

**Tesis para optar al grado de Master Propio en Derecho Penal de la Universidad de
Sevilla, España:**
**“EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR.”**

Helen Thiers Hernández

Indice

1.- Introducción	3
2.- Concepto de violencia	6
3.- Situación de la violencia de género e intrafamiliar en la legislación vigente	13
3.1.-Medidas Cautelares en la legislación chilena	13
3.1.1.-Naturaleza jurídica de las medidas contempladas en la Ley sobre violencia intrafamiliar	15
3.1.2.-Medidas accesorias a la sanción en los delitos de VIF	17
3.2.-Medidas cautelares en la legislación penal española.	18
3.2.1.-Naturaleza jurídica de las medidas contempladas en la LOPIVG	20
3.2.2.-Medidas accesorias a la sanción en los delitos de VG	23
4.- Consentimiento de la víctima en los delitos de violencia intrafamiliar	25
4.1.-Bien jurídico protegido en los delitos de violencia de género e intrafamiliar	25
4.2.-Breves consideraciones acerca del rol de la víctima en el sistema penal	36
4.3.-Delito de desacato o quebrantamiento de condena	37
4.3.1.- Situación en la legislación española	37
4.3.2.- Situación en la legislación chilena	48
5.- Alternativas no penales para solucionar el conflicto	53
6.- Conclusiones	63
7.- Bibliografía	72

1.- Introducción

El tema elegido para realizar este trabajo es: **“El consentimiento de la víctima en los delitos de violencia intrafamiliar”**.

Se debe aclarar en primer término, que haré un análisis en derecho comparado, considerando la situación jurídica del tema indicado, tanto en el derecho chileno, como en el derecho español. Además, considerando la evolución que ha tenido el tema en otros ordenamientos jurídicos, en los que se han propuesto soluciones no penales a la violencia intrafamiliar y de género, se atenderá a lo que tales derechos internos han atendido para abordar el tema.

En el caso del derecho chileno se puede indicar que el desarrollo de la discusión acerca de la violencia intrafamiliar se genera a partir de la década de los noventa, época en la que se dicta la Ley N° 19.325. Esta norma enfrentaba el problema de la violencia intrafamiliar, esencialmente a través del empleo de un proceso civil, y también de sanciones de carácter civil. Es así que el inciso 2 del artículo 1 de la Ley 19.325 establecía que las lesiones leves (falta del artículo 494 N° 5 del Código Penal) y las amenazas del artículo 494 N° 4 del Código Penal, eran competencia del juez civil, y se sancionaban conforme a las normas de la Ley 19.325. Por otra parte, al artículo 7 de la Ley 19.325 prescribía que si el hecho que fundaba la demanda o denuncia era constitutivo de delito, entonces el Juez Civil debía remitir los antecedentes al Juez del Crimen, quien sería competente para conocer de ellos. En consecuencia, todo hecho que se ajustara al tipo penal de las lesiones menos graves, debía ser conocido por la justicia criminal. Además, si se reunían los elementos constitutivos de un acto de violencia intrafamiliar, gozaba de la potestad cautelar del artículo 3 letra h) de la Ley en comento, en virtud de la cual se podrían decretar medidas como: prohibir, restringir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común, autorizar al afectado para hacer abandono del hogar común y disponer la entrega inmediata de sus efectos personales, etc. Sólo a partir del año 2005 se dicta una ley de violencia intrafamiliar, la N° 20.066, que deroga la Ley N° 19.325, en la que se tipifican ciertas conductas como delitos y partir de ese momento, hombres y mujeres pueden ser detenidos y sancionados penalmente por cometer los tipos penales que allí se indican. La Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar, lleva a la fecha siete años de aplicación y con el transcurso del tiempo se ha podido observar que la violencia no disminuye, sino que aumenta, aún cuando se le ha dado una solución penal al problema, siendo en la actualidad uno de los delitos que más se cometen en Chile, impactando significativamente las cargas de trabajo de los distintos operadores del sistema penal.

Debido a que en la mayoría de las causas por violencia intrafamiliar se decreta como medida cautelar, o como sanción accesoria, la prohibición del imputado de acercarse a la víctima, frecuentemente se ha presentado el caso que, transcurrido unos días o semanas, es la propia víctima quien, reconciliándose con el imputado, invita a éste a convivir nuevamente juntos, o bien voluntariamente decide reiniciar la convivencia en común con el imputado. Entonces, producido un nuevo conflicto o desavenencia entre víctima e imputado, por mínimo que sea, y aun cuando no existan actos constitutivos de violencia doméstica, se genera una nueva denuncia, esta vez, por el delito de desacato, hecho que aumenta la carga del sistema penal, innecesariamente, puesto que, nuevamente, después de algunos días y meses, víctima y victimario vuelven a vivir juntos.

Por otra parte, en las causas por violencia intrafamiliar la propia ley no contempla como requisito escuchar a la víctima, por lo tanto, la fiscalía no atiende a los reales intereses que ésta tiene, cuando se decretan medidas cautelares o se establecen sanciones accesorias, en circunstancias de que ésta es la principal afectada.

Aun cuando el Estado debe hacer frente a esta problemática social, es necesario considerar los efectos que genera la intervención penal para abordar éste flagelo social: aumenta la carga de trabajo de los operadores del sistema penal, al ingresar causas que tratan de los mismos intervinientes, dentro de los cuales influye sustancialmente la voluntad de la víctima y, por otra parte, la nula repercusión que tienen las medidas referidas en la disminución de este tipo de delitos, los que por el contrario, se agravan y aumentan. Además, no se puede dejar de considerar que cada vez que un tribunal decreta una medida cautelar o una sanción accesoria en una causa por violencia intrafamiliar, es el Estado quien impone a la víctima, ahora, una prohibición de estar con una persona y por lo tanto, la mujer pasa, de la sumisión en la que vivía con el victimario, a la obligación que ahora le impone el Estado, de no poder vivir con la persona con quien desea estar.

Además, sería interesante considerar, más que medidas represivas en relación a los delitos de violencia intrafamiliar, medidas preventivas y buscar alternativas de carácter civil que permitieran una solución real a la problemática de la violencia intrafamiliar. Es decir, analizar si se cumple con el principio de la exclusiva necesidad de intervención del derecho penal.

El contenido de este trabajo comenzará con una definición del concepto de violencia, de violencia intrafamiliar y de violencia de género. Debido a que se hará un análisis de derecho comparado especialmente en lo que dice relación con las alternativas no penales a la problemática de la violencia intrafamiliar, y violencia de género, resultando importante la

conceptualización de los mismos, puesto que en algunas legislaciones, como la chilena, no se encuentra incorporado el concepto de violencia de género, a diferencia de lo que ocurre en la legislación española en la que sí se contempla. En Chile, en cambio, sólo existe la violencia intrafamiliar, que incluye también, la violencia contra la mujer.

En el caso del derecho español se advierte un desarrollo importante de las políticas que ha creado e implantado el Estado en cuanto tratar de erradicar lo que significa la lacra social de la violencia intrafamiliar, especialmente porque hasta la fecha se han dictado leyes que buscan una protección integral de la violencia en contra de la mujer, puesto que esa es, sin necesidad de hacer un análisis muy profundo sobre el tema, la violencia que se observa más recurrentemente al interior de la familia.

Se incluirá también el tratamiento de las medidas cautelares y accesorias en las legislaciones españolas y chilenas, puesto que el objetivo del trabajo es precisamente determinar las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las mismas por el consentimiento o la voluntad de la propia víctima, para finalmente determinar si esa voluntad o consentimiento puede ser considerada por el Estado para que se inhiba de sancionar una conducta penalmente relevante.

2.- Concepto de violencia.

Antes de iniciar el desarrollo de este trabajo es necesario señalar una definición de lo que se entiende por violencia, por violencia intrafamiliar y por violencia de género, a fin de poder comprender el concepto que las distintas legislaciones han tenido en consideración, para dar contenido a las normas legales que regulan la materia.

Se hará una diferenciación entre los conceptos indicados, porque las legislaciones españolas y chilenas tratan la problemática de la violencia dentro del hogar, de distinta manera.

En efecto, en la legislación chilena el concepto es más amplio, y la violencia intrafamiliar incluye también la violencia contra la mujer. En cambio, la violencia de género, contemplada en la legislación española, sólo se refiere a la violencia contra la mujer, no por el hecho de serlo, sino, porque se ha constatado la situación de desigualdad que existe con respecto a los hombres, además de la discriminación y vulnerabilidad en la que han vivido siempre, por las normas sociales de carácter marcadamente patriarcal que nos han regido hasta nuestros días. También considera una violencia doméstica que se puede equiparar a la intrafamiliar que contempla el ordenamiento jurídico chileno.

En primer lugar, señalaremos que “La *violencia* es un conjunto de comportamientos o de gestos agresivos, bruscos, deliberados, repetidos, con el único propósito de ejercer un dominio sobre otra persona, de controlarla y de abusar de ella estableciendo una relación de dependencia entre dominado y dominador. Estos comportamientos tienen como objetivo perjudicial el desarrollo normal del otro, poniendo en peligro su integridad física, psicológica o sexual”.¹

Por otra parte, la *violencia intrafamiliar* se puede definir como la “violencia ejercida por un individuo o un grupo de individuos sobre otro individuo o grupo de individuos en el ámbito de la unidad familiar- constituye la manifestación de violencia históricamente más frecuente y demográficamente más accesible para su representación por los seres humanos. Esta tipología de violencia puede revestir muchas formas y puede definirse de muchas maneras, según quién la utilice, quién la reciba y con qué propósito sea empleada. Por tanto, según el modelo socio-cultural de referencia en el que se reproduzca, este tipo de violencia *inter-partes* podrá recibir- y, de hecho, recibe, múltiples acepciones y podrá ser conceptuada de diferentes maneras en función (i) de la diversidad de contextos en los que se genera como fenómeno social y

¹ GARCIA-BERRIO, Teresa. Medidas de protección de la mujer ante la Violencia de Género, Claves para la igualdad. Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008. 406 p.

humano, (ii) de su nivel de permanencia y ubicuidad a lo largo de los siglos, (iii) del nivel de permisividad o reprobación cultural que existiera ante los actos violentos, así como del propósito que se busca mediante su empleo e, incluso, como es el caso concreto de la historia de los delitos violentos contra el sexo femenino, (iv) de la complicidad de la tradición y la religión, a partes iguales, que históricamente se han inclinado a considerar la violencia sexista de pareja, en general y la violencia intrafamiliar contra la mujer, en particular, como un fenómeno humano inevitable.”²

Se ha estimado que la violencia más frecuente dentro de la familia, es decir, intrafamiliar, es aquella que se produce entre los cónyuges o en la pareja, la que transcurre en el ámbito privado, y en el que existe una relación sentimental entre víctima y agresor, como consecuencia de una unión legal o consensual.

Dentro de los conceptos de violencia de género podemos encontrar varios, entre ellos, podemos anotar el siguiente: “Violencia de género es todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual, psicológico, incluidas las amenazas, la coerción, la privación arbitraria de la libertad, ya ocurra en la vida pública o en la privada”³. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer – Asamblea General de Naciones Unidas (1993).

Otra norma de carácter internacional que define la violencia de género señala que: “La violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación masculina, a la discriminación contra las mujeres por parte de los hombres, y a impedir su pleno desarrollo”.⁴ Resolución de la Cumbre Internacional sobre la Mujer, celebrada en Pekín en septiembre de 1995.

Creo de especial importancia la existencia de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, dictada en España, en atención a que establece una normativa legal que tiene por objetivo dar protección integral a la mujer víctima de la violencia de género, puesto que reconoce que este fenómeno debe ser abordado desde varios aspectos de la vida de una persona, en este caso, de la mujer, no sólo el penal, sino que también civil, laboral, social, etc., principalmente, porque este tipo de violencia afecta la situación de la persona de la

² GARCIA-BERRIO, Teresa. Medidas de protección de la mujer ante la Violencia de Género, Claves para la igualdad. Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008. 406 p.

³ GARCIA-BERRIO, Teresa. Medidas de protección de la mujer ante la Violencia de Género, Claves para la igualdad. Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008. 406 p.

⁴ GARCIA-BERRIO, Teresa. Medidas de protección de la mujer ante la Violencia de Género, Claves para la igualdad. Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008. 406 p.

víctima en toda su extensión, por la naturaleza del problema y por las repercusiones que ella tiene en su entorno familiar.

La doctrina está conteste en afirmar que es importante hacer evidente la existencia de este tipo de violencia, menos consenso existe respecto a la construcción de tipos penales que atiendan a la especial situación en la que vive una mujer dentro del contexto familiar y cultural en el que se ha desarrollado la civilización de la que somos parte. Sin embargo, no podemos dejar de considerar, primero, que la cantidad de víctimas-mujeres de los delitos de violencia doméstica es considerablemente mayor al número de hombres que son víctima de este tipo de delitos. Esta situación se produce, no porque las mujeres quieran “convertirse en el mayor número de víctimas” de este tipo de delitos o que, naturalmente deban serlo por el hecho de ser mujeres, sino que porque en nuestras sociedades existen valores tradicionalmente arraigados en el sistema patriarcal que ha existido siempre y por el cual las mujeres se han mostrado sumisas a las decisiones de los hombres, (que históricamente han estado a la cabeza de todos los poderes del Estado desde el inicio del mismo, hasta nuestros días), los que no desarrollan políticas públicas que planteen, preferentemente, principios como la igualdad entre hombres y mujeres. Los Estados han olvidado que la mujer es titular de Derechos Humanos tan relevantes como el de la dignidad, que se ve, obviamente mermada en una sociedad en la que no se establecen instituciones que las apoyen y que consideren especialmente la erradicación y prevención de la violencia.

El desenvolvimiento de la mujer dentro de nuestras sociedades es especialmente desarrollado en el ámbito privado, como un ser débil e indefenso, que es valorada por estar al cuidado de los hijos, y del hogar. Todo lo que suceda en ese ámbito debe quedar ahí y no trascender, en consecuencia, la violencia que se dirige en contra de la mujer, dentro del hogar, también “debe” quedar al interior de éste.

La LOPIVG es especialmente importante para una sociedad como la española, aún cuando se han presentado discusiones en torno a su inconstitucionalidad, puesto que atentaría contra los principios de la igualdad, proporcionalidad y culpabilidad.⁵

⁵ Se ha discutido la constitucionalidad de algunos preceptos de la LOPIVG como indica el texto de RUBIDO DE LA TORRE, Ley de violencia de género Ajuste de Constitucionalidad en Materia Penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007. 190 p. “Además María Tardón añadió en su comparecencia en el Congreso de Diputados: “Los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, que están consagrados en nuestra Constitución como principios estructurales básicos del Derecho Penal, implican nada menos que no cabe determinar la pena en función de la personalidad del autor sino según la concreta culpabilidad de éste en la comisión de los hechos, hechos además probados en el correspondiente proceso penal en el que no caben las presunciones ni las suposiciones de peligrosidad. Sin embargo, vemos en el proyecto que en las propuestas de modificación contempladas la mayor gravedad penal no viene justificada también por un mayor grado de culpabilidad del autor de los hechos sino pura y simplemente por su condición de varón y tener una relación de afectividad con la víctima. Sustituimos así una de las mayores conquistas de las democracias, el Derecho Penal de los hechos por el autoritario concepto del derecho penal de autor, que distingue entre los autores de los delitos;(…) También hay otro principio aplicable al derecho penal que impide que se

Desde una perspectiva meta-jurídica, se puede explicar el concepto de violencia de género a partir de sus raíces, basadas en el sistema sexo/género de impronta fuertemente patriarcal. El concepto “género” incluye la construcción social elaborada sobre la base de la existencia de dos sexos biológicos, sobre los que se construyen pautas de identidad y de conducta que se predicen de cada uno de los sexos. Es decir, socialmente se construyen dos géneros a los que se atribuyen roles, identidad, poder, recursos, tiempos y espacios diferenciados.

De esta manera, la sociedad ha interiorizado que: el género femenino es subalterno al género masculino, que representa un valor superior, por lo tanto, el sustrato de la violencia son las relaciones de poder. Se ha señalado que estas relaciones de poder no están destinadas a provocar, forzosamente, daño a otra persona, aunque ellas efectivamente lo ocasionen, sino que la utilización de la fuerza le permite someter y controlar a la otra persona. “Estas raíces son las que el legislador ha intentado atacar con esa panoplia de derechos y acciones positivas y son las que justifican ese trato desigual.”⁶

Es así que la Ley Orgánica 1/2004 establece, por primera vez, en la legislación española, un concepto de la violencia de género y en su artículo 1 indica⁷: “la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. La violencia de género a que se refiere la presente Ley

dé un tratamiento penal desigual a unos mismos hechos, que es el principio de igualdad, y que este tratamiento desigual derive de la condición sexual de sus protagonistas, en el caso contemplado la de ser autor el varón y la de ser la víctima la mujer. (...)Lo que sí queremos precisar es que por su propia naturaleza hay ámbitos en los que esta discriminación positiva sí debe y puede producirse, y así hemos visto cómo en los supuestos en los que se ha plasmado hasta ahora se están refiriendo a ámbitos como el laboral. El funcional, el social o el educativo, que buscan eso, reequilibrar esas situaciones discriminatorias sociales preexistentes, pero nunca al ámbito penal, cuyas normas son portadoras de un mandato general, que deben desplegar su eficacia en todos los supuestos que representen los ataques a los bienes jurídicos que en cada uno de los delitos se contemplen, independientemente de cuál sea la condición personal de sus autores.” En mismo autor señala en el texto que. “El caso planteado sobre el ajuste del artículo 153 Código Penal a la Carta Magna lo fundó por el juez de lo Penal de Valencia en la infracción de los artículos 1, 9, 3, 10 y 25 Constitución relativos a los principios de legalidad y proporcionalidad; la tesis del juez a quo era observar una clara *desproporción* del texto penal criminalizando toda agresión doméstica como delito en base al sujeto pasivo condenando actuaciones leves, antes calificadas como falta de lesiones del artículo 617 del Código Penal, como delito sin observar el legislador la debida proporcionalidad siendo ello irrazonable y excesivo pudiendo incurrir en el denostado Derecho penal de autor; el auto que planteó la cuestión de inconstitucionalidad del 30 de junio de 2004 descartó la vulneración del principio de igualdad pero alude –igual que el anterior supuesto- la vulneración del *principio de legalidad y proporcionalidad* porque las conductas leves en el ámbito familiar se elevan a la categoría de delito en base a la cualidad del sujeto pasivo (cónyuge o pareja sentimental) estimado desproporcionada la sanción penal como delito al no entender justificado tal normativa por incurrir en la falta de requisitos como es la necesaria existencia de un desequilibrio patente, excesivo o irrazonable. Es decir, que en el nuevo tipo penal agrava las conductas en base a la cualidad del sujeto pasivo mientras que otro tipo de acciones agresivas fuera del ámbito familiar o de violencia doméstica serán calificadas como sanción leve o falta siendo contradictorio que una misma acción con diferentes intervinientes tenga dos penalidades distintas previstas en la Ley produciéndose un excesivo sacrificio del derecho fundamental a la igualdad sin que ello sea razonable”.

⁶ MARTÍNEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Iustel, 2008. 310 p.

⁷ Ley 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE Número 313 de 29 de diciembre de 2004.

comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o a la privación arbitraria de libertad.”

