

CUERPOS MARCADOS
VIOLENCIA DOMÉSTICA
UNA APROXIMACIÓN DESDE LA LEY PENAL URUGUAYA

por
Ana María Mosquera Rial

Sumario

A. Etimología. B. Introducción o intromisión de lo público en lo privado. C. Soluciones de la legislación penal uruguaya. D. El segmento judicial. Expectativas y respuestas. E. Que la víctima grite y sea escuchada. F. Perplejidades del tipo delictivo en el plano de lo concreto. Referencia a sentencias de los Tribunales de Apelaciones de lo Penal.

A) ETIMOLOGÍA

El término “violencia” es una traducción del vocablo latino *violentia*, derivado de la raíz “violo”, que quiere decir atentar, violar. Este sentido alude a una fuerza vital presente en el origen de la vida.

No podemos dejar de recordar al jurista español Jiménez de Asúa quien mencionando a Freud nos habla de su teoría sobre el dualismo pulsional, pulsión sexual o Eros y pulsión de agresión o destrucción o Thanatos, agregando que la solución a los conflictos a través de la violencia no es posible evitarla dentro de la comunidad.¹

El vocablo doméstico significa lo perteneciente a la casa o al hogar según el diccionario de la Real Academia Española. Es el lugar donde se desarrolla la vida de familia. De acuerdo con la Constitución uruguaya, “El hogar es un sagrado inviolable” art. II. Este concepto instaura un mito de gran fuerza. Por un lado es el templo de la familia que se opone a los desbordes del “afuera”. Es un baluarte frente al control del Estado. Es límite y salvaguardia del derecho individual. Pero los estudios criminológicos han demostrado que es en ese terreno de “lo familiar”, del adentro de las paredes de la casa, donde tienen lugar las violaciones a los derechos de sus integrantes. Entonces más que un sagrado inviolable se puede volver, sobre todo para sus miembros más débiles, un lugar de violación de los derechos humanos.

¹ FREUD, Sigmund. Carta de respuesta a Einstein. Viena 1932.

B) INTRODUCCIÓN O INTROMISIÓN DE LO PÚBLICO EN LO PRIVADO

La irrupción de la vida privada en lo político es un fenómeno que aparece en diversas disciplinas. En Historia esta orientación hacia zonas de lo privado es un signo de renovación disciplinaria.

George Duby se refiere a esta irrupción de la vida privada que empieza a mostrarse y a hacerse pública como lo que era, y es una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que le conviene hallarse provisto cuando se aventura en el espacio público, donde uno se encuentra a gusto, libre del caparazón con que nos mostramos hacia el exterior.²

Baudrillard opina que este repliegue sobre lo privado podría ser un desafío a lo político. Frente a las teorías defensistas de la sociedad aparecen las que ponen su énfasis en la víctima.

Es el Derecho, y más precisamente el Derecho Penal, un derecho Público por excelencia el que penetra en un lugar familiar, doméstico, secreto. Allí puede suceder lo que no cabe divulgar, ni mostrar porque es algo demasiado diferente de las apariencias cuya salvaguarda exige el viejo concepto del honor.

Esa privacidad de lo doméstico es el lugar de las pasiones, de la angustia y el sufrimiento. Al mismo tiempo paraíso e infierno. Un lugar que debió esperar para salir al exterior al movimiento surrealista en arte y a Freud en lo psicológico, para relegitimarse recién a principios de siglo.

Se debe a los estudios realizados en el campo de la Victimología el interés cada vez más creciente por ese ser olvidado del Derecho Penal. La criminología centró su estudio en el delito y el delincuente centrando su enfoque en este último y en la etiología del hecho criminal.

Fue la criminología crítica la que hizo avanzar el pensamiento sobre las formas del control social y los conceptos de etiquetamiento y su consecuencia: la estigmatización. Fue con la victimología creada desde el tronco de la criminología,³ que aparece el interés por la víctima de los delitos. No es casual que sea en este fin de siglo que se desarrolle la victimología que surge a partir de la 2^{da}. Guerra Mundial con la figura de Mendelshon a quien recientemente se dedicaron las 3ras. Jornadas Uruguayas de Victimología.

