



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile
Chile

Van Weezel de la Cruz, Alex

LESIONES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Revista Chilena de Derecho, vol. 35, núm. 2, 2008, pp. 223-259

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014518002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LESIONES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR*

BATTERIES AND DOMESTIC VIOLENCE

ALEX VAN WEEZEL DE LA CRUZ**

RESUMEN: El régimen de la violencia intrafamiliar en la Ley N° 20.066 expresa una parte del despliegue del concepto de familia en la sociedad actual. El trabajo examina la ley en su relación con la sistemática tradicional de los delitos de lesiones, siguiendo la hipótesis de que el estudio de las modificaciones sistemáticas que de ella se derivan permitirá ponderar luego con mayor precisión la transformación que la normativa ha introducido o pretende introducir en la comprensión social de las relaciones familiares. Se advertirá que las modificaciones sistemáticas –en primer lugar, el alcance de los deberes cualificados de solidaridad que emanan del contexto intrafamiliar definido en la ley– tienen consecuencias en materia de error y obligan a realizar precisiones importantes en el ámbito de la teoría de la intervención delictiva y de la punibilidad de las lesiones culposas. Queda asimismo en evidencia el potencial expansivo del derecho penal que encierra la estrategia legislativa frente a la problemática de la violencia intrafamiliar.

Palabras clave: Violencia Intrafamiliar, familia, lesión.

ABSTRACTS: The regulation of domestic violence contents in Law N° 20.066 expresses part of the idea about the concept of family in current society. This work explores the law and its relations with the traditional classification of batteries, following the hypothesis that the proposals of changeovers given by this study for the global comprehension of family relationships, will allow to ponder better the legal transformations which have been introduced or pretend to be incorporated. These legal changes, –first of all, the qualified duty of solidarity which must to have the members of a family between each other– have consequences in the treatment of the error and force to make important precisions in the theories about criminal liability and the punishment of culpable negligence in case of battery. As well, this paper shows an opportunity of expansion for Criminal Law in the problematic topics of domestic violence.

Key words: Domestic violence, family, battery.

Las relaciones entre el parentesco que liga a la víctima con el autor, por un lado, y la culpabilidad delictual de este último (incluyendo la magnitud del injusto), por otro, son y han sido tortuosas a lo largo de la historia. Ello nada tiene de extraño, pues dependen de la comprensión de las relaciones de familia que predomina en una sociedad, y esta comprensión ha evolucionado significativa y no siempre pacíficamente con el transcurso de los siglos¹. Para advertirlo ni siquiera hace falta referirse a los ordenamien-

* El presente estudio tuvo su origen en una consulta realizada al autor por el Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública.

** Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, Apoquindo 3721 piso 13, Las Condes, avanweezel@claro.cl.

¹ Por ejemplo, respecto de la evolución en Europa central entre fines del siglo 18 y fines del siglo 20, SIEDER (1987) pp. 282 ss. y *passim*.

tos jurídicos que reducen el matrimonio a un supuesto de índole tributaria, sino que basta considerar que en la mayoría de los países occidentales, Chile incluido, el ordenamiento ya no reconoce un matrimonio exclusivamente civil que sea indisoluble. Esta imposibilidad de *contraer* el vínculo matrimonial indisolublemente (otra cosa es que *de hecho* no se disuelva), sumada a la equiparación de las parejas y de los hijos matrimoniales con las parejas y los hijos no matrimoniales, ha tenido como consecuencia que el matrimonio y la filiación matrimonial pasaran a ser algo irrelevante en lo que respecta a cuestiones centrales del derecho civil.

En concordancia con este desarrollo en el ámbito civil, algunos países han suprimido también del ordenamiento *jurídico-penal* las normas que implicaban reconocer un estatus especial a las relaciones formales de familia. El ejemplo más claro de ello es la supresión del delito de parricidio en muchos países. En Alemania, por ejemplo, “matar al padre” no es en principio más grave que matar a otra persona cualquiera, mientras que en España solo lo es en los términos de la circunstancia mixta del art. 23 CP.² No obstante, precisamente esta última norma da cuenta de la paradoja que se encierra en el estado actual de la evolución de las relaciones entre el parentesco y la culpabilidad o el injusto penal: al equiparar jurídicamente el matrimonio con las “relaciones análogas de afectividad” presentes o pasadas y la filiación matrimonial con la calidad de “descendiente por naturaleza”, el legislador penal termina por ampliar significativamente la punibilidad en relación con el régimen precedente. Mientras la equiparación a efectos civiles parece traer solo beneficios para el conviviente y el hijo extramatrimonial, su equiparación a efectos penales se devela como un arma de doble filo (precisamente porque el parentesco es una relación, es decir, opera en ambas direcciones). En la actualidad no se trata realmente de suprimir del ordenamiento jurídico los efectos de las relaciones tradicionales de familia, sino de ampliar dichos efectos a otras situaciones, como las relaciones pretéritas de afectividad que puedan considerarse “análogas” al matrimonio³. Dicho de otro modo: el desbaratamiento de las relaciones tradicionales de familia no conduce a menos, sino por el contrario a (mucho)⁴ más derecho penal.

Es un hecho que la violencia intrafamiliar aún reviste en la gran mayoría de los casos la forma de un delito de lesiones⁵, es decir, de una figura delictiva que la jurisprudencia tradicionalmente ha considerado más grave cuando se verifica respecto de personas vinculadas por lazos familiares⁶. Lo interesante es que con esta interpreta-

² “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

³ Ello es perfectamente posible desde que se concibe el matrimonio como vínculo disoluble.

⁴ Según la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior, entre el año 2006 y el año 2007, por ejemplo, las detenciones por violencia intrafamiliar se incrementaron en un 79,4%; este aumento se produjo sobre uno del 205,7% registrado en el periodo 2005-2006.

⁵ CASAS *et al.* (2007) p. 150.

⁶ Véase la interpretación habitual del art. 13 CP, KÜNSEMÜLLER (2002) p. 226.

ción la jurisprudencia se había apartado –y muy prontamente⁷– de la concepción diferenciadora que había estado en los orígenes de la normativa del Código Penal. Pues mientras el Código Penal español de 1850 consideraba el parentesco como circunstancia agravante en todo caso, Pacheco quería distinguir, en lo que se refiere a los delitos contra las personas, entre delitos de mayor y de menor entidad⁸. Mientras que en los primeros el parentesco siempre habría de surtir efecto agravante (y la ley así lo establece expresamente en ciertas figuras de la parte especial), respecto de los segundos sería preciso distinguir: si el ofendido es el “superior”, el parentesco agrava, mientras que atenúa si el ofendido es el “inferior”. Los comisionados chilenos, haciendo propia la crítica de Pacheco más que su concepción jerárquica de la familia, decidieron entregar el asunto a la prudencia judicial (arts. 13 y 494 N° 5 CP), pero no deja de ser llamativo que el enfoque tradicional –y en parte, con razón, obsoleto– que Pacheco tiene de la familia sea precisamente el que conduzca a una solución punitiva más liberal.

En cualquier caso, el régimen de la violencia intrafamiliar en la Ley N° 20.066 expresa una parte del despliegue del concepto de familia en la sociedad actual. En lo que sigue no se trata de enjuiciar política o filosóficamente el estado de esta evolución, sino solo de examinar más de cerca una de sus manifestaciones, la regulación penal de la así llamada “violencia intrafamiliar”, como primer paso para establecer qué dice esta regulación acerca del concepto de familia, de la clase de vinculación que hace más grave la violencia física. Este breve estudio pretende, por lo tanto, contribuir a responder esta pregunta situando a la Ley N° 20.066 en relación con las instituciones dogmáticas tradicionales en el ámbito de las lesiones, incluida su sistemática, pues parece plausible que si se analizan con cierto detalle las modificaciones que ha introducido esta ley y los puntos de fricción con el régimen previo a su vigencia, resulte luego un poco más sencillo ponderar la transformación que ella ha introducido, o al menos pretende introducir, en la comprensión social de las relaciones familiares⁹.

⁷ KÜNSEMÜLLER (2002) p. 226. Las razones: art. 400 CP (en la mayoría de los delitos de lesiones el parentesco agrava) y art. 489 CP (en ciertos delitos patrimoniales el parentesco excluye la responsabilidad penal). Es cierto que las personas enumeradas en estas normas no coinciden plenamente con las que menciona el art. 13 CP, pero reflejan, en expresión de ETCHEBERRY (1987a) p. 327, refiriéndose a la primera de estas normas, una “elocuente muestra del pensamiento legislativo”.

⁸ PACHECO (1867) p. 214 ss. Entre los primeros Pacheco menciona solo el homicidio, pero es razonable suponer que se refiere también a las lesiones severas.

⁹ Por lo tanto, aquí no se discurre sobre el principal problema práctico de la regulación penal de la violencia intrafamiliar, que no radica en su articulación dogmática con el derecho penal general, sino en la misma idoneidad del instrumento penal para hacer frente a la dolorosa realidad de la violencia que tiene lugar en el seno de la familia (el fenómeno habitual de la retractación de las supuestas víctimas una vez iniciado el procedimiento es solo una manifestación de ello). Al respecto, sugiriendo una aproximación más realista y menos ideológica al problema a la luz de la experiencia española, MAQUEDA (2007) pp. 1 ss.

I. LA SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS DE LESIONES EN EL CÓDIGO PENAL

Los tres tipos fundamentales de lesiones que contiene el Código Penal son los siguientes:

a) Las lesiones del art. 397 CP, cuya tipicidad se encuentra codefinida por la clase de resultados imputables a la conducta de herir, golpear o maltratar de obra. Sobre esta misma base, el propio art. 397 CP distingue dos supuestos de diferente gravedad. Las lesiones del art. 397 CP son denominadas en la ley como “lesiones graves”, y la doctrina –para diferenciar entre los dos supuestos de la norma– habla además de “lesiones gravísimas” (Nº 1) y “lesiones simplemente graves” (Nº 2).

El art. 398 CP –que para todos los efectos se considerará como parte de la figura prevista en el art. 397 CP– dispone que si se provoca alguno de los resultados señalados en el art. 397 CP mediante la administración a la víctima de sustancias o bebidas nocivas, o bien abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu, se aplicarán las penas que correspondan de acuerdo al art. 397 CP según la intensidad de los resultados¹⁰.

b) Las lesiones del art. 399 CP, que se configuran cuando a la conducta del autor no se le puede imputar alguno de los resultados que señala el art. 397 CP. La doctrina y la jurisprudencia utilizan, con base en la ley, la denominación de “lesiones menos graves” para este delito.

c) Las lesiones del art. 494 Nº 5 CP, que el propio texto legal denomina “lesiones leves”. Las lesiones son “leves” cuando no es posible imputar alguno de los resultados tipificados en el art. 397 CP a la conducta del autor, y cuando además concurren en el hecho tales circunstancias, y en las personas tales calidades, que en concepto del tribunal fundamenten un injusto menor que el del simple delito establecido en el art. 399 CP. En consecuencia, las lesiones leves se distinguen, por una parte, de las lesiones del art. 397 CP en razón de los resultados que en cada caso se pueden imputar a la conducta; y, por otra, se distinguen de las lesiones del art. 399 CP en razón de la apreciación que el juez realice respecto de la calidad de las personas y las circunstancias del hecho, en cuanto permitan fundamentar un injusto menor.

Si se atiende solamente a las normas contenidas en el Código Penal, la sistemática utilizada por el legislador respecto de las lesiones propiamente tales parece clara¹¹:

- (i) las lesiones graves del art. 397 CP responden a un modelo típico basado en la intensidad de los resultados imputables a la conducta¹²;
- (ii) las lesiones del art. 399 CP y las lesiones del art. 494 Nº 5 CP responden a un modelo típico que solo negativamente tiene en cuenta los resultados, pero que positivamente se basa en otros criterios valorativos;
- (iii) por lo tanto, los delitos de lesiones en el Código Penal pueden agruparse en dos

¹⁰ La castración (art. 395 CP) y las demás mutilaciones (art. 396 CP) también constituyen formas especialmente graves del delito de lesiones, pero el legislador ha optado por tipificarlas en forma separada. Existe acuerdo, sin embargo, en que este tratamiento legislativo es superfluo, y en que –en cuanto se trata de lesiones cuya tipicidad se halla codefinida por la clase de resultados imputables a la conducta– han de asimilarse *sistemáticamente* a las hipótesis de lesiones graves.

¹¹ El detalle de nuestra propuesta al respecto puede consultarse en VAN WEEZEL (2001) pp. 166 ss.