Uno de los argumentos que se han tenido en cuenta para agravar las penas cuando la víctima de la violencia doméstica ha sido la mujer es que el hombre, de acuerdo lo explica la Profesora LARRAURI “esta agrediendo a una persona en un contexto que socialmente la hace más vulnerable”. La misma Profesora señala que, “para intentar fundamentar esta afirmación me valdré del razonamiento de *Moller Okin* quien analiza el propio matrimonio como una fuente *adicional* de vulnerabilidad. En opinión de esta autora, la división del trabajo con base en la cual se estructura actualmente la institución del matrimonio, y en la que el trabajo pagado o mejor pagado lo ocupa él, da lugar a una asimetría de poder que constituye una fuente de vulnerabilidad”⁸. También explica lo que significa esta “asimetría de poder”. Basándose en la autora ya mencionada, señala que tres son las fases de esta desigualdad: “i) anticipación del matrimonio: la expectativa de casarse ya condiciona nuestra formación y expectativas laborales, independientemente de que luego nos casemos o no; ii) vigencia del matrimonio: el hecho de que ella ya tenga quizás una menor información, unido a las diferencias de salario, implica que ella dé prioridad al trabajo del hombre y conlleva a la larga, especialmente si hay hijos, o bien el cese de la actividad laboral o un intento de compatibilizar horarios con una creciente diferencia salarial. Todo ello comporta una posición de menor poder para negociar la división del trabajo en el hogar y una mayor tolerancia a determinados comportamientos por las pérdidas que ocasionaría la ruptura de la relación. Y por último, iii) disolución del matrimonio, cuando el nivel económico de ella experimenta una drástica reducción: se queda con la responsabilidad de los hijos, prácticamente alejada o en un mercado laboral precario, sin la formación profesional que él ha adquirido y con unos conocimientos (como poner lavadoras o planchar) que no son valoradas económicamente.”⁹ De esta manera, la protección penal de la violencia que vive la mujer dentro de su hogar, también se justificaría por la situación de vulnerabilidad en que vive.

Entonces, se puede afirmar que el fin de la LOPIVG es dar garantías para otorgar y dar protección a principios básicos como el de la igualdad entre el hombre y la mujer en una relación de pareja, por lo tanto, una vez que se rompe el equilibrio que debe existir en esta relación, deben concurrir estas garantías que subsanarán el desequilibrio que se produce. Es

⁸ Indret Revista para el Análisis del Derecho, Igualdad y violencia de género Comentario a la STC 59/2008, Elena Larrauri Pijoan Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Febrero 2009.

⁹ Indret Revista para el Análisis del Derecho, Igualdad y violencia de género Comentario a la STC 59/2008, Elena Larrauri Pijoan Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Febrero 2009.

decir, se debe entender, para conocer el ámbito de la aplicación de ésta Ley, que los medios que ésta contempla no están destinados a las mujeres por el hecho de serlo, sino porque en la relación de pareja se ha atentado en contra de la integridad física y síquica de la mujer y, además, en contra de su libertad, puesto que se ha producido un desequilibrio en el entendimiento de la relación por parte del hombre que produce un quiebre en el principio de igualdad (artículo 14 CE). Todo lo escrito, enfocado a entender que hay normas que buscan conseguir la prevención directa e indirecta de nuevos hechos de violencia, por las medidas personales, sociales y penales que contempla la Ley, así como aquellas dirigidas a los órganos jurisdiccionales que sancionarán penalmente. La Profesora MARTÍNEZ ¹⁰ ha planteado que estas cuestiones resultan ser claves para entender la constitucionalidad de las numerosas cuestiones hasta ahora planteadas ante el Alto Tribunal.

Se ha expresado que la violencia de género es “en efecto, una modalidad concreta de la violencia intrafamiliar específica contra las mujeres que, en ocasiones, puede llegar a trascender el ámbito restringido privado de la pareja o la unidad familiar. La mujer se hace débil, como víctima o persona desfavorecida de especial protección, porque su agresor la hace débil. En el caso de la mujer, no se trata de una debilidad congénita –ser débil por el hecho de ser mujer-, como sí sería el caso, por ejemplo, de niños y ancianos, sino que se encuentra formando parte de un sistema de debilidad creada por el propio contexto cultural. Cuando esta violencia no trasciende al ámbito privado intrafamiliar, la unidad familiar, el hogar, lejos de ser un lugar seguro para la mujer, constituye esta submodalidad de violencia el contexto donde las mujeres corren mayores riesgos de experimentar la violencia en sus relaciones íntimas”. ¹¹

Finalmente, con relación a la LOPIVG se debe señalar que “las penas deben tener como objetivo no sólo el castigo de la persona que delinque sino además la “protección de la víctima”, el cual pasa a ser defendido como un objetivo que la pena debe cumplir (Cid-Larrauri, 2005).”¹²

En el caso de la legislación chilena, no se hace distinción alguna entre violencia intrafamiliar o violencia de género, puesto que la primera incluye, dentro de los sujetos pasivos que podrían concurrir en las figuras delictivas tipificadas en el Ley sobre Violencia Intrafamiliar, a las mujeres.

¹⁰ MARTÍNEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Lustel, 2008. 310 p.

¹¹ GARCIA-BERRIO, Teresa. Medidas de protección de la mujer ante la Violencia de Género, Claves para la igualdad. Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008. 406 p.

¹² Revista Española de Investigación Criminológica. Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas. (9).

En efecto, en el art. 5 de la Ley N° 20.066¹³, que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar, se señala: *“Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.*

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

¹³ DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, N° 38281 de viernes 7 de octubre de 2005.

3.- Situación de la violencia de género e intrafamiliar en la legislación vigente.

Tanto en la legislación española como en la chilena, las leyes hacen procedente la imposición de medidas cautelares cuando una persona, imputado o imputada, se encuentre siendo investigado por algún hecho que revista características de un delito. También se han establecido medidas accesorias cuando el imputado o la imputada ya ha sido condenado o condenada.

En la legislación chilena no sólo son procedentes las medidas cautelares contempladas en la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, sino que también las indicadas en los art. 140 y art. 155 CPP.

Con relación a la legislación española nos centraremos en la LOPIVG, puesto que es una norma especial que establece las medidas cautelares que tienen real incidencia en los procedimientos penales por los delitos de violencia de género.

3.1.- Medidas cautelares en la legislación chilena.

El Código Procesal Penal chileno establece, en el artículo 155 CPP, una serie de medidas cautelares que pueden solicitarse y decretarse en una causa por violencia intrafamiliar, siempre que la solicitud realizada por el Ministerio Público, el querellante o la víctima se encuentre suficientemente fundada y se hayan acreditado los requisitos establecidos en el artículo 140 letras a) y b) del CPP. Es decir, el ente persecutor debe acreditar el presupuesto material de las medidas indicadas y la necesidad de cautela que exige el artículo 155 CPP. Además, el tribunal puede imponer la medida cautelar más gravosa que contempla la legislación procesal penal chilena, esto es, la prisión preventiva, si el fundamento tenido en cuenta por el Ministerio Público, para solicitar la medida cautelar referida, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 140 CPP.

Dentro de las medidas cautelares que contempla la Ley de Violencia Intrafamiliar en Chile, N° 20.066 se encuentran las que se describen en el artículo 15 de la Ley N° 20.066 que señala: *“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° 19.968¹⁴ y las aludidas en el artículo 7° de esta ley”¹⁵.

Además, la propia legislación establece medidas accesorias que el juez debe imponer cuando dicta una sentencia en una causa por delito producido en contexto de violencia intrafamiliar. En efecto, el artículo 9 de la Ley N° 20.066 establece: “*Medidas accesorias. Además de lo dispuesto en el artículo precedente, el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las siguientes medidas 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 de estudio. *Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.*
- c) *Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.*
- 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.*

El juez fijará prudencialmente el plazo de estas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a un año, atendidas las circunstancias que las justifiquen, Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En

¹⁴ La Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004. El artículo mencionado establece las medidas cautelares de protección de la víctima. El juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar. Cautelará, 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 provisorios. 4. Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos. 5. Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos. 6.- Prohibir el porte y tenencia o incautar cualquier arma de fuego.

¹⁵ Situación de riesgo: Cuando exista un situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no se haya llevado a cabo, el tribunal, con el sólo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan. 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. Además, el tribunal cautelaré especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable.

el caso de la letra d), la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes”.

3.1.1. Naturaleza jurídica de las medidas contempladas en la Ley sobre Violencia Intrafamiliar.

En el proceso penal chileno se pueden imponer medidas cautelares contempladas en el artículo 15 de la Ley N° 20.066, que sean necesarias para proteger a la víctima y la misma norma menciona ejemplos, remitiéndose al artículo 92 de la Ley N° 19.968 y artículo 7 de la misma ley. Además, se podrían imponer las medidas cautelares de carácter general del artículo 155 CPP y la prisión preventiva a imputados o imputadas que sean investigados por hechos que revistan características de un delito, contemplado en la Ley de Violencia Intrafamiliar.

Ahora bien, las medidas cautelares son definidas por la doctrina como “un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia. En ese sentido, las medidas cautelares constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión”.¹⁶

Como lo indica el Profesor LÓPEZ MASLE¹⁷, cuando nos referimos a las medidas cautelares se debe atender al doble objetivo que éstas cumplen en nuestro sistema procesal penal, en primer lugar, satisface una pretensión penal, que busca obtener se imponga una pena al culpable, y por otra parte, persigue una pretensión civil que busca obtener la restitución de una cosa o la reparación por parte del imputado de las consecuencias civiles que el hecho delictivo causó a la víctima. El Profesor LÓPEZ MASLE señala, “utilizando palabras de GIMENO, podríamos definir las medidas cautelares en el proceso penal como aquellas “resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa [...] por las que se limita provisionalmente la libertad o la

¹⁶ HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Tomo I.

¹⁷ HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Tomo I.

libre disposición de los bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia”.¹⁸

Dentro de la clasificación de las medidas cautelares en el proceso penal, la más conocida es la que atiende a su objeto, en virtud de la cual se clasifican en personales y reales. Las primeras son las que tienen por objetivo asegurar la ejecución de la sentencia condenatoria, en cuanto la imposición de la pena; y las segundas son las que establecen restricciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado.

Entonces, “las medidas cautelares personales pueden ser definidas como aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento. Las medidas cautelares están llamadas a asegurar la persona del imputado en el curso del procedimiento penal.”¹⁹

En razón de la explicación indicada, podemos señalar que en las causas por violencia intrafamiliar el juez de garantía puede dar lugar a las medidas cautelares de carácter general que contempla el artículo 155 CPP²⁰ y también la medida cautelar de prisión preventiva que se establece en el artículo 140 CPP.²¹

¹⁸ HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Tomo I.

¹⁹ HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Tomo I.

²⁰ Art. 155 CPP. Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas: a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal; b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez; c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare; d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal; e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de revisar determinados lugares; f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél. El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este párrafo.

²¹ Art. 140 CPP. Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formaliza la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de las diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido. Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataban, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla. Se entenderá que la

Ahora bien, si uno analiza las medidas accesorias que pueden ser impuestas como medida cautelar, tal cual lo afirma el artículo 15 de la Ley N° 20.066, puede concluir que en realidad no se tratan de medidas cautelares como lo ha definido la doctrina, puesto que ellas no persiguen garantizar el cumplimiento de los fines del procedimiento penal, sino que tienen como objetivo, como la propia ley señala, dar protección a las víctimas de los delitos de violencia intrafamiliar, por lo tanto, se asemejarían más a lo que doctrinariamente se define como una medida de seguridad que a una medida cautelar, porque atienden a peligrosidad de un sujeto que eventualmente pudiera cometer un nuevo delito de violencia intrafamiliar. Nos encontraríamos en este caso con una medida de seguridad predelictual, “que responden únicamente a la peligrosidad del individuo que aún no ha incurrido en comportamientos tipificados, provocan una clara resistencia por la inseguridad en que se coloca a los miembros de una sociedad frente al Estado, que es quien califica esa peligrosidad”.²²

De la lectura de la norma referida a las medidas accesorias del artículo 9 de la Ley N° 20.066 se puede afirmar que éstas son posdelictuales. Estas han sido ampliamente aceptadas por la doctrina, puesto que son consideradas como inevitablemente necesarias. El Profesor GARRIDO²³ las ha definido como aquellas medidas “aplicables a los sujetos calificados como peligrosos cuando, además, han incurrido en la comisión de un crimen o simple delito, que viene a demostrar que el juicio sobre su temibilidad tiene un respaldo fáctico. Sectores doctrinarios –entre ellos Zaffaroni- piensan que esta clase de medidas escaparían al marco del derecho penal porque importan una seria restricción a los derechos individuales. Por lo tanto, han de estar sujetas a los principios y garantías que rigen esta área del derecho y, en especial, lo que regla la imposición de la pena (en tal sentido, Etcheberry, Cury, Bustos, entre otros.)”.

3.1.2 Medidas accesorias a la sanción en los delitos de violencia intrafamiliar.

En el caso de la Ley N° 20.066 encontramos, en el mismo artículo 9 ya transcrito, que las medidas accesorias se pueden imponer como medidas cautelares y también como accesorias a la sanción que la ley ha impuesto al delito como tipo penal autónomo. Además, el artículo 10 de la citada Ley indica: “*Sanciones. En caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, con excepción de aquella prevista en la letra d) del artículo 9º, el juez*

seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

²² GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Segunda edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1997. Tomo 1.

²³ GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Segunda edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1997. Tomo 1.

pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de procedimiento Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días.

La policía deberá detener a quien sea sorprendido en quebrantamiento flagrante de las medidas mencionadas en el inciso precedente”.

3.2.- Medidas cautelares en la legislación penal española.

En el caso de la legislación española, debemos hacer presente que la LOPIVG, como su nombre lo indica, contiene una serie de acciones positivas²⁴ que tienen por finalidad actuar en contra de la violencia del hombre sobre la mujer, que se produce como consecuencia de la discriminación, desigualdad y el tipo de relaciones de poder que han existido, históricamente, en contra de la mujer. De tal manera que una vez que una mujer sufre violencia de género, lo que procurará el Estado con estas medidas es restablecer la igualdad que debe existir, como Derecho fundamental, también para las mujeres.²⁵

Por otra parte, la legislación española en la LO 1/ 2004 LOPIVG²⁶ establece en el Capítulo IV, **Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas.**

Artículo 61. Disposiciones generales.

1.- Las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales.

²⁴ BOIX, Javier y MARTÍNEZ, Elena. La Nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Madrid, IUSTEL, 2005. 492 p. En este texto se definen las acciones positivas como “aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y las mujeres, y que tratan de favorecer a las mujeres, sin que, simultáneamente perjudiquen a los hombres que estén en situación similar.

²⁵ BOIX, Javier y MARTÍNEZ, Elena. La Nueva Ley Contra la Violencia de Género. Dentro de las acciones positivas nos encontramos con las siguientes: A) Medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo (en el educativo propiamente tal, en el campo de la publicidad, en el ámbito sanitario), B) Derechos de las mujeres víctimas de violencia (derecho de acceso a la información y a la asistencia social integrada, derecho a la asistencia jurídica gratuita, medidas de protección en el ámbito social, medidas de apoyo económico. C) Tutela institucional, se crean dos órganos administrativos: Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. D) Normas de naturaleza penal: se crea un tipo agravado de lesiones cuando el sujeto pasivo sea a haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o contra una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres o contra las personas especialmente vulnerables. E) Tutela judicial: Se crean loa Juzgado de Violencia sobre la mujer con competencia civil y penal y la creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer.

²⁶ Ley 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE Número 313 de 29 de diciembre de 2004.

2.- *En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción.*

Artículo 62. De la orden de protección.

Recibida la solicitud de adopción de una orden de protección el Juez de Violencia sobre la Mujer y, en su caso, el Juez de Guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 63. De la protección de datos y las limitaciones a la publicidad.

1.- *En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.*

2.- *Los jueces competentes podrán acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.*

Artículo 64. De las medidas de salida del domicilio alejamiento o suspensión de las comunicaciones.

1.- *El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo.*

2.- *El Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar a que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen.*

3.- *El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella.*

Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento.

El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

4.- La medida de alejamiento podrá acordarse con independencia de que la persona afectada, o aquellas a quienes pretenda proteger, hubieran abandonado previamente el lugar.

5.- El Juez podrá prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

6.- Las medidas a que se refieren los apartados anteriores podrán acordarse acumulada o separadamente.

Artículo 65. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.

El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera.

Artículo 66. De la medida de suspensión del régimen de visitas.

El juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes.

Artículo 67. De la medida de suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.

El Juez podrá acordar, respecto de los inculpados en delitos relacionados con la violencia a que se refiere esta Ley, la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente.

Artículo 68. Garantías para la adopción de las medidas.

Las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respecto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.

3.2.1.- Naturaleza jurídica de las medidas contempladas en la LOPIVG.

La pregunta que se plantea en relación a este tema es si estas corresponden, de acuerdo a la naturaleza jurídica que tienen, a una medida cautelar o a una medida de seguridad de la víctima.

La doctrina ha señalado en este punto que la Ley Orgánica 1/2004, en la exposición de motivos, establece el fundamento de estas medidas, puesto que ésta incluyó expresamente las medidas de protección y de seguridad para las personas que han sido víctimas de la violencia de género, ya que se describe un catálogo más amplio que el establecido en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (introducido por la LO 14/1999), puesto que no las recoge como medidas cautelares, dado que éste sólo regula la prohibición de residir y la de acudir a determinados lugares para los delitos previstos en el artículo 57 del Código Penal. Continúa relatando dicha exposición de motivos que, “Se añade la posibilidad de que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, incrementando con ello la lista del artículo 105 CP, y posibilitando al Juez la garantía de protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso”²⁷. De hecho, se puede observar que la LOPIVG, al titular el Capítulo IV del Título V como “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas”, está utilizando indistintamente dos conceptos jurídicos con presupuestos y finalidad bastante diferentes, que trae como consecuencia necesaria, una confusión que repercutirá en lo que podamos entender acerca de uno de los principios más relevantes que rigen las relaciones de instituciones jurídicas, cual es, precisamente, el de la seguridad jurídica.

Se ha establecido que para imponer una medida de seguridad, (Circular FGE 4/ 2005)²⁸ deben concurrir los requisitos que sean procedentes para dictar una sentencia condenatoria, con excepción de las relacionadas con la imputabilidad del sujeto, puesto que éste constituye el supuesto de aplicación de la norma, debiendo imponerse en sentencia fundada, la que establece los hechos probados y la respectiva calificación jurídica.

En razón de lo anterior coincidimos con la postura que señala que este debate queda reducido a un asunto puramente terminológico, puesto que el concepto jurídico penal de las medidas de seguridad requiere como antecedente una situación de imputabilidad o semi imputabilidad del imputado, el que ciertamente no se presenta como presupuesto para la aplicación de las denominadas “Medidas de seguridad de las víctimas” previstas en el mencionado cuerpo legal, más aun cuando expresamente se señala en el artículo 69 como límite máximo de aplicación, el que no trascienda de la fase de recursos, de modo que una vez que exista

²⁷ Ley 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE Número 313 de 29 de diciembre de 2004.

²⁸ GUTIERREZ, Francisco. Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección. Barcelona, Bosch. 2010. 95 p.

sentencia firme, éstas deben ser sustituidas por las correspondientes penas o medidas de seguridad impuestas en dicha sentencia de conformidad a lo previsto en el Código Penal.

La doctrina ha explicado que la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género usa términos que confunden. Se debe reconocer, eso sí, que la terminología “medidas de protección” es correcta, puesto que el fin de las mismas es otorgar a las víctimas un estatuto de protección que resulta ser apropiado frente al agresor que ha mantenido algunas de las relaciones o vínculos que la ley contempla, situación que disiente, completamente, de lo que significa una medida de seguridad.

Es decir, mirada desde cualquier punto de vista (su naturaleza, de su finalidad y aun del momento procesal de su adopción)²⁹, las medidas de protección que incorpora la LOPIVG no son, ni pueden ser, medidas de seguridad.

