



Lo distintivo de la violencia doméstica: Una explicación basada en la libertad*

Víctor Tadros¹

La violencia alimenta al derecho penal. Sin embargo, dado que la violencia opera en diferentes formas y grados, cabe preguntarse cómo debe diferenciar el derecho penal entre las distintas formas de violencia. Ciertos debates teóricos surgidos recientemente nos estimulan a pensar no sólo sobre los grados de violencia, sino también sobre sus diferentes tipos. Las diferentes formas de violencia, se argumenta, son moralmente desiguales. El derecho penal, al construir los tipos penales relacionados con la violencia, debería reflejar esas distinciones morales.¹ De acuerdo con este argumento, a la hora de distinguir entre delitos, el modo en que la violencia es llevada a cabo es al menos tan importante como su grado. Por ejemplo, si el tipo penal que castiga al desfiguramiento es un modo de violencia diferente al de producir hematomas, el derecho penal debería reflejar esa divergencia. Y esta diferenciación es al menos tan importante como la que distingue entre mayores y menores grados de desfiguramiento, o mayores y menores grados de engendrar hematomas, o quizás incluso más importante.

La violencia doméstica es tratada de un modo desigual, tanto por las instituciones del derecho penal como en los ámbitos sociales y políticos. Sin embargo, la violencia doméstica no ha aparecido frecuentemente en la literatura relacionada con tipos penales contra las personas², a pesar del extenso tratamiento que ha tenido el tema en las áreas de la justicia penal y de criminología. Claramente, la forma más habitual de presentar el tema de la violencia doméstica en discusiones de derecho penal sustantivo es abordando los casos de víctimas de este tipo de abuso en los que matan a sus abusadores, y las correspondientes defensas que podrían esgrimirse en estas circunstancias, casos que son excepcionales entre este tipo de abuso.

Sin lugar a duda, esta falta de interés real en la violencia doméstica por los teóricos del derecho penal sustantivo se debe a que no hay un tipo penal específico que

* Traducido por Marcos Cristiani, Antonella Spanier, Andrés Chester y Lucas Andrés Krawiecki. Revisado por Micaela Duffau y Florencia Korob. Publicado originalmente como "The distinctiveness of domestic abuse : a freedom-based account / Víctor Tadros", en *Defining crimes : essays on the special part of the criminal law* (New York: Oxford University Press, 2005), R.A. Duff y Stuart P. Green (eds)

¹ Ver J Horder "Rethinking Non-Fatal Offences Against The Person" (1994) 14 Oxford Journal of Legal Studies 335; J Gardner "Rationality and the Rule of Law in Offences Against the Person" (1994) Cambridge Law Journal 502.

² Una excepción a esto es N Lacey, C Wells y O Quick; *Rethinking Criminal Law: Texts and Materials* (3rd ed., London: Butterworths, 2003), 629-37.

condene este tipo de comportamientos. La violencia doméstica suele ser perseguida utilizando otros tipos penales, como los de homicidio, ataques sexuales o no sexuales contra la persona o incluso disturbios contra el orden público. Efectivamente, estos tipos penales identifican distintas clases de abusos domésticos. No obstante, la violencia doméstica tiene características propias y es analizada como un problema social (o, por algunos, ni siquiera como un problema) de tipo particular. Por ello, es sorprendente que los reclamos por un tipo penal específico de violencia doméstica sean infrecuentes.³

En este ensayo me propongo lograr dos cosas. En primer lugar, me propongo comenzar a sentar las bases para una discusión seria con respecto a si la violencia doméstica debe estar reconocida en el derecho penal a través de la creación de un tipo penal distinto. ¿El argumento sobre de la distinción moral entre delitos sustenta la creación de un nuevo tipo penal para los casos de violencia doméstica? Y si la creación del nuevo tipo no pudiera fundarse en ese argumento, o si éste fuera insuficiente ¿cómo podríamos decidir si debe haber un tipo penal distinto relacionado con la violencia doméstica? Para abordar estas cuestiones, desarrollaré algunos conceptos generales sobre la idea de distinguir entre delitos.

En el § 1, delinearé dos características que hacen a la violencia doméstica singular respecto de otras conductas violentas. En primer lugar, obviamente, la violencia doméstica ocurre en el contexto de una relación íntima. La segunda característica es que el abuso es sistemático. En el § 2, sugeriré que estas dos características tienden a deteriorar una clase especial de libertad que los individuos deberían tener. Para mostrar esto utilizaré el concepto de ‘libertad como no-dominación’ de Philip Pettit. Además, argumentaré que este deterioro de la libertad de la víctima es particularmente relevante porque acontece violando una expectativa de confianza. En la sección 3 consideraré una posible objeción a la creación de un nuevo tipo penal basada en la idea de que los distintos tipos penales deberían reflejar diferentes agravios. Mostraré que, a pesar de que haya algunos casos que no tienen las consecuencias descriptas en el § 2, aún así estas consecuencias hacen suficientemente distintivo al agravio de la violencia doméstica. Consecuentemente, la violencia doméstica puede ser considerada un agravio distinto incluso cuando no todos los casos tengan las consecuencias negativas que lo hacen distinto (esta idea ligeramente opaca será explicada en el desarrollo). Las conclusiones incluirán una discusión sobre las ventajas y desventajas de crear un nuevo tipo penal para la violencia doméstica. Argumentaré que es improbable que este nuevo tipo modifique de modo sustancial los patrones de comportamiento. De todos modos, sugeriré que hay razones para ser optimistas, al menos hasta cierto punto, sobre el resultado de la creación de este tipo penal, dado el modo en que funciona la prueba en el proceso criminal.

1. ¿QUÉ ES LO RELEVANTE DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA?

³ La idea de un tipo penal distinto fue mencionado pero finalmente rechazado en el documento de consulta del Reino Unido Safety and Justice: The Government’s Proposals on Domestic Violence (London: HMSO, 2003; Cm 5847). Un ejemplo de un tipo penal independiente puede verse en el Código Penal de California, artículo 13700.

La violencia doméstica tiene un límite claro con respecto a otros casos de violencia, tanto en la percepción popular como en la respuesta institucional que recibe, y esto, podría entenderse, contribuye a la comprensión de lo que la hace distinta del resto. La violencia doméstica es considerada un problema social particular que demanda una respuesta social particular, diferente de la respuesta que reciben los casos de violencia en otros contextos. Además, las respuestas institucionales a la violencia doméstica son claramente diferentes de las que reciben otras formas de violencia. Los casos de violencia doméstica son menos propensos a terminar con arrestos.⁴ Usualmente, la víctima está menos dispuesta a que avance la persecución judicial o a testificar en caso de que la persecución en efecto avance⁵, en comparación con las víctimas de violencia en otros contextos. A pesar de que, anteriormente, la policía y los fiscales estatales podrían haberlo visto como un tipo de violencia “menos serio” que otros, estudios recientes sugieren que tanto las evaluaciones sociales como las institucionales de este tipo de violencia podrían haber comenzado un proceso de cambio.⁶ Algunas jurisdicciones obligan⁷, o al menos recomiendan fuertemente el arresto y/o la persecución para casos de violencia doméstica, lo que podría explicar algunos de los cambios en las tendencias políticas. Esto muestra que las instituciones tratan a la violencia en el contexto doméstico de manera diferente a como tratan la violencia en otros contextos, a pesar de que, por supuesto, esto puede ser en parte un intento de garantizar que la violencia en este ámbito sea tomada “tan seriamente” como en otros.

