atención y Prevención en Violencia Intrafamiliar de la Municipalidad de Santiago: A través de la obra "Una reconstrucción posible", junto con conceptualizar y describir el fenómeno, el Centro expone el trabajo realizado (muy interesante y poco común en nuestro medio, lo que sitúa al Centro entre las voces más autorizadas para explicar el fenómeno de la violencia intrafamiliar en nuestro país) y expone una visión crítica de la ley. Este trabajo se publicó en 1999, por lo que alcanza a evaluar la ley luego de algún tiempo de funcionamiento. Cabe hacer presente que el Centro cuenta también con experiencia en este tema antes de la dictación de la Ley de Violencia Intrafamiliar, lo que le permite contrastar estas dos realidades y determinar con precisión los avances logrados.

1.2.) Seguimiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar de agosto de 1997 efectuado por el Instituto de la Mujer: Conjuntamente con un estudio estadístico, el Instituto abordó el problema del seguimiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar desde un punto de vista cualitativo. Este estudio presenta una particularidad, ya que se procedió a entrevistar a los actores institucionales que intervienen en la violencia intrafamiliar, lo que permitió apreciar el conocimiento que dichos actores tienen respecto de la problemática de violencia doméstica y en particular sobre la Ley N° 19.325 y sus implicancias. Por otra parte, permitió determinar el grado de eficacia del mencionado cuerpo legal, fundamentalmente en lo que se refiere a la concesión y eficacia de las medidas precautorias, a la validez y grado de cumplimiento de los acuerdos tomados en los comparendos, a la eficacia y real utilidad de las derivaciones al sistema de salud mental y a la eficacia procesal de la Ley de Violencia Intrafamiliar.

Sin embargo dicho estudio se realizó parcialmente (en una primera etapa) en agosto de 1995, es decir a un año de entrar en vigencia la Ley, por lo que no puede dar cuenta cabalmente de la realidad actual. Las apreciaciones que los actores institucionales realizaron entonces no son las mismas que harían hoy en día. Lo que en algún momento constituyó una novedad ya no lo es tanto. Pero, a pesar de esto, llama la atención que los estudios recientes sigan dando cuenta de los mismos problemas y deficiencias que se detectaron en un primer momento de evaluación, lo que demuestra

la necesidad de lograr un diseño muy acabado y conocedor de la realidad en la que se va a aplicar, ya que la capacidad de adecuación de todos los actores intervinientes es muy reducida.

El estudio procede recogiendo las opiniones de magistrados, profesionales la atención de violencia intrafamiliar y de Carabineros como actores institucionales para recoger posteriormente las opiniones de mujeres víctimas.

1.3. La evaluación efectuada por el programa "Rompiendo Silencios" del Instituto de la Mujer: Este estudio data de octubre de 1998. Por lo tanto, se efectúa con un buen tiempo de aplicación de la Ley, desnudando deficiencias que en un inicio no se podían detectar. Por lo mismo, este estudio también propone modificaciones concretas a la Ley, lo que demuestra, que a esa fecha se estimaba que ya el tiempo de "rodaje" de la ley había transcurrido y era necesario hacer algunos ajustes.

Con la intención de sistematizar los diversos planteamientos emanados del análisis de estadísticas, del trabajo práctico de atención de víctimas, del análisis académico, etc., procederemos a exponer por áreas temáticas las conclusiones alcanzadas por los diversos estudios, como también nuestra opinión y proposiciones de mejoramiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar.

2.- INFLUENCIA DE PROBLEMAS SOCIALES. DESLEGITIMACIÓN SOCIAL DE LA CONDUCTA SANCIONADA.

2.1. Consideraciones Generales.

Un primer comentario general nos permite afirmar que se ha logrado avanzar en la deslegitimación del uso de la violencia en el ámbito familiar a través de la dictación de esta Ley. En opinión de doña Luz Rioseco⁵⁹ el primer aporte de la Ley fue determinar claramente la ilicitud de la conducta tipificada como violencia intrafamiliar, lo que produce el efecto de prevención negativa (inhibición por temor a la sanción) y prevención positiva (refuerza la confianza de las víctimas en el sistema legal al sentirse protegidas). A la vez que incorpora en la ilicitud la violencia psicológica por primera vez en nuestra legislación.

Pero más allá de buscar como destinatario de la norma a la sociedad en su conjunto, esta ley tiene el mérito, en opinión de la misma autora, de reforzar el compromiso del Estado como garante de los bienes jurídicos protegidos por ella: la salud física y psicológica de las personas. A la vez que las sanciones alternativas implican una decisión de transformación social y cultural hacia una sociedad más igualitaria.

Por su parte, el Centro de Atención y Prevención en Violencia Intrafamiliar de la Municipalidad de Santiago⁶⁰, señala que no se debe olvidar que existe una resistencia del sistema para abordar un fenómeno que lo constituye y lo define: las relaciones de abuso, expresión de las relaciones de poder, en este caso en un ámbito considerado privado, el de la intimidad, espacio donde más se violan los derechos de las personas. Sostiene el Centro que es aquí donde radica el mérito principal de esta ley: en la deslegitimación social de esta forma de relación entre los miembros de la familia, debiendo tener un efecto importante en las concepciones y conductas de las personas, en la toma de conciencia de los derechos personales y en la democratización de nuestra sociedad. Se busca así una sociedad en la que sea posible pensar que las diferencias no significan necesariamente discriminación y abuso.

⁵⁹ Luz Rioseco, "Evaluación de la Ley de Violencia Intrafamiliar N° 19.325 y una propuesta para su Modificación", Santiago, Instituto de la Mujer, 1998, pág. 3.

⁶⁰ Centro de Atención y Prevención en Violencia Intrafamiliar de la Municipalidad de Santiago, Santiago, artículo publicado en obra "Reconstrucción Posible", 1999, pág. 6.

2.2. Opinión de los diversos actores del conflicto intrafamiliar.

Respecto de los diversos actores del conflicto intrafamiliar que fueron entrevistados por el Instituto de la Mujer, éstos señalaron que la dictación de la Ley N° 19.325 es muy importante y necesaria. Si bien, todos los sectores están contestes en este punto, son divergentes al momento de precisar cuál es el rol que le asignan y las carencias que tendría este cuerpo legal.

En efecto, como señala un magistrado: "...encuentro que es positivo (la dictación de la ley), en el sentido que no cabía o que no estaba contemplado dentro de nuestra legislación...hoy hay un procedimiento, hay toda una normativa...hoy el juez competente tiene ciertas facultades que ningún juez antes tenía, como son las medidas precautorias...mirado desde este punto de vista por supuesto que es un avance ante una realidad en la que no existía nada..., esto no significa que el problema de la violencia intrafamiliar lo tengamos resuelto...falta mucho para tener una ley que sea realmente completa, para eso se requiere gente preparada, instituciones que estén apoyando y a lo mejor algunas modificaciones a la ley misma"⁶¹.

Siguiendo la misma línea, otro magistrado dice: "...la evaluación de la aplicación de la ley, en general yo diría que es positiva,...sin embargo la ley tiene deficiencias...yo creo que hay que hacer cambios profundos para lograr una solución definitiva de éstas y no una solución de parche como la que se ha visto con esta ley...".

Otros sectores, como son los Programas de Atención en Violencia Intrafamiliar señalan al respecto: "...yo creo que para todo el mundo fue super importante la promulgación de la ley porque abrió una posibilidad de intervenir con las herramientas que posibilita la ley en su letra,...ello sin perjuicio de saber las limitaciones que tenía, como es no contar con el financiamiento...porque, por ejemplo, es imposible que la cantidad de derivaciones a atención de salud mental se realicen...". Otro profesional del área señala al respecto: "...esta ley todavía no tiene el Reglamento...ya va a hacer como un año que la ley está aprobada y no tiene Reglamento, eso es una gran dificultad para

⁶¹ Todas las citas que estamos reproduciendo fueron obtenidas del estudio "Seguimiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar", elaborado por el Instituto de la Mujer, Santiago, 1997.

su aplicación, por ejemplo para orientar a la víctima o al mismo agresor..., como también lo es el que no incorpore otras formas de agresión, por ejemplo la agresión sexual que a nosotros nos llega muchísimo en casos de violencia intrafamiliar y la ley no incorpora...", "...pero, por otra parte, la Ley de Violencia Intrafamiliar, ha motivado mucho a la gente a trabajar en estos temas...".

Por su parte, los Carabineros entrevistados señalaron al respecto: "...normalmente ahora por los efectos de esta ley van a denunciar el hecho...lo que antiguamente ocurría, bajo la legislación anterior, era que las personas concurrían al hospital cuando las lesiones eran más o menos graves, entonces obviamente se producía la violencia intrafamiliar con la competencia del juez del crimen y eran pocas las cantidades de agresión familiar que recibía anteriormente." "Como le digo, hoy la mujer agredida sabe que tiene apoyo por parte de Carabineros o por parte de un tribunal, para ayudarle a solucionar sus problemas de violencia intrafamiliar."

A su vez el estudio entrevistó a trece mujeres que estaban siguiendo un juicio de violencia intrafamiliar, las que coincidieron con lo señalado, en el sentido de que la sola existencia de la ley resulta muy importante, e incluso que de haber existido con anterioridad esta ley, sus vidas habrían sido distintas. Sin embargo, manifiestan no conocer el contenido de la ley, por lo que sus expectativas en la mayoría de los casos no son satisfechas. Además agregaron que los agresores al conocer la existencia de la ley disminuyeron su nivel de violencia, a lo menos transitoriamente.

2.3. Nuestra opinión.

Si bien no queda más que coincidir con estas apreciaciones, nos parece muy importante dejar en claro que el esfuerzo estatal no ha sido lo suficientemente importante como para corregir acertadamente el problema, ya que no contempló el financiamiento indispensable que requiere esta ley. Esto influye en a lo menos dos aspectos.

En primer lugar, se perseguía incentivar a la población a denunciar las situaciones de violencia intrafamiliar y sacar este problema del anonimato en que se encontraba al interior de las familias. Lograr que el problema pasara a ser visible a la opinión pública fue uno de los propósitos

principales del proyecto. Esto, consecuentemente, significaría un aumento de la demanda de los servicios de atención de víctimas y, muy especialmente, de los tribunales de justicia. Para nadie constituye un misterio que éstos (tanto tribunales civiles, penales, de menores, de policía local, etc.) se encuentran absolutamente sobrepasados en su capacidad de absorción de demanda, por lo que parece un evidente despropósito agregar esta nueva demanda al sistema sin dotarlo de mayores recursos humanos y materiales. Un buen esfuerzo legislativo se desperdicia de este modo al caer en un sistema colapsado. La solución más lógica y seria habría sido la creación de los Tribunales de Familia, como por lo demás lo señalaron los parlamentarios al discutir el proyecto de ley.

En segundo lugar, la falta de financiamiento influye en la capacitación y difusión de la ley. No es una novedad que todo proyecto de ley implica un gasto público, algunas veces más importante y otras veces de poca monta. Pero siempre se requiere difusión del nuevo texto legal, instrucción y capacitación a aquellos llamados a aplicarlo y medios materiales y humanos para asegurar su correcto funcionamiento. La Ley de Violencia Intrafamiliar constituye un texto legal que requiere especialmente dicho financiamiento, pues se trata, en primer lugar, de una innovación legislativa sin precedentes en nuestra legislación, que además pretende abordar la difícil labor de cambiar patrones culturales sumamente arraigados, por lo que requiere una labor muy importante de difusión pública y de instrucción y capacitación de los agentes llamados a aplicar la ley. En resumen, el financiamiento se encuentra en este caso íntimamente ligado a labores de capacitación y difusión de la ley.

Cabe tener presente que uno de los temas por el que plantearon cierta preocupación los jueces, fue precisamente el del financiamiento específico. Así, por ejemplo, señalaron que se debió haber contemplado recursos para financiar dotación de nuevo personal en los tribunales, para procurar infraestructura básica como computadores para llevar las causas, poder adecuar espacios especiales dentro de los tribunales para tomar los comparendos, etc.

Por otra parte, esta crítica apunta directamente al enfoque academicista que se dio a esta ley cuando se discutió en el Congreso. En ningún momento se tomó en cuenta mayormente la opinión de quienes eran los llamados a aplicar la ley. Se pensó en un buen diseño teórico y se cumplió con la

obligación legal de oír la opinión de la Corte Suprema, que, por lo demás, no se ve modificada sustancialmente su carga de trabajo con esta reforma. De haberse tomado en cuenta la apremiante situación de sobrecarga y atochamiento de causas que viven los Tribunales Civiles, se habría tenido que llegar a la conclusión inevitables de que la ley no se iba a poder cumplir adecuadamente si no se destinaban fondos para aumentar los medios materiales y aumentar y especializar a los funcionarios que deben aplicar esta ley.

3.- LO QUE PUEDE OFRECER LA LEY N° 19.325.

3.1. Otorgamiento de un marco básico de seguridad.

En primer lugar, el solo hecho de abordar el problema de la violencia intrafamiliar con una legislación específica, conlleva como mayor beneficio, en opinión del Centro de Atención y Prevención, el de proporcionar un marco básico de seguridad al afectado y de condiciones favorables a partir del cual las personas pueden buscar salidas al problema que viven. La complejidad del fenómeno, especialmente cuando se trata de relaciones de violencia de larga data, requiere de un proceso largo de intervención para que sus resultados sean positivos. La intervención legal debe ser entendida como una entre varias formas de abordar el problema, ya que la violencia intrafamiliar requiere de intervenciones interdisciplinarias que aborden todos los aspectos involucrados: sociales, relacionales y legales.

En el mismo sentido opina doña Luz Rioseco, al señalar que la legislación de violencia intrafamiliar nos proporciona un marco básico de seguridad para las intervenciones interdisciplinarias⁶².

3.2. Fusión de normas civiles y penales de tendencia moderna.

⁶² Luz Rioseco, obra citada, pág. 12.

Respecto a la forma específica que se eligió para abordar legislativamente el problema, la profesora Rioseco estima que se avanza mucho al basarse en modernas tendencias del Derecho Penal, Procesal y de la Criminología, por ejemplo:

- Concepción de los derechos humanos, con el objeto de poner fin a todo tipo de discriminación y contribuir a la prevención de la violencia.

- Protección de bienes jurídicos ligados directamente a la persona y a su vida cotidiana en cuanto a su interrelación.

- Reemplazo de las penas cortas privativas de libertad e instauración de procedimientos breves.

- Asignación de gran importancia a la víctima.

- Consagración del poder cautelar general de los jueces.

- Consagración de mecanismos de protección de las víctimas y sus familiares, a través de las Medidas Cautelares.

Por otra parte destaca la opción por la judicatura civil, que implica una búsqueda de protección y cautela de los derechos de las ofendidas y recomposición del tejido social, más que culpables a ser sancionados. Señala además, que se facilita el acceso a la justicia de las víctimas con la instauración de un procedimiento sencillo (breve, sumario, concentrado, oral y no ritual).

Sin embargo, este mismo diseño de competencia conlleva, según Rioseco, a profundas dificultades para la solución del problema de violencia intrafamiliar. La competencia entregada en la materia a los tribunales civiles, ha significado un largo proceso de ruptura de las barreras impuestas por muchos de estos jueces a un problema que no consideraban atingente a su jurisdicción y respecto del cual no tenían conocimiento ni preparación alguna. Esto último, aplicable también a los funcionarios, ha sido determinante, ya que ha quedado claramente demostrado que, con los mismos funcionarios sensibilizados y que comprendan el problema, la ley se aplicaría en forma más eficaz. El desconocimiento del problema también ha significado la carencia de mecanismos de cuidado de

las personas que atienden los casos de violencia intrafamiliar, habiéndose producido un incremento de las licencias médicas y un trato inadecuado a demandantes y/o demandados.

Lo anterior sólo se solucionará con la creación de los Tribunales de Familia, a los que nos referiremos en el último capítulo de este trabajo. Por el proceso que ya se ha hecho en estos años de jurisdicción entregada a los Tribunales Civiles, que ha significado capacitación de funcionarios y creación de instancias de recepción de causas a cargo de asistentes sociales y por el menor atochamiento que estos tienen en relación a los Tribunales de Menores, no es oportuno, en opinión de la profesora Rioseco, cambiar de los primeros hacia los segundos, menos aun cuando muchos jueces de menores han demostrado no tener ninguna sensibilidad con el problema de la violencia intrafamiliar y ningún interés por ver materias en que sólo estén involucrados adultos.

Respecto al marco de relación procesal que establece esta ley, el Centro de Atención y Prevención sostiene que la mayoría de las personas no tiene experiencia previa con la justicia, con lo cual las distintas instancias que les toca vivir en el proceso de demanda y la persona del juez en particular, revisten una gran importancia subjetiva para los afectados, y por lo mismo, una posibilidad de incidir efectivamente en el problema. En este sentido se pone de relieve las conductas, actitudes y opiniones de los propios funcionarios y jueces en relación al cuestionamiento o no de las relaciones abusivas entre las personas. Muchas veces ellos marcan una diferencia entre una intervención que tiende a disminuir o detener la violencia al interior de la pareja, o bien a mantenerla. Los mensajes destinados a eliminar la violencia, son aportadores y clarificadores. En este sentido se pone de relieve la necesidad de la sensibilización, capacitación y contacto permanente con los jueces y funcionarios.

Por otra parte, sostienen que es necesario considerar que esta instancia plantea un modelo de resolución posible, por lo que un clima adecuado de legitimación del otro, tanto de quien demanda como de quien es demandado, refuerza este mensaje. Por lo que es importante que las instancias de demanda como de comparendo, permitan que ambos miembros de la pareja sean escuchados. Hay que recordar que en las relaciones de violencia ambos miembros se sienten afectados.

En este sentido, señalan que es importante considerar que en las relaciones de violencia es frecuente que un miembro de la pareja ejerza control sobre las decisiones del otro, situación que se reproduce en las distintas instancias en que ambos deben estar presentes. Esta situación reviste gravedad en aquellos en que la violencia ha ocurrido por largos períodos de tiempo, la intensidad de la agresión es alta y/o hay abuso de tipo sexual. En estos casos es importante considerar la posibilidad que la pareja declare por separado, pues es característica central de las relaciones abusivas la inhibición de la afectada/do.

3.3. La opción por la judicatura civil.

Volviendo al tema de los tribunales en que se radicó la competencia para resolver los problemas de violencia intrafamiliar, cabe considerar la opinión que expresaron los magistrados al respecto.

Todos los jueces entrevistados señalaron que no era pertinente que se radicara la competencia en los Tribunales Civiles, ya que éstos, por el tipo de materia que conocen, no cuentan con las herramientas para resolver adecuadamente los casos de violencia intrafamiliar. Prácticamente todos estuvieron contestes que lo adecuado era crear Tribunales de Familia y radicar allí su competencia.

Los jueces estimaron que mientras no se creara dichos Tribunales, lo correcto era otorgar competencia para las causas de violencia intrafamiliar a otros tribunales. Unos consideraban que lo adecuado era radicarla en los Tribunales de Menores. Al respecto uno de los magistrados señaló expresamente: "Es algo que nos llegó a nosotros sin tener ninguna vocación de orientador familiar, ni de arreglador de entuertos matrimoniales, si no tenemos esa vocación, como nos entregaron a los jueces civiles, ese tipo de leyes donde no se requiere grandes conocimiento jurídicos, sino una formación de tipo psicológico y mucha paciencia...no es lo mismo en el juzgado de menores donde la tramitación legal es muy simple, las normas que hay que aplicar no tienen ninguna complicación..." Otros consideran que, por el momento, ellos podrían mantener la competencia

sobre este tipo de causas. Sólo un magistrado opinó que lo adecuado era radicar la competencia en los tribunales del crimen: "Yo creo que los jueces del crimen están mejor preparados...esto (la violencia intrafamiliar) es más cercano a lo criminal que a lo civil y tanto es así que la ley lo dice, cuando señala que si las lesiones son graves o de mediana gravedad, deben ser transferidos a los jueces del crimen. Lo que resuelve un juez civil son asuntos de tipo patrimonial a diferencia de los jueces del crimen que apuntan más a la persona que al patrimonio".

La mayoría de los Carabineros entrevistados no expresó opinión sobre este punto, salvo los de Santiago, quienes manifestaron que les parecía adecuado radicar la competencia en los Juzgados de Policía Local. Las razones que adujeron fueron por una parte, que estos tribunales están más cercanos, que habría una mayor proximidad entre los juzgados, comisaría y comunidad, y que todo esto facilitaría la aplicación del procedimiento. Por otra parte, por lo que ha sido su relación con los Juzgados de Policía Local, estiman que esta judicatura es más eficaz, adopta rápidamente una resolución cobra multas, etc., es decir, ellos "ven que se hace algo con el agresor, lo que no ha sucedido con los juzgados civiles."⁶³

Las opiniones respecto de la competencia del tribunal reflejan una clara distinción entre los agentes integrantes del poder judicial y los externos al mismo. Los primeros tienen una opinión formada al respecto y demuestran, por ende, preocupación por el tema. Para el segundo grupo no parece un problema trascendente. Llama fuertemente la atención, ya que lo que diferencia a estos grupos es básicamente su formación jurídica, aunque también se podría entender que existe una distinta concepción cultural acerca del tema. Esto se refleja también en sus fundamentaciones, ya que los jueces aducen razones de carácter doctrinario en cuanto a la naturaleza del conflicto y los conocimientos que se requieren para enfrentarlo. Las razones esgrimidas por el personal de uno de los centros de atención y Carabineros apuntan directamente a problemas de carácter práctico como lo es el acceso a la justicia y la rapidez con que se actúa.

⁶³ Todas estas citas fueron obtenidas en el trabajo, "Seguimiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar", Santiago, Instituto de la Mujer, 1997.

3.4. Implementación de instituciones novedosas.

La ley tiene, como ya se dijo, la virtud de incorporar técnicas legislativas modernas y adecuadas para la resolución del problema, atendida su especial naturaleza. Su principal innovación radica en:

a. La utilización de un concepto moderno de familia.

La ley utiliza un concepto amplio de familia, que incorpora las uniones de hecho, lo que se reconoce legislativamente en la mayoría de las legislaciones comparadas. La profesora Rioseco opina, sin embargo, que el tipo incurrió en una omisión: algunos familiares y otros que ejercen violencia en el hogar no se incluyeron en la tipificación de la figura, como los yernos, hermanos mayores de edad, ex cónyuges, ex convivientes y quienes hayan procreado un hijo sin mediar convivencia.

Respecto de este tema no hubo una especial preocupación por parte de los entrevistados por el Instituto de la Mujer; en general éstos no tuvieron reparo alguno en lo que se refiere a que esta ley no sólo protege a los miembros de una familia legítima, sino que también a la descendencia y ascendencia ilegítima, e incluso a la conviviente, quien no tiene amparo en nuestra legislación. En la misma línea tampoco hubo observaciones a que queden amparados los menores, que no tienen parentesco con el agresor sean pupilos, o estén bajo el cuidado o dependencia de algunos de los miembros del grupo familiar.

Sin embargo, respecto de esta temática se detectaron algunas situaciones particulares que nos parece interesante señalar aquí.

En primer lugar, algunos de los entrevistados (especialmente Carabineros y asistentes sociales), plantearon ciertos reparos a la normativa que establece que quedan comprendidas dentro de la violencia intrafamiliar las relaciones de concubinato. En efecto, plantearon que a través de la

ley debía ampararse aquellas relaciones que no sólo "estuvieran unidas por un vínculo afectivo, sino que por uno legal".

Por otra parte, conforme lo señaló la asistente social a cargo de la Oficina de Recepción y Distribución de denuncias por violencia intrafamiliar en la Corte de Apelaciones de Santiago, la situación detectada, es que ellas tienen como criterio que todos los casos de menores que llegan no los ingresan para la distribución a los Juzgados Civiles, sino que los envían a los Tribunales de Menores, dejando a éstos fuera del amparo de la Ley N° 19.325 y estableciendo como criterio el desuso de la parte final del inciso 1° del artículo 1° de la mencionada ley. La razón en que fundamenta tal decisión es que "...el juez civil por su propia dedicación no maneja el problema de menores..." Desgraciadamente este estudio no abarca tribunales de menores por lo que no fue posible determinar el funcionamiento de estos casos (uno de los problemas que presenta esta situación es que las medidas precautorias que consagra la Ley N° 19.325, no están recogidos expresamente por la Ley N° 19.324).

b. El establecimiento de un comparendo de conciliación en una materia de índole penal.

Sin perjuicio que esta materia la trataremos *in extensu* en el capítulo quinto de esta Memoria, podemos señalar que se debe prestar una especial atención al tema del comparendo y avenimiento que contempla esta ley. Si bien esta institución no es novedosa en nuestra legislación e incluso constituye un trámite esencial en el procedimiento ordinario y supletorio civil, no lo es, sin embargo en el procedimiento penal de acción pública. Se puede sostener que se trata de una institución incompatible con el carácter de derecho público que presenta el derecho penal. No sería posible someter a un acuerdo o arreglo de las partes una materia de interés primordial para la sociedad en su conjunto. Sin embargo, se separó precisamente, a través de esta ley, el tema de violencia intrafamiliar del ámbito propiamente penal, por lo que el comparendo y el avenimiento pasarían a ser compatibles con el nuevo procedimiento. Esto refuerza la idea de una legislación de una

naturaleza nueva y especial que recoge instituciones del ámbito penal y civil. Un buen ejemplo de ello lo constituye precisamente la existencia de un avenimiento en una causa que se inicia a través del ejercicio de una acción pública, que por definición se ejerce en nombre de la sociedad.

Según el estudio practicado por el Instituto de la Mujer se ha podido determinar que la forma más importante de ponerle fin a los juicios de violencia intrafamiliar son los avenimientos. El 65% de las causas terminadas (lo que representa el 90% de las causas que han acabado con alguna resolución con fuerza obligatoria para las partes) lo han sido a través de este mecanismo establecido en el comparendo de conciliación. Ante dicha realidad, esta etapa procesal sobre una dimensión intrafamiliar por la vía jurisdiccional se evalúa en un porcentaje importante a través de lo que pasa en definitiva con los avenimientos.

De las diversas entrevistas efectuadas en el estudio del Instituto de la Mujer se pudo establecer el siguiente diagnóstico respecto de esta etapa procesal, de los acuerdos que allí se toman y de la importancia y eficacia de los avenimientos.

En primer lugar, veremos lo que se señaló por parte de los jueces en relación a las dificultades de tipo procesal y administrativo, que traban la correcta celebración de los comparendos.

La ley establece que esta instancia procesal debe celebrarse, a más tardar, dentro de los 8 días hábiles siguientes a la recepción de la denuncia en el tribunal.