ORTEGA CALDERÓN, ha expresado la necesidad de eliminar el calificativo de medidas de seguridad, a las que naturalmente son medidas de protección, sin perjuicio de que se busque atender contra el principio de legalidad penal como expresión de ley cierta, tajante y que ofrece plena seguridad jurídica. Como acertadamente indica ORTEGA CALDERÓN³⁰, se antoja difícil indagar qué añade al término medidas judiciales de protección, que utiliza la ley, el corolario “y de seguridad”. Se trata, más bien, de una terminología redundante y, como tal, innecesaria.

Se han hecho algunas críticas a la nomenclatura de las medidas establecidas en la LOPIVG.³¹ La primera es que ésta Ley ha regulado autónomamente estas medidas de protección, sin tener en consideración que ya existían las medidas cautelares previas, por lo tanto, se podrán producir problemas de hermenéutica legal cuando se deba aplicar la norma correspondiente. También podrían ocurrir inconvenientes acerca de la legislación a aplicar y del cauce procesal que corresponde seguir con este tipo de normas. Se advierte que, sólo el artículo 62 LOPIVG, al regular la orden de protección, se remite al artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con respecto a las otras medidas no existe ningún reenvío a la legislación procesal, tampoco al Código Penal, específicamente al artículo 48, para hacer similar el contenido de las medidas cautelares con las penas accesorias que para las mismas hipótesis pueden adoptarse.

²⁹ GUTIERREZ, Francisco. Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección. Barcelona, Bosch. 2010. 95 p.

³⁰ GUTIERREZ, Francisco. Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección. Barcelona, Bosch. 2010. 95 p.

³¹ GUTIERREZ, Francisco. Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección. Barcelona, Bosch. 2010. 95 p.

Otra crítica que se hace es la que dice relación con la respuesta a la pregunta de: hasta qué punto las medidas previstas en la LOPIVG han supuesto una novedad en el Ordenamiento Jurídico español. Se ha observado que si se estudian las medidas que contempla la Ley, se puede concluir que la gran mayoría de éstas ya se encontraban incorporadas en la Ley procesal española que regía anteriormente. La suspensión de la patria potestad, de la guarda y custodia, del régimen de visitas o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, están reguladas por primera vez como medidas cautelares en el proceso penal. Sin perjuicio de la crítica indicada, en el sentido de que estas medidas ya habían sido consideradas por el legislador procesal, la nueva LOPIVG ha implementado algunas mejoras técnicas, como la que dice relación con que el Juez, cuando ordena alguna de ellas, debe señalar el tiempo de duración de las mismas, o la distancia geográfica en el caso de los alejamientos o la posibilidad de su subsistencia durante la tramitación de los recursos.

3.2.2.-Medidas accesorias a la sanción en los delitos de violencia de género.

Por otra parte, en la misma LOPIVG se establece que las medidas de protección a la mujer que ha sido víctima de la violencia de género, se pueden imponer como sanciones accesorias, una vez que se ha dictado sentencia y que se estén tramitando los correspondientes recursos. Tal como se encuentra contemplado el artículo que ha continuación se transcribe.

*Art. 69. Mantenimiento de las medidas de protección y seguridad.*³²

Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.

Además, la LOPIVG establece una sanción en caso de quebrantamiento de condena en el artículo 40³³, norma que tiene por título precisamente el de *Quebrantamiento de condena*: “*Se modifica el artículo 468 del Código Penal que queda redactado de la siguiente forma: “1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los*

³² Ley 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE Número 313 de 29 de diciembre de 2004.

³³ Ley 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE Número 313 de 29 de diciembre de 2004.

demás casos. 2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.”

4.- Consentimiento de la víctima en los delitos de violencia intrafamiliar.

4.1.- Bien jurídico protegido en los delitos de violencia de género e intrafamiliar:

Para poder determinar en qué medida el consentimiento de la víctima podría incidir en la tipificación de delitos sobre violencia intrafamiliar o de género, debemos considerar el bien jurídico que protege la ley en estos tipos penales.

Al respecto también debemos definir penalmente el concepto de bien jurídico. En este sentido, podemos atender a distintos conceptos y autores. Es así que el Profesor MIR PUIG señala, “El Derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan “bienes jurídicos”. Se dice, entonces, que el Derecho penal sólo puede proteger “bienes jurídicos”. La expresión “bien jurídico” se utiliza en este contexto en su “sentido político-criminal” de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su “sentido dogmático”, que alude a los objetos que de hecho protege el Derecho penal vigente.”³⁴ El mismo autor señala “que el Derecho penal sólo deba proteger “bienes jurídicos” no significa que todo “bien jurídico” haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de “bien jurídico” es, pues, más amplio que el “bien jurídico-penal”.³⁵

Otros autores han explicado que “una visión liberal del derecho penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos, juzgados indispensables para la convivencia social.”³⁶

A este respecto, podemos señalar que el bien jurídico de los tipos penales tipificados en el CP español, y que tienen relación con la violencia doméstica ya se encontraban prescritos y sancionados antes de la vigencia de la LO 1/2004. En ellos también se consideraba la incorporación de los tipos penales en atención a la existencia de que con ellos se protegían intereses esenciales para lograr una convivencia pacífica dentro de la sociedad.

³⁴ MIR, Santiago. Derecho Penal, Parte general. Barcelona, Reppertor, 2011. 814 p.

³⁵ MIR, Santiago. Derecho Penal, Parte general. Barcelona, Reppertor, 2011. 814 p.

³⁶ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2003. 613 p.

Sin embargo, con la dictación de la ley indicada, el bien jurídico relacionado con la violencia doméstica cambió, puesto que ahora se contempla un bien jurídico relacionado con los delitos de violencia de género, el que por cierto es distinto, ya que se incorporó como sujeto pasivo de los tipos penales allí descritos, sólo a la mujer y no al hombre, por lo tanto, se podría estar frente a una infracción al principio de igualdad, si es que no se considera algún “plus”³⁷ que fundamentara correctamente la diferenciación descrita.

En este punto debemos considerar los conceptos de violencia de género que se dieron en la primera parte de este trabajo. En efecto, cuando se habla del bien jurídico que se protegerá con los tipos penales de la violencia de género, no nos estamos refiriendo a una violencia de “sexos”, sino que de género, es decir, se atiende a lo que social y culturalmente se consideran a los hombres y a las mujeres, no es que el sexo fuera el causante de la falta de igualdad entre personas de ambos sexos, sino que es el género quien dio origen a la desigualdad que se ha producido entre hombres y mujeres. No se deben dejar de lado las consideraciones de tipo patriarcales que rigen nuestras sociedades y por las cuales, quien tiene el dominio en la pareja, es el hombre. Por otro lado, es socialmente correcto que, quien debe estar al cuidado de los hijos es la mujer, por lo tanto, se ubica dentro del hogar, en un mundo privado y no público, es decir, todo lo que se encuentra en él, pertenece a ese mundo y de ahí no debe salir.

En cuanto al bien jurídico en los delitos de violencia de género e intrafamiliar, podemos estar a los conceptos que han elaborado distintos autores. En primer lugar, se puede afirmar que en la identificación del bien jurídico que sostiene el injusto penal, se debe considerar que los nuevos supuestos de agravación deben fundamentarse en un bien jurídico protegido distinto a la integridad física (en el artículo 148), al bien jurídico que protege en los delitos de maltrato singular (art. 153), a la tranquilidad (art. 171), a la capacidad de adoptar decisiones (art. 172), así como al correcto ejercicio de la Administración de justicia (art. 468). Es decir, la LOPIVG establece tipos penales que protegen bienes jurídicos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico, y ahora, entonces, ha aumentado y consecuentemente, ha agravado las penas. La discusión recae en la agravación de la pena, consecuentemente, se debe buscar el fundamento de esta situación. En los tipos penales cuyos artículos se indicaron en éste párrafo, la pena efectivamente se agrava, porque el sujeto pasivo es de sexo femenino y el sujeto pasivo de sexo masculino, además, entre ellos existe una relación afectiva o sentimental (matrimonio o unión similar) que puede estar vigente o no. Ese es el punto donde se debe buscar el plus a que se ha hecho referencia.

³⁷ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p

Entienden los Autos del Juzgado de lo Penal num. 1 de Murcia 547/2005, de 3 de agosto de 2005³⁸ (en el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 171.4) y el del Juzgado num. 4 también de Murcia 305/2005, de 29 de julio de 2005 (en el que se plantea idéntica cuestión en relación en este caso al artículo 153.1) que en ambos casos se está protegiendo junto al bien protegido en las amenazas y en el delito de mal trato singular - respectivamente- la eliminación de conductas discriminatorias que se expresan, a través de la violencia que ejerce el hombre sobre la mujer en una relación de pareja. Se ha dicho que éste, más que un bien jurídico, es la materia de prohibición, y a través de estas pautas se afectaría el verdadero interés que tiene el legislador, que se relaciona necesariamente con los principios de ofensividad y de lesividad.

Como se sabe, una vez superado el concepto causalista de culpabilidad³⁹-el que partía de ésta como reproche por la conducta realizada, en que normativamente se llegaba al extremo de que el sujeto sólo es culpable si es capaz de motivarse por la norma de acuerdo a parámetros de normalidad- hay que entender que todos los datos que concurran en la comisión del hecho han de ser valorados en sede de injusto. En el caso analizado, necesariamente tendrá que darse un incremento del desvalor de acción o un incremento del desvalor de resultado. De acuerdo con lo afirmado por los profesores BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALAREE, ambos desvalores han de ser interpretados desde el bien jurídico. Desde el punto de vista del desvalor de acción, junto al dolo del autor de lesionar, de amenazar, de coaccionar o de afectar negativamente a la Administración de Justicia, será necesario que incluya algo más referido al bien jurídico protegido. Por su parte, desde la perspectiva del desvalor de resultado, las distintas conductas típicas tienen que ser idóneas para afectarlo negativamente, ya sea en la forma de lesión o en la forma de peligro.

Por otra parte, también se ha dicho que existen razones penales que fundamentan la agravación de la pena en los delitos de violencia de género, como explica la Profesora LARRAURI, que son los siguientes:

- a) Derecho antidiscriminatorio: Dentro de los intentos que han existido para justificar la agravación de la pena en los delitos de violencia de género, con respecto al hombre agresor es el que dio en un primer momento LAURENZO (2005). El fundamento que esgrime la autora mencionada es que la mayor protección a las mujeres y el aumento de penas respecto de los hombres se circunscribe dentro del mandato constitucional

³⁸ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

³⁹ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

del artículo 14 de la Constitución española denominado “derecho penal antidiscriminatorio”, el que dispone medidas positivas de protección a las personas más vulnerables que viven en la sociedad, a fin de alcanzar la igualdad que debe regir respecto de todos los seres humanos que en ella habitan. En consecuencia, las figuras penales que agravan la pena respecto de quienes atentan contra “algún miembro de un de un colectivo discriminado”⁴⁰ se justifican plenamente en el derecho antidiscriminatorio. Por lo tanto, si consideramos que estos ataques provocan mayor perjuicio social, entonces se encuentra justificado el aumento del castigo al que lo ha ocasionado. De esta forma se responde la primera pregunta que se hace la autora en cuanto a la fundamentación de la agravación de las penas en los casos de violencia de género.

La segunda pregunta que se hace la autora, es si los ataques contra las mujeres representan un mayor daño social. Para DOPICO (2005)⁴¹, dentro de en los procesos sobre violencia en contra de la mujer que es pareja, no se da el elemento mencionado, ya que quien agrede a la pareja *no tiene dolo de amenazar a la colectividad de mujeres*. Consecuentemente, si aceptáramos este razonamiento, la agravante del artículo 22.4 sería sólo para supuestos en los que el ataque a una mujer persigue emitir un mensaje intimidante a todo el colectivo de mujeres.

- b) La mayor vulnerabilidad de la mujer pareja.⁴² Se ha señalado que en varios casos basta con considerar que determinados grupos son más vulnerable a las agresiones que otros, por lo tanto, requieren de una protección mayor.

La misma autora explica que el mejor fundamento de este razonamiento es la que da LAURENZO (2005), quien explica que en la Ley penal existen otros casos de protección reforzada a víctimas que pertenecen a distintos colectivos, como son los menores, los incapaces, los drogodependientes o los extranjeros, respecto de quienes no se han originado mayores discusiones. Se ha explicado que legislador advierte esa especial vulnerabilidad frente al riesgo y, entonces, le concede una especial protección a fin de prevenir sus nefastas consecuencias. Esta afirmación no es una novedad en el Derecho Penal. LAURENZO ha afirmado que “Hace años que la ley refuerza la tutela de aquellos colectivos a los que considera particularmente vulnerables frente a determinado tipo de agresiones, como sucede con los menores, los incapaces y

⁴⁰ LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Trotta, 2007. 149 p.

⁴¹ LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Trotta, 2007. 149 p.

⁴² LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Trotta, 2007. 149 p.

recientemente también los extranjeros u otros grupos discriminados en la sociedad, y todo ello sin que a nadie se le haya ocurrido hasta ahora hablar de discriminación prohibida contra los sectores no alcanzados por las correspondientes figuras penales específicas”.⁴³

Más adelante la autora explica que las razones favorables⁴⁴ “(Laurenzo, 2005; Faraldo, 2006; Maqueda, 2006, Queralt, 2006) para conceder una protección reforzada a las mujeres pareja parten de que: a) el 90% de las víctimas de la violencia doméstica son mujeres; b) ello es debido a una situación de desigualdad que coloca a la mujer en una posición más vulnerable; c) para remediar esta situación de desigualdad es por lo que se decide castigar más los ataques a las mujeres.”

Además, algunos autores han afirmado que para estar frente a los tipos penales agravados de la LOPIVG deberá probarse, además de un maltrato a la mujer pareja, que ésta se encuentra en una situación de vulnerabilidad y el agresor-autor se ha aprovechado de ésta. Por lo tanto, no es ajena a esta exigencia la extensión del actual artículo 153 que castiga todo maltrato como delito, por lo que este requisito puede ser usado para restringir su aplicación a los casos más graves y no utilizarlo, a modo de ejemplo, en los casos de conflictos puntuales o incluso en los conflictos en que la agresora es la mujer.

En esta parte se plantean dos consideraciones⁴⁵. La primera es intentar precisar qué debe probarse cuando se apunta al fundamento agravatorio de la vulnerabilidad de la mujer pareja. Resulta común pensar que cuando nos encontramos frente a la palabra “vulnerabilidad”, en el caso de nuestro estudio, de la mujer pareja, inmediatamente nos enfocamos en que ésta se encuentra en una posición social, económica o física distinta.

No podemos dejar de considerar que hay ciertos valores culturales que constituyen un factor de riesgo adicional, los que aparecen en el grupo de hombres que ejercen violencia sobre la mujer que es su pareja. Por lo tanto, en este caso, la vulnerabilidad es social, entonces, aun cuando no exista una real situación de inferioridad, si nos encontramos con aquellos valores culturales que permiten y justifican la realización de estos comportamientos por parte del agresor.

⁴³ LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Trotta, 2007. 149 p.

⁴⁴ LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Trotta, 2007. 149 p.

⁴⁵ LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Trotta, 2007. 149 p.

La situación descrita es la que constituye lo que se denomina un “contexto de dominación”, no hay violencia previa, ni vulnerabilidad física o económica en el caso en particular y esto es precisamente lo que justifica que el ataque a una pareja mujer sea grave.

La segunda consideración es verificar si ello significa agregar más requisitos, en el evento de que la víctima sea mujer, con respecto a otros casos en los que nos encontramos con una presunción de mayor vulnerabilidad, como los referidos a un menor, incapaz, drogodependiente o trabajador. Se podría responder afirmativamente a la afirmación y habría que fundamentarla en que esta exigencia con respecto a este tipo de violencia ha sido considerada por el legislador, porque con ello se busca sancionar la violencia, no respecto de la mujer simplemente, sino aquella que se encuentra en pareja, en un determinado contexto de dominación.

- c) La prevención general⁴⁶. Se puede afirmar que para cualquier persona, extraña al Derecho penal, resultaría incomprensible que en las discusiones sobre el aumento de las penas no se atendiera directamente a los fines de la prevención general que tienen las penas, es decir, en el interés de reducir la comisión de estos delitos en concreto.

LARRAURI señala que la justificación de la prevención general puede eventualmente ofrecer una explicación de la razón por la cual se quiere limitar la agravación de pena a los hombres cónyuges o parejas. En tal sentido puede afirmarse que el mensaje debe individualizarse porque los hechos ponen en evidencia que en la práctica la mayoría de los agresores son hombres y es por ello que es necesario concretar este “mensaje pedagógico”, pues precisamente éste es el problema social sobre el cuál el legislador quiere incidir. De esta manera, siguiendo la lógica de Jacobs y Potter (1998:65-68), podríamos observar que este tipo de regulación emite un mensaje a tres audiencias: los grupos de presión a los que el legislador expresa su solidaridad a cambio de su apoyo, el público en general y los infractores en particular. Por cierto, el segundo y tercer grupo no reciben el mensaje tan claramente como el primero: El mensaje que estas leyes [que castigan con penas más severas] comunican al grupo de ofensores es uno más de la batería de condenas y amenazas contenidas en el derecho penal. Prácticamente se debe hacer un acto de fe ciega para pensar que los autores o potenciales autores de estos delitos van a responder de mejor manera a este mensaje

⁴⁶ LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Trotta, 2007. 149 p.

que a las otras amenazas explícitas que existen en el derecho penal y que ellos regularmente ignoran (Jacobs y Potter, 1998:68).⁴⁷

Existen otras opiniones al respecto, en efecto, hay un sector de la doctrina que se expresa en contrario a la discriminación positiva hacia la mujer como factor determinante en la fundamentación de la reforma penal, puesto que el Derecho penal parte del principio de igualdad, y por lo tanto, ha encontrado una respuesta diferente. Explican que cuando un hombre comete hechos punibles penalmente, se está afectando a un doble bien jurídico, puesto que por una parte afecta al bien jurídico concreto de carácter individual del que es titular la mujer objeto de violencia (integridad física, tranquilidad, capacidad de adoptar decisiones), y por otra parte, esa misma conducta está afectando a otro nuevo bien jurídico que tiene un carácter colectivo o macrosocial y que es de exclusiva titularidad femenina.

Así, LAURENZO COPELLO no sólo identifica como bien jurídico protegido “*la discriminación de la mujer en la estructura social, en el reparto inequitativo de roles sociales entre hombres y mujeres*”, sino que además afirma que la mujer, por el hecho de ser mujer “*se encuentra particularmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de su pareja masculina*”, lo que le lleva a concluir que el objetivo que persigue la ley se basa en “*un peligro derivado de su propia condición femenina, un riesgo que tiene su origen en la radical injusticia en el reparto de roles sociales que coloca a las mujeres-como colectivo, como género-en una posición subordinada y dependiente del varón*”⁴⁸. Finalmente, se estima o considera que, el género femenino es inferior al género masculino, sólo por el hecho de serlo.

La misma autora explica que el Código Penal protege a personas en virtud de la especial vulnerabilidad en la que se encuentran dentro de la sociedad, como pueden ser los menores, incapaces o drogodependientes. Por lo tanto, la misma situación puede ser aplicable para las mujeres que se encuentran unidas sentimentalmente con su victimario de sexo masculino o, que en algún momento lo estuvieron, respecto de quienes se han creado tipos penales en virtud de su especial vulnerabilidad. En todo caso se debe tener presente que, puesto que la situación de vulnerabilidad es una calidad que también se considera respecto de otros sujetos pasivos dentro de la LOPIVG, y, por lo tanto, no sólo ese dato que ha tenido el legislador para crear tipos penales con respecto a la mujer como sujeto pasivo de los tipos penales cuya pena agrava, sí queda en evidencia que, cuando la mujer que convive con el autor es víctima,

⁴⁷ LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Trotta, 2007. 149 p.