Dentro de las distintas clasificaciones que se realizan de las víctimas vamos a partir de la que realiza Elías Neuman⁴. Neuman habla de víctimas individuales, familiares, colectivas y sociales.

Esta clasificación nos interesa por su contenido sociológico. Toma en cuenta formas de convivencia y ámbitos sociales donde se desarrolla el crimen.

2 DUBY, George. Prefacio a la Historia de la Vida Privada.

3 MENDELSON Benjamín. New vio-psycho-social horizons. Victimology 1946.

4 NEUMAN, Elías. Victimología. 1984. Edit. Univ. De B.A.

En un trabajo de nuestra autoría⁵, tomamos la definición de víctima dada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la declaración sobre Principios Fundamentales de las víctimas de los delitos y del abuso del Poder. En esta definición dice que se considerará víctima a las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluso lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder. En esta definición de víctima se ha superado el concepto antiguo de víctima individual y también el anonimato del agresor. Las víctimas pueden ser indefinidas, colectivas, un pueblo, una nación, un determinado grupo perjudicado, esta "difuminación", esta expansión de las consecuencias del delito y el anonimato del autor, son nuevas concepciones que amplían y colectivizan el término. También son víctimas las colectivas, las que sufren las consecuencias de los desbordes del poder, las que padecen con el terrorismo de Estado y con los abusos de la sociedad de consumo sobre el medio ambiente. Nos internamos en lo privado para encontrarnos con la víctima de la violencia doméstica. Estamos ante el surgimiento de una interrelación entre lo público y lo privado. Tal conducta criminosa es la manifestación de un conflicto social. La injerencia del Derecho Penal es la de un control social institucionalizado que se ejerce desde "el afuera" hacia la estructura familiar, develando la existencia de modelos y sistemas de autoridad patriarcales y que hasta hace poco aparecían encubiertos.

Un sistema de denominación que ejerce su poder sobre individuos vulnerables victimizándolos.

Ese juego de poderes no implica una división maniquea entre los sexos. Porque en América Latina, donde la jefatura del hogar recae a menudo en la mujer, es ésta muchas veces la que actúa la violencia sobre los hijos menores o ancianos a su cargo.

Los sistemas de autoridad en el interior de lo doméstico crean roles de víctimas y victimarios en una estructura tanto o más poderosa que los controles societarios.

C) SOLUCIONES DE LA LEGISLACIÓN PENAL URUGUAYA

Aparece legislado en la ley de Seguridad ciudadana 16.707 promulgada en julio de 1995 por lo que a la fecha lleva más de tres años de aplicación.

Con respecto a las características de esta ley que introduce varias modificaciones al Código Penal de 1934 consideramos necesario realizar algunas puntualizaciones.

Se trata de una ley que se puede incluir dentro de las que tienen como finalidad explícita la supuesta o no tan supuesta demanda de la población con relación al tema de la seguridad pública por el aumento de la delincuencia.

Como expresa Alessandro Baratta, "la ley penal es una respuesta solemne a conflictos y problemas sociales graves. No puede ser una respuesta inmediata de tipo administrativo a situaciones excepcionales y contingentes concretas". Esta ley se inscribe dentro de las cam-

5 PESCE, Eduardo. Revista de Ciencias Penales tomo I. 1995. Ed. Carlos Alvarez.

pañías de “Ley y Orden” y tratar de crear una sensación de seguridad sin atacar con ningún tipo de política económica y social el problema de la criminalidad y la segmentación social que caracteriza en este momento a nuestra sociedad.