De todos modos, aunque las respuestas institucionales la violencia doméstica son claramente distintas a las respuestas a otras formas de violencia, hay un escaso reconocimiento legal de esta distinción, al menos en el ámbito de categorización de delitos. Como ya se explicó anteriormente, las persecuciones por violencia doméstica

⁴ Para un panorama de la literatura estadounidense, ver R B Felson y J Ackerman, “Arrest for Domestic and Other Assaults” (2001) 39 *Criminology* 655.

⁵ De acuerdo con las Directrices de los Servicios Fiscalía de la Corona, desarrollados en 2001, la fiscalía perseguirá contra la voluntad de la víctima, especialmente en casos de violencia doméstica. En su estudio de 1998, Carolyn Hoyle mostró la importancia de la falta de participación de la víctima en decisiones fiscales: Ver C Hoyle *Negotiating Domestic Violence: Police, Criminal Justice and Victims* (Oxford: Oxford University Press, 1998). Sin embargo, la falta de participación de la víctima no hará necesariamente que la actividad probatoria sea imposible de sobrellevar en todos los casos: Ver L Ellison “Prosecuting Domestic Violence without Victim Participation” (2002) 65 *Modern Law Review* 834.

⁶ El estudio de Felson y Ackerman (nota al pie 4) sugiere que la razón para la aparente lenidad no es la tolerancia de la violencia doméstica, sino la falta de cooperación por parte de las víctimas. Ver también L Feder, “Police Handling of Domestic and Nondomestic Assault Calls: Is There a Case for Discrimination” (1998) *Crime and Delinquency* 335.

⁷ Por ejemplo, el Utah Code Ann. Section 77-36-2.2(2)(a) provee que “además de los poderes de arresto descritos en 77-7-2, cuando un oficial de policía responde a una llamada de violencia doméstica y tiene evidencia probable de que un acto de violencia doméstica fue cometido, el oficial de policía podrá arrestar sin orden o emitir una citación a cualquier persona de quien tenga evidencias probables que hubieran cometido actos de violencia doméstica”.

se hacen por el mismo tipo penal que aquellos casos de violencia que ocurren fuera del contexto doméstico.

El hecho de que las instituciones de la justicia penal hayan sido evaluadas como relativamente ineficaces en el control de la violencia doméstica puede contribuir, como veremos, a apoyar la creación de un nuevo tipo penal. Como adelanto de un argumento que luego esbozaré, podría decirse que la falla histórica de responder adecuadamente a la violencia doméstica debería motivar a la legislatura a considerar la creación de un nuevo tipo penal simplemente porque favorecería mejores prácticas de políticas y de persecución. No obstante, este argumento será incluso más fuerte si hay algún rasgo particularmente agravante o perjudicial que caracterice a la violencia doméstica. Por ello, los estudios criminológicos sobre estas conductas deben ser suplidos con un análisis normativo. Los estudios empíricos, por sí solos, no pueden decirnos cuál es el rasgo particularmente malo de la violencia doméstica, si es que hay alguno. Esa es una pregunta moral, y no tanto una puramente empírica, aunque (como veremos) la respuesta a ella pueda desarrollarse sobre observaciones empíricas.

Obviamente, el modo principal en el que la violencia doméstica se distingue de otras formas de violencia está relacionado con el contexto social en el que ocurre. El término “doméstica” puede sugerir que la principal diferencia es su localización: ocurre en el hogar familiar. Sin embargo, esta no es la mejor forma de entender los rasgos característicos de la violencia doméstica. La violencia doméstica claramente no es singular por ocurrir en el hogar: la violencia llevada a cabo durante el robo a una casa no es violencia doméstica, y la violencia entre cónyuges mientras se encuentran en público puede contribuir a un patrón de abuso doméstico. La violencia doméstica se desarrolla en el contexto de una relación entre el abusador y el abusado, y de una relación que es particularmente íntima. Esa es la característica distintiva. Regular la violencia doméstica es regular relaciones, no el lugar donde ocurren.⁸

Esto también sugiere que, al menos en lo que se refiere a la violencia doméstica, no es importante hacer una distinción entre las esferas públicas y privadas. Esa distinción podrá ser importante, por ejemplo, al regular la libertad de expresión, pero no es relevante para distinguir entre distintas formas de violencia no consensuada. En esta medida, este ensayo continúa con el desarrollo de las ideas de académicos feministas que critican la distinción tradicional hecha por la escuela liberal entre lo público y lo privado.⁹ La violencia doméstica no es una cuestión privada, tanto porque debe ser

⁸ El término “doméstico” también ha sido criticado por hacer que la violencia de este tipo suene acogedora. Ver Lacey, Wells y Quick, arriba, nota al pie 2, 630.

⁹ Ver, por ejemplo, S M Okin, “Gender, the Public and the Private”, en D Held (ed.) *Political Theory Today* (Oxford: Polity Press, 1991); N Lacey, “Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy” en su *Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal Theory* (Oxford: Hart Publishing, 1998). Dentro del contexto de la violencia doméstica, ver T A Açikalin, “Debunking the Dichotomy of Nonintervention: The Role of the State in Regulating Domestic Violence” (2000) 74 *Tulane Law Review* 1045.

objeto de preocupación política¹⁰, como porque puede ocurrir en público. Sólo es privada en cuanto a que la relación puede decirse que es particularmente privada. Por ello, quizás la palabra “doméstica” dentro de la frase “violencia doméstica” sea inadecuada. No hay nada particularmente *doméstico* de la violencia doméstica. A pesar de esta debilidad, continuaré utilizando esta terminología por su familiaridad.

La violencia doméstica, entonces, se caracteriza por el hecho de que la violencia ocurre en el contexto de una relación. Una dificultad que surge para determinar los límites de esta idea es cómo trazar una línea entre las relaciones que caen dentro del espectro cubierto por la violencia doméstica de aquellas que no lo están. Puede haber casos de violencia entre cónyuges, entre padres e hijos, entre parejas de hecho, entre hermanos,¹¹ o entre aquellos en relaciones familiares más lejanas. Pero la violencia también puede darse en el contexto de otras relaciones, como podrían ser los casos de violencia entre compañeros de trabajo o entre amigos. Mientras que estos últimos casos pueden compartir algunas de las características del abuso doméstico, no entran en el concepto popular de violencia doméstica. A pesar de que el término “doméstica” sea inadecuado, indica algo que es generalmente evaluado como relevante para entender este concepto: el abuso ocurre en el ámbito de una familia, o de relaciones vinculadas a ella. Tal como fue sugerido anteriormente, si los casos de violencia en el trabajo, intimidación en el colegio o violencia entre amigos resultan ser del mismo tipo que la violencia doméstica, entonces no hay nada particularmente distintivo del abuso doméstico. La violencia doméstica sería meramente un caso de un tipo de agravio más amplio, respecto del cual el contexto doméstico no sería una distinción suficiente como para castigar por un tipo penal independiente. Me explayaré sobre esta cuestión más adelante.