Como señalan los mismos magistrados, ello ha sido materialmente imposible ya que por una parte, los tribunales no tienen la capacidad administrativa para procesar el volumen de causas que les llegan y logran entregar a los receptores dentro de un plazo prudente los expedientes para que éstos a su vez notifiquen.

Tal dificultad administrativa se debe, por una parte, a que el volumen de estas causas por violencia intrafamiliar que llega es relativamente alto y, por otra, a que la regla general en los tribunales ha sido colocar a un funcionario a cargo de los casos de violencia intrafamiliar, persona que no se ha visto desligada de sus funciones anteriores. A esta realidad debemos agregarle que asumir esta temática es altamente estresante por toda la carga emocional y afectiva que hay detrás

de cada uno de los casos de violencia intrafamiliar, lo cual ha significado que los funcionarios a cargo presenten habitualmente licencias médicas, sobre todo por agotamiento nervioso.

Dentro de esta misma línea, otra de las dificultades que se suma, es que la denuncias que lleguen a Carabineros son bastante incompletas, razón por la cual hay que citar a la denunciante para que por la vía de la ratificación de la denuncia entregue la información que falta para poder citar al comparendo. Además, algunos magistrados exigen que en esa oportunidad la denunciante le entregue cierta información adicional para formarse una mejor idea de la causa y resolver de mejor forma.

Otro plano donde se presentan dificultades, es respecto a la celebración del comparendo mismo, ya que por las características particulares que éste tiene (cantidad de gente que participa, forma en que se desarrolla y duración), el lugar donde se efectúa no es el más indicado, máxime si se piensa que en muchos tribunales no hay salas para comparendos e incluso se realizan donde se están viendo otros juicios. Los magistrados manifestaron que las particularidades de este comparendo les alteraba un poco la marcha habitual de sus tribunales, les dificultaba y demoraba la celebración de los comparendos ordinarios que debían realizar, pero lo que más los descoloca, es el número de gente que llega a cada uno de ellos y toda la emocionalidad que en ellos se expresa.

En segundo lugar, veremos el comparendo en cuanto a su utilización como mecanismo para poner término a los procesos por violencia intrafamiliar. Ésta es la principal forma de poner término a las causas por violencia intrafamiliar. Respecto de esta realidad los jueces no juzgan en profundidad lo que ello significa, siendo para ellos una más de las formas procesalmente válidas para ponerle término a un conflicto jurisdiccional. Un magistrado señaló, a modo de explicación del alto porcentaje de avenimientos en su tribunal "...que él pensaba que la razón de los avenimientos se debe a que la gente se atemoriza por venir a los juzgados de letras, no así al Juzgado de Policía Local donde se aplican multas no más, aquí se corre la voz que se puede ir a prisión, entonces rápidamente llegan a avenimiento". En general se limitaron a indicar al respecto que más del 50% (según lo que indican los jueces, ya que el estudio indica cifras mayores) de las causas terminan en avenimiento, sin plantearse si ello es jurídicamente adecuado, si se está efectivamente logrando

poner término al conflicto que motivó la denuncia, si las partes están efectivamente en un plano de igualdad como para avenir, etc. Un magistrado señaló al respecto: "...afortunadamente mi personal está preparado intuitivamente para este tipo de cosas...los comparendos demoran hasta una hora y media explicándole a las personas la forma de afrontar su problema, como tratar de solucionarlo, y afortunadamente en el 90% de los procesos se logra un avenimiento, ya sea porque el agresor recapacita, la mujer le da otra oportunidad, lo hacen por los niños,...¿cómo funciona esto después del comparendo?, no tenemos forma de seguirlo".

La ley establece que es el juez quien propone las bases de una posible conciliación a las partes y en la práctica lo que sucede, es que en la gran mayoría de los tribunales los comparendos los toma el funcionario que lleva las causas de violencia intrafamiliar, siendo éste quien propone los términos del avenimiento. Los jueces señalaron que les era materialmente imposible estar preocupados personalmente de las causas de violencia intrafamiliar, ya que si así lo hicieran retrasarían las otras causas que ellos llevan. Hubo incluso algunos que plantearon que les parecía un error que la ley pretendiera que ellos intervinieran directamente en este tipo de causas.

Por su parte, los profesionales de los servicios de atención en violencia intrafamiliar tienen en general una opinión bastante crítica de los avenimientos y plantean que hay que ser muy cuidadosos en esta materia. Fundamentalmente ellos señalan que perciben una utilización indiscriminada del avenimiento, en un problema que es tremendamente complejo, ya que éstos se traducen en una "recomposición" de una relación, instada por un magistrado o un actuario, al dar las bases de un acuerdo que ambos pueden tomar.

El problema que ellos ven, es que es muy difícil que éste sea un acuerdo que pueda cumplirse, ya que no es sólo un problema de voluntades, que pueden ser reales, sino que implica doblegar una dinámica que ya está interiorizada, lo cual es casi imposible lograr con sólo comprometerse verbalmente a que así ocurrirá.

Además de lo ya señalado, ellos plantean que más complejo aún es que en los casos de violencia intrafamiliar las partes (víctima y ofensor) no están en igualdad de condiciones para tomar decisiones; la persona agredida ha vivido una situación de abuso que le produce una pérdida de

autoestima y por lo mismo una "especie de pérdida de voluntad", lo cual se agrava a medida que la violencia es más prolongada en el tiempo o bien es "más brutal"; además, está presente el miedo que la víctima siente respecto de su agresor, que también entraba el logro de un acuerdo real.

Por lo anterior, estos profesionales plantean que, probablemente, sólo en una situación de violencia muy incipiente pueda tener el efecto deseado un avenimiento tomado en un primer comparendo luego de la denuncia.

Otro de los problemas que ellos han detectado, es que tanto víctimas como ofensores se sienten presionados a llegar a un acuerdo en el tribunal. En esta situación se encuentran particularmente las ofendidas creen que "esa es la forma de poner término al proceso y que por lo mismo lo correcto es llegar a algún acuerdo". Según estos profesionales esto reviste gravedad, ya que implica que en muchos casos se llega a avenimientos sin estar conforme con los términos de éste, aceptándolo porque se sienten presionados o bien porque ignoran que el proceso puede continuar.

Por otra parte, otro de los temas que les preocupa, es el tipo de acuerdos se establece en los avenimientos, ya que no siempre van al fondo del problema e incluso en algunos casos los acuerdos significan mantener una forma velada de violencia. En efecto, ellos señalan, que los acuerdos deben versar sobre pactos de no agresión fundados en cierta toma de conciencia de que la violencia no es una forma de relación sana y que se deben buscar otros modos de resolver los conflictos y especialmente expresar los enojos o molestias que se tiene con el otro o bien plantearse alguna actividad o alguna búsqueda de ayuda para enfrentar la situación de violencia que se vive, particularmente en el caso del agresor.

En este contexto, los avenimientos que se fundan en que la víctima no tendrá tal o cual conducta, estarían validando, subliminalmente, que la violencia es una forma de resolver conflictos ante determinados casos y que por lo tanto es legítima.

Especialmente señalaron que el tipo de acuerdo que les preocupaba eran aquellos en que las víctimas se comprometían, por ejemplo, a ejecutar las tareas domésticas de cierto modo, a no llegar

a su casa más tarde de cierta hora, a limitar alguna actividad fuera del hogar que ella realice u otras similares.

El Centro de Atención y Prevención en Violencia Intrafamiliar⁶⁴ ha podido establecer además, que por los casos que llegan a su conocimiento por las terapias, existe un alto porcentaje de causas en que los avenimientos se transgreden, no teniendo por lo mismo el efecto buscado. Ante ello plantean que la solución sería que los jueces fijaran una especie de seguimiento de los avenimientos, estableciendo en el comparendo que las partes deben concurrir dentro de determinado plazo para evaluar el cumplimiento de aquél.

Por último, un tema que para los profesional que trabajan en el Centro es particularmente delicado es que siendo los avenimientos la forma de poner término a los procesos por violencia intrafamiliar, y debido al tipo de acuerdo que mayoritariamente se toma en éstos, se está estableciendo una práctica que significa que la casi única vía de solución a estos conflictos son las terapias de salud mental, las que obviamente son necesarias, pero no eficaces en los casos en que son una imposición y no una decisión personal.

Respecto a este mismo problema, el Centro de Atención de la Municipalidad de Santiago concuerda con las conclusiones a que llega el Instituto de la Mujer y le agrega un enfoque interesante al plantear que gran parte del problema nace del desconocimiento de la naturaleza del trámite del comparendo.

Se sostiene que, en su experiencia, la mayoría de las personas derivadas de los tribunales no comprende qué es el comparendo, identificándolo como un conjunto de sanciones impuestas por el juzgado y no como un acuerdo llevado a cabo por los miembros de la pareja. Por lo mismo, los compromisos adquiridos en el avenimiento son frágiles. En este sentido, es importante aclarar a los implicados en qué consiste el avenimiento y permitir que cada miembro exponga qué quiere lograr con éste en caso de aceptarlo.

⁶⁴ Trabajo elaborado por el Centro de Atención y Prevención en Violencia Intrafamiliar de la Municipalidad de Santiago, Santiago, 1999, pág. 18.

El avenimiento se define como un acto que tiene por finalidad obtener la solución del litigio sometido a la decisión del tribunal, mediante la autocomposición de las partes sobre la base de arreglo que aquél proponga. La autocomposición consiste entonces en poner término al conflicto a través de un acuerdo que concilie intereses contrapuestos. Es el juez quien propone las bases de arreglo, acercando a las partes, instándoles a que traten de llegar a un acuerdo por sí mismos. Esta valiosa acción del juez tiende a que las personas puedan evitar el costo de un proceso, llegando a soluciones que serán más beneficiosas para todos. Si ellos mismos han llegado al arreglo, se sentirán más satisfechos y cumplirán lo acordado.

Sin embargo, esta medida alternativa de resolución de conflictos, aplicada en forma generalizada en una problemática en que quien está siendo abusado, física, psicológica y/o sexualmente por otro miembro de la familia, se encuentra en una condición psicoemocional y en una posición de desmedro en la relación, puede tener graves consecuencias para las personas afectadas como para el proceso judicial mismo.

La autocomposición requiere tener plena conciencia de lo que se quiere. Además requiere que las partes estén en igualdad de condiciones para negociar sus intereses. Una persona sometida a la relación de violencia no está en estas condiciones.

Lo que ha sucedido en estos acuerdos es que el juez propone la solución y no las bases del acuerdo. Indica lo que se debe hacer y no son las partes las que resuelven qué es más conveniente para sus intereses, que se encuentran en contraposición y por lo cual han llegado al tribunal. De esa manera se reproduce el modo principal de relación que tiene la pareja, en que quien es maltratado acatará lo que se le indica y la otra parte, aceptará cualquier cosa que se le señale pues lo más probable es que conciba que luego puede manejar la situación.

El Centro insiste en la necesidad de un tratamiento interdisciplinario de la problemática y que no es en el tribunal donde se resolverán estas distancias entre las partes, por lo menos en una gran mayoría de los casos, o por lo menos no en forma inmediata, por lo que también sería necesario considerar esperar a que las partes se encuentren en condiciones de llegar a acuerdos duraderos pues, de lo contrario, habrán largas listas de clientes habituales del tribunal.

La profesora Rioseco sostiene en este mismo sentido que, el llamado obligatorio a conciliación que contempla la ley, junto con el desconocimiento del problema, ha significado un sinnúmero de avenimientos forzados e ineficaces en su contenido. Esto reviste mucha gravedad si se tiene presente que entre 65% y 70% de los casos terminan por esta vía.

c. La consagración de mecanismos eficaces de protección de las víctimas a través de las medidas cautelares.

Respecto de esta materia se aprecia una gran diferencia en cuanto a los objetivos asignados a las medidas precautorias y la valoración que existe entre la opinión letrada de los jueces y la opinión especializada en conflictos intrafamiliares de los centros de atención.

Por una parte los profesionales de los programas de atención de violencia intrafamiliar plantean que las medidas precautorias son tremendamente importantes y pueden tener incluso, un fin terapéutico. La salida de uno de los integrantes de la pareja permite bajar o eliminar los niveles de agresión y por lo mismo permite establecer las condiciones para que se recuperen psico-emocionalmente, particularmente la persona que está siendo abusada. En suma, faculta a las personas para abocarse a su problema de fondo porque da un marco de tranquilidad mínimo en ese contexto es posible un apoyo terapéutico efectivo a ambos.

En algunos casos el problema que se le ha presentado a estos profesionales es que el plazo por el cual se concede la medida precautoria no es suficiente para llevar a cabo un trabajo terapéutico adecuado con víctima y victimario.

A su vez los magistrados, que constituyen el sector más críticos a estas medidas, expresan sus dudas sobre su eficacia, sobre su valor y respecto a una posible transgresión al principio de igualdad entre las partes.

En efecto, algunos magistrados señalaron que ellos las decretaban poco, ya que se consideran que debe escuchar a las dos partes y como eso ocurre sólo en el comparendo, no hay oportunidad procesal para decretarlas, ya que en éste acaban la mayoría de los casos. Así mismo

agregan que la ley contiene un error al establecer estas medidas sin considerar la situación del agresor y sin que se puedan tomar medidas anexas que protejan los eventuales derechos de éste que pudieran ser conculcados. Un magistrado graficaba la situación de la siguiente manera: ..."hay varias consecuencias que la ley no evaluó...se le prohíbe al hombre ingresar al hogar común...pero nadie evaluó que pasa por ejemplo con el hombre si requiere un plazo para irse,...además están los bienes que pudo haber adquirido el hombre y ocurre que ocurre que la ley no me da ninguna posibilidad para hacer una declaración (inventario de bienes".

Por otra parte, los magistrados consideran que las formas en que están planteadas las medidas precautorias conllevan problemas de ejecución o cumplimiento de las resoluciones judiciales, ya que, según ellos, no tienen cómo hacerlas cumplir, particularmente las que se refieren a prohibir o limitar la concurrencia del denunciado al lugar del trabajo del ofendido, ya que la única forma de asegurar su cumplimiento es haciendo uso de la fuerza pública constantemente y eso es materialmente imposible.

Además, a algunos magistrados les preocupaba que se pudiesen más bien agravar los hechos, ya que pasado el tiempo de vigencia de las medidas, el agresor puede "llegar a casa pero que antes" y antes esa realidad lo único que le queda al magistrado es decretarlas nuevamente, teniendo presente que tiene un límite en los plazos legales.

Por su parte, Carabineros señaló que no habían tenido muchas oportunidades de evaluar estas medidas, ya que han sido muy pocos los casos en que los magistrados les han solicitado hacerlas cumplir y/o fiscalizarlas, pero que, en todo caso, lo que han hecho hasta la fecha es notificarle a la víctima (o al grupo de personas amparadas con esta medida), que en caso de transgresión por parte del agresor, les den aviso inmediato para detenerlo.

d. Establecimiento de sanciones en atención a la naturaleza del conflicto.

Esta materia la atenderemos en el capítulo siguiente, por cuanto está relacionada con el tema del círculo vicioso de la violencia intrafamiliar.

CAPÍTULO TERCERO:

"LAS SANCIONES Y EL CÍRCULO VICIOSO DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR"

1.- SENTENCIAS Y SANCIONES.

A pesar de que el porcentaje de causas de violencia intrafamiliar que terminan por sentencia es muy bajo, es interesante analizar las diversas opiniones vertidas por las personas entrevistadas.

Los magistrados fueron bastante críticos con lo que la ley establece al respecto, debido fundamentalmente al concepto que ellos tienen de la problemática de la violencia intrafamiliar y desde esa perspectiva plantean que las sanciones posibles no son adecuadas al tipo de casos que se les presentan.

En primer lugar, se refirieron a la sanción de prisión. Para ellos las sanciones privativas de libertad, están relacionadas con el delito y en este caso no se estaría en presencia de un hecho ilícito punible penalmente. Agregan que este es un problema de naturaleza civil dentro del campo del derecho de familia, en el cual las sanciones penales no sólo no corresponden, sino que son contraproducentes.

Lo último es concordante con el objetivo que para los magistrados tiene la ley, amparar y proteger la unidad de la familia. En esta perspectiva, una sanción privativa de libertad, más que permitir restablecer los lazos familiares deteriorados, los distancia y daña aún más, no solucionando con ello el problema de violencia intrafamiliar.

En cuanto a las multas también son críticos, ya que estiman que esta sanción no sólo afecta al agresor, sino que también al grupo familiar, porque, según los casos de violencia intrafamiliar que han llegado a su conocimiento, el agresor es generalmente el jefe de hogar e incluso muchas veces es el único que percibe ingresos. Esta situación es más compleja si se piensa que la gran mayoría de los casos que llegan a los tribunales son personas de ingresos medio-bajos y bajos.

La sanción que para ellos aparece como la más adecuada es la remisión a terapia de la pareja o bien a cada uno de ellos por separado. Estiman que el apoyo profesional en el área de la salud mental es el único que les puede permitir recuperar la relación familiar deteriorada por la realidad de violencia que existe al interior de esa pareja o familia. Coherente con la idea que ellos tienen sobre los objetivos de esta ley, señalaron que tales terapias tienen sentido cuando es posible recuperar la relación de pareja o la relación familiar, ya que para ellos la sanción que comentamos tendría ese fin.

Por lo mismo, los jueces no conciben que la terapia pueda tener por objetivo recuperar psicológica y emocionalmente a las personas que han vivido una situación de violencia intrafamiliar, independientemente si recomponen o no su relación familiar. Ello es producto, como se ha señalado anteriormente, de que los jueces no dimensionarían el nivel de daño, de destrucción de la personalidad que conlleva vivir violencia en el hogar.

Como para los jueces la remisión a programas terapéuticos en casos de violencia intrafamiliar es la medida más adecuada para solucionar el conflicto, ésta no es sólo la sanción más aplicada por ellos en los casos en que dictan sentencias, sino que también es uno de los acuerdos más habituales que se toman en los comparendos.

Como este es un tema de especial relevancia para los jueces, fueron especialmente explícitos en señalar cuáles fueron las dificultades con que se han encontrado en este plano. Así, señalaron que no cuentan con los elementos adecuados para hacer una correcta derivación a los centros de atención terapéuticos, por no contar con suficiente información. Por otra parte, dan cuenta de que prácticamente no existe vinculación alguna con los centros de atención donde ellos derivan, lo cual significa que no saben qué pasa con las medidas que ellos toman, cuál es la efectividad de éstas y el grado de cumplimiento. Varios jueces señalaron que habían enviado algunos oficios consultando sobre algunas medidas y que no habrían obtenido respuesta.

Asimismo, estiman que no tienen el apoyo requerido de este tipo de instituciones y de otras que están relacionadas con la materia de las redes de apoyo, como las Corporaciones y Carabineros.

Sin perjuicio de lo señalado, la mayoría de los jueces indicó que a ellos les era imposible asumir el seguimiento de las causas, no pudiendo controlar el cumplimiento de ninguna de las medidas decretadas por ellos.

Pero lo que es más grave, es que no tienen, con la urgencia requerida, centros donde derivar a terapias psicológicas, ya que la mayoría de las veces éstos están copados o no son gratuitos, o bien quedan muy lejos del domicilio de las personas derivadas, dificultando su asistencia. Ellos señalan que la dictación de esta Ley debería haber contemplado la infraestructura necesaria para su correcta aplicación.

Las opiniones respecto de este tema, que tienen los profesionales integrantes de los equipos o consultorios de salud mental son muy distintas a las vertidas por los magistrados.

En primer lugar, en lo que se refiere al tipo de sanciones que contempla la ley, ellos estiman que debe existir alguna forma de sanción, pero no se pronuncian técnicamente respecto a la de prisión y a la de multas; sí respecto a la de remisión a programas terapéuticos.

Al respecto estiman que es un contrasentido establecer como una medida obligatoria el remitir a alguna forma de tratamiento terapéutico, ya que por principio es contrario a toda forma de rehabilitación el carácter obligatorio del tratamiento. Plantean que el apoyo terapéutico a las víctimas y ofensores es muy necesario, tanto para apoyar los procesos de recuperación personal, como para mejorar las relaciones familiares, pero que éste debe hacerse siempre y cuando las personas tengan y manifiesten su voluntad en este sentido.

Desde esta perspectiva son bastante críticos a que la ley establezca como una de sus sanciones posibles la remisión a programas terapéuticos.

Al igual que los magistrados, señalan que no han logrado los niveles de vinculación que requieren para su trabajo con aquéllos, ya que no han existido espacios para poder conversar y establecer los criterios básicos de entendimiento en las formas de relación entre otros consultorios y los tribunales.

Por último, uno de los temas que inevitablemente surgió es la falta de recursos con que trabajan, lo que muchas veces imposibilita cumplir con las resoluciones judiciales, siendo

particularmente preocupante, por una parte, la falta de horas profesionales para atender y poder hacer algo más que la intervención a nivel primario y, por otra, no cuentan siempre con la capacitación técnica para atender este tipo de casos, especialmente a hombres agresores.

En relación con las sanciones el Centro de Atención y Prevención de la Municipalidad de Santiago sostiene que según la experiencia adquirida, la intervención terapéutica en estos casos resulta especialmente positiva para aquellas personas que lo solicitan voluntariamente, aquellas que muestran interés en solucionar sus conflictos, que reconocen su responsabilidad en los hechos de violencia y aquellos que muestran algún grado de autocuestionamiento frente a los conflictos que experimentan con su pareja.

Las personas que han sido derivadas para atención terapéutica sin contar con su voluntad o decisión, sólo les han sido brindado espacios informativos o educativos frente al problema, ya que una intervención terapéutica en estas condiciones resulta claramente inadecuada e infructuosa.

Lo que ha resultado muy interesante, en el caso de los hombres que ejercen violencia en la pareja, que han llegado obligados, responsabilizando a su pareja, etc., es que al cabo de un tiempo han participado de un proceso de discusión, de reflexión de sí mismos y de la relación de pareja, muy positivo, constituyendo una muestra de la efectividad que representen las sanciones alternativas en el abordaje de problemas sociales como éste.

2.- PENA DE PRISIÓN.

Respecto de las sanciones ya contempladas en la ley, consideramos que la pena de prisión no es la sanción más idónea. Sin embargo, no coincidimos con aquella opinión de los magistrados entrevistados que sostienen que esta sanción es exclusiva del ámbito penal y no debe utilizarse en conflictos de familia. Esta visión algo dogmática no considera la naturaleza especial de esta ley, que precisamente adapta instituciones del ámbito penal y las aplica a este problema. La propia ley contempla una verdadera tipificación en su artículo 1º, por lo que es plenamente aplicable la sanción más severa que contempla nuestro ordenamiento legal (después de la pena de muerte) como es la

privación de libertad de una persona. Baste recordar que esta ley protege un bien jurídico (salud en su aspecto de integridad física y psicológica) que en la dogmática penal ocupa un primerísimo lugar junto con la vida. Por lo tanto, la sanción de prisión (que en nuestra legislación alcanza hasta los 60 días) no nos parece ni excesiva, ni incompatible con la naturaleza de la ley. La crítica debería estar dirigida a enfatizar la ineficacia de la sanción privativa de libertad como forma de castigo en sí, tema que el propio derecho penal ha abordado (especialmente a través de la influencia que ha ejercido la criminología). En definitiva, se cuestiona la idoneidad de esta sanción para poder cumplir una función rehabilitadora de la persona sancionada, ya que, en último término, se le pretende educar para convivir en forma libre en sociedad sin transgredir sus normas, a través de un encierro.

Tampoco nos parece que la crítica a esta sanción pueda fundamentarse a través del objetivo perseguido por la ley. En primer lugar se debe tener presente que una ley persigue generalmente varios objetivos. En este caso, el primordial es proteger un bien jurídico de los ataques que pueda sufrir. En este sentido, no concordamos con la opinión de los magistrados en orden a que el objetivo de la ley sea amparar y proteger la unidad de la familia. Se trata de uno de los objetivos, pero no el principal. En primer lugar se debe proteger la salud de las personas que se puede ver afectada por una particular forma de convivencia al interior de la familia, como lo es la violencia. Si bien es cierto que esto se intenta lograr sin deshacer el vínculo familiar y con el objetivo de fortalecerlo, nunca se puede perseguir este objetivo en perjuicio del principal ya señalado. Esta forma de entender la Ley de Violencia Intrafamiliar concuerda además con los más básicos principios constitucionales que rigen toda nuestra legislación, en el sentido de anteponer la persona a los grupos intermedios, por muy importantes que éstos sean.

De este modo puede justificarse plenamente la imposición de la sanción, en casos necesarios, aún en detrimento de la integridad de la familia.

A diferencia de lo sostenido por los magistrados, consideramos que el problema de la sanción privativa de libertad proviene de un aspecto práctico de la imposición de la sanción y no de uno doctrinario.

En la mayoría de los casos en que se aplica la pena de prisión, se afecta no sólo a persona privada de libertad, sino que también a su núcleo familiar, y por lo tanto a la propia víctima.

Generalmente el agresor al que se le aplica la sanción constituye la principal o única fuente de ingreso de la familia. Por lo tanto la prisión priva, por algún tiempo, a la familia de sus ingresos o, en la mayoría de los casos, en forma definitiva ya que generalmente se despide al trabajador sancionado con prisión. Esto resulta a tal punto relevante para la familia, que la víctima, a menudo, se inhibe de denunciar los hechos ante la posibilidad de quedar privada de los ingresos del agresor.

La solución ideal estaría dada por un subsidio estatal, de manera que el Estado asuma este costo y dé una poderosa señal de apoyo a quien se atreve a llevar adelante un juicio hasta las últimas consecuencias. Pero, ya que nuestra realidad nacional dista mucho de poder asumir esta solución, nos parece que la prisión de fines de semana o la reclusión nocturna permite solucionar varias de las carencias que presenta esta sanción.

De esta forma, no afecta el normal desarrollo de la actividad laboral de la gran mayoría de los trabajadores y, por otra parte, no contiene un componente desocializador tan fuerte como la prisión permanente, cuestión fundamental si se quiere encauzar a una persona a una forma de convivencia sana. La persona no es aislada de manera completa de su actividad social y debe reanudar sus actividades laborales normalmente durante la semana o durante el día.

Por último mantiene el carácter de sanción fuerte al privar a la persona de una libertad fundamental como lo es la ambulatoria, lo que permitiría a la persona calibrar de mejor forma la gravedad de su accionar, la determinación del Estado de no permitir esta forma de conducta y, también, el poder de la víctima en cuanto a lograr influir fuertemente en su vida a través de la denuncia de los hechos. Por ejemplo, la remisión a programas terapéuticos o de orientación familiar en forma obligatoria carece de todas estas funciones, ya que no afecta ningún ámbito de acción de la persona obligada a la terapia (salvo respecto a la mínima obligación de asistencia), por lo tanto no dota a la víctima de alguna herramienta poderosa para influir en el diario vivir del agresor, ni demuestra algún poder del Estado en este sentido.