Como también expresa Baratta en una reciente Conferencia pronunciada en el Paraninfo de nuestra Universidad, la protección de la seguridad debe ser abarcadora de todas las demandas de derechos que hace la población. No sólo el derecho de propiedad (que es el que los medios publicitan como el más desprotegido) sino todos los derechos que implican el desarrollo digno del individuo.⁶

Dentro de esta Ley, entonces, con estas características, se establece el tipo delictivo de la *Violencia Doméstica*. Está prevista en el artículo 18 de ley que agrega un segundo inciso al artículo 321 del Código Penal, donde se legisla sobre el delito de lesiones. Se ubica, por lo tanto, dentro de los delitos contra el bien jurídico Integridad Física y Moral de la persona. En este sentido ha sido un acierto no ubicarlo dentro de los delitos contra el Orden de Familia, donde se elencan delitos de Abandono de deberes inherentes a la Patria Potestad también legislados en leyes especiales. Aquí el legislador se refiere entonces a un delito que atenta contra la integridad física y moral de las personas. Se trata, entonces de *cuerpos marcados*, como lo indica nuestro título. El acotar el fenómeno violencia a lo físico es una característica del tipo delictivo previsto y supone dejar en sombras el maltrato emocional y sus gravísimas secuelas. “El que por medio de violencias o amenazas prolongadas en el tiempo, causare una o varias lesiones personales a persona con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva o de parentesco, con independencia de la existencia del vínculo legal, será castigado con una pena de 6 a 24 meses de prisión. La pena será incrementada de un tercio a la mitad cuando la víctima fuera una mujer y mediaran las mismas circunstancias y condiciones establecidas en el inc. anterior.

El mismo agravante se aplicará si la víctima fuera un menor de 16 años o una persona que por su edad u otra circunstancia, tuviera su capacidad física o psíquica disminuida y que tenga con el agente relación de parentesco o cohabite con él.

Origen de la disposición. Los integrantes del Espacio Feminista y Grupo Interdisciplinario sobre el estudio de la Violencia doméstica propusieron el Poder Legislativo la creación de una figura que recibiera los lineamientos de la Convención de Belem do Pará del año 1994, aprobada por nuestro país en la ley 16.735.

Este tipo de conductas ha sido legislado en normas de otros países Latinoamericanos, integrando el elenco de delitos donde se protege la familia (ley argentina 24.417) y de Puerto Rico (ley 54 del año 1989). La perspectiva proteccionista de las víctimas de maltrato se debe vincular a una serie de documentos básicos en el ámbito internacional como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y las Convenciones sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer, la Convención sobre Derechos del Niño y la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Crimen y del Abuso

6 BARATTA J. Criminología.

del Poder. En este sentido cobra relevancia el reconocimiento del derecho de todas las personas a tener una vida familiar y social libre de violencia.

Como dijimos en la parte introductoria de este trabajo, este tipo de delitos se inscriben dentro de los que integran la llamada cifra negra de la criminalidad, porque aparecen ocultos y protegidos bajo ideologías que establecen una relación de poder encubierta entre los miembros de esta unidad social primera que es la familia. Por eso, aunque la disposición en concreto es propiciada por movimientos de mujeres, la violencia doméstica tiene como víctima a los seres más vulnerables dentro de la sociedad, como son las mujeres y también los niños, las personas con capacidad diferente y los enfermos y ancianos.

Es importante destacar que este tipo de delito se da en todas las capas sociales, siendo más oculto aún en las clases económicamente poderosas que evitan sacar a luz las miserias de la convivencia.

El sujeto pasivo de este delito abarca no sólo a las mujeres sino también a los menores de 16 años y a otras personas, que por su edad y otras circunstancias, tuvieran su capacidad física o psíquica disminuida. En este sentido la ley toma su punto de partida en una relación que se basa no sólo en el parentesco sino también en la cohabitación con lo que se amplía el espectro de personas abarcadas por la ley. Se aparta entonces de la relación establecida legalmente e introduce el concepto de relación afectiva o de parentesco y de cohabitación. Se entiende por relación de parentesco la que tiene su base en las relaciones biológicas o de afinidad cuya deleitación va a surgir de otras disposiciones del código. Ante las limitaciones que una taxatividad legal implica, con buen criterio se estableció el concepto de cohabitación. Según el Manual de la Real Academia Española, cohabitar quiere decir habitar conjuntamente con otros, lo que implica abarcar un número más amplio de personas no vinculadas ni legal ni afectivamente. El vínculo afectivo hace al concepto de familia basada muchas veces en relaciones de pareja más o menos estables no sujetas al vínculo legal del matrimonio. Integran esta "familia extendida" a los hijos de diversas uniones que cohabitan con nuevas parejas de padres y/o madres. Esta relación, que en definitiva debe ser o haber sido de cohabitación abarca las relaciones actuales y también las pasadas. Es en la redacción del inc.2º del artículo donde se introduce la agravante de la figura básica donde aparece el sujeto pasivo determinado y centrado en esas figuras victimales de la mujer, el menor y la persona que por edad u otra circunstancia tuviera su capacidad física o psíquica disminuida.