De todos modos, si bien la relación entre el acusado y la víctima es una característica central que distingue a la violencia doméstica, hay otras características que lo diferencian socialmente. Quizás la más importante de ellas es que la violencia en el ámbito doméstico es vista generalmente como más propensa a ser repetitiva y sistemática que la violencia en otros ámbitos¹²; en efecto, esa es una razón que justificaría que las respuestas institucionales y otras respuestas sociales sean diferentes que las respuestas a otras formas de violencia.¹³

Entonces, la naturaleza repetitiva del abuso también es una característica paradigmática de la violencia doméstica. No cabe duda de que un sólo caso de

¹⁰ Sobre el cambio del clima social y político, que hizo que el tema de la violencia doméstica fuera parte del debate público, ver N Lacey, “Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal Law” en *Unspeakable Subjects*, nota al pie 9.

¹¹ Es discutible si este caso cae dentro del paradigma popular del abuso doméstico, pero veremos algunas razones a favor de esto.

¹² El derecho penal no criminaliza la conducta sistemática, generalmente, pero ver *Protection from Harassment Act 1997*, por ejemplo.

¹³ Ver, por ejemplo, J Stubbs, “Domestic Violence and Women’s Safety: Feminist Challenges to Restorative Justice”, en H Strang y J Braithwaite (eds), *Restorative Justice and Family Violence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

violencia en el contexto de una relación puede ser algo serio. Sin embargo, al menos parte de la razón para que esto sea así se debe a que un caso de violencia suele ser seguido de más casos, en el contexto de una relación. Un caso de violencia puede indicar rasgos más profundos de la relación, particularmente de dominio masculino. En un estudio llevado a cabo por el Ministerio del Interior del Reino Unido se dice que el promedio de casos de ataques contra una víctima de violencia doméstica es de alrededor de cinco por año.¹⁴ Un único ataque en el contexto de una relación es probablemente insuficientemente distinto de ataques únicos en otros contextos como para justificar la creación de un tipo penal independiente. Además, hay buenas razones, basadas en la presunción de inocencia, para que el sistema de justicia penal no etiquete al violento como un abusador sistemático por el hecho de haber cometido un único caso de violencia, argumentando que eso es un indicador de que hay un patrón de abuso. La víctima de un caso único de violencia en el contexto doméstico debe tener, por supuesto, un recurso legal al que acudir. Pero el tipo penal a utilizar en tal caso es el de asalto.ⁱⁱ

Entonces, hay dos características centrales de la violencia doméstica. La primera es que el abuso ocurre en el contexto de una relación íntima. La segunda es que el abuso es sistemático. Estas características ayudan a explicar los problemas con los que las agencias de justicia penal se han encontrado al lidiar con la violencia doméstica, y también revela algunas de las razones por las cuales sus respuestas han tendido a ser inapropiadas.

En primer lugar, la renuencia de la policía a intervenir en las relaciones íntimas es usualmente citada como explicación del fracaso del sistema de justicia penal al combatir el abuso doméstico. Esto puede ser una respuesta racional de parte de las agencias de justicia penal. Si la relación entre el acusado y la víctima sigue vigente, a menudo será difícil lograr una sentencia condenatoria. Las condenas en estos casos normalmente dependen de que las víctimas provean prueba contra los acusados, y ellas pueden ser reacias a hacerlo. Esto puede ser o bien por el miedo de la víctima hacia el acusado o porque la víctima activamente quiere que la persecución no siga adelante. Por supuesto que la policía puede tener una influencia menor en asegurar sentencias condenatorias, pero de todas formas ayudaría a controlar el abuso doméstico.

Sin embargo, como consecuencia de estas deficiencias del sistema de justicia penal, las respuestas a la violencia doméstica a veces se centran en la negociación dentro del ámbito doméstico para intentar prevenir reincidencias sin tener que acudir al sistema penal en absoluto. Sin embargo, Algunos académicos critican este enfoque

¹⁴ C Mirrlees-Black, *Domestic Violence: Findings from a New British Crime Survey Self-Completion Questionnaire* (London: HMSO, 1999). Ver también E Stark "From Battered Women Syndrome to Coercive Control" (1995) 58 *Albany Law Review* 1973. Hay quienes argumentan que la violencia doméstica es cíclica (ver L Walker *The Battered Woman* (New York: Harper&Row, 1979)), aunque eso no es una característica de todos los casos de violencia doméstica: ver Royal College of Psychiatrists, *Domestic Violence* (Council Report CR102, 2002).

embargo, alegando que la respuesta en la esfera privada no reconoce la naturaleza de la violencia doméstica ni el contexto social que ayuda a fomentarla y apoyarla.¹⁵

Pero también podría ser que la violencia doméstica no obtenga respuestas satisfactorias por parte de la policía por razones con las que es más difícil simpatizar. Podría ser que la violencia doméstica sea vista como algo “menos serio” que otros casos de violencia. Podría ser que, hasta cierto punto, la policía evalúe que regular las relaciones íntimas no es su tarea principal; la falta de entrenamiento en el tema podría hacer que los policías se sientan con poca confianza en sus habilidades para responder adecuadamente o eficazmente a episodios de violencia en las relaciones íntimas.¹⁶

En segundo lugar, la sistematicidad de la violencia doméstica es habitualmente vista como particularmente problemática en términos de persecución y castigo. Generalmente, se ha considerado como una dificultad en la persecución el hecho de que los tribunales sean incapaces de “ver” la sistematicidad del abuso porque cada episodio de violencia es perseguido aisladamente, o como un componente de una corta serie de episodios. Esto puede llevar a sentencias que imponen penas leves, donde el episodio particular de violencia perseguido y condenado no sea tan grave aisladamente, pero sea mucho más serio dentro del contexto. Habitualmente, es difícil probar más allá de toda duda razonable que cualquier lesión particular sufrida por la víctima fue consecuencia de la violencia doméstica, en especial en aquellos casos en los que la víctima no está dispuesta a declarar o proveer pruebas muy eficaces. En consecuencia, probablemente sea difícil condenar al acusado por toda la gama de conductas abusivas, incluso cuando esas conductas se subsuman en una serie de tipos penales. Y aun cuando se consigue una condena, se vuelve difícil imponer la pena que efectivamente protegería a la víctima de abusos subsiguientes.

