

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales



**Eficacia de las Medidas Cautelares y Accesorias aplicadas en Contexto de
Violencia intrafamiliar**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Juan Pablo Norambuena Villagra
Profesora guía: Myrna Villegas Díaz

Santiago, Chile

2018

Índice

| | |
|---|----|
| Introducción | 5 |
| Capítulo 1 | 9 |
| 1. Normativa vigente de las medidas cautelares y accesorias aplicadas en casos de VIF, marco nacional e internacional y deberes suscritos por los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humano de la mujer: | |
| 1.1 Aspectos sociológicos, históricos y epistemológicos | 9 |
| 1.2 Aspectos criminológicos | 12 |
| 2. Estándares Internacionales de Derechos Humanos en materia de protección a las víctimas de violencia intrafamiliar. | 19 |
| 3. Derecho Nacional (ley 19.325, ley 19.698 y ley 20.066) | 25 |
| Capítulo 2 | 32 |
| 1. Idoneidad y fundamento de las medidas cautelares y accesorias | 34 |
| 2. Asistencia a programas terapéuticos o de orientación familiar | 36 |
| 3. Prohibición de tenencia de Armas | 37 |
| 4. Respeto a la Orden de Alejamiento | 38 |
| 5. Medida en discusión: monitoreo telemático | 40 |
| 6. Medidas cautelares en el proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia | 41 |
| 7. Otras medidas cautelares y accesorias | 42 |
| 8. Término de las Causas | 42 |
| 9. Suspensión Condicional como Salida Alternativa | 43 |
| Capítulo 3. | 43 |
| Cumplimiento e incumplimiento de las medidas cautelares/accesorias | 45 |
| 1. Problemas en la evaluación de medidas cautelares | 51 |

| | |
|---|-----------|
| 2. Problemas en su notificación y seguimiento | 53 |
| 3. Casos paradigmáticos de incumplimiento | 55 |
| Conclusiones | 57 |
| Bibliografía | 60 |

Agradecimientos

“Un agradecimiento al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile por proporcionar insumos para la investigación.

Agradezco especialmente también a mis padres, a mi abuela María Rosario Hernández Moreno, a mi familia en general, a mis amigos, a mi profesora guía Myrna Villegas, a mi felina “señorita” y a todo quien estuvo presente en este proceso.”

Juan Pablo Norambuena Villagra

Resumen

La tesis aborda la eficacia de las medidas cautelares y accesorias aplicadas en contexto de violencia intrafamiliar, en particular respecto de la violencia contra la mujer. El tema es actual y de particular relevancia en estos días en que se visibiliza cada vez más un conflicto que permanecía subyacente en las estructuras sociales y normativas. Ahora, las demandas sociales exigen un régimen más estricto y eficiente que brinde una real protección a la mujer. En este orden de ideas es que los mecanismos de protección que ofrezca el sistema deben ser suficientes. No sirve la medida cautelar o accesoria que llega tarde o que simplemente no se materializa.

En primer lugar, y para efectos de contextualizar la problemática, se expondrá el marco criminológico y normativo en que tiene lugar. Posterior a ello se analizará la idoneidad y fundamento de las medidas cautelares y accesorias en particular. Finalmente se atenderá al cumplimiento e incumplimiento de las medidas, los problemas procesales existentes al respecto, así como también las nefastas consecuencias ante el incumplimiento de las mismas.

Introducción

La violencia intrafamiliar es un problema actual y con graves consecuencias para las víctimas, la mayor de las veces mujer.

Con la dictación de la ley 20.066, se intenta enfrentar el problema de la violencia intrafamiliar en su real dimensión, avanzando de una perspectiva de recomposición del núcleo familiar (presente en la ley 19.325) a otra, en la que se entiende el marcado desequilibrio que existe entre las partes, cuestión que ha sido analizada y evidenciada con el desarrollo de la criminología feminista. A lo anterior se suma la dictación de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia, y que establece el procedimiento a seguir en casos de violencia intrafamiliar.

La existencia de este nuevo marco normativo por sí solo no implica la erradicación del problema de manera automática. Al contrario, la efectividad que dichas medidas tengan es trascendental para dar por configurada la tutela de los derechos vulnerados por el agresor. Esta tesis pretende, por tanto, realizar un análisis crítico de las medidas cautelares y accesorias, pero sobre todo indagar el cumplimiento de estas medidas, su monitoreo e implementación en nuestro sistema jurídico.

Bajo esta línea, el rol que juegan los operadores jurídicos es de suma relevancia e influye directamente en la aplicación de las medidas de protección, es por ello que, al analizar la efectividad de estas últimas, la presente investigación no sólo se enfocará en el análisis de la normativa vigente, sino que también se estudiarán datos que constaten el real aporte que ha significado el régimen de las medidas cautelares y accesorias decretadas en contexto de violencia intrafamiliar. Lo anterior tanto en términos cuantitativos como cualitativos, ya que es importante saber no sólo el número de medidas decretadas tanto en sede civil como penal, su cumplimiento e incumplimiento.

En una mirada preliminar, puede apreciarse que no existe un cumplimiento efectivo de las medidas cautelares y la sanción al incumplimiento es escasa. La falencia pareciera estar en el monitoreo de las medidas ya existentes, en su registro detallado, generándose un fuerte contraste entre la protección otorgada y la realidad cotidiana de la víctima.

Muchas veces no se cumplen estrictamente los requisitos para conceder ciertas medidas, o cumpliéndose, éstas no son decretadas. Puede apreciarse también que no existe un cumplimiento estricto de la normativa internacional, no tanto en lo relativo a las medidas cautelares y accesorias propiamente tales en términos de derecho positivo, sino en su aplicación. Esto por cuanto los organismos públicos debiesen hacer el máximo esfuerzo por dar seguimiento al cumplimiento de las medidas otorgadas, y propender a que éstas logren su objetivo. Por otro lado, si se aprecia que el régimen actual es insuficiente, es obligación del Estado proporcionar nuevas herramientas para tutelar los derechos de la víctima. Sólo así puede cumplirse con lo ordenado por los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Chile en la materia, los cuales constituyen derecho positivo para nuestro sistema según lo dispuesto en el art. 5 inc. 2 de nuestra Constitución Política.

De acorde con lo ya expuesto, el objetivo general de la presente tesis es analizar el régimen de medidas cautelares y accesorias aplicables en Chile en contexto de VIF. Se busca identificar cuáles son las principales falencias y el real funcionamiento del sistema, enfatizando si se cumple o no el objetivo de dar protección a la víctima.

Como objetivo específico se identifica en primer lugar, analizar particularmente cada medida, su idoneidad, fundamento y pertinencia en lo relativo a la protección de la víctima. En segundo lugar, buscar cifras del cumplimiento efectivo de las medidas cautelares/accesorias dictadas tanto en sede de familia como en sede penal. Finalmente recopilar y sistematizar datos de casos en lo que se evidencie una falta de cumplimiento de las medidas cautelares/accesorias, destacando aquellos casos en los que la no dictación de medidas cautelares haya repercutido en la indefensión de la víctima, provocándole perjuicio.

La hipótesis es que no existe un cumplimiento eficaz y efectivo de las medidas cautelares y accesorias decretadas en casos de violencia intrafamiliar. Ello redundando directamente en la desprotección de la víctima. La falencia principal del sistema no es tanto la normativa vigente actual al respecto, sino la ausencia de un monitoreo y seguimiento adecuado de las medidas impuestas. A ello se suma la aplicación

automática que los operadores jurídicos hacen de las mismas, sin entender que muchas veces nos encontramos ante un conflicto de género y desconociendo el carácter cíclico de la VIF.

Es relevante destacar que muchas veces las medidas cautelares y accesorias decretadas durante el proceso se reiteran en las salidas alternativas de los procedimientos, tanto en sede de familia como en sede penal, por lo que la falta de monitoreo y seguimiento de las medidas impuestas representan también un problema al finalizar el proceso y no sólo durante él.

Respecto a la metodología a desarrollar en la presente tesis es necesario mencionar que la investigación que se realizará es de tipo teórico y documental, esto ya que el enfoque estará en el análisis de datos. Estos últimos consistirán en los textos legales de derecho nacional e internacional, documentos y opiniones doctrinarias, entrevistas a expertos, publicaciones, tesis, libros y tratados; datos de interés (estadísticas, informes, oficios, entre otros) provenientes de organismos públicos como el Ministerio Público, y el Instituto Nacional de Estadísticas.

El objetivo es evidenciar el efectivo cumplimiento y puesta en marcha en nuestro sistema judicial de las medidas cautelares y accesorias.

El método de investigación a utilizar será analítico. Esto ya que se realizará un desglose de los fenómenos mencionados en todas sus partes y factores que los componen, y así observar sus causas, naturaleza jurídica y efectos en la aplicación práctica de las medidas cautelares y accesorias decretadas en contexto VIF.

Sumado a todo lo anterior, se utilizarán entrevistas realizadas a diversos funcionarios del sistema procesal penal, las que se ejecutan como parte del trabajo de investigación que desarrolla actualmente el CDH de la Universidad de Chile con miras a la elaboración del Informe Temático 2017: “Violencia contra la mujer: Evaluación y diagnóstico a 10 años de la dictación de la Ley N° 20.066, que establece Ley de Violencia Intrafamiliar”, quien facilita insumos de las entrevistas que en este trabajo se incluirán y cuyas pautas generales se encuentran aprobadas por el Comité de Ética de la Facultad de Derecho de la misma universidad

En el primer capítulo se expondrá el marco normativo nacional e internacional, determinando cuáles son los estándares mínimos a los cuales se ve obligado el Estado de Chile a dar cumplimiento. Se analizarán por lo tanto los Tratados Internacionales suscritos por Chile en la Materia, junto con otros instrumentos que configuran el marco dentro del cual le es dado actuar al estado chileno.

La normativa nacional vigente, será analizada haciendo un repaso por la historia legislativa, con hincapié en los avances y desafíos pendientes.

En el segundo capítulo darán a conocer ciertas medidas en particular, como son la orden de alejamiento, la prohibición de acercamiento o la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Esto se vinculará con la suspensión condicional del procedimiento, pues muchas veces las condiciones impuestas son las mismas medidas cautelares o accesorias decretadas. En este punto hay que hacer presente las dificultades para encontrar jurisprudencia sobre las medidas.

Finalmente, en el tercer capítulo, se atenderá al cumplimiento e incumplimiento de las medidas. Ello nos llevará a indagar en el proceso completo que implica la dictación de una cautelar/accesoria. Las fallas producidas en este nivel son de vital trascendencia para dar una correcta tutela a los derechos de la víctima. Muchas veces las deficiencias pueden ser de índole procesal o procedimentales, vinculándose esto último con la falta de capacitación en materia de género por parte de los operadores jurídicos encargados de aplicar y dar seguimiento a las medidas.

Capítulo 1 Normativa vigente de las medidas cautelares y accesorias aplicadas en casos de VIF, marco nacional e internacional y deberes suscritos por los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos de la mujer.

Para iniciar el estudio relativo a la eficacia de las medidas cautelares y accesorias aplicadas en contexto de violencia intrafamiliar, se hace necesario exponer el marco normativo nacional vigente en el cual se encuentran insertas. En este sentido, en el presente capítulo se expondrán las medidas presentes tanto en la ley 20.066, en la ley 19.968, así como también el derecho internacional determinado por los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile en la materia. Lo anterior puesto que dichos tratados constituyen desde el año 2005, derecho positivo vigente y contienen deberes del Estado en lo que respecta a la correcta cautela de los derechos humanos de la mujer.

Los tratados internacionales mencionados contienen los principios básicos y por lo tanto es la fuente de inspiración para las medidas cautelares y accesorias contenidas tanto en la ley 20.066 como en la ley 19.968. Es por ello que se iniciará con la exposición de dichos cuerpos normativos para luego adentrarnos en los textos legislativos de origen local, para ello se iniciará con el contexto histórico/epistemológico en que estos tratados surgen.

1. Consideraciones preliminares

1.1 Aspectos sociológicos, históricos y epistemológicos.

El profesor Alessandro Baratta, jurista y sociólogo italiano, hace ya años destacaba, que, “a partir del inicio de 1970, la posición desigual de la mujer en el derecho penal- sea en la condición de víctima o de autora de delito- pasó a ser objeto de atención creciente por parte de la criminología. En pocos años, las criminólogas feministas produjeron una vasta literatura al respecto, dirigieron la investigación criminológica a temas específicos que aún no habían sido tratados por aquella disciplina, e influyeron

con particular fuerza en el desarrollo reciente de la victimología. La cuestión femenina se convirtió, así, en un componente privilegiado de la *cuestión criminal*. Desde entonces, temas como la falta de protección a las mujeres dentro del sistema de la justicia penal frente a la violencia masculina, la baja tasa de incriminación femenina, así como sus formas específicas de criminalidad (aborto e infanticidio) lograron salir completamente de la marginalidad académica”.¹

Se trata entonces de un movimiento revolucionario no sólo desde el punto de vista de la criminología y el derecho penal, sino que también desde una perspectiva epistemológica. Sin el cambio de esta última se hace imposible entender un nuevo enfoque jurídico-penal que explique el círculo vicioso de la violencia intrafamiliar, en particular aquella dirigida a la mujer. Dicha perspectiva epistemológica es aquella construida gracias a los estudios de género nacidos en la década de los 70', pero con antecedentes desde comienzos del siglo pasado, con grandes pensadoras como Simone de Beauvoir o Rosa Luxemburgo.

La crítica feminista realiza un cuestionamiento al modelo antropocéntrico, aquel que impone la figura patriarcal como el modelo a seguir. Un sistema en el cual la mujer se encuentra en una posición de subordinación frente al hombre, anteponiendo lo “racional”, lo “productivo”, la “fortaleza”, frente a la “emocionalidad”, “la fragilidad”, la “empatía” o la “inteligencia emocional”. Todo ello en virtud de una construcción social del género que da mayor valor a los caracteres “masculinos” asociados históricamente el varón. A juicio de las autoras, este modelo influiría en las diferentes ciencias, constituyendo un prisma a través del cual se entiende el saber desde una perspectiva masculina, opresora contra la mujer y por lo tanto sesgada. Dentro de este saber se encontraría también la ciencia jurídica, y en particular el derecho penal.