Con respecto al elemento material del delito su redacción es muy limitada ya que se refiere a causar una o varias lesiones personales siendo los medios para la causación de las mismas la violencia o la amenaza. Dentro de los delitos contra la integridad física el de lesiones aparece definido en el art. 316 del Código como cualquier trastorno fisiológico del cual se derive una enfermedad del cuerpo o de la mente. Este concepto de lesión es limitativo. Si establecemos una relación con la Convención de Belem de Pará que define a la violencia a cualquier acción o conducta, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado, debemos advertir lo limitado del concepto de nuestra ley.

Al respecto dice Miguel Langon que el concepto criminológico de violencia doméstica no se reduce a la violencia física que sólo es la parte más visible y espectacular de un fenómeno mucho más complejo y que reviste aristas que es preciso desentrañar, aunque en

muchas ocasiones esto sea dificultoso, sobre todo desde la perspectiva del sistema de justicia penal, que carece de medios adecuados para detectar toda la complejidad del asunto.⁷ El abuso doméstico no es sólo físico, sino psíquico, sexual, emocional, verbal, social y hasta financiero y de orden material. Las formas de violencia doméstica sobrepasan ampliamente *los cuerpos marcados*, pero es cuando el cuerpo aparece marcado cuando el procedimiento penal se pone en funcionamiento. La marca física, cuanto más terrible e indeleble, es casi el límite infranqueable para que se habilite la acción penal. En un próximo trabajo que estamos proyectando, vamos a referirnos a esto al analizar el tema de la violencia doméstica desde la Defensa, en la que nos desempeñamos en el ámbito de la Defensoría de Oficio de Familia y Menores.

En definitiva, al referirnos al ámbito de aplicación de esta figura tenemos que agregar a la figura de la mujer la del anciano y el menor. Las personas con más de 60 años son en el Uruguay la cuarta parte de la población. El 13% de estas personas tienen sus necesidades básicas insatisfechas. Si bien esto es un problema que atañe a la forma de distribución económica de nuestra sociedad, también es una forma de abandono de parte de las personas que están a cargo de estos adultos mayores.

D) EL SEGMENTO JUDICIAL. EXPECTATIVA Y RESPUESTA

Si el individuo se enfrentó al Poder Político y se ha reconocido su derecho de resistencia a la opresión, pudiendo ejercer violencia sobre los abusos del Poder, ¿qué puede hacer la víctima de la violencia doméstica? Las situaciones de muerte y las lesiones físicas y psicológicas indelebles justifican el endurecimiento de la legislación. En nuestro país la disposición legal concreta que hemos analizado plantea problemas práctico-probatorios que limitan su aplicación. La prueba de la reiteración en el tiempo exige un complemento probatorio de tipo médico legal que se transforman en los hechos en un escollo.

En nuestro país existen 21 Juzgados Letrados de 1ª Instancia en lo Penal. Haciendo un trabajo de investigación sobre los procesamientos realizados por Violencia doméstica en el período de vigencia de la ley (de julio de 1995 a setiembre de 1998), hemos recabado los siguientes datos:

En un total de 41 procesamientos, 40 varones y una mujer.

