



the answer company

THOMSON REUTERS

LA NECESIDAD Y OBLIGACIÓN DE CAUTELA EN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR?

ARTURO KLENNER GUTIÉRREZ

LA NECESIDAD Y OBLIGACIÓN DE CAUTELA EN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Arturo Klenner Gutiérrez¹

Resumen: *Este artículo busca analizar la necesidad y la obligación de cautela al tenor de las normas de la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, tanto en el caso que constituye delito como en el caso que no, aportando una mirada reflexiva sobre las normas que versan sobre medidas cautelares propiamente tales, medidas accesorias y factores de riesgo, en sede de familia y en sede penal.*

Palabras clave: *Violencia intrafamiliar; Medidas cautelares; Factores de riesgo; Oportunidad.*

1. CONTEXTO NORMATIVO EN VIOLENCIA FAMILIAR DE COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento contemplado en el Párrafo primero del Título IV de la Ley N° 19.968, relativo a la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que en su artículo 71 dispone medidas cautelares especiales, sin señalar criterios específicos para discernir el riesgo – salvo la necesidad de proteger los derechos del niño, niña o adolescente –, el procedimiento del Párrafo segundo del mismo Título y Ley, esto es, el procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar, sí cuenta con dichos criterios, aunque para ello el artículo 81 remite a la Ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar.

Así pues, el artículo 7 de este cuerpo normativo, contemplado en el Párrafo segundo, que versa “De la Violencia Intrafamiliar de conocimiento de los Juzgados de Familia”, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.427 y N° 20.480, dispone:

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

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

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

1.1. Necesidad de cautela

La norma antes transcrita está redactada en términos tales que las facultades habitualmente discrecionales del

¹ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, por la Universidad Bolivariana. Juez Titular del 2° Juzgado de Familia de Santiago. Juez preferente del Centro de Medidas Cautelares y entre 2015 y 2016 ejerció su coordinación. Licenciado en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Psicología y Psicólogo por la Universidad de las Artes, Ciencias y Comunicación.

Tribunal de Familia² resulten eficientes y, las medidas que se adopten, sean eficaces.

El inciso primero, coherente con las experiencias lamentables y dolorosas de femicidios y demás agresiones consumadas en contra de mujeres, refuerza la idea de la cautela preventiva, que es, por cierto, la única que tiene el carácter de tal. Las acciones que se adopten tras la consumación de una agresión ya no pueden entenderse como realmente cautelares, sin perjuicio de que prevengan la reiteración de la ofensa, o sean de carácter reparatorio, indemnizatorio o reivindicatorio de derechos.

Esta necesidad de prevención queda de manifiesto en la medida en que la norma hace alusión al riesgo inminente de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando este no se haya llevado a cabo.

La redacción recurre a una obviedad: si el riesgo es inminente, implica que es próximo en el futuro, pero no actual y consecuentemente no se ha llevado a cabo. Pero esta obviedad es funcional precisamente al fenómeno que se trata de prevenir: frente al riesgo, en esta materia no cabe escatimar medidas, pues la consecuencia de lo que, en otro contexto, puede entenderse como prudencia, no es otro que la eventual pérdida de una vida humana o su grave afectación. El femicidio – si consideramos solo el ataque contra las mujeres al interior del hogar – no es un fenómeno lejano ni mucho menos hipotético. Detrás de cada cifra publicada en los medios de comunicación hay una persona concreta, una familia y muchas veces hijos que quedan privados de la madre, que ha muerto, y desprovistos del padre, que resulta privado de libertad.

Sin que ello pueda ser considerado un consuelo ni mucho menos un logro, en los últimos tiempos cada mujer que ha sido víctima de un acto mortal ha contado con las correspondientes medidas cautelares.³ Muchas de ellas también son un rostro que el juez o consejero técnico recuerdan de la audiencia respectiva, o una voz que vuelve a resonar en la memoria, después de la entrevista telefónica de evaluación de riesgo.