El cambio de paradigma tiene directas consecuencias en lo que respecta a nuestras instituciones jurídicas y dicho cambio debe entenderse a través de distintas

¹ BARATTA, Alessandro. El paradigma del género: Desde la cuestión criminal a la cuestión humana. En *Responsa iurisperitorum digesta*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2000. p. 39

perspectivas del feminismo. El reformismo feminista por su parte, “pretende superar la desigualdad femenina desafiando al derecho neutro, en lo que dice respecto del género, a que sea coherente con su naturaleza “unisex” y, en consecuencia, a que trate por igual a los dos géneros”². Es lo que no ocurre por ejemplo en la redacción de nuestro código penal, con casi la totalidad de los enunciados que describen una figura típica, prácticamente todos comienzan con el artículo definido masculino “él”, como ocurriría por ejemplo con el homicidio, o con los delitos contra la propiedad. Los únicos casos en que el sujeto activo del delito es derecha y únicamente una mujer son justamente casos en que ella es oprimida por el mismo sistema penal, situación que ocurre tanto en el delito de aborto como en el de infanticidio.

Para el empirismo feminista “sería suficiente asegurar el acceso y la paridad de las mujeres en la comunidad científica y el correcto uso de la metodología para alcanzar una mayor objetividad de la imagen del mundo creada por la ciencia”. Vale decir, según esta corriente no sería necesario un cambio radical en lo ya existente, “el androcentrismo y la exclusión de las mujeres no dependen, según este tipo de teoría, de las cualidades y de los criterios de la ciencia sino de un uso no suficientemente riguroso de éstos, así como de mecanismos de exclusión que actúan en la estructura de la división social del género, y no tan sólo en la organización del trabajo científico.”

3

En tercer lugar, se encuentra la teoría del punto de vista feminista, la cual “se funda en el reconocimiento del carácter estructuralmente masculino de los sistemas modernos de la ciencia del derecho; se trata, para la estrategia femenina, de colaborar con la ciencia y con el derecho androcéntrico”.⁴ Esta postura pretende una nueva construcción del sistema, esta vez desde el punto de vista femenino, el cual habría sido sacrificado y oprimido a lo largo del transcurso histórico.

Finalmente nos encontramos con el posmodernismo feminista, el cual “dista tanto del fundamentalismo y de la creencia en las verdades absolutas como del relativismo

² BARATTA, Alessandro. Ob. Cit. p. 43

³ Ibid. p. 45

⁴ Ibid. p. 47

característico de la filosofía posmoderna”. Pretende “deconstruir las reificaciones esenciales que están en la base de las dicotomías, de las cualidades y de los valores, así como su empleo polarizante en la construcción social de los géneros, de las esferas de la vida (pública y privada), de la ciencia y de las instituciones de control comportamental (derecho, justicia penal) y de su objeto (crímenes y ordenanzas). Esta vertiente del feminismo quiere en cambio construir “una subjetividad humana integral o andrógina, portadora, al mismo tiempo, de las cualidades y de los valores que fueran separados y contrapuestos en la creación social de los géneros;(…) se trata de reconstruir las premisas teóricas y materiales para una estrategia capaz, al mismo tiempo de respetar la especificidad de las luchas, y de reconstituir, continuamente, su interrelación y su globalidad.”⁵

1.2 Aspectos Criminológicos.

En lo que respecta al componente criminogénico, se hace necesario distinguir entre el paradigma etiológico y el de definición o reacción social. Según el primero, “la criminología sería una ciencia explicativa que tendría por objeto las causas o las condiciones de la existencia de comportamientos criminales y de individuos “criminales”, entendidos como *seres diferentes* de los otros. La criminalidad se entiende, pues, como una cualidad ontológica de comportamientos y de personas.”⁶ Se trataría entonces de individuos “desviados” que se apartan de los cánones tradicionalmente establecidos. Esta vertiente enfoca su interés en el individuo, obviando características sistémicas que sin duda influirían en el individuo. Por el contrario, el paradigma de la definición o reacción social nos dice que “la calidad de criminal o de desviado, por lo tanto, no es una cualidad natural sino una adjetivación atribuida socialmente a través de procesos de definición y de reacción.”⁷

Los adherentes al paradigma etiológico definen a la criminología como la ciencia que “estudia las realidades biológicas y social del ser humano, recurre a conceptos suministrados por el Derecho y procura reducir un fenómeno (criminalidad) que se

⁵ Ibid. p. 53.

⁶ Ibid. p. 55

⁷ Ibid. p. 56

estima “peligroso” (juicio de valor conexo tanto a la escala axiológica de un grupo dado, como a un sistema jurídico de normas)”⁸. Vale decir, se realiza un estudio acabado del sujeto que comete el hecho delictivo, analizando sus características bio-psíquicas, en el contexto de un sistema normativo y social determinado. Respecto al concepto de “desviado” este paradigma ha delimitado el concepto, diciendo que éste “implica un quebrantamiento de aquellas normas sociales más importantes, las denominadas “institucionalizadas”, que transcurren en cualquier núcleo frente a otras de menor entidad, cuales los usos (o “folkways”) y las costumbres (o “mores”).”⁹

Resulta interesante la visión que este paradigma tiene respecto al concepto de delito, destacando “su carácter violatorio de las normas de conducta de especial importancia y generalidad en el conglomerado social”¹⁰ y “su capacidad para producir grave daño a los valores que contribuyen a integrar y cohesionar el grupo, en función de metas válidas para la generalidad de ésta”¹¹. En lo que refiere a la criminalización de las conductas “lo que simplemente se busca es una mayor visibilidad de la sanción penal a los infractores – efecto “pedagógico” de la pena- con miras a demostrar a la opinión pública que la justicia no es discriminatoria, que toda conducta gravemente dañosa merece su inclusión en el universo de los delitos y que todo delincuente es acreedor a lo que “necesita” más que a lo que “merece”. ”¹²

Como puede apreciarse, el paradigma etiológico, al enfocarse en los factores biopsicosociales del individuo “desviado”, pasa por alto una comprensión sistémica del problema, obviando quiénes son lo que definen los parámetros de normalidad y anormalidad, estableciéndolos primero como norma social, para luego consolidarlos como derecho positivo. En este sentido, se realizan categorizaciones que caen en el etiquetamiento no sólo de conductas, sino también de grupos humanos (en especial las minorías de diversa índole), rozando el límite entre del Derecho y la Ética. Se olvida entonces que el derecho existe para regular las conductas humanas, vale decir

⁸ GONZÁLEZ BERENDIQUE, Marco. Criminología (2 Vols.). Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1998., p. 20

⁹ GONZÁLEZ BERENDIQUE, Marco. Ob. Cit. p. 24.

¹⁰ Ibid. p. 28

¹¹ Ibid. p. 29.

¹² Ibid. 30

aquellas que se expresan, no nuestro fuero interno. No es posible sancionar ni criminalizar decisiones que son propias de la intimidad de las personas, siempre que ello no afecte derechos de terceros. Es por ello que, delitos como la sodomía entre adultos, han desaparecido con justa razón de nuestra legislación penal (aún falta reformar el art. 365 totalmente obsoleto para los tiempos que corren). La configuración de este tipo de delitos responde claramente no sólo a una concepción cultural distinta, sino a la carencia de voz y voto de las minorías al momento de elaborar las leyes.

Para el caso que nos concierne, es de suma relevancia mencionar que históricamente la mujer ha estado ausente en las cúpulas de poder académicas e institucionales en donde los estudiosos determinan quién o no es el/la que se aparta de la norma. Delitos como el “aborto” o el “infanticidio” han sido legislados por hombres. Sin ir más lejos, la actual discusión respecto a la legalización del aborto en tres causales en Chile se dio en un congreso en donde el 96 por ciento de los parlamentarios son hombres¹³. Difícilmente puede cambiarse el paradigma y éste seguirá reproduciéndose si es que no contempla la desigualdad existente entre ambos sexos, de lo contrario se caen en lógicas que hacen que el sistema de dominación patriarcal se reproduzca a sí mismo.

Sumado a lo anterior, es criticable la finalidad de la pena que busca el paradigma etiológico. Al tener la pena un efecto “pedagógico” se cae en la prevención especial, ampliamente criticada en la doctrina por instrumentalizar al sujeto, olvidando la máxima kantiana.

El paradigma de la definición o reacción social, en cambio, resulta muy útil para una comprensión holística de la criminalidad. De esta forma se logra entender el hecho delictivo desde una perspectiva panorámica, en complemento con la sociología crítica. Ello influye en lo que nos concierne en la presente tesis pues la violencia contra la mujer debe apreciarse desde parámetros que excedan al derecho penal, teniendo una mirada multidisciplinar del problema. En este sentido, la criminología crítica “atendería al reparto desigual de los recursos del sistema (protección de bienes e intereses), así como a la desigual división de los riesgos y de las inmunidades frente al proceso de

¹³ Biblioteca del Congreso Chile. [Consulta en línea] disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id...12%20Composición%20por%20sexo%20Congreso

criminalización.” Además, y tal como se mencionó en el párrafo precedente “el sistema de justicia criminal, por lo tanto, refleja la realidad social y, al mismo tiempo, colabora en su reproducción¹⁴.

En lo referente el género, “estudiar la situación de la mujer en el sistema de la justicia criminal de modo científicamente correcto significa afrontar, al mismo tiempo, la cuestión femenina y la cuestión criminal, ambas en el contexto de una teoría de la sociedad. Por lo tanto, es menester que se pueda disponer, contemporáneamente de los paradigmas epistemológicos adecuados, así como operar tales paradigmas de modo sinérgico. Por otra parte, ya no es posible examinar la cuestión criminal sin tener presente, de modo adecuado, las variables de género. La criminología crítica y la feminista no pueden ser dos cosas distintas; deben, necesariamente, constituir una sola.”¹⁵

Lo anteriormente dicho significa cuestionar los roles que históricamente han sido atribuidos a ambos géneros. Así como también la existencia de un orden paralelo de cosas: por un lado, el orden público y por el otro el orden privado. Es en este último donde el derecho penal no actuaría ya que “el sistema de control dirigido exclusivamente a la mujer (en su papel de género) es el informal, aquel que se realiza en la familia. Ese mismo sistema es ejercido a través del dominio patriarcal en la esfera privada y ve su última garantía en la violencia física contra las mujeres”.¹⁶

“El sistema de justicia criminal integra el sistema de control social informal. Este se dirige a las intérpretes de los roles femeninos en la medida en que posean una relevancia tal que les impida ser controladas sólo por el patriarcado privado y, por lo tanto, en la perspectiva de este mismo patriarcado, importantes también en la esfera pública.” En este orden de ideas, resulta relevante que “pensemos en los tipos

¹⁴ Baratta, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal, pp. 171-196. Siglo Veintiuno Editores Argentina. (2004)

¹⁵ Ibid. p. 58

¹⁶ BARATTA, Alessandro. Ob. Cit. p. 60, en referencia a G. Smaus, “Physische Gewalt und die Macht des Patriachats” (No fue posible encontrar fuente directa).

específicos de género en la ley penal (criminalización primaria): aborto, infanticidio, abandono de menores.”¹⁷

Sin embargo, aún más interesante que lo penado y castigado por el actual sistema punitivo, es aquello que se encuentra “permitido” o “autorizado” por el mismo. “En su relación de residualidad frente a la esfera privada, el sistema de justicia criminal debe estudiarse, sobre todo, en sus no-contenidos, es decir, en su selectividad negativa”. Se permitirían ataques que estarían tácitamente aceptados por el sistema penal y por la sociedad misma, existiendo entonces una “inmunidad penal de la que gozan todos los varones, independientemente de sus posiciones sociales, en la medida en que detentan el poder patriarcal”¹⁸. Esta inmunidad se daría tanto en la esfera pública como en la privada.

Con lo dicho anteriormente es posible apreciar entonces una suerte de legitimación de la violencia contra la mujer tanto en el orden público, a través de disposiciones atentatorias contra sus derechos humanos, como en el orden privado a través de la no penalización de conductas que violentan su dignidad como seres humanos.

La gran pregunta que surge es si acaso puede el derecho penal hacerse cargo de este problema. En primer punto hay que decir que esta rama del derecho es la última ratio, por lo que primero deben agotarse todas las otras vías. En segundo lugar, hay que atender a la idoneidad del mismo para poder hacerse cargo del problema. ¿Qué se logra con elevar penas o construir nuevos tipos penales si ello no va a repercutir en una disminución de los delitos cometidos contra mujeres? Es más, ¿Qué ocurre si la elevación de penas y la construcción de un aparato penal protector resulta aún más perjudicial para la propia víctima? Son preguntas de las cuales tanto el derecho penal como la criminología deben hacerse cargo. Smaus ha dicho al respecto que existe la “necesidad de una profunda reforma al derecho penal y del sistema de la justicia

¹⁷ BARATTA, Alessandro. El paradigma del género: Desde la cuestión criminal a la cuestión humana. En *Responsa iurisperitorum digesta*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2000, p. 55

¹⁸ *Ibid.* p. 67

criminal, así como la relatividad o, mejor, la inadecuación estructural de éstos para la protección de los bienes jurídicos, así como de los derechos dignos de tutela”.¹⁹

También debe pensarse en la necesidad urgente de abordar la problemática de una manera inter y transdisciplinar. En este orden de cosas “la alternativa ofrecida por la criminología crítica consiste en favorecer la lectura de las situaciones problemáticas a través de códigos proporcionados por otras disciplinas; códigos que alimentan actores sociales y agencias del Estado, de las comunidades locales, de la sociedad civil, diferentes de los del sistema de la justicia criminal y, probablemente, más capaces de permitirles un control preventivo y reactivo. Consiste, además en favorecer, mediante enfoques multidisciplinarios, la coordinación y la sinergia de los diferentes actores y agencias sociales, es decir, la elaboración de construcciones comunes, cuyos componentes científicos e institucionales puedan variar según la naturaleza de los problemas que deben ser afrontados. Experimentando esta sinergia, tal vez sea posible restituirle al derecho penal su papel subsidiario de *ultima ratio*, y construir un derecho penal mínimo compatible con los principios del estado de derecho y de la democracia.