3.- LA MULTA.

Respecto de la segunda sanción que contempla la ley, la imposición de multa, cabe destacar que se impone esta pena en relación al ingreso del sancionado, lo que permite evitar injusticias en razón de lo gravoso que puede resultar esta sanción respecto de una persona de bajos ingresos en relación de una de altos ingresos. Subsisten obviamente problemas probatorios, por cuanto no existe la posibilidad de indagar en un proceso concentrado respecto del total de los ingresos de una persona.

Cabe hacer presente que esta sanción no tiene efecto reparatorio (ya que la multa es a beneficio fiscal) y, en general, no se contemplan en esta ley mecanismos indemnizatorios respecto de la víctima, los que deberán ser demandados en juicio de lato desarrollo.

Si bien la naturaleza de la ley (con un procedimiento concentrado) no hace recomendable distraer los esfuerzos respecto de la cesación de la conducta violenta y la restauración de una convivencia normal, no deberán desestimarse las consecuencias de la agresión. En los casos contemplados en la Ley de Violencia Intrafamiliar estas consecuencias en la salud física de la persona no serán de gran magnitud, ya que si no importarían un delito sancionado por los tribunales del crimen, a través del procedimiento ordinario por crimen o simple delito, que contempla la demanda civil de indemnización de perjuicios. Sin embargo, incluso las lesiones de poca consideración debieran conllevar una indemnización, sobretodo cuando se sufren durante largos años. Por otra parte, esta ley tiene la virtud de sancionar las afecciones a la salud psíquica de la persona, que pueden ocasionar un daño moral igual o mayor que las lesiones físicas e incluso un daño patrimonial (daño emergente o lucro cesante) de consideración.

No considerar este aspecto indemnizatorio y reducir el problema de la violencia intrafamiliar al antiguo esquema de lesiones visibles, que desconoce los efectos graves que ocasiona este problema en la víctima, implica un retroceso en la concepción de la violencia intrafamiliar.

Por otra parte estimamos interesante considerar la importancia que están cobrando últimamente en el Derecho Penal los acuerdos reparatorios que son capaces de devolver a la víctima

la importancia en la resolución del conflicto, de situarla como un componente central del mismo, aspecto que la sanción penal tradicional había extraviado.

Consideramos que, precisamente, este mecanismo sería muy útil en el conflicto intrafamiliar si se considera que se deben hacer todos los esfuerzos necesarios para devolver la autoestima y seguridad a la persona agredida en la intimidad.

Con este mismo fin nos parece sumamente interesante la introducción de una atenuante en esta ley que permita al agresor reparar con el celo el mal causado. Esta institución propia del Derecho Penal, cobra especial significación en este conflicto, ya que se trata de un ilícito que pocas veces es reconocido como tal por el agresor por existir una fuerte tolerancia cultural a la violencia intrafamiliar. De esta manera debiera incentivarse el reconocimiento por parte del agresor del daño que está causando. Incluso esta reparación no necesariamente debiera traducirse en una simple suma de dinero, sino que puede traducirse en el mejoramiento de las condiciones de vida de la víctima (tratamiento físico o psicológico, vacaciones, instancias de esparcimiento o capacitación, etc.).

En general, estimamos que es necesario considerar en la ley circunstancias modificatorias de responsabilidad (atenuantes o agravantes) en forma más completa de lo dispuesto en el artículo 4º de la ley, ya que la comisión de un hecho típico (establecido en el artículo 1º de la Ley) requiere de un juicio de disvalor distinto según las circunstancias que lo rodeen, lo cual no agregaría necesariamente complejidad al procedimiento, ya que la prueba de estas circunstancias se podrían recoger en la misma etapa procesal en que se rinde la prueba del hecho principal.

4.- ASISTENCIA A PROGRAMAS TERAPÉUTICOS O DE ORIENTACIÓN FAMILIAR.

En cuanto a la tercera sanción que contempla la ley y que se refiere a la asistencia obligatoria a determinados programas terapéuticos o de orientación familiar coincidimos en la necesidad de enfatizar la contradicción que existe en someter a una persona a un tratamiento de orden psicológico en contra de su voluntad. En cierta medida la heteronomía que caracteriza a toda

sanción legal se contraponen a la autonomía que requiere toda decisión de someterse a un especialista.

Sin embargo, la experiencia de los terapeutas señala que en algunos casos la obligatoriedad de la asistencia puede importar una primera entrada al programa, que logre posteriormente entusiasmar al agresor a continuar en él. El rechazo inicial puede ser revertido en muchos casos a partir de técnicas desarrolladas por los terapeutas. Se puede acceder así a personas que si no nunca concurrirían a estas instancias.

Nuevamente queremos resaltar la convivencia que representen los mecanismos legales tendientes a promover en el agresor el reconocimiento de su falta y su intención de repararla. Esto se lograría a través de una asistencia voluntaria a programas terapéuticos (por un espacio de tiempo razonable que implique una real voluntad) que sea considerado como una atenuante. Esto se podría acreditar mediante certificados o informes médicos y podría importar una suspensión del procedimiento por un plazo fijo y necesario para evaluar los progresos del agresor en la superación de la conducta. Si bien esto tiene la desventaja de atrasar el procedimiento y de subordinarlo a la disponibilidad de tratamiento del sistema, significa incorporar este tratamiento al proceso mismo, lo que permitiría subsanar los problemas de falta de control por parte del magistrado y de falta de comunicación con las entidades llamadas a realizar estas terapias y, sobretodo importaría avanzar en una solución profunda de la forma de convivencia violenta, dentro del proceso y con control judicial.

Por otra parte consideramos necesario tener en consideración lo inadecuado que resulta la comparecencia conjunta de las partes a programas terapéuticos o de orientación familiar cuando la víctima ha sido agredida severamente y sufre de graves problemas de confianza, miedo y autoestima. Si bien los propios programas que implementan los especialistas del área seguramente consideran esta situación, es dudoso que los magistrados lo tengan presente en su sentencia. Por lo tanto, puede suceder que se obligue, mediante resolución judicial, a la víctima a enfrentarse con el agresor e incluso participar en programas que para el agresor se contemplan como sanción en la ley, sin oír la opinión técnica de los terapeutas. Nos parece que el magistrado debiera poder ordenar un

informe al respecto como medida para mejor resolver. En general, estas medidas permiten flexibilizar el procedimiento y permiten al magistrado adoptar medidas en atención al caso concreto.

5.- TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

Respecto a la cuarta sanción contemplada en la ley, que se refiere a la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad, nos parece que por tratarse de una sanción muy útil, debiera incluirse de otra manera en el texto. De esta forma se lograría su implementación efectiva y que no se trate, en la práctica, de letra muerta.

En primer término, debería considerarse como una sanción principal y no como una subsidiaria. Actualmente se contempla como una conmutación de la sanción de prisión o multa. Por otra parte, no debiera imponerse solamente con acuerdo del ofensor. Cosa distinta sería imponerla en forma obligatoria y sin oír al agresor, salvo para que exponga sus capacidades y características, como lo contempla el reglamento de la Ley de Violencia Intrafamiliar.

Nos parece que esta sanción presenta ventajas que debieran implicar su mayor utilización.

En primer lugar, si se define la violencia intrafamiliar como una conducta antisocial, la realización de actividades en pro de la sociedad debiera producir un efecto resocializador. La sanción ya no significa un puro mal al sancionado, como ocurre con la multa o prisión.

En segundo lugar, el trabajo puede tener para el agresor dos significaciones. Puede implicar un incentivo a la superación a través del aprendizaje de nuevos oficios o técnicas dentro de un mismo oficio o puede implicar una verdadera sanción si se trata de un trabajo considerado por el afectado como deshonroso o vejatorio como el retiro de basura, limpieza de parques o reparaciones de bienes de uso público. Incluso en diversos países se han utilizado elementos de identificación pública para aumentar la vergüenza y la exposición pública. Si bien estas medidas tienen un alto valor educativo y ejemplificador (que en definitiva potencian la prevención) resulta dudoso que una carga tan fuerte (que implica, por cierto, una labor educativa que debe asumir el Estado) deba recaer sobre los hombros de algunos agresores.

Por último, esta sanción combina un mínimo desarraigamiento de las labores habituales del agresor, ya que no es privado de libertad y realiza el trabajo en su tiempo libre; pero implica una fuerte sanción, ya que supone una gran incomodidad para el sancionado, que percibirá un fuerte repudio social por tener que realizar labores que no le agradan y no recibir remuneración a cambio. Es verdad que la ejecución de la pena se extrae del ámbito penitenciario para trasladarlo al ámbito municipal (en la generalidad de las experiencias extranjeras), pero un esfuerzo global y serie del Estado para enfrentar el problema requiere la movilización de todos sus recursos.

Una última modalidad de sanción, la constituyente la concurrencia periódica a alguna instancia estatal (por ejemplo la municipalidad) con el objeto de reportarse. Esto no sólo mantiene un control sobre el agresor (como ocurre por ejemplo, con la libertad bajo fianza que implica una firma periódica en el tribunal), sino que además hace recordar en su rutina habitual al agresor la intención del Estado de no tolerar sus agresiones. Es decir, la persona que debe concurrir a diario o semanalmente a firmar un libro en la municipalidad o el tribunal, debe incluir este trámite en su actividad o programa rutinario. A la agresión, como un accionar habitual que afecta a otra persona en su vida diaria (como ocurre generalmente con la violencia intrafamiliar), el Estado ya no opone una sanción única, sino que una sanción sujeta a control habitual que también afecta la vida diaria del agresor. Incluso la frecuencia de la concurrencia a firmar puede variar, según la frecuencia de los malos tratos. Así el agresor luego de un período de abstinencia en su conducta violenta, puede también recibir una relajación de la sanción, luego de confirmarse la información a través de la víctima. La víctima pasa a ocupar un rol activo en la imposición de la sanción y el agresor aprecia un contrapeso respecto del poder que ejerce sobre la víctima. Posiblemente sea una sanción adecuada para ciertas formas de relación que no estén demasiado deterioradas y en las cuales la agresividad y el control que se requiere respecto del agresor sean bajos.

CAPÍTULO CUARTO:

LA "EL PROBLEMA JURÍDICO Y SOCIAL PROVOCADO POR EL CÍRCULO DE VIOLENCIA. LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN FAMILIAR"

1.- LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DENTRO DE LA TEORÍA DEL CONTROL SOCIAL.

Hasta el momento hemos analizado el rol del Estado en cuanto a una de las formas de reacción que posee respecto del problema de la violencia intrafamiliar, analizando en profundidad una de las herramientas que posee, cual es la legislación sancionatoria de conductas prohibidas.

Es necesario enfatizar ahora las demás posibilidades de intervención estatal respecto de este conflicto social. Esta necesidad se presenta hoy en día con mayor fuerza, considerando que el Estado (a través de su poder legislativo) ya ha dotado a la sociedad de una norma sancionatoria que satisface una necesidad social básica, pero que no alcanza a solucionar el problema a cabalidad.

Para este efecto expondremos esquemáticamente la Teoría del Control Social que nos sitúa en un marco más amplio de acción del Estado y que incluye, siguiendo a Hassemer, "no sólo el empleo de instrumentos reactivos frente a la conducta desviada, sino que incluso antes los medios de socialización que permiten pulir e internalizar las normas sociales, en especial las técnicas educativas"⁶⁵.

Tratar de dar un concepto de control social resulta actualmente y con el desarrollo de la dogmática penal y surgimiento de diversas escuelas criminológicas, casi una misión imposible y excede, con creces, los objetivos de este trabajo. Sin embargo, más allá del contenido que se le quiera dar al concepto (y que va unido a la concepción teórica que se siga tanto en el ámbito Penal como Criminológico), la doctrina ha delimitado y esquematizado con bastante precisión los ámbitos que abarca y los medios o instrumentos que incluye. Para describirlos nos ceñiremos a la clasificación que propone el profesor Juan Bustos Ramírez.

⁶⁵ Citado por Juan Bustos R., "Derecho Penal. Parte General", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1974, pág. 67.

Sostiene Bustos que en el control social se presentan dos perspectivas separadas únicamente en cuanto a efectos analíticos, pero que en la realidad están indisolublemente unidas. Hay una perspectiva socio-política de tipo reactivo o de reacción que en el estudio del control se centra en las respuestas sociales que provoca una conducta no deseada, y otra de carácter antropológico de tipo proactivo o de intervención que estudia el control social centrándose en las estrategias de prevención de la desviación o más precisamente de "construcción de la conformidad".

Al respecto Bustos ofrece la siguiente clasificación:

a) El control social de acción o de intervención sobre la mente: La construcción de la conformidad.

El profesor Bustos describe los procesos a través de los cuales se internaliza la realidad objetiva y subjetiva y se basa en la tesis explicativa de los procesos a través de los cuales se construyen dichas realidades de Berger y Luckmann. Para estos autores, la construcción social de la realidad, ya sea macro o microscópica, comienza siempre con el conocimiento, ora en conceptos ora en evidencias. "La realidad se construye socialmente...", comienzan diciéndonos Berber y Luckmann⁶⁶, agregando que "la sociología del conocimiento debe analizar los procesos por los cuales esto se produce". Si toda realidad, por difusa que ella sea, se construye socialmente, quiere decir que en dicha construcción trabajan los miembros integrantes de dicha sociedad, y, lo harán, ya sea en un sentido individual o en un sentido estructurado (más adelante esto último será llamado "institucionalización").

"La conciencia del hombre está determinada por su ser social", escribió Marx, y ello parece concordar con nuestro análisis de la materia. Sin embargo aparece un nuevo concepto en nuestro estudio: "conciencia". Entre "conocimiento" y "conciencia" existen grados metafísicos que distinguen claramente ambos estados. El estado de "conocimiento" es objetivo y frío. Está exento de una reflexión valórica. Es aprehensión en un sentido germinal. El estado de "conciencia" es espiritual y por ende subjetivo y valórico. Una realidad social cualquiera puede ser conocida y aún

⁶⁶ Peter L. Berger y Tomhas Luckmann, "La construcción social de la realidad", Amorrortu editores, Buenos Aires, pág. 13.

más, la sociedad determina el conocimiento. Pero la conciencia juzga tal realidad y tal conocimiento y, en la mayoría de los casos, los anticipa. Ello sucede con la violencia intrafamiliar, que ocupa el grado de conciencia más avanzado.

La base de la realidad social es el individuo. La realidad social es un ente. Es un objeto cognoscible, dentro de nuestro concepto. La base social, esto es, el hombre, es el sujeto cognoscente, es decir, el que partir del conocimiento particular de algo, forma o da vida al conocimiento plural o social. El paso de un conocimiento individual a un conocimiento social, está dado por la conjunción de lo que Scheler denominaba "factores reales" y "factores ideales". "Los factores reales regulan las condiciones en que ciertos factores ideales pueden aparecer en la historia", es decir, los hechos determinan de qué manera las ideas van a ser aprehendidas por la sociedad y cómo van a influir en la historia. Esto último nos hace a la vez disentir del filósofo alemán cuando señala que "el conocimiento humano se da en la sociedad como un a priori de la experiencia individual"⁶⁷, por cuanto hallamos en ello un contrasentido. Experiencia individual, o sea, hechos, no puede ser a priori del conocimiento humano, o sea, ideas. Es la experiencia, individual primero, colectiva después, lo que determina el conocimiento humano primero y la historia después. Incluso nuestra idea se ve descrita en la denominación del propio Scheler de este fenómeno: "concepción relativo-natural del mundo". Lo relativo son los hechos, lo natural, las ideas.

"La vida cotidiana se presenta como una realidad interpretada por los hombres y que para ellos tiene el significado subjetivo de un mundo coherente"⁶⁸. Los hombres integrantes de un grupo social determinado, disfrutan de la realidad que ellos mismos han creado o producido, en un continuo flujo de aprehensión e interpretación.

En muchas ocasiones interpretamos los fenómenos cotidianos utilizando la medida de nuestra aprehensión, ya sea individual o basada en el sentido común. Ello se llama rutina. El sentido

⁶⁷ Berger y Luckmann, obra citada, pág. 26.

⁶⁸ Berger y Luckmann, obra citada, pág. 29.

común es una muestra más de la idea relativista, por cuanto no es lo mismo el cuidado que pone un inglés al utilizar un servicio público, que aquél que pone un latino al usar el mismo servicio. El sentido común, es decir, la expresión societaria de la experiencia histórica, es el referente obligado cuando se intentan crear figuras como la ley, el orden público, las buenas costumbres o, incluso, la moral. En la formación del sentido común, base de la vida cotidiana, opera muy frecuentemente la interacción subjetiva. Este último concepto enlaza una serie de circunstancias, todas concomitantes, que implican la necesaria interrelación del hombre individual con sus semejantes. Tal interacción no sólo crea la historia, sino que además forma o materializa las máximas regidoras del apartado social de que se trate. Tales máximas son utilizadas por todo el conglomerado social en las rutinas normales y evidentes de la vida cotidiana. La violencia intrafamiliar, evidentemente, implica un quiebre sistémico de este orden de ideas.

La vida cotidiana se divide en sectores, unos que se aprehenden por rutina y otros por interacción y experiencia. El primero sector me coloca ante un agente no problemático pues, ¿qué problemático puede resultar de utilizar siempre el mismo camino para llegar a un determinado lugar?. El segundo sector, esto es, aquella parte de la vida cotidiana que aparece como excepcional o infrecuente, en primer término pasa a ser un agente problemático y en segundo lugar su aprehensión puede resultar dificultosa. Es allí donde la interacción pasa a ser preponderante pues, si se ha inundado el camino que me llevaba siempre a destino puedo, o sumergirme hasta el pecho para atravesarlo o pedir la ayuda de un botero vecino. Una vez que tal experiencia ha sido superada, la próxima vez que ello ocurra, el agente ya no será problemático sino rutinario. Antes de la rutina (¿no es la rutina una forma de conocimiento?) lo desconocido sólo es una zona limitada de significado; al presentarse, cobra vida, materialidad y debe ser enfrentada en una perspectiva individual, y por ende oscura y desconocida, o en una perspectiva de interacción, y por ende de intercambio social y cultural.

Esto último nos lleva al tema de la interacción social en la vida cotidiana. La experiencia de tratar a alguien "cara a cara", no sólo es provechosa del punto de vista del conocimiento que de aquella persona puedo obtener (hablamos de sus expresiones físicas), sino que, mucho más

importante, la interacción "cara a cara" apareja resultados fácticos, de continuo sumergibles en beneficios materiales. A mayor abundamiento, el ejemplo anterior. Antes de tal interacción, el otro sujeto, para mí, tan sólo era un "objeto" anónimo (permítaseme la expresión). Abandona el anonimato y se convierte en un sujeto conducente y conocido, en la medida que la experiencia "cara a cara" me lo va lentamente desnudando y mostrando. La sociedad entonces es cíclica; todos viven de todos, lo que lleva a concluir que la realidad social sólo es posible conocerla desde adentro, desnudándose y desnudando.

Ya que la sociedad existe como realidad tanto objetiva como subjetiva, cualquier comprensión teórica adecuada de ella debe abarcar ambos aspectos. Estos aspectos reciben su justo reconocimiento si la sociedad se entiende en términos de un continuo proceso dialéctico compuesto de tres momentos: externalización, objetivación e internalización. Estos fenómenos no ocurren en una secuencia temporal, sino espacial: los tres caracterizan simultáneamente a la sociedad y a cada sector de ella. "Lo mismo puede afirmarse del miembro individual de la sociedad, que externaliza simultáneamente su propio ser y el mundo social y lo internaliza como realidad objetiva. En otras palabras, estar en la sociedad es participar en su dialéctica."⁶⁹

El individuo, ya lo sabemos, no nace miembro de una sociedad. Tiene, eso sí, una predisposición natural hacia la sociabilidad, por la cual el individuo es inducido a participar en la dialéctica de la sociedad. El punto de partida de ello es la internalización, esto es, la aprehensión o interpretación inmediata de un acontecimiento objetivo en cuanto expresa significado, o sea, en cuanto es una manifestación de los procesos subjetivos de otro que, en consecuencia, se vuelven subjetivamente significativos para mí. Esto no es más que el proceso de aprendizaje en su máxima expresión, a saber, aprehensión.

Esta aprehensión no resulta de las creaciones autónomas de significado por individuos aislados, sino que comienza cuando el individuo "asume" el mundo en el que ya viven otros. Por cierto que el "asumir" es de por sí, en cierto sentido, un proceso original para todo organismo

⁶⁹ Berger y Luckmann, obra citada, pág. 64.

humano, y el mundo, una vez "asumido" puede ser constantemente modificado. Mediante la internalización, yo, además de comprender los procesos subjetivos de otro, comprendo el mundo en el que él vive y ese mundo se vuelve también mío. Solamente cuando el individuo ha llegado a este estado de internalización puede considerársele miembro de la sociedad. El proceso por el cual esto se realiza se denomina socialización, y, por lo tanto, puede definirse como la inducción amplia y coherente de un individuo en el mundo objetivo de una sociedad o en un sector de él.

La socialización admite una subclasificación. Socialización primaria es aquella por la que el individuo atraviesa en la niñez; por medio de ella se convierte en miembro de la sociedad. La socialización secundaria es cualquier proceso posterior que induce al individuo ya socializado a nuevos sectores del mundo objetivo de su sociedad.

Se advierte a primera vista que la socialización primaria suele ser la más importante para el individuo, y que la estructura básica de toda socialización secundaria debe semejarse a la de la primera. Es por ello que la violencia intrafamiliar debe tratarse, creemos, en el ámbito de la socialización primaria, es decir, desde la educación a temprana edad.

Cave advertir que, siendo la socialización primaria la base de la estructura social definitiva, todos sus contenidos específicos varían de una sociedad a otra. Es así como, el lenguaje es, por sobre todo, lo que primero debe internalizarse. Con el lenguaje, y por su intermedio, diversos esquemas motivacionales e interpretativos se internalizan como definidos institucionalmente.

La socialización primaria finaliza cuando el concepto del otro generalizado (y todo lo que esto comporta) se ha establecido en la conciencia del individuo. A esta altura ya es miembro efectivo de la sociedad y está en posesión subjetiva de un yo y de un mundo. Pero esta internalización de la sociedad, la identidad y la realidad no se resuelven así como así. La socialización nunca es total, y nunca termina. Esto nos presenta otros dos problemas para resolver: primero, cómo se mantiene en la conciencia la realidad internalizada en la socialización primaria, y, segundo, cómo se efectúan otras socializaciones, las secundarias, en la biografía posterior del individuo. Examinaremos estos problemas en orden inverso.

Puede existir una sociedad en la que no se produzca otra socialización que la primaria, claro está, tendría un acopio de conocimientos muy sencillo. Sin embargo lo anterior no pasa de ser un caso absolutamente teórico. No existe ninguna sociedad, dentro de las que conocemos, que no posea cierta división del trabajo y, concomitantemente, cierta distribución social del conocimiento, por lo que, mientras así ocurra, la socialización secundaria se vuelve una necesidad.

La socialización secundaria es la adquisición del conocimiento específico de "roles", estando éstos directa o indirectamente arraigados en la división del trabajo. Su alcance y su carácter se determinan, pues, por la complejidad de la división del trabajo y la distribución social del conocimiento especializado. Es decir, la socialización secundaria es la internalización de "submundos" institucionales o basados sobre instituciones.

En la socialización secundaria, las limitaciones biológicas, de suyo trascendentes en la socialización primaria, se vuelven cada vez menos importantes en las secuencias del aprendizaje, el cual ahora llega a establecerse en términos de las propiedades intrínsecas del conocimiento que ha de adquirirse, o sea, en términos de la estructura fundacional de ese conocimiento. Por ejemplo, para aprender ciertas técnicas de la caza primero hay que aprender a escalar montañas, o para aprender cálculo matemático primero hay que aprender álgebra.

Surgen inmediatamente entonces las diferencias entre ambas formas de socialización. Mientras que la socialización primaria no puede efectuarse sin una identificación con carga emocional del niño con sus otros significantes, la mayor parte de la socialización secundaria puede prescindir de esta clase de identificación y proceder efectivamente con la sola dosis de identificación mutua que interviene en cualquier comunicación entre los seres humanos. Dicho más gráficamente, es necesario amar a la propia madre, pero no a la maestra propia.

En la socialización primaria el niño no aprehende a sus otros significantes como funcionarios institucionales, sino como mediadores de la realidad; el niño internaliza el mundo de sus padres como el mundo y no como perteneciente a un contexto institucional específico. Algunas de las crisis que se producen después de la socialización primaria se deben realmente al reconocimiento de que el mundo de los propios padres no es el único mundo que existe, sino que

tiene una ubicación social muy específica, quizás hasta con una connotación peyorativa. En la socialización secundaria suele aprehenderse el contexto institucional. El desenvolvimiento de la educación constituye, por supuesto, un ejemplo inmejorable de la socialización secundaria, que se realiza bajo los auspicios de los organismos especializados para ello.

b) El control social de respuesta o de reacción.

b.1.) El control social informal: Esta forma parte de las interacciones cotidianas de los miembros de un grupo social y su aspecto distintivo es que su finalidad principal no es el ejercicio del control social. Esta constituido por instituciones como la familia, la vecindad, escuela, trabajo, sindicato, partido político, etc. El control informal es ejercido por estas instituciones de modo complementario y se rige por sistemas normativos informales de usos, costumbres, tradiciones y de apelaciones de la moral y a la reciprocidad. Sus sanciones van desde la burla hasta la pérdida del puesto de trabajo, pasando por el aislamiento social, el reproche, la pérdida del honor, de posición y también de relaciones y sobre todo de ingresos económicos.

b.2.) Control social formal: Por su parte, el control social formal es el que es ejercido por instancias que han sido establecidas con la finalidad de ejercer el control social, como la policía, los tribunales, los establecimientos penitenciarios. Al contrario de lo que sucede en el control social informal, la violencia de este control está regulada por el derecho escrito, en particular por el Derecho Penal. El Derecho Penal es el modelo óptimo de control social formal. Esta disciplina plantea los supuestos hipotéticos en que pueden intervenir las distintas instancias de control y también al que acceden el derecho policial, proceso penal y penitenciario.

Todo lo que hemos mencionado, nos permite incluir la Ley de Violencia Intrafamiliar dentro de denominado control social de respuesta o de reacción formal. Si bien la naturaleza jurídica de esta ley es especial, ya que contiene instituciones extraídas del Derecho Civil o Derecho Procesal Civil e incluso algunas propiamente del Derecho de Familia, no cabe duda que, en cuanto al análisis desde la perspectiva del control social, se trata de una norma de índole penal. Basta recordar que esta ley tipifica una conducta que conlleva una pena (sea la tradicional pena de privación de libertad

o una más moderna como el trabajo a favor de la comunidad o incluso el tratamiento terapéutico que implica una verdadera medida de seguridad postdelictual).