Las cifras son alarmantes: 322 mujeres perdieron la vida por violencia intrafamiliar, desde el año 2008 y hasta junio de 2016,⁴ aunque sus muertes hayan tenido diversa calificación jurídico – penal. Al respecto, es menester tener en cuenta la modificación del artículo 390 del Código Penal, mediante la Ley N° 20.480, publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2010.

1.2. Obligación de cautela

En ese contexto, no puede sorprender que la norma en comento, esto es, el artículo 7 de la Ley N° 20.066, de manera imperativa, disponga que el tribunal, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan, lo que es plenamente coherente con el artículo 2 de la Ley N° 20.066, en cuanto dispone que es deber del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia.

Se desprende, pues, de la redacción de ambas normas que la necesidad de cautela y la obligación correlativa surgen con el solo hecho de presentarse una denuncia, ya sea a través de un parte de Carabineros, de un requerimiento formulado ante funcionarios de Policía de Investigaciones, directamente ante el Ministerio Público o el Tribunal de Familia.

Para que nazca la obligación, pues, se necesita: un riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando este no se haya llevado a cabo; y que haya una denuncia formulada a un tribunal.

La expresión “con el sólo mérito” es muy elocuente. Significa que no se exigirá prueba ni antecedentes ni garan-

2 Cfr. Klenner Gutiérrez, Arturo (2009), Derecho de Familia, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas El Jurista, pp. 9 – 43.

3 Basta recordar la noticia publicada por Cooperativa.cl, el miércoles 3 de junio de 2015: “ONG: En 10 días, nueve mujeres han sido asesinadas en el país”. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/policial/femicidio/ong-en-10-dias-nueve-mujeres-han-sido-asesinadas-en-el-pais/2015-06-03/192021.html> [consultado con fecha 17.07.2016].

4 Cfr. Arenas Paredes, Jessica; Barahona Méndez, Ana María; Damke Calderón, Karen y Glaves Bustos, Marcela (2016), Femicidios en Chile. Estudio Preliminar. Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago, Investigación inédita.

tías del riesgo. Basta la denuncia que dé cuenta de un riesgo inminente para que nazca la obligación, formulada en términos imperativos: “deberá adoptar”. Por cierto, la intensidad de la medida, requiere de ponderación y prudencia, pero no hay duda respecto de la obligación. En otras palabras, no se requiere de una audiencia previa, ni que se haya celebrado audiencia preparatoria, mucho menos que se hayan establecido los hechos en la etapa de juicio (si tal fuese el caso, lo que correspondería sería aplicar medidas accesorias en la sentencia condenatoria).

Es útil en este contexto también recordar que el artículo 92 de la Ley N° 19.968, también está redactado en términos imperativos: “el juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar”. En otras palabras, las medidas cautelares relativas a violencia intrafamiliar son imperativas, a diferencia de las medidas cautelares generales, contempladas en el artículo 22 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, redactada en términos discrecionales y potestativos. Esta característica alcanza incluso a las medidas cautelares del artículo 71 del mismo cuerpo legal, para el caso de grave vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, no cabe duda de que el legislador ha establecido un régimen especial para los casos de violencia intrafamiliar.

Los cuestionarios para calificar riesgos son, en este contexto, si se aplican adecuadamente, instrumentos valiosos, sobre todo si la denuncia se formula ante las policías y no directamente ante el Ministerio Público o el Tribunal, pues permiten que estos, al momento de tomar conocimiento de los hechos que pueden constituir violencia intrafamiliar o maltrato habitual – o algún otro delito, como amenazas o lesiones en contexto de violencia intrafamiliar – tengan parámetros concretos para actuar en caso de flagrancia, que faculta y exige acciones inmediatas en favor de la protección de la víctima.