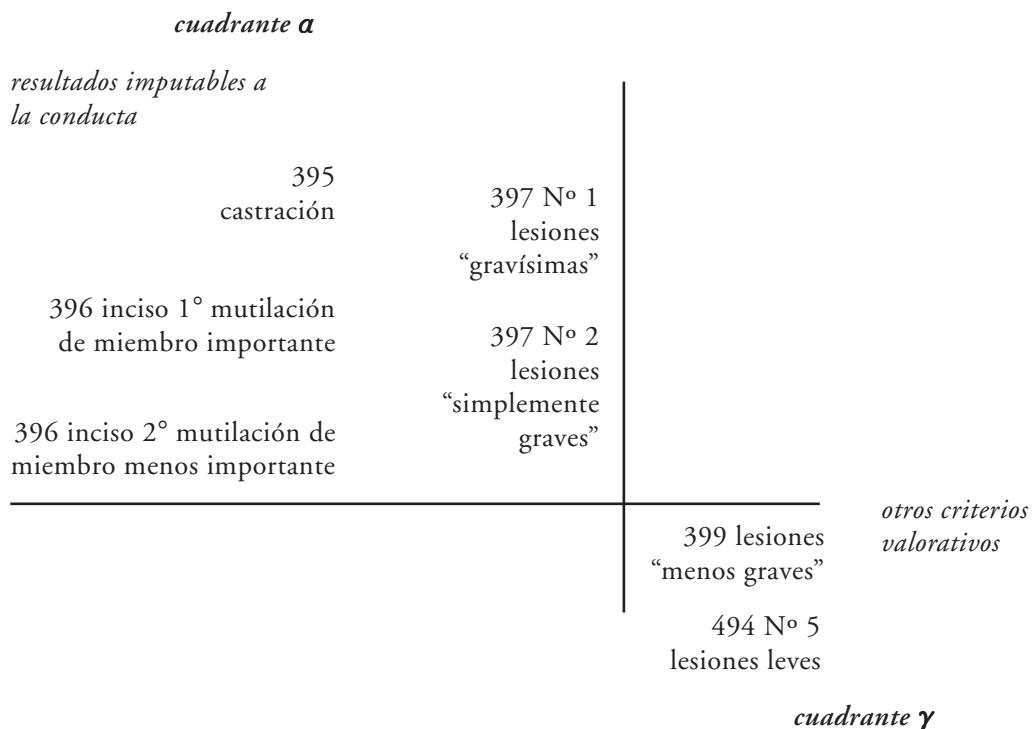
¹² Ello es válido también, como se ha indicado, respecto de las lesiones del art. 398 CP y de las mutilaciones de los arts. 395 y 396 CP.

clases fundamentales, al interior de las cuales se contienen a la vez dos grados distintos de gravedad que *responden al mismo criterio que da origen a la clase correspondiente*;

(iv) las dos clases son: la de aquellos delitos que se definen positivamente en función de la magnitud de los resultados (art. 397 N° 1 y N° 2 CP), y la de aquellos delitos que se definen negativamente en función de los resultados y positivamente en función de otros criterios (art. 399 y art. 494 N° 5 CP);

(v) las subclases son: por una parte, las lesiones gravísimas y las lesiones simplemente graves (art. 397 N° 1 y N° 2 CP, respectivamente) y, por otra, las lesiones llamadas “menos graves” (art. 399 CP) y las lesiones leves (art. 494 N° 5 CP)¹³.

Lo anterior se puede expresar gráficamente¹⁴ de la siguiente forma:



¹³ Esta opción sistemática fue adoptada conscientemente por la Comisión Redactora del Código Penal. En la Sesión 108 (de 13.VIII.1872), los comisionados decidieron apartarse del modelo español de 1850, que basaba la sistemática en la intensidad de los resultados, para dejar la calificación de ciertas lesiones como delitos o como faltas en manos de la prudencia del juez. La Comisión tuvo en cuenta el criterio de que “no siempre el impedimento de cierto número de días es un motivo bastante para calificar la gravedad de las lesiones (...) De este modo, las lesiones se clasificarán en tres especies distintas, ‘graves y menos graves’, penada como delito, y leves que solo se reputan faltas. *La determinación del límite que separa a estas de aquellas corresponderá hacerlo al juez en cada caso especial*” (Código Penal y Actas de la Comisión Redactora).

¹⁴ Para que tenga utilidad didáctica, el cuadro solo refleja en forma aproximada la relación entre las mutilaciones y las lesiones propiamente tales. Esto se debe a que aquellas, aunque materialmente constituyen una forma grave de lesiones, son amenazadas por el legislador con penas que en parte se superponen entre sí y, en parte, con las asignadas a las lesiones propiamente tales.

Respecto de las lesiones propiamente tales, esta sistemática tiene como consecuencia que entre las lesiones menos graves del art. 399 CP y las lesiones leves del art. 494 N° 5 CP no existe una relación regla/excepción. Por lo tanto, cuando un hecho no puede subsumirse en el art. 397 CP, el juez tiene simultáneamente a su disposición dos tipos alternativos, el de lesiones menos graves y el de lesiones leves. La subsunción del hecho en una u otra figura no depende de la magnitud de los resultados imputables a la conducta, sino de otros criterios de índole valorativa que se establecen en el propio art. 494 N° 5 CP y cuya ponderación en el caso concreto el juez siempre debiera fundamental. En efecto, si no existe una relación de regla/excepción entre ambas clases de lesiones, los fundamentos de la calificación nunca pueden darse por supuestos.

A lo expresado se opone una interpretación de la figura de lesiones leves, basada en la letra de la ley, como un tipo penal de carácter subsidiario. El art. 494 N° 5 CP sanciona al “que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, *no* se hallaren comprendidas en el artículo 399”, por lo que existiría una figura fundamental de lesiones, la del art. 399 CP, respecto de la cual todas las demás constituirían excepciones, de manera que el tribunal no estaría obligado a fundamentar especialmente la calificación del hecho como lesiones menos graves, a no ser que los intervenientes en el proceso hayan allegado pruebas en orden a justificar una calificación diversa¹⁵. Esta comprensión es posible conforme al tenor de la norma, pero no es claro que resulte apropiada desde el punto de vista de su *sentido* (art. 19 CC), por las siguientes razones:

a) No tiene suficientemente en cuenta que, a partir del art. 399, el Código Penal adopta un paradigma de carácter valorativo para la calificación de las lesiones, distinto de la magnitud de los resultados, y que este paradigma se aplica por igual a las lesiones menos graves y a las lesiones leves. Por eso es que, en dos hechos paralelos, el menoscabo del bien jurídico puede ser cuantitativamente idéntico, y no obstante uno de ellos calificarse como lesiones menos graves y el otro, como lesiones leves.

b) Al parecer, el tipo de las lesiones leves se encuentra *verbalmente* subordinado al de las lesiones menos graves, pero de esta subordinación formal no se desprende necesariamente una subordinación material como ocurre, en cambio, en el caso de los delitos de injurias. La relación entre los tipos de injurias graves (art. 417 CP), injurias leves (art. 419 CP) e injurias livianas (art. 496 N° 11 CP) se encuentra claramente definida por la ley en términos de subordinación material: si las obras o palabras no constituyen injurias graves, serán leves cuando se hayan realizado por escrito y con publicidad; si, no siendo graves, se han realizado sin escrituración y sin publicidad, se consideran livianas.

c) De las actas de la Comisión Redactora aparece que la ponderación judicial de la gravedad de las lesiones en el caso concreto, y específicamente en lo que respecta al juego entre las lesiones menos graves y las lesiones leves, fue reconocida e introducida de propósito por los comisionados. Por el contrario, el criterio basado en la relación

¹⁵ Cfr. SCS 6.XII.2004, cons. 10º: “La regla general es la de que todas las lesiones deben calificarse de menos graves y sancionarse conforme al señalado artículo 399”.

regla/excepción implica sustraer la decisión de la valoración judicial y reemplazarla por una valoración legal general y abstracta.

d) La penalidad de las lesiones menos graves es relativamente elevada. Si se las considera además como “regla general”, se fomenta aquello que acertadamente denunciaba Politoff, a saber, que la policía resulte obligada a conducir ante el juez “cuanta equimosis, rasguño o bofetón intrascendente recogen en su actividad cotidiana”¹⁶.

e) El Código Penal combina dos elementos en la incriminación de las lesiones: uno de carácter descriptivo-cognitivo (el menoscabo del bien jurídico salud o integridad corporal), y otro de carácter valorativo-normativo (las circunstancias del hecho y la calidad de las personas). La presencia de este último introduce una importante cuota de flexibilidad al sistema, y permite una adecuación del alcance de los tipos conforme a un modelo social de interpretación. El primero, por su parte, establece una pauta necesaria y limitadora, restringiendo teleológicamente las posibilidades interpretativas del tenor literal para todos los tipos penales de lesiones. Este equilibrio parece deseable¹⁷, aunque la plasmación del mismo en las escalas vigentes de penalidad no sea afortunada.

f) Por el contrario, el único efecto práctico de la interpretación de la figura de lesiones menos graves como regla, y de las lesiones leves como excepción, consistiría en eximir al juez de la exigencia de fundamentar la calificación. Este efecto no parece una razón suficiente para prescindir del modelo sistemático exigido por los diferentes paradigmas de criminalización de las lesiones que utiliza el Código Penal.

II. LA LEY DE TRÁNSITO

Tanto en la Ley N° 18.290 como en la Ley N° 20.066 se contienen normas que parecen afectar la sistemática de los delitos de lesiones prevista en el Código Penal. En primer término se hará breve referencia a la Ley de Tránsito.

En el inciso 1º del art. 196 E de la Ley de Tránsito, que tipifica el delito de conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, se contiene una definición de lo que, para los efectos de dicha norma, ha de entenderse como “lesiones leves”. En efecto, la figura “simple” de conducción en estado de ebriedad contiene un elemento negativo del tipo, consistente en que a la conducción, operación o desempeño en las condiciones señaladas no sea posible imputar la producción de lesiones menos graves, graves o la muerte de una persona. Si, por lo tanto, a la conducta solo puede imputarse la producción de daños materiales o las lesiones que la norma define como “leves” (o bien ninguna de las anteriores), tiene aplicación la figura simple contenida en el inciso primero del art. 196 E. Para definir el tipo penal de la figura simple de conducción en estado de ebriedad, el legislador no ha querido remitirse a las valoraciones judiciales exigidas por el art. 494 N° 5 del Código Penal, sino que ha preferido una solución cuantitativa: “Se reputarán leves, para estos

¹⁶ Véase en POLITICOFF *et al.* (2001) p. 230.

¹⁷ Y de paso evita que el componente de “causación”, que de modo inevitable se halla presente en una sistemática que tenga en cuenta los resultados, llegue a interpretarse en términos de cualificación por el resultado.

efectos [definir el alcance del tipo de conducción en estado de ebriedad en su forma simple], todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días”.

Una parte de la doctrina y, al parecer, también algunos tribunales¹⁸, han entendido que esta norma viene a proporcionar un criterio legislativo para la calificación de todas las lesiones leves, de modo que tendría aplicación no solo más allá de la figura de conducción en estado de ebriedad, sino incluso de los delitos tipificados en la Ley N° 18.290. Esta verdadera integración analógica sería necesaria tanto por razones prácticas como dogmáticas. En primer lugar, conforme al estado actual de la medicina una incapacidad que tarda casi 30 días en recuperarse no podría considerarse una lesión “leve”. En segundo lugar, la aplicación de la sistemática del Código Penal conduciría a la impunidad de muchas lesiones en el ámbito de los delitos imprudentes. En efecto, se argumenta que en el caso de los cuasidelitos “lo involuntario del hecho” podría bastar para calificar el delito como lesiones leves, al mismo tiempo que impediría tomar en cuenta elementos como la “calidad de las personas”. Pero como los delitos-faltas imprudentes solo son punibles cuando la ley lo señala expresamente –lo que no hace respecto de las lesiones–, entonces una proporción significativa de lesiones imprudentes resultaría impune.

Ambos argumentos tienen una misma raíz y apuntan a aquellos casos en que la calificación del hecho como lesiones leves no resulta objetivamente plausible. Pero enfrentan también al menos dos dificultades importantes. Por una parte, es discutible que la forma de alcanzar soluciones razonables pase necesariamente por limitar la apreciación judicial, como ocurre si se sustituyen los criterios valorativos del art. 494 N° 5 CP por el criterio cuantitativo del inciso 1º del art. 196 E de la Ley de Tránsito. Por otro lado, la aplicación de esta última norma a situaciones distintas de aquella para la que se estableció –la definición del alcance del tipo de conducción en estado de ebriedad en su forma simple– comporta una integración analógica, que, al menos según la comprensión generalizada del principio de legalidad, solo es admisible cuando se realiza *in bonam partem*. No obstante, en las hipótesis que justificarían dicha integración analógica se trata precisamente de exasperar la penalidad.

Por eso, no es de extrañar que la jurisprudencia haya sido reticente a la hora de interpretar el art. 196 E de la Ley de Tránsito como una modificación de la sistemática general de los delitos de lesiones. Así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de Garantía de Quillota, de 5.II.2005 (recurso de nulidad declarado inadmisible por la Corte Suprema en resolución de 16.V.2005) señala:

“Se debe decir primero que el artículo 399 no entrega ningún parámetro que permita orientarnos en esta tarea. Sin embargo, tenemos el artículo 494 N° 5 del Código Penal, que nos indica: constituyen lesiones leves ‘las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de

¹⁸ En este sentido POLITICO *et al.* (2004) p. 120.

las personas y circunstancias del hecho'. Esta última norma deja entregada al tribunal la calificación de las lesiones, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 397 (...) Las lesiones leves se distinguen, por una parte, de las lesiones del artículo 397 del Código Penal en razón de su resultado, que en cada caso se pueden imputar a la conducta y por otra, se distinguen de las lesiones del artículo 399 en razón de la apreciación que el juez realice respecto de la calidad de las personas y las circunstancias de hecho, en cuanto permitan fundamentar un injusto menor”¹⁹.

El fallo sigue la doctrina sustentada al respecto por el Supremo Tribunal. En una sentencia de 2004, la Corte Suprema señaló:

“Tampoco se aceptará la calificación de leves que de las lesiones ocasionadas a N.N. hace la defensa, aparentemente fundada en la circunstancia de haber la herida cicatrizado en una semana (...) La mera circunstancia de durar una semana en cicatrizar no es suficiente para configurar la falta de lesiones leves, como lo pretende la defensa, toda vez que el N° 5 del artículo 494 del Código Penal, califica de tales a aquellas que no se encuentran comprendidas en el artículo 399 del mismo código, atendida la calidad de las personas y la circunstancias del hecho, las que no se dan en la especie”²⁰.

En ambos casos se trataba de lesiones cometidas en un contexto diverso del que se encuentra regido por la Ley N° 18.290, y en ambos se prescindió, para la calificación de las lesiones como menos graves o leves, de cualquier parámetro de índole exclusivamente cuantitativa. Por lo tanto, si por razones sustantivas no sería apropiado estimar que la Ley N° 18.290 vino a alterar la sistemática de los delitos de lesiones prevista en el Código Penal, también se puede sostener que así lo han entendido por regla general los tribunales de justicia.