Sostenemos que la labor estatal no debe terminar en la dictación de esta ley, sino que debe ejercerse mediante políticas públicas que influyan en un control social o reacción informal y sobre todo que actúe sobre el control social de acción. Se debe aprovechar la capacidad preventiva de estos controles sociales (son sus características particulares en el sentido expuesto) para abordar de mejor manera el problema de la violencia intrafamiliar.

Ya se cumplió la labor de deslegitimación de violencia intrafamiliar y su sanción mediante la dictación de la Ley. Ahora se debe perfeccionar este instrumento a partir de las evaluaciones que de él se hagan, pero sobre todo, sostenemos que se debe priorizar medidas que apunten hacia una cultura no violenta que importe un nuevo posicionamiento de la mujer en la sociedad.

Creemos que una de las maneras de perfeccionar este sistema es comenzando por el factor judicial o el punto referente a la competencia. Los Tribunales de Familia, que en proyecto de ley descansan en nuestro Congreso Nacional, serían una excelente alternativa para ello, para modernizar el sistema de protección.

2.- LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN FAMILIAR: Tribunales de Familia.

2.1. Generalidades.

Con fecha 5 de Noviembre de 1997 se recepcionó en la Oficina de Partes de la Cámara de Diputados el Boletín N° 2118-18, continente del Mensaje Presidencial por medio del cual se presenta el Proyecto de Ley que pretende crear los Tribunales de Familia de la República.

A continuación detallaremos los aspectos más interesantes de dicho Proyecto, a la luz de lo que expone el Mensaje Presidencial.

"Una de las características de nuestro proceso de desarrollo y de nuestra evolución histórica, es la asimetría que es posible advertir entre, por una parte, el conjunto de transformaciones sociales y políticas que nuestro país ha experimentado en las últimas décadas y, por la otra, el estado de sus instituciones jurisdiccionales. Estas, como es sabido, no han acompasado su diseño institucional a los desafíos que plantea una sociedad cada vez más diversas y más compleja. Esa asimetría no sólo se manifiesta en la incapacidad estructural de nuestro sistema de administración de justicia para hacer frente al crecimiento del litigio que, desde hace ya un par de décadas, experimenta nuestro país, sino que se manifiesta también en la falta de correspondencia que es posible constatar entre los procedimientos previstos para producir decisiones jurisdiccionales y la extrema diversidad de los conflictos que comparecen ante la judicatura reclamando solución."

"Así, el problema no consiste sólo en que nuestro sistema de administración de justicia posea deficiencias cuantitativas que le impidan hacer frente con prontitud y eficiencia a la cada vez más creciente cantidad de litigios, sino que el problema consiste, además, en que los diseños procedimentales con que cuenta nuestro país poseen deficiencias cualitativas que impiden a nuestro jueces dar una respuesta adecuada a la naturaleza y tipo de conflicto que ante ellos comparece. Los conflictos, hoy día, no sólo son más que aquellos que nuestro sistema es capaz de resolver, también son distintos a aquellos que pudieron imaginar quienes originalmente lo diseñaron. El desafío, en consecuencia, no sólo es aumentar la capacidad del sistema para resolver conflictos; es necesario, todavía, ocuparse del modo en que el sistema los resuelve, para que las decisiones que emita sean socialmente adecuadas y percibidas como legítimas."

"La política de justicia del gobierno que presido se ha esmerado por encarar de manera sistemática y con sentido de Estado, ese grave desafío estratégico. El gobierno considera indispensable hacer frente a esas deficiencias de nuestro sistema de administración de justicia para favorecer, a la vez, el respeto de los derechos, por una parte, y la seguridad de las personas, por la otra; el respeto por el individuo, que es base de una sociedad democrática, por un lado; pero, al mismo tiempo, el fomento de un mínimo de virtudes comunitarias, indispensables para la prosecución de un proyecto nacional, por el otro."

"El proyecto de reforma procesal penal -quizá la más importante modernización del Estado de Chile desde su consolidación-; el fomento del uso de sistemas alternativos al jurisdiccional para la resolución de los conflictos, con el fin de aumentar y hacer más heterogénea la tutela de derechos que es capaz de ofrecer el Estado; los programas de acceso a la justicia, que tienden a aumentar la información disponible y a prestar asistencia letrada a sectores marginados de la protección jurisdiccional; el aumento persistente y sostenido de recursos al sector justicia; y, en fin, el proyecto de tribunales de familia que ahora sometemos a la consideración de esta Honorable Cámara, forman parte de ese proyecto sistemático de desarrollo de las instituciones jurisdiccionales que mi gobierno se ha esmerado en llevar a término, provisto de la convicción que se trata de un objetivo estratégico, que debe encararse con sentido de Estado y en especiales condiciones de imparcialidad. Porque referirse a la justicia no es aludir a intereses parciales, ni importa perseguir objetivos de corto plazo, pues nos estamos ocupando de las instituciones sociales básicas en que desenvolverán su vida innumerables generaciones de chilenos."

"En el proyecto de tribunales de familia que ahora someto a vuestra consideración y que, como se viene diciendo, forma parte de ese gran proyecto de modernización en el que los más diversos sectores del país han realizado persistentes y sistemáticos esfuerzos, se enlazan múltiples objetivos de política pública. Hacer explícitos esos objetivos de política pública, resulta imprescindible para poner de relieve la importancia crucial que para el conjunto de la sociedad chilena reviste este proyecto."

2.2. Objetivos y Fundamentos Generales del Proyecto.

"Ante todo, se trata de dotar a nuestro sistema de administración de justicia de órganos y procedimientos para hacer frente a un especial tipo de contencioso, para el cual hoy, nuestro ordenamiento, carece de una respuesta específica: el de naturaleza familiar."

"En efecto, la justicia de menores que hoy existe en nuestro país, posee una inspiración conceptual y un diseño procedimental que no se condice ni con la especial naturaleza del

contencioso familiar, ni, tampoco, con las exigencias que el derecho internacional de los derechos humanos -al que Chile se encuentra sometido por mandato constitucional- contempla."

"Los conflictos de naturaleza familiar suelen poseer una naturaleza más bien sistémica. Respecto de ellos, las nociones habituales del derecho privado, como la culpa o las técnicas de responsabilidad, resultan inadecuadas. A la vez, el derecho comparado, y los instrumentos internacionales, aconsejan considerar a los niños que se relacionan con el sistema jurisdiccional, como sujetos de derecho que deben ser oídos, en un proceso interactivo, en que sus intereses sean especialmente considerados. La actual situación de la administración de justicia respecto de la niñez, la adolescencia y la familia es, pues, gravemente deficitaria. Esta es una situación especialmente grave, que debe ser corregida para dar cabal cumplimiento al deber del Estado de proteger la familia que proclaman el texto constitucional y múltiples instrumentos internacionales."

"Si hasta hace algunas décadas los ritmos tradicionales de la sociedad chilena permitían entregar buena parte del contencioso familiar a una resolución más bien espontánea o a mecanismos informales de control social, hoy día ello ya no es posible."

"Los procesos de modernización en Chile han debilitado los grupos primarios de pertenencia y, entonces, la juridificación del conflicto de familia tenderá, inevitablemente, a acrecentarse."

"De ahí que corresponda al Estado emprender una política que, con sentido estratégico, pueda hacer frente a esa realidad."

"Pero no se trata únicamente de dar una respuesta al contencioso familiar. Se trata, todavía, de que esa respuesta sea socialmente adecuada a las especiales características que reviste este tipo de conflicto."

"El diseño predominantemente adversarial del procedimiento judicial chileno; su extrema escrituración; la alta mediación que es posible advertir entre el juez llamado a proveer la decisión al conflicto y un conjunto de funcionarios no letrados del tribunal; y la alta discrecionalidad del procedimiento, especialmente en materia de niños y adolescentes, aconsejan modificar la actual justicia de menores, para dotar así a sus jueces de procedimiento y formas de actuación que les permitan dar una respuesta socialmente adecuada al contencioso familiar."

"Esos nuevos procedimientos persiguen, en términos generales, cuatro objetivos de política pública de justicia, que al gobierno le interesa explicitar, porque subyacen también en otros proyectos que se encuentra impulsando. Ello prueba la sistematicidad de su esfuerzo y la coherencia de sus múltiples iniciativas."

"En primer lugar, se trata de tender, al igual que en materia procesal penal, hacia procedimientos que favorezcan la inmediación entre los justiciables y los jueces, instituyendo, en consonancia con el derecho comparado, un procedimiento que enfatice la oralidad por sobre la escrituración. Ello favorecerá la publicidad y la imparcialidad del juicio jurisdiccional contribuyendo, así, a aumentar su legitimidad."

"En segundo lugar, se trata de acrecentar el acceso a la justicia de sectores tradicionalmente excluidos. La evidencia empírica disponible pone de manifiesto que el contencioso familiar es, de los problemas que aquejan a los sectores de menores recursos, el más vinculado a su bienestar cotidiano. En esta parte, existe una muy estrecha relación con el proyecto de reforma procesal penal, en la medida que ambos proyectos acrecientan el acceso a la justicia de sectores que, por razones socioeconómicas, se encuentran, hasta ahora, mayoritariamente excluidos."

"Investigaciones empíricas muestran que cuando los pobres sienten necesidad de acudir a la jurisdicción, lo hacen o por cuestiones vinculadas al contencioso familiar o por asuntos relativos al proceso penal."

"El proyecto, pues, viene a dar respuesta a una necesidad de acceso empíricamente acreditada. Existe una clara relación entre el bienestar de los sectores de menores ingresos y el proyecto que ahora presentamos."

"En tercer lugar, se trata de instituir un órgano jurisdiccional que, en el futuro inmediato, y como lo reclaman múltiples instrumentos internacionales, pueda hacerse cargo del conocimiento de las infracciones juveniles a la ley penal, en conformidad a un procedimiento que satisfaga las garantías del debido proceso. Hoy, como es sabido de todos, nuestro ordenamiento no provee de un juicio genuino a quienes, siendo adolescentes, han infringido la ley penal. Los tribunales de familia constituyen un paso indispensable para corregir esa grave deficiencia de nuestro ordenamiento

jurídico. Esperamos corregir así, una de las más graves deficiencias, que en término de garantías, posee hoy nuestro ordenamiento jurídico."

"En cuarto lugar, el proyecto tiene por objeto instituir un procedimiento que confiera primacía a las soluciones no adversariales del conflicto familiar."

"En efecto, como es sabido, el conflicto familiar es un conflicto que reclama soluciones cooperativas, es decir, soluciones que acrecienten el bienestar de todas las partes del conflicto."

"Como dicho fin, el proyecto instituye la mediación. La mediación, al aumentar los niveles de información disponibles y los canales de comunicación entre las partes, fomenta las soluciones autocompositivas."

"Existe evidencia empírica de que este tipo de soluciones disminuye las ineficiencias, permitiendo así, en el largo plazo, un ahorro de recursos. La solución adversarial tiende a asignar bienestar a una de las partes, negándoselo a la otra. Ello suele ser motivo de un nuevo conflicto que, muy prontamente, comparece de nuevo ante el sistema reclamando solución."

"Este es un aspecto del proyecto de particular interés y a favor del cual es posible citar importantes experiencias en sistemas jurídicos tan prestigiosos como el francés o el canadiense."

"A todo lo anterior podemos agregar que la necesidad de crear estos tribunales es compartida por importantes sectores de la sociedad."

2.3. Objetivos Específicos del Proyecto.

"Los objetivos específicos del proyecto de ley que tengo la honra de someter a vuestra consideración, se relacionan con ciertas condiciones que, según se ha señalado, se estiman indispensables para una jurisdicción de familia. Ellas son:

"1. Que exista una jurisdicción especializada en asuntos de familia. Para ellos se crean tribunales dotados de competencia para conocer de todas las materias que puedan afectar a las familias, de manera que aquellas que se encuentran en conflicto no deban iniciar varios procedimientos distintos para resolver los asuntos que los involucran."

"2. Que se proporcione a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas. El proyecto privilegia fuertemente las vías no controversiales de resolución de conflictos -tanto la mediación como la conciliación- apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar."

"3. Que esa jurisdicción tenga un carácter interdisciplinario. Los tribunales que se crean, requieren tratar el conflicto en su integralidad, considerando los múltiples aspectos involucrados, a fin de ofrecerles soluciones también integrales."

"4. Que atendida la naturaleza del conflicto familiar, el juez tenga un conocimiento directo e inmediato de los asuntos. A este fin, se ha diseñado un procedimiento oral, flexible, concentrado y basado en el principio de la inmediación."

"5. Por último, en el proyecto se contempla un objetivo que, sin ser propio de la judicatura de familia, no es por eso menos importante: el que se refiere a la incorporación en esta judicatura de elementos de modernización comunes al resto de la administración de justicia con el objetivo de que el ejercicio de la jurisdicción sea lo más eficaz y eficiente posible."

2.4. Breve análisis de los Principios Inspiradores del Proyecto.

Quizás el elemento base que nos permite dar con los principios fundamentales que inspiran este proyecto de ley, está recogido no en este Mensaje Presidencial, sino que en la carpeta de gobierno que establece las aspiraciones máximas de la actual administración en materia de justicia, esto es, "**modernizar el aparato judicial**". Dentro de ello la creación de los Tribunales de Familia sólo es un eslabón más en la carrera desenfadada por conseguir estos logros, acápite que incluye el nuevo proceso penal, el nuevo procedimiento de nombramiento de ministros, la rebaja de edad para el retiro de éstos, el Ministerio Público, etc. Lo que queremos decir es que la creación de los

Tribunales de Familia debe ser mirada dentro de un trabajo global, de suerte que los principios que inspiran la reforma de una institución rigen para la reforma o creación de otras.

Conforme con lo dicho, los principios que inspiran la creación de los Tribunales de Familia son similares a los que inspiraron anteriormente la presentación de un proyecto para reformar el proceso penal. Debemos señalar que siendo dicho proyecto de ley, el que inició el camino para la reforma integral, los parámetros generales de dicho proceso reformativo están en el Mensaje que le dio inicio en su oportunidad. De aquél Mensaje podemos leer los siguientes párrafos perfectamente aplicables al proyecto actual:

El proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal, se inició por Mensaje Presidencial, N° 110-331, enviado a la Cámara de Diputados con fecha 9 de Junio de 1995. Siempre que tal ha acontecido en la historia legislativa chilena, el Mensaje se constituye en una rica fuente de doctrina jurídica, de la que ningún estudioso del derecho puede hacer indiferencia. Forzoso nos es entonces, analizar algunos aspectos, que hemos considerado más relevantes, y que se erigen en la base inspiradora del proyecto de reforma en comento. Señala el referido Mensaje:

"Honorable Cámara de Diputados:

"La modernización del sistema de administración de justicia, constituye un esfuerzo de crecimiento institucional que, cercano ya el fin de siglo, es ineludible, para el desarrollo y consolidación de nuestro sistema constitucional y democrático.

Existe en el país un amplio consenso sobre la falta de adecuación del sistema vigente a los requerimientos de los tiempos actuales, siendo ésta percibida como un obstáculo a las metas de desarrollo que el país se ha trazado para los años venideros. La modernización del sector justicia en Chile ha sido definida, por el Gobierno que tengo el honor de presidir, como una política que tiende a adecuar el conjunto de las instituciones que participan de la administración de justicia a los procesos de desarrollo político y económico que ha experimentado Chile en las dos últimas décadas. Mientras el sistema de administración de justicia en Chile fue diseñado y constituido, en lo fundamental, hacia mediados del siglo XIX, permaneciendo desde entonces sin cambio alguno, la sociedad chilena se ha transformado en un sentido económico y político."

"Mediante la modernización de la administración de justicia, se busca favorecer la consolidación del estado de derecho democrático y del modelo de desarrollo económico."

"La reforma al sistema penal constituye una labor que se extiende más allá de la reforma al proceso penal. Supone modificar nuestros criterios de criminalización primaria, introduciendo principios como los de lesividad y última ratio; supone, además, supervigilar la ejecución de las penas para evitar así castigos excesivos y favorecer la reinserción; exige modificar la relación entre el estado y la policía, para favorecer la oportunidad y la selectividad en el uso de la fuerza; y

supone, por sobre todo, de un modo urgente y prioritario, modificar el proceso penal para transformarlo en un juicio genuino, con igualdad de armas entre el estado y el inculpaado y con plena vigencia de la oralidad, la oportunidad y la inmediación."

"El proyecto de Código constituye el núcleo básico de un nuevo modelo procesal penal que, a su vez, aspira a producir una importante transformación en el conjunto del sistema de justicia criminal. Se busca cambiar fundamentalmente el modo en que los tribunales desarrollan el procedimiento penal, proyectando ese cambio hacia el trabajo de los organismos policiales, hacia el funcionamiento del sistema penitenciario y, en general, respecto del conjunto de las actividades estatales que constituyen la respuesta represiva a la criminalidad."

En estos párrafos están consagrados los principios que también inspiran el presente proyecto de ley, es decir, modernizar la forma o manera de hacer justicia en Chile de suerte de adecuar dicho poder del Estado a las exigencias actuales del sistema político y económico del país.

Pero así como los principios generales inspiradores de ambos proyectos son similares, también hay similitud en cuanto a las características de ambos procedimientos, esto es, del nuevo proceso penal y del procedimiento ante los Tribunales de Familia. La principal similitud es que ambos persiguen estatuir un procedimiento oral, flexible, concentrado y basado en el principio de la inmediación.

2.5. El Principio de Inmediación.

Estamos frente a este principio cuando el juez está en contacto directo con las partes y con el material del proceso. Este principio se presente, en teoría, en nuestro proceso penal actual de la siguiente manera: El mismo juez debe interrogar al detenido dentro de las 24 horas siguientes a aquélla en que hubiera sido puesto a su disposición (art. 319); podrá tomarle las declaraciones que considere convenientes para la averiguación de los hechos (art. 318); el delito se comprueba con el examen practicado por el juez, auxiliado por peritos en caso necesario, de la persona o cosa que ha

sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración y de las huellas, rastros y señales que haya dejado el hecho (art. 110). Cuando el delito que se persigue haya dejado rastros o señales, el juez procederá personalmente a tomar nota de ellos, y describirá detalladamente en el proceso los que puedan servir para determinar el cuerpo del delito o la persona del delincuente (art. 112). Toda diligencia practicada por el juez durante el sumario se extenderá por escrito en el acto mismo de llevarse a cabo, y será firmada por el juez, las personas que han intervenido en ella y el secretario (art. 117). Todas las normas sobre la prueba y la instrucción sientan la aplicación de este principio, que supone, además, la identidad del juzgador durante el juicio. En nuestro sistema, el principio llega a su extremo al identificar al denunciante, al instructor y al juzgador, cuando el proceso se incoa de oficio por el juez.

El principio no es absoluto; no todas las actuaciones las realiza el magistrado. Por imposibilidad física, en los tribunales con recargo de trabajo, son los actuarios los que toman las declaraciones del inculcado y de los testigos. La ley permite, también, que el juez delegue sus funciones en otro juez, cuando deben cumplirse actuaciones en lugar diverso (competencia delegada), o en otro funcionario (Actuario, Secretario, Receptor, etc.). Este es el Principio de la Mediación que se enlaza con los procedimientos escritos. En nuestro procedimiento penal, desgraciadamente, se da en el sumario, por imposibilidad física del juez de actuar personalmente. Teóricamente la inmediación es la regla general; la excepción la encontramos en ciertas pruebas como la testimonial y la rendida en segunda instancia. El art. 198 dispone "que si el testigo reside en un lugar distinto de aquel en que tiene su territorio jurisdiccional el tribunal que instruye el sumario, será examinado por el juez de letras o de policía local a quien se cometa la diligencia, en virtud de exhorto en que se expresen los hechos, citas y preguntas acerca de los cuales deba ser interrogado" y, el art. 521, establece que en caso de aceptarse la prueba en esta instancia "será recibida por el ministro del tribunal que sea comisionado o por el juez a quo o por otro juez a quien el tribunal juzgare convenientemente cometerla".

Otro de los principios que enlazan ambas iniciativas legales es el de la oralidad.

2.6. El Principio de Oralidad.

Se aplica el principio de la oralidad cuando los actos se realizan por la palabra hablada, lo que no obsta a que se escriba o redacte. Así, en nuestro actual proceso penal, se producen las declaraciones del inculcado o de testigos (art. 318 y arts. 207 y ss. del Código de Procedimiento Penal); el reconocimiento de instrumento privado (art. 187); el allanamiento (arts. 156 y ss.); la apertura y registro de correspondencia (arts. 178 y 180); la inspección personal del tribunal (arts. 121 y ss. y 474 a 476).

Es importante el principio, porque es base de otros, como el de mediación, el inquisitivo y el de verdad real. En su aplicación técnica todo el debate con las pruebas, debe realizarse oralmente frente al tribunal, evitando los intermediarios, los escritos y los funcionarios, entre el tribunal, las partes y los medios de prueba.

El principio de la oralidad prevalece en el sumario de nuestro proceso penal, con excepciones como los actos de las partes, querrela, art. 94, documentos, 184 y ss., y otros, como el informe de peritos, art. 237, y las resoluciones judiciales (art. 43).

La oralidad total es muy difícil que se adopte en las legislaciones, dada su inseguridad. Se complementa con el Principio de la Protocolización en virtud del cual los actos verbales se reducen a actas que son autorizadas por un Ministro de Fe.

El sistema propuesto se basa en la consagración del juicio como elemento rector del conjunto del procedimiento. Esta centralidad se traduce directamente en la concentración de las actividades más importantes del procedimiento en la audiencia principal. En todos los casos en que una acusación deba ser objeto de una tramitación ordinaria hasta su término por sentencia definitiva, el juicio deberá constituir la oportunidad para la formulación de la acusación, el ejercicio de la defensa, la presentación de la prueba, el debate sobre la misma y la dictación de la sentencia."

2.7. El Principio de Concentración.

El principio de Continuidad y Concentración implican que el juicio oral o audiencia principal se desarrolla en forma continua y puede prolongarse en audiencias sucesivas, hasta su conclusión.

El tribunal puede suspender el juicio solamente por razones de absoluta necesidad y por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión. Al reanudar el juicio generalmente efectúa un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento.

El juicio se suspende sólo por las causas señaladas en la ley. La suspensión o la interrupción del juicio por un período excesivo impide su continuación. En tal caso, el tribunal deberá decretar la nulidad de lo obrado en él y ordenar su reinicio.

La oralidad, concebida en los términos que hemos estudiado, hace posible el contacto y la relación estrecha y sin intermediarios entre los jueces, las partes y las pruebas. La percepción y el conocimiento que así se adquiere es real, directo, efectivo; sólo tras él puede formarse una auténtica convicción. No otra cosa es el Principio de Inmediación.

Cuestión importante es también que todos los sujetos y todas las pruebas estén en la audiencia, que todo el debate se de entre ellos y con ellos. Tal es la Concentración, que integra todos los elementos y permite la visión unitaria y completa de los mismos; la disgregación atenta contra el conocimiento cabal y profundo, contra la percepción de las imputaciones y las defensas, compromete las contradicciones entre ellas, impide la valoración y la crítica de cada prueba y de ellas con todas las demás.

Unido estrechamente a lo anterior está la Continuidad. La fase conclusiva debe desarrollarse como una unidad, sin interrupciones ni tiempos indefinidos entre los actos. La dilación puede afectar el recuerdo, borrar el conocimiento real y consecuentemente frustrar el efecto propio de la oralidad: decidir según lo que se haya realmente oído y visto.

2.8. Contenido específico del Proyecto.

El proyecto de ley presentado por el Mensaje cuyas principales partes transcribimos, consta de seis Títulos, cada uno de los cuales se compone de un número específico de párrafos, y contiene además, las normas transitorias necesarias para su puesta en marcha.

Para el logro de los objetivos señalados en el Título I de este capítulo, ha debido concebirse una estructura orgánica sumamente innovadora para los tribunales de familia, los que se crean a partir de la transformación de los actuales tribunales de menores.

Recogiendo las tendencias modernas de organización de tribunales, los tribunales de familia tendrán el carácter de tribunales unipersonales de composición múltiple, lo que significa que constituirán verdaderas unidades jurisdiccionales compuestas por un número variables de jueces, calculado, en cada caso, según la carga de trabajo esperada, cada uno de los cuales detentará separadamente la potestad jurisdiccional plena.

a.- Título I.

a) Este Título regula la organización de los tribunales de familia a los que se concibe como una judicatura especializada, que forma parte del Poder Judicial. Se les da el carácter de tribunales unipersonales de composición múltiple, integrados por el número de jueces que la ley determine para cada territorio jurisdiccional. Regula, además, la organización y funcionamiento del personal que compone su estructura orgánica, esto es, además de los jueces, el Consejo Técnico, el administrador y el personal de secretaría.

Artículo 1º: "Créase una Judicatura Especializada de Familia, encargada de conocer los asuntos de que trata esta ley y los que le encarguen otras leyes generales y especiales, de resolverlos y de hacer cumplir las resoluciones que recaigan en ellos."

"Esta Judicatura formará parte del Poder Judicial y tendrá la estructura, organización, composición y competencia que la presente ley establece."

"En lo no previsto por ella u otras leyes especiales, se regirá por las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales y las leyes que lo complementan."

b) El párrafo primero, establece algunas normas especiales relativas a los jueces de familia. Entre otras, destaca la siguiente: existencia de un juez presidente en cada uno de ellos -cargo nuevo que se ejerce por orden de antigüedad de los jueces del tribunal por períodos limitados de un año pero renovables-. Atendida la nueva composición y organización de estos tribunales, las facultades económicas y disciplinarias serán ejercidas por este juez presidente. Así por ejemplo,

Artículo 3º: "Para ser juez de familia, es necesario tener los requisitos generales para ser juez de letras y haber aprobado la parte del programa de formación de jueces de la Academia Judicial especialmente dirigida a ellos."

Artículo 6º: "Los jueces de familia asistirán a su despacho por seis horas diarias de lunes a viernes. Además, deberá establecerse un sistema o turno que permita que de lunes a sábado y por el lapso de ocho horas al día, esté a disposición del tribunal al menos un juez de familia para conocer de crímenes y simples delitos en que haya menores inculcados en la respectiva jurisdicción."

c) Los párrafos segundo, tercero y cuarto de este Título I, se refieren al Consejo Técnico, al administrador y a los oficiales de Secretaría, respectivamente.

Cada Tribunal de Familia tendrá un Consejo Técnico, que constituye un cuerpo de asesoría especializada, compuesto por asistentes sociales y psicólogos. Este Consejo asesorará al juez en la comprensión de los hechos y situaciones que se ventilen, permitiéndole tener una visión interdisciplinaria, de tanta importancia cuando se trata de conflictos de familia.