Nuevamente, podría ser que haya prácticas de los fiscales y de los tribunales con las que sea más difícil simpatizar. Tal como era el caso con la policía, podría todavía haber una tendencia a evaluar a la violencia doméstica como menos seria, en lo que concierne a las decisiones tomadas por fiscales y la imposición de condenas, que las lesiones causadas por extraños. En algunos casos, podría ser que los fiscales y los jueces se sientan motivados a salvar relaciones que no vale la pena salvar al decidir no perseguir o al imponer condenas leves. Esto ha llevado a legislaciones que obligan la persecución, incluso contra los deseos de la víctima,¹⁷ y penas graves para casos de abuso doméstico.

2. LIBERTAD Y VIOLENCIA DOMÉSTICA

¹⁵ Ver, por ejemplo, D Coker, “Transformative Justice: Anti-Subordination Processes in Cases of Domestic Violence”, en Strang y Braithwaite, en nota al pie 13.

¹⁶ Para una visión imparcial, ver Hoyle, nota al pie 5, 98-9.

¹⁷ Para una discusión al respecto, ver D Coker, “Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic Violence Law: A Critical Review” (2001) 4 Buffalo Criminal Law Review 800.

La violencia doméstica está compuesta por dos elementos distintivos. En primer lugar, el abuso ocurre en el contexto de una relación íntima. En segundo lugar, la violencia es sistemática. En esta sección, voy a sugerir que la combinación de estas dos características hace agravante a la violencia doméstica de manera distintiva. Argumentaré que, a menudo, esta clase de abusos socava un tipo particular de libertad, y que este efecto del abuso es una razón significativa para crear un tipo penal distinto para lidiar con ellos. Es menester destacar que, en esta etapa, esto sólo constituye un indicador de una posible forma de abordar la discusión, una forma que está basada en generalizaciones derivadas de estudios empíricos y, consecuentemente, podría resultar errónea.

Tal como fue mencionado anteriormente, la violencia doméstica tiende a estar caracterizada por ser sistemática, y esta percepción está apoyada en evidencia empírica. En repetidas ocasiones se reporta reincidencia en los casos de violencia y, frecuentemente, estos son acompañados de amenazas y otros tipos de abusos psicológicos. En consecuencia, la violencia doméstica se caracteriza no sólo por ser un caso de violencia ocurrido en el contexto de una relación íntima, sino más bien un patrón de conducta perpetrado en el contexto de una relación íntima. Esta característica de la violencia doméstica es imprescindible para comprender los valores que este abuso ataca.

Para entender esto, utilizaré una concepción de la libertad que fue desarrollada por Philip Pettit. Pettit argumenta que, para determinar cuán libre es una persona, la cuestión principal no es determinar el rango de opciones que esa persona tiene, sino hasta qué punto y de qué forma el rango de opciones que esa persona tiene está alineado con sus intereses. Las opciones, sostiene Pettit, pueden estar restringidas de forma arbitraria o no arbitraria. Según Pettit, la restricción de una opción no es arbitraria cuando la restricción está “forzada para alinear los intereses y las ideas de la persona que está sufriendo la interferencia”.¹⁸ La libertad requiere tener una protección contra el control arbitrario de las opciones, pero no con respecto al control no arbitrario de ellas.

Vale la pena destacar que esta concepción de la libertad se preocupa por las opciones sólo indirectamente. Lo importante no es qué opciones tiene de hecho una persona, sino bajo qué condiciones otros pueden *controlar* sus opciones. Alineada con la tradición republicana en la que Pettit se posiciona, esta concepción de la libertad es la más adecuada para mostrar por qué la esclavitud socava la libertad. Pettit argumenta que un esclavo puede tener un rango de opciones muy amplio, pero otra persona, su dueño, es quien tiene la posibilidad de arbitrariamente controlar ese rango de opciones, disminuyéndolo o aumentándolo a su gusto. Que un esclavo no sea considerado libre no puede ser resultado de la falta de opciones que éste tiene, ya que el esclavo podría tener un dueño benévolo que le otorgue un rango de opciones muy amplio. Sin embargo, incluso en esas condiciones, el esclavo no es libre, dado que sus opciones están bajo el control de otra persona. La libertad, Pettit concluye, tiene que darse en un escenario de no-dominación, en lugar de uno de no-interferencia.

¹⁸ P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 55.

El análisis que Pettit hace de la libertad puede inducir a error por dos razones. En primer lugar, la idea de que las restricciones a las opciones deberían reflejar los “intereses y las ideas” del agente es vaga y problemática. El valor de que una persona tenga opciones es dependiente no simplemente de sus intereses e ideas, sino más bien de sus intereses e ideas *legítimas*.¹⁹ Esta crítica está restringida al ámbito de la teoría política, y no me explayaré en ella. En segundo lugar, y más relevante a nuestros propósitos, Pettit entiende que su concepción de la libertad reemplaza, en lugar de complementar, la visión liberal tradicional de la libertad como no-interferencia. No obstante, debemos distinguir entre la cuestión sobre, por un lado, qué tan libres son las personas, y, por el otro, hasta qué punto una restricción a la libertad tiene un efecto negativo sobre ellas. Las restricciones sobre las opciones serán seguramente restricciones a la libertad, sin embargo, algunas restricciones sobre nuestras opciones podrían no ser disvaliosas, e incluso podrían llegar a ser valiosas.

Se ha argumentado que tener una opción para hacer *v* nunca puede ser negativo, ya que se puede optar por no hacer *v*.²⁰ Sin embargo, esto no es verdad.²¹ Tener una opción puede ser disvalioso a pesar de que no se ejercite esa opción. Ser un esclavo es algo malo, pero ser el dueño de los esclavos también es algo malo.²² Los dueños de los esclavos tienen un grado y tipo de control sobre otras personas (esclavos), que no deberían tener ni querer tener. Tener ese tipo de control define la relación entre una persona (dueño) y otra persona (esclavo) de forma tal que es *per se* disvaliosa. Al convertirme en dueño de esclavos, mis libertades incrementan, pero ese incremento es disvalioso para mí. Dado que ese incremento en libertad no se corresponde con mis intereses, Pettit sostiene que en este caso no existe un incremento de la libertad. Este razonamiento es incorrecto. Es claro que mi libertad se ha expandido, ello sin perjuicio de que haya sido en una forma disvaliosa para mí.

Ahora bien, en esta sección sostengo que muchos delitos tienen como objetivo la protección de la libertad evitando la reducción de las opciones. Sin embargo, lo que distingue a la violencia doméstica es que ataca la libertad que Pettit caracteriza como no-dominación. La violencia doméstica no sólo puede resultar en que la víctima tenga un rango de opciones limitado, sino también en que sus opciones se vean sujetas al control arbitrario por parte de otra persona, o que su habilidad para reconocer, evaluar y elegir dentro de su rango de opciones sea disminuida arbitrariamente por otra persona. En este sentido, las víctimas de violencia doméstica son personas cuyas opciones y capacidades en relación a sus opciones están controladas por otras personas. Quienes controlan tienen un poder sobre sus opciones que no deberían tener, y que utilizan para

¹⁹ La forma en que Petti ve la cuestión ha sido provechosamente escrutinizada y desecheda en H Richardson, *Democratic Autonomy: Public Reasoning about the Ends of Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2002), ch. 3.