⁴⁸ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

entonces no es necesario demostrar la especial vulnerabilidad en la que se encuentra, respecto de los otros casos mencionados, sí que se debe probar.

FARALDO CABANA⁴⁹ ha explicado que la protección mayor que se le entrega a la víctima que es mujer no se debe a una *debilidad física o vulnerabilidad innata*, sino que a un cierto y efectivo desvalimiento que se ha construido socialmente por la educación, la religión, la política, es decir, por la imposición de *roles familiares tradicionales*. Además, la situación biológica de su sexo, no es lo que fundamenta la mayor protección de la mujer, sino que por la especial situación de vulnerabilidad a la que se ve enfrentada cuando el hombre que es su pareja ejerce violencia sobre ella, y se aprovecha de la superioridad que la relación en su caso le otorga.

Otros autores han hecho un esfuerzo mayor para delimitar el bien jurídico en los delitos de violencia de género con respecto al de la violencia doméstica, como lo realiza FUENTES SORIANO⁵⁰. En efecto, en su opinión, la violencia de género provoca en la víctima, además del concreto atentado contra su salud física o psíquica y el normal desarrollo de la personalidad, “la posición de dominio absoluto del varón, van destinadas a lograr la sumisión de la mujer. En esta situación, las consecuencias-que pasan por una anulación de su personalidad-repercuten no sólo en su comportamiento sino también en el desarrollo de su personalidad, dejándose así, sentir en todas las facetas vitales”. Se podría observar, con respecto a esta aseveración que, las consecuencias de las conductas agresivas del autor, producen sus efectos más allá del acto delictivo en sí.

La misma autora determina que la finalidad de la LOPIVG es “elevar a la categoría de bien jurídico protegido el normal desarrollo de la personalidad de la mujer, en una sociedad de raíces patriarcales donde la plena dominación y subordinación de ésta por el marido (o pareja) en el seno de la familia ha sido siempre, históricamente, conseguida sobre la base de la sumisión física y psíquica”; si bien, por otro lado, señala que se trata de “tipificar una conducta violenta que esconde una intencionalidad de sumisión, que acompaña a la mera agresión”, explicación que finalmente se traduce en sancionar a un hombre por su personalidad o carácter violento y no por el hecho cometido, que doctrinariamente se denomina derecho penal de autor.

Si partimos de la premisa de que el planteamiento indicado es válido, estaríamos frente a un bien jurídico indisponible del que es titular una mujer que ha sido víctima de la violencia

⁴⁹ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

⁵⁰ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

machista. Por la razón indicada, entonces, se justificaría la falta de consideración de la voluntad de la mujer que ha sido ofendida, a que no haga falta denuncia o querrela, además, que la orden de alejamiento, impuesta como medida cautelar, o como pena, le impida rehacer su vida con el hombre que en un determinado momento la sometió a actos de violencia y que tampoco se considerara que la víctima interviniera en la rehabilitación del agresor, aun sin que pudiera ser necesaria o no, porque el legislador ha establecido que deben estar separados.⁵¹

Han existido otras explicaciones doctrinarias que han justificado la creación de estos nuevos tipos penales. Así, ARROYO ZAPATERO explica que el aumento de la pena que impone la LOPIVG a los delitos de maltrato, lesiones, amenazas, coacciones y quebrantamiento de condena, comenzando por afirmar que las situaciones de malos tratos no pueden ser considerados separadamente, además, por las características de esta clase de violencia, la mujer agredida y el hombre agresor sufren de un síndrome bien estudiado por la criminología, “el proceso y la dinámica de la violencia de género en la pareja está hoy, como digo, perfectamente identificada en el ciclo de la violencia del síndrome de la mujer maltratada: voluntad de dominación y sometimiento, acumulación de la tensión, explosión violenta, reconciliación o manipulación afectiva, escalada y reanudación del ciclo”. De este modo, el bien jurídico deja de ser una necesidad de la víctima o de las víctimas (de vivir tranquilamente, por ejemplo), sino que “sólo podría estar representado por el daño concreto sufrido por quien ha sido agredida sexualmente”⁵². No obstante, en este punto se debe sostener que se prescinde del efecto sobre el bien jurídico, para focalizarse sencillamente en la consecuencia material que produce en la concreta víctima la acción del autor. Equivale a afirmar que en los delitos de lesiones en sus distintas figuras delictivas que la configuran se protege el sufrimiento físico-el dolor-de la víctima, en vez de proteger la integridad física o la salud de la víctima, aspectos éstos últimos que, ciertamente, se tienen en consideración, pero a través del referente material del bien jurídico protegido que es precisamente el que omite el autor.

Sin perjuicio de lo que se señalará a continuación, semejante “bien jurídico” no puede sostener la agravación de la pena en las nuevas figuras constitutivas de delito a partir de la LOPIVG sin violar el principio *non bis in idem*; puesto que en la medida en que cada acto sería a su vez fruto de los anteriores, los cuales en su momento se tradujeron en una condena, pero a la vez sostienen el plus de injusto del siguiente delito; y el de *presunción de inocencia*;

⁵¹ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

⁵² ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

ya que en cada acto se está presumiendo que el agresor va a seguir realizando actos de este tipo, por lo que, si muere el agresor, la mujer que fue sometida a actos de violencia física o psíquica no podría ser considerada víctima de esta clase de violencia, puesto que su persona ya no corre el riesgo de que volviese a ser atacada por ese mismo agresor. Todo esto prescindiendo, de que resultaría muy difícil distinguir estos delitos del de malos tratos habituales en el ámbito familiar, en el cual, precisamente, se castiga la repetición habitual de actos de violencia.⁵³

Este razonamiento tiene implícita una presunción de derecho de pluriofensividad ya que ocasionaría una doble victimización: “la de la mujer como persona y la del género femenino como colectivo social subyugado y oprimido”⁵⁴. En esta lógica se tendría que sostener que en cada ocasión en la que un hombre maltrata a su mujer o quien la ha sido, no sólo está lesionando los bienes jurídicos individuales respecto de los cuales ella es la titular, sino que también, más que poner en peligro, estaría derechamente lesionando el bien jurídico colectivo consistente en el género femenino históricamente subyugado al masculino. De esta manera, se pretendería castigar una conducta que victimiza tanto a la mujer singularmente considerada como al propio género al que ella pertenece, esto es, estaría “ofendiendo” a todas las mujeres. Cabe recordar que éste era en su esencia el fundamento de la circunstancia agravante de desprecio de sexo, como se ha señalado anteriormente, con la diferencia de que entonces se hacía a partir de un planteamiento patriarcal que reconocían la desigualdad jurídica y real existente entre hombres y mujeres, en cambio ahora se hace a partir de planteamientos feministas que parten de la necesidad de alcanzar la igualdad real a través de la desigualdad jurídica en el ámbito penal.

Así las cosas, en esto consistiría el plus que sustentaría la agravación de la pena. Sin embargo, el asunto pasa por comprobar si en efecto dicho interés puede ser apreciado como un bien jurídico a efectos penales, y en caso de que así fuese, si las conductas específicas que el legislador ha seleccionado, al proceder a su tipificación, poseen la idoneidad para lesionarlo. Y al mismo tiempo, debe analizarse la necesidad de la intervención penal a través de sus consecuencias, es decir, si los efectos que dicha intervención provoca, están en la línea de terminar con la violencia ejercida en contra las mujeres por razón de género en su ámbito familiar, o si por el contrario va a provocar efectos contraproducentes para la propia víctima. En este sentido, todo indica que actos tales como los de dar un empujón o cambiar la

⁵³ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

⁵⁴ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

cerradura de la casa de verano –algunos de los supuestos que han sido elevados del ámbito de las faltas de mal trato y de coacciones a los nuevos delitos- son conductas incapaces para afectar a esa pluralidad de bienes jurídicos atendida su insignificancia.”⁵⁵

Si consideramos que el bien jurídico protegido en los delitos que tipifica la LOPIVG tiene una especial característica que dice relación con el fundamento que finalmente permite agravar las penas cuando el sujeto pasivo es la mujer, debemos reflexionar acerca de la repercusión que ha tenido la reforma en cuanto a la disminución efectiva de los tipos penales que allí se indican, los que finalmente alteran una normal convivencia social.

Sólo de una lectura somera de la numerosa literatura española que existe sobre el tema, podemos deducir que la erradicación y prevención de la comisión de delitos contra la violencia de género han pasado a ser parte de los objetivos cuyo cumplimiento está muy lejos de convertirse en una efectiva realidad. Este tema, sin lugar a dudas, nos debe llevar a reflexionar acerca de las consecuencias jurídico-penales que ha tenido la dictación de la LOPIVG.

En efecto, un primer punto que es importante analizar es que la reforma atentaría contra el principio de culpabilidad, se han agravado las penas, porque históricamente los hombres han agredido a las mujeres en una sociedad patriarcal en la que se valora el dominio que ejerce el hombre por sobre la mujer, por lo tanto, el hombre que atenta contra la integridad física o síquica de una mujer debe responder penalmente con una sanción mayor, la que ha mantenido con las mujeres por la relación de dominación que existe y no sólo por su propia responsabilidad penal por el hecho específico que se le puede atribuir respecto de la conducta que él mismo ha generado.

Otro principio penal en contra de la que atentaría la reforma mencionada es el de la igualdad, puesto que el aumento de las penas respecto de un hombre cuando comete los mismos que una mujer en el ámbito familiar, deja en evidencia de que no son igualmente tratadas las personas de distinto sexo, cuando ejecutan la misma acción.

Por último, se puede constatar la infracción del principio de la proporcionalidad, según el cual, frente a unos mismos hechos, en unos casos la ley castiga con penas privativas de libertad y en otros no, por lo tanto, la solución penal no sería coherente, ni menos, respetuosa de los principios básicos de un sistema penal moderno y respetuoso de los derechos de las personas.

⁵⁵ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

Se ha señalado que estos tipos penales constituyen parte de lo que se denomina un derecho penal simbólico y así lo ha identificado el legislador en la exposición de motivos de la LOPIVG, “para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándola en tipos penales específicos”.⁵⁶ La afirmación indicada también se puede sustentar en que las penas establecidas no son muy elevadas, “en relación con el resto de los supuestos”,⁵⁷ además, pueden ser dejadas en suspenso y ser rebajadas por el juez, por lo que finalmente se puede afirmar que el Derecho penal está siendo utilizado simbólicamente.

Si nos estamos refiriendo a las sanciones dentro de la LOPIVG, debemos atender, necesariamente, a la función que tiene la pena dentro del sistema penal y el sustento jurídico que ella tiene. Efectivamente, el Derecho penal tiene como función la protección de los bienes jurídicos, la pregunta que se hace al respecto es ¿cómo protege el Derecho penal esos bienes jurídicos?, la respuesta es: a través de las penas. Estas penas tienen una función preventiva y deben instar a la reinserción social del delincuente, como lo exige el artículo 25.2 CE. Se ha señalado que el sistema punitivo de la violencia de género es mixto, “punitivo-victimológico”,⁵⁸ puesto que por una parte, considera que las penas impuestas obedecen a los principios de la prevención penal y por otro lado, ellas deben atender a satisfacer las necesidades de seguridad, de superación y de autonomía para la víctima.

4.2.-Breves consideraciones acerca del rol de la víctima en el sistema penal

En esta parte sería interesante detenernos en un argumento que tiene trascendencia en el tema que se está abordando y que dice relación con el rol de la víctima dentro del proceso penal. Tradicionalmente el estudio del Derecho penal se centra especialmente en una parte general, que estudia la teoría del delito y de la pena; y en una parte especial, que estudia los tipos penales en particular. La víctima no ha sido tema a discutir mayormente dentro del Derecho penal, más que nada porque el objetivo de éste es la imposición de una pena a quien ha quebrantado el orden social cuando comete un delito y es necesario volver a restablecer la paz social. Sin embargo, actualmente, la víctima es una parte que, dentro del proceso, está

⁵⁶ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

⁵⁷ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

⁵⁸ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

comenzando a ser escuchada, en este momento es difícil aún definir si para “bien o para mal”, a fin de considerar sus intereses dentro del procedimiento penal.

Los estudios modernos del Derecho penal ⁵⁹ están contestes en afirmar que la víctima, hasta hace poco tiempo atrás, casi no figuraban en el proceso penal. Existe una razón que justifica la situación constatada y que dice relación con que, aún cuando con la comisión de un ilícito se afecten los bienes jurídicos e intereses de la víctima, quien ejerce el *ius puniendi* no es ésta, sino que es el Estado. Por lo tanto, si la comisión de un delito afecta o quebranta el orden público, el derecho a imponer penas le corresponde al Estado. En consecuencia, para que no impere la autotutela, y los ciudadanos eviten hacer justicia por mano propia, el Estado debe crear los instrumentos jurídicos pertinentes para restablecer la paz social. A la víctima se le reconocen algunos derechos dentro del proceso penal, como el derecho a iniciarlo, ser parte de él, solicitando la imposición de una pena o medida de seguridad al autor del delito, pero no tiene un derecho material a condenar, porque éste pertenece sólo al Estado (artículo 270 LECrim).

4.3.-Delito de desacato o quebrantamiento de condena.

Uno de los temas a tratar en este punto, es el que dice relación también con el incumplimiento de las medidas cautelares, puesto que, como sucede tanto en España, como en Chile, tanto los órganos persecutores, como los Tribunales de Justicia, han entendido que el desacato o el quebrantamiento de condena se comete con el consentimiento de la víctima, quien, no recuperada emocionalmente de la agresión sufrida, se aproxima a su agresor, por sí misma, o acepta que éste se le acerque. En estos casos, la LOPIVG (España) y la LVIF (Chile) autorizan que la medida impuesta sea agravada o, se puede llegar incluso, a la privación de libertad del victimario.

4.3.1.- Situación en la legislación española.

Se ha estimado que la agravación a que hacemos mención es comprensible, pero imponer de inmediato la privación de libertad o pena de cárcel, puede resultar excesivo. Se ha atenuado la solución exigiendo que se atienda a la casuística de los hechos en particular y no que la privación de libertad sea una salida para la generalidad de los casos.

⁵⁹ MARTINEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Iustel, 2008. 318 p.

Primero, debemos atender a la naturaleza de la medida cautelar, de orden público para víctima y victimario, que no permite la intervención de la voluntad de ninguna de las partes indicadas. Se estima que el apercibimiento para cumplir esta medida debe estar dirigido a ambos. Consecuentemente, se afirma que una apropiada medida de carácter social que beneficia a ambos es la de otorgarles apoyo psicológico desde el principio.⁶⁰

La LOPIVG, en el artículo 64, párrafos 3 y 5 establece que el incumplimiento de la orden de alejamiento y de la prohibición de comunicación traen como consecuencia responsabilidad de carácter penal, tipificada en el nuevo artículo 468 del Código penal, además de agravar la medida por medio de la privación de libertad.

Hasta la fecha la situación se ha vuelto compleja, puesto que se han llegado a producir casos en los que se ha debido apercibir a la víctima respecto de la cual se ha otorgado protección especial, por la particular situación en la que se encuentra y porque, además, su consentimiento en el quebrantamiento de la medida puede llegar a constituir incitación a la comisión de un delito.⁶¹ Se ha entendido que, como mínimo, debiera apercibirse a ambas partes de las consecuencias de la infracción de estas medidas y considerar las medidas mencionadas sobre la víctima.

En el Derecho penal español, “la LO 15/2003 sometió a reforma el artículo 468, en el que a su tenor establecía: “1. *Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad. 2. En los demás supuestos, se impondrá multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días*”.⁶²

La actual LOPIVG, en sólo un corto lapso de tiempo después, modificó el párrafo segundo, y eliminó la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad. En efecto, el mismo ahora establece que “*se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2.*”⁶³

⁶⁰ BOIX, Javier y MARTÍNEZ, Elena. La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Madrid, Lustel, 2005. 492 p.

⁶¹ BOIX, Javier y MARTÍNEZ, Elena. La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Madrid, Lustel, 2005. 492 p.

⁶² ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

⁶³ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

Relacionando derechamente el quebrantamiento con el tema de la tesis, podemos indicar que ha existido discusión doctrinaria en ese sentido.

En España, GARCÍA ALBERO plantea la interrogante acerca qué ocurre cuando es la propia víctima del delito la que provoca el incumplimiento de la pena, medida de seguridad o medida cautelar por parte del condenado, al ser el quebrantamiento un delito especial del que sólo puede ser sujeto activo el condenado, a la víctima podría estimársele como partícipe, sin perjuicio de la facultad de que el juez aplique la rebaja de pena potestativa del artículo 65.3. Este profesor sostiene que el tipo del artículo 468.2 sólo se refiere al condenado por un delito en el que la víctima sea uno del artículo 173.2, con lo cual, si la víctima es la que hace incumplir el alejamiento del agresor, debería ser sancionada como inductora o cooperadora a través del número 1 del artículo 468. Lo anterior, en la medida que no existe una cláusula general en la que se establezca la responsabilidad por el delito de quebrantamiento de condena en aquellos supuestos en los que sea la víctima la que con su participación haga que el autor incumpla el alejamiento, de manera que ante la ausencia de una previsión específica de formas de participación diversas en el quebrantamiento, necesariamente debe desprenderse la voluntad legal de considerar no aplicables las formas de participación material –aunque se asimilen legalmente a la autoría- en el quebrantamiento de medidas no privativas de libertad. Por su parte COMAS D'ARGEMIR I CENDRA y QUERALT JIMÉNEZ ⁶⁴ razonan que es necesario distinguir un “*incumplimiento material*” del mero “*incumplimiento formal*”, y sostienen que en aquellas situaciones en las que la víctima voluntariamente incumple el alejamiento no se puede considerar como antijurídico ni, por tanto, lesionar bien jurídico alguno.

Respecto del delito de quebrantamiento de condena se ha entendido que éste sólo atiende al anhelo de toda persona que, instintiva y naturalmente busca recuperar su libertad, una vez que la ha perdido, por la imposición de una condena o pena. Por otra parte, si atendemos al quebrantamiento de la orden de alejamiento, podemos constatar que la acción no obedece al impulso del sujeto por recuperar la libertad de movimiento en el más amplio sentido, lo que él quiere ahora es acercarse a la víctima del delito, o a las personas respecto de las cuales ordenó su alejamiento en la sentencia.

⁶⁴ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

Por ello, a pesar de que se trate de un delito en el que se protege el bien jurídico de carácter colectivo “Administración de Justicia”, quizás sea el móvil del autor el que justifica la imposición de la pena en este concreto supuesto.⁶⁵

En cuanto al análisis de la conducta típica en el quebrantamiento de la condena, la Profesora ACALE⁶⁶ explica que la finalidad no es otra que asegurarse que en todo caso los jueces tienen que imponer pena de prisión, lo que deja vía libre a imponer también la prisión como medida cautelar durante el tiempo en que se sustancie el procedimiento. De esta forma se solventa de forma expresa el problema que existía hasta la entrada en vigor de esta ley; en la medida en que tal delito estaba castigado con pena alternativa de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad, y los jueces se mostraban en algunos casos reacios a decretar la prisión provisional. Sobre todo si se tiene en consideración que al no ser un delito de los señalados en el artículo 57 –en él se protege la “Administración de justicia”–, no puede decretarse el alejamiento como medida cautelar.