¹⁹ El fallo continúa: “Así, en la tarea el juez debe considerar el primer elemento proporcionado por el artículo 494 N° 5 del Código Penal (la calidad de las personas). En el caso de autos nos encontramos en presencia de una agresión física de un varón hacia una mujer (el sexo es una de los parámetros que la doctrina entrega al respecto). En relación a las circunstancias de hecho, debe tenerse presente que la agresión ocurrió al interior de la propiedad del cónyuge de la ofendida, hasta donde llegó el requerido sin motivo alguno y sin que haya sido invitado por sus moradores, agrediendo a la víctima en presencia de un hombre desconocido para la ofendida, pero conocido para el agresor, el cual conducía la camioneta en la que este se movilizaba, añadiendo con ello ignominia a la lesión. En estas circunstancias, corresponde calificar de menos graves las lesiones sufrida por doña N.N.”

²⁰ Cons. 10° también Santiago 19.III.2004, cons 1°: “El sistema ideado por el legislador para calificar el delito de lesiones mediante la clasificación del daño producido, atendiendo a su gravedad, duración de la enfermedad o incapacidad para el trabajo, llega solo hasta los límites señalados en los artículos 397 y 398 del Código Penal, pues, más allá de estos extremos, el tribunal debe moverse entre las lesiones menos graves que indica el artículo 399 y las lesiones leves que sanciona el artículo 494 N° 5, siendo de advertir que, en ambos casos, la ley no atiende a la duración de la enfermedad o incapacidad para la calificación, la que queda únicamente entregada a la prudente apreciación del tribunal”.

III. LA LEY SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Más complejo es el escenario que plantea la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar²¹.

1. LAS NORMAS LEGALES

La Ley N° 19.325 había introducido en el ordenamiento jurídico el concepto de “violencia intrafamiliar”²². La nueva ley, que derogó a la anterior, lo recoge en los siguientes términos:

“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” (artículo 5°)²³.

Por su parte, los artículos 6°, 13 y 14 de la ley contienen las normas relevantes para definir el alcance de las implicancias penales del concepto de violencia intrafamiliar. El art. 6° dispone que “los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito serán de conocimiento de los juzgados de familia y se sujetarán al procedimiento establecido en la ley N° 19.968”. El art. 13 establece que “en las investigaciones y procedimientos penales sobre violencia intrafamiliar se aplicarán, además, las disposiciones del presente Párrafo” (se refiere al Párrafo Tercero, relativo a la violencia intrafamiliar constitutiva de delito). El art. 14 tipifica una nueva figura delictiva denominada “maltrato habitual”:

“El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un

²¹ Publicada en el Diario Oficial el 7.X.2005, comenzó a regir con efecto retroactivo el 1.2005 por disposición del art. 25 de la misma ley.

²² El art. 1° de la ley, publicada el 27.VIII.1994, la definía –en términos más restrictivos que los actuales– como “todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aun siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo”.

²³ Esta norma es complementada por el art. 24 de la Ley N° 20.066. Para los efectos de la ley, quienes ostenten “la calidad de adoptantes o adoptados conforme a los dispuesto en las leyes N° 7.713 y N° 18.703, se considerarán ascendientes o descendientes, según corresponda”.

delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará solo la pena asignada por la ley a este.

Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.

El Ministerio Público solo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N° 19.968”.

En lo que sigue se procurará mostrar qué consecuencias tiene esta normativa para la sistemática de los delitos de lesiones conforme al Código Penal.

2. EL CARÁCTER “INTRAFAMILIAR” DE LA VIOLENCIA Y SUS CONSECUENCIAS

La definición de la violencia intrafamiliar en el art. 5º de la Ley N° 20.066 se compone de un elemento objetivo y de uno subjetivo²⁴. Objetivamente, debe tratarse de un maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de la víctima. Subjetivamente, debe existir entre el autor y la víctima alguna de las relaciones que el mismo art. 5º establece. Ambos elementos son constitutivos de la violencia intrafamiliar, pero, como es natural, es el último de ellos –la relación entre autor y víctima– lo que le da a la violencia su carácter específicamente intrafamiliar.

Desde el punto de vista objetivo, la definición adoptada por el legislador es tan amplia que comprende la práctica totalidad de las posibles formas de maltrato a otra persona. Ello obliga al intérprete a concluir que la violencia intrafamiliar con relevancia penal comprende tanto el delito de maltrato habitual –tipificado en la misma ley– como cualquier otro delito tipificado en el Código Penal o en leyes especiales que pueda considerarse como una forma de maltrato que afecta a la vida o a la integridad física o psíquica de alguna de las personas relacionadas con el autor en los términos del art. 5º de la Ley N° 20.066²⁵. Existiendo esta relación, constituyen por lo tanto violencia intrafamiliar los delitos de injurias, de abandono de niños o personas desvalidas, de lesiones, de violación, de robo con violencia, etc.

La conjunción entre el elemento objetivo y el subjetivo establecidos en el art. 5º de la Ley N° 20.066 hace que el contexto intrafamiliar adquiera relevancia *respecto de cualquier delito* que implique ejercicio de violencia sobre una persona. De allí que no sea correcto lo señalado por la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en el sentido de que “es posible que algunos eventos delictivos se verifiquen entre personas unidas por los

²⁴ Este último, en el sentido de “personal” o relativo a él o los sujetos. Como se verá, esta “subjetividad” tiene consecuencias también en el plano de la así llamada “imputación subjetiva”.

²⁵ En este sentido, también, la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en Oficio FN N° 551 de 29.IX.2005, II, 2.2.

vínculos (...) previstos en la ley, sin que importe, necesariamente, el contexto de violencia intrafamiliar que se comenta, como cuando con ocasión de una riña o pelea entre miembros de una misma familia se causan lesiones persegibles penalmente, sin que dicho evento se encuentre precedido por un historial de violencia de este carácter o existan elementos de juicio que hagan prever su repetición. Podría darse el caso, también, que, existiendo antecedentes de otros eventos similares, no se acredite un contexto familiar de intimidación en que se identifiquen situaciones de abuso o vulnerabilidad que hagan necesaria la adopción de resguardos especiales para alguna víctima”²⁶.

El Fiscal Nacional confunde, al igual que el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago²⁷, lo que constituye violencia intrafamiliar –definido inequívocamente en los arts. 5° y 13 de la ley sin ninguna referencia a la habitualidad, a un contexto de intimidación, superioridad o elementos semejantes– con lo que es necesario para configurar el delito de maltrato habitual o para que el juez adopte alguna de las medidas establecidas en el Párrafo Tercero de la ley. Por estas mismas razones, pero desde la perspectiva inversa, es errónea la sentencia del Tribunal de Garantía de Copiapó, que aprobó un acuerdo reparatorio en contravención al art. 19 de la Ley N° 20.066, en razón de que, a falta de habitualidad, los hechos habrían sido constitutivos de un delito de lesiones menos graves y no de “violencia intrafamiliar”²⁸. La violencia intrafamiliar no se limita al delito de maltrato habitual.

Por regla general, el carácter “intrafamiliar” de la violencia no tiene consecuencias penales sustantivas, sino solo procesales. Estas consecuencias se encuentran reguladas en el Párrafo Tercero de la Ley N° 20.066. En efecto, el art. 13 ya citado dispone que “en las investigaciones y procedimientos penales sobre violencia intrafamiliar se aplicarán, además, las disposiciones del presente párrafo”. La regulación contiene normas especiales sobre medidas cautelares (art. 15), establece expresamente la procedencia de las denominadas “medidas accesorias” (art. 16 en relación con el art. 9), establece condiciones especiales para la suspensión del procedimiento (art. 17), permite la imposición de apremios y obliga al tribunal a poner el eventual desacato en conocimiento del Ministerio Público (art. 18), prohíbe los acuerdos reparatorios (art. 19) y permite bajo ciertas condiciones la intervención del Servicio Nacional de la Mujer como representante de la mujer víctima en el proceso (art. 20). La naturaleza procesal de los efectos que surte el carácter “intrafamiliar” de la violencia conforme a la ley, permite concluir que el contexto intrafamiliar no constituye –salvo en el caso de los delitos de lesiones, según se

²⁶ Oficio FN N° 551 de 29.IX.2005, II, 2.3.

²⁷ Sentencia de 1.IX.2006, cons. 8°: la existencia de una relación matrimonial entre víctima y victimario sería “insuficiente por sí sola para establecer la concurrencia del tipo”, pues se requeriría “además aquel contexto situacional que *exige* [?] el artículo 5° de la Ley N° 20.066, que importa el mayor plus de injusto de las lesiones provocadas en el contexto de la violencia intrafamiliar”; en el caso concreto, se habría asentado que “la víctima y el victimario vivían en un mismo domicilio en una estructura familiar biparental, con un hijo de tres años, en una situación de permanente violencia que le atribuyó al acusado *esa ventaja comparativa de reproche penal mayor*” (cursiva solo aquí). El fallo se remite a la sentencia del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 1044-2006, que habría resuelto de igual forma.

²⁸ Sentencia de 16.XI.2005.

verá en el apartado siguiente— un elemento del tipo de los delitos correspondientes. Esto implica que ni el dolo ni la denominada conciencia de la antijuridicidad necesitan referirse a él, y que las variantes procesales son pertinentes aunque el autor no tuviera ni pudiera haber tenido conocimiento de su relación con la víctima al ejecutar el hecho.

3. LA LEY SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y LOS DELITOS DE LESIONES

Cuando se trata de los delitos de lesiones, no obstante, el carácter “intrafamiliar” de la violencia no solo determina un régimen procesal especial, sino que además implica una auténtica alteración de la sistemática de los delitos de lesiones prevista en el Código Penal. Esta alteración se produce en virtud de la oración final agregada al art. 494 N° 5 del Código Penal por la Ley N° 20.066 (art. 21 letra c). En relación con ello, también surte efectos sustantivos relevantes la sustitución del art. 400 del Código Penal en los términos que se explicarán a continuación.

a) *La modificación del artículo 494 N° 5 del Código Penal*

La Ley N° 20.066 agregó la siguiente oración final al art. 494 N° 5 CP: “En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar”.

Si se contrasta esta norma con la sistemática de los delitos de lesiones reseñada más arriba, se obtiene que aquella implica en parte la centralización, en manos del legislador, de una valoración que anteriormente –también bajo la vigencia de la Ley N° 19.325– se hallaba descentralizada en manos de los jueces. El efecto consiste en que el contexto intrafamiliar –determinado por las relaciones expresadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar– es valorado directamente por el legislador como elemento capaz de fundar por sí solo un injusto mayor que el de las lesiones leves. Esta definición legislativa da origen a dos clases fundamentales de lesiones menos graves:

- (i) las lesiones menos graves que son calificadas como tales *en razón de una valoración judicial*, con independencia de que se verifiquen en un contexto intrafamiliar, y
- (ii) las lesiones menos graves *que la ley define* como tales únicamente en razón del contexto intrafamiliar.

La distinción es importante pues tiene consecuencias sistemáticas, cuyo surgimiento está estrechamente ligado a la nueva redacción del art. 400 CP. A continuación se analizan y descartan diversas hipótesis interpretativas de esta modificación para finalmente afirmar la que se considera correcta:

aa) *No se ha creado un nuevo tipo penal.* La modificación del art. 494 N° 5 CP *no* ha significado, en primer término, la creación de un nuevo tipo penal, el de lesiones que no son graves en el contexto intrafamiliar. Es cierto que las definiciones legislativas que determinan la adscripción de un hecho a un tipo penal determinado con exclusión de otros constituyen generalmente elementos del tipo penal correspondiente. Pero en este caso ocurre que el juez no está obligado a tener en cuenta el contexto intrafamiliar para

calificar el hecho, sino que únicamente se excluye una posibilidad de calificación. Dicho con un ejemplo: si, atendidas las diferencias de sexo y edad (un varón adulto golpea a una niña pequeña sobre la que no tiene derecho de corrección), el juez califica el hecho como lesiones menos graves, da igual, para los efectos de la calificación, que la niña menor de edad “se encuentre bajo el cuidado o dependencia” de algún integrante del grupo familiar. Se podría argumentar que, en un caso así, el juez nunca tendrá la alternativa de calificar el hecho como lesiones leves²⁹, pero lo relevante es que el tribunal no está en absoluto obligado a fundamentar su calificación en el contexto intrafamiliar. Este deberá ser constatado para los efectos procesales arriba mencionados, pero se puede prescindir por completo de él para la subsunción del hecho en el tipo penal del art. 399 CP.

bb) *No hay tipicidad reforzada*. La modificación tampoco ha convertido a las lesiones menos graves en un tipo penal de tipicidad reforzada. Estas figuras se caracterizan porque el legislador formula la norma de conducta utilizando una serie de supuestos análogos, de tal manera que es irrelevante si en el caso concreto se configura uno de ellos, varios o todos. De cualquier forma la conducta será típica y el hecho, unitario. Esta categoría no se ajusta a la situación en comentario. En primer término porque, en caso de que la Ley sobre Violencia Intrafamiliar hubiera creado un tipo penal especial de lesiones menos graves, este sería paralelo al del art. 399 CP y no estaría “incluido” en él. Como se ha visto, sin embargo, tal tipo penal no existe. En segundo lugar, cuando en el hecho se configuran varios supuestos de los que componen la “tipicidad reforzada” de una figura, esta situación es irrelevante desde el punto de vista del desvalor de la conducta. En cambio, si en el caso de las lesiones concurren los requisitos valorativos para considerarlas como menos graves y *además* se verifica el contexto intrafamiliar, el art. 400 CP obliga a incrementar las penas en la forma que se comentará.

cc) *No cabe hablar de privilegio ni de calificación*. La modificación *no* ha supuesto una calificación del delito de lesiones leves en razón del contexto intrafamiliar, pese a que su operación implica una traslación del marco penal, fundamentalmente por dos razones. Lo que se califica son las figuras denominadas “básicas”, a partir de las cuales se construye precisamente la figura calificada. En este caso, en cambio, las lesiones leves bajo ningún respecto pueden considerarse como el tipo penal “básico” respecto de las lesiones menos graves, sino que ambas figuras se sitúan en un plano de igualdad hermenéutica. Por el mismo motivo sería errado sostener que las lesiones leves son una figura privilegiada respecto de las lesiones menos graves y que, en la medida en que con la modificación el contexto intrafamiliar impediría apreciar la figura privilegiada, ese mismo contexto importaría una calificación precisamente en el sentido de hacer inoperante el privilegio. Aparte de que, como se ha visto, resulta muy discutible que las lesiones leves sean una figura privilegiada, tal argumentación tiene el inconveniente de que las calificaciones y los privilegios –y esta es la segunda de las razones anunciadas– responden por completo a valoraciones *a priori* del legislador que resultan vinculantes para el juez, de manera que si este no las tiene en cuenta, concurriendo sus presupuestos