²⁰ Ver J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1972), 143.

²¹ Para una versión amplia del potencial disvalor de un incremento en la libertad, ver V. Tadros, *Criminal Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2005), ch. 7.

²² Otros fundamentos para esta posición son desarrollados por Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), ch. 5.

privar a sus víctimas del control perceptivo y evaluativo de sus opciones, que es necesario para que exista la verdadera libertad.

Un ejemplo de esto es el típico fenómeno que se da en los casos de violencia doméstica, donde el abusador responde con celos a que su pareja se encuentre con otras personas.²³ En estos casos, el daño que se causa no se limita al hecho de que la libertad de la pareja de encontrarse con otras personas esté restringida, sino también al hecho de que ella no sea quien decide con quién tiene derecho a encontrarse y con quién no. El hecho de que el transgresor responda de forma irracional a la vida social de su pareja no sólo restringe sus opciones de interacción social; después de todo, existen personas que viven en zonas desoladas que sufren de la misma forma. También restringe el grado en que ella controla su vida social, o ésta responde a su persona y elecciones. Esto tiene un impacto tanto en las relaciones que no le está permitido tener como en aquellas que le está permitido tener.

Más aún, el impacto es fortalecido por el hecho de que las víctimas de violencia doméstica tienden a sobreestimar el grado de poder y control que los abusadores tienen sobre sus vidas; ven al abusador como omnipotente. Es muy común que las víctimas de violencia doméstica no puedan darse cuenta de que existen opciones para salir de la relación abusiva.²⁴ Indudablemente, esta percepción normalmente es acertada,²⁵ pero también se ha reportado una tendencia de víctimas que subestiman la libertad que realmente tienen. Entonces, es posible observar que el daño que se ocasiona mediante la violencia doméstica no se limita a que el abusador le deniegue opciones a su víctima, sino también a la denegación de la libertad de la víctima para reconocer y hacer uso de las opciones que posee.²⁶

Finalmente, las víctimas de violencia doméstica tienden a culparse a sí mismas por los actos de violencia llevados a cabo por el abusador y, como consecuencia de esa tendencia, las víctimas están desanimadas a buscar ayuda profesional.²⁷ Claramente, esta tendencia no implica una disminución de la libertad de la víctima en el sentido tradicional. Sin embargo, el hecho de que esta forma de evaluar la situación sea clara y trágicamente absurda es evidencia de que existe una disminución de la libertad en el sentido distinto que uso aquí. Quizás el sentirse culpable sea el resultado de una percepción errónea de la víctima que la lleva a creer que su relación con el abusador está bajo su control (el de la víctima), o de la desesperación de creer que en algún momento será así; de que ella tiene, o tendrá, dominio sobre lo que le va a suceder; de que ella está, o estará, en una relación de respeto mutuo y confianza. Pero lo absurdo que es sentirse culpable bajo estas circunstancias indica que no es cierto que haya una

²³ Ver R. E. Dobash, R. P. Dobash, K. Cavanagh and R. Lewis, *Research Evaluation of Programmes for Violent Men* (Edinburgh: Scottish Office Central Research Unit, 1996).

²⁴ Ver C. Hoyle and A. Sanders, 'Police Response to Domestic Violence: From Victim Choice to Victim Empowerment?' (2000) 40 *British Journal of Criminology* 14.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Ver Royal College of Psychiatrists, *Domestic Violence*, nota al pie 14.

²⁷ Ver Mirlees-Black, nota al pie 14, 40-1; Hoyle and Sanders, nota al pie 24.

falla en la percepción. Asimismo, indica que la capacidad de la víctima para evaluar la situación tiende a estar socavada por la violencia doméstica; pero esa capacidad es central para tener una vida completamente autónoma.²⁸

La literatura psicológico-social sobre violencia doméstica es central para que este reclamo sea plausible. La literatura psicológica aporta evidencia significativa, si no fundamental, de que las víctimas de violencia doméstica perciben que sus opciones están dominadas por su pareja abusiva, a tal punto que sienten que el abusador tiene control sobre sus opciones.²⁹ En algunos casos, se ha sugerido, esto crea una impresión en la mente de la víctima que le hace creer que aquello que parecía ser una opción en realidad no lo era. Si esto es así, entonces la habilidad de la víctima para evaluar y elegir ha sido socavada por el abusador. Una vez más, no es (o no solamente es) la posibilidad de elegir lo que el transgresor limita, sino más bien la el estado psicológico necesario para poder elegir. Entonces, paradójicamente, la víctima de la violencia doméstica parece culparse a sí misma por el abuso, y al mismo tiempo sobreestima el poder que el abusador tiene sobre ella.

Sin embargo, como fue sugerido antes, esto es insuficiente para marcar a la violencia doméstica como moralmente distinta. Ello, siendo que los efectos psicológicos mencionados pueden tener lugar en otros contextos sociales. Hay otras fuentes de autonomía e integridad que se encuentran amenazadas de forma similar. Por ejemplo, muchas personas pueden desarrollar autonomía e integridad en su lugar de trabajo. Tal desarrollo puede estar amenazado por intimidaciones en las oficinas. Muchas personas pueden considerar importante tener un hogar tranquilo. Sin embargo, esa situación puede ser socavada por vecinos ruidosos y abusivos. Esto podría sugerir que debería existir un tipo penal más general que incluya a todos los abusos repetidos en el tiempo.

¿Es esto una razón para criminalizar la creación de las experiencias que sufren las víctimas de los abusos, en lugar de tratar el daño ocasionado en el contexto de una relación “doméstica”? Existen motivos adicionales para no hacer esto. Es posible que los abusos fuera de una relación íntima resulten en la misma disminución de la autonomía que se da en los casos de abusos dentro de una relación íntima. Sin embargo, el contexto de una relación es distinto de otra manera, ya que en las relaciones a largo plazo, ya sea con parejas sexuales, o entre padres e hijos, se espera que haya intimidad y confianza, dos características que son centrales para desarrollar la autonomía y la integridad personal, pero que también son valiosas por sí mismas.

²⁸ Sobre la relación entre capacidad de evaluación, autonomía y responsabilidad, ver Tadros, nota al pie 21, ch. 2.