De lo dicho anteriormente respecto a los aspectos sociológicos, históricos y epistemológicos, así como a los criminológicos. Son respectivamente la perspectiva feminista posmoderna y la criminología de la definición o reacción social, los que más se acomodan al surgimiento de los Tratados Internacionales suscritos por Chile en la materia.

La perspectiva feminista es la más idónea ya que tanto la Convención Belém do Para como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra La Mujer (en adelante CEDAW por sus siglas en inglés), tienen como base la igualdad de derechos entre ambos géneros. Se parte de un silogismo básico según el cual, si todos los humanos tienen derechos humanos, ergo la mujer, que es humana, tendría exactamente los mismos derechos que el hombre. Puede apreciarse cómo la

¹⁹ BARATTA, Alessandro. Ob. cit.p. 69, quien hace referencia a G. Smaus “Feministische Erkenntnistheorie und Kriminologie von Frauen”. (No fue posible encontrar fuente directa).

teoría de los derechos fundamentales guarda con el posmodernismo feminista una estrecha relación, por cuanto este último, mediante la androginia y la deconstrucción social del género reivindica justamente aquellos derechos que desde un principio debieron concederse en igualdad a todos los seres humanos, sin distinción alguna.

Por su parte la criminología crítica o de la reacción social, supone un entendimiento de la problemática de una manera sistémica. No se parte de la base del sujeto como “desviado”, sino que la criminalidad y el delito son vistos dentro de un todo. Para el caso particular este todo sería el patriarcado dominante.

Es de suma importancia comprender que aun cuando la mujer hubiese adquirido ciertos derechos civiles y políticos de importancia, como el derecho a sufragio o la representación en cargos públicos, “la construcción teórica subyacente a las nociones mismas de ciudadanía y Estado permanece inalterada, con lo cual las mujeres simplemente pasan a formar parte de la noción neutra e individuo o ciudadano, casi como si hubiesen sido parte de estas categorías desde siempre. En definitiva, las categorías no evidencian cambios, sino únicamente comprenden ahora a un mayor número de sujetos *igualmente* libre capaces y autónomos.”²⁰

En este sentido, la criminología etiológica olvida que quienes legislan en su mayoría son hombres, y que han mantenido un régimen inalterable que juega a su favor durante siglos. El acceso a la mujer a la esfera pública es difícil, ya no por la posibilidad de acceder a cargos de representación, sino por la inexistencia de una igualdad sustancial que permite un real ingreso de la mujer a la toma de decisiones públicas. Además, se deja sin tratamiento lo ocurrido en la esfera privada, aquella en la que también se manifiesta la violencia contra la mujer, y en la que el derecho penal históricamente se ha sustraído.

Sólo recientemente el derecho penal ha comenzado a adentrarse en estas materias, con el objetivo de lograr una protección efectiva de los derechos de la mujer. Sin embargo, lo que diga la norma no es tutela real sino se acompaña de un cambio en las ideas preconcebidas y en la actuación de los operadores jurídicos. Es esto lo que

²⁰ TOLEDO VÁZQUEZ, Patsilí. Las mujeres como sujetos del derecho penal, en Oyarzún, K. (Comp.) Sujetos y actores sociales: reflexiones en el Chile de hoy. Gráfica LOM. 2011 p. 149.

los estándares internacionales intentan garantizar, dirigirse hacia una igualdad material entre hombres y mujeres, que asuma el rol del patriarcado impregnado en cada una de las etapas del sistema, abogando por la abolición del mismo, o al menos, evitar sus trágicas consecuencias en la vida de las mujeres.

2. Estándares Internacionales de Derechos Humanos en materia de protección a las víctimas de violencia intrafamiliar.

Existen dos tratados suscritos y ratificados por Chile, importantes con relación a la mujer que es víctima de violencia. En primer lugar, a nivel de ONU como sistema universal de Derechos Humanos encontramos la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer” (CEDAW por sus siglas en inglés) de 1979, promulgada en Chile por Decreto Número 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1989; a nivel de Sistema Interamericano existe la “Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (Convención de Belém Do Pará), aprobada el 9 de junio de 1994, ratificada por Chile con fecha 15 de noviembre de 1996, promulgada y publicada en 1998.

La Convención de Belém Do Pará, es más específica con relación a la violencia contra la mujer, definiéndola en su artículo primero como *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*. Por su parte la CEDAW define la discriminación contra la mujer, en su artículo primero como *“Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.

La definición de Violencia presente en la Convención de Belém Do Pará tiene un contenido más comprensivo que el presente en la actual ley 20.066, reflejo de una deficiente técnica legislativa. En nuestra legislación no se habla de violencia sexual en términos diferenciados, pues los parlamentarios estimaron que aquello constituía

violencia física o psicológica dependiendo de la naturaleza del acto.²¹ Además, se establece que la violencia definida en el artículo 1, tiene lugar también en caso “*que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra*”.

En relación con las medidas cautelares y accesorias, si es que la aplicación de éstas resulta ineficiente, constituye un caso de violencia tolerada o perpetrada por el Estado o sus agentes, entendiendo por éstos respectivamente al Poder Judicial y a Carabineros, Policía de Investigaciones y demás intervinientes. Ello puede ocurrir cuando dichas instituciones no toman las medidas necesarias o no hacen un monitoreo de las mismas una vez decretadas.

Existe un **estándar general** en materia de protección frente a la violencia contra las mujeres que se ampara en el artículo cuarto de la Convención de Belem Do Pará. Éste dispone que “*toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.*” Por su parte el artículo tercero de la Convención en comento dispone que “*toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado*”. Ambas disposiciones constituyen un piso mínimo a partir del cual la convención va desagregando y especificando los demás derechos y deberes del estado. Entre otros, el artículo cuarto ya citado asegura:

“e) El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.”

Las medidas cautelares y accesorias contempladas tanto en la Ley 20.066, como aquellas presentes en la Ley 19.968 deben tener por finalidad respetar la dignidad de la mujer y de su familia. En la práctica muchas veces la medida de prohibición de acercamiento se ve interrumpida por el régimen de relación directa y regular respecto al niño/niña o adolescente, ello incide en la desprotección de la víctima y de su familia,

²¹ Biblioteca del Congreso de Chile. Historia de la ley 20.066. [Consulta en línea:10.10.2017]
Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5563/>

constituyendo una manera ineficaz del sistema para responder el problema de la violencia intrafamiliar, en particular aquella dirigida contra la mujer.

“f) el derecho de igualdad de protección ante la Ley y de la Ley”

En consecuencia, la legislación chilena debe dar igual protección a ambos géneros, no un régimen inferior o de distinta calidad del que se le otorga al hombre. Sin embargo, esto no implica que jurídica ni institucionalmente deba tratarse de la misma forma a ambos géneros. Dicha situación implicaría (acogiendo la postura feminista posmoderna) discriminación, ya que no consideraría la opresión histórica sufrida por la mujer a causa del patriarcado, sino que trataría como iguales a sujetos que en la práctica no lo son, pues existiría uno (una) oprimida por el otro, en relación de subordinación.

En relación con las medidas cautelares y accesorias aplicadas en contexto VIF, tanto la existencia jurídica como la eficacia en la realidad práctica deben ser entendidas en este sentido. Vale decir, debe existir una protección normativa con su correlato respectivo en la realidad de la víctima. Este último debe verse reflejado en todos los operadores del sistema, pues de lo contrario la norma protectora se constituye en derecho simbólico.

“g) El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los Tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.”

Se hace referencia al debido proceso consagrado en el art. 19 n°3 de nuestra Constitución Política. Las medidas cautelares y accesorias tienen por objeto asegurar la tutela de los derechos de la víctima. Se siguen al respecto no sólo los principios del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, sino que especialmente los que guían el proceso penal, así como los que guían el procedimiento de familia en los casos de VIF no constitutiva de delito.²²

Esto tiene directa relación con el acceso a la justicia. Es menester mencionar, de acuerdo con el estándar general de protección, “la obligación de proteger con la debida

²² Hay que tener presente la contienda de competencia respecto a tribunales de garantía o TOP versus los tribunales de familia.

diligencia exige que los Estados garanticen que las mujeres [...] que son víctimas de la violencia o corren el riesgo de serlo tengan acceso a la justicia y a servicios de atención de salud y apoyo que respondan a sus necesidades inmediatas, las protejan contra otros daños y se ocupen de las consecuencias que se derivan de la violencia para la mujer. Con ese fin, los Estados deben elaborar marcos legislativos, sistemas de vigilancia policial y procedimientos judiciales apropiados para proteger adecuadamente a todas las mujeres, proporcionarles un entorno seguro y propicio para que informen de los actos de violencia cometidos contra ellas y adoptar medidas tales como órdenes de interdicción o expulsión y procedimientos de protección de las víctimas. En situaciones en las que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de la violencia, los órganos encargados de aplicar la ley tienen la obligación de establecer mecanismos de protección efectivos y apropiados para impedir que se produzcan otros daños”²³.

Una vez mencionados los estándares generales, cabe hacer mención a los “**estándares específicos en materia de adopción de medidas de protección de víctimas de violencia contra las mujeres**”. Al respecto cobran especial relevancia el Capítulo III artículo séptimo de la Convención de Belem do Pará, así como el artículo segundo de la CEDAW. Respectivamente refieren a los deberes y compromisos de los Estados parte.

Como primer parámetro destaca el “otorgamiento de facultades suficientes a los tribunales de justicia para la adopción de medidas de protección”. ²⁴ Al respecto, “7. Se exhorta a los Estados Miembros a que examinen, evalúen y enmienden sus procedimientos penales, según proceda, para cerciorarse de que: [...]

g) Los tribunales estén facultados, a reserva de lo dispuesto en la norma constitucional de su Estado, para dictar mandatos judiciales de amparo y conminatorios, en casos de violencia contra la mujer, que prevean la expulsión del domicilio del autor de los hechos, con prohibición de todo contacto ulterior con la víctima y demás personas

²³ NASH ROJAS, Claudio, et al. Protocolo de actuación para operadores de justicia frente a la violencia contra las mujeres en el marco de las relaciones de pareja. Centro de Derechos Humanos, 2011, p. 9. Nota al pie n°29.

²⁴ Ibid.

afectadas, dentro o fuera del domicilio, y de imponer sanciones por el incumplimiento de esas órdenes;

“h) Se pueden tomar medidas cuando sea necesario para garantizar la seguridad de las víctimas y de sus familias y para protegerlas contra la intimidación y las represalias;”

Lo anterior debe vincularse con el artículo 7 de la Convención Belem do Pará, en particular con sus letras c), d), f), y h).

Si bien todo el artículo guarda estrecha relación con las medidas accesorias y cautelares aplicadas en contexto VIF, son las letras c) y d) de la convención las más relevantes al respecto, pues obligan al Estado a adoptar las medidas necesarias para tutelar la integridad de la mujer y su patrimonio. “El cuerpo normativo de la convención es el que sienta las bases de la necesidad de crear un tipo penal específico que sancione cualquier forma de violencia no sólo ejercida contra la mujer sino contra cualquier persona que tenga la calidad de pariente”²⁵

Ambas deben entenderse en estrecha relación con las letras f) y h) por cuanto es el mismo Estado el que, no sólo debe cumplir con adoptar la normativa penal civil y administrativa pertinente, sino que debe hacerlo a través de un *procedimiento legal, justo y eficaz*. Disponiendo al mismo tiempo de una institucionalidad capaz de hacer cumplir lo juzgado.

El vínculo se entiende ya que sólo mediante un mecanismo de tales características es posible conceder medidas que logren una tutela consistente y efectiva. Ello implica la existencia de un procedimiento que entienda la desigualdad entre partes existente en contexto VIF, y que, por lo tanto, evite negociaciones que pudiesen encontrarse viciadas por factores que incidan en el consentimiento de la víctima.

¿Cuál es la responsabilidad que le cabe al estado por el incumplimiento de estos estándares?

²⁵ JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. MEDINA, Paula. Violencia contra la pareja en la justicia penal. Mayores penas, mayor violencia. Librotecnia, 1ª. Ed. Santiago, Chile. 2011 p. 217.

El Artículo 8 también es de particular importancia, dispone que *“Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:*

h. Garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios,”

¿Está realmente el Estado chileno cumpliendo con esto? Sucede que si en la fase de investigación, ésta se realiza de forma insuficiente o incorrecta, es imposible saber la real dimensión del problema ni cómo enfrentarse al mismo. Si no se evalúa la eficacia de las medidas cautelares y accesorias aplicadas en contexto VIF, difícilmente puede darse cumplimiento con lo dispuesto en la convención. En ese sentido la reducción de la cifra negra es una tarea fundamental. Hace falta política pública al respecto, más allá de la normativa vigente.

Dentro del mismo capítulo referente a los deberes del Estado, el artículo 9 dispone que *“Para la adopción de las medidas a que se refiere este Capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.*

Lo anterior guarda relación con la situación de vulneración, y puede vincularse con la situación de riesgo inminente contemplada en el art. 7 de la Ley 20.066. Hace en falta en el mencionado artículo la referencia a otra situación de vulnerabilidad aparte del embarazo y de la discapacidad, como la condición de migrante, refugiada o desplazada

Finalmente, el artículo 10 de la Convención, contenido en el Capítulo IV respecto a los “Mecanismos interamericanos de protección” dispone que,

“Con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.”

En este apartado, es deuda pendiente la elaboración de informes nacionales de calidad, que logren reducir la cifra negra, a través de estudios cualitativos y cuantitativos pertinentes, que generen estadísticas decidoras en la materia²⁶. Sólo así podrán verse con objetividad y claridad las dificultades que se observen en el proceso de prevención y erradicación de la violencia contra la mujer. A lo anterior debe sumarse un registro fidedigno de las medidas cautelares y accesorias aplicadas, que analice su cumplimiento, su incumplimiento y su seguimiento.