Especial importancia reviste la creación de este órgano, indispensable para el pleno logro de los objetivos de la jurisdicción de familia. La composición de este cuerpo -siempre

multidisciplinaria- varía en función del número de jueces del tribunal y se establece que sus actuaciones deben ser públicas, en concordancia con el principio de la oralidad e inmediación en esta judicatura.

Artículo 9º: "En cada tribunal de familia habrá un Consejo Técnico compuesto por asistentes sociales y psicólogos. Tendrá el carácter de organismo auxiliar de la administración de justicia y prestará asesoría especializada a los jueces."

"La función primordial del Consejo Técnico será la de asesorar a los jueces en el análisis de los hechos y situaciones relacionadas con los asuntos de que conocen y en cualquier otra materia de su especialidad en que el juez lo solicite, así como en la adopción de la resolución que mejor convenga a los intereses permanentes del grupo familiar. Los informes u opiniones que emitan los miembros de este Consejo, en el cumplimiento de sus funciones, serán públicos y se dará cuenta de ellos en las audiencias, a fin de que las partes los conozcan y puedan rebatirlos."

"En caso necesario, el juez presidente podrá requerir al Consejo Técnico que emita los informes económicos y sociales que sean necesarios para resolver cuestiones sobre alimentos."

d) Con miras a garantizar un eficiente funcionamiento del tribunal y permitir a los jueces dedicar el máximo de su tiempo a la labor propiamente jurisdiccional, se crea la figura del administrador.

Este se concibe como un auxiliar de la administración de justicia. Deberá contar con un título profesional del área de administración o finanzas, y será el encargado de la gestión administrativa y financiera del tribunal.

El administrador será el superior jerárquico de los funcionarios de secretaría del tribunal y él, a su vez, dependerá del juez presidente.

Como una consecuencia de lo anterior, el proyecto de ley se hace cargo del amplio consenso existente en nuestra comunidad jurídica respecto de la subutilización del cargo de secretario del tribunal actualmente desempeñado por un funcionario abogado. Es así como, recogiendo propuestas existentes sobre la materia, se elimina dicho cargo.

Artículo 12: "El juez presidente, a propuesta del administrador, deberá disponer un sistema de distribución del trabajo eficiente y equitativo entre los integrantes del Consejo Técnico, cuidando de establecer instancias periódicas en que éste deba reunirse para analizar conjunta e interdisciplinariamente determinadas materias de que conozcan o puedan conocer los jueces."

Artículo 13: "En cada tribunal de familia habrá un administrador, quien será auxiliar de la administración de justicia y se regirá por las reglas que el Código Orgánico de Tribunales establece para los administradores de Tribunales en los artículos 389 bis y siguientes."

"El administrador dependerá del juez presidente."

b.- Título II.

Fija la competencia de estos tribunales, concentrando en ellos el conocimiento de todas las materias concernientes a las cuestiones de familia, con la sola excepción de las nulidades de matrimonio por vicios de forma y aquellas de orden sucesorio.

Se ha estimado necesario excepcionar expresamente del conocimiento de estos tribunales las causas sobre nulidades de matrimonio basadas en la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil ante quien se celebran, en atención a las graves consecuencias sociales -de todos conocidas- que conlleva la utilización de esta norma. Sin perjuicio de lo anterior, se establece la obligatoriedad de que las partes resuelvan, por acuerdo directo o por decisión del tribunal de familia, los aspectos concernientes a las condiciones económicas y personales de la vida futura de los hijos menores.

Les corresponde asimismo a los tribunales de familia, el conocimiento de las causas sobre infracciones juveniles a la ley penal, materia que en un futuro cercano debiera ser objeto de una nueva regulación a fin de adecuar nuestra legislación en esta materia a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 17: "Corresponderá a los tribunales de familia:

- 1) Conocer de los asuntos relativos a la tuición de los menores de edad;

- 2) Regular el derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 227 del Código Civil;
- 3) Conocer de las causas de alimentos;
- 4) Conocer de los asuntos que digan relación con el ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad y la emancipación;
- 5) Conocer de las causas de adopción y los procedimientos a que den lugar las leyes que la regulen;
- 6) Otorgar autorización para la salida de menores del país, en los casos que corresponda de acuerdo a la ley;
- 7) Conocer de los disensos para contraer matrimonio;
- 8) Conocer de las acciones de estado civil de las personas;
- 9) Conocer de los procedimientos sobre guardas;
- 10) Conocer de los procedimientos de interdicción;
- 11) Conocer de los asuntos que digan relación con el régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares, con excepción de aquéllos derivados de la sucesión por causa de muerte;
- 12) Conocer de las causas sobre divorcio;
- 13) Conocer de los procedimientos sobre nulidad de matrimonio, con excepción de aquellos que se funden en las causales señaladas en el artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil³⁸;
- 14) Conocer de las cuestiones que deben ser resueltas o acordadas previamente, de acuerdo a los artículos 26 bis y 35 bis de la Ley de Matrimonio Civil, según corresponda;
- 15) Conocer de los asuntos a que de lugar la aplicación de la Ley N° 19.325 de 1994, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar;
- 16) Conocer de las causas relativas al maltrato de menores de edad;

³⁸ Es decir cuando el matrimonio deba anularse por incompetencia del Oficial de Registro Civil, o por no haberse celebrado ante dos testigos hábiles, procedimiento de nulidad que deberán conocer los jueces letrados en lo civil.

17) Conocer de los asuntos relativos a faltas, crímenes y simples delitos en que haya menores sin discernimiento inculcados y expedir la declaración previa sobre si el mayor de 16 y menor de 18 años ha obrado o no con discernimiento;

18) Conocer de la adopción de medidas de protección de los derechos de los menores de edad, y

19) Conocer de los demás asuntos que leyes generales o especiales les encarguen."

c.- Título III.

Este Título regula el procedimiento que se aplicará ordinariamente en los tribunales de familia. Se ha dividido en cinco párrafos, a saber: Principios Formativos, Reglas Generales, Medidas Cautelares, Procedimiento Ordinario, De la Mediación. Acorde con los objetivos de esta judicatura y recogiendo las tendencias modernas sobre la materia plasmadas en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica, el proyecto establece un procedimiento esencialmente oral, público, desformalizado y concentrado.

c.1.) Comparecencia de las partes.

Estas podrán comparecer personalmente sin necesidad de patrocinio letrado. Sin embargo, si una de ellas designa abogado patrocinante, el juez debe ordenar que todas las demás cuenten con la misma asistencia.

En esta materia, se adoptan medidas para garantizar que también los intereses de los niños e incapaces se encuentren debidamente representados.

c.2.) Inicio del procedimiento.

El procedimiento judicial se puede iniciar por demanda oral o escrita, siendo un ciertos casos -causas sobre alimentos, tuición y visitas- un requisito de procesabilidad el haber asistido

previamente a mediación según se detalla más adelante. En caso de ser oral, la demanda deberá protocolizarse en un formulario.

c.3.) Audiencias.

El resto del procedimiento deberá llevarse a cabo en dos audiencias sucesivas; la primera de ellas, de carácter preliminar, para los efectos de preparar adecuadamente el juicio y provocar la conciliación entre las partes si la causa no se ha derivado a mediación; y la audiencia siguiente que se denomina complementaria, cuyo objeto es que en ella se rinda íntegramente la prueba que no se haya podido rendir con anterioridad.

c.4.) Presencia del juez.

Con el fin de fortalecer la vigencia del principio de inmediación, se sanciona con nulidad insanable la ausencia del juez en la práctica de las actuaciones que la ley le encomienda o la delegación no autorizada de sus funciones.

c.5.) Potestad cautelar.

Con el objeto de posibilitar la adopción de medidas urgentes cuando la situación lo amerite, se otorga al juez de familia una potestad cautelar amplia, que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte.

c.6.) Oportunidad de la sentencia.

En principio, el juez está obligado a dictar sentencia en la misma audiencia en que se rinde prueba, salvo estricta necesidad de decretar nuevas diligencias, caso en que deberá fundamentar la resolución.

c.7.) Soluciones cooperativas.

Se promueve y fortalece, tanto antes como durante el proceso, la posibilidad de que las partes accedan a soluciones cooperativas. Para ello contarán con la ayuda de un tercero ya sea el juez - como conciliador- o el mediador.

Sin perjuicio de lo que se señala más adelante, específicamente y por primera vez en nuestra historia, se define y consagra normativamente la mediación (no confundir con el principio de la mediación que ya vimos; aquí hablamos de mediación como forma de resolver un litigio) como un sistema de resolución de conflictos no adversarial, en que un tercero neutral, sin poder coercitivo, ayuda a las partes a encontrar por sí mismas una solución a su conflicto.

La mediación, tal cual existe en la legislación comparada, constituye un importante y adecuado sistema alternativo de resolución de conflictos, especialmente en materia de familia. Esto, porque se trata de una técnica no adversarial que apunta a que las partes involucradas puedan llegar por sí mismas a acuerdos satisfactorios para ambas. De esta manera, se procura lograr soluciones que además de comprometer personal y espontáneamente a las partes tenderán a sentar las bases de una relación pacífica para el futuro.

El párrafo quinto del Título III establece que las causas que versen sobre alimentos, tuición y el derecho de los padres e hijos que vivan separados a mantener una relación directa y personal, se someterán a un procedimiento previo de mediación. Las restantes materias podrán ser derivadas a mediación en cualquier estado de la causa, hasta antes de la audiencia complementaria, mediante resolución que pronunciará el juez, oyendo a las partes.

Sólo quedan, pro principio excluidos de la mediación, los asuntos relativos a hechos delictivos cometidos por menores de edad, maltrato de menores e incapaces, adopciones, acciones de estado civil, interdicción, nulidad de matrimonio y divorcio.

El proyecto recoge los principios fundamentales que rigen el proceso de mediación, tales como, la igualdad de las partes, confidencialidad, imparcialidad del mediador y las normas de procedimiento aplicables cuando una causa es derivada a mediación.

Con el objeto de que la mediación sea una opción efectiva y eficaz para las partes, y considerando que se prevé su aplicabilidad a otros ámbitos, esta institución será regulada en una ley diferente a esta, y que contendrá el diseño de un sistema de mediación anexo a los tribunales en materia de familias.

d.- Título IV.

En cuanto a las vías de impugnación de las resoluciones, el Título IV del proyecto regula los recursos de Rectificación y Enmienda, Reposición, Apelación y Casación respectivamente.

1) Específicamente se introducen modificaciones en el tratamiento del Recurso de Apelación a efectos de guardar la debida armonía con los principios de oralidad e inmediación que rigen en la primera instancia, de tal manera que el tribunal adquem pueda tener también un conocimiento inmediato y directo de los hechos más relevantes de la causa.

2) Asimismo, atendida la importancia y complejidad jurídica de las materias sometidas al conocimiento de estos tribunales, procederá el Recurso de Casación por la causal de haberse dictado sentencias con infracción de disposiciones legales o constitucionales o que se haya pronunciado en un procedimiento en el que, con perjuicio del recurrente, se hayan dejado de observar las garantías que aseguran un debido proceso. Este recurso se regirá por las disposiciones establecidas en el Título XIX del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones que en el proyecto se consignan, las que, fundamentalmente, apuntan a desformalizarlo, adaptándolo así a la naturaleza propia de los asuntos de familia.

Artículo 80: "Las sentencias interlocutorias y la sentencia definitiva podrán ser aclaradas o rectificadas por el juez en lo que dice relación con errores de copia, de cálculos numéricos o de referencia, ya sea de oficio o a petición de parte."

Artículo 81: "De las sentencias interlocutorias, de los autos y de los decretos, podrá pedirse reposición al juez que las dictó."

Artículo 84: "Serán apelables la sentencia definitiva, las interlocutorias que pongan término al proceso o hagan imposible su prosecución y las resoluciones que se pronuncien sobre medidas cautelares."

Artículo 86: "El recurso de apelación deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución impugnada."

Artículo 94: "El recurso de casación se concede para invalidar una sentencia que hubiere infringido una disposición legal que influya en lo dispositivo del fallo o que se ha pronunciado en un procedimiento en el que, con perjuicio del recurrente, se hubiere dejado de observar las garantías que aseguran un debido proceso, siempre que el vicio no se haya convalidado."

"Si la infracción que se denuncia dijera relación con las garantías que aseguran un debido proceso, para que el recurso pueda prosperar será necesario que quien lo entable hubiere reclamado del vicio o defecto, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos en la ley."

Artículo 95: "El recurso de casación se regirá por las disposiciones establecidas en el Título XIX del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, con las excepciones siguientes:

1) El recurso contra sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones se interpondrá en el término de diez días;

2) En el escrito respectivo bastará indicar los fundamentos del recursos y las peticiones concretas que se someten a la consideración del tribunal;

3) No será necesario mencionar expresamente quién patrocina el recurso si el recurrente tiene ya abogado patrocinante en el juicio y éste lo suscribe;

4) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 782 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, sólo podrá declararse inadmisibile el recurso, si se ha interpuesto fuera de plazo o si se ha deducido en contra de resoluciones que no son impugnables por esta vía;

5) El recurso se substanciará y fallará sin esperar la comparecencia de las partes, y

6) Los alegatos de los abogados no podrán exceder de treinta minutos."

Artículo 101: "La revisión de las sentencias firmes se sujetará a las reglas del Título XX, Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil."

e.- Título V.

Este Título regula los procedimientos especiales que deberán tratarse necesariamente de acuerdo a normas específicas, a saber, la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de menores de edad, la violación intrafamiliar y los actos judiciales no contenciosos de familia.

Artículo 103: "En los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los menores de edad, cuando ellos se encuentren amenazados o vulnerados, se aplicará el procedimiento contenido en este párrafo y, en lo no previsto por él, se aplicarán las normas del Título III de esta ley."

"La intervención judicial será siempre necesaria cuando se trate de la adopción de medidas que importen separar al niño de uno o ambos padres o de quienes lo tienen legalmente bajo su cuidado."

Artículo 107: "El juez deberá velar durante todo el proceso, por el respeto a la intimidad del menor y de su familia. Para ello podrá prohibir la difusión de datos o imágenes referidos al proceso o a las partes en los medios de comunicación; o disponer, mediante resolución fundada, que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento se realicen en forma reservada."

"Asimismo, podrá disponer que el menor o alguno de los miembros de la familia se ausenten del lugar de la audiencia mientras se realiza alguna actuación, cuando ello sea necesario en el interés del menor."

Artículo 112: "Antes de pronunciar sentencia, el juez procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al menor. Si ello no fuere posible, en la sentencia fundamentará la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicará los objetivos que se pretenden cumplir con ella y determinará el tiempo de su duración."

f.- Título VI.

Por último, en un Título Final, se recogen un conjunto de disposiciones que modifican diversos cuerpos legales a fin de dar al proyecto la debida coherencia y armonía con el resto de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO QUINTO:

"MÉTODOS EMERGENTES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. LA CONCILIACIÓN"

1.- GENERALIDADES.

En la base de la reglamentación de conflictos en el seno de una sociedad, subyacen, a lo menos, dos lógicas elementales, inherentes a dos órdenes litigiosos opuestos: el orden impuesto y el orden negociado. Cuando la solución al conflicto es construida más allá de la voluntad de las partes, mediando acto de autoridad o de poder de un tercero (que denominaremos genéricamente juez), estaremos dentro del universo del orden impuesto. Cuando, por el contrario, la solución de las

diferencias es encontrada por los propios afectados, mediando actos de intercambio, con o sin asistencia de un tercero, estaremos dentro del universo del orden negociado.

En el contexto de la revolución Francesa de fines del siglo XVIII, por ejemplo, ambas lógicas de resolución de diferencias son reconocidas a la hora de organizar el nuevo orden político. Por una parte, el legislador revolucionario da forma a los tribunales de justicia, organizados dentro de un sistema fuertemente centralizado y jerárquico, que son llamados a resolver los litigios surgidos entre los ciudadanos mediante la aplicación estricta de la ley en una sentencia que ha de imponerse a las partes. De momento que estos órganos estatales imponen la ley a todos los habitantes de la nación francesa, sin distinciones, como acontecía durante la monarquía, éstos encarnan el anhelo de Igualdad que anima al legislador revolucionario.

Pero el ideal revolucionario de la Igualdad entre todos los ciudadanos franceses se confronta a otro ideal igualmente revolucionario, a saber: el ideal de la Fraternidad francesa. Aunque el legislador abogaba por la aplicación deductiva de la ley -por definición abstracta- a fin de evitar cualquier suerte de arbitrariedad despótica, éste deseaba al mismo tiempo introducir la paz entre los ciudadanos, siempre amenazados por el uso de la violencia y no siempre garantizada por el uso de la llamada violencia legítima. Parecía necesario: "Ofrecer a las partes un juez fácilmente accesible, que se esforzara en conciliarlas, y en caso de fracasar el intento, buscara una solución de sentido común que tuviera el mérito de calmar las pasiones"³⁹. Así nacen los llamados "Juges de Paix", tribunales concebidos especialmente para favorecer la solución amistosa de las disputas entre ciudadanos franceses. Instaurada por el Constituyente de 1790, la Justicia de Paz tenía por misión, en primer lugar, la resolución de los procesos de cuantía menor, procurando a las partes una justicia rápida y económica. En segundo lugar, en las materias que en razón de la cuantía excedieran su competencia, el juez de paz no dejaba de poseer facultades conciliatorias: la tentativa de conciliación estaba instituida como una gestión previa obligatoria para la generalidad de los asuntos de competencia de los tribunales de mayor jerarquía⁴⁰.

³⁹ Extraído de un documento revolucionario transcrito por R. Perrot, "Instituciones Judiciales", Montchrestian, París, 1992, pág. 103.

⁴⁰ J. Vincent y A. Valinard, "La Justice et ses Institutions", Edit. Dalooz, París, 1985, pág. 84.

Desde esta perspectiva resulta fácil comprender por qué los revolucionarios franceses estimaban que el arbitraje era el medio más razonable de resolución de disputas entre ciudadanos franceses. Se trataba, idealmente, de un procedimiento, impositivo y negociado, a la vez y, por tanto, tan permeable al anhelo de igualdad como al anhelo de fraternidad.

2.- FIGURA Y FONDO EN EL ORDEN IMPUESTO.

La figura (geométrica) que representa elocuentemente la estructura del orden impuesto es la de un triángulo equilátero, en el cual en sus dos vértices inferiores han de ubicarse las partes en conflicto, y en el vértice superior ha de ubicarse el juez.

La posición prominente del juez respecto de las partes, que el rito judicial reafirma metafóricamente utilizando estrados y pupitres, entre otras figuras, es conferida, en primer lugar, por la autoridad pública que dota al juez del imperio de la fuerza pública y, en segundo lugar, por los propios litigantes que reconocen como legítimo el poder jerárquico de la magistratura y aceptan someterse a su veredicto.

Junto con la posición prominente del juez, resalta la posición simétrica de las partes entre sí. Mediante la utilización de diversos expedientes, el proceso judicial aparece garantizando formalmente a los litigantes, cualquiera sea el poder o la condición que detenten, una igualdad de oportunidades procesales en la defensa de sus intereses.

La creencia predominante en los países de tradición romano-germánica y que parece predominar en la llamada cultura jurídica interna nacional, ve en la tarea jurisdiccional, básicamente, la resolución de conflictos mediante la aplicación del derecho objetivo a través de un razonamiento lógico-deductivo. La Ley, expresión de la voluntad soberana, es esencialmente clara, y en virtud de esa cualidad, puede garantizar su igual aplicación a todos y cada uno de los ciudadanos. La estructura jerárquica del sistema tiene la virtud de corregir posibles errores de las instancias

inferiores, y uniformar la interpretación de la Ley para todos los casos concretos sometidos a su jurisdicción⁴¹.

Aunque los hechos nos demuestren que la tarea jurisdiccional no puede ser cumplida idealmente, la forma jurídica tiende a disimular todo lo arbitrario que pueda existir en una determinada decisión judicial. Apoyado en todo un ritual destinado a confirmar la imparcialidad de los jueces y la justicia del acto de interpretación, la decisión judicial aparece testimoniando la voluntad del legislador y, más genéricamente, la visión oficial y legítima respecto al mundo social.

El campo jurídico está marcado por una separación con lo cotidiano: es hermético y oficial, todos éstos ingredientes funcionales a la finalidad de control de las disputas. En efecto, los participantes del campo jurídico (en particular, jueces y abogados) dominan un lenguaje especializado al cual los extraños no tienen acceso. Aunque este lenguaje especializado utiliza palabras extraídas del lenguaje ordinario, les confiere un sentido peculiar que conocen exclusivamente los iniciados. El acceso físico a los magistrados está minuciosamente reglamentado, en especial para los clientes. Llamará poderosamente la atención cómo, en el ritual judicial, la expresión de intimidad, llámese sentimientos, emociones o gestos familiares, están fuera de las formas de racionalidad validadas por él.

Utilizando el lenguaje de Pierre Bourdieu, la situación judicial funciona como un lugar neutro, en la medida que hace operar una verdadera neutralización de las disputas a través de un proceso que transforma el enfrentamiento directo de las personas interesadas en un diálogo racional de mediadores jurídicos. La representación ordinaria, que ve el tribunal como un espacio separado y delimitado, donde el conflicto se convierte en un diálogo de expertos, y el proceso como un progreso ordenado hacia la verdad, nos remite al efecto simbólico del acto jurídico: como aplicación racional de una norma universal y científicamente fundada.

La sentencia del juez pertenece a lo que Bourdieu denomina actos de institución⁴², en la medida que representa la forma por excelencia de la palabra autorizada, de la palabra pública u

⁴¹ Adolfo Squella, "La cultura jurídica chilena", documento base del Seminario sobre Cultura Jurídica Chilena, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1992, pág. 9.

⁴² Pierre Bourdieu, "Les rites actes d'institution", Actes de la recherche en sciences sociales, París, 1982, pág. 63.

oficial, que se enuncia en nombre y frente a todos. Sus enunciados son actos oficiales que se imponen, esto es, que no se pueden rechazar ni ignorar. Opera la lógica de la verticalidad, es decir, de la orden certera, porque, entre otras cualidades, conlleva implícitamente la posibilidad cierta de hacerse cumplir gracias a un aparato estatal que ejerce la fuerza legítima.

3.- FIGURA Y FONDO EN EL ORDEN NEGOCIADO.

El campo de resolución de controversias en nuestra sociedad no se agota en el litigio, aun cuando muchos lo olviden. John Griffiths, critica las teorías formuladas en torno a la litigación por el hecho de concentrar su atención sobre los casos que llegan a los tribunales de justicia, olvidando que éstos no son necesariamente representativos de los conflictos existentes en el conjunto de la sociedad. En dos investigaciones realizadas en Holanda bajo su responsabilidad -regulación de visitas durante los trámites de divorcio, de otorgamiento (rechazo) de permisos de construcción por las municipalidades-, se revela la presencia imperceptible, pero cierta, de mecanismos negociados de resolución de disputas que previenen litigios ulteriores⁴³.

A propósito del ideal revolucionario de la Fraternidad, ya hemos señalado que la autocomposición se vincula al ideal de paz social. Para el bienestar de la comunidad socialmente organizada parece recomendable que se facilite entre los ciudadanos en conflicto el entendimiento (que las más de las veces es fecundo), por sobre el enfrentamiento (que las más de las veces es la antesala de nuevos y más graves conflictos). En la historia contemporánea, el ideal de la paz social es apropiado por los movimientos ligados a la no-violencia que irrumpen inicialmente en Francia y los Estados Unidos, a fines de los años sesenta, y, más recientemente, en los movimientos llamados "alternativos", verdes y ecologistas, que parecen encarnan más o menos claramente este tipo de valores comunitarios.

Si la figura triangular describía perfectamente la estructura del orden impuesto, el orden negociador puede graficarse simplemente a través de una línea recta en cuyos puntos más alejados

⁴³ John Griffiths, "The General Theory of Litigations: a first step", *Zeitschrift fur Rechts Soziologie*, 1983, pág. 145.

han de ubicarse las partes. La mayor o menor simetría entre las posiciones de las partes estará dada por su específica correlación de fuerzas existente al momento de realizarse la negociación. A mayor equilibrio de fuerzas, mayor simetría posicional; por el contrario, a mayor desequilibrio de fuerzas, mayor asimetría posicional.

Cualquiera sea el modelo de negociación de que hablemos, o el procedimiento peculiar en que pueda desarrollarse, el ritual autocompositivo no puede ser otro que una metáfora del ideal de paz. Más fuertemente reglamentado en sus formas (negociaciones en esferas diplomáticas) o más flexible (negociaciones familiares), la negociación supone un diálogo entre las partes que reconocen al otro como legítimo interlocutor. Ambos se escucharán mutuamente, en el lenguaje que les sea común, y se expresarán todo aquello que tenga que ver con el asunto que los vincula (pensamientos, emociones, etc.). La ordenación del tiempo y del espacio no tendrá que ver con contextos externos ni oficiales, como sucede en el contexto jurisdiccional, sino directamente con el contexto propio a sus protagonistas (en un contexto familiar, el ritmo de la conversación y la organización del espacio serán aquellos propios de la familia; si se trata de un contexto comercial, estaremos en presencia de un tiempo y un espacio propios del contexto mercantil).

Cualquiera sea la forma de la negociación de que se trate, su sentido radica en el proceso de comunicación que se lleve a efecto. Estando más exigida por el éxito (negociaciones comerciales), o por el entendimiento (negociaciones familiares), el supuesto de toda negociación radica en que ambas partes sean constructoras de un acuerdo mutuamente aceptado. Ambas deben tener la oportunidad de discutir dicho acuerdo y confrontarlo con los íntimos intereses que las animan. El acuerdo, entonces, no ha de fundar su validez en su conformidad al derecho objetivo o a los intereses generales de la colectividad, sino en la conformidad de éste con los verdaderos intereses de los interlocutores.

El sentido de la negociación, salvo que se trate de una falsa o aparente negociación, para parafrasear un jurista portugués (B. de Sousa Santos), no es imponer la solución al conflicto, sino construirlo de común acuerdo entre las partes.

A diferencia de lo que sucede en el orden impuesto, el contexto en el cual se desenvuelve el proceso autocompositivo no es ni preponderantemente oficial, ni particularmente profesionalizado. Es un ambiente más bien marcado por la familiaridad para las partes y la "desjuridización".

Asimismo, la verticalidad, propia del orden jurisdiccional, constituye un sin sentido en el proceso de negociación, que por su naturaleza tiende hacia la horizontalidad de las relaciones. No existe un agente neutralizador del conflicto, como lo son los abogados, jueces, funcionarios y policías en el orden impuesto moderno, pues el proceso de negociación pretende la distensión. La distensión es generada ya sea a través del logro de un acuerdo plenamente satisfactorio para ambas partes, o bien, a lo menos garantizando a las partes el reconocimiento de sus aflicciones y necesidades a través de un procedimiento de discusión dignificante.