²⁹ Esta idea no tiene como intención reflejar el reclamo específico que hecho por Lenore Walker en *The Battered Woman* (New York: Harper Row, 1979) and *The Battered Woman Syndrome* (New York: Springer, 1984) de que tales mujeres sufren de “learned helplessness”. Los reclamos de Walker son discutidos en: ver R. Schopp, B. J. Sturgis y M. Sullivan, ‘Battered Woman Syndrome, Experts Testimony, and the Distinction between justification and excuse’ (1994) *University of Illinois Law Review* 45; D. L. Faigman y A. J. Wright, ‘The Battered Woman Syndrome in the Age of Science’ (1997) *39 Arizona Law Review* 67.

Esto no quiere decir que la autonomía y la integridad personal no puedan desarrollarse fuera de una relación íntima, o que otro tipo de relaciones no tengan la misma importancia o legitimidad en las vidas de algunas personas. Pero la confianza y la intimidad de las relaciones a largo plazo son centrales para desarrollar la autonomía y la integridad personal en muchas vidas. Al reconocer la importancia de este tipo de relaciones, el Estado no elimina otras posibilidades, sino que refleja una de las mayores fuentes de valor de nuestra sociedad.

La intimidad es valiosa en sí misma. Es un factor central para lograr relaciones profundas. La intimidad requiere confianza. La expectativa de confianza es, obviamente, socavada por el abuso. Asimismo, hay buenas razones para suponer que el abuso tiende a destruir la autoestima necesaria para que exista autonomía e integridad personal en la vida de una persona.

Por ello, si bien hay cierto mérito en la idea de que hay distintas maneras en las que la autonomía y la integridad personal son socavadas por abusos sistemáticos fuera del contexto de una relación íntima, también hay buenas razones para suponer que la violencia doméstica es distinta, tanto en su naturaleza como en sus consecuencias. No sólo se erosiona la libertad de la víctima en una forma particular, sino que esto se hace a través de la destrucción de la confianza, la cual es un valor principal en las relaciones íntimas.

El hecho de que las relaciones íntimas son, por lo general, centrales a la percepción que un individuo tiene de su identidad autónoma y de su valor, y el hecho de que esa percepción es a menudo socavada por la violencia doméstica, proveen buenas razones para decir que estos tipos de abusos merecen ser reconocidos como delitos particulares. El que tal disminución de la libertad (en el sentido que propone Pettit), a través de la destrucción de una relación que se supone está construida en base a la confianza, sea común en los casos de violencia doméstica constituye una buena razón para distinguir entre los casos de abuso doméstico y otros tipos de abusos.³⁰

Ahora bien, el argumento hasta aquí desarrollado puede dar lugar a una objeción habitual en las discusiones sobre el uso de evidencia psicológica de los efectos de la violencia doméstica en el contexto de una defensa criminal. En este contexto, ha existido cierta cuota de escepticismo acerca de si existe el síndrome de la mujer maltratada, y lo que implicaría si tal síndrome fuera apropiadamente identificado. Hasta aquí, el argumento no está dirigido a apoyar un diagnóstico de tal síndrome.

³⁰ Para un argumento de que los delitos criminales deberían implícitamente reflejar la disminución de aquello que es valioso en la vida humana, en el contexto de delito de violación, ver Lacey 'Unspeakable Subjects, Impossible Rights', nota al pie 10. Ver también mi análisis relacionado al tema en 'No Consent: A Historical Critique of the Actus Reus of Rape' (1999) 3 Edinburgh Law Review 317. Asimismo, esto no quiere decir, que el derecho penal debería estar involucrado siempre que exista una disminución de la intimidad. Vamos a ver por qué el valor de la intimidad puede ayudar a mostrar lo incorrecto de la violencia doméstica, más allá de esto.

Es posible que esta terminología cree una patología erróneamente en las víctimas de violencia doméstica y, en consecuencia, las estigmatice.³¹ Sin embargo, hay que tener cierta cautela al hacer esta afirmación. El hecho de que aquellas personas que sufren un abuso muestren cierta tendencia a interpretar y evaluar incorrectamente las circunstancias no debería considerarse como un estigma, particularmente dada la explicación de esa tendencia. El hecho de que la interpretación y evaluación incorrectas sean comunes en estos casos sugiere que son respuestas humanas a la violencia sistemática que se da en un contexto doméstico. Mientras que reconocer un síndrome no necesariamente sugiere lo contrario.³² Más aún, el escepticismo acerca de la utilización de términos médicos puede provenir, al menos parcialmente, de una tendencia de evaluar que tener cierto síndrome, y cualquier falta de capacidad que surja de tal síndrome, es un estigma en sí mismo.³³ Dicho esto, indudablemente existen algunas fallas en la metodología y el marco conceptual que Lenore Walker utilizó cuando desarrolló el concepto del síndrome de la mujer maltratada, críticas que han sido expuestas en la literatura.³⁴ Esas críticas proponen una revisión sustancial de la forma en la que se entiende al síndrome de la mujer maltratada o, posiblemente, el abandono de este concepto. Sin embargo, muchas de estas críticas fueron específicamente dirigidas al uso del síndrome de la mujer maltratada como evidencia para apoyar la defensa de mujeres maltratadas que matan a su pareja abusiva, lo cual no nos concierne aquí. El hecho de que las mujeres maltratadas fallan en evaluar efectivamente las opciones disponibles, sobreestima el poder que su pareja tiene sobre ellas y se culpan a sí mismas por la violencia que sufren, no ha sido demostrado como falso, y está apoyado por estudios psicológicos y sociales. Si estos fenómenos son suficientes para conceder la existencia de un síndrome, eso es otra cuestión, fuera del alcance de este capítulo.

Los principios de la definición

Hasta aquí he sugerido dos características que distinguen a la violencia doméstica: el contexto de una relación íntima y su sistematicidad. Además, he argumentado que los efectos psicológico-sociales de la violencia doméstica tienden a disminuir la libertad de la víctima de manera característica. En esta sección, consideraré una objeción al argumento de crear un tipo penal distinto para los actos de violencia doméstica. En principio, nadie puede negar que haya casos de violencia

³¹ El reclamo es muy común, tan común que se convierte en casi casual: ver, por ejemplo, A. M. Coughlin, 'Excusing Women' (1994) 82 California Law Review 1; J. Dressler, 'Battered Women Who Kill Their Sleeping Tormenters', en S. Shute y A. P. Simester (eds), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

³² Para un punto similar, ver J. Horder 'Killing the Passive Abuser: A Theoretical Defence' en Shute y Simester, nota al pie 31.

³³ Ver Tadros, nota al pie 21, ch. 5 para una discusión más amplia sobre la relación entre falta de capacidad y estigma.

³⁴ Ver nota al pie 29.

doméstica en donde efectivamente se dan las consecuencias negativas que he descrito anteriormente. No obstante, también puede haber casos en donde no se den estas consecuencias. Al identificar conductas delictivas, sin embargo, deberíamos individualizar aquello que hace *intrínsecamente* mala a esa conducta. En otras palabras, no podría justificarse la creación de un nuevo tipo penal para aquellas conductas delictivas que sólo *tiendan* a tener ciertos efectos negativos particulares. Contra esta postura, argumentaré que un elemento puede constituir la definición de una conducta delictiva sin necesariamente estar presente en todos los casos en donde sucede ese delito. Es decir, el hecho de que haya casos de violencia doméstica en donde no se socava la libertad e integridad de la manera en que he sugerido no implica que la erosión de la libertad e integridad no sean centrales en la identificación del delito.