Los cuestionarios también son útiles para complementar el relato de las víctimas, a las que no puede imponérseles la obligación de ser claras, precisas, concretas, coherentes o cualquier otro adjetivo de esta naturaleza, si se considera que suelen estar bajo enorme tensión, embargadas por el miedo o la angustia, paralizadas por una amenaza o por el recuerdo de agresiones ya vivenciadas, que les permiten intuir el peligro.

1.3. Presunciones de situación de riesgo inminente

Si bien la norma en comento está redactada en forma imperativa, no cabe interpretar que sea taxativa. En otras palabras, en las situaciones descritas deberá presumirse el riesgo, aunque esto no excluye que se presuma o incluso tenga por acreditado en razón de un hecho o de hechos no previstos en el artículo 7 de la Ley N° 20.066.

¿Cuáles son las circunstancias en las que cabe presumir que existe riesgo inminente?

a. Cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor

No cabe duda que, si ya ha existido una intimidación previa, puede observarse una cierta continuidad de la violencia que permite deducir que el potencial agresor no se ha conformado con tan solo un acto de agresión. Si no es posible observar continuidad en la violencia misma, a lo menos podrá advertirse un cierto patrón de conducta que permita fundar la presunción.

Lo anterior en ningún caso puede o debe interpretarse como “el requisito” de una intimidación previa, como se suele alegar ante estrados en relación con la habitualidad del maltrato, en una hermenéutica que no parece tener sustento en el artículo 14 de la Ley N° 20.066 y que más bien confunde la habitualidad de la denuncia con la habitualidad del maltrato, sin percatarse que el maltrato puede ser habitual o permanente y solo existir, por fin, una denuncia, mientras que por otro lado pueden existir múltiples denuncias sin que haya existido un maltrato efectivo, ni único ni permanente.

Tal confusión solo logra un estándar para la configuración del tipo penal, que no dice relación con la norma que lo contiene, y expone a las víctimas a situaciones de riesgo sin tomar en cuenta, o derechamente desconociendo, el fenómeno de la violencia, particularmente de la violencia doméstica, ya extensamente estudiado en otras disciplinas, como la psicología y la sociología.

b. Cuando concurren, además, respecto de este, circunstancias o antecedentes tales como

i. Drogadicción, alcoholismo

Se trata de dos circunstancias que implican riesgo en la medida que afectan la razón y la conducta, mer-

mando particularmente el control de impulsos.

Dependiendo del nivel de adicción, tanto la drogadicción como el alcoholismo, por el consumo o por la abstinencia, pueden dar lugar a cuadros patológicos con brotes psicóticos o descontrol de impulso, por lo que se justifica plenamente la inclusión de este elemento dentro del análisis de potencial violencia.⁵ En lo demás, cabe también tener en cuenta los aspectos que se desarrollan en el numeral (vi), más adelante.

ii. Una o más denuncias por violencia intrafamiliar

Al respecto, cabe la misma reflexión previamente realizada respecto de la intimidación previa. Debe agregarse que la existencia de denuncia previa es, en el contexto de la norma en análisis, un elemento para estimar que existe riesgo inminente, lo que en ningún caso implica que es necesaria la denuncia previa para que haya riesgo. El mismo análisis resulta pues aplicable al maltrato habitual.

Cabe señalar que el concepto “denuncia” en este contexto debe entenderse como cualquier reproche dirigido en contra de una persona, ya sea que conste en un parte policial; un requerimiento verbal ante un Tribunal o el Ministerio Público, del que se levante acta; o la demanda. Entender que la norma se refiere exclusivamente a la denuncia como acto desformalizado, dejando de lado las demás modalidades de imputación, como la demanda en sede de familia y la querrela en sede penal, no resiste análisis en el contexto del esfuerzo por calificar riesgo.

iii. Condena previa por violencia intrafamiliar

Debe entenderse en coherencia con el requisito anterior y, en tal sentido, cabe hacer hincapié en que el legislador no distingue si se trata de una condena dictada por un Tribunal de Familia o por uno con competencia penal, por lo que no cabe al intérprete distinguir, mucho menos para excluir riesgos.