3. Derecho Nacional (ley 19.325, ley 19.698 y ley 20.066)

Ley 19.325

El año 1994 se dicta la ley 19.325, primera normativa en Chile que judicializa los actos de violencia en la familia. “Esta ley establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar dejando esta regulación en sede civil.”²⁷.

Las medidas estaban contenidas en el artículo 3° letra h, de esta normativa, el cual establecía que:

h) El juez, de oficio o a petición de parte, y desde el momento mismo de recibir la denuncia o demanda en caso de que la gravedad de los hechos así lo requiera, podrá, mediante resolución fundada, decretar toda y cualquier medida precautoria destinada

²⁶ Actualmente los datos presentes en el sistema AUPOL de carabineros no se encuentran desagregados, estando los delitos cometidos en contexto VIF todos en una misma sección.

²⁷ JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, MEDINA, Paula. Ob. cit. p. 227

a garantizar la seguridad física o 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 para hacer abandono del hogar común y disponer la entrega inmediata de sus efectos personales; prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de trabajo del ofendido, a menos que trabajen en un 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, de naturaleza eminentemente civil “presentaron dificultades cuya expresión entorpecía la práctica de los operadores e incidía en su eficacia. Así, un primer problema es que se enuncia un catálogo no taxativo de medidas que puede adoptar el juez competente con el fin de garantizar la seguridad física o psíquica del afectado y la tranquila convivencia, subsistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar.”²⁸ Se genera por tanto inseguridad jurídica, y una mezcla de materias respecto a las cuales el juez puede dictar medidas cautelares, sin delimitar los alcances de las mismas.

Además, “la diversidad de criterios de interpretación de sus normas dificultaba el acceso a la justicia de las víctimas de VIF. Así por ejemplo, algunos jueces del crimen no hacían uso de las medidas precautorias; el momento para archivar las causas resultó ser muy diverso; los criterios para conceder o denegar una medida eran del todo distintos y no obedecieron al peligro que cada caso implicaba en sí mismo, tampoco se resolvían con la rapidez necesaria, toda vez que se desconocían los riesgos que implicaba la violencia intrafamiliar y escasamente se contaba con los elementos necesarios para efectos de evaluar dichos riesgos prevaleciendo otros factores que nada tienen que ver con los objetivos y esencia de estas medidas”.²⁹

²⁸ Ibid.

²⁹ JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. Medina, Paula. Ob. Cit. p. 227-228.

En suma, se trataba de una legislación incipiente y precarizada en la materia. Confusa y con defectos tanto de forma como de fondo. La ley 20.066 busca entonces entender que estamos, la mayor parte de las veces, ante un problema que requiere respuestas rápidas pues el conflicto puede ser de alto riesgo. Es por ello que se intenta también unificar los criterios de actuación para calificar este último.

Leyes 20.066 y 19.968

Antes de distinguir entre aquellas medidas cautelares decretadas en sede de familia y aquellas dictadas en sede penal, se hace necesario enunciar la legislación actual al respecto.

En primer lugar, se transcribe el artículo 15 de la ley 20.066 que nos deriva al artículo 92 de la ley 19968 y al artículo 7 de la 20.066:

“Artículo 15.- Medidas cautelares. En cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, y aun antes de la formalización, el tribunal con competencia en lo penal podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establece el artículo 92 de la ley N° 19.968 y las aludidas en el artículo 7° de esta ley.”

“Art. 92 Medidas cautelares en protección de la víctima. El juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar. Cautelar, además, su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para tal efecto, en el ejercicio de su potestad cautelar y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes, podrá adoptar una o más de las siguientes:

1. Prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquél en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta, así como en cualquier otro lugar en que la víctima permanezca, concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.

2. *Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común.*
3. *Fijar alimentos provisionarios*
4. *Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos.*
5. *Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos.*
- 6.- *Prohibir el porte y tenencia de cualquier arma de fuego, municiones y cartuchos; disponer la retención de los mismos, y prohibir la adquisición o almacenaje de los objetos singularizados en el artículo 2º de la ley Nº17.798, sobre Control de Armas. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director del Servicio respectivo para los fines legales y reglamentarios pertinentes. Con todo, el imputado podrá solicitar ser excluido de estas medidas en caso de demostrar que sus actividades industriales, comerciales o mineras requieren de alguno de esos elementos.*
7. *Decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante.*
8. *Establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad. Las medidas cautelares podrán decretarse por un período que no exceda de los 180 días hábiles, renovables, por una sola vez, hasta por igual plazo y podrán, asimismo, ampliarse, limitarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del juicio. El juez, para dar protección a niños, niñas o adolescentes, podrá, además, adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71, cumpliendo con los requisitos y condiciones previstas en la misma disposición.*

Tratándose de adultos mayores en situación de abandono, el tribunal podrá decretar la internación del afectado en alguno de los hogares o instituciones reconocidos por la autoridad competente.

Para estos efectos, se entenderá por situación de abandono el desamparo que

afecte a un adulto mayor que requiera de cuidados.

Por su parte el artículo 7 de la ley 20.066 dispone lo siguiente:

“Artículo 7°.- Situación de riesgo. Cuando exista una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no se haya llevado a cabo, el tribunal, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan.

Se presumirá que existe una situación de riesgo inminente como la descrita en el inciso anterior cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N°17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta. Asimismo, se presumirá que hay una situación de riesgo inminente, cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima.

Además, el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable. Se considerará especialmente como situación de riesgo inminente el hecho de que un adulto mayor, dueño o poseedor, a cualquier título, de un inmueble que ocupa para residir, sea expulsado de él, relegado a sectores secundarios o se le restrinja o limite su desplazamiento al interior de ese bien raíz, por algunos de los parientes señalados en el artículo 5°.”

Si bien las implementaciones de ambas medidas suponen un avance en la materia, acarrea también ciertas complejidades. Esto debido a que, al ampliarse el catálogo de medidas y diversificarse los entes que las decretan, tenemos que “éstas pueden ser

dictadas tanto por los Jueces de Familia como por los Jueces de Garantía, e incluso las que no afectan las libertades individuales pueden ser otorgadas por los mismos fiscales del Ministerio Público, todo lo cual ha contribuido, por una parte a favorecer un amplio rango de aplicación entorpeciendo su implementación y, por otra, a que los tribunales argumenten su falta de competencia”³⁰

“A pesar de lo anterior, se evidencia un avance notorio en la legislación, en lo que respecta a la labor activa del Estado para prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar. Sin embargo, sigue sin hacerse cargo de la cuestión de género inserta en dicho problema, tratando el problema como Violencia Intrafamiliar y no derechamente como Violencia de Género.

Respecto a las medidas accesorias, están contempladas en el art. 9 de la ley 20.066, y establecen que el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las siguientes accesorias:

- a) *Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima.*
- b) *Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.*
- c) *Prohibición medidas de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.*
- d) *La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término.*
- e) *Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez.*

³⁰ JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. MEDINA, Paula. Ob. Cit. p. 239

En consecuencia, se establece como una obligación del Estado, que, a través del órgano jurisdiccional, deberá adoptar uno o más de estas medidas, lo cual guarda relación con el estándar internacional mínimo de protección asegurado internacionalmente. Se busca cumplirlo.

Ley 20.480

Esta ley introduce modificaciones a la ley N°20.066 y a la ley N°19.968. Esta ley incorpora el delito de femicidio realizando modificaciones al Código Penal. En lo que respecta a las medidas de protección, “aumenta los tipos de control establecidos, pues incluye otra medida accesoria adicional que supone la presentación regular ante la unidad policial que determine el juez...esta ley también instaló modificaciones que significaron intensificar las medidas cautelares mediante la atribución que concede a Tribunales de Familia para otorgarlas mientras se resuelve la competencia con el Ministerio Público o Juez de Garantía”.³¹ En suma, se ahonda aún más en el deber y objetivo de protección de la víctima, dando al régimen de medidas cautelares mayor severidad. Por otro lado, intenta solucionar las trabas que generaba la contienda de competencia entre el Ministerio Público y los Jueces de Garantía. Esta ley da su razón de ser al Centro de Medidas Cautelares, pues otorga facultades a los jueces de familia cuyo uso podría incluso limitar la libertad ambulatoria del agresor. Dicho centro, creado mediante auto acordado de la Corte Suprema del año 2010 busca canalizar aquellas medidas de carácter urgente, de manera eficiente, (opera en los cuatro tribunales de familia de Santiago, de manera coordinada).

A pesar del avance, se evidencia un problema, el cual radica que se siguen mezclando asuntos de familia, con materias de índole penal. Si bien es cierto que existe la violencia intrafamiliar no constitutiva de delito, ello no da explicación del por qué el centro de medidas cautelares sea dirigido por jueces de familia, siendo que las causas que llegan muchas veces son de índole penal. Puede apreciarse entonces que el legislador “familiariza” la violencia de género, sustrayéndolo (institucionalmente esta vez) del ámbito penal.

³¹ JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica, MEDINA, Paula. Ob. cit. p. 248

El hecho de que después se deriven las causas a Fiscalía, no es óbice para la crítica en comento, pues la falencia está en la puerta de entrada a las medidas cautelares. Lo que se quiere decir con esta crítica es que el primer filtro lo hará un órgano jurisdiccional especializado en familia, y no en materia penal, aun cuando luego se deriven las causas penales al Ministerio Público. Ello es un reflejo del carácter de “esfera privada” del conflicto que aún quiere dársele al mismo.

Capítulo 2

Análisis de las medidas en particular, fundamento e idoneidad para enfrentar la VIF.

¿Están las medidas cautelares y accesorias diseñadas de una manera idónea para enfrentar la VIF? ¿Ha logrado el legislador dar respuesta frente el “riesgo inminente” del artículo 7 de la ley 20.066? ¿El diseño institucional encargado de operativizar estas medidas es el adecuado? En este mismo sentido ¿La conjunción entre la funcionalidad de los operadores jurídicos y la normativa vigente logra una tutela judicial efectiva y eficaz de los derechos vulnerados de la víctima?

Para dar respuesta a lo anterior, resulta necesario describir la judicialización que ha tenido el conflicto de la violencia “intrafamiliar”, así como los índices de victimización existentes.

En “La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar”, las autoras Lidia Casas y Macarena Vargas Pavez realizan un estudio cuantitativo y cualitativo con relación a las modificaciones legales realizadas en respuesta al fenómeno de la violencia intrafamiliar, dando cuenta del real impacto de estas reformas legislativas (Ley N°19.325 en 1994, Ley N°19.968 y Ley N°20.066, ambas de 2005).

El estudio analizado, constata la judicialización que han tenido los casos de violencia intrafamiliar, así como el impacto de las medidas cautelares y las salidas alternativas adoptadas en este tipo de procedimientos. Se usa como fuente para la investigación, principalmente, los datos proporcionados por la Corporación Administrativa del Poder

Judicial (CAPJ), así como información entregada por el SERNAM, el Servicio de Registro Civil e Identificación y los Boletines Estadísticos del Ministerio Público.

En primer lugar, se exponen los resultados de la “Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales del 2008”, la cual revela que “un 35,7 % de las mujeres entre 18 y 65 años que han tenido una relación de convivencia fue víctima de algún tipo violencia por parte de sus parejas, cuyas expresiones preponderantes son la combinación de violencia física, psicológica y sexual (32,6%) y la psicológica y física (30,5%)”.³² La cifra es realmente alta y es reveladora de la violencia de género involucrada. Sin embargo, hay que ser consciente de que estos altos números existían anteriormente, pero permanecían silenciados ante la falta de procedimientos y estudios al respecto, por lo que “no evidencian necesariamente un aumento de la prevalencia de violencia contra la mujer, sino la reducción de la cifra negra, en otras palabras, un aumento del número de casos denunciados”.³³

Resulta pertinente enunciar los resultados de la “Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales del 2012”. Dicha encuesta señala que “el 31,9% de las mujeres entre 15 y 65 años, declara haber sufrido alguna forma de violencia por algún familiar, pareja o ex pareja, alguna vez en su vida.”³⁴

Si bien pareciese existir una disminución, hay que considerar la baja tasa de denuncias. Por ejemplo, al tratarse de violencia psicológica ocurrida durante los últimos doce meses, sólo denunció el 27,6%. Este porcentaje aumenta al tratarse de violencia física, caso en que denuncia un 36%, y disminuye en gran medida al tratarse de violencia sexual, supuesto en el cual denuncia un 12%.

³² Ministerio del Interior, Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales 2008. En: http://www.seguridadpublica.gov.cl/filesapp/presentacion_violencia_intrafamiliar_v2.pdf [cita: 21.05.2017]

³³ CASAS, Lidia y VARGAS, Macarena (2011), “La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 34, N°1, p. 134.

³⁴ Adimark. Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales 2012. Disponible en [<http://estudios.sernam.cl/documentos/?eMjM1MTAxOQ==>-Encuesta_Nacional_de_Victimizaci%C3%B3n_por_Violencia_Intrafamiliar_y_Delitos_Sexuales_2012]

La modificación legislativa introducida el año 1994 (Ley N°19.325) representa un avance respecto a la situación de impunidad anterior, no sólo pues se manifiesta el reproche que merece la violencia intrafamiliar, sino que también por la mayor información y visibilidad que supone el tratamiento de la materia ante los operadores jurídicos. Sin embargo, la ley 19.325 tenía un marcado enfoque terapéutico y de recomposición del núcleo familiar. Es por ello, que, el año 2005, tanto la ley 19.968 como la 20.066 optan por un camino más represivo. “Con esta nueva normativa la respuesta estatal se amplifica dando paso a la intervención de jueces de familia, de fiscales y jueces de garantía, cuando el caso posea -a juicio de los primeros- los caracteres de frecuencia e intensidad que configuren la habitualidad de los actos violentos”.³⁵

El estudio da cuenta de una mayor judicialización de las denuncias en tribunales de familia, a partir de la introducción de la ley N°19.325. Se suma a ello una discrepancia entre los datos obtenidos desde el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), versus los obtenidos en la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ). Según la primera fuente existe un aumento de causas ingresadas desde 1996 a 2005, que va de 56.396 causas a 71.598. Por su parte la CAPJ, tiene para el mismo período, un aumento que va desde la ausencia de registro para el año 1996, a las 79.951 causas ingresadas para el año 2005. Así también, se evidencia un aumento de los ingresos en el período 2005-2008, que va desde los 26.036 en 2005, a los 51.032 casos para el año 2008.³⁶

1. Idoneidad y fundamento de las medidas cautelares y accesorias

La mayor judicialización de los conflictos de naturaleza intrafamiliar ha repercutido en una mayor dictación de las medidas accesorias y cautelares. ¿Son realmente idóneas las medidas decretadas? ¿Cuál es su fundamento?