De acuerdo a la figura penal que contempla la Ley, la conducta típica consiste en quebrantar una pena de las contempladas en el artículo 48 CP -en cualquiera de sus modalidades- o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo.173.2. CP.⁶⁷

Además, la infracción a la orden de alejamiento se debe producir cuando ésta se haya impuesto como “pena”, “medida cautelar” o de “seguridad”. En el incumplimiento de la orden de alejamiento como pauta de comportamiento dentro de los antecedentes de la suspensión de la ejecución de la pena, no concurre la comisión de un delito de quebrantamiento de condena, sí provoca que, necesariamente, se deba cumplir la pena que originalmente se impuso y cuyo cumplimiento se dejó en suspenso.

En los delitos de quebrantamiento de condena se ha indicado que el bien jurídico protegido es la Administración de justicia y en particular la afectación de la efectividad de las resoluciones judiciales. Por esta razón se ha explicado que, además de este bien jurídico al que atiende el

⁶⁵ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

⁶⁶ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

⁶⁷ “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieren corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.”

tipo penal del quebrantamiento de condena, no puede considerarse un bien jurídico individual de la propia víctima.

El centro de la discusión en este trabajo es el de la orden de alejamiento⁶⁸ del autor del delito de violencia de género, regulada en el artículo 64 de la LOPIVG y desarrollada en el artículo 544 bis de la LEC como medida cautelar. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 69 de la LOPIVG puede ser también impuesta como pena para los delitos de violencia de género, que, de acuerdo a lo señalado en el cuerpo legal que la contempla, se trata de una pena accesoria a las principales que establece la ley para delitos y faltas de violencia de género (prisión, trabajos en beneficio de la comunidad), sin embargo, la duración de ella, no depende de la pena principal, sino que del delito cometido, puesto que, incluso, si la pena principal se suspende, la orden de alejamiento puede quedar vigente por el tiempo que decreta el Juez.

La orden de alejamiento comprende distintos supuestos: prohibición de aproximación a la víctima u otras personas señaladas por el juez, prohibición de acudir o volver a determinados lugares, salida del domicilio, suspensión de las comunicaciones.

En relación al quebrantamiento de la orden de alejamiento, se puede atender a lo dispuesto en el artículo 468 CP, que iguala la sanción del quebrantamiento de las penas contempladas en el artículo 48 CP, con el quebrantamiento de las medidas cautelares o de seguridad.

Puede suceder que el imputado o condenado incumpla la orden de alejamiento, y efectivamente se acerque a la víctima, no debiendo hacerlo. En ese caso, su acción provocará el inicio de un nuevo procedimiento penal a fin de determinar si éste incurre en la conducta de la figura penal del artículo 468 CP y, por otra parte, el juez podrá agravar su situación procesal y entonces decretar la prisión provisional en su contra.

El problema se presenta cuando los quebrantamientos se producen con el consentimiento de la víctima, que acoge al imputado o condenado en su domicilio o le permite comunicación sin restricción alguna. Esto se produce, generalmente, porque la víctima, no se ha recuperado emocionalmente de lo ocurrido, y generalmente accede a que su agresor se aproxime a ella, o, en otras ocasiones es ella misma quien lo busca.

En este punto hay que hacer una distinción respecto del incumplimiento de la orden de alejamiento, puesto que como ya vimos, ésta puede ser una medida cautelar o una pena. En

⁶⁸ BOIX, Javier y MARTÍNEZ, Elena. La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Madrid, Lustel, 2005. 492 p. Para decretar la orden de alejamiento el juzgador debe atender a tres presupuestos: a) *Fumus boni iuri* o apariencia de buen derecho, es decir, deben existir indicios fundados de la existencia de este hecho constitutivo de actos de violencia de género. B) Riesgo para la víctima, también llamado *periculum in mora* o *periculum in libertatis*, entendido como riesgo efectivo para la víctima. C) La medida puede ser decretada de oficio o a petición de parte.

relación a la primera de las hipótesis algunos autores, como la Profesora MARTÍNEZ⁶⁹ han sostenido que “si tras haber sido dictada la orden de protección comparece ante el juzgado la víctima solicitando que sea dejada sin efecto, no parece que haya inconveniente en que el juez, tras valorar si esa manifestación de la mujer se hace en *forma libre y voluntaria*, la deje sin efecto si efectivamente llega a la conclusión de que no existe ya para la misma la situación objetiva de riesgo que justificó la adopción de la medida en su día o, si a la vista de tal renuncia, considera que la imputación no se sustenta en indicios suficientes, en cuyo caso podría incluso llegar a acordar el archivo del procedimiento.”

La misma autora explica la situación que se produce cuando se incumple la orden de alejamiento como pena y en ese sentido señala que: “cuestión distinta es cuando el alejamiento se ha dictado como pena, en cuyo caso no existe duda de que la misma es completamente indisponible para las partes y sólo quedará a las partes en conflicto la solicitud del indulto parcial respecto de esa parte de la pena”.⁷⁰

Importante sería sostener que la orden de alejamiento en los delitos de violencia de género debería decretarse previa consulta a la víctima, puesto que se debe relacionar el bien jurídico que protegen los tipos penales de la LOPIVG, con la respuesta penal que contiene la Ley. No puede dejar de considerarse que la ejecución de la orden de alejamiento repercute, necesariamente, en la conducta de dos personas, hombre y mujer, en los casos de violencia de género, definitivamente, no podrán acercarse el uno al otro. Respecto del primero, porque ha cometido un delito o falta, y la segunda, porque la ley tiene por objetivo resguardar su seguridad. Al respecto se ha indicado que, “la previsión legal contenida en el artículo 57 del Código Penal, que impone el alejamiento en el caso de condena por delito de violencia de género, debe ser objeto de revisión en futuras reformas legales, permitiendo que sea el Juez, valorando las circunstancias concurrentes, quien acuerde en su caso dicho alejamiento, pues no hay que olvidar las particulares características que envuelven estos delitos sin que parezca lógico imponer a la víctima en todo caso dicha medida, sobre todo en aquellos casos de menor gravedad, siendo esta cuestión una de las que penden en el momento actual ante el Tribunal Constitucional al suponer que la imposición de dicho alejamiento podría suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a vivir juntos, como recuerda la SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras, tal y como se lee en la Sentencia del Tribunal Supremo de la

⁶⁹ MARTINEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Lustel, 2008. 318 p.

⁷⁰ MARTINEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Lustel, 2008. 318 p.

Sección Primera de la Sala en lo Penal de fecha 26 de septiembre de 2005 en la que analizando la incidencia de la voluntad de la víctima en cuanto al tipo del artículo 468 del Código Penal, el Tribunal Supremo sostiene lo siguiente: “Podemos concluir diciendo en cuanto a la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesaridad de la protección, y por tanto supone *de facto* el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijada por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquella, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta, pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante. Esta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en que se desarrolla su eficacia”.⁷¹

Se ha sostenido que en este punto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido contradictoria, puesto que, “en sus primeras sentencias consideró que no existía el delito en el caso de la anuencia de la víctima, estableciendo además que no podrá estarse a los cambios en la decisión de la víctima que primero acoge al agresor y luego, si surgía un nuevo incidente, lo denunciaba por haber quebrantado la orden concedida (STS de 26 de septiembre de 2005). Parece lógica la conclusión a la que se llega en la Sentencia en el sentido de considerar que si la mujer consiente en forma libre y voluntaria regresar con su agresor, no podrá ser este condenado por un delito de quebrantamiento, debiendo aquella solicitar en su caso una nueva medida de protección si se produjeran nuevos hechos de violencia sobre ella. Así se adelantaba ya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006, cuando afirma: “el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado, y “lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar”. Solamente un consentimiento firme y relevante por parte de la víctima, puede ser apreciado a los efectos interesados por el recurrente, y siempre desde la óptica propuesta de un error invencible de tipo.”⁷² Continua señalando la misma autora: “No obstante lo anterior, el propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de enero de 2007, con cita de la de 20 de enero de 2006, parece sentar una conclusión distinta al señalar en el punto 3 de su Fundamento Jurídico Segundo lo siguiente: “El acceso a la casa el día 29 de octubre se produjo con la aquiescencia de la mujer, a cuyo argumento no puede acogerse el recurrente porque es consciente de que el consentimiento de

⁷¹ MARTINEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Iustel, 2008. 318 p.

⁷² MARTINEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Iustel, 2008. 318 p.

la ofendida no podría eliminar la antijuridicidad del hecho. Primero porque el consentimiento estaba condicionado o viciado por presiones de la familia, según rezan los hechos probados; y segundo, porque la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal- que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquella- pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto.”⁷³

Aun cuando se advierten cambios de criterios en las sentencias indicadas, una solución a este problema podría ser estableciendo que la decisión de decretar como pena una orden de alejamiento no sea obligatorio para el Juez, sino que se imponga de acuerdo a su criterio discrecional, según se pudiera apreciar algún riesgo para la integridad física o síquica de la víctima, y/o también tenga la alternativa legal de dejarla sin efecto, si ella no resulta útil.

La mayoría de las Audiencias Provinciales, como lo explica la Profesora MARTÍNEZ, “se decanta por dotar de relevancia al consentimiento de la víctima que reanuda voluntariamente la convivencia con su agresor absolviendo a éste del delito de quebrantamiento.”⁷⁴

En el mismo sentido el Profesor MAPELLI ha señalado que la inducción o el simple consentimiento por parte de la víctima para que el condenado quebrante la pena impuesta se ha constituido en importante fuente de jurisprudencia que ha fluctuado en distintos sentidos. Para abordar el tema, el Profesor MAPELLI pone atención en dos elementos centrales. El primer elemento es la naturaleza jurídica de las prohibiciones y, el segundo elemento es la actitud de la víctima y, consiguientemente, la del condenado. Ha explicado que cuando se trata de una medida cautelar, la Segunda Sala del TS ha sentenciado que el consentimiento es irrelevante “(Acuerdo de 26 de noviembre de 2008. En el mismo sentido, entre otras, AA PP Madrid [Sec. 27], Sentencia 29/2009; Toledo [Sec. 2], Sentencia 18/2009; Almería, Sentencia 73/2009 [Sec.3]. Aunque no se refiere expresamente el Acuerdo nada más que a estos casos, parece evidente que, con más razón, debe entenderse irrelevante cuando se trata de una obligación (art. 83 CP) o de una pena. El argumento jurisprudencial que se ha ido imponiendo es que “la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en

⁷³ MARTINEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Iustel, 2008. 318 p.

⁷⁴ MARTINEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Iustel, 2008. 318 p.

beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal- que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquella –pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto” (STS 10/2007 de 19 de enero). Así pues tratándose del menoscabo del principio de autoridad, éste se encuentra tras cualquier decisión judicial.”⁷⁵

Además, se ha dicho que si se identifica como bien jurídico protegido, el principio de autoridad en un sentido formal, sin atender a los objetivos de las resoluciones judiciales que se busca resguardar por el Derecho penal, no es consecuente con la esencia democrática de las instituciones del Estado. Esta situación se puede observar de mejor forma cuando se trata de medidas cautelares cuyo fin último es dar seguridad a la víctima. Con este sistema, el Estado otorga tutela, pero interfiere la órbita íntima de las víctimas, en este caso, si por medio de una resolución judicial se le prohíbe a una mujer vivir con su pareja.⁷⁶

El Profesor MAPELLI entrega la solución jurídico-penal a esta situación y explica, en relación con el quebrantamiento que, cuando éste se ocasiona dolosamente por un comportamiento desobediente de la víctima o de aquellas personas respecto a las cuales le está impedido acercarse o comunicarse, “la irrelevancia penal adquiere mayores argumentos”⁷⁷, dejando de lado la responsabilidad penal del condenado. La Ley penal no impone sanciones a otras personas que no sean los condenados, por lo tanto, si quien quebranta es aquella respecto de la cual se ha decretado la protección, no es procedente que se le imponga una pena. No resulta procedente que se castigue a la víctima que se encuentra en la situación descrita, por el delito de desobediencia (artículo 550 CP), porque la orden de no aproximarse o no comunicarse no es bilateral. Tampoco es procedente sancionar a la víctima por participación en el delito de quebrantamiento (artículo 468 CP), porque no hay quebrantamiento. Finalmente, si durante la etapa de ejecución de la pena, alguna de las personas respecto de las cuales se ha ordenado alguna orden de alejamiento manifiesta su voluntad de normalizar la relación, se hará ilusorio el cumplimiento de la pena, salvo que el protegido sea menor o desvalido.

Como ya se ha explicado, en el caso de los delitos de violencia de género se crearon tipos penales que tenían por objeto proteger bienes jurídicos que tenían relación, especialmente, con la desigualdad entre hombres y mujeres en las relaciones de pareja. La respuesta del Estado frente a esta lacra social fue penal, por lo tanto, se crearon instituciones que trascendían el problema desde lo privado a lo público, y se impusieron medidas que no

⁷⁵ MAPELLI, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. Navarra, Aranzadi, 2011. 499 p.

⁷⁶ MAPELLI, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. Navarra, Aranzadi, 2011. 499 p.

⁷⁷ MAPELLI, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. Navarra, Aranzadi, 2011. 499 p.

atendían a la voluntad, en este caso, de las víctimas, cuando estamos frente a conductas que no revisten mayor gravedad, sino a lo que la ley ordena, por lo tanto, se deja de lado la voluntad o autonomía de la mujer en cuanto a las decisiones que se pueden tomar en un proceso penal, como sucede, precisamente, con la orden de alejamiento.

La situación mencionada no ha estado exenta de debates, puesto que esa es una forma de solucionar un conflicto que se produce dentro de la pareja, sin embargo, a la hora de resolverlo, la voluntad de la víctima-mujer, no es considerada. La aplicación de la LOPIVG ha profundizado el debate del tema. En efecto, la imputación imperativa del delito de quebrantamiento de condena (artículo 468,2 CP), cuando se incumplen las órdenes de alejamiento o incomunicación decretadas judicialmente frente al agresor en los casos de maltrato a la mujer, se han provocado inconvenientes no irrelevantes de difícil resolución. Se ha dicho que el inconveniente aludido se inicia anteriormente, con la dictación de la LO.15/2003, de 25 de noviembre) que estableció la imposición indiscriminada de las medidas de protección sin el consentimiento o en contra de éste, con respecto a las propias víctimas (artículo 57,2 CP), por lo tanto, se les prohibía coactivamente el derecho a proseguir o reanudar la convivencia con su agresor. Una de las primeras sentencias que se refirió al problema señalaba: “El Tribunal considera absolutamente improcedente que se adopten medidas de protección de la víctima en contra de la voluntad expresa de la propia víctima, cuando ésta es una persona adulta y dotada de plena capacidad de obrar, a la que hay que suponer en plenitud de facultades mentales y en condiciones de juzgar sobre sus propios intereses...Otra cosa sería tratar a las víctimas de la violencia de género como sujetos cuya capacidad de autodeterminación se encuentra abolida o limitada y cuyo interés ha de ser, por tanto, tutelado institucionalmente por encima de su propia opinión, al modo de los menores o incapaces, lo que francamente nos parece ofensivo para la dignidad personal de la víctima que precisamente se pretende proteger”.⁷⁸

Una reflexión que se podría señalar en este punto es que la solución penal que impone el Estado a los delitos de violencia de género y que dice relación con la orden de alejamiento trae como inevitable consecuencia que una vez que interviene el Juez cuando la dicta, imposibilita a la mujer de volver a vivir con quien ella quiere, entonces pasa de estar sometida a su pareja que la agrede, a la tutela del Estado, quien le ordena dejar de vivir con quien ella desea estar, por lo tanto, aún cuando existe una ley que tiene por objeto tratar de eliminar la

⁷⁸ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2006, num. 08-02, p. 02:1-02:13 ISSN 1695-0194 <http://criminet.ugr.es/recpc>

desigualdad entre hombre y mujer, se sigue manteniendo una forma de dominación sobre ésta, tal como ha sido la historia patriarcal que nos ha regido hasta ahora, sólo que ahora es el Estado quien decide lo que debe hacer o no, una mujer.

También se puede afirmar que la orden de alejamiento, decretada en contra de la voluntad de la víctima, podría ocasionar en las mujeres víctimas de la violencia de género, su propia revictimización, sólo por el hecho de pertenecer al género femenino. Con esta orden de alejamiento, además, se estarían lesionando las expectativas que una mujer, considerada individualmente, que sufrió una agresión por parte de su pareja, se encuentre sacrificando su real interés, en beneficio de las necesidades de un grupo al que por razón del género pertenece. Así las cosas, la mujer víctima es despersonalizada, y el sistema penal le entrega una respuesta que se encuentra completamente alejada de las reales necesidades de ésta. BOVINO afirma⁷⁹, “la objetivización del bien jurídico a un valor que trasciende a la víctima también produce otro efecto que aumenta el desconocimiento de la definición de la situación tal como fuera percibida por la víctima”. La mujer se siente, como víctima, despersonalizada, su causa se ha convertido en una causa contra las mujeres, cuando en realidad ella anhelaba hacer su vida de acuerdo a sus propios intereses y deseos. En consecuencia, ella no va a entender que se dicte una resolución judicial que decrete una orden de alejamiento –como medida cautelar o como pena- que le impida volver a vivir con su agresor. Para que la mujer víctima pueda salir de la situación en que se encuentra, independientemente del colectivo, es imprescindible que ella participe en su propio proceso de reinserción social, pues no cabe duda de que la víctima del delito, una vez que pasa por semejante trauma, necesita rehacer su vida. Y ésta, que es su necesidad vital, se va a ver instrumentalizada porque históricamente los hombres han sometido a discriminación a las mujeres en un sentido eminentemente “maternalista”. Por ello reclama BOVINO el derecho a la “*participación sustantiva de las personas involucradas en el conflicto*”. Y todo ello al margen de que el ordenamiento jurídico sólo ofrece protección a la mujer que denuncie, desconociendo completamente los problemas que tienen las singulares mujeres maltratadas que unas veces persiguen efectivamente que se castigue al agresor, pero otras, buscan otro tipo de finalidades: “el sistema penal no está abierto para mujeres que a pesar de ser víctimas de malos tratos no desean separarse (aún) de sus parejas; el sistema penal no está abierto para las mujeres que perdonan; el sistema judicial no está pensado para proteger a la mujer que no quiere denunciar.”⁸⁰

⁷⁹ MARTINEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Iustel, 2008. 318 p.

⁸⁰ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

4.3.2 Situación en la legislación chilena.

En relación a la legislación chilena, se debe atender a que, independientemente de que las medidas accesorias que contempla la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar sean decretadas como medidas cautelares o como pena accesoria, generalmente, también recae sobre el hombre imputado, ya que en la mayor cantidad de procesos penales por delitos por violencia intrafamiliar el sujeto pasivo también es la mujer.

Como se indicó al inicio de este trabajo, dentro de las medidas accesorias que contempla la Ley N° 20.066, nos encontramos con el artículo 9, que individualiza medidas similares a la orden de alejamiento del derecho español. En efecto, en el artículo 9⁸¹ encontramos medidas tales como “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”.*

En relación a estas medidas, puede suceder que la víctima, una vez que el tribunal las decreta como medida cautelar o como pena accesoria, consienta en que su pareja vuelva a vivir en el hogar común o, sencillamente, se acerquen nuevamente. La pregunta es determinar si la ley permite que la víctima dé su consentimiento para que ello se produzca, sin que generen consecuencias jurídico-penales, en este caso, para el infractor o infractora de la norma. Es decir, se debe determinar si el consentimiento de la mujer permite justificar el incumplimiento de la prohibición por parte de la pareja. El sujeto cree que por el consentimiento expresado por la mujer, puede incumplir la prohibición y considerar que le está permitido volver al hogar o acercarse a ella. En ese sentido, se podría establecer que el sujeto se encuentra en un error de prohibición “indirecto”⁸². Si este error se considera invencible, entonces se excluye la culpabilidad, si por el contrario, es vencible, se podría atenuar la responsabilidad penal, “para un sector minoritario lo anterior dará lugar a responsabilidad culposa, en la medida que exista el tipo penal correspondiente que sancione por imprudencia.”⁸³

⁸¹ DOCUMENTOS OFICIALES, compendio de leyes penales especiales N° 6, Diciembre 2010, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

⁸² FERNÁNDEZ, José. Consentimiento de la víctima en VIF, desconocimiento de alcance de prohibición CONSULTA (22) 2011. Defensoría Penal Pública. [Consulta:15 mayo 2012]. Disponible en: <<http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=4698>>.