Sería una interpretación contraria al sentido de la ley y a la necesidad de cautela, excluir condenas, por ejemplo, por delito de amenazas o de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, por no ser condenas por “violencia intrafamiliar propiamente tal”.

iv. 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

El criterio es nuevamente el mismo. Algunas de estas circunstancias dan luces para calificar el nivel de riesgo, pero no es necesaria su existencia para colegir que el riesgo existe.

La redacción de la norma resulta algo confusa. En la alusión al párrafo 5 y 6 del Título VII (Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual) del Libro Segundo del Código Penal, se refiere específicamente a la violación, al estupro y otros delitos sexuales. Por otro lado, de manera inespecífica se refiere a crimen o simple delito contra las personas, sin alusión directa al Título VIII del Libro Segundo del mismo Código. De ahí que, a nuestro juicio, deba comprenderse tanto dicho Título VIII, a lo menos en sus Párrafos 1 al 3, como al Párrafo 11 del Libro VI del Código punitivo, relativo a las amenazas de atentado contra las personas y la propiedad, porque comparten el mismo sentido de “atentado contra las personas”, aunque no los menciona el artículo 7 de la Ley N° 20.066 expresamente.

También debiera considerarse, aunque el legislador las omite del todo, las hipótesis de aborto de los artículos 342 y 343 del Código Penal, en cuanto cometidas por un tercero, sobre todo si se tiene en cuenta que uno de los factores de riesgo es el embarazo. En este aspecto, no cabe duda de que falta coherencia a la disposición en comento.

Violación, estupro y demás delitos sexuales, amenazas, homicidio, femicidio, infanticidio, lesiones en sus diversos grados dan cuenta, a lo menos, de un mermado o inexistente control de impulsos en el potencial

5 Cfr. Seijas Buschiazzi, Daniel y Santis Barros, Rodrigo (2012), “Trastornos por dependencia de sustancias”, Fundamentos de Psiquiatría Clínica, Sergio Valdivieso (editor), Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica, pp. 158 – 176; Dresdner Cid, Rodrigo (2014) Manual de psiquiatría forense para abogados, Santiago de Chile, Editorial Libromar, pp. 307 -323.

agresor, además de una tendencia a la negación o instrumentalización de otra persona, cuyos derechos y límites no se reconocen o no se respetan. En otras palabras, el potencial agresor no ve o no es capaz de ver a la víctima como un semejante, con todas las consecuencias que ello conlleva, humana y jurídicamente hablando.

Esta interpretación extensiva que no tendría amparo en contexto penal, es perfectamente justificable en materias de familia, muy particularmente porque se está calificando el riesgo y no atribuyendo un reproche que pueda llevar aparejada una sanción.

v. Procesos pendientes o condenas previas por infracción a la Ley N°17.798, sobre control de armas

Resulta de toda lógica que se haya incorporado este criterio entre los factores de riesgo y huelga explicar la relación que puede existir entre el porte o tenencia de armas de fuego y la lesión o muerte en contexto de violencia intrafamiliar.

No obstante, llama la atención que no se haga alusión a normas como el artículo 288 bis (porte de arma blanca), contenido en el Párrafo 8 del Título VI del Código Penal (De las infracciones de las leyes y reglamentos relativos a las armas prohibidas), por su incidencia en los ataques a mujeres, con o sin resultado de muerte.

De las 322 muertes de mujeres lamentadas en Chile en contexto de violencia intrafamiliar, entre 2008 y junio de 2016 se constata que el modo de causar el resultado fatal corresponde en un 20%, a la utilización de arma de fuego, mientras que el apuñalamiento corresponde al 40%,⁶ lo que viene a confirmar que el artículo 7 no está actualizado, resultando necesario que el actor del sistema judicial incorpore en el análisis los aspectos psicológicos y sociológicos pertinentes.

vi. Antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta

La norma resulta ciertamente justificada, aunque está redactada de manera muy específica al referirse solo a la personalidad, si se tiene en cuenta que la agresividad o violencia pueden tener en materia psiquiátrica o psicológica, diversos orígenes, sin que estos se relacionen de manera exclusiva o excluyente, con la personalidad.