²⁹ Lo cual es efectivo (vid. SCA Arica de 24.8.2007, cons. 7º) e incide ciertamente, por ejemplo, en los plazos de prescripción del delito: SCA Santiago de 16.XI.2006, cons. 3º.

fácticos, comete un error. Como se ha señalado, no es este el caso de la norma que se comenta, pues el juez puede perfectamente subsumir el hecho en el art. 399 CP prescindiendo por completo del contexto intrafamiliar.

dd) *Contexto intrafamiliar como elemento del tipo.* Para lograr su objetivo –impedir la calificación de lesiones en contexto intrafamiliar como lesiones leves, pero sin realizar un nuevo cambio de paradigma–, el legislador parece haber utilizado un mecanismo difícil de clasificar dogmáticamente, y que podría describirse como la introducción de un elemento “emergente” al tipo de las lesiones leves, con un contenido negativo respecto de la aplicabilidad del tipo penal (similar, en este último aspecto, a la “voluntad” del morador en el art. 144 CP). Por lo tanto, es necesario que dicho elemento, el contexto intrafamiliar, *no concorra* en el caso concreto para poder subsumir el hecho en el tipo de lesiones leves. Lo característico de esta clase de elementos, que hemos denominado “emergentes”, es que su concurrencia en el caso concreto obliga a descartar la figura que los contiene³⁰, pero no determina necesariamente la aplicabilidad de una figura distinta. Esta no determinación podría teóricamente revestir dos formas: (i) para aplicar una figura distinta es necesaria la concurrencia de requisitos adicionales a los presupuestos fácticos del elemento emergente³¹; (ii) la aplicación de una figura distinta no requiere elementos adicionales a los presupuestos fácticos del elemento emergente, pero la subsunción de los hechos bajo ella puede ser realizada con independencia de la concurrencia de tales presupuestos. Esta última es la situación que se verifica en el caso del art. 494 N° 5 CP respecto de las lesiones en contexto intrafamiliar. En efecto, si bien el legislador ha establecido *a priori* y en forma abstracta una determinada valoración de ciertos presupuestos fácticos (la presencia de un contexto intrafamiliar), de modo que cabría en teoría considerar todo hecho en el que ellos concurren como objeto de una determinada valoración legislativa, al mismo tiempo la ley no ha querido privar al juez de la facultad de decidir en concreto si utilizará esa valoración legislativa en su calificación o si, en cambio, se atendrá a los criterios generales para fundar su decisión. Dicho de otro modo: el juez no puede llegar a un resultado de subsunción que contradiga la valoración legislativa, pero sí puede subsumir correctamente prescindiendo por completo de ella. En este sentido, la concurrencia de los presupuestos fácticos de un contexto intrafamiliar es un elemento “emergente” –introduce un dispositivo de corrección del resultado de la valoración judicial, que opera solo en caso de necesidad– y negativo del tipo de lesiones leves.

b) *La sustitución del artículo 400 del Código Penal*

El art. 400 CP se refiere *solo a las lesiones graves y a las menos graves*. En su redacción anterior a la Ley N° 20.066, establecía un incremento de penalidad en los

³⁰ Por eso es que la norma no solo contiene una regla de determinación de la pena –el hecho seguiría constituyendo lesiones leves, pero habría que sancionarlo con la pena de las lesiones menos graves–, sino una regla de subsunción.

³¹ El Código Penal contiene una norma que utiliza en forma genérica esta herramienta, el art. 71 en relación con el art. 10 N° 8 y el art. 490: si el mal no se produce por mero accidente, sino que es imputable a la conducta, tienen que concurrir además los requisitos del art. 490 para poder castigar por un delito culposo.

siguientes casos: (i) si los hechos se ejecutan contra alguna de las personas mencionadas en el art. 390 CP (objetos materiales del delito de parricidio); (ii) si las lesiones graves o menos graves se cometan por premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno, o con ensañamiento (las tres circunstancias, en el sentido que tienen para el delito de homicidio calificado: art. 391 N° 1 CP).

La nueva redacción de la norma sustituyó la referencia a los objetos materiales del delito de parricidio por una referencia a “las personas que menciona el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar”. De esta manera, el aumento de las penas en un grado dispuesto en la norma se producirá en forma obligatoria cuando concurra en los hechos un contexto intrafamiliar en los términos del art. 5° de la Ley N° 20.066.

Esta redacción no presenta especiales problemas respecto de los delitos de lesiones graves. Pero como la agravante específica está llamada a operar *siempre* que se verifique el contexto intrafamiliar, cabría pensar que, a causa de la disposición agregada al art. 494 N° 5 CP, en realidad no podría operar *nunca* respecto del delito de lesiones menos graves. En efecto, cuando el contexto intrafamiliar es el fundamento de la calificación del hecho como lesiones menos graves, entonces ese mismo contexto intrafamiliar no puede fundamentar luego una agravación de la pena. Ello se debe a la prohibición de doble valoración, una consecuencia directa del principio *non bis in idem*, recogido expresamente en el artículo 63 CP respecto de las circunstancias modificatorias: “No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que esta haya expresado al describirlo y penarlo”. Si el hecho es calificado como lesiones menos graves en razón del contexto intrafamiliar al tenor de la parte final del art. 494 N° 5 CP, entonces se trata de un caso en el cual la circunstancia agravante que se pretende aplicar (el contexto intrafamiliar del art. 400 CP) ya ha sido expresada por la ley al describir y penar el delito, pues su concurrencia ha desplazado la aplicación de la figura más benigna de lesiones leves.

De manera que respecto de las lesiones menos graves en contexto intrafamiliar se presentan dos alternativas. La agravante específica del art. 400 CP no se puede aplicar nunca, pues resulta violatoria del *non bis in idem* y, por tanto, del principio de culpabilidad, o bien existen situaciones en las cuales las lesiones inferidas en un contexto intrafamiliar se consideran como lesiones menos graves con total independencia de dicho contexto. Este solo sería el caso si se interpreta el art. 494 N° 5 CP de tal manera que la frase final introducida por la Ley N° 20.066 se entienda como un elemento “emergente” y negativo del tipo en el sentido explicado más arriba, es decir, si se la interpreta como mera garantía de un resultado final de la subsunción judicial.

Concretamente, lo anterior significa que en un caso de violencia intrafamiliar constitutiva de lesiones que no son graves, el juez deberá ponderar en primer lugar si las “circunstancias del hecho” y la “calidad de las personas” –con prescindencia de cualquier contexto intrafamiliar– permiten calificarlo como un delito de lesiones menos graves o, por el contrario, si solo permiten apreciar un delito de lesiones leves. Cuando el hecho es calificado como lesiones menos graves en razón de los criterios anteriores, el juez estará obligado a aplicar la agravante del art. 400 CP, si se acredita además la existencia de un contexto intrafamiliar. Si, por el contrario, el análisis y ponderación de las “cir-

cunstancias del hecho” y la “calidad de las personas” conducen a apreciar un delito-falta de lesiones leves, el juez estará obligado a calificar el hecho como lesiones menos graves en razón del contexto familiar, por aplicación de la frase final del art. 494 N° 5 CP, pero no será posible agravar la pena en virtud de la norma del art. 400 CP en comentario, pues ello implicaría una violación del principio de culpabilidad y se encuentra prohibido por el art. 63 CP³².

4. EL DELITO DE MALTRATO HABITUAL

La legislación sobre Violencia Intrafamiliar no se ha limitado a alterar la sistemática general de los delitos de lesiones en los términos explicados. Además, ha creado un tipo penal especial, el delito de maltrato habitual. La figura se encuentra establecida en el art. 14 de la ley, y para una primera aproximación a su análisis desde el punto de vista sistemático, y particularmente en su relación con los delitos de lesiones, parece conveniente examinar los siguientes aspectos:

a) *Subsidiariedad expresa del tipo y penalidad*

El tipo de maltrato habitual es expresamente subsidiario, y su aplicación se excluye siempre que “el ejercicio de violencia física o psíquica” sobre la víctima –con prescindencia de la “habitualidad”– sea constitutivo de un delito cuya pena es mayor que la de presidio menor en su grado mínimo. Como en los demás casos en que la ley se refiere a “un delito más grave” o “de mayor gravedad”, debe establecerse la relación de acuerdo a la pena que la ley asigna *in abstracto* en las normas de sanción correspondientes³³. Cuando el legislador ha querido tener en cuenta además “las circunstancias” del hecho, lo ha señalado expresamente, como ocurre en el art. 351 CPP. Por eso, la agravante específica establecida en el art. 400 CP en razón del contexto intrafamiliar no tiene incidencia para determinar la relación de gravedad³⁴.

³² El Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, no realizó estas distinciones y procedió derechamente a desestimar la agravante del art. 400 CP en un caso calificado como lesiones menos graves, en razón de que el vínculo matrimonial entre el autor y la víctima “fue el fundamento por expreso mandato del artículo 494 N° 5 del Código Penal para definir el delito, ya que por su entidad habría sido imposible arribar a la conclusión de calificarlo como delito de lesiones menos graves”. Con este criterio, la agravante prevista en el art. 400 CP no podría aplicarse nunca y la modificación legislativa sería letra muerta. Un criterio similar se sigue en la SCA Valparaíso de 28.IX.2007. Los malentendidos derivan en parte de una comprensión equivocada de la sistemática general de los delitos de lesiones en el Código Penal, que considera la calificación de las lesiones como una cuestión de medicina forense, en circunstancias que se trata de una calificación jurídica. Este error lleva a que en todos los casos en que las lesiones resultan ser “clínicamente” leves, el tribunal se considere obligado a calificar el hecho como lesiones menos graves solo en virtud del mandato legal introducido por la Ley N° 20.066. No obstante, la misma sentencia contiene en su cons. 7º una reflexión de interés: la agravante del art. 400 CP solo puede aplicarse respecto de los hechos descritos en los arts. 395 a 399 CP, esto es, respecto de aquellos que conforme a la sistemática base del Código constituyen hasta lesiones menos graves, y con independencia del contexto intrafamiliar añadido al art. 494 N° 5 CP como elemento emergente del tipo.

³³ Al respecto, p. ej., MATUS (2002) p. 402.

³⁴ Se trata de otra consecuencia del planteamiento que considera el contexto intrafamiliar como elemento emergente y negativo del tipo de lesiones leves. El marco penal del delito de lesiones menos graves, aunque

En el caso de las lesiones propiamente tales, el presupuesto de la subsidiariedad se verifica solo respecto de las lesiones graves. Las lesiones menos graves, en efecto, están amenazadas con penas alternativas de relegación o presidio menores en sus grados mínimos o multa. Respecto de la pena única de presidio prevista para el delito de maltrato habitual, la pena de las lesiones menos graves es menor, y por lo tanto ellas no constituyen un “delito de mayor gravedad” que active la subsidiariedad del tipo de maltrato habitual. En consecuencia, cuando se trate de violencia física constitutiva de lesiones que no sean graves, el contexto intrafamiliar llevará a la aplicación del delito de maltrato habitual en la medida en que se verifiquen los demás presupuestos típicos de esta figura.

b) Requisito de procesabilidad

La ley ha previsto un requisito de procesabilidad, una condición para que el Ministerio Público pueda dar inicio a la investigación de un delito de maltrato habitual: el respectivo Juzgado de Familia debe haberle remitido los antecedentes en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley N° 19.968. Más allá de la discusión que se ha suscitado al respecto, la norma parece valiosa en la medida en que el sistema de justicia familiar funcione en forma adecuada. En efecto, la naturaleza de los conflictos familiares aconseja, al menos en principio, que una primera apreciación del contexto y, sobre todo, de la habitualidad, sea realizada por el órgano especializado en justicia familiar con el fin de impedir una escalada del conflicto o que la intervención de la justicia penal termine por sepultar toda posibilidad de superarlo.

Esta institución puede considerarse también una forma de enfrentar procesalmente las consecuencias de una situación que afecta a la imputación objetiva del hecho o de sus resultados, y que se presenta con cierta frecuencia en los casos de violencia intrafamiliar: la actuación a riesgo propio de la víctima. El problema se produce en los casos en que el autor y la víctima “organizan conjuntamente” la lesión de los bienes jurídicos de esta última, por lo que es posible dudar si ello no hace desaparecer la calidad de víctima del titular y, consiguientemente, la calidad de autor del otro interviniendo, sea porque en la génesis del riesgo intervinieron el autor y la víctima (entrega de objetos peligrosos –máquinas, venenos, etc.– con los que el receptor luego se lesionan; contagio de enfermedades como el sida; accidentes de tránsito con intervención imprudente del lesionado; etc.), sea porque, con posterioridad a la lesión o puesta en peligro por parte del autor, la víctima adopta una conducta descuidada que agrava su situación. En general se acepta que la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima se produce en la medida en que la conducta típica y sus resultados permanezcan en el ámbito de lo que el autor y la víctima han organizado conjuntamente, que la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor (ausencia de responsabilidad por error o coacción), y que el autor no tenga un deber de protección específico respecto de los bienes de la víctima³⁵.

exista contexto intrafamiliar, no incluye necesariamente el aumento de las penas en un grado previsto en el art. 400 CP. De lo contrario, el legislador hubiera tenido que agregar directamente las lesiones en contexto intrafamiliar a las hipótesis previstas en el art. 397 N° 2 CP (lesiones simplemente graves).

³⁵ CANCIO (2001) pp. 349 ss.