³⁵ CASAS, Lidia y VARGAS, Macarena (2011), Ob. Cit. p. 136

³⁶ Ibid. Ob. Cit. p. 137-138.

Respecto a las medidas contenidas en el artículo 9 de la ley 20.066 su fundamento está en la protección de la víctima de manera efectiva y eficaz. Su idoneidad se encuentra fuertemente discutida. Algunos autores destacan su carácter penal al decir que dicha norma “establece como sanciones casi idénticas a las medidas personales (restrictivas de la libertad) establecidas en las letras f) y g) del artículo 155 del Código Procesal Penal e incluso verdaderas medidas de seguridad de las previstas en los artículos 455 y ss. del Código Procesal Penal como es el tratamiento terapéutico.”³⁷

Las letras a) y b) serían restrictivas a la libertad “por cuanto obligan al condenado a abandonar el hogar común, bajo pena de desacato, y le prohíben, también bajo pena de desacato, visitar determinados lugares, es decir, afectan la libertad ambulatoria del imputado.” Por su parte la letra d) “sería inconstitucional doblemente, en primer lugar, impone una pena, sin que su imposición esté precedida de las garantías de un juicio penal, y, en segundo lugar, la medida afecta la dignidad del ciudadano al obligarlo, contra su voluntad, a someterse a tratamientos terapéuticos con médicos en cuya elección no ha intervenido y que no son de su confianza, siendo además inútil, pues para que cualquier tratamiento prospere debe hacerse voluntariamente.”³⁸

Si bien es cierto que hay cierta posibilidad de conflictos constitucionales, la crítica citada debe entenderse, para los efectos de la presente tesis, no como una defensa al debido proceso por sí mismo, sino por la poca utilidad y desorden que representa instalar nuevas medidas siendo que ya existen mecanismos en el sistema que podrían ayudar al enfrentamiento del problema. Dentro de dichos mecanismos hay que mencionar no sólo las letras f) y g) del artículo 455 ya citadas, sino que también las letras h) e i) del mismo. Disposiciones que son muy similares a las contenidas en el artículo 9.³⁹

³⁷ JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. MEDINA, Paula. Violencia contra la pareja en la justicia penal. Mayores penas, mayor violencia. Librotecna, 1ª. Ed. Santiago, Chile. 2011 p. 264.

³⁸ JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. MEDINA, Paula. Ob. Cit. p. 255

³⁹ h) La prohibición de poseer, tener o portar armas de fuego, municiones o artuchos, y i) La obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado.

2. Asistencia a programas terapéuticos o de orientación familiar

Medida accesoria contemplada en la letra d) del artículo 9. Respecto a esta medida es necesario decir que podría caerse en un gasto de recursos muy probablemente infructuoso, pues las terapias psicológicas a la fuerza difícilmente funcionan. El derecho como ciencia puede hacer los mayores esfuerzos, pero es imposible e ilícito que se obligue a cambiar el comportamiento psíquico de una persona contra su voluntad. En particular se afecta la ley de Derechos y Deberes del paciente. Si el individuo no quiere cambiar su conducta, ello será sancionado, pero eso es distinto a forzar el cambio de conducta, lo cual es ineficiente e ineficaz. Esto no implica que el sistema haga sus mayores esfuerzos para que el individuo efectivamente cambie su conducta, pero siempre concurriendo con la voluntad del mismo. Además, no se contempla un mecanismo que fiscalice a las instituciones en las que se desarrollan los tratamientos.

Respecto la implementación de estos programas de rehabilitación, “algunos jueces exigen que las condiciones en las que se realicen las terapias estén previamente coordinadas con las redes locales de prestadores de salud pues, de no ser así, la eficacia de la medida quedaría supeditada al imputado ante la ausencia de una red o su colapso, lo cual no es aceptable. Además, hay que considerar que algunos servicios de salud no aceptan que las personas sean derivadas en su calidad de imputadas estando solo disponibles para terapias de pareja o de familia. Para hacer este trabajo, los fiscales recurren a la URAVIT, la Unidad de Regional de Atención a víctimas y testigos y en el caso de los defensores, estos recurren a la UAGD, Unidad de Apoyo a la Gestión de Defensa. Sin perjuicio de lo indicado, es importante que los jueces decreten la revisión y seguimiento de estos programas de intervención de autores de actos de violencia intrafamiliar, especialmente cuando los encargados de realizarlos son organizaciones no gubernamentales de mujeres.”⁴⁰

⁴⁰ PRIETO, Marcela. *Aplicación De La Ley N.º 20.066 De Violencia Intrafamiliar, Desde La Perspectiva Del Trabajo De Clínica Jurídica En Causas Cuya Víctima Es La Mujer*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

En este último punto se evidencia una falencia ¿Están efectivamente los jueces decretando la revisión y seguimiento de los programas de intervención de autores de actos de violencia intrafamiliar?

Respecto a las medidas cautelares, su idoneidad también estaría cuestionada, toda vez que se producen problemas con el reenvío que hace el artículo 15 en relación con el artículo 92 de la Ley 19.968, en el sentido de poder dictar el juez penal las medidas cautelares contenidas en dicho articulado. Particularmente en los números 3, 4 y 5, relativas a materias propias de familia. Todo ello repercute en mayores contiendas de competencia que sólo tienen como resultado la indefensión de la víctima a la hora de decretar estas u otras medidas cautelares.

La doctrina ha dicho que “puede señalarse que acá hay un problema de técnica legislativa. Si lo que se busca es la protección de la víctima ante las posibles amenazas de los agresores y el tribunal competente será el que señala el artículo 6 de la Ley N°20.066 de VIF el de que por sí se encuentra regulado en sus procedimientos por las normas del Código Procesal Penal, hubiese resultado del todo sencillo entregar completamente esa competencia a estos tribunales, evitando así repeticiones innecesarias.”

Ante lo anterior queda en evidencia la falta de perspectiva de género del legislador a la hora de definir los procedimientos para enfrentar la VIF. Lo que hace es sustraer del ámbito penal, en este caso del procesal penal, ciertas materias, o genera confusiones al respecto. No es categórico al decir que la violencia contra la mujer constitutiva de delito es competencia lisa y llanamente de los tribunales penales justamente por tratarse de un delito. Ella es la manera correcta de juzgarlo. Se afectan bienes jurídicos de particular transcendencia como son la vida e integridad física y psíquica. Dichos bienes requieren la correcta y oportuna reacción del ius puniendi estatal, sin dilaciones de ningún tipo, respetando el debido proceso de una manera acorde a las circunstancias. No un debido proceso que ignore las dinámicas de la VIF, recordando que está última tiene sus características propias: problema cíclico y de asimetría de poder entre las partes.

3. Prohibición de tenencia de armas

Se ha discutido si acaso el decomiso de las armas revestiría en estas causas una suerte de vulneración al derecho de propiedad sobre las mismas, sobre todo si ella se lleva a cabo sin notificación del afectado. La Corte Suprema se ha pronunciado al contrario diciendo que “(siendo la medida cautelar impuesta por la Sra. Jueza recurrida), una de las que expresamente la ley autoriza imponer, no puede sostenerse que con ella se vulnera el derecho de propiedad, pues por una parte la medida es transitoria y por otra la ley contempla expresamente en función de un interés superior interés superior como lo es la protección de la vida y la integridad física de la víctima, de modo que la de modo que la resolución que la decretó no es arbitraria ni ilegal ni, vulnera la garantía constitucional del derecho de propiedad.”⁴¹ Puede apreciarse como el juez hace uso de su potestad cautelar por expresa disposición de ley, haciendo una correcta ponderación de derechos.

4. Respecto a la orden de alejamiento

Se hace necesario recordar que las medidas cautelares decretadas en los casos de violencia intrafamiliar no buscan el objetivo tradicional de las medidas cautelares existentes en el proceso civil. Asegurar el resultado de la acción en cuanto exista la apariencia del derecho a tutelar, no es el fundamento de estas medidas, sino que tienen otra finalidad: “proteger a la víctima y a su grupo familiar, así como su subsistencia económica e integridad patrimonial, algo similar a lo que ocurre en materia penal”.⁴²

Para lo anterior, se le otorgan amplias potestades al juez civil, cuestión que ha sido criticada por parte de la doctrina que ve en ello una infracción al debido proceso. Es relevante señalar que el artículo 22 de la Ley N°19.968 exime al juez de su obligación de fundamentar la resolución que decreta las cautelares. En relación a la orden de alejamiento, algunos temen que se vulnere la garantía a un debido proceso respecto

⁴¹ CS, 19.05.2006. Rol: [1588-2006] Disponible en; [[⁴² CASAS, Lidia y VARGAS, Macarena \(2011\), Ob. Cit. p. 143.](https://westlawchile-cl.uchile.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc5000001602c598690ef414648&docguid=i0ADFABE1B1C92E8781B1069EDF12EB2D&hitguid=i0ADFABE1B1C92E8781B1069EDF12EB2D&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1BED7B7&searchFrom=&savedSearch=false&context=17&crumb-action=append&]</p></div><div data-bbox=)

a quien se dicta la cautelar, y que esta última se decrete “sin contar con mayores antecedentes que no sea el relato indiciario de la víctima y sin precisarse en las resoluciones una motivación suficiente que pueda explicar la situación objetiva de riesgo que ella enfrenta, así como la proporcionalidad y necesidad para prevenir eventuales nuevos ataques a la ofendida [lo que implica] en muchos casos una aplicación desigual y discrecional en su concesión, y que incluso en muchos casos llega a afectar la libertad personal y ambulatoria del denunciado o imputado o a su derecho a fijar el lugar de su residencia”.⁴³ ¿Se trata de un caso de tutela anticipada? ¿Se justifica? Recordemos que de acuerdo con el art. 7 de la Ley 20.066 puede dictarse también en caso de existir riesgo inminente. En este caso la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora se aprecian de otra forma, “en un caso de violencia o de riesgo inminente de sufrirla el parámetro clásico de la verosimilitud del derecho no parece ser apto para resolver el punto en tanto de una variable que ha sido pensada en relación a un juicio posterior en donde se establece si existe o no tal derecho.⁴⁴ Eso es algo que en estos casos se encuentra fuera de toda duda ya que el solicitante sí tiene un derecho a que su integridad física y psíquica se mantenga indemne⁴⁵.

Siguiendo este orden de ideas, hay que entender a la orden de alejamiento como una tutela preventiva, con una lógica distinta a las medidas cautelares existen en el proceso civil en general. “La potestad cautelar en la violencia intrafamiliar no rompe con la tradición cautelar en Chile, sino que explicita algo esperado de los jueces hoy en día: que tomen decisiones -arriesgadas, pero con fundamento- para contribuir a solucionar o al menos a paliar los efectos de un conflicto social muy complejo”.⁴⁶ Por lo que “estamos por primera vez en la legislación nacional frente al reconocimiento expreso de una potestad cautelar genérica del juzgador.”⁴⁷

⁴³ VARAS CICARELLI, Germán (2012), “La orden de alejamiento en la violencia intrafamiliar y la relevancia del consentimiento de la víctima en su quebrantamiento”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (Universidad Católica de Temuco), vol.3 N°1, p. 154.

⁴⁴ BORDALÍ, Andrés; Cortez, Gonzalo y Palomo, Diego (2013), Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, *Thomson Reuters*, Santiago de Chile, pp. 88-89.

⁴⁵ LARROUCAU, Jorge (2015), “La orden de alejamiento en la violencia intrafamiliar como tutela anticipada”. *Revista de Derecho de Familia, Volumen IV -N°8*, p. 28

⁴⁶ LARROUCAU, Jorge (2015), Ob. Cit., p. 32.

⁴⁷ LEPIN, Cristian. ARAYA, Ignacio. Potestad Cautelar del Juez de Familia. *Revista de Derecho de Familia. N°2-2014*, p. 106.

No obstante, las medidas cautelares en sede de familia no son importantes sólo por su contenido y alcances, sino también por el alto número que han alcanzado, teniendo que “en la judicatura familiar las cautelares superan a las decretadas en sede penal (49,2% vs 28%). Las más frecuentes son la prohibición de acercarse a la víctima que alcanza a un 15,7%, le sigue la combinación de ésta con la salida del hogar común con un 17,8 (y otras de variada índole (rondas periódicas, tratamientos, etc.) que en total llegan a un 15,7%.”⁴⁸

A pesar de que en términos de porcentaje sea menor la dictación de la medida en sede penal, es estrecha la relación con la prohibición de acercamiento y la salida del hogar común, siendo importante señalar que “las medidas cautelares solicitadas por las fiscalías y decretadas por los jueces de garantía no superan el 28% de los casos y consisten principalmente en la combinación de salida del hogar común más prohibición de acercamiento + firma del imputado que alcanza un 10,1%.”⁴⁹

Cabe decir respecto a lo anterior, que nuevamente se exhibe una radicación del conflicto en sede de familia, lo cual reitera el entender el problema desde la vereda de “esfera privada” del conflicto. Esto ya que, si bien es cierto que el juez de familia hace uso de su potestad cautelar para tutelar los derechos de la víctima, muchas veces se olvida el carácter penal del conflicto, relativizando el riesgo que supone para la víctima alguna conducta violenta.

5. Medida en discusión: monitoreo telemático

Es necesario mencionar que el Senado despachó a la Cámara la moción que permite utilizar una medida cautelar especial a favor de las víctimas de violencia intrafamiliar y faculta al tribunal a controlar su cumplimiento por medio del monitoreo telemático.