Es sabido que el comportamiento violento puede ser respuesta al consumo agudo o crónico de sustancias psicoactivas, es decir, medicamentos o fármacos, drogas ilícitas y tóxicos producidos para distintos fines.⁷ Su acción aguda nada tiene que ver con una personalidad violenta, aunque puede dar lugar a agresividad intensa. En el caso de consumo crónico, el resultado más bien dice relación con el deterioro orgánico concomitante, mucho más que con una patología o trastorno de la personalidad asociado al descontrol de impulsos o a trastornos orgánicos cerebrales,⁸ aunque pueden resultar muy relacionados, sin perjuicio de muchos otros aspectos que podrían considerarse y que interrelacionan la psicología, la psiquiatría y la violencia.⁹

El doctor Dresdner clasifica, además, estas sustancias aludidas en estimulantes, depresores y alucinógenos. Entre estos tres tipos, resultan especialmente de interés los estimulantes y los alucinógenos. Los primeros "aumentan la energía psíquica y la actividad psicomotriz, disminuyen el cansancio y la necesidad de sueño", mientras que los segundos "provocan experiencias ligadas a la distorsión de la percepción, sensorialidad y orientación".¹⁰ El autor destaca de esta segunda clasificación que permite comprender,

6 Cfr. Arenas Paredes; Barahona Méndez; Damke Calderón, y Glaves Bustos, 2016, Investigación inédita.

7 Dresdner Cid, 2014, 138. Cfr. Seijas Buschiazzo y Santis Barros, 2012, 158 – 176. Cfr. García Toro, Mauro y González Guillén, Alicia (1998), Psicopatología y agentes biológicos. Enfermedades somáticas, fármacos, drogas y tóxicos inductores de trastornos mentales, Barcelona, Editorial Masson.

8 Cfr. Santander Toro, Jaime (2012), "Trastornos orgánicos cerebrales", Fundamentos de Psiquiatría Clínica, Sergio Valdivieso (editor), Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica, pp. 238 – 251.

9 Cfr. Moya Albiol, Luis (Editor y coordinador) (2015), Neurocriminología. Psicobiología de la violencia, Madrid, Editorial Pirámide.

10 *Ibíd.* 139.

“además de los efectos de las sustancias, las interacciones farmacológicas, antagónicas o sinérgicas que pueden establecerse entre sustancias del mismo o distinto grupo”.¹¹

Dresdner clasifica también los efectos clínicos de las sustancias sobre el sistema nervioso central en intoxicación, síndrome de abstinencia o de privación, y daño psicoorgánico. En los dos primeros casos las complicaciones pueden ser de tipo agudo, mientras que en el daño psicoorgánico se generan complicaciones psiquiátricas crónicas.¹²

Parece importante destacar este aspecto, pues muchas de estas complicaciones agudas o crónicas consisten precisamente en manifestaciones de violencia que, como se ha señalado, dicen relación con aspectos psicológicos o psiquiátricos, mas no directamente con la personalidad de un sujeto, con lo que el criterio legal establecido en el artículo 7 de la Ley N° 20.066 no contempla todas las posibilidades. Por cierto, no se espera del legislador que establezca y agote todas las posibilidades de riesgo, lo que sí cabe esperar de los actores del sistema judicial de familia, exigiendo de estudio y capacitación permanente en aspectos técnicos. Cabe destacar, aunque solo sea de paso, que el Consejo Técnico cumple, en este aspecto, un rol del todo relevante en la asesoría del Juez de Familia y, de paso, de las partes involucradas en los litigios.

vii. Cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima

Este criterio parece ir de la mano con la manifestación de celos. La negativa a aceptar el término de la relación resulta más marcada cuando la víctima inicia una nueva relación.