En este sentido, es interesante que el legislador haya previsto una forma de susstraer ya desde un comienzo ciertos conflictos del ámbito penal y que, por otra parte, solo lo haya hecho respecto del delito de maltrato habitual y no de las conductas que constituyen lesiones corporales. En efecto, el artículo 90 de la Ley N° 19.968 establece que el juez de familia debe enviar *de inmediato* los antecedentes al Ministerio Público, cuando los hechos en que se fundamenta la denuncia o la demanda revistan caracteres de delito. A este régimen hace excepción precisamente la figura de maltrato habitual (artículo 14 de la Ley N° 20.066), pues conforme al inciso 2º del artículo 90 de la Ley N° 19.968 la remisión de los antecedentes al Ministerio Público solo procede respecto de este delito en un momento posterior, a saber, luego de que el tribunal de familia ha examinado los antecedentes *en la audiencia preparatoria o en la del juicio* propiamente tal. De esta manera, el legislador tiene en cuenta también procesalmente la incidencia de elementos genuinamente intrafamiliares en la configuración de los delitos correspondientes y su persecución³⁶.

c) *Elementos centrales del tipo penal*

aa) Verbo rector

El *verbo rector* es ejercer violencia física o psíquica sobre una persona. Como es sabido, no se cuenta con un estudio pormenorizado y comprehensivo del concepto de violencia en el Código Penal³⁷, y menos aun en las leyes especiales, de modo que, al igual que en el caso de los delitos de robo, amenazas, usurpación, violación de morada, poner manos violentas sobre un ministro de culto, etc., será preciso también desarrollar especialmente el alcance de la expresión “violencia”. Conforme a la tradición dogmática continental (véase más abajo), solo la dimensión física tiene relevancia en relación con los delitos de lesiones corporales.

bb) Forma de ejecución y resultado típico

En lo que respecta a la relación sistemática de esta figura con los delitos de lesiones, es importante constatar que el tipo del delito de maltrato habitual *no contempla una determinada forma de ejercicio de la violencia ni exige la producción de un determinado resultado*. Ello tiene dos consecuencias fundamentales. Por una parte, significa que toda forma de lesión corporal que no sea grave queda comprendida en el maltrato habitual (y realizará el tipo cuando se verifiquen los demás requisitos de contexto y habitualidad). Por otra, y desde la perspectiva inversa, puede significar que existen formas de ejercicio de violencia física que no constituyen lesiones, pero sí resultan típicas bajo la forma de maltrato habitual. En este sentido: (i) nada parece oponerse a la apreciación de maltrato

³⁶ Desde una perspectiva inversa, pero coincidente en el origen, se plantea la cuestión acerca de si, por ejemplo, la mujer en cuyo beneficio se ha dictado una medida de protección es responsable del delito de desacato que el hombre comete con su intervención al quebrantarla: en sentido afirmativo para el derecho español MONTANER (2007) pp. 1 ss.

³⁷ Véase, con todo, las contribuciones de MERA (1995) pp. 111 ss. y BASCUÑÁN (2002) pp. 55 ss. en el contexto de los delitos de robo.

habitual por omisión, una forma de conducta cuya aceptación como típica ya era relativamente pacífica en la doctrina tratándose de las lesiones menos graves³⁸; (ii) la figura de maltrato habitual equivale a la penalización, bajo los presupuestos de habitualidad y contexto intrafamiliar, de las denominadas “vías de hecho”, que se comenta en el apartado siguiente.

cc) Las “vías de hecho”

Es sabido que en la doctrina existió cierta discusión en torno a si es posible subsumir en los arts. 399 y 494 N° 5 CP hechos en los cuales el maltrato infligido a la víctima no deja huellas físicas, en el sentido de que no provoca alteraciones orgánicas o fisiológicas perceptibles. Esta clase de afectaciones de la salud se conoce tradicionalmente en la doctrina como *vías de hecho*. Sin embargo, entretanto el propio legislador ha ido eliminando buena parte de los argumentos invocados por quienes eran partidarios de considerar las vías de hecho como lesiones³⁹. Así ocurre, por ejemplo, con la creación del delito de torturas por la introducción al Código Penal de los arts. 150 A y 150 B. Si, por otra parte, se analiza con cuidado el art. 140 CP, resulta sencillo concluir que cuando el autor pone manos violentas sobre un ministro de culto, lo que está haciendo según la ley es “*injuriarlo* de hecho”. Por eso, la Corte de Apelaciones de San Miguel podía constatar hace casi diez años que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias se inclinan por rechazar el tratamiento de las vías de hecho como delito de lesiones⁴⁰. Al parecer, el castigo de las meras vías de hecho pasa, como ocurre en otras legislaciones (v. gr. la alemana⁴¹), por tipificarlas de un modo expreso, intentando en lo posible poner límites a la inagotable casuística que caracteriza a esos sistemas.

Una tipificación expresa aunque compleja de las vías de hecho es la que contiene el art. 14 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar. El tipo puede realizarse, en lo que aquí interesa, cuando el autor ejerce violencia física sobre la víctima o las víctimas. Si lo hace en forma habitual y en un contexto intrafamiliar, es indiferente que la violencia física ejercida no provoque ninguna alteración fisiológica u orgánica, siempre que implique un sufrimiento físico de cierta entidad⁴². Así, por ejemplo, probablemente no constituiría maltrato habitual hacer cosquillas o lanzar bombas de agua, pero sí podría serlo cortar o arrancar los cabellos, retrasar por lapsos prolongados de tiempo la entrega de alimentos, someter forzadamente y por largo tiempo a ruidos ensordecedores o irritantes⁴³ o bien a olores nauseabundos, zamarrear enérgicamente, mantear, provocar la caída de la víctima,

³⁸ POLITOFF *et al.* (2004) p. 117.

³⁹ ETCHEBERRY (1998) p. 116; GARRIDO (1998) pp. 159 s.

⁴⁰ SCA San Miguel, de 12.VII.1999.

⁴¹ El § 223 StGB sanciona a quien maltrata corporalmente a otro o daña su salud. La fórmula acuñada por la jurisprudencia para concretar el maltrato corporal consiste en que debe tratarse de “un tratamiento desagradable e inadecuado, mediante el cual se afecta el bienestar corporal de la víctima de una manera que va más allá de lo meramente irrelevante”.

⁴² Acertadamente, el Tribunal de Garantía de Illapel en la sentencia de 26.I.2006 solo analiza la posibilidad de que concurran lesiones en ausencia de alteraciones físicas u orgánicas una vez que ha descartado, por falta de habitualidad, el delito de maltrato habitual (cons. 4°, 5° y 6°).

⁴³ Ejemplo utilizado por POLITOFF *et al.* (2001) p. 207.

etc., siempre que concurra el requisito de habitualidad respecto de estas conductas o de ellas y otras semejantes. El desarrollo de una casuística acerca de lo que constituye ejercicio de violencia en el sentido del delito de maltrato habitual será inevitable.

dd) El “contexto intrafamiliar”

El *contexto intrafamiliar* es un elemento del tipo penal y se encuentra definido en el art. 5º de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, fundamentalmente en términos de “relaciones particulares” del delincuente con el ofendido (para usar la expresión del art. 64 CP), lo que se extiende también al supuesto contenido en la parte final del inciso 2º del art. 5º: también hay violencia intrafamiliar cuando la violencia recae en “persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”. En este caso, no obstante, el elemento típico parece atender más bien a la discapacidad o minoría de edad de la víctima que a sus relaciones con el autor y, de hecho, la referencia a los integrantes de un “grupo familiar” resulta bastante confusa. Esta distinción podría tener alguna relevancia respecto de los problemas del error y de la comunicabilidad que se analizarán luego. En cualquier caso, el contexto intrafamiliar se encuentra delimitado con bastante claridad en la ley, salvo en lo que se refiere al concepto de “grupo familiar”.

ee) Habitualidad

Finalmente, el tipo penal exige *habitualidad* y proporciona cuatro criterios para enjuiciarla, los que deben utilizarse en forma simultánea: (i) debe tenerse en cuenta el número de actos, así como (ii) la proximidad temporal entre ellos; (iii) es indiferente que las víctimas de los actos de violencia sean personas diversas; (iv) no inciden en el juicio de habitualidad los actos anteriores sobre los que haya recaído sentencia penal condenatoria o absolutoria.

Esta norma presenta una serie de problemas técnicos y dará origen con seguridad a innumerables dificultades de interpretación.

d) *Consecuencias sistemáticas y concursos*

Desde el punto de vista sistemático, la introducción del delito de maltrato habitual viene a confirmar que las vías de hecho en general no son punibles como delito de lesiones. Por lo tanto, el delito de maltrato habitual puede concurrir con las injurias livianas (496 N° 11 CP), con las amenazas del art. 494 N° 4 CP, con las coacciones del art. 494 N° 16 CP, etc., y en todos estos casos, verificándose los demás requisitos, primará por consunción el delito de maltrato habitual.

Tratándose de figuras que constituyen crímenes o simples delitos amenazados con una pena mayor que la de presidio menor en su grado mínimo, la subsidiariedad expresa del tipo de maltrato habitual llevará –respecto de ese hecho y en relación con el maltrato habitual– a descartar todo concurso aparente de leyes (por ejemplo, solo se aplicará el art. 367 inciso 2º CP) y tornará inaplicable la regla del art. 75 CP para los casos de concurso ideal (solo se aplicará la pena del delito más grave: por ejemplo, la prevista en el art. 142 N° 2 CP), pero no impedirá la apreciación de un concurso real en los casos

en que, aparte del crimen o simple delito, el sujeto ha realizado otros actos que en su conjunto reúnen los requisitos típicos del art. 14 de la Ley N° 20.066. Si, en cambio, algunos hechos constituyen un crimen o un simple delito amenazados con una pena igual o inferior que la de presidio menor en su grado mínimo, será preciso decidir entre la aplicación de la figura del maltrato habitual y la apreciación de una reiteración de delitos.

Esta situación se presenta precisamente en los casos en que el maltrato habitual está constituido por varios actos de violencia física, cada uno de los cuales realiza el tipo penal de las lesiones menos graves. Como el delito de lesiones menos graves no es “un delito de mayor gravedad” que el maltrato habitual, no operará la subsidiariedad del tipo penal de maltrato habitual. Por lo tanto, cabe la posibilidad de apreciar un solo delito de maltrato habitual –con una pena de presidio menor en su grado mínimo–, o bien, considerar que en los hechos concurre una reiteración del delito de lesiones menos graves. Para determinar la penalidad en este último caso habría que recurrir a las reglas del art. 351 CPP. Ya que varias lesiones corporales nunca pueden estimarse como un solo delito (esto no es discutido, al menos en el ámbito de los delitos dolosos), corresponde aplicar la pena del delito que con sus circunstancias la merezca más grave, aumentándola en uno o dos grados según el número de delitos. Todo ello, siempre que la acumulación material reglada en el art. 74 CP no resulte más favorable para el condenado. Es decir, en cualquier caso resultaría más beneficioso para el autor que se le condenara por el delito de maltrato habitual. Esto pone en evidencia una vez más que el delito parece estar diseñado especialmente para captar las hipótesis conocidas como “vías de hecho” en el contexto intrafamiliar, exigiendo para su punibilidad el requisito adicional de la habitualidad. Por el contrario, siempre que se producen fricciones con los delitos de lesiones, el sistema elaborado por el legislador muestra sus falencias.

5. LA PROBLEMÁTICA DEL ERROR SOBRE EL CONTEXTO INTRAFAMILIAR

Tanto el delito de maltrato habitual como las lesiones que no son graves prevén como elemento del tipo lo que se ha llamado “contexto intrafamiliar”, definido en los términos del art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar. Pero mientras que en el delito de maltrato habitual se trata de un elemento del tipo que responde al modelo tradicional, y en esta medida no presenta particularidades en materia de error, en el caso de las lesiones que no son graves el contexto intrafamiliar es solo un elemento emergente o eventual que define negativamente, por exclusión, el delito-falta de lesiones leves. En efecto, la constatación del contexto intrafamiliar solo será relevante para la subsunción del hecho cuando el tribunal, una vez que lo ha valorado atendiendo a las circunstancias y a la calidad de las personas, ha llegado a la conclusión de que se ha realizado el tipo de lesiones leves. En tal caso, el juez debe preguntarse si no concurre además el contexto intrafamiliar. Si la respuesta es afirmativa, estará obligado a calificar el hecho como lesiones menos graves, pero no podrá aplicar la agravante correlativa del art. 400 CP.

Desde el punto de vista de la imputación subjetiva, por lo tanto, el conocimiento del hecho y sus circunstancias imputable al autor debe incluir el contexto intrafamiliar para poder atribuirle subjetivamente el hecho a título de dolo. Si no es posible imputar

al autor el conocimiento del contexto intrafamiliar, será preciso examinar la evitabilidad de su desconocimiento o, lo que es lo mismo, su excusabilidad. Si el desconocimiento es excusable, quedará excluida la posibilidad de sancionar al autor considerando el contexto intrafamiliar, de manera que el hecho constituirá un delito-falta de lesiones leves o un simple delito de lesiones menos graves según los criterios generales (las circunstancias del hecho, la calidad de las personas). Si el desconocimiento no es excusable, sino imputable al mismo autor, la solución depende de la posición que se sustente sobre el tratamiento del error y, cuando se adopta una perspectiva que distingue los errores según su objeto, del “tipo” de elemento que constituya el contexto intrafamiliar.

En Chile, la doctrina y la jurisprudencia distinguen entre error de tipo y error de prohibición –es decir, definen y tratan los errores según su objeto–, y por lo tanto resultan posibles dos escenarios. Si se considera que el contexto intrafamiliar es un elemento “normativo” del tipo –como lo es, por ejemplo, la ajenidad de la cosa en el hurto–, cualquier desconocimiento del contexto intrafamiliar, aunque sea inexcusable, excluiría el dolo del delito en cuestión. Se trata de un régimen beneficioso para el autor, pues en las figuras que aquí interesan el contexto intrafamiliar parece revestir un estatus semejante a aquel que ostentan las relaciones descritas en el art. 390 CP para fundamentar el delito de parricidio. Cuando el sujeto desconoce los presupuestos fácticos de la relación que lo liga a la víctima y le da muerte, comete el delito de homicidio simple, aunque el desconocimiento sea inexcusable. Esto se debe a que el desvalor de acción que explica la penalidad más elevada del parricidio solo concurre cuando al sujeto se le puede imputar el conocimiento de las relaciones, y por eso es que la ley lo ha exigido expresamente en el tipo⁴⁴. Algo análogo podría sostenerse aquí respecto del contexto intrafamiliar, aunque la ley no exprese el requisito de conocimiento⁴⁵. En consecuencia, si el autor desconoce, aunque sea inexcusadamente, la existencia de un contexto intrafamiliar en el sentido de la ley (error de tipo evitable), su conducta solo puede subsumirse en el tipo de lesiones leves o de lesiones menos graves en atención a los criterios generales del art. 494 N° 5 CP.