⁸³ FERNÁNDEZ, José. Consentimiento de la víctima en VIF, desconocimiento de alcance de prohibición CONSULTA (22) 2011. Defensoría Penal Pública. [Consulta:15 mayo 2012]. Disponible en: <<http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=4698>>.

La doctrina nacional es conteste en cuanto el consentimiento de la mujer en los delitos de violencia intrafamiliar no es un tema de fácil resolución, puesto que la ley no establece qué valor se le otorga al que es válidamente otorgado por ésta. Es decir, no es posible conocer si el consentimiento válidamente otorgado por la mujer agredida, podría constituir causal de atipicidad o de justificación.

El punto no deja de ser trascendente, especialmente porque el Estado es el primer garante de los derechos humanos. Así lo establece la Constitución Política de la República de Chile, en el inciso 4° del artículo 1: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*”⁸⁴ En este sentido, el Estado debe respetar las decisiones que las personas adultas toman, puesto que es su deber hacerlo, por lo tanto, debiera respetar también, la decisión de una mujer adulta que, voluntariamente, consiente en que su pareja vuelva a vivir con ella y, por lo tanto, quien va a consentir en la afectación de un interés suyo y no del Estado, es la mujer agredida, en consecuencia, es perfectamente legítimo que lo haga sin la intervención de éste.

Cuando el Estado advierte en alguna persona una incapacidad para conducirse y desarrollarse normalmente, establece mecanismos legales que le permiten otorgarle protección. Por lo tanto, en esos casos, está bien que el Estado intervenga derechamente en la voluntad de incapaces o menores de edad. Sin embargo, cuando se trata de una persona adulta, que es capaz de manifestar su voluntad libremente, como en los casos que estamos viendo, porque ese es el supuesto sobre el cual se plantea la pregunta, creemos que el Estado no tiene explicación alguna para justificar su decisión de imponer, obligatoriamente, a una mujer, que quiere volver a estar con su pareja, permanecer alejada de ella.

También se ha planteado el problema que se traduce de la interpretación que se realiza del artículo 18 de la Ley N° 20.066, que expresa: “*Sanciones: En caso de incumplimiento de las medidas a que se refieren los artículos 15°, 16° y 17°, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10°*”. A su vez, este artículo 10 señala que: “*Sanciones. En caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, con excepción de aquella prevista en la letra d) del artículo 9°, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240° del Código de Procedimiento*

⁸⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 919 p.

Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”.

Una primera lectura de la norma indicada nos lleva a reflexionar acerca de que cualquier incumplimiento de una medida cautelar o accesoria es constitutiva del delito de desacato (o quebrantamiento en la legislación española).

Como el tipo penal se encuentra descrito en el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 240, se ha discutido en la doctrina, y así se observa también en la jurisprudencia, que esta norma sería aplicable sólo a sentencias civiles y, por lo tanto, no es posible su aplicación en materia penal. Sin embargo, existe un hecho que no es posible soslayar y que dice relación con que la norma existe y, por lo tanto, concurriendo los supuestos de hecho contemplados en ella, se aplicará, cuando sea procedente, aun en el evento de que se trate de resoluciones dictadas por un tribunal con competencia en materia penal.

Ahora bien, de la lectura del artículo 10 de la Ley N° 20.066, es posible indicar que el incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, da lugar a que el juez comunique tal situación al Ministerio Público y éste, en su calidad de titular de la acción, inicie, si lo estima procedente, la investigación de los hechos que están siendo comunicados por el tribunal. De acuerdo a la norma legal indicada, el juez podrá imponer un apremio al que incumple la medida cautelar o accesoria, de arresto hasta por quince días. Por lo tanto, el incumplimiento de la medida cautelar trae consecuencias de carácter procesales y no penales.

Entonces, para estar frente a un delito de desacato, se debe atender a “ciertas hipótesis calificadas de incumplimiento de resoluciones judiciales”⁸⁵. En este sentido, atenderé a lo que el Profesor HERNÁNDEZ ha escrito sobre el tema, respecto del cual él refiere que las hipótesis de “calificadas”, en relación a los incumplimientos que contempla la Ley N° 20.066, aún cuando en algunos casos “todavía sería posible la aplicación formal del sistema de apremios para hacer frente al incumplimiento”⁸⁶, explica que estos apremios no serían suficientes porque con ellos no se garantiza el cumplimiento del objeto de la resolución. “No se trataría ya de la efectiva y definitiva frustración del objeto de la resolución, pero sí de un *peligro inminente de frustración* que se deduce de la gravedad y circunstancias del incumplimiento. Se verifica así un relativo adelantamiento de la punibilidad en relación con el anterior grupo de casos, que viene justificado por la especial función de protección que a

⁸⁵ HERNÁNDEZ, Héctor. Alcances del delito de desacato en el contexto de la ley de violencia intrafamiliar. *Informes en Derecho*. (N° 8): 5-12, octubre 2011.

⁸⁶ HERNÁNDEZ, Héctor. Alcances del delito de desacato en el contexto de la ley de violencia intrafamiliar. *Informes en Derecho* (N° 8): 5-12, octubre 2011.

veces cumple la resolución quebrantada y que, por ejemplo, tratándose de las medidas cautelares y sanciones aplicadas en el contexto de LVIF resulta ciertamente evidente.”⁸⁷ El mismo Profesor ⁸⁸continúa señalando que el tipo penal del delito de desacato no se configura sólo con el incumplimiento de la resolución, se requiere, además, que sea grave y que las circunstancias en que se produjo importen un real riesgo para el objeto de la resolución judicial que se propuso proteger. Con relación al tema de esta tesis, el desacato no significa sólo que el imputado o condenado se acerque a la víctima, cuando se le ha impuesto la prohibición de hacerlo, sino que el acercamiento debe implicar, necesariamente, que la víctima pueda verse enfrentada a una posibilidad seria de ser agredida nuevamente. Sólo en esta hipótesis, nos encontraríamos frente a un incumplimiento calificado y estaríamos frente a un delito de desacato.

Se ha sostenido que si el legislador estableció en el artículo 10 de la Ley N° 20.066 la remisión expresa al delito de desacato, el incumplimiento de una medida cautelar o accesoria en las causas por violencia intrafamiliar significaría que el objetivo de tal remisión es por la gravedad que implica la comisión de este tipo de delitos.

En la respuesta que ha elaborado el Profesor HERNÁNDEZ⁸⁹ explica que ello no es plausible, puesto que una interpretación de esa naturaleza, haría que la mera desobediencia formal de las medidas judiciales de protección, un delito más grave que la mayoría de las hipótesis de efectiva violencia ejercida sobre la víctima. Demuestra lo anterior la circunstancia que el delito de desacato previsto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, se sanciona con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a máximo (541 días a 5 años de privación de libertad), en cambio el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 14 LVIF prevé una pena de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días de privación de libertad). Por su parte, el delito de las lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar –enfermedad o incapacidad para el trabajo por hasta treinta días- aun con el aumento previsto en el artículo 400 CP, permite la aplicación de una pena de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años de privación de libertad), esto es, recién coincidente con el rango mínimo que se le quiere atribuir a cualquier acto de desobediencia. En este contexto,

⁸⁷ HERNÁNDEZ, Héctor. Alcances del delito de desacato en el contexto de la ley de violencia intrafamiliar. *Informes en Derecho*, (N° 8): 5-12, octubre 2011.

⁸⁸ HERNÁNDEZ, Héctor. Alcances del delito de desacato en el contexto de la ley de violencia intrafamiliar. *Informes en Derecho*, (N° 8): 5-12, octubre 2011.

⁸⁹ HERNÁNDEZ, Héctor. Alcances del delito de desacato en el contexto de la ley de violencia intrafamiliar. *Informes en Derecho*, (N° 8): 5-12, octubre 2011.

claramente no es razonable una interpretación que atribuye al simple peligro abstracto de atentado contra la víctima penas considerablemente mayores que las que corresponden a atentados efectivos contra la misma. Por lo mismo y de acuerdo con el principio de proporcionalidad, dada la mayor penalidad que establece el delito de desacato implica que debe existir una mayor lesividad al bien jurídico tutelado. Se podrá argumentar que ese plus lo da precisamente el desprecio por la autoridad de las resoluciones judiciales, lo que es indiscutible, pero ya se ha visto la moderación general con que el derecho chileno trata este factor, de modo que, ni aun considerando conjuntamente ambas dimensiones –protección abstracta de la víctima y protección de la administración de justicia –resulta posible explicar, y menos legitimar, semejante penalidad. Lo único que parece poder fundar la penalidad prevista en el artículo 240 CPC es la conjunción del menosprecio por la autoridad judicial expresado por el incumplimiento de la resolución judicial con la puesta en peligro concreto de la víctima a consecuencia del mismo, esto es, que el quebrantamiento de lo dispuesto judicialmente esté acompañado de circunstancias que razonablemente signifiquen un riesgo efectivo para la salud, la integridad o la vida de la persona protegida, o bien una alteración intolerable de su tranquilidad, en casos de ofensas u hostigamientos permanentes, todo lo cual habrá de establecerse en el caso concreto.

5.- Alternativas no penales para solucionar el conflicto.

Como ya he señalado, el incumplimiento de la orden de alejamiento trae consecuencias procesales para el imputado y, si es la mujer quien ha consentido en el incumplimiento de su pareja, también puede verse enfrentada a consecuencias jurídico-penales, puesto que la resolución referida es de orden público y no permite la intervención de la voluntad de la pareja. La primera consecuencia para el hombre es su privación de libertad, para la mujer, el inicio de un procedimiento penal. Sin embargo, en ambos casos se puede concluir que la consecuencia es excesiva, es decir, se recurre a la herramienta más extrema con que cuenta la sociedad para controlar las situaciones que alteran la normal convivencia social.

En la aplicación de la LOPIVG se han observado algunas deficiencias, tales como que en la tramitación de causas por delitos contra la violencia de género, se presenta un inconveniente que dice relación con la rapidez con el que deben ser tramitados este tipo de procesos. Es evidente que la celeridad puesta en la tramitación de los procesos fue uno de los objetivos perseguidos con la dictación de la LOPIVG, dada la naturaleza de la problemática en cuestión, era indispensable una puesta en marcha del sistema penal a fin de otorgar mayor protección y evitar afectaciones mayores a las víctimas. Sin embargo, esta rapidez buscada por el legislador trae como consecuencia que se dicten más sentencias absolutorias “en los casos en los que exista retractación de la víctima y no se hayan generado mayores fuentes de prueba.”⁹⁰ Además, muchas veces en estos casos, la víctima perdona al agresor y se arrepiente de haberlo denunciado.

Uno de los temas relevantes, no exentos de discusiones y respecto al cual el legislador no ha dedicado tiempo, es el relacionado con la rehabilitación del hombre que maltrata a su pareja.⁹¹ La rehabilitación es uno de los fines de la pena que la Constitución española establece en su artículo 25. La rehabilitación también es un importante elemento a considerar para terminar con los ciclos de la violencia al interior de la pareja y lograr cambios en los maltratadores, todo esto, en virtud de una perspectiva psicológica y sociológica. Si se logra integrar al maltratador haciendo cambiar su mentalidad, entonces se contará con otro testimonio positivo en contra de aquellos que han querido ignorar la problemática de la violencia de género, que fue plasmada en la LOPIVG. De todas formas, ésta Ley ha permitido lograr sensibilizar a la

⁹⁰ BOIX, Javier y MARTÍNEZ, Elena. La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Madrid, Iustel, 2005. 492 p.

⁹¹ MARTINEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Iustel, 2008. 318 p.

sociedad a fin de obtener una importante transformación en ésta. Existe acuerdo en la sociedad en cuanto es preciso modificar los parámetros de las relaciones afectivas que existen entre un hombre y una mujer, aun cuando se advierten discrepancias acerca de la forma en que el legislador debió hacerlo. Se ha afirmado que se ha producido un gran avance en el reconocimiento de un problema que había sido recurrentemente invisibilizado, cual es el de la violencia de género.

Una propuesta que podría ser una alternativa para solucionar el problema de la violencia intrafamiliar dice relación con medidas civiles y no penales para el tratamiento de los delitos de violencia de género, de carácter preventivo. Planteamiento, por cierto, no exento de discusión en la doctrina. “Una postura como ésta impone restringir su aceptación a ese carácter preventivo e impide observar estas acciones como pertenecientes a la “privacidad” de la pareja, pues, de ser así, se daría un paso hacia atrás en el enorme esfuerzo que se deduce de la nueva LOPIVG. En estos ordenamientos se permite la intervención policial en una fase prematura del conflicto, tendente a evitarlo y a no convertir en víctima a una de las partes. Esa intervención tan precoz de la policía sólo se entiende desde un ordenamiento donde las Fuerzas de Seguridad del Estado poseen mayores poderes que en nuestro país.”⁹²

Se ha señalado también que el feminismo más radical, que ha logrado imponer su posición en España, ha confiado ciegamente en el Derecho penal como medio de control social represivo. El Profesor ZAFFARONI ⁹³ explica que “para introducir reformas legales de este tipo no hay ninguna necesidad de que el discurso feminista se contamine con el discurso reaccionario e inmoral del valor simbólico, de que aparezca vinculado a los esfuerzos legitimantes de los teóricos del pensamiento único en derecho penal, que se confunda con discursos contrarios a los derechos humanos, que reivindique una represivización propia de los políticos necesitados de medios y de demagogos autoritarios extrasistema del tipo de Le Pen o Haider, ni que se pliegue al embate de corporaciones policiales contra las garantías, es decir, no hay necesidad de que se destruya como discurso reivindicador y antidiscriminatorio...El feminismo no necesita legitimar el discurso del poder punitivo. Más aún, no debe hacerlo, para salvar su potencial de transformación social, que es la gran esperanza de quienes luchan contra las restantes discriminaciones.”

Una de las críticas importantes en cuanto a la solución penal que le ha dado a la violencia de género es que finalmente el legislador ha utilizado el Derecho penal para solucionar un

⁹² BOIX, Javier y MARTÍNEZ, Elena. La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Madrid, Lustel, 2005. 492 p.

⁹³ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

conflicto social, tal como lo ha hecho la sociedad patriarcal que hasta la fecha nos rige, y sin embargo, el número de delitos cometidos en contra de las mujeres no ha disminuido, sino que todo lo contrario, ha aumentado. LACASTA-ZABALZA ⁹⁴ explica que la liberación de la mujer no llegará de la mano de las normas penales ni del agravamiento de las penas. La liberación vendrá con una humanización del sistema penal y penitenciario, más mejoras laborales, sociales y culturales. En estos momentos no se puede esperar mucho del sistema penal. Sería prudente tener presente un derecho penal mínimo, garantista y efectivamente sujeto a los principios que lo legitiman.

En ese sentido, los tipos penales elaborados no tendrían fundamento puesto que las presunciones que ahí se realizan -tal como ocurre en el adulterio y en el delito de uxoricidio o en la agravante de desprecio de sexo- vuelven a evidenciar la inferioridad real de la mujer respecto al hombre y, además, que el endurecimiento de la pena no es el medio para sacar a la mujer del lastre cultural que durante generaciones ha debido soportar. Por lo mismo, el recurso al endurecimiento de la pena para acabar con el machismo reinante en la sociedad es una tentativa completamente inidónea por falta de idoneidad del instrumento empleado para ello.⁹⁵

Por otra parte, se ha sostenido reiteradamente que la LOPIVG ha dispuesto una serie de acciones positivas, dentro de las que se encuentra precisamente la discriminación positiva, que han permitido subsanar la desigualdad que se produce en la relación de pareja entre el hombre y la mujer. Sin embargo, varios han discutido la improcedencia de la utilización de las expresiones, “acciones positivas y discriminación positiva”, debido a que éstas no son aplicables para todas las ramas del Derecho, como en este, al Derecho penal, puesto que la igualdad es un Derecho constitucional que no puede ser vulnerado por ninguna norma, ni menos por una que afecte derechos esenciales, como lo es la libertad de una persona, como sucede con las consecuencias jurídicas de un delito contra la violencia de género.

Otra de las críticas que se ha hecho a la LOPIVG es a la imposición de la pena de prisión de corta duración, que impide, por su propia naturaleza, lograr la reinserción social del delincuente, puesto que no es posible otorgarle un tratamiento penitenciario en un lapso de tiempo corto, por lo que se ha definido a este tipo de penas como innecesarias e inútiles. Además, el contacto criminógeno que van a tener los imputados primerizos que ingresan al

⁹⁴ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

⁹⁵ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

sistema carcelario, le van a impedir también, su reinserción social, situación que atenta efectivamente en contra lo dispuesto en el artículo 25 CE.

Se ha discutido la constitucionalidad del artículo 153 CP, puesto que, tal como lo sostiene la doctrina, la conducta sancionada por esa disposición legal no debió abandonar el ámbito de las faltas, en razón de los principios de ofensividad y de proporcionalidad, especialmente si se considera que la aplicación del alejamiento de la víctima en sus distintas acepciones, ya sea como medida cautelar o como pena (artículo 48, con la novedosa incorporación de los medios telemáticos para controlar su efectivo cumplimiento), aparecen como mecanismos suficientes para asegurar la necesaria separación entre víctima y agresor, al margen de la posibilidad de recurrir al delito de quebrantamiento de condena para los supuestos de incumplimiento de dicha pena o medida (artículo 468). Desde la perspectiva procesal, debe recordarse que también se admite la posibilidad de decretar la orden de protección cuando de meras faltas se trate. La magnitud del problema social de los malos tratos entre estas personas es innegable; pero a este problema no es posible darle cualquier tipo de respuesta, sobre todo si se tiene en consideración que se trata de una solución penal.

Relacionado lo anterior con el tema de la proporcionalidad que se le critica a la reforma penal de los delitos de violencia de género con la LOPIVG, respecto del cual ya me referí anteriormente, se puede indicar que la desproporcionalidad que se repara tendría repercusiones en la aplicación de la norma penal agravada con pena de prisión para aquellos supuestos que si pueden ser calificados jurídicamente de esa forma, porque si es desproporcionada, lo que hará el juez es buscar subterfugios que acaben inutilizando los tipos penales que ha creado el legislador.