La oposición violenta a la que hace alusión la norma no necesariamente debe entenderse como el recurso a la fuerza física. Igualmente violenta puede ser la amenaza, velada o manifiesta, de una agresión en contra de la víctima, de los hijos comunes o de un tercero, como el caso de la nueva pareja de la víctima.

Particular mención cabe hacer de la amenaza de suicidio por parte del ofensor como criterio de riesgo y como expresión de violencia. Si bien se podría argumentar que en el suicidio del ofensor no se advierte un riesgo para la víctima, los datos analizados por un equipo compuesto por una Magistrada y tres Consejeras Técnicas, aún inédito, da cuenta de que el anuncio del suicidio es un elemento de alta incidencia en los femicidios, sobre todo si se considera que el suicidio suele concretarse tras la muerte de la mujer y muchas veces también de los hijos. Según el estudio inédito aludido, el porcentaje de suicidios tras el femicidio ha oscilado entre el 24,30% y el 44,40%, en los 322 casos que se analizan desde el año 2008 a junio de 2016. En el mismo análisis llama la atención el año 2011, en que pese a la baja comparativa de femicidios durante el año, se alcanzó un 40,54% de suicidios tras la muerte de la víctima.¹³

viii. Víctima embarazada, persona con discapacidad o condición que la haga vulnerable

Como la norma expresamente lo señala, se trata de situaciones que requieren de especial cautela, pues por razones obvias y que huelga analizar, las condiciones aludidas ponen a cualquier persona en desventaja o incluso en imposibilidad de defensa en caso de una agresión física o psicológica.

Las mismas características pueden también ser criterios de vulnerabilidad frente a agresiones sexuales o económicas.

ix. Adulto mayor, dueño o poseedor, a cualquier título, de un inmueble que ocupa para residir, sea expulsado de él, relegado a sectores secundarios o se le restrinja o limite su desplazamiento al interior de ese bien raíz, por algunos de los parientes señalados en el artículo 5°.

Si bien el adulto mayor puede ser considerado naturalmente dentro de las condiciones de vulnerabilidad, no resulta redundante que el legislador haya incorporado este criterio, que viene a sumarse al anterior, en cuanto aborda una situación particular, relacionada con una de las necesidades básicas de la subsistencia, como es contar con un techo que abrigue y proteja y que, en muchos casos, es el único patrimonio con el que cuenta una persona que ha dedicado toda su vida al trabajo.

11 Ibid. 139.

12 Ibid. 140 – 141.

13 Cfr. Arenas Paredes; Barahona Méndez; Damke Calderón y Glaves Bustos, 2016, Investigación inédita.

Lamentablemente la norma no es suficiente para proteger a los adultos mayores de fraudes y maniobras tendientes a privarlos del inmueble del que son propietarios o poseedores y que muchas veces es su único patrimonio. La norma no apunta a esta finalidad, sino a garantizar que los adultos mayores puedan gozar del bien, que tienen en propiedad o posesión, para su finalidad más natural, que es acogerlos.

Si bien la Ley de violencia intrafamiliar tiene, en general, aspectos que deben mejorarse, en particular hay un desafío pendiente en cuanto a la protección integral del adulto mayor, especialmente del ejercicio de la violencia doméstica.

1.4. Medidas accesorias

Podría decirse que las medidas accesorias a la dictación de la sentencia condenatoria de violencia intrafamiliar comparten con las medidas cautelares la función de prevenir o evita riesgo. Si este está presente durante la tramitación del juicio, con mayor razón cabe presumir que al momento de dictarse una sentencia condenatoria, se intensifica la necesidad de cautela. Esto resulta además justificado, si se considera que el artículo 8 de la Ley de violencia intrafamiliar dispone que “se castigará el maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, atendida su gravedad, con una multa de media a quince unidades tributarias mensuales a beneficio del gobierno regional del domicilio del denunciante o demandante, para ser destinada a los centros de atención de víctimas de violencia intrafamiliar existentes en la región respectiva y que sean de financiamiento público o privado”. Es decir, la sanción es pecuniaria y no beneficia a la víctima, por lo que la mera declaración de culpabilidad y consecuente condena, no bastan para brindar resguardo a la víctima.