La otra alternativa consiste en considerar los tipos penales de lesiones y de maltrato habitual como leyes en blanco (al menos en términos concluyentes), de modo que el art. 5° de la Ley N° 20.066 sería su norma de complemento. Ello obligaría a diferenciar entre el desconocimiento de los presupuestos fácticos del contexto intrafamiliar (error de

⁴⁴ Ello es coherente con la regla del art. 1° inciso 3° CP, con independencia de la discusión acerca de si la norma se refiere también a la *aberratio ictus*. Alguna doctrina suele explicar esta situación señalando que la expresión legal “conociendo las relaciones que los ligan” tiene, entre otros, el sentido de excluir el parricidio culposo, que curiosamente pasaría a ser homicidio culposo. Así, “el sujeto que no sabía, pero que debía saber, que la víctima era su padre, comete *homicidio culposo*” (POLTOFF *et al.* (2001) pp. 90 s.). Pero no se entiende por qué un sujeto que dirige conscientemente su acción a matar a otro va a ser responsable de homicidio culposo simplemente por no advertir que la víctima era su padre.

⁴⁵ La analogía estaría justificada tanto por razones materiales como formales. Con respecto a estas últimas véase, por ejemplo, la nueva redacción del art. 400 CP en relación con la antigua (se sustituyen como causa de agravación las relaciones previstas en el art. 390 CP por las previstas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar); asimismo, fue esta misma ley la que modificó el alcance de las relaciones exigidas por el tipo del parricidio (el art. 21 letra a) Ley N° 20.066 agrega al cónyuge el conviviente).

tipo) y el desconocimiento de la valoración jurídica del contexto (error de prohibición). Con respecto al error de tipo regiría lo ya expresado en la hipótesis anterior. En cambio, cuando el sujeto conoce los presupuestos fácticos del contexto intrafamiliar, pero desconoce inexcusablemente su significado para el ordenamiento jurídico, en el sentido de que tal contexto tiene la potencialidad de cofundar un injusto mayor, se estaría frente a una hipótesis de error evitable de prohibición, tratado por la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema según los postulados de la teoría de la culpabilidad (es decir, el error deja subsistente el dolo pero puede atenuar la culpabilidad)⁴⁶.

Por lo tanto, en esta última hipótesis el hecho podría calificarse tomando en cuenta el contexto intrafamiliar. Si ello no es necesario, porque para calificarlo como lesiones menos graves bastaban los criterios generales, podría presentarse una discusión análoga a la del error sobre el contexto como elemento del tipo respecto de la circunstancia agravante del art. 400 CP. Es decir, acerca de si para aplicar la agravante basta con que el sujeto tuviera conocimiento de los presupuestos fácticos del contexto familiar, o si además se ha de exigir cierto conocimiento de su significación jurídica. En estricto rigor, no existiría ninguna razón para conceder eficacia a un error de esta clase respecto de un elemento fundante del injusto, y luego negarle dicha eficacia cuando el mismo elemento aparece surtiendo un efecto meramente agravante. Por lo tanto, el error inexcusable sobre los presupuestos de la agravante excluiría su aplicación, pero no lo haría el error sobre su significación jurídica⁴⁷.

La situación descrita en la parte final del art. 5° inciso 2° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar tiene un carácter más “real” que las demás relaciones descritas en la norma, y en esta medida podría constituir una excepción en cuanto al tratamiento del error. En efecto, el precepto se refiere a situaciones definidas por dos elementos diversos. Por una parte, la víctima de la violencia debe ser menor de edad o discapacitada: se trata de un elemento por completo ajeno a las relaciones entre la víctima y el victimario. Por otro lado, la víctima debe encontrarse bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar al que pertenece el victimario y, en esta medida, existiría un vínculo “indirecto” (mediado por el “grupo familiar”) entre los sujetos del delito. Sin embargo, ambos elementos se encuentran en una relación asimétrica, pues la exigencia de que la violencia se ejerza sobre personas menores o discapacitadas solo es un requisito adicional para incluir la mencionada relación “indirecta” entre las relaciones intrafamiliares identificadas en el art. 5° de la Ley N° 20.066. Para ampliar en estos términos –todavía más comprehensivos que la ya amplísima formulación del inciso primero– el ámbito de aplicación de la ley, el legislador exige adicionalmente una situación objetiva de desvalimiento en la víctima de la violencia. De allí que el error del sujeto activo acerca de su vínculo (indirecto) con la víctima deba tratarse del modo señalado más arriba –en la variante que se considere más acertada– también cuando dicho error recae sobre la extensión de su “grupo familiar”. Lo propio vale respecto del error acerca de la

⁴⁶ Véanse especialmente SCS 4.VIII.1998 y SCS 23.III.1999.

⁴⁷ Sobre el propio punto de vista, que relativiza la distinción de los errores según su objeto, véase VAN WEEZEL (2008), *passim*.

discapacidad o la menor edad de la víctima en lo que dice relación con la aplicación de la Ley N° 20.066, pues, según se ha visto, la exigencia de estas características personales es la contrapartida objetiva de la ampliación subjetiva del ámbito de aplicación de la ley. Por esta razón, a nuestro juicio ambos elementos deben recibir un tratamiento funcionalmente análogo.

6. ¿MALTRATO FÍSICO NO CONSTITUTIVO DE DELITO?

De lo expuesto precedentemente se desprende que la única forma de maltrato físico en contexto intrafamiliar que no es constitutiva de delito son las vías de hecho que no tienen el carácter de habituales. En efecto, si la conducta aislada excede de las vías de hecho, será constitutiva de lesiones menos graves. Si la conducta no es aislada y excede de las vías de hecho, será posible apreciar un delito de maltrato habitual o una reiteración de lesiones menos graves. Y, finalmente, si la conducta no es aislada y se mantiene en el ámbito de las vías de hecho, constituirá el delito de maltrato habitual.

Por esta razón, cuando el art. 8° en relación con el art. 6° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar se refiere al “maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar” que no constituya delito, y le asigna las sanciones de multa que allí se detallan, se refiere a actos de violencia psíquica, a vías de hecho, o a una combinación de ambos, siempre que no exista habitualidad.

7. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DEL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO PENAL

Siempre que para subsumir un hecho en un tipo penal que implique ejercicio de violencia física o psíquica sobre la víctima, o para agravar la responsabilidad por él, se tenga en cuenta el contexto intrafamiliar, la circunstancia del art. 13 CP no podrá surtir efecto agravante –respecto de las personas que señala: se trata de un círculo más restringido que el del art. 5° de la Ley N° 20.066– en razón de la prohibición de doble valoración (art. 63 CP).

A diferencia de lo que ocurre con las calificantes, las privilegiantes y las circunstancias específicas de aplicación obligatoria, en donde la valoración es adoptada *in abstracto* por el legislador, las circunstancias modificatorias genéricas pertenecen al ámbito de la individualización judicial de la pena. De allí que en cuanto al efecto atenuante del art. 13 CP sea preciso distinguir dos situaciones diversas:

a) Si la relación entre el sujeto activo y la víctima ya ha sido valorada *por el juez* al subsumir el hecho en el tipo o al agravar la responsabilidad del autor, en principio el tribunal no puede acto seguido valorar dicha relación en la dirección inversa, para atenuar la responsabilidad.

b) Si, en cambio, la relación entre los sujetos ha sido valorada *in abstracto* por el legislador al momento de definir el tipo o de establecer agravaciones obligatorias de la responsabilidad penal, el tribunal bien puede considerar las relaciones enunciadas en el art. 13 CP como base para una atenuación de la pena *en el caso concreto*. Por ejemplo: el padre se excede moderadamente en el ejercicio del derecho de corrección de su hijo menor, causándole lesiones de escasa entidad, y el juez se ve obligado a calificarlas como

menos graves en razón de la cláusula introducida por la Ley N° 20.066 en el art. 494 N° 5 CP; en este caso, el tribunal podría considerar el parentesco (y el derecho de corrección que emana de él) como fundamento de una atenuación conforme al art. 13 CP. Como se puede advertir, se trata aquí de casos en los que tampoco será procedente la agravación prevista en el art. 400 CP, por lo que la atenuante del art. 13 CP ni siquiera debe concurrir con aquella agravante de eficacia extraordinaria.

8. INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS CON CONTEXTO INTRAFAMILIAR

La nueva legislación penal sobre violencia intrafamiliar persigue dos objetivos:

- (i) Ampliar la punibilidad de las formas de violencia que se presentan en el ámbito que la Ley N° 20.066 define como “intrafamiliar”, fundamentalmente a través de la creación del tipo de maltrato habitual, que se extiende, como se ha visto, a las vías de hecho y a formas de maltrato psíquico que anteriormente eran atípicas.
- (ii) Elevar la penalidad de conductas que ya eran típicas. Esta exasperación penal se produce en los casos en que el delito de maltrato habitual se superpone a una reiteración de faltas (por ejemplo: injurias livianas o coacciones), y también en las hipótesis de lesiones que, con anterioridad, habrían sido consideradas como leves (oración final del art. 494 N° 5 CP), o bien respecto de lesiones menos graves que resultarán agravadas en razón del contexto intrafamiliar (aggravante del art. 400 CP)⁴⁸.

Tanto la ampliación de punibilidad como la exasperación de las penas encuentran su fundamento en la existencia de un contexto intrafamiliar, que el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar define tanto en términos de determinadas relaciones entre el autor y la víctima como en función de ciertas características que suponen una mayor indefensión de esta última, en la medida en que la víctima además se encuentre vinculada a lo que la ley denomina “grupo familiar” del autor. Es decir, también en esta última hipótesis prevista en la parte final del inciso 2° del art. 5° de la Ley N° 20.066 debe concurrir, además de un elemento objetivo de indefensión (minoría de edad, discapacidad), una especie de relación “personal” (que puede ser indirecta) entre el autor y la víctima⁴⁹.

Las razones filosóficas, sociológicas y psicológicas por las que el legislador ha decidido convertir lo que entiende por contexto intrafamiliar en una razón para ampliar

⁴⁸ En cambio, no se produce –posiblemente contra la previsión del legislador, por defectos de técnica legislativa– en los casos de reiteración de lesiones menos graves, donde la aplicación de la figura de maltrato habitual resulta más benigna para el hechor.

⁴⁹ Con todo, y tal como se anticipó, sería posible sostener que en estos casos la ley atiende más bien al contexto objetivo de indefensión, lo que permitiría afirmar a nivel de intervención delictiva que en estas hipótesis ni siquiera existe un deber cualificado de solidaridad. Sobre ello véase a continuación en el texto.

la punibilidad e incrementar las penas en la forma indicada pueden ser más o menos plausibles, y las normas resultantes deben ser políticamente enjuiciadas desde el punto de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Desde una perspectiva estrictamente dogmática, se plantea la interrogante acerca de si –según la estructura de la regulación– el desvalor de que es portador el contexto intrafamiliar alcanza solo a quienes se encuentran personalmente relacionados con la víctima en los términos del art. 5º de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o si también se extiende a quienes intervienen de alguna forma en el maltrato sin encontrarse en dicha relación personal con la víctima. Se trata, por tanto, de dilucidar si el contexto intrafamiliar convierte a los delitos cometidos en tal contexto en delitos especiales y, en su caso, de qué clase de especialidad se trata para los efectos de la comunicabilidad.

a) La discusión en torno al delito de parricidio

Mientras que la interpretación de la circunstancia mixta del art. 13 CP no ha suscitado mayor controversia (se ha entendido siempre que solo se aplica a aquellos en quienes concurre personalmente, en los términos del art. 64 CP), no ha sido pacífica la cuestión respecto de la relación exigida por el art. 390 CP para calificar el delito de homicidio. De hecho, la controversia en torno a la comunicabilidad en el delito de parricidio en los años 40 y 50 del siglo pasado constituye uno de los capítulos más interesantes de la historia dogmática nacional. Como esta discusión guarda una estrecha relación tanto formal como material con la problemática que aquí interesa, resulta ilustrativo hacerse cargo de ella en forma previa y sintética.

La discusión se refiere, en primer término, a los casos en que el ejecutor material ostenta la cualificación (*intraneus*) que no se verifica en el partícipe (*extraneus*). De las reglas sobre accesoriedad cuantitativa, es decir, de las normas para la determinación de las penas de los cómplices y los encubridores (art. 51 y siguientes del Código Penal), Schweitzer y Schepeler concluyen que el sistema del Código no podría sino basarse también en una accesoriedad cualitativa (es decir, referida a la cualificaciones personales)⁵⁰. Por lo tanto, resultaría inadmisible una ruptura del título de imputación en el castigo de los partícipes, lo que ocurriría si se castigara al autor cualificado como parricida y, en cambio, al partícipe no cualificado como cómplice en un homicidio. En opinión de Schepeler, sin embargo, este razonamiento basado en la accesoriedad de la participación no es aplicable a los coautores, cuya responsabilidad no sería accesoria. Por lo tanto, el coautor *extraneus* responde a título de homicidio, mientras que el coautor *intraneus* lo hace a título de parricidio.