A diferencia del proceso judicial que se funda en la universalización, por una parte, de las categorías de análisis de los conflictos en virtud de un riguroso trabajo de calificación jurídica y, por la otra, de las respuestas ante conflictos homólogos a través de un riguroso trabajo de aplicación de normas objetivas, la negociación se funda en un proceso inverso, que puede denominarse de "singularización". El acuerdo tiende a ser un "traje a la medida" para las partes: éste tiene sentido en la medida que satisfaga más o menos fielmente sus intereses en juego. En este sentido, el acuerdo es novísimo pues no tiene sentido ni validez más que para las partes que participaron en su construcción.

4.- HACIA EL RECONOCIMIENTO OFICIAL DEL PLURALISMO JUDICIAL.

Como hemos dicho más arriba, el campo de la reglamentación de los conflictos en nuestra sociedad está definido por un pluralismo "judicial", es decir, por la coexistencia de diversas instancias y mecanismos de resolución de conflictos. Desde el punto de vista institucional, distinguiremos algunas instancias inscritas dentro de la esfera estatal; otras, ubicadas fuera de la órbita estatal, que el Estado en un momento determinado puede rechazar, tolerar o estimular. Desde

el punto de vista de los órdenes litigiosos examinados, distinguiremos algunas instancias más permeables a la lógica de la negociación; y otras más permeables a la lógica de la imposición.

Nuestro sistema no estatal de resolución de disputas -que no dispone de la fuerza pública para el cumplimiento de sus decisiones- está fuertemente influenciado por la lógica propia del orden negociado. Esta predomina, por ejemplo, en el arbitraje y en los mecanismos de resolución de disputas cotidianas, o generadas al interior de asociaciones de diversa naturaleza.

Por el contrario, nuestro sistema estatal de resolución de disputas se funda, a no dudarlo, en el denominado orden impuesto. En él se inspira la codificación y la ritualización propia del proceso judicial con su consiguiente acto de sentencia. Su corolario es el proceso judicial criminal que, prohíbe, so pena de sanción, la negociación entre víctima y ofensor respecto de todas las consecuencias penales del delito.

Con todo, las expresiones del orden negociado dentro de nuestro sistema judicial estatal son importantes. Baste observar a la justicia de menores y cómo sus magistrados se esfuerzan en acercarse a las partes en conflicto a fin de alentar una solución negociada a la controversia. Piénsese también en las instituciones que la doctrina denomina "equivalentes jurisdiccionales" (la transacción, la conciliación, el avenimiento) o, también, en los contratos procesales.

En el último tiempo, la negociación parece estar lentamente reubicándose en el seno del mundo judicial estatal, con la emergencia de los denominados mecanismos alternativos de resolución de disputas. Si hasta el momento la oferta pública a las partes en conflicto se ha concentrado casi exclusivamente en el proceso judicial y el consiguiente acto de sentencia, todo parece indicar que se está decidido a diversificar, a mediano plazo, la oferta pública (no necesariamente "estatal") en el campo de la tutela jurídica, introduciendo con vigor diversos procedimientos de negociación.

A juicio de muchos entendidos, estos mecanismos constituyen una vía permanente para disminuir la "litigiosidad" de la cultura jurídica nacional y, de paso, descongestionar nuestros tribunales de justicia. Asimismo, se visualizan como una vía adecuada para facilitar el acceso de las personas a la Justicia (particularmente de aquellas de escasos recursos) y, sobre todo, estimular el

proceso comunicacional y autocompositivo entre ellas, contribuyendo al bienestar general de la población.

Nos parece ineludible en este instante de la reflexión referirnos a la relación posible y deseable entre la negociación y el derecho. O, si se prefiere, entre los mecanismos alternativos o negociados de resolución de disputas y el Estado y sus órganos jurisdiccionales.

5.- LA NEGOCIACIÓN BAJO LA SOMBRA DEL DERECHO.

Los órdenes litigiosos (impuesto y negociado) constituyen tipos ideales de gestión de conflictos jurídicos; pero sabemos que, en la realidad, ambos órdenes cohabitan de diversas maneras. La conciliación, el arbitraje y la mediación judicial, constituyen tres "híbridos" de ambos órdenes litigiosos. Pero para los objetivos de nuestro estudio, sólo analizaremos brevemente la conciliación y la mediación judicial, por cuanto el arbitraje está lógicamente fuera del ámbito de este trabajo.

5.1. La conciliación.

La conciliación es, en nuestro país, un procedimiento que tiene lugar en la instancia jurisdiccional, mediante el cual las partes litigantes, con la intervención del juez, buscan poner fin al litigio a través de un acuerdo. Idealmente, las partes discutirán un acuerdo a partir de las bases de arreglo que proponga el juez. Conforme a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil chileno que la regulan, la conciliación es un trámite obligatorio del juicio ordinario una vez agotada la etapa de discusión. Disposiciones equivalentes contienen leyes especiales como: la de arrendamiento, la de menores y la que nos interesa a nosotros, la ley de violencia intrafamiliar.

De momento que el espacio de esta institución es clara y definitivamente el ámbito jurisdiccional, la conciliación tiene una vida enmarcada por las reglas del orden impuesto.

Es necesario aquí mencionar algunas características formales de la conciliación, que revelen el espíritu "juridizante" con el que es concebida en la actualidad. En primer lugar, las partes se encuentran obligadas a participar en el procedimiento de conciliación; el procedimiento mismo se encuentra imperativamente regulado por la costumbre judicial, que no da lugar a mayores flexibilizaciones; la presencia de las partes no es relevante, toda vez que el procedimiento puede verificarse con los apoderados; las partes, en principio, discutirán a partir de las proposiciones del magistrado; el acuerdo será suscrito por las partes, el juez y un ministro de fe, y se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales; de momento que es suscrito por el magistrado, el acuerdo deberá conformarse con el derecho objetivo⁴⁴.

La negociación tiene, por tanto, un espacio extremadamente limitado. No existen las condiciones de tiempo, de espacio ni de familiaridad mínimas para favorecer la comunicación. El resultado práctico es que, en gran medida, la conciliación es una mera formalidad.

La negociación sin hombre bueno afecta únicamente a aquellas personas (dos como mínimo, y a menudo varias) involucradas en una disputa. Mediante la negociación se comunican entre sí en un esfuerzo por llegar a un acuerdo. Todos nosotros negociamos a diario: con nuestra pareja, nuestros hijos, nuestros compañeros, nuestros jefes o nuestros empleados.

Desde hace poco, los especialistas y otros observadores se han empezado a interesar por las formas efectivas de negociación. Las teorías resultantes pueden dividirse en dos grandes escuelas de pensamiento. En una de ellas, llamada frecuentemente negociación "competitiva", los negociadores intentan optimizar al máximo sus ganancias, generalmente a expensas de la parte contraria. Para alcanzar sus metas recurren a todo tipo de tretas: exagerar (incluso mentir), tensar los músculos, o amenazar con marcharse. Este método, suponiendo que sea de alguna utilidad, lo usan sólo ciertos negociadores y se adapta, únicamente, a negociaciones en las que se trata un único tema.

En la otra escuela, denominada negociación "en colaboración", "resolutiva de problemas" o "gana uno-gana otro", el objetivo es ayudar a que todas las partes satisfagan sus intereses. Ese método, que es el preferido por la mayoría de los negociadores, favorece que las partes sigan

⁴⁴ Francesco Carnelutti, "Sistema de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Editorial Uthea, 1944, pág. 203.

tratando entre sí en el futuro, y es el ideal para encontrar soluciones creativas. La continuidad de la relación, la credibilidad y la confianza son la base de su filosofía. Es la negociación conciliatoria que debe aplicarse como técnica, creemos, en un procedimiento de violencia intrafamiliar.

Hay que diferenciar la búsqueda de beneficios comunes del compromiso, lo que implica que cada uno debe renunciar a algo. El objetivo de la negociación en colaboración es el de encontrar soluciones que satisfagan los intereses de todos, y no de ofrecer a cada parte menos de lo que esperaba. Las soluciones de compromiso se limitan a repartir el dolor de la pérdida -y, por añadidura- con frecuencia recompensan al negociador menos razonable.

Naturalmente, no todas las cuestiones se pueden solucionar a través de una negociación en colaboración: si sólo hay un pastel a dividir, al darle a un trozo más grande, el otro necesariamente recibe un trozo más pequeño. Actualmente, en un número sorprendentemente cuantioso de negociaciones se puede agrandar el pastel, antes de cortarlo. De hecho, la mayoría de las negociaciones contienen elementos de los dos tipos que acabamos de analizar, que un libro reciente sobre la materia divide en "creativa" y "de reclamación"⁴⁵. Esto sucede especialmente en casos en los que la relación de las partes se perpetúa en el tiempo y hay más de una cuestión a dilucidar.

Las técnicas básicas de una solución negociada de problemas y que los actuarios y jueces en caso de violencia intrafamiliar deben necesariamente conocer, son:

a) Diferenciar intereses de posiciones: La habilidad para negociar reside en la capacidad de identificar tanto los intereses del negociador, como los de las partes. Y para hacerlo, es necesario separar los intereses, y las necesidades subyacentes, de las posiciones, o posturas externas que adoptan las partes en relación a sus asuntos litigiosos. Las partes deben preguntarse a sí mismas -y también unas a otras- por qué se preocupan por una cuestión en particular. La respuesta puede descubrir las necesidades subyacentes.

Por lo general, en una negociación cada parte tendrá muchos intereses contrapuestos que se deberán clasificar por orden de prioridades. Una vez establecidas, se podrá determinar un sistema de intercambio, basado en las cuestiones que tienen poca importancia para una de las partes y resultan

⁴⁵ David Lax y James Sebenius, "The Manager as Negotiator", New York, 1999, pág. 86.

esenciales para la otra. Por ejemplo, la compañía de seguros que negocia con la víctima de un accidente debe detectar cuándo tiene la víctima una necesidad urgente de recibir dinero al contado y de inmediato, y cuándo otra, que goza de un permiso de convalecencia o del apoyo de su familia, prefiere una indemnización a largo plazo, ya que está preocupada por obtener cierta seguridad en la vejez. La víctima puede, incluso, llegar a estar dispuesta a aceptar una indemnización menor, si se ajusta a sus necesidades de pago inmediato o aplazado.

b) Generar opciones que satisfagan los intereses de todos: El área más creativa de una negociación reside en la creación de opciones que cubran las necesidades de las partes. Las negociaciones son más productivas cuando las partes se sienten cómodas e idean soluciones sin el compromiso de someterse a ellas, al menos hasta que se hayan identificado y evaluado todos los resultados posibles.

En algunos casos las partes descubrirán opciones que podrán resolver cuestiones particulares satisfactoriamente para todos. Por ejemplo, si para un empleado lo prioritario es su prestigio, puede contentarse con un aumento de sus responsabilidades, el traslado a un nuevo departamento, u otro cargo, lo que siempre será menos costoso que un cuantioso aumento. En el caso, por ejemplo, de una pareja que decide separarse y ambos desean permanecer en el hogar conyugal, se puede vender la casa y dividir la cantidad obtenida entre ambas partes, de modo que cada uno pueda pagar la entrada de una nueva vivienda.

En otros casos, las partes podrán negociar entre sí en base a elementos que tienen un orden de prioridades diferente para cada uno de ellos (uno de los cónyuges puede quedarse con la casa, mientras que el otro se queda, a cambio, con otro bien o propiedad). Gracias a las posibilidades de intercambio, las disputas en las que se barajan varios elementos son, generalmente, más fáciles de resolver que aquellas en las que hay un sólo objeto de conflicto y que, por tanto, ofrecen un margen menor para el canje y la creatividad.

c) Encontrar directrices mutuamente aceptables: Si las partes logran ponerse de acuerdo sobre ciertas directrices, o principios objetivos que rijan su pacto mutuo, éste resultará sustancialmente más sencillo. Además parecerá más justo y menos arbitrario. Las partes pueden

aceptar como directrices comunes ciertas leyes, sentencias judiciales, especificaciones técnicas o reglamentos; las tasaciones realizadas por una persona ajena para determinar el valor de una propiedad; los precios que fija el S.I.I. para los automóviles; o bien otros métodos, como el de permitir a la persona que no ha cortado el pastel, que sea la primera en elegir una porción.

d) Reconocer las limitaciones: Todos los negociadores trabajan dentro de ciertos límites. ¿Tienen las partes la competencia necesaria para firmar el acuerdo final? ¿O bien el acuerdo lo ha de ratificar alguna otra persona, que no se llegó a sentar en la mesa de negociaciones? ¿Existe una fecha límite o un presupuesto limitado? A veces los negociadores pueden colaborar en la eliminación de las restricciones: pueden convencer a las partes ausentes de que ratifiquen el acuerdo, amplíen las fechas, o incrementen el presupuesto. Sin embargo, siempre que sea posible, es más fácil que las partes que tienen poderes para aprobar acuerdos, participen directamente en la negociación.

e) Comprender las alternativas de acuerdo: El poder de un negociador, en una negociación concreta, depende de lo atractivas que resulten las alternativas de acuerdo de las partes. Cuanto mejores sean las alternativas, menor será la renuncia que tendrán que hacer las partes para afianzar el acuerdo. Si hay más de una alternativa posible (al igual que en un juicio, en el que el litigante puede ganar o perder), tienen su importancia tanto la mejor alternativa como la peor, además de lo que cueste alcanzarlas.

Durante cualquier negociación se mantiene viva la expectativa de lo que ocurrirá si las partes no llegan a un acuerdo.

5.2. La mediación judicial.

Como toda mediación, la mediación judicial es un proceso normalmente formal, por el cual un tercero imparcial intenta a través de la organización de actos comunicacionales entre las partes que éstas confronten sus puntos de vista y busquen con su asistencia una solución al conflicto que las aqueja. La llamaremos "judicial" cuando el proceso de mediación es establecido en función directa de la instancia judicial o, más ampliamente, de las reglas inherentes al llamado orden

impuesto. En esta categoría agrupamos a los comparendos laborales en la Inspección del Trabajo, la conciliaciones contempladas en la Ley N° 19.305, Ley Indígena, y la contemplada en la Ley de Violencia Intrafamiliar.

La mediación, el método principal de negociación con hombre bueno, incluye en la disputa a un extraño que no tiene poder para tomar decisiones en nombre de las partes. El mediador se reúne con las partes, tanto por separado como conjuntamente, con el fin de ayudarlas a llegar a un acuerdo.

Para que la negociación sea eficaz es necesario que exista un intercambio de información. Las partes pueden ser reacias a participar, a no ser que confíen la una de la otra. Un mediador deberá ganarse la confianza de todas las partes, de modo que le confíen sus prioridades, sus opciones, y sus alternativas de acuerdo, información que no siempre están dispuestas a compartir. De este modo, el mediador puede descubrir puntos de acuerdo cuando las partes desconfían entre sí, o cuando el miedo a parecer débil, o excesivamente ansioso por negociar, les retrae a la hora de revelar sus auténticos intereses, o el nivel mínimo de sus concesiones.

El mediador puede ayudar también a las partes a desarrollar soluciones creativas, o a aportar propuestas que no se deben atribuir obligatoriamente a una de las partes. Esta técnica puede ayudar a evitar el fenómeno de la "desvalorización reactiva", que hace que la gente minimice las propuestas hechas por el adversario.

A diferencia de los terceros, que pueden tomar decisiones o hacer recomendaciones, los mediadores no tienen necesidad de declarar a nadie culpable o inocente, ni de decidir quién tiene razón y quién no. Sin embargo, los mediadores pueden pedir a las partes que pronostiquen qué sentenciaría un juez o un árbitro al respecto. De este modo, pueden sopesar posibles acuerdos frente a la eventualidad de que no haya acuerdo. En el mejor de los casos, pueden ayudar a las partes a concretar soluciones para el futuro, en vez de establecer multas, o determinar quién es el responsable de un hecho del pasado.

La variedad de recursos que tiene el mediador para ayudar a las partes a concluir un acuerdo, y el éxito creciente de la mediación, instaron a un mediador a proponer que se adoptara como norma

la "presunción de la mediación", según la cual se debería de recurrir siempre a una mediación, previa a cualquier otro procedimiento, si ésta no resultase inadecuada por circunstancias forzosas⁴⁶.

Lamentablemente, el término "mediador" se ha utilizado de un modo tan libre e impreciso, que nadie que lo escuche puede pensar que el otro hace referencia a su auténtico significado: la persona que ayuda a la gente a llegar a un acuerdo.

CAPÍTULO SEXTO:

"MEDICIONES EMPÍRICAS"

El análisis serio del funcionamiento de una Ley, en este caso de Violencia Intrafamiliar, no puede dejar de lado la experiencia práctica. Para ello, y con la finalidad de darle un alcance más realista a nuestro trabajo, hemos optado por entrevistar a tres categorías de personas que participan del proceso de aplicación de la Ley: nos referimos a un actuario judicial, a un juez de letras y a una miembro del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM).

1.- ENTREVISTA A ACTUARIA DE UN JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO.

¿Cómo ha funcionado en su opinión la Ley N° 19.325, ha sido realmente eficaz en la solución de problemas de violencia intrafamiliar?

- Es una ley bonita, intenta poner arreglo y soluciones a problemas que han existido toda la vida, pero en realidad no es tan así, porque los que la hicieron se olvidaron que detrás de todo esto hay una cultura, una educación y para mí ésa es una parte básica. No se puede pretender que con una ley se van a cambiar las conductas de vida de personas con treinta o más años de matrimonio, que se han golpeado y faltado el respeto toda la vida.

Además, el ámbito de aplicación de la ley es muy restringido, uno no puede tocar temas que competen a los Tribunales de Menores, tampoco en disolución de sociedad conyugal, etc., o sea, es

⁴⁶ Sandford Jaffe, "Fitting the Forum to the Fuss", Universidad de Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1992, pág. 27.

un campo minado, porque uno tiene que ir con mucho cuidado para no meterse en otras áreas, que según la ley no nos competen.

¿Puede hacer usted un perfil de las personas que acuden al tribunal?

- La gente que recurre aquí por Violencia Intrafamiliar es la misma, es un círculo y eso hasta psicólogos lo han explicado, que en la vida es un círculo y pololean, se aman, se adoran, se sacan la porquería, llegan al Tribunal, se arreglan un poco y luego empiezan de nuevo. Uno en un año se los repite a todos y al otro año sigue lo mismo.

¿En relación con las personas, se nota algún conocimiento de la Ley?

- Ahora sí, pero en general no. Ellos creen que van a llegar aquí y las vamos a anular, le vamos a dejar la casa, los hijos, alimentos y entonces, cuando no hacemos eso, reclaman que el Tribunal es malo, el funcionario es malo, que no hicieron nada.

¿Cómo llegan acá los denunciantes?

- Se supone que acá llegan los casos calificados, porque somos la última instancia. Primero se ven a través de las Municipalidades, los colegios, así se van descartando, hasta llegar acá a la Oficina de Violencia Intrafamiliar, donde existen psicólogos que son otro colador. También llegan todos los casos que llegan a la Posta, menos cuando son lesiones graves. Además, hay bastantes casos en que terceros denuncian maltratos de niños, de abuelitos, de la misma señora.

¿En cuanto al funcionamiento y organización del Tribunal para atender las causas de violencia intrafamiliar, qué nos puede decir?

- En el Tribunal ha provocado trastornos el asumir los casos de Violencia Intrafamiliar, porque es algo bien distinto a lo que hacemos en general los Juzgados Civiles. El atender a estas personas, el comparendo, cambia todo el esquema. Generalmente los actuarios a cargo están capacitados, inclusive ahora tienen apoyo psicológico que no existía en un comienzo. Este apoyo es tanto para los afectados como para el funcionario del Tribunal y lo proporciona la Corporación a todos los Tribunales.

¿En la tramitación del juicio interviene sólo un actuario?

- Exactamente, y cuando los comparendos son muy complicados se llama al Magistrado, quien también dicta la sentencia.

¿Cuánto tiempo transcurre desde que se toma el comparendo hasta la dictación del fallo?

- En eso hay normas bien expresas y dicen que el comparendo no puede ser más allá de ocho o diez días. Nosotros lo citamos siempre al octavo día después de notificados. La notificación la hace un receptor o Notario de turno. Una vez notificado, se lleva a efecto el comparendo y si no se llega acuerdo, los mandamos a exámenes al Servicio Médico Legal para tener un perfil psicológico y ahí nos atrasamos, pero no es nuestra responsabilidad pues a veces se demoran 2 o 3 meses en enviar un informe. Luego de llegado el informe se dicta el fallo, porque las medidas ya están dictadas. El comparendo es un comparendo de estilo, así es que ahí mismo deben traer sus testigos, no habría nada más que te impida darles una solución.

La generalidad de las causas llega a avenimiento, en caso contados se llega a sentencia y otros tantos se abandonan definitivamente.

¿Qué experiencia ha tenido con las medidas precautorias que establece la Ley?

- Se utilizan bastantes y se cumplen por Carabineros, quienes dan un apoyo, o sea, las órdenes que damos efectivamente se cumplen. Y si a una persona se le decreta que el hombre no se acerque a la casa y lo ven ahí, lo toman detenido para ponerlo a disposición del Tribunal, porque no acató una resolución judicial.

Generalmente las medidas precautorias las decretamos hasta que se lleve a efecto el comparendo, entonces Carabineros sabe que tal día a tal hora será el comparendo y si esa medidas nosotros la ampliamos le damos un nuevo oficio a la persona para que la pueda llevar a Carabineros más cercano y con eso mismo se proteja.

¿Entre las sanciones de multa, la prisión o la remisión a alguna terapia, cuál es la que más se aplica?

- Por lo general se manda a todos a una terapia, a la que nunca van. Muchas veces hay interés por los dos de ir a una terapia, pero los centros gratuitos que existen actualmente son muy pocos y dan hora para dos o tres meses más.

Se supone que habría un control a través del mismo Ministerio de la Mujer, que uno mismo tendría en la sentencia que oficiar para que ellos controlaran que efectivamente se cumpliera la medida, pero eso no es tan así.

También hemos impuesto multas, que son a beneficio fiscal, generalmente cuando las parejas no viven juntas. Cuando el denunciado es muy violento la sanción es el arresto.

¿Alguna vez el Tribunal ha ordenado como sanción subsidiaria, la práctica de trabajos en la comunidad?

- En la realidad no existen. Se intentó hacerlo incluso se mandaron oficios a una Municipalidad, nos comunicamos por teléfono con la secretaria del Alcalde para ver cuáles eran esos famosos trabajos comunitarios y en realidad no estaban determinados y nunca se había tocado el tema.

¿En cuanto a la forma de terminación del juicio, en este Tribunal se llega mucho a avenimiento o la mayoría siguen hasta la sentencia?

- No, la mayoría son acuerdos, avenimientos. Pero no se cumplen, pasan dos o tres meses y vuelven.

¿En su opinión, cómo podría mejorarse la situación de Violencia Intrafamiliar en los Tribunales Civiles?

- Yo pienso que lo principal aquí son los famosos Juzgados de Familia, prometidos hace tantos años, con gente especializada y capacitada en el tema. Lamentablemente yo creo que eso sería a largo plazo, no lo diviso todavía. Ahora, ya que tenemos asignada esta materia, se debe asumir bien, pienso que la Corporación debería dar mayores recursos, empezando por un lugar apto para poder atender a esta gente, con privacidad y, después, tan importante como eso y quizás más importante, que los centros de atención que la ley contempla existan y que sean efectivos.

¿Piensa que mediante esta ley, que se tramita en los Tribunales Civiles, se puede realmente avanzar en la solución del problema de Violencia Intrafamiliar?

- De ninguna manera, soy súper tajante, de ninguna manera una ley va a modificar eso; para mí la conducta parte de la educación, de la cultura y esa cuestión hay que cambiarla, porque si no vamos al caos, como humanidad, entonces para mí tiene que haber un cambio radical; que se miren las cosas de distinta forma, el machismo, por ejemplo, impera mucho aquí en Chile y eso se ve aquí en la violencia, el machismo te lo digo tanto de parte de hombres como de mujeres, que se creen que la otra persona es suya; y como es suya, pueden hacer lo que quieren con ella. Entonces parte con un proceso de respeto hacia la otra persona, sea hombre, sea mujer, sea niño o abuelo. Hay otra persona que se debe respetar, y eso no lo va a dar una ley, lo da la educación, tienen que haber cambios radicales de educación en Chile.⁴⁷

2.- ENTREVISTA A JUEZA DE UN JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO.

¿Considera criticable la Ley N° 19.325 desde un punto de vista procesal, en tal caso, cuáles serían las principales falencias?

- Sí. La indefinición y confusión de normas y principios civiles y penales. Ejemplo, artículos que confunden o tratan como sinónimos demanda, denuncia, demandante, denunciante, demandado, denunciado.

a) Las consecuencias de ello son que el defecto tiñe toda la tramitación, genera conflictos de principios y profundas diferencias de criterio para interpretar y aplicar la ley. Ejemplo, si fuese materia civil procede la absolución de posiciones (cuestión probatoria), no así si es penal.

Si es penal, el juez puede ser más investigador, si es civil, tiene que recurrir a subterfugios para investigar por los límites de las medidas para mejor resolver. Los subterfugios legales requieren

⁴⁷ Entrevista efectuada por las memoristas a la Oficial Tercero del 29° Juzgado Civil de Santiago, encargada de la Violencia Intrafamiliar en dicho Tribunal, doña María Constanza Baeza, con fecha 28 de septiembre del año 2001.

mayor esfuerzo desplegado en fundamentar resoluciones con interpretaciones extensivas, utilización de precautorias para fines probatorios y acarrea desperdicio de energía en el diseño de estrategias.

b) La brevedad de la tramitación impide la producción de las pruebas esenciales como los peritajes.

c) No contiene el proceso un espacio de evaluación y seguimiento de las medidas precautorias, lo cual a su vez debiera tomarse en consideración para la sentencia.

d) El abismo entre la naturaleza del conflicto y su complejidad y las formas de conclusión del proceso: conciliación y sentencia. No tiene cabida en el proceso el trabajo de modificación paulatina de conductas erróneas o dañinas, el trabajo educativo.

El mismo abismo existe en la celeridad del proceso que se pretende, desconociendo que la situación de violencia no es de generación instantánea sino que se va apoderando paulatinamente de una relación humana, se va introduciendo de a poco en ella y generalmente requiere tiempo de toma de conciencia y modificación de conductas.

e) La falta de reconocimiento de la participación procesal del empleado judicial, cuya intervención esencial queda así deslegitimada.

¿Qué sería más productivo: una inyección de recursos al sistema de protección interdisciplinario vigente hoy en día, o a la inversión en el desarrollo de un nuevo proyecto de ley, aprovechando la experiencia actual?