Se trata del boletín 9715-07 y busca dar un cumplimiento efectivo a las medidas cautelares y accesorias decretadas por el tribunal. “El sistema de supervisión electrónica podrá consistir en el monitoreo telemático (tobillera o pulsera electrónica), en una aplicación para teléfono móvil de botón de pánico, plataforma web u otra

⁴⁸ CASAS, Lidia y VARGAS, Macarena (2011), Ob. Cit. p. 144.

⁴⁹ Ibid.

tecnología análoga, que permita a la policía tomar conocimiento del quebrantamiento de la mencionada medida y otorgar el auxilio inmediato a la víctima.”⁵⁰

Se trata de una medida polémica pues para algunos representa una invasión excesiva de los derechos del agresor, mientras que para otros parece ser la solución frente al incumplimiento reiterado de las medidas cautelares y accesorias.

6. Medidas cautelares en el proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia

Existe un nuevo proyecto de ley, en el cual, “se introduce un nuevo inciso segundo al artículo 93 para establecer el expreso deber del tribunal con competencia en materias de familia de comunicar de inmediato, y por los medios más expeditos posibles, a Carabineros de Chile y al Ministerio Público, de las medidas cautelares decretadas. Además, según dispone el nuevo artículo 93 bis el tribunal deberá notificar de la medida cautelar al ofensor, debiendo cautelar que se resguarde la seguridad de la víctima, para lo cual podrá requerir el auxilio de la fuerza pública”. Se pretende entonces dar mayor seguridad en el cumplimiento de las medidas cautelares. Además, “los órganos competentes deberán entregar información a las mujeres acerca de las vías para denunciar el incumplimiento de las medidas cautelares, de protección, accesorias, de las condiciones de la suspensión del procedimiento y de las condiciones de la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva, que se hayan dictado en su favor”. Cabe preguntarse si esto es una especie de monitoreo de las medidas cautelares o sólo acceso a la información. El proyecto establece además deberes de protección del ministerio público, en particular a las víctimas, a través de la adopción oportuna de medidas de protección que no impliquen la restricción de derechos de terceros, como de la solicitud de dictación de medidas cautelares judiciales. En suma, se busca “garantizar de manera eficaz y oportuna la protección y seguridad de la mujer”.⁵¹

⁵⁰ Senado. Consulta en línea, disponible en: http://www.senado.cl/sistemas-electronicos-para-condenados-por-violencia-intrafamiliar-paso-a-prontus_senado/2017-04-11/191007.html

⁵¹ Cámara de Diputados, proyecto de ley. Consulta en línea [19.12.2017] disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11592&prmBL=11077-07

7. Otras medidas cautelares y accesorias

Las demás medidas cautelares y accesorias restantes no son abordadas en este capítulo pues son decretadas con menor frecuencia o son de índole civil. Finalmente es importante recordar que en sede de familia las cautelares superan a las decretadas en sede penal (49,2% vs 28%). Las más frecuentes son la prohibición de acercarse a la víctima que alcanza un 15,7%, le sigue la combinación de ésta con la salida del hogar común con un 17,8% y otras de variada índole (rondas periódicas, tratamientos, terapias, etc.) que en total llegan a un 15,7%. En materia penal, las medidas cautelares solicitadas por las fiscalías y decretadas por los jueces de garantía no superan el 28% de los casos y consisten principalmente en la combinación de salida del hogar común más prohibición de acercamiento + firma del imputado que alcanza un 10,1%.⁵²

8. Término de las causas

Respecto a la forma en que terminan las causas, los resultados de la investigación de Vargas y Casas cobran especial relevancia. Esto por cuanto revelan que del 100% correspondientes a 68.123 causas terminadas al año 2008, sólo el 52% concluyen mediante sentencias definitivas. En relación con la alta cifra de 68.123 causas terminadas, las autoras son de la opinión de que “dicha cifra incluye los casos terminados por suspensión condicional de la dictación de la sentencia, pues las estadísticas judiciales no incluyen esta categoría”. Se llega a esa conclusión luego de analizar los datos contenidos en el Servicio de Registro Civil e Identificación, en el cual se constata que las suspensiones superan casi en cinco veces (25.715) a las condenas (4.922), durante el período 2005-2009.

La situación descrita, a juicio de las autoras, puede deberse no sólo a una deficiencia en la recolección de datos por parte de la CAPJ, sino también a la reticencia de los jueces a enviar los antecedentes al Registro Civil, para que éste incluya al ofensor en el Registro Especial de Condenas. Sin embargo, más allá de esta situación de suyo

⁵² CASAS BECERRA, Lidia; VARGAS PAVEZ, Macarena. La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar. Revista de derecho (Valdivia), 2011, vol. 24, no 1, p. 144.

lamentable, es preocupante el alto número de suspensiones en la dictación de la sentencia.

Es importante analizar esta institución pues guarda estrecha relación con las medidas accesorias y cautelares decretadas en contexto VIF, pues muchas veces las condiciones impuestas son las mismas medidas mencionadas. Tienen en común, además, la falta de seguimiento y monitoreo tanto de las condiciones como de las medidas. Así, dentro del proceso pueden verse falencias que guardan similitudes a las que se generan una vez concluido éste.

9. Suspensión condicional como salida alternativa

La suspensión condicional en la dictación de la sentencia ha sido criticada por gran parte de la doctrina, por cuanto tiene elementos que la asemejan con una conciliación o mediación. El art. 96 de la Ley 19.968 establece una serie de requisitos que suponen la existencia de un consentimiento libre por parte de la víctima, así como la existencia de una igualdad entre partes. El inciso segundo del artículo mencionado incluso faculta al tribunal para derivar a las partes a mediación si “el tribunal tiene seguridad que las partes están en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad” ¿Realmente puede llegar a este convencimiento el tribunal? ¿Puede decirse que en estos casos existe capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad? Al respecto, Arturo Klenner ha señalado que “es precisamente lo que suele no existir en las dinámicas de violencia intrafamiliar, razón por lo cual su incorporación en un procedimiento que procura la sanción de actos de violencia intrafamiliar no resulta del todo coherente”. Por otro lado, se estipula por el artículo ya mencionado, que otro de los requisitos para hacer procedente la suspensión es, “que el denunciado o demandado reconozca ante el Tribunal los hechos que se le reprochan.”. Al respecto el autor ya citado bien señala que, “el mismo hecho, puede concluir con una suspensión condicional si el denunciado o demandado reconoce los hechos, sin perjuicio de que tal aceptación fáctica pueda ser meramente instrumental”.

Estas deficiencias en la legislación actual son consecuencia no sólo de una mala técnica legislativa, sino de una incompreensión del fenómeno de la violencia de género

presente casi en la totalidad de los casos de violencia intrafamiliar. En “respuesta estatal a la violencia intrafamiliar”, luego de la revisión de carpetas, se llega a la conclusión de que “la mayoría de las víctimas son mujeres, tanto en sede penal (88,5%) como en sede familiar (95%) cuyas edades fluctúan entre 30 y 47 años. Si bien en ambas jurisdicciones se registran denuncias de hombres, de acuerdo con la información recabada, éstos suelen ser maltratados por otros hombres, ya sean hermanos, yernos o padres”.

La conducta violenta del hombre por sobre la mujer, sus causas y consecuencias, son algo que no puede ser obviado por el legislador. Alessandro Baratta, ya citado, realiza un acertado al análisis al establecer la relación del derecho penal con el orden público y con el privado. Nos dice que “la esfera de la reproducción, del intercambio sexual de una pareja, de la procreación, de la familia y de la socialización primaria, en otras palabras, el orden privado, no es objeto del control ejercido por el derecho penal, es decir, el poder punitivo público. El sistema de control dirigido exclusivamente a la mujer (en su papel de género) es el informal, aquel que se realiza en familia. Ese mismo sistema es ejercido a través del dominio patriarcal en la esfera privada y ve su última garantía en la violencia física contra las mujeres”. Lo planteado por Baratta puede verse claramente evidenciado en el estudio de Casas y Vargas, cuando se constata que, en sede de familia, “la violencia psicológica es la manifestación de más alto ingreso con un 43,7%, la cual consiste en insultos y humillaciones con expresión de afectación psicológica para las personas que denuncian.” Más revelador aún son los relatos de los partes policiales y las denuncias, pues “trasuntan las construcciones genéricas que están a la base de los roles y las jerarquías familiares con expresiones tales como “no servís p’a la cama”, “soi mala madre”, “eres tonta, guatona, chancha”. Estas humillaciones tienen por objetivo mantener a la fuerza el estatus quo de subordinación que históricamente ha sufrido la mujer.

En sede penal, la suspensión condicional del procedimiento también alcanza un alto porcentaje, teniendo que para el año 2009 un 31,9% de las causas de violencia intrafamiliar terminó de esta forma ¿Qué condiciones se imponen? Casas y Vargas, luego de analizar las carpetas, llegan a la conclusión de que “la salida del hogar en

conjunto con la prohibición de acercamiento de la víctima es la combinación más frecuente (58,1%) seguida por la prohibición de acercamiento más fijación de domicilio (47%) y casi un 10% de las condiciones corresponde a lo que hemos denominado “pactos de no agresión” como, por ejemplo, el compromiso del ofensor de no reiterar conductas violentas.” Puede apreciarse como nuevamente no se entiende el desequilibrio, ahora por el juez penal, que existe entre las partes del conflicto.

Debido a lo anterior, es que las salidas alternativas deben tomarse de manera fundada, considerando los riesgos que existen para la víctima y realizando un efectivo seguimiento de las condiciones impuestas al ofensor. Tanto en sede civil como en sede penal, debe abandonarse el criterio de recomposición del núcleo familiar por sobre la efectiva protección de la víctima y la condena al ofensor. Si se dictan condiciones, ellas deben ser monitoreadas, pues no tiene sentido optar por una salida alternativa si es que no se asegura un cumplimiento de la misma. Sobre todo, en relación con la orden de alejamiento se hace urgente la existencia de una institución o funcionario encargado de ello. Al respecto se ha señalado por la doctrina que “como existe una promesa legal de implementar programas de prevención y asistencia en el marco de la violencia intrafamiliar (art.3, Ley N°20.066) cabe insistir en la necesidad de que uno de esos programas esté a cargo de un funcionario encargado de vigilar el cumplimiento de estas órdenes”.

Capítulo 3

Cumplimiento e incumplimiento de las medidas cautelares/accesorias. Consecuencias del incumplimiento. Casos paradigmáticos de incumplimiento.

En este capítulo se hará referencia al efectivo cumplimiento e incumplimiento de las medidas cautelares y accesorias aplicadas en contexto VIF. ¿En qué se está fallando? ¿Cuáles son las consecuencias de tener un sistema defectuoso? ¿Qué operadores jurídicos no están dando la adecuada respuesta que esta problemática social necesita?

En primer lugar, hay que hacer mención a aquellas medidas dictadas por el Centro de Medidas Cautelares. Este centro funciona para los cuatro Tribunales de Familia de Santiago. Sus objetivos, competencias y composición, fueron determinados mediante Auto-Acordado de la Corte Suprema del año 2010, (Acta N°135-2010).

El propósito del centro de medidas cautelares está definido en el artículo cuarto del auto-acordado y corresponde al de “implementar un modelo de gestión que permita concentrar operativamente en un solo lugar el conocimiento de las medidas cautelares en carácter de urgente, así como el conocimiento y resolución de las demás materias a que se refiere el artículo 5, permitiendo el uso eficiente de recursos conjuntos, la generación y el mantenimiento de experticias que garanticen la eficiencia del proceso y la optimización de la calidad del servicio, para lo cual se hará cargo de la evaluación y resolución de los asuntos de su competencia decretando las medidas cautelares que en carácter de urgente correspondan.”⁵³

Aquellas materias del artículo 5 corresponden a la competencia funcional del centro. Corresponderá al Centro conocer de las siguientes materias y asuntos:

- 1.- Las medidas cautelares de carácter urgente en materias de protección, violencia intrafamiliar e infraccional.
- 2.- Las audiencias preparatorias, de juicio y de revisión de medidas en materias de protección, violencia intrafamiliar e infraccional.
- 3.- El despacho en las causas de protección, violencia intrafamiliar infraccional, en tramitación y afinadas.
- 4.- Las demandas de entrega inmediata, con excepción de las que digan relación con la Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños y de las audiencias preparatorias que sea necesario programar, en cuyo caso el conocimiento y resolución de estos asuntos corresponderá al tribunal respectivo.

⁵³ Auto Acordado del Centro de Medidas Cautelares de los Cuatro Tribunales de Familia de Santiago. Biblioteca del Congreso de Chile. Acta N° 135-2010.

5.- La coordinación de las visitas a establecimientos residenciales, conforme lo señala el artículo 78 de la Ley N.º 19.968, a través de un procedimiento objetivo y general; y

6.- La coordinación con las mesas intersectoriales, redes públicas y privadas que trabajan con la infancia y la adolescencia.

Como puede apreciarse, lo que se busca es contar con un órgano de carácter autónomo y especializado capaz de resolver de manera eficiente y coordinada las solicitudes de medidas cautelares y materias afines. Todo ello con el objetivo de agilizar el proceso, atendida la especial gravedad que supone la dictación oportuna de las medidas cautelares decretadas en contexto VIF. Cabe preguntarse si se está dando un *“uso eficiente de recursos conjuntos”*, con la correspondiente *“generación y el mantenimiento de experticias que garanticen la eficiencia del proceso y la optimización de la calidad del servicio”*.

La RAE define eficiencia como *“capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”*.⁵⁴ Dicha definición se condice con los objetivos perseguidos y además con las políticas públicas del Ministerio Público, por ejemplo, en el caso de las metas por rendimiento. Se echa de menos por lo tanto que el uso de los recursos definido por el Autoacordado no sólo hubiese sido “eficiente” sino también “eficaz”. Este último concepto implica la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.

Es este último concepto el que debiese ser el norte a la hora de definir propósitos y objetivos. La eficiencia, no acompañada de la eficacia, se desnaturaliza y pierde su razón de ser. Además, con respecto a las medidas cautelares, es evidente que lo más urgente es justamente la capacidad de lograr el efecto, pues ello supone poner en resguardo los derechos de la víctima. En suma, no se obtiene nada disponiendo de los recursos sino se consigue la eficaz tutela que el Estado está obligado a brindar.