Frente a esta posición se encuentra la tesis de Politoff, Bustos y Grisolía⁵¹, según la cual el argumento de la accesoriedad bien puede ser decisivo en aquellos delitos donde la cualificación personal es un elemento fundante del injusto, pero no lo es en aquellos donde dicha cualificación no es más que una circunstancia agravante incorporada por el legislador al tipo penal, como las que menciona el art. 63 CP. Estos casos se reconocen

⁵⁰ SCHWEITZER (1948) pp. 198 ss.; SCHEPELER (1953) pp. 49 ss.

⁵¹ POLITOFF *et al.* (2001) p. 97 ss.

principalmente en que, si se prescinde de la circunstancia o cualificación, el hecho no pierde su carácter delictivo (como ocurre, por el contrario, con los delitos que exigen ánimos o tendencias sin las cuales el hecho pasa a ser irrelevante penalmente). Por lo tanto, cuando la cualificación no es más que una circunstancia agravante inserta en el tipo penal, nada impide aplicar la regla de incomunicabilidad de las circunstancias personales establecida en el art. 64 CP. La relación personal solo agrava la responsabilidad de aquel en quien concurre, y en consecuencia solo quienes personalmente ostentan las características exigidas por la figura agravada responden en virtud de ese título. Tal sería el caso del art. 390 CP: solo aquellos en quienes concurren las relaciones personales allí descritas responden a título de parricidio. Este planteamiento puede considerarse dominante en la doctrina y la jurisprudencia actuales⁵².

Con respecto a los casos en que el ejecutor material es el *extraneus*, mientras que el *intraneus* interviene como partícipe, quienes basan su planteamiento en el principio de accesoria responden coherentemente el problema defendiendo la unidad del título de imputación⁵³. Por consiguiente, tanto el *extraneus* como el *intraneus* responderán como intervenientes en un delito de homicidio. Politoff, Bustos y Grisolía se suman a este planteamiento pues, en su opinión, es preciso estar al tipo legal que efectivamente se ha realizado⁵⁴. De lo contrario, el *extraneus* sería partícipe en un delito que no se ha cometido. En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia.

Finalmente, Garrido Montt⁵⁵ ha sostenido un planteamiento que podría denominarse “teoría subjetiva extrema”, y que hace responder a cada interveniente según el contenido de su propio dolo, con independencia de su cualificación personal, pero teniendo en cuenta su rol en la realización del tipo. Así, por ejemplo, si el ejecutor es un *extraneus*, responderá a título de homicidio, mientras que el cómplice *intraneus* será castigado a título de complicidad en un delito de parricidio.

Todas estas posiciones tienen ventajas y desventajas desde el punto de vista práctico, que no es del caso analizar en este lugar. No obstante, en general subyace a ellas una concepción algo mecanicista de la intervención delictiva que atribuye una relevancia quizá excesiva a la ejecución material, de propia mano, del hecho.

b) La problemática en los delitos con contexto intrafamiliar

Como se puede apreciar, la cuestión que es preciso resolver radica en si el desvalor del que, según la ley, es portadora la cualificación de un interveniente se extiende o no a los demás. Se trata por tanto de saber si el injusto que contiene el tipo especial es plenamente “accesible” a terceros en quienes la cualificación o relación no se verifica. A nuestro juicio, esta pregunta debe responderse negativamente solo respecto de aquellos delitos a los que subyace la infracción de un deber que va más allá del deber general de no dañar a otro. Cuando la cualificación o relación obliga al sujeto a resguardar un bien

⁵² ETCHEBERRY (1987) pp. 330 ss.

⁵³ SCHWEITZER (1948) p. 199; SCHEPELER (1953) p. 57.

⁵⁴ POLITOFF *et al.* (2001) pp. 100 ss.

⁵⁵ GARRIDO (1998) p. 82.

jurídico, incluso con independencia de que este bien resulte afectado por la conducta de terceros o por el acaso (conductas no imputables a ninguna persona), entonces tal relación (o cualificación) es el reflejo de una posición jurídica que el ordenamiento jurídico atribuye precisamente a ese sujeto y que no es comunicable a terceros. Esta clase de posiciones jurídicas, que constituyen un estatus en la sociedad, se expresan en lo que un sector de la doctrina ha llamado “deberes positivos” (pues no se limitan al *neminem laede*) o “deberes institucionales”. Tal es el caso, por ejemplo, del deber del funcionario público establecido en el art. 233 CP, respecto de los caudales o efectos que tiene a su cargo. Lo mismo ocurre con el deber establecido en el art. 150 A inciso 2º CP y con los deberes de los padres respecto de la vida y la integridad corporal de sus hijos. En todos estos casos, y en otros más, el sujeto del deber positivo está obligado –en los límites de su posición de garante y de los tipos penales correspondientes– a resguardar el bien jurídico que se le ha confiado incluso aunque el riesgo para dicho bien proceda de terceros, de la naturaleza o, en ocasiones, de su propio titular. La infracción de esta clase de deberes no se comunica a terceros, de la misma manera que no es comunicable el estatus de funcionario público, padre o madre, etc.

La forma en que se articula esta distinción entre deberes positivos y negativos depende del régimen al que el derecho positivo somete los llamados delitos especiales. Así, en algunas legislaciones se regula expresamente la comunicabilidad de las cualificaciones fundantes del injusto y en otras no. Esta última situación conduce, como ha ocurrido en Chile, a tener que optar entre dejar impune al colaborador *extraneus* en un delito de infracción de un deber y castigarlo como si fuera el mismo obligado institucional. Tratándose de aquellos delitos de infracción de un deber que según la doctrina tradicional son delitos especiales improprios, la ausencia de regulación lleva a conceder al *extraneus* un régimen más benigno que el que corresponde al desvalor de su conducta⁵⁶.

⁵⁶ La aceptación de las categorías expuestas implica, en efecto, dividir el título de imputación en los delitos de infracción de un deber que tradicionalmente se consideran como delitos especiales improprios. Por ejemplo, si un funcionario comete el delito de malversación de caudales públicos con la ayuda de un particular, el primero será castigado a título de malversación, mientras que el segundo será punible –dependiendo de la forma de comisión del hecho– a título de hurto, estafa o de alguna defraudación. Pero como el particular *además* ha contribuido a la realización del tipo especial y no es cuestión de prescindir simplemente de este mayor desvalor de su conducta, se presenta el mismo problema que cuando el delito cometido por el funcionario es un delito especial propio, es decir, donde no existe un delito común base, como ocurre en el caso de la prevaricación. En tales casos se requiere una norma que extienda la punibilidad al *extraneus*, reconociéndole una atenuación de la pena (además de la que le corresponde por no ser el “autor” del hecho, ya que un *extraneus* nunca puede infringir el deber institucional). Esta misma norma es la que habría que aplicar para resolver el problema del mayor desvalor de la conducta del *extraneus* en los delitos especiales improprios: en estas situaciones se produce un concurso aparente de leyes penales, donde prima por especialidad el delito especial, cuya pena podría imponerse atenuada al particular. Pues bien, en Chile no existe una norma semejante, y ello ha traído como consecuencia que la jurisprudencia mayoritaria afirme sin más la comunicabilidad de las cualificaciones personales en toda clase de delitos (aunque preferentemente en los especiales propios, para evitar “lagunas de punibilidad”), pero sin reconocer otra rebaja de la pena para el *extraneus* que la que se derive de su grado de intervención en el hecho. Esta situación es injusta y la doctrina, con razón pero no siempre con argumentos, se opone mayoritariamente a ella. SÁNCHEZ-VERA (2002) pp. 37 ss.; para la recepción en Chile de la categoría de los delitos de infracción de un deber véase OSSANDÓN (2006) pp. 1 ss.

Desde esta perspectiva es preciso preguntarse si las relaciones que configuran el contexto intrafamiliar en el sentido del art. 5° de la ley sitúan a quienes las ostentan en una posición de garante de carácter institucional. Una buena herramienta para responder a esta pregunta consiste en preguntarse si las relaciones allí enumeradas fundamentarían una posición de garante distinta de la injerencia o la asunción, es decir, si la sola existencia de la relación obliga a una persona a proteger a la otra de eventuales riesgos, al menos para su vida y su integridad física o psíquica, de tal manera que, si no lo hace, responde como autor del delito de resultado (homicidio, lesiones, etc.) que corresponda. De acuerdo a los criterios generalmente utilizados por la doctrina y la jurisprudencia comparadas la respuesta es, en la gran mayoría de los casos, negativa: tal deber no existe entre personas que no están casadas (en la doctrina se discute incluso si existe entre marido y mujer, por el hecho de serlo), ni para los abuelos en relación con los nietos, ni respecto de los hijos que no son propios ni adoptados, ni respecto de los parientes por afinidad, etc.⁵⁷. Alguna discusión podría darse respecto de quienes son actualmente convivientes, pero en este caso –al igual que respecto de la relación entre un conviviente y los hijos menores del otro– la jurisprudencia comparada se inclina más bien por una posición de garante de carácter no institucional, como la asunción⁵⁸.

La pregunta que surge entonces es si, asumiendo el estado actual de la discusión dogmática, no será apropiado distinguir en cada caso según el *tipo de relación* que, de entre las enumeradas en el art. 5° de la ley, concurre entre el autor y la víctima del delito a la hora de determinar la comunicabilidad del contexto intrafamiliar a terceros intervenientes. A una disyuntiva similar se llega si se aplica el criterio desarrollado por Politoff, Bustos y Grisolía para los casos en que el ejecutor material del parricidio es el *intraneus*. Es decir, habría que distinguir las situaciones en las que el *intraneus* es, por ejemplo, el padre de la víctima, de aquellas en las que la víctima es un menor que se encuentra al cuidado de su conviviente. En las primeras, el *extraneus* sería responsable según el delito común que corresponda –lesiones leves, lesiones menos graves, coacciones o injurias livianas reiteradas, etc.–, mientras que en las últimas respondería como intervintente en el delito de lesiones menos graves en contexto intrafamiliar (es decir, leves pero recalificadas como menos graves, o menos graves pero agravadas) o bien en el delito de maltrato habitual.

A nuestro juicio, lo anterior responde difícilmente al sentido de las normas de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar. En efecto, el sentido de la normativa parece hacer sido, bien el establecimiento sociológicamente motivado de figuras típicas y agravaciones

⁵⁷ En la doctrina chilena, y por razones político-criminales contrario al reconocimiento de posiciones de garante basadas en deberes de solidaridad, CURY (2005) p. 683: “Prodigar [la reacción penal] con el objeto de crear una sensibilidad social, además de infructuoso, puede prestarse a todo género de abusos”.

⁵⁸ Sobre la situación en Alemania, aunque con una perspectiva personal que difiere del criterio utilizado por la jurisprudencia mayoritaria, PERDOMO (2006) *passim*; también JAKOBS (1991) 29/70, quien pese a aceptar la “confianza especial” como posición de garante institucional, afirma que “la convivencia *per se* no constituye una institución elemental jurídicamente garantizada y por eso tampoco es fundamento por sí misma de deberes de garante”. Sobre la realidad española véanse BUSTOS (2004) pp. 1003 ss. (el art. 11 CP español acogería la teoría de las fuentes formales) y DOPICO (2006) *passim*.

de la pena con independencia de eventuales posiciones de garante de índole institucional, bien la deliberada puesta en marcha de un proceso social destinado a ampliar significativamente los deberes positivos hacia relaciones que hasta el momento carecen de reconocimiento institucional o solo cuentan con uno muy precario. En todos estos casos, por tanto, se parte de la base de que actualmente no existen deberes institucionales que tengan su origen en el contexto intrafamiliar definido en el art. 5º de la Ley N° 20.066⁵⁹.

Por eso es que, en nuestra opinión, la racionalidad de las normas penales sobre violencia intrafamiliar no responde (o al menos no aún) a la de los deberes institucionales, sino a deberes de solidaridad cualificados respecto de los que subyacen a la figura de la omisión de socorro (art. 494 N° 14 CP). Las relaciones enumeradas en el art. 5º de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar dan origen a deberes de solidaridad más intensos que los que existen entre personas completamente extrañas entre sí, pero *no fundamentan por sí solas una posición de garantía institucional*. Por esta razón, el sujeto activo responde solo por las consecuencias de su organización y no como quien está especial y positivamente obligado por su posición jurídica a salvaguardar un bien determinado. Ello no impide, por cierto, que en el contexto intrafamiliar se configuren deberes institucionales, o bien responsabilidades penales en comisión por omisión (por ejemplo, a título de lesiones menos graves), pero para ello siempre será necesario que se verifique una posición de garante cuyo fundamento se sitúa más allá del contexto intrafamiliar definido en el art. 5º de la ley. Este fundamento –injerencia, asunción, paternidad o filiación, confianza especial (para quienes la aceptan), etc.– puede superponerse a alguna de las relaciones sujetas al régimen de la violencia intrafamiliar, pero subsiste con independencia de ella.

Conforme a lo expuesto, *los delitos con contexto intrafamiliar son delitos comunes*, de modo que el desvalor del que es portador dicho contexto se comunica a los intervenientes y redunda en la calificación del hecho, desde luego, dentro de los límites de la imputación subjetiva, pues el contexto intrafamiliar –que es auténtico elemento del tipo en el maltrato habitual y elemento negativo “emergente” en las lesiones leves– debe ser abarcado por el dolo de cada intervintente.

Solo cabe preguntarse si la ley, con todo, no ha querido reservar la *pena de autor* solo para aquel en quien la relación cualificante concurre personalmente. Pensamos que los delitos comunes en los cuales se produce esta situación constituyen casos excepcionales, en los cuales el texto positivo subordina formalmente la imposición de la pena de autor a quien reúne la cualidad indicada en el tipo. Tal ocurre, por ejemplo, en algunos delitos tributarios y en el delito del deudor no comerciante que se alza con sus bienes en perjuicio de los acreedores. Esta subordinación formal no parece concurrir en los tipos

⁵⁹ Ilustrativa al respecto es la SCA La Serena de 8.I.2007, que tuvo por bien aplicado el derecho en un caso en que el “contexto intrafamiliar” para el delito de maltrato habitual fue establecido en virtud de una relación de convivencia homosexual. El voto disidente pone de relieve que, sin embargo, muy probablemente la misma Corte no estaría dispuesta a apreciar un delito de parricidio sobre la base de una relación de esta naturaleza.

penales en comentario, en los que la ley se refiere de un modo amplio a “todo maltrato que afecte a la vida o la integridad física o psíquica” de las personas que señala (art. 5º Ley N° 20.066), o bien simplemente a “las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas” en la norma citada. En todo caso, se trata de una cuestión discutible.