Aquél que realiza un acto de violencia doméstica, normalmente, estará cometiendo algún delito ya tipificado. Por lo tanto, ¿por qué crear un nuevo tipo penal para estos casos? Una razón que habitualmente se ofrece para justificar las distinciones entre violaciones a la ley penal surge de la doctrina del “fair labelling”. Cuando el acusado es condenado por un crimen, no sólo se lo está etiquetando como un criminal en un sentido general, sino que también se lo está etiquetando en relación a un delito en particular. Por consiguiente, es importante que su conducta sea etiquetada de la manera apropiada, y la mejor manera de hacerlo es diferenciando adecuadamente los distintos tipos penales.

Una manera de pensar sobre los principios que gobiernan la definición y clasificación de los delitos tiene que ver con la diferenciación entre incorrecciones. Las incorrecciones pueden diferir entre sí por su grado o por su clase. Por ejemplo, robar \$100 difiere sólo en grado de robar \$10, pero robar \$100 es una clase distinta de delito que golpear a alguien en la cara. La parte especial del derecho penal, puede argumentarse, debe tratar las diferencias que hay entre las distintas clases de delitos. Ergo, la doctrina del “fair labelling” requiere que la definición de un delito comunique también sobre la clase de delito, no meramente sobre el grado. Considerando esto, entonces, para justificar la creación de un tipo penal distinto para los hechos de violencia doméstica, debe mostrarse que la violencia doméstica es distinta a otros delitos también por su clase, no sólo por su grado.

Ante esto, debo aclarar que considero apropiado que la ley penal distinga delitos no sólo por clase, sino también por grado. Como dice Andrew Ashworth, la doctrina del “fair labelling” requiere “que los delitos sean subdivididos y etiquetados para representar de manera justa la naturaleza y *magnitud* de la violación de la ley”.³⁵ Por lo tanto, puede haber delitos que constituyan justificadamente tipos penales distintos por diferencias en su magnitud, no en su naturaleza. Por ejemplo, puede haber buenas razones para distinguir el delito de robo sobre la base del valor de lo robado, estableciendo tipos distintos para robos de pequeños valores y robos de grandes valores.ⁱⁱⁱ Por lo tanto, aún si la violencia doméstica fuera meramente un *asalto multiplicado*, esto por sí mismo no implicaría que, siguiendo el “fair labelling”, no deba

³⁵ A. J. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (4^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2003), 89-90 (énfasis agregado).

crearse un tipo distinto. Sin embargo, si la violencia doméstica es incorrecta de manera distinta por su naturaleza, habría aún más fundamentos para justificar la creación de un nuevo tipo penal.

¿Cómo podemos identificar distintas clases de delitos? Ya he identificado dos características que diferencian a la violencia doméstica de otras clases de conductas delictivas: que sucede en el contexto de una relación íntima y que es sistemática. Pero el mero hecho de identificar ciertas características distintivas no es suficiente para analizarlo como una clase diferente de incorrección. En efecto, podríamos distinguir los asaltos contra las personas de ojos azules de los asaltos contra las demás personas, pero entre estos dos asaltos no habría diferencia en la clase de incorrección perpetuada. Las incorrecciones deben distinguirse sobre la base de características relevantes.

Las características distintivas que son relevantes son las características *morales*. Puede haber distinciones entre delitos que sean consideradas relevantes socialmente, pero no sean relevantes moralmente. También puede darse que la sociedad no reconozca una diferencia que sea relevante moralmente. Un argumento en contra de esta última afirmación puede ser que las democracias liberales deben reflejar en sus políticas los valores y visiones de su ciudadanía. No obstante, las democracias liberales también deben proteger a las minorías y a aquellos que no tienen los medios para hacerse escuchar. El hecho de que los estados tengan la responsabilidad de proteger a los vulnerables y a las minorías puede ser una razón para criminalizar conductas agraviantes contra esos grupos, aun cuando ni siquiera las víctimas reconozcan la naturaleza de esa incorrección.³⁶

La violencia doméstica siempre ha sido considerada como una clase de violencia distinta, pero por las razones incorrectas. Se la ha tratado como menos seria, o incluso como una forma de violencia justificada o excusada. Podría argumentarse que la respuesta apropiada a esta realidad es que se hace para fomentar a (sacaría el “a”) que el sistema judicial trate a los culpables de violencia doméstica de la misma manera en que trata a los culpables de otras clases de delitos violentos, sin que sea necesario un nuevo tipo penal. Ante este argumento, podría objetarse que, cuando analizamos la relevancia moral de una característica de un delito, no debemos ignorar los factores históricos y sociales que lo rodean. Al menos en este aspecto, Nicola Lacey tiene razón al decir que la teoría académica del derecho penal debe estar conectada con la teoría académica de la justicia criminal y la historia social.³⁷ El mero hecho de que la violencia doméstica haya sido tratada con menos seriedad que otros delitos violentos puede ser razón suficiente para justificar la creación de un nuevo tipo penal para encuadrarla. Hay al menos tres razones para que esto sea así.

³⁶ Por ello es errónea la afirmación de Ashworth respecto de la necesidad de que las diferencias entre tipos penales refleje las visiones “ampliamente compartidas”: *Principles of Criminal Law*, nota al pie 35, 89.

³⁷ Ver N. Lacey, “In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and the Social Sciences in Criminal Law Theory” (2001) 64 *Modern Law Review* 350. He sugerido razones para calificar a esta sugerencia en el contexto de escritos teóricos sobre la parte general en “The System of the Criminal Law” (2002) 22 *Legal Studies* 448.

En primer lugar, la creación de un tipo penal distinto podría ser una forma de incitar a que se trate a quienes cometen delitos de violencia doméstica de la misma forma en que se trata a quienes cometen otros delitos de violencia. La creación de un tipo penal, apropiadamente publicitado y perseguido, podría fomentar a que los funcionarios del sistema penal que consideran que el delito de violencia doméstica es “menos serio” reevalúen esta creencia, o al menos cambien su comportamiento hacia ella.

En segundo lugar, la creación de un tipo penal particular serviría como mensaje para las víctimas y para quienes realizan actos de violencia doméstica de que esta clase de delitos deben ser considerados seriamente, y que deben ser sujetos a una apropiada condena. Puede que haya una tendencia entre abusadores y víctimas de ver a la violencia doméstica como si estuviera fuera de la esfera del derecho penal,³⁸ y la creación de un tipo específico puede ayudar a cambiar estas creencias.