Recordemos, pues, el tenor del artículo aludido de la Ley N° 20.066:

“Artículo 9º.- 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 estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.
- c) Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.
- d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término.
- e) Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez.

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

Desde la perspectiva cautelar, que es el aspecto en análisis, cabe preguntarse la real eficacia de dos medidas accesorias: la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar y la obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez.

En el primer caso, la duda surge, primeramente, por la falta de oferta de programas destinados a varones, que estadísticamente son los más denunciados; en segundo lugar, por la escasa eficacia que las intervenciones logran, cuando el patrón conductual pernicioso ya se ha instalado, al punto de que se ha obtenido una condena

judicial; y, en tercer lugar, por la falta de sanción en caso de no cumplir con la asistencia a programas terapéuticos o de orientación familiar, con lo cual la obligatoriedad es meramente nominal. En este sentido, el inciso primero del artículo 10 de la Ley de violencia intrafamiliar dispone que “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 Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”.

En el segundo caso, la eficacia es aún más dudosa, pues resulta difícil advertir cómo la firma en una unidad policial pueda impedir al condenado acercarse a la víctima, si no es porque entre víctima y condenado hay una distancia física tal, que la obligación de una firma periódica impida que el sentenciado se ausente de un lugar determinado para acercarse a la víctima. Se trata, en la práctica, de una medida cautelar mucho más justificada durante la tramitación de un juicio, con el propósito de asegurar que el imputado se encuentre disponible para los fines del procedimiento.

2. CONTEXTO NORMATIVO EN VIOLENCIA FAMILIAR CONSTITUTIVA DE DELITO

El contenido normativo sobre medidas cautelares en el párrafo 3° de la Ley N° 20.066 es escueto, precisamente por la remisión que hace el artículo 15 al artículo 7 del mismo cuerpo legal y al artículo 92 de la Ley N° 19.968, de lo que se desprende que el ámbito de aplicación de estos últimos es amplio: violencia intrafamiliar, constitutiva y no constitutiva de delito.

La norma aludida reza textualmente:

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

2.1. Necesidad de cautela

Como la norma lo señala, la necesidad estriba en dar protección a la víctima de manera eficaz y oportuna, para lo cual cabe adoptar las medidas suficientes y necesarias, resultando que el catálogo del artículo 92 de la Ley N° 19.968, no es taxativo, si se considera la expresión “tales como”, utilizada por el legislador para remitir a la Ley de Tribunales de Familia.

Por su parte, es menester recordar que la redacción del artículo 92 establece la obligación de adoptar medidas y la discrecionalidad del Juez de Familia en cuanto a qué medida adoptar, al señalar “sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes”, reforzando de esa forma su discrecionalidad en las acciones tendientes a proveer de protección a la víctima, lo que no debe confundirse con la obligatoriedad a la que ya hemos aludido.

Cabe señalar que existe eventualmente un problema de técnica legislativa en la remisión, pues la redacción del artículo 15 da para pensar que el artículo 7 de la Ley N° 20.066 contiene medidas cautelares, que no es el caso, como ya se ha analizado previamente.

2.2. Obligación de cautela

Si bien la norma está redactada en términos potestativos en lo que respecta al Tribunal con competencia en lo penal, la amplitud temporal de la intervención judicial – incluso antes de la formalización – nos hace pensar que más que una facultad, lo que se pretende es establecer una obligación, máxime si consideramos lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 20.066, al que ya hicimos alusión.