9. ¿DELITOS CULPOSOS CON CONTEXTO INTRAFAMILIAR?

Al tratar la problemática del error se señalaba que el desvalor de acción propio de los delitos con contexto intrafamiliar –desvalor que ahora es posible identificar como la violación de un deber cualificado de solidaridad– solo se configura cuando al autor se le puede imputar el conocimiento de dicho contexto. Por lo tanto, cuando el sujeto yerra acerca del contexto, aunque su error sea evitable, decae la punibilidad a título de la figura definida por él.

Ahora se analiza el problema que se produce si el autor, a quien le es imputable el conocimiento del contexto intrafamiliar, lesiona imprudentemente a alguna de las personas relacionadas con él en los términos del art. 5º de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar: el sujeto, que está realizando trabajos en el techo de la vivienda común, arroja en forma imprudente un objeto macizo, el cual, antes de llegar al suelo, alcanza a su conviviente causándole lesiones. En relación con los delitos que aquí interesan, la interrogante se refiere a dos problemas:

- (i) Si las lesiones causadas no son graves, surge la dificultad de establecer si procede calificarlas como menos graves en razón del contexto intrafamiliar.
- (ii) Si las lesiones causadas son graves en los términos del art. 397 CP, se planteará si ellas resultan agravadas en virtud del art. 400 CP.

La respuesta a estas interrogantes se encuentra en reflexiones previas a las de índole meramente sistemática, pues tienen que ver con las razones por las cuales el ordenamiento jurídico castiga en forma menos intensa los hechos culposos. En efecto, las formas de evitabilidad individual –el dolo y la imprudencia– son indicadores de la motivación de respeto al ordenamiento jurídico que ostenta el autor en el caso concreto. Ambas tienen en común la cognoscibilidad de la realización del tipo como consecuencia evitable de la propia conducta, y se distinguen por el grado de actualización de dicha cognoscibilidad que es posible imputar al autor. Al autor doloso se le atribuye la actualización de la cognoscibilidad, el conocimiento, pero tanto a él como al autor culposo se les reprocha la no evitación de una realización típica que era individualmente (y no para un hombre medio) evitable. Desde este punto de vista, no existe una razón estrictamente dogmática para sancionar en forma más benigna la culpa que el dolo. Ella ha de buscarse, por tanto, en consideraciones previas a la dogmática en sentido estricto.

A nuestro juicio, la razón por la que se castiga menos la culpa que el dolo radica en que la sociedad puede permitirse hacerlo, pues el autor imprudente expresa con su conducta un sentido que no contradice frontalmente las normas de convivencia social. En rigor, el autor imprudente fracasa en su planificación individual –habitualmente, también en perjuicio propio–, y solo en forma secundaria declara con su conducta que

no reconoce la vigencia de las normas de convivencia social. Por esta razón, la sociedad puede permitirse una reacción más moderada, pero que es suficiente para restablecer la vigencia de las normas y evitar que el delincuente “aprenda selectivamente”, es decir, que actúe con prudencia solo cuando las consecuencias de su descuido le podrían afectar personalmente⁶⁰. Todo ello es, sin embargo, independiente de quiénes resulten en definitiva afectados como consecuencia de la conducta imprudente, pues lo propio de la imprudencia no es que el sujeto direcciona los riesgos para evitar que le alcancen (pues entonces actuaría con dolo), sino que, o no los considera en absoluto, o bien se equivoca evitablemente sobre su entidad.

Se podría sostener que un deber cualificado de solidaridad impone también deberes cualificados de previsión, valoración y control de los riesgos, lo que permitiría calificar o agravar los delitos de lesiones imprudentes en razón del contexto intrafamiliar que fundamenta dichos deberes: un delito imprudente que afecta a un familiar sería más grave que uno que afecta a un extraño. Consideraciones de esta especie no están exentas de plausibilidad, pero no encuentran respaldo suficiente en la ley. Ello es particularmente evidente en el caso del delito de maltrato habitual (“ejercicio habitual de violencia”), que por lo mismo no cuenta con un correlato culposo, pero no lo es menos respecto de los delitos de lesiones, pues la ley no castiga simplemente la infracción de un deber de cuidado, sino la realización de un riesgo, cuando ella se debe a imprudencia.

Las únicas variaciones en la ponderación de los deberes de diligencia con validez general en el ámbito de los delitos culposos se encuentran ya en el Título X del Libro II del Código Penal, que se refiere a la imprudencia temeraria, a la mera imprudencia con infracción de reglamentos y a la negligencia de personas que desempeñan ciertos roles taxativamente enumerados. Así, la existencia de un deber cualificado de solidaridad podría incidir en una rebaja del estándar para la apreciación de la “temeridad” exigida por el art. 490 CP. Las demás valoraciones solo pueden encontrar acogida en el marco de la individualización judicial de la pena, conforme a las reglas generales.

Por lo demás, desde el punto de vista de los fundamentos de la excepcional y disminuida penalización de los delitos imprudentes, el contexto intrafamiliar es ambivalente. Aunque pudiera fundar deberes más intensos de evitación, el fracaso de la planificación individual comporta al mismo tiempo y por regla general una importante *poena naturalis* (piénsese en el padre o la madre que, por descuido, lesiona a su propio hijo), que reduce las necesidades de reacción por parte de la sociedad.

Por estas razones, en los delitos de lesiones imprudentes el contexto intrafamiliar no juega un rol relevante desde el punto de vista del desvalor de la acción (salvo respecto de la apreciación de la “temeridad”) y no puede servir como fundamento para calificar el hecho o agravar la responsabilidad. Esto significa que la Ley N° 20.066 no ha venido a alterar la sistemática de los delitos culposos de lesiones, sino que, como mucho, introduce un elemento que puede incidir en el estándar para la determinación de si concurre o no imprudencia en los términos exigidos por las normas generales.

⁶⁰ Al respecto JAKOBS (2002) pp. 584 ss.

IV. CONCLUSIONES

1. La Ley sobre Violencia Intrafamiliar ha modificado la sistemática de los delitos de lesiones en el Código Penal.

2. Estas modificaciones consisten en el establecimiento (respecto del régimen anterior: ampliación) de una circunstancia agravante específica para los delitos de lesiones graves –y en ciertos casos, también menos graves– en el art. 400 CP, en la introducción de un elemento “emergente” y negativo del tipo de lesiones leves (art. 494 N° 5 CP), y en la penalización –bajo ciertas circunstancias– de las vías de hecho a través del delito de maltrato habitual (art. 14 Ley N° 20.066).

3. Las modificaciones sistemáticas tienen consecuencias, sobre todo, en materia de error, y obligan a realizar precisiones importantes en el ámbito de la teoría de la intervención delictiva y de la punibilidad de las lesiones culposas.

4. Conforme a la doctrina predominante, el error sobre los presupuestos fácticos del contexto intrafamiliar, aunque sea evitable, tiene el efecto de impedir la imputación de dicho contexto para los efectos de calificar el hecho o agravar la pena. En cambio, permanece abierta la cuestión de si el error sobre la significación jurídica de dichos presupuestos ha de tratarse conforme a la teoría de la culpabilidad, esto es, como error de prohibición.

5. La consideración del nuevo régimen desde la perspectiva de la teoría de la intervención delictiva pone en evidencia que el contexto intrafamiliar da origen a deberes cualificados de solidaridad, pero que ellos no fundamentan una responsabilidad institucional y por lo tanto son comunicables a terceros extraños.

6. El análisis de la responsabilidad por lesiones imprudentes conduce a la conclusión de que el deber cualificado de solidaridad solo tiene relevancia en la determinación de la intensidad de la culpa, pero no en la subsunción del hecho en un determinado tipo penal de lesiones.

OBRAS CITADAS

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2002): “El robo como coacción”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1, pp. 55-125.
- BUSTOS, Juan (2004): *Obras Completas* (Lima, Ara Editores) Tomo I, 1219 pp.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2001): *Conducta de la víctima e imputación objetiva* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2^a edición) 446 pp.
- CASAS BECERRA, Lidia; ARMISÉN YÁÑEZ, María José; DIDES CASTILLO, Claudia; PONCE, Nataley; BÁEZ, Ximena; DE LA MAZA VENT, Camila; OLGUÍN, Angie; ALIAGA DÍAZ, Javiera (2007): *La defensa de casos de violencia intrafamiliar* (Santiago, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, N° 5), 160 pp.
- CÓDIGO PENAL Y ACTAS DE LA COMISIÓN REDACTORA (1974), Valparaíso, EDEVAL.
- CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7^a edición), 812 pp.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2006): *Omisión e injerencia en derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch) 901 pp.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1987 a): *El derecho penal en la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2^a edición) Tomo I, 485 pp.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1987 b): *El derecho penal en la jurisprudencia*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2^a edición) Tomo II, 570 pp.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998): *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3^a edición) Tomo III, 490 pp.
- GARRIDO MONTT, Mario (1998): *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo III, 463 pp.
- JAKOBS, Günther (1991): *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (Berlin, De Gruyter) 944 pp.
- JAKOBS, Günther (2002): “Gleichgültigkeit als dolus indirectus”, *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* N° 114: p. 584 ss.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos (2002): “Arts. 12 y 13”, en: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 187-227.
- MAQUEDA ABREU, Marfa Luisa (2007): “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 4/2007: pp. 1-43.
- MATUS, Jean Pierre (2002): “Arts. 74 a 78”, en: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 383-407.
- MERA, Jorge (1995): *Hurto y robo* (Santiago, LexisNexis) 181 pp.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (2007): “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 4/2007: pp. 1-26.
- OSSANDÓN, Marfa Magdalena (2006): “Delitos especiales y delitos de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”, *Política Criminal* N° 1, A4: p. 1-22.
- PACHECO, Joaquín Francisco (1867): *El Código Penal Concordado y Comentado* (Madrid, Imprenta de Manuel Tello, 3^a edición) Tomo I, 536 pp.
- PERDOMO TORRES, Jorge (2006): *Garantenpflichten aus Vertrautheit* (Berlin, Duncker & Humblot) 254 pp.
- POLITOFF, Sergio; BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco (2001): *Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2^a edición) 293 pp.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2^a edición) 689 pp.
- SÁNCHEZ-VERA, Javier (2002): *Delito de infracción de deber y participación delictiva* (Madrid, Marcial Pons) 327 pp.
- SCHEPELER, Enrique (1953): “Comunicabilidad y parricidio”, *Revista de Ciencias Penales* XIII: p. 49-64.
- SCHWEITZER, Daniel (1948): “Nota a sentencia, Corte de Santiago: Homicidio”, *Revista de Ciencias Penales* X: pp. 198-199.

SIEDER, Reinhard (1987): *Sozialgeschichte der Familie* (Frankfurt a.M., Suhrkamp) 359 pp.
VAN WEEZEL, Alex (2001): “Lesiones leves y lesiones del art. 399 CP: dos supuestos ‘menos graves’ del delito de lesiones”, *Gaceta Jurídica* 248: pp. 166-178.
VAN WEEZEL, Alex (2008): *Error y mero desconocimiento en derecho penal* (en prensa).

JURISPRUDENCIA CITADA

Las sentencias recaídas en procesos penales sobre violencia intrafamiliar se citan según la recopilación de fallos proporcionada al autor por la Defensoría Penal Pública. Para proteger a las partes nos reservamos el nombre de estas. Cuando la sentencia aún no ha sido publicada se indica el número de rol de la causa. La individualización en orden cronológico de dichos fallos, y de los demás citados, ordenados por tribunal, es la siguiente:

- Corte Suprema, Sentencia de 4 de agosto de 1998, en *Gaceta Jurídica* N° 218 (1998), pp. 96-118.
- Corte Suprema, Sentencia de 23 de marzo de 1999, en *Fallos del Mes* 484 (1999), pp. 187-203.
- Corte Suprema, Sentencia de 6 de diciembre del 2004, en *LexisNexis* N° 31544.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia de 12 de julio de 1999, en causa Rol N° 1265-96.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 19 de marzo del 2004, en *Gaceta Jurídica* N° 285 (2004), p. 259.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de 16 de noviembre del 2006, en causa Rol N° 2141-2006.
- Corte de Apelaciones de La Serena, Sentencia de 8 de enero del 2007, en causa Rol N° 373-2006.
- Corte de Apelaciones de Arica, Sentencia de 24 de agosto del 2007, en causa Rol N° 137-2007.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia de 28 de septiembre del 2007, en causa Rol N° 922-2007.
- Tribunal de Garantía de Quillota, Sentencia de 5 de febrero del 2005, en *LexisNexis* N° 31544.
- Tribunal de Garantía de Copiapó, Sentencia de 16 de noviembre del 2005, en causa RIT N° 2717-2005.
- Tribunal de Garantía de Illapel, Sentencia de 26 de enero del 2006, en causa RIT N° 1384-2005.
- Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Sentencia de 1 de septiembre de 2006, en causa RIT N° 218-2006.

NORMAS CITADAS

- Código Penal de la República de Chile.
Código Procesal Penal de la República de Chile.

Ley N° 18.290, Ley de Tránsito. *Diario Oficial*, 7 de febrero de 1984.

Ley N° 19.968, Crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial*, 30 de agosto de 2004.

Ley N° 19.325, Ley de Violencia Intrafamiliar. *Diario Oficial*, 27 de agosto de 1994
(actualmente derogada).

Ley N° 20.066, Establece Ley de Violencia Intrafamiliar. *Diario Oficial*, 7 de octubre de 2005.

§ 223 del Código Penal de la República Federal de Alemania (trad. castellana de Claudia López Díaz):

§ 223. Lesión corporal

(1) Quien inflija a otro malos tratos corporales o dañe su salud, será castigado con

pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa.

(2) la tentativa es punible.