De estos procesamientos, 18 fueron con prisión y los 23 restantes sin prisión. El 10% fue procesado por violencia doméstica en concurrencia fuera de la reiteración con otros delitos. Entre ellos, del 10% mencionado, un 20% fue con el delito de lesiones. Debemos recordar que la materialidad del delito de violencia doméstica no comprende las lesiones graves y gravísimas, lo que es una solución doctrinaria avalada por la jurisprudencia, ya que ésta utiliza el mecanismo del concurso de delitos para los casos en que la violencia familiar llega a lesiones graves o gravísimas. También hay un caso de proxenetismo en concurrencia con violencia doméstica. Suponemos que son casos que se deben dar en los hechos, pero que quedan en la cifra negra de la criminalidad por el especial temor de la víctima a su victimario. De la observación de estos datos surgen una serie de conclusiones.

7 LANGON, Miguel. Violencia doméstica. Victimología. FCU.

En primer lugar son muy escasos los casos de violencia doméstica que llegan al procesamiento. Incluso que llegan al segmento judicial. Es evidente que en ese hecho influye el hecho de ser una ley muy reciente y que no ha habido un cambio en el comportamiento de los violentados. Este delito tendrá existencia sólo en el papel, si los individuos no internalizan estas normas.

En la descripción de la investigación realizada por el Grupo de Investigación de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, se llegó al análisis de casos de criminalidad no tratada o "cifra negra". La comisión de un delito, sobre todo de los que suceden dentro del ámbito familiar, pasan frecuentemente inadvertidos frente a terceros. La persona no denuncia por motivos muy variados. La relación afectivo-económica que une a los miembros de la familia hace que el delito permanezca fuera de la órbita de las instancias formales encargadas de perseguir y castigar a los responsables. La denuncia no siempre culmina positivamente, ya que las autoridades policiales y judiciales filtran aquellos reclamos punitivos que merecen una legítima satisfacción a cargo del Estado.⁸

Las exigencias del tipo penal en cuanto al requisito tiempo y también en cuanto a las "marcas en el cuerpo" actúan como límite. Pero es evidente que el freno potente viene de otro lado: desde la espiral del miedo que sustenta la matriz de la violencia familiar.

Procesamientos por violencia doméstica en el período 1995-1998.

Juzgados	año 1995	año 1996	año 1997	año 1998
1 ^{er} . Turno	-----	-----	-----	-----
2 ^o . Turno	-----	3	2	-----
3 ^{er} . Turno	-----	1	2	-----
4 ^o . Turno	-----	-----	-----	-----
5 ^o . Turno	-----	-----	-----	-----
6 ^o . Turno	-----	-----	-----	-----
7 ^o . Turno	-----	-----	-----	-----
8 ^o . Turno	-----	-----	2	-----
9 ^o . Turno	-----	-----	-----	-----
10 ^o Turno	-----	-----	-----	-----
11 ^o Turno	1	1	1	1
12 ^o Turno	-----	1	-----	2
13 ^{er} . Turno	-----	1	1	1
14 ^o Turno	-----	1	1	1
15 ^o Turno	-----	-----	1	1
16 ^o Turno	-----	1	-----	-----
17 ^o Turno	-----	-----	1	1
18 ^o Turno	-----	2	2	-----
19 ^o Turno	-----	2	2	-----
20 ^o Turno	-----	1	1	-----
21 ^{er} Turno	-----	-----	4	-----

8 Grupo de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Víctima del delito. Estudio de campo. Victimología. Ed. JFCU 1998.

La solución penal no deja de ser una solución que impone violencia, pero entonces, ¿qué hacer antes y qué hacer después?

Un aporte desde la comunidad orientado hacia soluciones no violentas

Buscar estrategias de prevención promoviendo una sana vinculación dentro de las familias introduciendo destrezas de paternaje y maternaje desde el hospital donde nacen los niños.

Hacer una utilización inteligente de los medios masivos de comunicación en clave de conocimiento y re-conocimiento del hombre como titular de Derechos Humanos promoviendo su autovaloración.

Lograr que el individuo se reconozca como sujeto de derechos como ser digno de valor y protección. Recién a partir de ese umbral mínimo se puede salir “al afuera” a gritar y pedir ayuda cuando se es violentado.

Fomentar la creación de talleres comunitarios para que lleguen al mayor número de personas reemplazando la violencia física y psicológica por pautas de socialización más sanas.

Agregar a esas tareas que integran el “antes del hecho violento”, estrategias para aplicar en el “después”.