- La inyección de recursos. Lo demás puede abordarse a través de un persistente programa de capacitación y unificación de criterios y consensos interpretativos básicos, por ejemplo, sobre los principios prevalentes o definitorios de conflictos, como por ejemplo, protección al menor, al discapacitado. No discriminación por sexo o edad.

Aun con todas sus falencias no soy partidaria de una modificación legal porque el Parlamento no está en condiciones de dictar leyes de calidad y la experiencia muestra que las modificaciones hacen aun más difícil entender el sentido de las normas.

Encuentro muy favorable en la ley se apertura en cuanto a las medidas precautorias, por eso es mejor trabajar en el terreno de la capacitación que va a incidir en los criterios de aplicación, en relación con los jueces y no en la modificación de la ley.

También opino que un Auto Acordado Supremo y Autos Acordados de las Cortes de Apelaciones pueden insuflar un impulso con contenidos más profundos y útiles que ataquen la indolencia o debilidad de los jueces y los oriente y anime a utilizar la herramienta legal con más vigor.

¿Qué valor le da usted al trabajo interdisciplinario en el tema de la Violencia Intrafamiliar? ¿Le parece una tarea abordable el incrementar la interdisciplinarietà?

- Permite centrar las responsabilidades en la generación del fenómeno de la Violencia Intrafamiliar en los estamentos, grupos, autoridades que están vinculados por acción u omisión en las causas. Permite abordar el problema desde varias perspectivas pues es de índole social compleja. Permite generalizar la toma de conciencia de la existencia del mismo y la necesidad de enfrentarlo. Permite aplicar diferentes fórmulas de prevención y solución. Es abordable incrementar la interdisciplinarietà. Me parecen eficientes todas las formas conocidas y en práctica: cursos, seminarios, redes, reuniones, charlas, publicidad idónea. Agregaría con mayor nitidez y concreción la red de empleados judiciales.

¿Percibe sinceramente que los juicios de Violencia Intrafamiliar son los parientes pobres en el sistema judicial chileno?

- Si y no. Si, por la falta de seriedad en la implementación de una política gubernamental, más bien estatal sobre el tema, la impropiedad y ligereza con que se asignan fondos discriminando contra el Poder Judicial que tiene que trabajar en ello sin recursos y la estudiada lentitud en la dictación de legislación integral de familias.

No, porque aun así, nunca se había visto una ley más publicitada, más trabajada interdisciplinariamente y con tantos recursos asignados a través de vías distintas al judicial. Desde el punto de vista de un Tribunal, no hay mayor diferencia entre esta y otras leyes, ninguna viene con

recursos para mejorar la condición en que el Tribunal debe aplicarla, pero al menos ha tenido un paulatino avance en recursos indirectamente asignados.⁴⁸

3.- ENTREVISTA A LA COORDINADORA DEL PROGRAMA DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DEL SERNAM.

¿Cuál es su evaluación de la Ley de Violencia Intrafamiliar?

- En relación con la evaluación yo diría dos cosas fundamentales: la ley es importante en el sentido de sancionar ciertas conductas prohibidas en un ámbito de interés público y que, por lo tanto, el Estado puede y debe intervenir en la protección de esos derechos y bienes jurídicos que en otras leyes son vastamente protegidos.

Por otro lado, el mensaje cultural es muy importante, cambia muchas cosas, especialmente la situación de las personas que viven violencia, marca el hito en que las personas tienen el derecho de pedir protección a la justicia, que por lo tanto Carabineros e Investigaciones deben intervenir; que puede haber sanciones y que incluso los Servicios de Salud tienen que brindar terapia, obligatoria o no.

Antes de la Ley, los funcionarios dudaban de si debían intervenir o no, no existía una concepción cultural clara del problema, no estaba claro si eran conductas ilícitas o no, el problema se solucionaba mayoritariamente en los Juzgados de Policía Local y se enfrentaba como un hecho natural, existiendo una gran victimización de la mujer. Cuando se promulgó la Ley, la concepción del problema cambió: el aparato público decidió intervenir en protección de estos bienes jurídicos, de la comunidad y de las propias víctimas, que muchas veces vivían en silencio y con vergüenza, naturalizando el problema.

¿Cuáles serían las principales falencias de la Ley?

⁴⁸ Entrevista efectuada por las memoristas a la Jueza del 4º Juzgado Civil de Santiago, doña Jimena Pinto, con fecha 25 de agosto del año 2001.

- Entre las principales falencias detectadas destacan: dificultades del orden procesal, de la tipificación del ilícito, de lo adecuado que puedan ser las propias sanciones, y, por otro lado, aquéllas que tienen que ver con la falta de financiamiento de las infraestructuras necesarias para dar una adecuada atención tanto en el Poder Judicial, capacitación de los funcionarios, funcionarios especiales para este tipo de problemas, privacidad de las audiencias, ausencia de infraestructuras que tiene que ver con los otros servicios que deben intervenir, como por ejemplo, instancias que puedan dar terapia efectivamente, la falta de una política de atención a las familias que viven violencia.

¿Tienen ustedes alguna evaluación de la aplicación de la Ley en los Juzgados del Crimen? ¿Qué hacen los jueces del crimen con las causas de violencia intrafamiliar?

- El grueso del problema en las familias son faltas, no sabemos cuántos casos hay en el crimen, porque las estadísticas no lo registran, registran las causas por los resultados: lesiones graves, menos graves, parricidios, pero no se sabe cómo están vinculadas a las personas. Hacer un estudio de este tipo es un trabajo de revisión de expedientes en todo el país y eso no hemos podido hacerlo, nos centramos en el nuevo instrumento jurídico que nosotros mismos impulsamos y que tenemos la responsabilidad de perfeccionarlo. Yo sospecho que en los tribunales del crimen no se aplica ninguna medida cautelar.

¿Qué nos puede decir en cuanto a las sanciones que se aplican?

- Hay una concepción bien valiosa en la concepción de los jueces que es tratar de proteger a la familia mediante, por ejemplo, terapias y la rehabilitación, de no poner sanciones pecuniarias que pueden afectar también al grupo familiar. Pero, en ciertos casos, un día de prisión o una multa que se puede conmutar es muy distinto que nada, que la absolución y archivo de la causa.

La ley obliga al seguimiento de las causas, ese seguimiento se hace poco, y cuando se hace, no se toman por parte del tribunal las medidas de apremio, entonces hay una cosa muy compleja que tiene que ver con la percepción de la gente de que la intervención de los tribunales no es efectiva, una sensación de impunidad que incluso puede reforzar una conducta y que deja en mayor indefensión a la persona que acudió a los tribunales.

Hay un problema técnico cual es que la competencia recayó en los Tribunales Civiles porque no existían Tribunales de Familia, pero estos Tribunales operan con el principio de pasividad cuando no hay una norma expresa y, por lo tanto, esperan que las partes requieran su accionar, lo que provoca en definitiva que las normas no se apliquen.

¿Qué pasos se han dado o tiene proyectados el SERNAM en relación con la prevención del problema?

- En este país se piensa que la ley puede resolver todos los problemas, incluso los más complejos y la verdad es que el poder de la ley, sin perjuicio de su gran mensaje cultural, no agota los problemas, con más razón éste, de características multicausales, complejo y de origen cultural. El tema de cómo se pueden prevenir estas conductas esta ley lo obvió.

Respecto a lo que se hace por el Estado en el ámbito preventivo, desde el año 1997 estamos desarrollando proyectos que tienen que ver con prevención, uno educativo, que es "Violencia y Resolución de Conflictos", que pretende formar a docentes para que trabajen con los niños y los padres y apoderados desde los párvulos, hasta Enseñanza Media y que tiene que ver con tratar de formar valores como el respeto por el otro, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el respeto por los derechos esenciales de las personas, la pluralidad y habilidades que permitan no sólo una nueva percepción de las relaciones familiares y de pareja, sino también aptitudes para resolver los conflictos. Esto se está enfocando en las escuelas, ya que todos pasan por ahí, que además es un reproductor cultural muy potente. Este es uno de los objetivos transversales de la reforma educacional, que hace necesario un cambio de actitud también por partes de los profesores.⁴⁹

CAPÍTULO SÉPTIMO:

"LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DESDE UNA ÓPTICA PENAL"

⁴⁹ Entrevista efectuada por las memoristas a doña Luz María Fernández, Coordinadora Nacional del Programa Prevención de la Violencia Intrafamiliar del Servicio Nacional de la Mujer, con fecha 4 de septiembre del año 2001.

1.- GENERALIDADES.

Analizar el tema de la violencia intrafamiliar desde una óptica netamente criminal, nos presenta un sinnúmero de problemas. Desde luego, la circunstancia propia de su conocimiento específico por un tribunal que carece de competencia en dicho orden de materias desde ya nos altera las reglas básicas de un razonamiento prístino en el plano jurídico. Por otro, el hecho de que se pretenda envolver con un manto civilista conductas que más bien caen dentro del amparo de la figura penal respectiva, también mueve a confusiones.

La primera pregunta que nosotros debemos hacernos para delinear una respuesta coherente a este tema, es aquella que se orienta a dilucidar si la estructura descriptiva del artículo 1º de la Ley N° 19.325 contiene elementos que puedan catalogarse de "típicos", en el marco del Derecho Penal.

Para ello no nos queda más que recurrir a la teoría general del delito y, desde allí, tratar de fundamentar una respuesta.

2.- LA LEY N° 19.325 EN LA TEORÍA DEL DELITO.

El artículo 1º de la Ley en estudio expresa textualmente:

"Se entenderá por acto de violencia intrafamiliar, todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aún siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo."

"El que incurra en estos actos, aun cuando no conviva con el grupo familiar, será sancionado en la forma que establece el artículo 4º de esta ley. Se comprenden dentro de estos actos y se regirán por las normas de esta ley, las faltas contempladas en los números 4º y 5º del artículo 494 del Código Penal, si se reúne cualquiera de los elementos señalados en el inciso precedente."

Evidentemente que la descripción de esta figura no nos lleva mentalmente hacia un plano criminal, por cuanto, y conforme todo lo que se ha venido diciendo, se trata de una norma que protege la violencia desmedida en el seno de una familia cuando los actos que la constituyen alteran el normal desenvolvimiento de la vida al interior de un hogar. Pero se trata de problemas que pueden resolverse efectivamente desde una óptica mediadora, conciliadora y cautelar de la familia misma, sin que ninguno de sus miembros deba sufrir corporalmente el azote de la justicia. En otras palabras, se trata de purificar las relaciones de familia cuando éstas han sido levemente alteradas y por ende pueden ser fácilmente reestructuradas. No podemos decir que un insulto o una cachetada aislada, constituya un atentado insuperable para la persona que lo recibe; pero sí podemos decir que dicho insulto y dicha cachetada, constituye violencia al interior de una familia que es menester atacar de raíz.

Primera conclusión: la norma del artículo 1º de la Ley Nº 19.325, no constituye en ningún caso un tipo penal en sí misma.

Sin embargo, y con la misma fuerza del aserto anterior, debemos mirar más detenidamente la norma del artículo 7º de la misma ley, que reza lo que sigue:

"En caso que el hecho en que se fundamenta la denuncia o la demanda sea constitutivo de delito, el tribunal en lo civil deberá enviar de inmediato el proceso al Juzgado de Letras en lo criminal que sea competente para conocer de éste. El tribunal del crimen, reuniéndose los elementos constitutivos de un acto de violencia intrafamiliar, gozará de la potestad cautelar que se establece en la letra h) del artículo 3º de esta ley."

De esta disposición derivamos muchos elementos de análisis. En primer lugar, la norma parte señalando, para darle competencia al Juzgado del Crimen respectivo, que "el hecho en que se funda la denuncia o la demanda sea constitutivo de delito". La pregunta cae por su propio peso: ¿cuándo debemos entender que el hecho constituye delito?. La Ley no nos da una respuesta satisfactoria. Y tampoco lo hacen los Tribunales de Justicia, por cuanto, y sin que medie una norma legal expresa, sin que lo diga el Decreto Nº 1.415 que contiene el "Reglamento de la Ley Nº 19.325", y sin que exista un Auto Acordado de la Corte Suprema al respecto, se ha instalado como

una práctica común que las lesiones leves son conocidas por el Tribunal Civil respectivo no obstante que, a priori, caen dentro de la norma excepcional del artículo 7º de la Ley N° 19.325.

Siguiendo entonces este razonamiento, debemos señalar que la disposición del artículo 1º de la ley en estudio, es por un lado una ley civil, cuando los hechos que constituyen violencia intrafamiliar no son constitutivos de delito, y es por otra parte una norma penal, cuando los hechos que constituyen violencia intrafamiliar son constitutivos de delitos, entendiendo en estos, el homicidio, el parricidio, el infanticidio, la violación, los abusos deshonestos y las lesiones en sus diversas clases, a saber, mutilaciones (tanto castración como mutilaciones de miembros importantes y menos importantes) y lesiones propiamente dichas (lesiones graves, menos graves y leves).

Siendo así, creemos, el eventual delito no se despoja de su característica de seguir siendo un acto de violencia intrafamiliar, y ello por cuanto la parte final del artículo 7º señala que "el tribunal del crimen, reuniéndose los elementos constitutivos de un acto de violencia intrafamiliar, gozará de la potestad cautelar que se establece en la letra h) del artículo 3º de esta ley". No pensemos en aquellos delitos que obviamente requieren medidas urgentes de tipo cautelar tanto respecto de la víctima como del victimario (caso típico el homicidio o la violación); pensemos en el caso en que un hombre maltrata gravemente a su mujer, pero no la deja demente ni inútil para el trabajo. No obstante que, en nuestro concepto, ello debería ser conocido por el Tribunal del Crimen respectivo, sigue siendo acto de violencia intrafamiliar, y es por ello, por las circunstancias propias en que se ha desarrollado la figura delictiva y por la calidad de las personas que están involucradas, es que el juez del crimen puede decretar en sede criminal, las mismas medidas cautelares que puede decretar el juez en sede civil, y que ya han sido analizadas en capítulos precedentes.

Es hora entonces, de estudiar la figura del artículo 1º de la Ley N° 19.325, dentro de la teoría del delito.

3.- LA ESTRUCTURA DEL TIPO DEL ARTÍCULO 1º DE LA LEY N° 19.325 SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

3.1. Faz objetiva del tipo.

La faz objetiva de todo tipo está construida básicamente sobre la faz objetiva de la correspondiente acción. Pero aunque el hecho típico puede constar sólo de una acción típica, es corriente que su descripción enlace a la acción con un resultado, porque el legislador estima que tanto el disvalor de éste como el de aquélla ha de ser materia de la prohibición. Por ende las categorías del tipo son tres: la acción, el resultado y el nexa causal, que, al vincular ambos términos, los reúne en la unidad del hecho típico.

3.1.1. La acción.

La acción, desde el punto de vista objetivo, es el movimiento corporal en el que se manifiesta la voluntad final de realización.

Gramaticalmente, la acción es aludida mediante un verbo rector que ocupa el núcleo de la descripción. Así como el verbo rector del hurto y del robo es "apropiarse"⁵⁰, y del homicidio "matar"⁵¹, el verbo rector del tipo del artículo 1º de la Ley N° 19.325 es "maltratar".

Pero la descripción de la conducta no se agota en el verbo rector. Por regla general, el legislador no tipifica toda forma de una acción, sino sólo aquellas que reúnen ciertas características en virtud de las cuales la conducta adquiere una significación socialmente intolerable. Por ejemplo, no todo "imputar" es calumnia en el sentido del artículo 412 del Código Penal, sino tan sólo el imputar un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio; no todo "suministrar" tipifica la usura conforme al artículo 472 del Código Penal, sino únicamente el suministrar valores a un interés que exceda del máximo que la ley permite estipular. De manera que

⁵⁰ Artículo 432 del Código Penal.

⁵¹ Artículo 391 del Código Penal.

la acción típica es precisada no sólo por el verbo rector, sino también por el sujeto y los complementos. Al derecho no sólo le importa la acción, sino, especialmente, el modo de la acción.

Las modalidades de la acción son muy numerosas. Con todo, de una manera general puede afirmarse que las más importantes para la tipificación son las siguientes:

a) El sujeto de la acción o sujeto activo. La regla es que cualquier individuo de la especie humana puede ser sujeto de la acción típica. En muchos casos sin embargo, el tipo exige en el sujeto activo la concurrencia de una determinada calidad; por ejemplo, la de "sentenciado" (artículo 90 Código Penal), "chileno" (artículo 107 Código Penal), "empleado público" (artículos 148 y siguientes y 216 y siguientes del Código Penal).

En estos casos se habla de delitos con sujeto activo "calificado", lo que adquiere especial importancia en la teoría de la participación o concurso de personas. Pues bien, en el tipo del artículo 1º de nuestra Ley y en relación con el sujeto activo, rige esta regla excepcional, de suerte que es necesaria una calidad especial en quien comete la infracción socialmente repudiable. Según dicho artículo el ofensor debe ser ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente o guardador del ofendido.

b) El objeto material de la acción, es decir, aquella cosa o persona sobre la cual recae la acción.

El objeto material de la acción debe distinguirse, en primer lugar, del objeto material del resultado. Este es aquella cosa o persona sobre la cual recae el efecto de la acción y en la que se materializa la modificación del mundo exterior que concreta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma. El objeto material del resultado es, pues, la materia del resultado; el de la acción, una modalidad de ésta. Así, el objeto material de la acción, es la persona -hijo- a quien estoy maltratando física o psicológicamente, y el objeto material del resultado, es la familia afectada por ese acto de violencia interna. Es necesario prevenir, en nuestro concepto, que no es indispensable para la consumación del delito del artículo 1º de la Ley N° 19.325, la existencia de un

objeto material del resultado, basta el objeto material de la acción. Ello, por cuanto según el inciso 2º del artículo 1º en análisis, no es necesario que el ofensor forme parte del grupo familiar.

De otro lado, el objeto material no debe confundirse con el objeto jurídico del delito. Este último es de naturaleza inmaterial y está constituido por el o los bienes jurídicos que el tipo pretende tutelar. Por lo mismo, el objeto material forma parte integrante de la estructura típica; en cambio el objeto jurídico es una síntesis valorativa que se extrae del conjunto de los elementos estructurales del tipo, pero que trasciende a ellos y no forma parte de ese complejo⁵². El objeto jurídico del delito en la ley cuyo estudio nos convoca, es "el respeto y protección a la vida de la persona y su familia".

El objeto material de la acción comprende a los instrumentos del delito, pues éstos son cosas sobre las cuales recae la acción. Así, por ejemplo "las campanas u otro instrumento cualquiera para excitar al pueblo al alzamiento"⁵³; el "veneno" del artículo 391 número 1, etc. En el tipo que nos ocupa, los instrumentos del delito están constituidos por todo aquello que sea apto para causar el maltrato físico o psíquico de alguien, como por ejemplo, elementos contundentes y elementos ideales (palabras, cartas, etc.).

c) El lugar de la acción cumple un papel de importancia en un gran número de estructuras típicas. Ocurre por ejemplo, en los artículos 106 ("dentro del territorio de la República"), 118 ("en la República"), 139, Nos. 2º y 3º ("lugar destinado al ejercicio de un culto o que sirve habitualmente para celebrarlo"), 150, Nº 2 ("en otros lugares que los designados por la ley"), 268 ("en el despacho de una autoridad o corporación pública"), 278 ("a las casas referidas"), 323 ("una vía férrea"), 346 ("lugar no solitario"), 349 ("lugar solitario"), 357 ("la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona"), 381 ("dentro de la casa conyugal"), 440 ("lugar habitado o destinado a la habitación"), 442 ("lugar no habitado"), 443 ("en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación"), 476, Nº 2º ("dentro de poblado), etc.

Pues bien, el tipo del artículo que estamos analizando no requiere la concurrencia de un lugar específico donde desarrollarse, ya que es lo mismo se haga en la casa que constituye el techo

⁵² Francisco Grisolia, "El objeto jurídico del delito (ensayo de una teoría general)", Separata de la R.C.P., tomo XVII, Nº 3, Santiago, 1959, pássim.

⁵³ Artículo 123 del Código Penal.

familiar, como fuera de ella, pues lo que prima es el concepto de familia, que evidentemente es ideal y no espacial.

3.1.2. El resultado.

Aunque lo decisivo para la construcción del tipo es la acción, hay casos en que el resultado es cofundante de la descripción. En estas ocasiones el tipo alude expresamente al resultado, entendido como aquel cambio del mundo exterior, causado por una acción, en el que se concreta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Característica del resultado es su independencia de la acción. En realidad, ambos se encuentran en una relación de causa a efecto; pero esa vinculación no implica identificación. Que acción y resultado pueden existir separados es un hecho de la experiencia. Así ocurre en la tentativa (acción sin resultado) y en el caso fortuito (resultado sin acción). Por lo mismo, la referencia de la acción al resultado es accidental; de allí derivan las dificultades relativas al nexo causal.

El resultado que aquí nos interesa es el efecto de la acción incorporado a la descripción típica por el legislador; luego, lo que se ha dado en llamar resultado material.

El resultado puede traducirse en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En el primer caso, el cambio en el mundo exterior concluye en el deterioro o destrucción del objeto tutelado por el derecho. En el segundo, el bien jurídico permanece incólume, pero su situación se altera, en perjuicio de su seguridad. Cuando la descripción típica exige un resultado lesivo, se habla de un delito de daño; si se satisface con la puesta en peligro, el delito es de peligro concreto. Pero no todos los delitos de peligro requieren la producción de un resultado exterior. Entre ellos se encuentran también hipótesis en las que al legislador le basta con la ejecución de una acción a la cual se reconoce eficacia para causar, por lo general, la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En tales casos se habla de un delito de peligro abstracto.

Aquí se presenta un punto de mucho interés para el objeto de nuestro estudio. Delito de lesión o de daño, según lo que hemos advertido, es aquel en que, el cambio en el mundo exterior concluye en el deterioro o destrucción del objeto tutelado por el derecho, o sea, la descripción típica exige un resultado lesivo. En estos tipos de delitos el resultado forma parte integrante de la descripción típica y juega un papel tanto o más importante que la acción, al punto que si hay acción e intencionalidad y no hay resultado, el delito puede no presentarse.

Si nosotros observamos detenidamente la estructura típica del delito del artículo 1º, nos daremos cuenta que el resultado dañoso o lesivo forma parte de la estructura típica, ya que se exige que el cambio en el mundo exterior, esto es, la acción, provoque efectivamente un perjuicio en la persona ofendida y por ende en la familia. El delito exige que el maltrato, "afecte la salud física o psíquica de alguien", por lo que se trata, en nuestro entender, de un delito de resultado. Delito de daño es aquél que tiene incorporado al tipo la producción del resultado lesivo, de suerte que, si el legislador lo ignora, es porque atribuye a la acción, per se, la facultad de provocarlo. En los delitos de daño el daño supera a la acción, mientras que en los de peligro abstracto, la acción supone el daño.

Algunos autores estiman, y nosotros creemos valedera su opinión, que los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque, a su respecto, el legislador ha creado una presunción juris et de jure, de que a la ejecución de la acción se sigue necesariamente la creación de la situación insegura. Este punto de vista conduce a la consagración de una pena por la desobediencia. El que ejecuta la acción prohibida es castigado, sin más, aunque pruebe que no creó peligro alguno y aunque haya adoptado todo género de providencias para evitarlo. Si un individuo, consciente de que se encuentra algo embriagado, regresa a su casa conduciendo el automóvil con sumo cuidado, marchando lentamente por una ruta de poco o ningún tráfico, respetando escrupulosamente al señalización, deteniéndose en cada cruce y ante cualquier obstáculo, perturbador, tendrá que ser sancionado, de todos modos, conforme a lo que preceptúa el artículo 111 de la Ley 11.256 de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas, en relación con el 330 del Código Penal. Una interpretación como ésta es poco aconsejable, sobre todo en una época en la que, a causa de las relaciones creadas por un tráfico

jurídico muy complicado, la legislación tiende a crear cada vez más delitos de esta clase. Llegará un momento en que no se podrá hacer casi nada sin exponerse a la imposición de una pena penal, y del otro lado, aumentará la inclinación a emplear los recursos penales como instrumentos educativos.

Pero si, por la inversa, se exige en todos los casos la prueba de que la acción creó un peligro concreto, la protección de los bienes jurídicos se debilitará en exceso. Además, se causará un derroche procesal sumamente oneroso para la función jurisdiccional, que no está en situación de sobrellevarlo. Por último, la ley construye los delitos de peligro, a veces, describiendo el resultado y otras no, y aunque no ofrece criterios para establecer los propósitos perseguidos por esta distinción, de eso no se sigue que no existan.⁵⁴

En opinión del profesor Cury⁵⁵, la solución del problema exige tener en cuenta el conjunto de sus implicancias. Los delitos de peligro abstracto se perfeccionan mediante la sola ejecución de la acción típica, porque ésta, generalmente, es hábil para crear una situación de peligro real. Con todo, como lo que la ley prohíbe es la ejecución de una acción peligrosa, falta la tipicidad cuando la que se realiza ha perdido ese significado porque fue orientada con cuidado, esto es, evidenciando una voluntad de evitación manifestada exteriormente. Así, la cuestión no radica en la prueba del peligro, sino en la de la peligrosidad intrínseca de la acción. De este modo, el sujeto embriagado a que se refiere el ejemplo discutido más arriba no ha ejecutado acción peligrosa, atendida la voluntad de evitación que manifestó durante la conducción del vehículo. A la inversa, el ebrio que trepa a su automóvil y lo dirige sin adoptar precaución alguna, obró en forma adecuada al tipo del artículo 111 de la Ley 12.256, porque su acción es peligrosa. En ambos casos el resultado es indiferente. Da lo mismo que en el primero se haya producido una situación de peligro concreto por causas azarosas y en el segundo no.

3.1.3. La relación causal.

⁵⁴ Juan Bustos y Sergio Politof, "Los delitos de peligro", en Revista de Ciencias Penales, Tomo XXVII, Nº 1, Santiago, 1968, III, págs. 38 y siguientes. En V, b) págs. 42 y 43.

⁵⁵ Enrique Cury Urzúa, "Derecho Penal. Parte General", Santiago, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág. 283.

Toda vez que el legislador incorpora a la descripción típica la exigencia de un resultado es indispensable, para la realización del tipo, la existencia de un vínculo de causalidad entre acción y resultado. La acción debe ser causa del resultado, y éste, correlativamente, efecto de aquélla.