⁵⁴ Real Academia de la Lengua Española. Consulta en línea [05.10.2017] Disponible en [<http://dle.rae.es/?w=eficiencia>.]

Respecto a la composición del Centro de Medidas Cautelares, ésta se encuentra detallada en el título II, arts. 9 y siguientes del Auto-acordado ya citado. El centro está integrado por:

- 1.- Un juez y un consejero técnico coordinador.
- 2.- Doce jueces, doce consejeros técnicos y ocho funcionarios de dotación de los Juzgados de Familia de Santiago.
- 3.- Un administrador.
- 4.- Veinticinco funcionarios administrativos.
- 5.- Un consejero técnico.
- 6.- Dos jefes de unidad.
- 7.- Un administrativo jefe.

El centro depende en lo funcional de la Corte de Apelaciones de Santiago, en lo administrativo de la Corporación Administrativa del Poder judicial y está bajo la supervisión del ministro encargado de la Unidad de Apoyo a la Reforma de Familia de la Corte Suprema.

Tanto al juez coordinador como el consejero técnico coordinador le asisten una serie de deberes de importancia. El primero tendrá a su cargo la dirección del Centro, mientras que el segundo asesorará especialmente al juez coordinador en todas las materias que le son propias. No es obligatorio para los magistrados ser jueces del centro, es un mecanismo voluntario. Es necesario destacar que el juez coordinador será designado por la Corte Suprema de entre los jueces con dedicación preferente, a propuesta del ministro encargado de la Unidad de Apoyo a la Reforma de Familia de este tribunal, a más tardar el 31 de enero de cada año.

Se observa que en la composición de los tribunales que se desempeñen en el centro no se exige capacitación en materias de género, cuestión preocupante siendo que la mayor parte de las medidas decretadas son con el objeto de tutelar los derechos de la

mujer. También se puede apreciar el carácter de derecho de familia que tiene este centro, obviando la naturaleza penal que muchas veces adquiere la VIF.

Respecto que, para los consejeros técnicos, su labor es fundamental, pues deben orientar al tribunal, contener a la víctima, y sugerir las medidas cautelares a decretar. El trabajo es bastante complejo pues supone informar a las víctimas acerca de los alcances del procedimiento. En ese momento es cuando muchas (la mayor parte de ellas mujeres) decide desistir del proceso, pues no quiere una condena para el agresor. En palabras de ellos *“no estamos hablando de cualquier trámite, es un trámite que llega con mucha emoción, angustia, están sobre alterados muchas veces, muy alertas y muy temerosos, las víctimas, eso creo que es de los problemas más importantes.”*⁵⁵

Lo anterior guarda estrecha relación con el carácter cíclico de la VIF. Tal como señala Leonor Walker, de las tres fases en que podemos identificar la presencia de violencia contra la mujer, es en la del “aumento de la tensión” (primera etapa) y en la del “arrepentimiento y el comportamiento cariñoso” (tercera etapa) donde la mujer puede desistir de la condena para el agresor y en consecuencia no denunciar.⁵⁶ La primera porque la mujer tiende a minimizar el daño, negándolo y creyendo en que pasará pronto; en la fase de arrepentimiento las razones van por el lado afectivo, se está en una “luna de miel” en la cual el agresor intenta convencer a la víctima de la no reiteración de los hechos de agresión.

Sin embargo, los principales problemas detectados en este nivel no sólo comprenden el aspecto emocional, sino también la falta de un monitoreo de las medidas cautelares decretadas y la no aplicación del “Protocolo de Protección Inmediata Para Mujeres Víctimas de Violencia Intrafamiliar en Contexto de Pareja. Pauta Unificada de Evaluación Inicial de Riesgo”, creado el año 2016.

⁵⁵ Entrevista a Consejero Técnico (2) de Centro de Medidas Cautelares, 1 de junio de 2017, 3.30 p.m., Santiago de Chile.

⁵⁶ Las tres fases son: 1 Aumento de la tensión. 2 incidente agudo de agresión. 3 Arrepentimiento y comportamiento cariñoso. Véase “Protocolos para la Atención de la Violencia Sexual y/o doméstica en el Departamento de Medicina legal” Consulta en línea [06.10.2017] Disponible en : <file:///C:/Users/Juan%20Pablo/Downloads/ProtocoloAtencionVictimasMedicinaLegal.pdf> .

Dicha pauta tiene como objetivo general “establecer lineamientos básicos para la adopción de acciones y procedimientos coordinados entre el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, el Ministerio Público, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile, en los casos de mujeres víctimas de Violencia Intrafamiliar, que tengan o hayan tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él, o tengan un hijo o hija en común con éste, cuya situación se ha conocido por denuncia y/o situación de flagrancia, contribuyendo a brindarles una protección oportuna y efectiva.”⁵⁷ Se establecen niveles de riesgo, bajo, medio y alto y en razón de ello se procede a otorgar una u otra medida.

La no aplicación de la pauta por parte de los organismos mencionados determina una desprotección de la víctima, generándose un desorden a la hora de tutelar los derechos vulnerados de la misma. Puede apreciarse, además, que se supedita la aplicación de la pauta a la existencia de una relación de pareja actual o previa, sin considerar que la violencia de género puede presentarse sin necesidad del vínculo.

Con relación a la existencia de un monitoreo de las medidas, los consejeros responden “*No. Los plazos deberían ser más breves, pero entre que se dicta la medida cautelar y se cita a audiencia, no hay un órgano que fiscalice. El tribunal puede dictar un apercibimiento, a carabineros también*”⁵⁸. Esta situación es de suyo grave pues transforma en derecho simbólico a las medidas cautelares, al no tener una correcta verificación de su cumplimiento, ni un órgano especializado encargado al respecto.

Sumado a lo anterior, se añade la falta de capacitación integral de los consejeros técnicos en materias de género. Sólo existirían capacitaciones generales y externas a la institución. En palabras de ellos mismos “*la mayoría de las capacitaciones que he visto son externas y coordinadas por nosotros para que vengan a capacitarnos.*” “*El poder judicial sí tiene capacitaciones, pero uno la escoge entre distintas otras materias. Son materias de familia, pero no necesariamente relativas a violencia o protección de*

⁵⁷ Pauta Unificada De Evaluación Inicial De Riesgo

⁵⁸ Entrevista A Consejero Técnico (1) De Centro De Medidas Cautelares, 24 De Mayo De 2017, 4.00 P.M., Santiago De Chile.

víctimas.”⁵⁹ No se exige capacitaciones en materias de género, sólo en materias de Familia o Infancia. Puede apreciarse como estos requisitos no se sujetan a los estándares mínimos exigidos en materia de derechos humanos para las mujeres.

1. Problemas en la evaluación de medidas cautelares

Aún no se utiliza por todos los operadores la pauta unificada de riesgo del SERNAMEG. Al contrario, se aplican criterios dispares que generan confusión al momento de evaluar los riesgos. Al preguntársele a los consejeros técnicos por los instrumentos utilizados, responden *“cuando la denuncia viene de carabineros, ellos usan una pauta de riesgo, que está estandarizada entre comillas, hay matices pequeños, en algunas denuncias de carabineros. Cuando viene la víctima directamente se usa otra pauta de riesgo, que se asemeja a la que entregó en su momento el SERNAM. Ahora, debido a esa pauta de riesgo, también cuando vienen al tribunal a hacer la denuncia, el consejero técnico hace otro despeje o pauta de riesgo, que es ver en el sistema causas anteriores, situaciones asociadas a violencia o delitos que puedan entregar un perfil más amplio del perfil del denunciado. Además, cuando vienen al piso 10 del centro de medidas cautelares directamente, se aplica una pequeña entrevista, que no es estructurada, que es un relato. Vas despejando. Se visualiza si va a pasar a audiencia. Cuando se hace por parte policial, el centro de medidas cautelares recibe el parte físicamente y pasa al área de partes, donde despejan causas por violencia y por causas proteccionales, también infractores inimputables. Pero las causas por VIF, en ese primer despeje de urgencia, es llamar por teléfono a la víctima haciendo el mismo despeje: extracto de filiación, de antecedentes anteriores y sistema penal, se ve el relato con lo que hay en el parte (llama el consejero). Al final se asigna una puntuación y un resultado: alta gravedad o baja gravedad, en términos de riesgo vital”*.

Respecto a la afectación por riesgo psicológico responden que “la afectación emocional se puede asimilar de mejor manera cuando la víctima viene a hacer la denuncia al tribunal. La entrevista te permite visualizar indicadores de afectación que

⁵⁹ Entrevista a Consejero Técnico (1) de Centro de Medidas Cautelares, 24 de mayo de 2017, 4.00 p.m., Santiago de Chile.

tienen un correlato con los hechos denunciados, indicadores de temor de angustia, por ejemplo. En la entrevista tú puedes despejar, pero eso pasa por miles de factores”. Con relación a la necesidad de unificar las pautas responden “*no creo que sea apropiado unificar las pautas de riesgo, pues, por ejemplo, Carabineros, no tiene por qué tener la expertise*”.⁶⁰

Las juezas de familia por su parte han dicho “desconocer cuál es esa pauta. Tal vez los de la demanda o los de las partes. El tema es que no es unificada, porque los partes vienen con una pauta del parte y en otras comisarías viene además adicionada con otra pauta de fiscalía. No hay pauta unificada, si la hay no la están aplicando. No la aplica carabineros, sólo algunas comisarías que fiscalía les dice que las apliquen. El riesgo lo califica el juez, el consejero recomienda”⁶¹. En el ministerio Público es otra la respuesta al indagar si están ocupando la pauta unificada de evaluación de riesgo. “Si, si, totalmente. Sí, funciona bien, de hecho, cuando no está, tenemos que mandar a pedirla, cuando no se ha hecho. Ahora, el tema es que casi todo viene riesgo medio o alto, riesgo bajo parece que no existe. Pero sí, se utiliza, incluso yo la cito en mis alegaciones y para el tribunal también es importante.”⁶²

Queda en evidencia de lo dicho por los organismos respectivos que existen problemas institucionales en el Centro de Medidas Cautelares, ello por cuanto no existen criterios claros de actuación ni de evaluación del riesgo, se realiza de una manera muy casuística. Se llega a decir que Carabineros no tendría por qué tener “expertise” en el tema, siendo que muchas veces son los primeros operadores jurídicos ante los cuales la víctima se ve enfrentada.

Todo lo anterior tiene como consecuencia una incerteza jurídica y desprotección de la víctima, ya que no sabe a qué atenerse, ni por cuantos procesos de evaluación va a tener que pasar para configurar el riesgo. Además, el hecho de que ser Juez o Jueza del Centro de medidas cautelares sea voluntario, incide en que no exista una capacitación obligatoria en materias de género. Lo anterior puede concluir en una poca

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Entrevista a Jueza de Familia (3), Centro de Medidas Cautelares, 24 de mayo de 2017, 15.00 p.m., Santiago de Chile.

⁶² Entrevista a Fiscal del Ministerio Público (1), 27 de junio de 2017, 10.30 a.m., Santiago de Chile.

capacidad de evaluar riesgo, potencial revictimización de la víctima, y en una conclusión errada en cuanto a las medidas cautelares a aplicar.

2. Problemas en su notificación y seguimiento

Respecto al tema del seguimiento es necesario mencionar lo dicho por el ministerio público. Las medidas cautelares “*son efectivas, pero, no son tan preventivas, porque, porque ellas actúan después de que la víctima ha sido nuevamente agredida, es decir, una prohibición de acercamiento no es supervisada por nadie. ¿Quién es la única persona que da cuenta de su cumplimiento o incumplimiento? La víctima ¿Cuándo da cuenta del cumplimiento? Cuando ya se metieron a la casa, cuando la golpearon, la amenazaron, llaman a carabineros, lo toman detenido por lesiones o amenazas y, además, por desacato. Y ahí el sujeto eventualmente puede quedar privado de libertad, eventualmente. A veces tienen que pasar dos desacatos para que el tribunal se convenza y deje a los sujetos privados de libertad. No hay mucho apoyo del poder judicial en eso, el poder judicial, la mayoría, al primer desacato a los sujetos los deja en libertad pese a que pedimos prisión preventiva, y la Corte confirma, que es lo peor.*”⁶³ Puede apreciarse cómo los operadores jurídicos no dimensionan la gravedad del problema, pasando por alto las características cíclicas de la Violencia Intrafamiliar, sin ponderar de manera pertinente a las circunstancias del caso.

Lo anterior conlleva a que existan bajas condenas por el delito de desacato. Sin embargo, la falta de criterio de los operadores jurídicos no es la única razón, hay problemas de índole procesal que dicen relación con la notificación. “Dónde está el problema, el problema está en la notificación. El tribunal de familia ordena a carabineros que notifique al imputado, esa notificación adolece de una cantidad de formalidades que hace imposible que nosotros logremos probar en el tribunal que ese sujeto entendió y comprendió a cabalidad la orden de que no podía acercarse a la víctima, que no entendió, cuáles eran las consecuencias”. El problema central es que

⁶³ Ibid.