Se ha expresado que el cambio legislativo español que se ha visto con la entrada en vigencia de la LOPIVG no es más que una demostración que se advierte en la desconfianza hacia la labor de los jueces, puesto que frente a “decisiones adoptadas en sede judicial que, en varias ocasiones, no han tenido en consideración todas las características que presentaban el concreto suceso de violencia enjuiciado, por lo que no han explotado las distintas vías que ofrecía la regulación anterior a la aprobación de la LOPIVG, por lo que se consideró indispensable someter estrictamente al juez a la letra de la ley, para evitar todo tipo de arbitrariedades.”⁹⁶

⁹⁶ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

ACALE, acertadamente ha señalado que “no han sido pocas las sentencias que han calificado actos realizados en el seno de relaciones sentimentales del hombre sobre la mujer como meras faltas de coacciones o de amenazas leves, lo que ha determinado el concreto procedimiento penal, las medidas cautelares a adoptar, así como la pena a imponer al autor del delito, las que por tratarse de meras faltas, por definición y que no estaban ni están castigadas con penas de prisión, lo que no puede explicarse sino en el desconocimiento de las características de los actos de violencia de género. En cambio, si los jueces a la hora de dictar sentencia hubieran efectivamente considerado todos los elementos concurrentes en la comisión del delito y hubiesen dado una respuesta judicial acorde con las características que presenta socialmente la violencia de género, ni siquiera los concretos movimientos feministas propulsores de la LOPIVG hubieran pensado en la inclusión de los nuevos tipos penales en el ordenamiento punitivo español, puesto que un adecuado empleo de los instrumentos anteriormente vigentes hubiese bastado para hacer frente al problema.”⁹⁷

Se han formulado recurrentes críticas a la penalización de la violencia de género, puesto que, por una parte, esta habría atentado en contra de principios básicos del Derecho penal, como el de la igualdad, proporcionalidad, culpabilidad y legalidad. También se ha sostenido que las modificaciones en materia penal no han logrado disminuir la comisión de hechos delictivos en materia de violencia doméstica y todo lo contrario, ella ha aumentado en cuanto la mujer es la víctima más relevante en este tipo de conductas, lo que ha traído como consecuencia, una carga adicional al sistema de justicia criminal.

La respuesta de naturaleza penal que actualmente existe, no ha entregado soluciones efectivas a la violencia de género, en términos generales, por las siguientes razones:

1.- Como ya se ha explicado, el problema de la violencia de género existe, principalmente, porque nuestra sociedad se ha asentado sobre una estructura social que se rige conforme a un sistema patriarcal en la que la mujer se ha encontrado siempre en una situación de desigualdad, como consecuencia de la vulnerabilidad en la que no se encuentran los hombres. Frente a la violencia que puede surgir en esta dinámica, el Estado ha ordenado una respuesta penal, independientemente de la intensidad de la violencia vivida por la mujer en el seno familiar. Por lo tanto, se le da un tratamiento penal a una situación social que se produce como consecuencia de la falta de igualdad que ha existido siempre entre los hombres y las mujeres que viven en nuestra sociedad.

⁹⁷ ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.

2.- La respuesta penal al problema de la violencia de género no lo resuelve. En efecto, si bien sucede que la justicia criminal detiene al autor del hecho, lo procesa y finalmente lo sanciona, es decir, desde el punto de vista penal, es eficaz para restablecer la paz social, sin embargo, no resuelve, en ningún caso, el problema de la violencia dentro del hogar y específicamente en contra de la mujer, porque el problema tiene su origen en cuestiones de carácter social, educacional y cultural. Por lo tanto, la mujer que recurre a la justicia penal, pensando que la situación de violencia en la que vive se solucionará, se ve profundamente frustrada cuando constata que su problema subsiste y en algunos casos, se agrava, puesto que su pareja, al ver la reacción que adopta la mujer denunciándolo, más conductas de violencia desarrolla. Finalmente, la mujer desconfía del sistema penal, no recurre a él y su seguridad personal se vuelve aún más vulnerable.

3.- Por otra parte, cuando la mujer denuncia a su pareja, su problema de violencia de género pasa a ser un conflicto penal que debe ser solucionado por el sistema criminal, de tal manera que es un órgano del Estado, en este caso, los Tribunales de Justicia, quien decide qué debe hacer o no, no sólo respecto del autor del delito, quien debe soportar una sanción penal, por la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, sino que la mujer también, quien debe verse enfrentada a algunas de las decisiones de un tercero, que no atiende a lo que realmente quiere o necesita, como sucede, por ejemplo, con las órdenes de alejamiento, por lo tanto, la mujer pierde la autonomía de decidir respecto de resoluciones judiciales que afectarán su quehacer diario. En consecuencia, cuando el Tribunal decreta una orden de alejamiento, no preguntará a ella si está de acuerdo con este, solamente la ordenará y ésta también deberá cumplirla.⁹⁸

Entonces, se plantean como respuestas adecuadas al problema de la violencia de género otras, como la justicia restaurativa y dentro de ésta, la mediación penal, la intervención previa de la justicia civil, establecer soluciones preventivas, asistenciales, educacionales, etc.

Una propuesta que podría ser una alternativa para solucionar el problema de la violencia intrafamiliar dice relación con medidas civiles y no penales para el tratamiento de los delitos de violencia de género, de carácter preventivo. *“Una postura como ésta impone restringir su aceptación a ese carácter preventivo e impide observar estas acciones como pertenecientes a la “privacidad” de la pareja, pues, de ser así, se daría un paso hacia atrás en el enorme esfuerzo que se deduce de la nueva LOPIVG. En estos ordenamientos se permite la*

⁹⁸ FERNÁNDEZ; Josefa y SOLÉ, Anna. El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. 1° ed. Valladolid, Lex Nova, 2011. 199 p.

*intervención policial en una fase prematura del conflicto, tendente a evitarlo y a no convertir en víctima a una de las partes. Esa intervención tan precoz de la policía sólo se entiende desde un ordenamiento donde las Fuerzas de Seguridad del Estado poseen mayores poderes que en nuestro país.”*⁹⁹

Ahora bien, sí se debe tener presente que el tratamiento que da el sistema penal no puede dejar de aplicarse a todos los casos por violencia de género, si atendemos al principio de intervención mínima que debe regir en esta rama del Derecho, especialmente cuando se trata de delitos que revisten cierta gravedad, como sucede con la muerte o con las lesiones graves, puesto que frente a una agresión de tal naturaleza, frente a bienes jurídicos tan relevantes como la vida, el Derecho no puede sino actuar para restablecer la paz social, especialmente el sistema penal, el que debe intervenir como recurso de ultima ratio dentro de los controles sociales que permiten una convivencia pacífica. El Derecho penal está para proteger los bienes jurídicos más importantes para nuestra sociedad.

En razón de lo explicado, se puede afirmar que las respuestas no penales a la violencia de género deben considerar casos que no revistan mayor gravedad.

Una de las soluciones que la doctrina actual considera es la existencia de la mediación en materia de violencia de género, la que se encuentra expresamente prohibida por la LOPIVG, en su artículo 44, que dispone en el número 5: “*En todos estos casos está vedada la mediación.*”¹⁰⁰ Razón por la que los jueces no aplican esta forma de resolución de conflictos, en este caso, de naturaleza penal.

Se ha considerado como alternativa válida para la resolución de casos sobre violencia de género a la justicia restaurativa¹⁰¹. Dentro de la justicia restaurativa nos encontramos con la *mediación penal* que se ha definido como: “mecanismo de participación voluntaria del imputado y la víctima del delito o falta cometidos, en un proceso de diálogo y comunicación conducido por un mediador imparcial, con el objetivo fundamental de conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada para los intereses de ambas partes, que situaría el énfasis en los derechos de las

⁹⁹ BOIX, Javier y MARTÍNEZ, Elena. La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Madrid, Lustel, 2005. 492 p.

¹⁰⁰ Ley 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE Número 313 de 29 de diciembre de 2004.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ; Josefa y SOLÉ, Anna. El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. 1° ed. Valladolid, Lex Nova, 2011. 199 p. Estas autoras han definido la justicia restaurativa como “una nueva vía de intervención en conflictos penales, que promueve un mayor protagonismo de las partes en la gestión de las consecuencias producidas a raíz del delito. La reparación voluntaria a la víctima adquiere un papel decisivo, ofreciendo al autor de los hechos la oportunidad de reparar el daño producido y a la víctima la posibilidad de ser reparada de forma efectiva. La justicia restaurativa tiene ya una dilatada tradición en EE.UU. y en los últimos años se está introduciendo de forma creciente en toda Europa, con muy buenos resultados.

víctimas, en una concepción del proceso penal que se ha dado en llamar de justicia reparadora o restauradora, desde la cual, ésta no sería sino una alternativa al propio proceso.”¹⁰²

Dentro de la mediación, considerada esta como una forma pacífica de resolución de conflictos, se podría considerar que los principios de la voluntad de los participantes y la autonomía de la mujer quedarían salvados. Sin embargo, la aceptación de este sistema como alternativa válida de solución de conflictos no es pacífica. Parte de la doctrina está de acuerdo con ella y también existen detractores del sistema.

Las principales críticas que se hacen a la mediación, dicen relación con que la mujer puede verse enfrentada nuevamente a agresiones por parte de su pareja, puesto que este es un sistema que no resulta intimidatorio para el agresor; si es obligatorio, podría ser problemático para la víctima no poder decidir si acepta o no esa forma de resolución del problema que le afecta; puede resultar incompatible con la función simbólica que cumple el Derecho penal y, por lo tanto, no se satisfarán los fines preventivos generales que posee esta rama del Derecho. Quienes están de acuerdo con la mediación para resolver los problemas de violencia de género, han explicado que se debe fortalecer la posición de la víctima; equilibrar la posición del agresor con la víctima, y asegurar el resguardo de sus garantías procesales durante la mediación (principios de presunción de inocencia, igualdad, legalidad procesal, exclusividad de los órganos judiciales en el ejercicio de la jurisdicción)¹⁰³; el agresor debe haber reconocido previamente su participación en el hecho.

Otra respuesta no penal a los problemas de violencia de género, ha sido el establecimiento de *programas o tratamientos rehabilitadores para los autores* de este tipo de violencia. Actualmente ellos han sido considerados por el legislador cuando se imponen para que el condenado pueda acceder a la suspensión de la pena privativa de libertad. Sin embargo, la propuesta es imponerlas derechamente como una pena. Esta forma alternativa ha sido criticada, porque es considerada como “un castigo benévolo”¹⁰⁴ frente a la pena de privación de libertad que establece la ley. También se ha reparado en que los programas que se han utilizado no han sido sometidos a un estudio de viabilidad por especialistas en psicología de la violencia, procesos psicológicos básicos y psicoterapia, a fin de que los tratamientos sean dirigidos específicamente a una tipología de maltratadores. Por último, en relación a la reincidencia (importante razón para establecer si ha tenido éxito el tratamiento o programa).

¹⁰² FERNÁNDEZ; Josefa y SOLÉ, Anna. El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. 1° ed. Valladolid, Lex Nova, 2011. 199 p.

¹⁰³ ESQUINAS, Patricia. Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. 135 p.

¹⁰⁴ RUEDA, María Ángeles. Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género. ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?. Madrid, Dykinson, 2007. 121 p.

“FERNÁNDEZ MONTALVO y ECHEBURÚA han puesto de manifiesto que los resultados sobre hombres maltratadores son “claramente esperanzadores”, si bien es cierto que se refieren a hombres maltratadores que no han recibido ningún tipo de pena o de condena por sus conductas violentas”.¹⁰⁵

Nos encontramos también con defensores de los tratamientos o programas de rehabilitación. Efectivamente, se ha indicado que las mujeres están más interesadas en castigos preventivos de la violencia, puesto que en muchas ocasiones siguen viviendo con el agresor, después que se produce la reconciliación. Por otra parte, el tratamiento al agresor permitirá que la violencia no se extienda a sus relaciones con otras personas de su grupo familiar o con parejas futuras. También, en el ámbito internacional, se han contemplado tratamiento a los agresores dentro del ámbito de las relaciones familiares.¹⁰⁶

Dentro de la legislación vigente en España y con relación a los delitos de violencia de género se afirma que, los tratamientos o programas de rehabilitación se pueden considerar como medidas de seguridad, como obligación que se debe cumplir en la suspensión o la sustitución de la pena privativa de libertad o como circunstancia relacionada con la ejecución de una pena de prisión.

La pregunta que debiéramos hacernos es si el tratamiento o programa rehabilitador puede ser utilizado como respuesta penal en los casos de violencia de género. Se ha señalado que los programas de rehabilitación “son aquellos que se dirigen a modificar las características de los delincuentes tales como intereses, destrezas, limitaciones y/o circunstancias vitales que afectan su comportamiento.”¹⁰⁷ Por lo tanto, es una fórmula que se encuentra muy ligada a la reinserción social, fin a la que se encuentran estrechamente ligadas las penas en la Constitución Española (artículo 25.2 CE), por lo tanto, de perfecta aplicación en los casos de violencia de género.

Ahora bien, esta tampoco ha sido una discusión pacífica, puesto que existe resistencia de algunos sectores para que se aplique como pena, un tratamiento rehabilitador, venidas especialmente de asociaciones feministas, puesto que se considera que un tratamiento de estas características no es suficiente castigo.

¹⁰⁵ RUEDA, María Ángeles. Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género. ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?. Madrid, Dykinson, 2007. 121 p.

¹⁰⁶ RUEDA, María Ángeles. Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género. ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?. Madrid, Dykinson, 2007. 121 p.

¹⁰⁷ RUEDA, María Ángeles. Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género. ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?. Madrid, Dykinson, 2007. 121 p.

Se ha indicado que una pena es, primeramente, una retribución al mal que se ha ocasionado con motivo de la comisión de un delito y que ésta debe consistir en la privación o restricción de bienes y derechos del condenado, entonces, lo que habría que hacer en este caso, es determinar si un programa de rehabilitación cumple con esas características. En efecto, podemos decir que el cumplimiento de un programa de rehabilitación ocasionará, evidentemente, una restricción de derechos, como el de la libertad cuando el agresor deba asistir, en un determinado día y hora a realizarse el tratamiento. También se encuentra justificada desde el punto de vista de la prevención general y especial de la pena.

Otra solución al problema de la violencia de género la encontramos en otros ordenamientos jurídicos. En efecto, en Austria se dictó la Ley contra la violencia doméstica en el año 1997 y en términos generales se concluyó que el sistema penal no constituía una solución al problema, puesto que ésta no permitía erradicar o prevenir la violencia, por lo tanto, se debía recurrir a otras alternativas. Por esta razón, se aplica un modelo preventivo que establece dos fases: “Una primera fase de diez días, de carácter objetivo y naturaleza administrativa, dónde las medidas adoptadas por el Estado, comprenden la expulsión de la persona agresora del domicilio familiar por orden de la policía, sin depender de la voluntad de la víctima. Y una segunda fase, de naturaleza jurisdiccional, dentro de la cual la víctima puede decidir por sí misma si quiere modificar sus condiciones de vida y en qué sentido quiere hacerlo”.¹⁰⁸

En Puerto Rico también se han establecido medidas de expulsión de las personas agresoras en los casos por violencia doméstica, cuya tramitación es ventilada en sede civil, como lo establece la Ley 54, de 15 de Agosto de 1989.

Con la Ley N° 24.417 de protección contra la violencia familiar de la Ciudad de Buenos Aires, en Argentina también se establecieron una serie de medidas de carácter civil, tendientes a prevenir la ocurrencia de delitos al interior de la familia. Estas medidas son de naturaleza cautelar y pueden ser: “a) Ordenar la exclusión del autor de los actos violentos de la vivienda o domicilio familiar, b) prohibir el acceso del autor al domicilio del damnificado así como al lugar de trabajo o estudio del mismo, c) ordenar la reintegración al domicilio, a petición de la parte que haya tenido que salir del mismo por razones de seguridad personal con exclusión del autor, d) decretar provisionalmente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos.”¹⁰⁹

¹⁰⁸ Boletín de Información y Análisis Jurídico, Núm. 14. Diciembre de 2003. Artículo 14: Una perspectiva de Género: “Los Nuevos Delitos de Violencia Doméstica: Otra Reforma Precipitada”. Patricia Laurenzo Copello. Instituto Andaluz de la Mujer.

¹⁰⁹ Boletín de Información y Análisis Jurídico, Núm. 14. Diciembre de 2003. Artículo 14: Una perspectiva de Género: “Los Nuevos Delitos de Violencia Doméstica: Otra Reforma Precipitada”. Patricia Laurenzo Copello. Instituto Andaluz de la Mujer.

6.- Conclusiones

Después de analizar los tipos penales que la LOPIVG y la Ley N° 20.066 han establecido para sancionar la violencia de género, en el primer caso y la violencia intrafamiliar en el segundo, podemos afirmar lo siguiente.

En primer lugar podemos decir que el desarrollo y estudio de la violencia intrafamiliar y específicamente de la violencia de género es patente en España. En efecto, el problema de la violencia intrafamiliar está más visibilizado y ello ha traído como consecuencia la dictación de la Ley Orgánica de Protección Integral a la Violencia de Género. Es opinión unánime en la doctrina que el problema de la violencia de género es una lacra social que debe prevenirse y erradicarse.

Para lograr el fin descrito, se han dictado una serie de leyes que han penalizado, aun más, el problema de la violencia de género, contrariando principios básicos del Derecho Penal, como un tipo de control social de *ultima ratio* o de intervención mínima. Estamos claros que actualmente el Derecho penal ha sido instrumento de la publicidad de diversos partidos políticos, de las más diversas corrientes, que buscan lograr la aceptación popular cuando se promete sancionar con penas de cárcel a las personas que cometen delitos, de la más diversa gravedad, entre ellos y como lo podemos constatar hoy en día, de violencia de género. Sin embargo, estas normas que establecen penas no han estado exentas de discusión acerca de la constitucionalidad o la infracción que se produjo con la dictación de ellas, de los principios de la culpabilidad, igualdad y proporcionalidad. Finalmente el Tribunal Constitucional Español ha declarado la constitucionalidad de las disposiciones respecto de las cuales se presentó la discusión.

Hay tipos penales respecto de los cuales se aplicarán penas de privación de libertad y también penas accesorias. Dentro de estas últimas nos encontramos con la orden de alejamiento, en la legislación española, que puede imponerse en caso de una falta o de un delito y en el caso de la legislación chilena, nos encontramos con las medidas accesorias del artículo 9 de LVIF, (obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima, como también la prohibición de acercarse a ésta o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente). Se ha discutido si la orden de alejamiento es una medida de seguridad o una pena. En ese sentido podemos señalar que ésta

se puede imponer como medida cautelar, mientras subsista el proceso penal o, como pena accesoria una vez que se ha dictado sentencia condenatoria en el proceso. En todo caso, se debe señalar que el juez la dicta, sin escuchar a la víctima, parte involucrada en este tipo de delitos, ni en la legislación chilena, ni en la española.

Como consecuencia de lo razonado, sucede, en muchas ocasiones, que el imputado o condenado se acerca o aproxima nuevamente a la víctima, precisamente porque ésta consiente en ello y, entonces, se comete un nuevo delito que puede ser “DESACATO” o, como en la legislación española, “QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA”. Esto trae como consecuencia inevitable la sobrecarga del sistema de justicia criminal, sin que el problema de la violencia de género o intrafamiliar se solucione, puesto que efectivamente ésta no disminuye, sino que todo lo contrario, aumenta. Por lo tanto, se produce que la mujer que ha sido víctima no encuentra solución a “su problema” en el sistema penal, se desencanta y después, no recurre a él, finalmente nos encontramos con una mujer que ha muerto, víctima de la violencia generada por su pareja dentro del hogar que comparte con su familia.

Por estas razones es que el tema del consentimiento de la víctima en los delitos de violencia de género e intrafamiliar es importante para el Derecho penal. Sabemos que esta rama del Derecho tiene como objetivo final, proteger los bienes jurídicos, que han sido definidos, básicamente, como intereses jurídicamente relevantes. Relacionando este concepto básico con la violencia de género, tendemos a pensar que en los delitos de la LOPIVG el bien jurídico protegido dice relación, más que con la integridad física (en las lesiones) o con la libertad (en las coacciones o las amenazas) con subsanar la desigualdad que se produce entre hombre y mujer, por el sistema patriarcal que rige nuestra cultura y que genera la situación vulnerable en el que viven las mujeres, no por el hecho de serlo, sino que como consecuencia de los patrones sociales que rigen la conducta de quienes vivimos en este tipo de sociedades.