Por regla general, la necesidad de este vínculo no es aludida por el tipo, que se limita a sobreentenderla. En raras oportunidades se encontrará alguna referencia a él (arts. 140, inc. segundo y 397 del Código Penal). Acaso por esto el problema no preocupó a la ciencia, sino hasta mediados del siglo pasado y sólo en relación con los delitos corporales (arts. 395 y siguientes del Código Penal) y homicidio (artículo 391), en los que tenía cierta relevancia práctica. Sin embargo, a partir de los primeros análisis más generales la cuestión se hipertrofia de una manera imprevisible y, durante un prolongado período, se dio el absurdo de que todo jurista experimentara la necesidad de hacer un aporte propio a la confusión reinante.

Es obvio que, dentro del contexto del delito creado por el artículo 1º de la Ley Nº 19.325, el resultado dañoso debe ser producto de la acción ejecutada. La relación causal aquí es trascendente, como elemento integrante de la faz objetiva del tipo en el delito en análisis, y esto, porque la descripción típica tiene incorporada a su continente el resultado mismo, de lo que se desprende que hay una separación material entre acción y resultado que deban ser copuladas por la relación causal. Ella no se subentiende ni se presupone. Con un ejemplo clarificaremos todo: El padre que no le compra al hijo el juguete que desea y provoca un llanto incontenible en el hijo, no puede ser catalogado como victimario de un caso de violencia intrafamiliar, por cuanto su eventual "maltrato" no afecta la salud física o psíquica del hijo. Ahora, si el mismo padre para justificar su negativa golpea a su hijo, ya el maltrato afecta la salud física del hijo y ello es constitutivo de violencia intrafamiliar.

3.2. Faz subjetiva del tipo.

3.2.1. El dolo.

La faz subjetiva del tipo en los delitos dolosos se caracteriza por una rigurosa coincidencia entre la finalidad y el hecho típico objetivo, es decir, entre la faz subjetiva y objetiva de la acción. La finalidad adecuada al tipo es el dolo del delito.

El dolo es el contenido subjetivo necesario de todo tipo de delito doloso. Sin embargo, es posible que otros elementos subjetivos, trascendentes al dolo, integren también ese contenido.

Dolo es el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria⁵⁶.

De acuerdo con el texto de los artículos 2º y 10, Nº 13 del Código Penal, todo delito requiere para su configuración -por regla general- del dolo. De otro lado, una ojeada de conjunto a los libros II y III del Código Penal, revelará que no sólo la persona y la propiedad son tuteladas por tipos de la Parte Especial. En tal sentido, la definición del inciso final del artículo 44 del Código Civil⁵⁷ es insuficiente para el Derecho Penal, porque únicamente refiere el dolo a esos bienes jurídicos. Es importante estudiar aunque superficialmente el concepto civil del dolo, porque desde que el artículo 44 del Código Civil concibe el dolo como "intención positiva de inferir injuria", esa noción es inaplicable a los delitos penales en los que ningún resultado injurioso (dañoso, perjudicial) es exigido por el tipo. Ocurre así porque a la ley civil no le interesan aquellas acciones ineptas para provocar una modificación externa de las relaciones jurídicas, aunque aparezcan contrarias a la voluntad del derecho. El delito de mera acción, los delitos de peligro (uno de cuyos casos es el delito que estudiamos) y la tentativa son conceptos penales sin correlato civil. Pero lo peor de todo, seguramente, es que la definición contenida en el artículo 44 del Código Civil, sólo exige una intención genérica de causar injuria a otro. Esta indeterminación es inaceptable para el derecho penal. La imputación penal, en efecto, requiere que el sujeto haya previsto y querido el hecho típico, no una consecuencia dañosa cualquiera, pues esto conduciría a entronizar, en la práctica, un sistema

⁵⁶ Enrique Cury Urzúa, obra citada, pág. 294.

⁵⁷ "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro" (artículo 44 inc. final Código Civil).

de responsabilidad por los resultados, totalmente incompatible con la Idea de Justicia imperante en nuestra cultura.

Para el dolo se requiere la concurrencia de un elemento intelectual (el conocimiento del hecho que integra el tipo legal) y de otro volitivo (la voluntad de realizarlo o, al menos, la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria).

El reconocimiento de esta dualidad se vincula a la antigua polémica, hoy superada en gran medida, entre las teorías de la voluntad y de la representación. Aquélla radicaba la esencia del dolo en su elemento volitivo, postergando el valor del intelectual; ésta, por su parte, sostenía que la concurrencia del elemento intelectual suponía la del volitivo, de suerte que, dado ése, era innecesario aplicarse a la comprobación de éste. Como puede observarse, ninguna de las teorías pretendió negar la dualidad, pero sí la equivalencia de los elementos estructurales. En tal sentido, sólo son matices de una constante teoría mixta que hoy goza de general aceptación.

Antes de entrar a analizar el dolo en el tipo que nos ocupa, es necesario señalar que el conocimiento de la significación antijurídica del hecho típico (conocimiento de lo injusto del actuar) no forma parte del dolo. La ley penal no conoce un dolo malo, con consecuencias inaceptables en materia de error de prohibición. En contra de esta conclusión está el causalismo más ortodoxo. Hoy, sin embargo, esa tendencia se bate en retirada, y aun causalistas como Bockelman o Engisch aceptan que el dolo está libre de toda valoración y que el conocimiento de la antijuricidad es un elemento autónomo del juicio de reproche (culpabilidad).

El dolo es aludido en pocas oportunidades por la ley, que no contiene definición alguna del concepto. El artículo 2º del Código Penal es el único que emplea expresamente la voz dolo, haciéndola sinónima de malicia. No obstante, de esa disposición se deduce que el dolo es una exigencia general para la configuración del delito, la cual sólo puede desestimarse en casos especiales, en los que el contexto del ordenamiento permite prescindir de él. Esa prescindencia es posible, en primer lugar, cuando la ley ha previsto, junto al tipo doloso el correspondiente tipo culposo. En tales casos excepcionales puede castigarse una conducta no dolosa, si a su ejecución

concorre culpa, con una pena especialmente establecida para esos efectos. Asimismo, el delito se configurará, aun sin dolo, en las infortunadas hipótesis de calificación por el resultado.

De acuerdo con todo lo que hemos visto, ¿cómo se presenta el dolo en el tipo del artículo 1º de la Ley 19.325?. En la teoría general del delito se dice que, al momento de ejecutar la acción, el sujeto debe conocer todo el hecho integrante del tipo legal. Esto significa que el agente debe conocer la acción en sí y, además, sus modalidades típicas, el resultado y la relación causal, en su caso. El sujeto activo del delito de hurto (artículo 432 del Código Penal) ha de saber que la cosa de que se apropia es mueble y ajena y que con su acción la sustrae a la esfera de resguardo del titular aparentemente legítimo; el sujeto activo del delito de malversación (artículo 233 del Código Penal) ha de conocer que reúne las condiciones de hecho necesarias para ser considerado empleado público y que los caudales o efectos públicos o de particulares que ha sustraído, o consentido que otro sustraiga, estaban a su cargo. Según lo anterior, para que exista dolo en la ejecución del hecho típico del artículo 1º de la ley en estudio, es menester que el sujeto activo conozca efectivamente la acción en sí (maltratar), sus modalidades típicas (que lo hace contra la faz física o psicológica de otro), el resultado (que con ello daña la integridad física o psicológica), y la relación causal (que ese resultado es producto, única y exclusivamente, de su actuar). Aquí entra a jugar un elemento muy importante y que suele no descubrirse fácilmente en el ámbito de las relaciones humanas, cualquiera que estas sea: **LA PREVISIBILIDAD**.

Los conceptos de previsión e imprevisión, en cierta medida, gravitan en todos los rasgos del comportamiento humano. En efecto, prever, (anticiparse a ver) significa representarse anticipada y mentalmente las consecuencias probables de un acto (sea que ellas se produzcan o no se produzcan). Por lo mismo, quién prevé realiza una operación mental por medio de la cual concatena dos circunstancias unidas por una relación causal (un hecho es el antecedente de una consecuencia que tiene como supuesto necesario al primero). Dicho en otras palabras, prever importa descubrir intelectualmente un enlazamiento causal entre el hecho conocido y el que probablemente se seguirá de él (sea porque se ejecuta una acción o se incurre en una omisión). La previsión es, entonces, una deducción intelectual propia de la naturaleza inteligente del hombre.

A la inversa, lo imprevisible es aquello que no se representó a partir de un hecho conocido o que no pudo razonablemente representarse. Su acaecimiento, por lo tanto, resulta sorpresivo, inesperado, sorprendente y aparentemente desligado del hecho causal.

La vida social nos impone, en todo instante, el deber de ir representándonos las consecuencias de nuestros actos, sea para evitar daños en los propios bienes o en los bienes ajenos. Es difícil concebir la existencia del hombre contemporáneo desplazándose indiferentemente en relación a los perjuicios que se siguen de sus actos o de los actos de quienes tiene a su cuidado. Indudablemente así ha sido siempre desde los tiempos más remotos de nuestra historia. Pero la previsibilidad en el día de hoy es, sin duda, más compleja, sofisticada y retorcida. Ello porque el hombre moderno está en éste momento rodeado de artificios mecánicos y de intrincados sistemas tecnológicos que han transformado casi absolutamente su vida doméstica y pública y, sobre todo, porque vive en grandes conglomerados, hacinado entre multitudes. El crecimiento vegetativo de la población ha cambiado fundamentalmente el ritmo de vida y los hábitos y, con ello, los deberes de cuidado y previsibilidad impuestos a cada individuo.⁵⁸

En síntesis, la previsibilidad, insistamos, consiste en una operación intelectual, mediante la cual el autor del daño descubre la relación de causalidad entre su acto y el daño producido.

Si yo me proveo de una correa con el ánimo de castigar a mi hijo, o celo injustifica y reiteradamente a mi mujer, me es naturalmente exigible que haya previsto las consecuencias de mi actuar. Estoy en condiciones, habida cuenta mi naturaleza inteligente, de anticiparme a ver que con mi acción, estoy menoscabando la integridad física de mi hijo y la integridad psíquica de mi mujer, de suerte que, si no obstante lo anterior, persisto en mi actitud, no se puede discutir siquiera la presencia de elemento dolo. Si una persona tiene perfectamente certidumbre de que su acción u omisión causará un daño cierto, verosímil y real, al aceptar esta consecuencia está admitiendo voluntariamente que el daño se produzca.

⁵⁸ Pablo Rodríguez Grez, "La obligación como deber de conducta típica", Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1ª Edición, 1992, páginas. 11 y sgtes.

La previsibilidad absorbe la intencionalidad, ya que ella está subsumida en la aceptación del daño que, a ciencia y conciencia, aunque no se desea, se sabe que ocurrirá y se admite este resultado. Prever el daño y aceptarlo es ontológicamente equivalente a desearlo.

Todo ello nos lleva a concluir y a reafirmar, la importancia casi excluyente que en el delito que estudiamos tiene la descripción típica. Ella apareja el daño inmediato, presupone la relación causal y envuelve la intención de causarlo, porque es del propio ser del delito (ontológicamente hablando) que quien actúa típicamente sabe que con ello menoscabará el bien jurídico protegido.

3.2.2. La culpa.

La regla general es que la ley castiga al autor cuando su acción estaba dirigida a la realización final del hecho típico. Por esto, para la mayor parte de los delitos sólo se ha construido el tipo doloso.

Excepcionalmente, sin embargo, junto al tipo doloso aparece incriminado también el correspondiente tipo culposo. En tales casos se castiga a quien ejecuta una acción que en sí no es típica, pero a la que no se imprimió toda la dirección de que se era capaz, a fin de evitar resultados lesivos para un bien jurídicamente protegido.

Cuando se contempla un delito culposo, uno experimenta, aun más que en los dolosos, la tentación de incorporar el resultado a su estructura. Cierto, lo que se enjuicia es el conjunto formado por la acción con sus modalidades, el resultado y el nexa causal, es decir, el hecho típico culposo; pero en este complejo, que será objeto de la valoración jurídica, la acción es un elemento autónomo, cuya naturaleza debe pesquisarse independientemente de los demás. Gran parte de los problemas suscitados por los cuasidelitos serían de solución más sencilla si el análisis evitase estas confusiones.

Ahora bien, la acción integrante de un tipo culposo no se diferencia, en principio, de la que sirve de soporte al hecho doloso. Igual que ésta, consta de finalidad y manifestación de voluntad. La diferencia consiste en que quien la ejecuta no persigue provocar un resultado típico, sino, por lo común, causar alteraciones lícitas del mundo circundante. Por ejemplo, la acción del que conduce su

automóvil y precipita un accidente está dirigida y exteriorizada a una finalidad inocente: trasladarse de un lugar a otro. En consecuencia, el resultado típico de un delito culposo parece desvinculado de la voluntad manifestada por la acción. Y esto es desconcertante, sobre todo si los dos términos no se han separado con cuidado. Parece como si en los delitos culposos la acción final careciera de relieve y lo único significativo para el derecho fuese la causación del resultado.

Sin embargo, si se mira de cerca, observaremos que existe aquí un momento subjetivo de importancia, sobre el cual reposa el sentido de la acción culposa. En estos delitos, la producción del resultado es consecuencia de un error sobre el curso causal.

Se produce, en efecto, una divergencia entre el curso causal que el sujeto se representó y quería y el que se materializó. Esa desviación, por otra parte, no fue casual. En la situación dada, el sujeto podía dominar el curso de los acontecimientos y conducir el proceso causal hacia el objetivo que originariamente lo determinó a obrar. No lo hizo.

Abandonó las riendas del hecho, aunque hubiera podido cogerlas. En esto radica la esencia de la culpa.

Obra culposamente quien omite imprimir a su acción la dirección final de que era capaz, permitiendo así la desviación del curso causal hacia la producción de resultados indeseables. Así, si el padre de una criatura, empeñado en que su hijo estudie más e obtenga mejores calificaciones, le alienta por la vía de la descalificación, resaltando continuamente sus errores y calificándolo de "torpe", "inútil", "flojo", etc., es más que evidente que ello detonará en un grave daño psicológico para el menor que verá disminuida notoriamente su autoestima. Es igualmente evidente que tal resultado lesivo, es un producto que no deseó, no previó ni tampoco quiso. Pero se produjo. Esa es la esencia de la culpa. El agente pudo desviar el lente del objetivo inadecuado, obteniendo un resultado distinto al querido.

La capacidad del sujeto para manejar los procesos causales se precisa fácticamente. No hay una norma que establezca la medida de dirección final que se debe imprimir a una acción. Un precepto así ni siquiera es imaginable. Lo que se trata de establecer es si en el hecho existió la posibilidad de manejar las cosas con más cuidado. La indagación, en consecuencia, es fáctica. Se

orienta hacia una comprobación empírica: ¿podía el sujeto, de acuerdo con la experiencia general, regir el curso causal que abandonó al acaso?. En el ejemplo, no hay duda que sí.

Ahora bien, el hecho que se examina es concreto. Se analiza la capacidad del sujeto para controlar esta situación, aquí y ahora. Pero la capacidad de conducir ese hecho se establece de acuerdo con la experiencia. Y toda experiencia tiene que referirse a un término invariable, en relación con el cual se examinan las variables desconocidas para determinar su comportamiento. En este caso, ese término es el sujeto. En otras palabras, nos interesa saber si un hombre medio, colocado en la situación fáctica dada, habría podido imprimir a los acontecimientos una dirección final que impidiese la producción del resultado indeseable.

El hombre medio de que se habla es empírico. La medida se traza atribuyéndole las características que se encuentran en la mayor parte de los seres humanos. No nos interesa el hombre normal, sino el hombre corriente, que a veces no coincide con aquél. Importa establecer la diferencia, para no atribuir a la culpa contenidos normativos propios de la reprochabilidad. Se ha obrado culposamente si no se controló un hecho que el hombre medio empírico puede dirigir. De esta manera, el contraste entre la finalidad empleada y la finalidad potencial carece del significado valorativo que algunos autores le atribuyen. La finalidad potencial no se determina según normas, sino mediante una relación (estadística) con la experiencia.

4.- ITER CRIMINIS EN LA LEY 19.325.

De manera muy esquemática, en el proceso de ejecución de un delito es posible distinguir una progresión de etapas sucesivas. El sujeto idea primero el hecho punible, es decir, éste se representa a su inteligencia como posibilidad de realización (piensa en la posibilidad de agredir físicamente a su mujer porque cree -erróneamente- que lo engaña con otro hombre); luego resuelve cometerlo, acogiendo en la voluntad lo que el intelecto le ha propuesto y poniéndolo además nuevamente en juego para planificar la conducta. Una vez decidido, el agente necesita preparar la ejecución, disponiendo medios e instrumentos a fin de asegurar el éxito (adquiere el cuchillo a

utilizar para amedrentarla). Sólo entonces se dispondrá a verificar la acción típica, y, en el caso de los delitos de resultado, la consiguiente causación del evento típico. En la práctica, por cierto, estas etapas no aparecen siempre nítidamente diferenciadas. En un homicidio pasional, por ejemplo, es posible que se confundan completamente desde el punto de vista cronológico. Y, sin embargo, también en tales casos se las habrá recorrido, aunque entre ellas sólo medie un espacio de tiempo imperceptible.

Este desarrollo complejo concluye con la consumación, esto es, con la realización completa del hecho típico (el sujeto agrede con el arma blanca a su mujer). Pero los límites del tipo suelen no coincidir con el momento en que el autor alcanza la meta que se ha propuesto personalmente. A menudo la ley sólo describe una parte de la conducta desplegada por el sujeto, sin esperar para amenazarla con la pena la obtención del resultado final que él perseguía. En estos casos se distingue la consumación del agotamiento del delito. Aunque la importancia penal de este último es limitada, no es posible ignorarlo por completo.

Ahora bien, y para no desviar nuestra atención, el proceso descrito puede también verse interrumpido en cualquiera de sus distintas etapas, por causas dependientes o independientes de la voluntad del agente. Cuando eso ocurre antes de que la voluntad delictiva se haya manifestado exteriormente del algún modo, la situación es irrelevante para el derecho, en virtud del principio, aceptado ya por los juristas romanos, de que el puro pensamiento nunca es punible. Tampoco ha de considerarse la realización de actos preparatorios a los cuales no se sigue la verificación del delito (el sujeto compra el arma blanca para agredir a su mujer, pero se arrepiente). Pero cuando el sujeto emprende la ejecución de la acción típica y no alcanza a concluirla, o cuando, ejecutada toda la acción, no consigue ocasionar el resultado típico, se da lugar a una sanción penal.

Hay, en efecto, tentativa, cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento (artículo 7 inc. 3º del Código Penal); lo cual equivale a decir que la tentativa se configura cuando el sujeto ha iniciado la realización de la acción típica, pero no ha llegado a completarla. Del otro lado, hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple

delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad (art. 7 inc. segundo del Código Penal); lo cual, a su vez, significa que el delito frustrado existe cuando el autor ha ejecutado toda la acción típica, sin conseguir, a pesar de ello, la producción del resultado. Conforme al inciso primero del artículo 7º del Código Penal, son punibles tanto la tentativa de un crimen o simple delito como el crimen o el simple delito frustrado.

Todos los conceptos anteriores, en materia del ilícito del artículo 1º de la Ley 19.325 son fácilmente comprobables. Si el agente interesado en agredir a un miembro de su familia, compra el arma para ello, aprende a utilizarla, etc., hablamos de tentativa todavía, pues falta una o más etapas para lograr la consumación del hecho.

El delito se habrá frustrado, cuando el agente a tomado todas las precauciones que estaban de su parte tomar para la realización del hecho, pero elementos externos al mismo le privan de resultados para él satisfactorios. La acción se ha consumado, aunque no es resultado. Es ese disvalor moral el que se castiga.

5.- LA PENALIDAD EN EL ARTÍCULO 1º DE LA LEY N° 19.325.

La clasificación de las penas de acuerdo con su naturaleza es considerada, por lo común, la más general e importante. Con arreglo a ella, las diferentes formas de sanción se agrupan atendiendo a la índole del bien jurídico al cual afectan, y por eso, aunque la ley no la contempla expresamente, es la que permite una sistematización sustantiva mejor fundada. De conformidad con este criterio, las penas se clasifican en corporales, infamantes, privativas de libertad, restrictivas de libertad, privativas de otros derecho y pecuniarias.

A nosotros nos interesan las penas privativas de libertad y las pecuniarias.

Las penas privativas de libertad afectan a la libertad ambulatoria del condenado, quien debe permanecer, durante el término de ellas, recluido en un establecimiento carcelario. Por tal razón se las denomina también penas de encierro.

La pena de reclusión es el encierro del reo en un establecimiento penal, pero sin sujeción a la obligación de trabajar.

La reclusión se clasifica en mayor y menor. La reclusión mayor lleva consigo la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Las penas pecuniarias, como su nombre lo expresa, afectan a patrimonio del condenado. De entre las que consagra el derecho en vigor, pertenecen a esta categoría la multa, el comiso y la caución. La primera de ellas es, conjuntamente con las privativas de libertad, una de las sanciones más empleadas por el ordenamiento punitivo y, además, aquella de que con mayor frecuencia se echa mano como pena administrativa.

Ahora, y en lo que se refiere a la Ley N° 19.325 debemos hacer una distinción de vital importancia. Una cosa es la sanción establecida para el ilícito netamente civil del artículo 1°, y una cosa muy distinta es la penalidad contemplada para el delito penal del mismo artículo. Ya lo hemos dicho pero vale la pena reiterarlo: si el maltrato que afecta la salud física o psíquica del ofendido no es constitutivo de delito, se le aplican las sanciones establecidas por el artículo 4° de la Ley N° 19.325 en relación con los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto N° 1.415 de 1996, que contiene el Reglamento de la Ley de Violencia Intrafamiliar, y estas son: asistencia obligatoria a determinados programas terapéuticos o de orientación familiar, multa a beneficio municipal y prisión en cualquiera de sus grados, penalidad esta última que se aplica preferentemente cuando el denunciado ha vulnerado alguna medida precautoria establecida por el Tribunal.

Ahora, cuando el maltrato a que nos estamos refiriendo da origen a algún delito de tipo corporal o atentatorio contra la familia, como los que hemos mencionado antes, es evidente que, sin despegarse dicha conducta delictiva de su característica fundamental de ser un acto de violencia intrafamiliar (principalmente para los efectos de la aplicación de medidas cautelares), estará sujeta a la aplicación de la pena establecida para la correspondiente figura delictiva en nuestro Código Penal.

6.- JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido reacia a aplicar estos conceptos con la meridiana claridad con que creemos haberlos explicado. Y ello por una razón lógica. Es raro que en un caso de violencia intrafamiliar se llegue a otro tipo de delitos que aquellos que contempla nuestro Código y que califica como lesiones leves. Para el Código Penal, son lesiones leves las que no merecen el calificativo de menos graves, atendidas la calidad de las personas y las circunstancias del hecho y que se las sanciona como faltas. Evidentemente que esto es una tarea intelectual que compete al Tribunal encarar. Así lo ha señalado nuestra jurisprudencia al indicar: "La apreciación de las lesiones como menos graves o como leves y la calificación de simples delitos o faltas que de dicha apreciación se sigue, están entregadas privativamente por la ley al criterio de los jueces del fondo."⁵⁹

"La ley no precisa el límite entre las lesiones menos graves y las leves: deja al juez la facultad de hacerlo; y la pauta que al efecto le señala, más que un criterio distintivo de una y otra categoría de lesiones, indica los requisitos que deben reunirse para que el tribunal sancione como leves, lesiones menos graves."⁶⁰

Cabe acotar, tal como ya lo hemos venido mencionando, que por una práctica lógica en el Poder Judicial, las causas por violencia intrafamiliar en la que se han comprometido lesiones de carácter leve, a pesar de que ellas tienen el carácter de falta del artículo 494 N° 5° del Código Penal y que por ende deberían ser conocidas por un Juzgado de Policía Local, su conocimiento sigue igualmente radicado en los Juzgados Civiles, los cuales pueden darle un despacho más expedito a dichas causas, logrando así el objetivo que originalmente se propuso el legislador en esta materia, cual es, darle debida protección al entorno familiar afectado por hechos de esta naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA:

⁵⁹ Considerando 4° del fallo pronunciado por el 29° Juzgado Civil de Santiago, en causa por Violencia Intrafamiliar Rol 43-2000, de fecha 16 de junio del año 2000.

⁶⁰ Considerando 5° del fallo pronunciado por el 30° Juzgado Civil de Santiago, en la causa por Violencia Intrafamiliar Rol 237-2001, de fecha 6 de marzo del 2002.

- 1.- Perspectiva Psicosocial y Jurídica de la Violencia Familiar. Departamento de Psicología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, para ser utilizado en el Programa de Capacitación a Funcionarios Públicos dependientes del Servicio Nacional de la Mujer. Octubre de 1994.
- 2.- Alfredo Etcheberry, “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- 3.- Gustavo Labatut, “Derecho Penal”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959.
- 4.- Anthony Miller, “Estudio Exploratorio sobre el Maltrato Físico que es Víctima la Mujer Panameña”, Panamá, Ministerio del Trabajo y Bienestar Social, 1986.
- 5.- Violencia Doméstica: Una realidad y sus mitos. Cefima, San José Costa Rica, 1985.
- 6.- Domenach J. M., “La ubicuidad de la violencia”, Revista Internacional de Ciencias Sociales, 1978.
- 7.- J. Corsi, “Algunas cuestiones básicas sobre la violencia familiar”, Separata de Doctrina y Acción Postpenitenciaria, Año 4, N° 6, 1990.
- 8.- Juan Bustos, Francisco Grisolia y Sergio Politoff, “Derecho Penal Chileno”, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- 9.- Eduardo Novoa Monreal, “Derecho Penal Chileno”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- 10.- Hirsch, “Derecho Penal”, Barcelona, Editorial Bosch, 1976.
- 11.- José Quezada Meléndez, “Las Medidas Prejudiciales y Precautorias”, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1988.
- 12.- Luz Rioseco, “Evaluación de la Ley de Violencia Intrafamiliar N° 19.325 y una propuesta para su Modificación”, Santiago, Instituto de la Mujer, 1998.
- 13.- Instituto de la Mujer, “Seguimiento de la Ley de Violencia Intrafamilia”, Santiago, 1997.
- 14.- Juan Bustos, “Derecho Penal. Parte General”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1974.
- 15.- Peter Berger y Tomhas Luckmann, “La construcción social de la realidad”, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1997.
- 16.- R. Perrot, “Instituciones Judiciales”, Montchrestian, París, 1992.
- 17.- Adolfo Squella, “La cultura jurídica chilena”, Cultura Jurídica Chilena, Corporación de Promoción Universitaria, 1992.

18.- Francesco Carnelutti, “Sistema de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Editorial Uthea, 1944.

19.- Juan Bustos y Sergio Politof, “Los delitos de peligro”, Santiago, Revista de Ciencias Penales, N° 1, Tomo XXVII, 1968.

20.- Enrique Cury Urzúa, “Derecho Penal. Parte General”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.