“no hay acta de notificación, estas notificaciones que hace carabineros son a mano alzada, no se deja constancia a veces del nombre del carabinero que la notificó, no se deja constancia de la entrega de actas, no se deja constancia de que se le leyó”. Las bajas condenas se explicarían entonces porque los imputados alegarían no haber entendido los efectos del incumplimiento de la medida cautelar al momento de notificársele. El tribunal desestima entonces el delito de desacato por aspectos de forma más que de fondo. El Fiscal propone como solución *“que trabajemos con carabineros para hacer un acta, un acta de notificación, que ellos la trabajen, así como tenemos acta de lecturas de derechos, acta de registro, etc. Que trabajen un acta de notificación de medidas cautelares cosa que cuando le llegue una de garantía o de tribunal de familia, ellos llenen esa acta, con todas las formalidades y requisitos que se necesitan, y de esa forma creo que podríamos lograr mayores condenas en desacato”*.⁶⁴

Lograr mayores condenas en desacato es una tarea pendiente, ello guarda relación con el correcto monitoreo de las medidas cautelares decretadas, así como con el espíritu de la ley 20.066. Hay que recordar que lo que se pretendió con el artículo 10 de la citada ley relativo a las sanciones en caso de incumplimiento, fue justamente no dejar en la impunidad los mecanismos que vendrían a prevenir la violencia intrafamiliar, principalmente aquella dirigida contra las mujeres. No dar cumplimiento al mandato del legislador es desnaturalizar la norma y no ver la problemática según los estándares internacionales mínimos en la materia. Estándares que promueven actuar de manera previa, intersectorial, coordinada y organizadamente entre las distintas instituciones involucradas en la materia. De lo contrario se genera un caos de competencias, de pautas confusas y dispares, de procedimientos aislados y discontinuos, que sólo tiene como resultado una desprotección en los derechos de la mujer.

⁶⁴ Ibid.

3. Casos paradigmáticos de incumplimiento

Se señalarán tres casos paradigmáticos de incumplimiento de medidas cautelares, en los que las afectadas terminaron muertas (femicidio).⁶⁵

| | | | |
|---------------------------|---|--|--|
| Fecha | 16-01-2017 | 01-05-2017 | 05-06-2017 |
| Lugar | Maipú | Cañete | Padre Las Casas |
| Región | Metropolitana | Bio Bio | Araucanía |
| Nombre | Camila Yáñez Briceño | Daisy Ester Millahual Parra | Betzy Castro Bravo |
| Edad | 28 | 25 | 17 |
| Ocupación | | Educadora de párvulos | |
| Nacionalidad | Chilena | Chilena | Chilena |
| Hecho | Encontrada en la tina de su casa. Pareja llama a la PDI, quienes le imputan el hecho por tener orden de alejamiento | Ahorcamiento y golpe en la cabeza, tras amarrarla a un árbol | Arma blanca y quemada junto a su madre y hermano |
| Tipo Femicidio | Íntimo | Íntimo | íntimo |
| Femicida | Medios no lo informan | César Fernández Toledo | Luis Torres Cañoles |
| Edad | | 34 | |
| Relación | Ex pareja | Ex pareja | Ex padrastro |
| Suicidio | No | Sí | No |
| Nacionalidad | Chileno | Chileno | Chileno |
| Antecedentes | Tenía Prohibición de acercamiento cautelar- de | Tenía Medida Cautelar | Tenía orden de alejamiento, pero visitó la casa para celebrar cumpleaños de hija común de 2 años a la que se llevó después de prender fuego a la casa. |
| Situación judicial | Prisión preventiva | Prisión Preventiva | Prisión Preventiva |
| Categoría delito | Femicidio | Femicidio | Femicidio |

⁶⁵ Antecedentes y registros disponibles en “Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres”. Consulta en línea [09.10.2017] Disponible en: [<http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/registro-de-femicidios/>]

En los tres casos señalados existían medidas cautelares decretadas, ya sea prohibición de acercamiento u órdenes de alejamiento. ¿Qué ocurrió? Las medidas fueron quebrantadas, con las trágicas consecuencias que ello significó. Las razones pueden ser muchas, pero principalmente se evidencia una falta de seguimiento y monitoreo de las mismas. ¿Se realizaron las rondas policiales? ¿Se mantuvo un contacto telefónico directo y constante con la víctima? ¿Se siguió lo ordenado en el oficio FN N°792/2014?

Respecto a lo último hay que recordar que “los fiscales deberán siempre ocuparse de reforzar la protección de la víctima, solicitando nuevas cautelares o la sustitución de las medidas incumplida por otra que resulte más idónea para la protección de aquella”⁶⁶. En este sentido la prisión preventiva podría haber sido una solución más conveniente. Ello tendría más coherencia con el carácter penal de este tipo de conflictos. Recordemos que se afectan bienes jurídicos de suma trascendencia, como son la vida y la integridad física y psíquica, por ello ante la menor sospecha debió aumentarse la severidad de la medida. No hacerlo de esta forma implica continuar con la lógica de mantener la violencia machista en la impunidad de la esfera privada en la que domina el sistema patriarcal.

Lo anterior se hace difícil si no hay cómo dimensionar el riesgo bajo el cual se encuentra la víctima. Ello puede tener relación con falta de recursos o con la falta de seguimiento ya mencionada. Esta última podría verse solucionada con el brazalete telemático actualmente en tramitación, o con el endurecimiento de las penas respecto al delito de desacato. Esto ya que el desacato en estas materias puede ser fatal, como se aprecia en los antecedentes expuestos.

⁶⁶ Ministerio Público. Oficio FN N°792-2014.

Conclusiones

De lo expuesto en la presente tesis, queda en evidencia una serie de cuestiones:

1. Es necesario disminuir la cifra negra respecto a los casos de VIF. Ello supone la realización de estudios cuantitativos y cualitativos. La necesidad radica en el hecho de que es imposible acercarse (e intentar solucionar) un problema sin tener datos precisos que den cuenta de la gravedad del conflicto.
2. La ley 20.066 si bien representa un avance en relación con la ley 19.325, no tiene en consideración la cuestión del género. Se refiere en términos amplios a “Violencia intrafamiliar” sin asumir que la mayor parte de esta violencia es dirigida en contra de mujeres, por parte del hombre. Se pasa por alto entonces la manifestación concreta de un sistema patriarcal en esta materia.
Además, la ley 20.066 todavía da paso a lógicas terapéuticas y de recomposición familiar. Se las puede apreciar tanto al interior del proceso como fuera de éste. Así, en el primer caso la derivación a un programa terapéutico no es, muchas veces, la solución adecuada al problema. Fuera del proceso, estas lógicas se manifiestan tanto en la suspensión condicional del procedimiento en sede penal, como en la suspensión condicional de la dictación de la sentencia en sede de familia.
3. Analizadas las medidas en particular, puede apreciarse que muchas son de índole penal, siendo que ya existían medidas muy similares en el código procesal penal. Puede apreciarse cómo se sustrae el ámbito penal la violencia de género, y se la relega a un problema familiar, trasladándolo de la esfera de lo público a lo privado. Esto es un problema no sólo de fondo sino también de eficiencia y eficacia. Sobre todo, respecto a la orden de alejamiento, a la salida del hogar común, a la prohibición de acercamiento, y a las terapias de rehabilitación para el agresor. Esto por cuanto no se observa un ente fiscalizador de estas medidas y además algunas, como las terapias, difícilmente funcionan sin la voluntad del sometido a tratamiento.

4. Con respecto al incumplimiento de las medidas cautelares es posible identificar problemas de índole procesal. Existe una falta de sistematización de la notificación de la medida cautelar por parte de Carabineros. “No existe acta de notificación ni se deja constancia a veces del nombre del carabinero que la notificó, no se deja constancia de la entrega de actas, no se deja constancia de que se le leyó”⁶⁷. Esto repercute en bajas condenas por el delito de desacato y transforma a la medida cautelar en un mecanismo indiferente para el agresor.
5. A juicio de algunos operadores jurídicos, Carabineros no tendría por qué tener la expertise ni estar capacitados en materias de género. Esta cuestión es grave pues carabineros es muchas veces la institución ante quien se dirige la víctima como primera actuación, por lo tanto, resulta del todo lógico que sí esté preparada en materias de género, para poder acoger la denuncia de manera oportuna e idónea.
6. Se aprecian serios problemas estructurales e institucionales en el Centro de Medidas Cautelares. Existe disparidad de criterios a la hora de calificar el riesgo. Algunos se guían por el artículo 7 de la ley 20.066, otros por pautas defiscalía, algunos por los resultados de la entrevista presencial con la víctima, sin darse aplicación a la pauta unificada de SERNAMEG. Lo anterior incide en una falta de protección de la víctima, pues se afecta la certeza jurídica. Para algunos cierta situación es riesgo alto, mientras que para otros es riesgo medio, y así. Dicha situación no puede seguir ocurriendo.
7. No existen estadísticas ni registro adecuado respecto al incumplimiento de las medidas cautelares. Como consecuencia de ello se aprecia, por un lado, una imperceptibilidad del problema en su totalidad, y por otro, (es necesario reiterarlo) bajas condenas respecto al delito de desacato. No existe una institución encargada de realizar el necesario seguimiento y monitoreo de las medidas cautelares/accesorias decretadas. Las consecuencias de ello pueden ser fatales, como pudo ser visto en el capítulo tercero.
8. El Estado de Chile no está cumpliendo con los estándares mínimos de protección de los Derechos Humanos de la mujer. Existe una suerte de derecho

⁶⁷ Entrevista a Fiscal del Ministerio Público (1), 27 de junio de 2017, 10.30 a.m., Santiago de Chile

simbólico que no alcanza a concretarse en tutela efectiva y eficaz para la víctima. Faltan estadísticas, seguimiento y monitoreo de las medidas decretadas, capacitación en materia de género para los operadores jurídicos del sistema, tanto a nivel judicial, como respecto a los auxiliares en la administración de justicia.

9. Finalmente, es necesario destacar que el problema debe ser enfrentado de una manera coordinada e intersectorial entre las diversas instituciones y la sociedad civil. Los aportes estadísticos debiesen estar en una misma base en la cual los agentes vayan actualizando el sistema. Por su parte los criterios de actuación debiesen seguir directrices comunes e idóneas. Sólo así mejorarán las políticas públicas de prevención y erradicación de la violencia de género, lo cual incide directamente en dotar de mayor eficacia y eficiencia a las medidas cautelares y accesorias aplicadas al respecto.

Debe crearse al respecto una institución que fiscalice el cumplimiento de las medidas accesorias/cautelares aplicadas en contexto de violencia intrafamiliar, para dar cumplimiento con lo establecido en los artículo 3 y 4 de la ley 20.066, vale decir “e) *Adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales suscritos por el Estado de Chile*” y “Art. 4...El Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, deberá por su parte “b) *Recomendar la adopción de medidas legales, reglamentarias o de otra naturaleza para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar*”.

Bibliografía

- BARATTA, Alessandro. El paradigma del género: Desde la cuestión criminal a la cuestión humana. En Responsa iurisperitorum digesta. Ediciones Universidad de Salamanca, 2000. p. 199-242.
- CASAS BECERRA, Lidia; VARGAS PAVEZ, Macarena. La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar. Revista de derecho (Valdivia), 2011, vol. 24, no 1, p. 133-151.
- Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. El derecho a vivir una vida libre de violencia. Santiago de Chile. 2007
- DÍAZ, Myrna Villegas. Enseñanza del derecho en Chile y enfoque de género: Una necesidad urgente. Enseñanza, 2011, vol. 5, no 1.
- GONZÁLEZ BERENDIQUE, Marco. Criminología (2 Vols). Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1998
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena. Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género. Revista de derecho (Valdivia), 2013, vol. 26, no 2, p. 219-243.
- HUNTER AMPUERO, Iván. Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de Familia. Revista de derecho (Valdivia), 2007, vol. 20, no 1, p. 205-229.
- JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica. Violencia contra la pareja en la justicia penal. Mayores penas, mayor violencia. Librotecnia, 1ª. Ed. Santiago, Chile. 2011
- KLENNER GUTIÉRREZ, Arturo. La suspensión condicional de la dictación de la sentencia en el procedimiento de violencia intrafamiliar. Revista de Derecho de Familia, 2015, Volumen III. p. 109-120.
- LARROUCAU TORRES, Jorge. La orden de alejamiento en la violencia intrafamiliar como tutela anticipada. Revista de Derecho de Familia, 2015 Volumen IV -Nº8, p. 23-34.
- LEPIN MOLINA, Cristián. Potestad cautelar del juez de familia. Revista de Derecho de Familia, (Santiago) 2014, Nº2, pp. 103-130.

- NASH ROJAS, Claudio, et al. Protocolo de actuación para operadores de justicia frente a la violencia contra las mujeres en el marco de las relaciones de pareja. Centro de Derechos Humanos, 2011.
- TOLEDO VÁZQUEZ, Patsilí. Las mujeres como sujetos del derecho penal, en Oyarzún, K. (Comp.) Sujetos y actores sociales: reflexiones en el Chile de hoy. Gráfica LOM. 2011.
- VARAS CICARELLI, Germán. La Orden de Alejamiento en la Violencia Intrafamiliar y la Relevancia del Consentimiento de la Víctima en su Quebrantamiento. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, 2012, vol. 3, no 1, p. 149-175.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna. El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado. Política criminal, 2012, vol. 7, no 14, p. 276-317.

Otros

Fuentes oficiales

- Ministerio Público. Oficio FN N°792-2014 y Oficio FN N° 111- 2010. Disponibles en: [<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=10>].
- Ministerio Público. Boletines Anuales del Ministerio Público (años 2005 a 2015). Disponibles en: [<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do?d1=20>].
- Instituto Nacional de Estadísticas. Informe Anual de Carabineros (Años 2005 a 2015). Disponible en: [<http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/informe-anual-de-carabineros>].

Informes de fuentes no oficiales

- Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres. Registro de femicidios, disponible en: [<http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/registro-de-femicidios/>]

Textos legales de Derecho Nacional

- Ley N°20.066. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 7 de octubre de 2005.
- Ley N°19.968. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de agosto de 2004.
- Código Procesal Penal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de octubre de 2000.

Textos legales de Derecho Internacional

- Convención Interamericana. Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belem do Pará, 1995. Consulta en línea [08.07.2017]. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.pdf
- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Consulta en línea [08.07.2017]. Disponible en: [<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw32/CEDAW-C-2005-OP.8-MEXICO-S.pdf>].

Entrevistas

- Entrevista a Consejero Técnico (1) de Centro de Medidas Cautelares, 24 de mayo de 2017, 4.00 p.m., Santiago de Chile.
- Entrevista a Jueza de Familia (3), Centro de Medidas Cautelares, 24 de mayo de 2017, 15.00 p.m., Santiago de Chile.
- Entrevista a Fiscal del Ministerio Público (1), 27 de junio de 2017, 10.30 a.m., Santiago de Chile.