El Tribunal con competencia en lo penal, particularmente el Juzgado de Garantía, puede, en los términos señalados, adoptar medidas cautelares no solo en cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, sino que incluso antes de la formalización. Esto constituye una evidente excepción a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 230 del Código Procesal Penal, en cuanto este dispone

que, "cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley".

Pues bien, los delitos constitutivos de violencia intrafamiliar son una de estas excepciones, lo que da cuenta de que el legislador flexibiliza el criterio temporal y general del artículo 230 del Código Procesal Penal, en función de que se requiere un mayor campo de intervención judicial a favor de la víctima por la especialidad del fenómeno de la violencia intrafamiliar.

2.3. Presunciones de situación de riesgo inminente

Como ya se adelantó, el artículo 15 de la Ley N° 20.066 confunde el contenido del artículo 7 del mismo cuerpo legal con medidas cautelares, cuando en verdad es un catálogo no taxativo de factores de riesgo.

Esta falta de técnica legislativa no debiera ser óbice para que el tribunal con competencia en lo penal funde las medidas cautelares en alguno de los factores o criterios establecidos en el artículo 7 ya aludido, precisamente porque este no es ni taxativo, ni exclusivo, y mucho menos excluyente.

2.4. Medidas accesorias

Desde la perspectiva de técnica legislativa, el artículo 16 de la Ley N° 20.066, resulta cuestionable.

El inciso primero no parece ser un aporte, si se considera que la ley en que se inserta el artículo 16 es precisamente la de violencia intrafamiliar, resultando del todo redundante, pues es en tal contexto que un tribunal con competencia en lo penal podría aplicar estas medidas accesorias. Pareciera que el legislador quiso enfatizar que estas medidas pueden concurrir con las accesorias del delito conexo, como podría ser el caso de lesiones, amenazas, porte ilegal de armas, entre otros. De ser así, resulta plenamente justificada la norma, precisamente por los aspectos psicológicos y sociológicos que permiten constatar que la violencia doméstica es un fenómeno relacional, con carácter cíclico con potencial resultado de muerte, por lo que no cabe escatimar en precauciones.

El inciso segundo es del todo innecesario, toda vez que es la reproducción del penúltimo inciso del artículo 9, por lo que habría bastado una remisión.

Por su parte, la crítica que ya se hizo previamente a las medidas accesorias en contexto de violencia intrafamiliar no constitutiva de delito se puede entender reproducida en este caso si se tiene en cuenta el tenor del artículo 18 remite al artículo 10 en lo que respecta a las sanciones. En consecuencia, para el caso del incumplimiento de las medidas cautelares, las medidas accesorias y las condiciones para la suspensión del procedimiento, rige el desacato, con la limitación de la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar.

3. BIBLIOGRAFÍA

Arenas Paredes, Jessica; Barahona Méndez, Ana María; Damke Calderón, Karen y Glaves Bustos, Marcela (2016), Femicidios en Chile. Estudio Preliminar. Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago, Investigación inédita.

Dresdner Cid, Rodrigo (2014) Manual de psiquiatría forense para abogados, Santiago de Chile, Editorial Libromar.

García Toro, Mauro y González Guillén, Alicia (1998), Psicopatología y agentes biológicos. Enfermedades somáticas, fármacos, drogas y tóxicos inductores de trastornos mentales, Barcelona, Editorial Masson.

Klenner Gutiérrez, Arturo (2009), Derecho de Familia, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas El Jurista.

Moya Albiol, Luis (Editor y coordinador) (2015), Neurocriminología. Psicobiología de la violencia, Madrid, Editorial Pirámide.

Santander Toro, Jaime (2012), "Trastornos orgánicos cerebrales", Fundamentos de Psiquiatría Clínica, Sergio

Valdivieso (editor), Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica, pp. 238 – 251.

Seijas Buschiazzo, Daniel y Santis Barros, Rodrigo (2012), “Trastornos por dependencia de sustancias”, Fundamentos de Psiquiatría Clínica, Sergio Valdivieso (editor), Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica, pp. 158 – 176.