Rehabilitación para la víctima y el victimario que forman esa dupla de la que comenzó a hablar Von Hentig.⁹

E) QUE LA VÍCTIMA GRITE Y SEA ESCUCHADA

Debemos reconocer que la violencia familiar es un problema de todos. Que no sólo se da en hogares carenciados sino tan sólo que es más visible en ellos porque agregan a la violencia la vulnerabilidad de la pobreza material. Si nos afiliamos a un Derecho Penal de *última ratio* parece una contradicción admitir una propuesta criminalizadora. Pero no estamos hablando de una solución sino de una mera respuesta. Hay un antes y un después de una respuesta criminal y es en esas etapas donde la sociedad debe concentrar sus esfuerzos. El objetivo es lograr compromisos válidos, viables y multidisciplinarios. Y en esto nos jugamos todos, porque la violencia doméstica es el lado oculto de la sociedad violenta, es el reflejo especular de la misma.

En definitiva, el segmento penal apuesta a ser la manifestación de un juicio reprobatorio que tiene lugar en el ámbito del control penal público. Frente a conductas que quedaban en el cono de la sombra, se abre una instancia de reproche en el ámbito jurídico, “para que la víctima grite y su grito sea escuchado”.

⁹ CUADROS, Isabel. El maltrato infantil en Colombia. Victimología. Publicación del Centro de Asistencia a la víctima del delito. Córdoba. Rep. Argentina.

F) PERPLEJIDADES DEL TIPO DELICTIVO EN EL PLANO DE LO CONCRETO

Referencia a sentencias en los Tribunales de Apelaciones en lo Penal (años 1997-1999)

La problemática planteada por el elemento cronológico integrante de la descripción del tipo objetivo: “prolongadas en el tiempo”. La expresión del legislador es de gran latitud por lo que resulta poco claro para el intérprete establecer qué se entiende por prolongadas en el tiempo. Si tiene que haber un límite cuantitativo tanto en el número de “violencias y/o amenazas” como qué período de tiempo debe ser computado. ¿Se está refiriendo a la reiteración en su concepto ajustado al art.54? Y entrando en el campo procesal ¿cómo se debe dar por probada la reiteración del ilícito? En sentencia N° 1 del 1° de febrero de 1999 el Ministerio Redactor del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno Dr. Eduardo Lombardi manifiesta con respecto a la prueba de que las agresiones fueron “prolongadas en el tiempo”... “La Sala discrepa con el recurrente en cuanto a la valoración de los testimonios de familiares. Este tipo de episodios, por su naturaleza, suelen tener lugar en el reducido y particular espacio de las relaciones de pareja, y cuando trascienden por la aparición de la violencia, son las personas del entorno las primeras en apreciar la situación. Por tanto, despreciar como prueba el testimonio de estas personas constituiría, en esencia, una garantía de impunidad del agresor”. Esta apreciación en la que el Ministro cita a Caferrata Nores deja en evidencia una de las dudas con respecto a la valoración de la prueba testimonial de allegados a los agentes de la violencia. Por supuesto que los peritajes médico-legales serían la forma adecuada de probar las violencias en el “propio cuerpo marcado de la víctima”. En el caso concreto de esta sentencia había además del testimonio de allegados dos denuncias en sede administrativa realizadas por la víctima, con una separación temporal de dos años entre ellas! Este hecho que puede parecer extraño está corroborado por nuestra práctica profesional en la Defensoría de Oficio de Familia y Menores. Es muy común que la víctima de violencia familiar consulte acerca de otros problemas conexos a la violencia (situación de los hijos, separación, pensiones alimenticias) y al ser interrogadas con relación a las denuncias manifiestan no haberlas realizado por no haber sido informadas correctamente, o, simplemente, por miedo. No debemos olvidar que el mecanismo del miedo es el que domina el silencio de la víctima. El sentenciante basa su posición en los informes psicológicos realizados en este caso a la pareja de autos: “se trata de una pareja con un vínculo de violencia gravísima, que a juicio de estos peritos puede tener como consecuencia un desenlace fatal”. No hay por lo tanto en la disposición *strictu sensu* ninguna aclaración, ningún medidor que permita precisar, limitar o acotar el concepto cronológico y eludir el riesgo de los preconceptos, subjetivismos y voluntarismos de intérpretes y Magistrados, quienes deberán determinar cualitativamente aquel contenido actuando en sede de discrecionalidad reglada. Esta opinión del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er. Turno manifiesta también la necesidad de apelar un criterio de discrecionalidad (basándonos en el art. 125 del CPP).