Como lo expresamos, en los ordenamientos jurídicos españoles y chilenos, hemos visto una respuesta penal a lo que constituye la lacra social de la violencia de género e intrafamiliar, y también observamos que el consentimiento de la mujer no es considerado al momento de la respuesta de los tribunales a este tipo de delitos o faltas. Entre las consecuencias jurídicas que plantea la LOPIVG a los delitos y las faltas, están las penas de prisión y también las penas accesorias, dentro de las cuales nos encontramos con la orden de alejamiento.

La orden de alejamiento es una resolución dictada por el Juez que, en términos generales, dispone que quienes intervienen en un conflicto por violencia intrafamiliar, deben vivir

separados y no acercarse, bajo ninguna circunstancia. Esta resolución, es decretada sin atender a la voluntad de la víctima.

Como se ha señalado, sucede frecuentemente, no sólo en Chile, sino que también en España, que la mujer vuelve a encontrarse con su pareja, no necesariamente porque éste lo quiera, sino que también y más comúnmente, porque la mujer así lo desea, por lo que se produce un incumplimiento de la orden de alejamiento.

Desde el punto de las consecuencias jurídico-penales, en estos casos del incumplimiento de la orden de alejamiento por parte del hombre, puede acarrearle a éste el inicio de una nueva persecución penal o la agravación de la medida como puede ser la privación total de su libertad. Por otra parte, nos encontramos con que la conducta de la mujer puede tener relevancia penal, por su eventual responsabilidad, como inductora o cooperadora del delito de quebrantamiento. Esta es una situación que debe soportar la mujer que ha sido víctima de la violencia de género, que resulta, a todas luces, completamente irracional, puesto que vulnera principios básicos como el de la personalidad de las penas; ya que en este caso se impone una sanción a quien no fue condenada; principio de legalidad, la víctima no ha cometido delito alguno; principio del libre desarrollo de la personalidad, puesto que se le prohíbe el derecho que tiene de vivir con su pareja y estar en familia; principio de la libertad, se le impide, a una persona que no ha cometido delito alguno, autodeterminarse conforme a sus decisiones; principio de la dignidad de la persona, respecto a la vida privada y familiar y, por último, también se atenta en contra de la tutela judicial efectiva, puesto que a la mujer no se le conceden recursos procesales para poder impugnar la resolución que ordena el alejamiento de su pareja, sólo debe aceptarla.

Debemos recordar que el Derecho Penal atiende a ciertos principios rectores que garantizan el respeto de los derechos fundamentales de quienes se ven enfrentados a la persecución que hace el Estado cuando las personas se ven involucradas en la comisión de un delito o falta. Cuando la persecución del Estado es penal, entonces las consecuencias jurídicas para los sujetos infractores de la ley implican la privación de derechos fundamentales, como lo es, principalmente, la libertad ambulatoria, por lo tanto, la aplicación de cualquier pena debe atender a los principios de la culpabilidad, igualdad, proporcionalidad y legalidad, entre otros. La importancia de resaltar la existencia de estos principios dicen relación, además, con la existencia del Estado Democrático de Derecho en que vivimos, que importa, por lo tanto, no sólo el respeto y protección de los Derechos Fundamentales de quienes se ven enfrentados al inmenso poder punitivo que tiene el Estado, respecto al que es perseguido criminalmente, sino

que también a quien el Estado debe proteger, como al resto de los ciudadanos, que viven en sociedad entre los cuales se encuentra y que importan para esta tesis, las mujeres que son víctima de violencia intrafamiliar. Estamos claros que la violencia intrafamiliar es un flagelo que existe en nuestra sociedad desde hace muchísimo tiempo y, una vez que este problema de visibilizó, entonces, se sustrajo desde el ámbito privado y pasó a formar parte del ámbito público en sociedades como las nuestras. Por esta razón, se comenzaron a imponer sanciones, en un primer momento, de carácter civil. Debido al fracaso de esta solución, entonces se acudió al Derecho penal y se impusieron penas privativas de libertad y de alejamiento, como la que hoy nos ocupa, con independencia de la voluntad de la mujer, porque el Derecho penal protege bienes jurídicos que trascienden a las personas y consecuente con ello, la imposición de penas accesorias, independientemente de que se considere, en este tipo de delitos, que el bien jurídico a proteger es, además de los que naturalmente considera el tipo penal, la situación de vulnerabilidad en la que han vivido las mujeres en nuestras sociedades y que provocan una relación de desigualdad con los hombres.

En consecuencia, si atendemos a que aquí existen normas especiales que, de acuerdo a los principios generales de interpretación de la ley, son especiales (LOPIVG y LVIF) y, por lo tanto, su aplicación prefiere a la ley general (Código Penal), entonces, en su resolución, el Juez debiera hacer una aplicación integral de las normas que rigen la materia y atender a la no aplicación de una orden de alejamiento, o la no sanción por el delito de quebrantamiento o desacato, o a la no agravación de la medida a una privativa de libertad, porque la mujer ya no se encuentra vulnerable frente a su agresor y, por lo tanto, no se pone en peligro el bien jurídico protegido en este caso, y para vivir conforme ella lo estima, no es necesario que el Juez decrete la orden de alejamiento.

Hacer un razonamiento en contrario, significa no respetar el Estado democrático de derecho en el que vivimos, puesto que existe un grupo de personas (mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar) a quienes no se les respeta su autonomía, libertad, y dignidad, sino que es el Estado quien interviene, ahora, en la imposición de una decisión (alejarse de su pareja). Por una parte, se le concede mayor protección a la mujer víctima de violencia intrafamiliar, pero, por otra, se anula su capacidad de decidir, en este caso, acerca de la persona con quien anhela vivir. Es decir, se establece un sistema judicial-penal, que se aleja de la realidad, sin atender a los Derechos fundamentales, ahora, de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, lo que genera en la comunidad (el Derecho está para regular las relaciones sociales en una comunidad) una desconfianza en la eficacia del sistema y una nula solución al problema de la

violencia intrafamiliar en nuestra sociedad. Las normas que tipifican delitos, deben ajustarse a principios básicos del Derecho penal, como el de la legalidad y lesividad, los que finalmente permiten obtener, por parte del ente social al cual rigen, la legitimación al sistema penal.

La utilización del aparato punitivo del Estado, en la defensa de las víctimas de la violencia de género o intrafamiliar, puede recibir otra crítica, que dice relación con que contribuye, necesariamente, a la expansión del control estatal, que trae como consecuencia obvia, un aumento del control policial a la generalidad de las personas, puesto que la policía comienza a entrometerse en otros aspectos de la vida de una pareja y no solamente atiende a la relación de convivencia que existe entre ambos. En efecto, sucede, en no pocas ocasiones, que la denuncia por violencia intrafamiliar permite el ingreso de la policía al hogar que comparten la víctima y el imputado, con el fin de detener a este último, en el evento de que se esté en presencia de un delito flagrante, si entonces, la policía descubre en el domicilio droga que le pertenece al agresor, éste finalmente resulta formalizado no sólo por un delito de violencia intrafamiliar, sino que también por el delito de microtráfico o tráfico de drogas, dependiendo, en el caso chileno, de la cantidad de droga incautada.

Se ha indicado que el aumento del control penal a las conductas que pueden revestir características de delitos en contexto de violencia intrafamiliar se debe, entre otros antecedentes, a que los jueces, no siendo activos ni acuciosos a la hora de investigar los hechos que decían relación con el maltrato habitual y, aplicando las sanciones de falta y no de delito, provocaba, inevitablemente, ante la imposición de una pena benévola, una sensación de impunidad y desprotección a las víctimas. Entonces, lo que no se debía haber hecho era cambiar las leyes, lo que se debía cambiar era la forma en que se interpretaba y aplicaba la Ley. No resultaba forzoso introducir más represión penal, la norma ya existía, sólo era necesario ser más eficiente en la investigación y en la aplicación de la ley.

La Profesora MAQUEDA ha dicho que no se sabe cómo han cambiado los padrones de género en el ámbito doméstico y social, sin embargo, actualmente el sistema judicial se enfrenta a un marco legal distinto. El punto de partida no es el delito de maltrato habitual, donde aparece el tema del género de forma más patente, sino que otros delitos como maltrato o lesiones leves o de coacciones y amenazas leves con sus correspondientes agravaciones y varias normas como las órdenes de alejamiento y condenas a prisión por el quebrantamiento de condenas o medidas.

Se ha indicado que la LOPIVG se creó bajo el lema, conocido internacionalmente para justificar la expansión del Derecho penal a todo ámbito de la convivencia social, de

“tolerancia cero” contra la violencia de género¹¹⁰, por lo tanto, se criminaliza la relación de pareja, puesto que, lo que antes se consideraba privado, ahora pasa a ser un asunto de Estado y, en consecuencia, del Derecho penal, porque la mujer es “vulnerable” dentro de su relación de pareja, por lo tanto, ese plus de vulnerabilidad trae como consecuencia el aumento de la reacción penal frente al agresor. Sin embargo, ese incremento de la sanción penal para el agresor, ha permitido que a la mujer se le impongan restricciones, tal como se ha hecho con personas menores e incapaces. Se les ha privado del control de sus necesidades y de la autonomía de sus decisiones vitales como cualquier sujeto de derecho tiene en un Estado democrático. Efectivamente, se le priva de la posibilidad de retractarse de una denuncia, debe acatar las órdenes de alejamiento e incomunicación que no desea. Es decir, la LOPIVG olvidó, como también siempre lo ha demostrado el Derecho penal, considerar a la víctima, más aún, en este caso, cuando las consecuencias de las resoluciones judiciales también recaen en intereses de la mujer, como sucede, por ejemplo, con la orden de alejamiento.

La ciencia penal moderna ha desarrollado la victimología, disciplina en la que se considera como parte importantísima del Derecho penal a la víctima, situación que siempre había sido obviada, puesto que el sistema punitivo se ocupaba sólo, en términos muy generales, de la existencia de una conducta que revistiera características de delito, la participación de quien lo había cometido y la imposición de una pena, generalmente, privativa de libertad. Hoy en día, se debe, además, entender y escuchar a las víctimas, no sólo por el hecho de ser tales, sino que también porque éstas tienen Derechos fundamentales, entre los cuales está, como ya se mencionó, la libertad y la autonomía.

Existen, en el ámbito del sistema penal diferentes respuestas al incumplimiento de la orden de alejamiento, cuando ésta se produce con el consentimiento de la mujer víctima de la violencia de género y algunos autores han destacado la exculpación que se produce respecto de la mujer, en todo caso y ahora más, al agresor. En un comienzo se alegaba la existencia de un ficticio error de prohibición excluyente de la culpabilidad. Posteriormente el Tribunal Supremo español ha resuelto que “la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de la circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe

¹¹⁰ INDRET. Revista Para el análisis del Derecho. ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?. MAQUEDA, Mría Luisa. Barcelona, octubre de 2007.-

desaparecer y quedar extinguida.”¹¹¹ Es decir, se debe atender a no amparar un excesivo proteccionismo, por parte de las leyes, a la vida de las mujeres.

Por la razón indicada, es necesario que el Juez que decide acerca de las consecuencias jurídicas de los delitos de violencia intrafamiliar, tenga la facultad legal de poder ponderar las circunstancias que dieron origen a la situación de violencia y decidir, razonadamente, la procedencia o no de una medida o pena, como lo es la orden de alejamiento, a fin de poder lograr darle, al sistema de justicia penal, la eficacia y reconocimiento que requiere para atender, efectivamente, al objetivo para el cual se ha creado, cual es el del restablecimiento de la paz social cuando se ha cometido un delito que ha alterado la normal convivencia de quienes viven en sociedad.

Desde la psicología se ha afirmado que la intervención en los casos en que existan víctimas de violencia de género se debe instar a que se les reconozca el derecho que tienen, como toda persona, a tomar directamente el control de sus decisiones y evitar exigirle el cumplimiento de condiciones para recibir ayuda, como por ejemplo, obligarles a denunciar o separarse de sus parejas.¹¹² Sin embargo, se debe dejar en claro que, cuando hablamos de afectaciones de bienes jurídicos protegidos por los tipos penales que sancionan la violencia intrafamiliar debemos hacer una distinción, en cuanto al estado de vulneración en que se encuentran las mujeres que sufren este tipo de acciones. Y, por lo mismo, consideramos que no siempre podría ser facultativo para el Juez la imposición de una pena accesoria, como la orden de alejamiento. Efectivamente, hay que distinguir la intensidad de la afectación a un bien jurídico de la mujer en un contexto de violencia intrafamiliar, porque el estado de vulneración en que se encuentra la mujer puede ser muy alto y, debido al shock psicológico en que se encuentra después de sufrir una agresión, no esté en condiciones de tomar una decisión que le permita tener claridad acerca de lo que puede suceder con su relación de pareja en el futuro. En este caso nos referimos a aquellas situaciones que se dan cuando el hombre intenta dar muerte a la mujer. En esos casos extremos de violencia, posiblemente no sea apropiado dejar entregada la decisión de que sigan juntos, a la mujer, y ahí sí que el Estado debe procurar todas las herramientas legales que tenga a su alcance, para proteger los Derechos fundamentales de la víctima, en este caso, de su vida.

¹¹¹ INDRET. Revista Para el análisis del Derecho. ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?. MAQUEDA, Mría Luisa. Barcelona, octubre de 2007.-

¹¹² INDRET. Revista Para el análisis del Derecho. ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?. MAQUEDA, Mría Luisa. Barcelona, octubre de 2007.-

Finalmente, podemos concluir que la respuesta penal no es la mejor ni la más indicada para restablecer la paz social por los hechos de violencia que se producen al interior del hogar, puesto que, por una parte, no ha disminuido la cantidad de delitos ni faltas que se cometen en ese ámbito y, por otro lado, las personas directamente afectadas por ellos (principalmente mujeres) no ven solución a su problema social y la mayor cantidad de las veces, continúan viviendo con el agresor, por lo tanto, continúan siendo víctimas de la violencia intrafamiliar. Por lo que en realidad, lo que debería hacerse, más que reprimir las conductas violentas dentro del hogar, es prevenirlas.

Se deben buscar alternativas de solución a este tipo de conflictos, fuera del ámbito penal. Estas soluciones se han planteado, especialmente por la doctrina imperante y consisten especialmente en la utilización de la mediación penal (sistema de resolución pacífica de conflictos, con una tramitación no contenciosa, en la que imperan como principios fundamentales el de la autonomía de las partes y la voluntariedad en la participación de las mismas); programas o tratamientos de rehabilitación (que se componen principalmente de elementos como el aprendizaje de habilidades sociales, el desarrollo de habilidades para la resolución de problemas, el tratamiento de problemas de impulsividad y autocontrol, así como aspectos específicos relacionados con cierto tipo de delitos, así como aspectos específicos relacionados con cierto tipo de delitos, como sucede en el caso de programas para maltratadores)¹¹³; implementación, por parte de la justicia civil, de medidas de expulsión cuando se producen estos hechos delictivos y revisión de la mantención de éstas en una etapa posterior del procedimiento (como sucede en otros ordenamientos jurídicos, Austria, Alemania, Puerto Rico, Argentina).

En estos ordenamientos jurídicos, la ley atiende más que nada a un fin preventivo, puesto que han podido comprobar que la represión penal de estos hechos no ha dado solución a la cada vez mayor cantidad de hechos delictivos que se producen en el contexto intrafamiliar.

Sí no se puede dejar de indicar que, aún cuando se ha señalado que este tipo de medidas preventivas han resultado ser exitosas para lograr el objetivo de la prevención de los delitos de violencia de género, la primera decisión, que tiene que ver con la expulsión del agresor desde el hogar (Ley austriaca) es ordenada por la policía, es decir, por un órgano perteneciente a la Administración del Estado y no a la judicatura, por lo tanto, se debe tener cuidado al

¹¹³ RUEDA, María Ángeles. Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género. ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?. Madrid, Dykinson, 2007. 121 p.

considerar este sistema, puesto que ella puede resultar ser arbitraria e ilegal y puede llegar a vulnerar gravemente los derechos de, hasta ese momento, “supuesto” agresor.

En otras legislaciones, como la puertorriqueña, el órgano encargado de decidir acerca de la expulsión del agresor desde el domicilio que comparte con la víctima, es un Tribunal de Justicia, por lo tanto, la resolución que la ordena debe estar fundada. La misma situación se produce en Argentina.

Soluciones que finalmente permiten que el autor de este tipo de delitos logre lo que las otras penas establecidas buscan con su imposición, cual es la reinserción social, puesto que por una parte, le permite conocer y reconocer el daño que ha provocado con su conducta a la víctima y tratar su estado mental frente a la violencia.

Es decir, la aplicación de medidas no penales permitiría que la víctima se vea reparada, con una relación de pareja que quiere salvar, no porque se lo estén imponiendo sino, porque ella misma lo decide así. Finalmente, se respetan los Derechos fundamentales no sólo de la persona que ha sido perseguida criminalmente por la comisión de un ilícito penal, sino que también, de la persona que ha sido víctima de éstos.

7.- Bibliografía.

- ACALE, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Madrid, Reus, 2006. 439 p.
- BOIX, Javier y MARTÍNEZ, Elena. La Nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Madrid, IUSTEL, 2005. 492 p.
- Boletín de Información y Análisis Jurídico, Núm. 14. Diciembre de 2003. Artículo 14: Una perspectiva de Género:” Los Nuevos Delitos de Violencia Doméstica: Otra Reforma Precipitada”. Patricia Lorenzo Copello. Instituto Andaluz de la Mujer.
- DOCUMENTOS OFICIALES, compendio de leyes penales especiales N° 6, Diciembre 2010, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
- ESQUINAS, Patricia. Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. 135 p.
- FERNÁNDEZ, José. Consentimiento de la víctima en VIF, desconocimiento de alcance de prohibición CONSULTA (22) 2011. Defensoría Penal Pública. [Consulta:15 mayo 2012]. Disponible en: <<http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=4698>>.
- FERNÁNDEZ; Josefa y SOLÉ, Anna. El impacto de la mediación en los casos de violencia de género. 1° ed. Valladolid, Lex Nova, 2011. 199 p.
- GARCIA-BERRIO, Teresa. Medidas de protección de la mujer ante la Violencia de Género, Claves para la igualdad. Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008. 406 p
- GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Segunda edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1997. Tomo 1.
- GUTIERREZ, Francisco. Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección. Barcelona, Bosch. 2010. 95 p.
- HERNÁNDEZ, Héctor. Alcances del delito de desacato en el contexto de la ley de violencia intrafamiliar. Informes en Derecho.(N° 8): 5-12, octubre 2011.
- HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Tomo I.
- INDRET. Revista Para el Análisis del Derecho. ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?. MAQUEDA, María Luisa. Barcelona, octubre de 2007.-
- INDRET. Revista para el Análisis del Derecho. Igualdad y violencia de género Comentario a la STC 59/2008, Elena Larrauri Pijoan Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Febrero 2009.
- LARRAURI, Elena. Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Trotta, 2007. 149 p.

MAPELLI, Borja. Las consecuencias jurídicas del delito. Navarra, Aranzadi, 2011. 499 p.

MARTÍNEZ, Elena. La tutela judicial de la violencia de género. Madrid, Iustel, 2008. 310 p.

MIR, Santiago. Derecho Penal, Parte general. Barcelona, Reppertor, 2011. 814 p.

POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, María. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2003. 613 p.

Revista Española de Investigación Criminológica. Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas. (9).

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2006, num. 08-02, p. 02:1-02:13 ISSN 1695-0194 <http://criminet.ugr.es/recpc>.

RUBIDO DE LA TORRE, Ley de violencia de género Ajuste de Constitucionalidad en Materia Penal. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007. 190 p.

RUEDA, María Ángeles. Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género. ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?. Madrid, Dykinson, 2007. 121 p.