El núcleo verbal que singulariza la descripción típica es la “*causación de una o varias lesiones personales*”.

Con respecto a este concepto parece no haber demasiada discordia en la jurisprudencia consultada ateniéndose la misma a un concepto de “lesión personal” de tipo restrictivo, de modo que “la única violencia doméstica que como tal amerita el reproche penal, es ...aque-

llas categorizadas en el art. 316 del Código Penal. De haberse producido lesiones más graves (arts. 317 o 318), no se configuraría el delito de violencia doméstica sino específicamente el de las lesiones ocasionadas, sin perjuicio del concurso que pudiere corresponder” (Sentencia citada del Tribunal de Apelaciones en lo Penal).

Desde el punto de vista procesal hay una diferencia interesante con relación a la procedencia de oficio en el caso de la violencia doméstica. En las lesiones personales descritas por el art. 316 se requiere la instancia de parte (art. 322 lit. “B”). No obstante, en los hechos y por el ámbito donde se configura, la violencia doméstica necesita de la *notitia criminis*.

Descripción de la víctima en términos criminológicos: “persona con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva o de parentesco, con independencia de la existencia de vínculo legal.

Con respecto a este concepto también poco delimitado se han planteado en la jurisprudencia dudas concretas. En la misma sentencia del Tribunal de 1er. Turno (N° 1-99) a la que hicimos referencia, el Redactor también insiste en que “el amplio concepto de familia contenido en el art. 321 bis permite ingresar en la conducta típica actos dirigidos a personas que conviven con el agente aun informalmente. Por ello es que la situación de divorciados del caso concreto, no incide para la no configuración del ilícito”.

Esta falta de precisión permite imaginar situaciones quizás no pensadas por el legislador, pero que igualmente podrían ser abarcadas por el texto legal.

En la sentencia N° 199 del Tribunal de Apelaciones en lo penal de 3er. Turno del 13 de noviembre de 1998, el Redactor manifiesta “obsérvese las dificultades para imaginar, por ejemplo, la “violencia doméstica” entre dos o más protagonistas que tuvieron una “relación afectiva” hace 5 años y que moran, viven, conviven, cohabitan, residen bajo el mismo techo en forma permanente o transitoria”. En el agravante previsto en el art. 321 tercer inciso: “El mismo agravante se aplicará... que tenga con el agente relación de parentesco o cohabite con él”. *Prezza*, en sus “Comentarios” (ed. Universidad, año 1996) afirma con acierto que “este tipo penal establece un requisito temporal y otro modal. Se refiere en este caso a que las violencias o amenazas deben consumarse en el seno de lo “Doméstico” (latín: *domus*: casa).

Si nos atenemos al origen etimológico el concepto se restringe y las lesiones causadas deben haber tenido su ámbito dentro del hogar o domicilio. Pero si entendemos doméstico en el sentido de “morada” la aplicación se amplía y el tipo delictivo se puede llegar a aplicar a toda forma de “cohabitación” que puede ser desde la de un hotel, pensión, inquilinato, institutos para el control de menores, ancianos o enfermos.

Siguiendo con la opinión de la jurisprudencia mencionada *supra*, lo doméstico que se aplica a esta figura no puede estar limitado al interior de una finca como lugar de asiento de los actores sino que puede darse y concebirse meramente “bajo un techo”. Con este criterio amplio podrían extenderse situaciones de “violencia doméstica” las que se puedan consumar en los internos de las casas de salud y las guarderías infantiles, las cárceles, etc.

Esto nos hace pensar en la *ratio legis* que dio vida a esta disposición. En los informes de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes firmada el 17 de mayo de 1995, en mayoría (Diario de Sesiones Tomo 698, págs. 302 y sigs) el legislador apunta a la dirección de esta nueva disposición a

“recoger una realidad que se constata en forma regular en nuestra sociedad”. “El fenómeno de la violencia como ingrediente de las relaciones humanas derivadas de un vínculo afectivo o de parentesco, desarrolladas en el ámbito doméstico, representa una característica de estos tiempos, no sólo en nuestro país, sino en el mundo entero. No es por cierto un tema novedoso pues en todas las sociedades humanas han existido sujetos que despliegan sus instintos más primitivos en su entorno más inmediato, creando así víctimas de su insanía” (Sentencia M. Lombardi).

Persona con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva o de parentesco con independencia de vínculo legal. En este aspecto hay un adelanto en cuanto a lo innecesario de la prueba del vínculo legal de parentesco. Este tema que en otros artículos del Código (y a pesar de sus reformas y por la falta de sistematización de las mismas) sigue existiendo está resuelto en cuanto a la falta de exigencia de la prueba de un parentesco o vínculo legal.

Pero el otro problema se plantea cuando se habla de relación afectiva. No podemos entrar en el mundo de las emociones y los afectos en la ciencia jurídica. Con respecto a esta problemática el Tribunal de Apelaciones de 3er. Turno se plantea la dificultad de interpretación del concepto de “afecto”. El concepto de afecto puede ser estudiado desde su origen etimológico como “una alteración del alma”, fuerte vivencia emocional acompañada de movimientos expresivos y de manifestaciones vocales. En el estado de afecto el hombre queda prendido de lo que ha provocado la vivencia y esto altera el curso de los procesos intelectuales.¹⁰ Entramos dentro de conceptos que son característicos del alma humana. La dificultad de definición preocupa a la jurisprudencia como preocupa al estudio del derecho. Son expresiones de otros ámbitos de la cultura que no pueden quedar sujetos en un estrecho molde. En una interpretación muy extensiva el Juzgador busca la solución en la *ratio legis* “en la función de un interés social, en la tutela de todo tipo de convivencia bajo techo para evitar daños a la personalidad física o moral del sujeto pasivo”.

Después de todas estas dudas nos podemos preguntar sobre la eficacia real de este amparo.

Hay permanente producción de proyectos que tratan de acceder a un criterio más amplio en la protección y más definido en sus límites. Por el camino de la aplicación de las Convenciones, especialmente la de Belem Do Pará se podría llegar a una adecuación típica más aplicable.

No obstante lo cual no podemos dejar de ver en el horizonte penal las limitaciones de la pena privativa de libertad (que puede generar la violencia vindicativa como respuesta), incluso del procesamiento en estas situaciones tan delicadas y que tantas víctimas dejan en silencio.

No nos parece serio criticar la norma para decir que en definitiva no sirve para nada o no cambia nada. Aunque no lo cambie realmente. El hecho de que deje de estar en el silencio y se vuelva esta ley desprolija que discutimos, ya es un hecho de la vida real que quiere salir a luz.

No podemos olvidar que: "La extorsión, el insulto, la amenaza, el coscorrón, la bofetada, la paliza, el azote, el cuarto oscuro, la ducha helada, el ayuno obligatorio, la comida obligatoria, la prohibición de salir, la prohibición de decir lo que se piensa, la prohibición de hacer lo que se siente y la humillación pública son algunos de los métodos de penitencia y tortura tradicionales en la vida de familia. Para castigo de la desobediencia y escarmiento de la libertad, la tradición familiar perpetúa una cultura del terror y humilla a la mujer (y a otros seres vulnerables), enseña a los hijos a mentir y contagia la peste del miedo". No podemos olvidar: Los Derechos Humanos tendrían que empezar por casa".¹¹ Y para no quedarnos en proyectos vamos a empezar por anotarlas en el elenco de las acciones infames y jurídicamente reprochables.

¹¹ GALEANO, Eduardo. *Mujeres*. Alianza 100 p. 16 (Alianza Editorial. Madrid. L. 995).