En tercer lugar, la creación de un tipo penal podría servir para que el Estado reconozca las fallas que ha tenido el sistema jurídico para combatir la violencia doméstica. La creación de un nuevo tipo penal, con una apropiada publicidad, sería una manera de expresar el hecho de que el Estado ya no tolera la violencia doméstica, mientras que no hacer nada podría indicar que el Estado acepta el status quo. Por supuesto, la creación de un tipo penal específico no es la única manera en que esto se puede lograr. Cambiar la legislación que concierne a los arrestos y las persecuciones penales de estos delitos puede ser otra manera de lograr el mismo objetivo.

Ergo, aún si no hay una diferencia significativa entre la violencia doméstica y otros tipos de violencia delictiva, podría crearse un tipo penal distinto simplemente para señalar el hecho de que la violencia doméstica no ha sido apropiadamente tratada por el sistema judicial en el pasado. La investigación histórico-social sobre la violencia doméstica es importante, entonces, para apoyar el argumento de que se debe crear un tipo específico. Investigaciones en esta área han mostrado cuán común es la violencia doméstica y lo inadecuada que ha sido la respuesta del sistema de justicia penal ante estos abusos.

Estos argumentos, sin embargo, sólo complementan el argumento principal que estoy defendiendo en este artículo: que la violencia doméstica es lo suficientemente distinta a otros delitos como para justificar su penalización de forma independiente. Hasta aquí he desarrollado este argumento utilizando evidencia empírica sobre los efectos psicológico-sociales que tiende a generar la violencia doméstica, y he sugerido que estos efectos disminuyen la libertad de la víctima de una forma particular. Lo que sostengo no es sólo que las opciones de la víctima se reducen, sino que también se reduce el control sobre esas opciones y su habilidad de apreciarlas y evaluarlas. Más aun, he argumentado que esta disminución es especialmente significativa cuando ocurre en el contexto de una relación íntima. Ahora consideraré una objeción compleja al argumento de crear un tipo penal específico sobre esta base. La objeción concierne

³⁸ Ver específicamente Black, nota al pie 27, cap. 7. Su investigación sugiere que sólo el 17% de las víctimas de violencia doméstica consideran que han sido víctimas de un crimen.

tanto el uso de la investigación psicológico-social, como al argumento que concierne a la naturaleza intrínseca de los delitos.

Suele alegarse que la experiencia de quienes sufren un delito nos dice relativamente poco sobre la naturaleza de ese delito. Por ejemplo, en el contexto del delito de violación, John Gardner y Stephen Shute señalan adecuadamente que el hecho de que un evento sea experimentado como una violación no implica que sea en efecto una violación. Además, la violación es una clase particular de delito porque habrá violación si la víctima *es* violada, y no por lo que *experimenta* en esa situación. Después de todo, puede ser que algunas acciones sean vistas como violaciones pero no sean violaciones, mientras que otras violaciones pasen desapercibidas. Que la violación ocurra es distinto de la experiencia de esa violación. Esto se ve reflejado por el hecho de que una persona puede ser violada sin saberlo, como ocurre al estar inconsciente bajo efecto de drogas.³⁹

Esto podría sugerir que, para decidir si debe o no haber un tipo específico para la violencia doméstica, debemos ignorar el efecto que tiene esta conducta sobre las víctimas. Esto, podría entenderse, es una consecuencia del hecho de que las víctimas sistemáticamente reaccionan más o menos de lo debido a la violencia doméstica. Como resultado, la naturaleza del delito no puede entenderse *simplemente* investigando los efectos de la violencia doméstica.

No obstante, no debemos apresurarnos en descartar el valor de la investigación empírica sobre la experiencia de las víctimas de violencia doméstica. Debemos distinguir la evaluación que hacen las víctimas de sus circunstancias de los efectos psicológicos de esas circunstancias sobre las víctimas. Generalizando del argumento de Gardner y Shute, el hecho de que las víctimas consideren una conducta delictiva como distintiva y significativa no nos puede llevar directamente a considerarla como tal. Las víctimas no tienen autoridad especial para evaluar los delitos. Podría ocurrir que las víctimas estén sistemáticamente equivocadas, como la sociedad occidental estuvo sistemáticamente equivocada al pensar que el matrimonio interracial estaba mal.

Sin embargo, que haya cierta reacción particular en común entre las víctimas de cierto tipo de comportamiento al menos nos indica que cierta clase de delito ha sido cometido, aún si la reacción no es suficiente para concluir que ese delito tiene características distintivas. En este contexto, el hecho de que sea común entre las víctimas de violencia doméstica experimentar una disminución en su libertad, no sólo a través de las consecuencias prácticas de la violencia, sino también por la erosión psicológica, debería llevarnos a considerar si el delito de violencia doméstica constituye una clase especial de ataque contra la libertad de la víctima, como he estado argumentando.

No obstante, esto da lugar a una nueva objeción. Puede argüirse que a pesar de que la violencia doméstica *tiende* a tener ciertas consecuencias psicológicas, no necesariamente las tendrá. Si sólo identificamos las consecuencias que una conducta

³⁹ J. Gardner y S. Shute, "The Wrongness of Rape" en J. Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (4ª serie, Oxford: Oxford University Press, 2000).

tiende a tener, no identificamos ninguna característica intrínseca de esa conducta que nos pueda ayudar a categorizarla como una incorrección particular.

Una vez más, comparemos el argumento de Gardner y Shute sobre violación. La particularidad del delito de violación se identifica, según Gardner y Shute, si uno puede observar esa conducta delictiva aún en ausencia de cualquiera de las consecuencias dañosas de la conducta. Por ende, argumentan que el caso “puro” de violación es aquél que está “completamente despojado de epifenómenos que distraigan”, como la reacción psicológica de la víctima.⁴⁰ El caso puro sería entonces cuando la violación no fuera percibida por la víctima, por ejemplo porque estuvo inconsciente durante el episodio y nunca lo descubrió. Daños como el trauma psicológico de las víctimas sólo pueden juzgarse como racionales o entendibles si se los considera como una reacción al delito de violación. “Si no hay nada malo con ser violado más allá del hecho de que uno se siente mal después, entonces uno no está justificado en sentirse mal”,⁴¹ argumentan.

Similarmente, podríamos intentar identificar qué está mal con la violencia doméstica en ausencia del trauma psicológico sufrido por las víctimas. Tal vez pueda afirmarse que el caso “puro” de violencia doméstica es aquél en el que la víctima no sufre un trauma por el abuso, es decir, donde no sufre el tipo de reacción psicológica común de estos casos. No obstante, considero que esto sería un error. El hecho de que pueda haber casos sin consecuencias traumáticas no implica que el trauma psicológico no sea central al definir el delito de violencia doméstica. En otras palabras, el hecho de que haya casos de violencia doméstica sin consecuencias de trauma psicológico no hacen al trauma psicológico meramente accesorio al delito de violencia doméstica, así como el hecho de que haya elefantes sin trompa no hace a las trompas meramente accesorias a los elefantes de la manera en que la suciedad es accesorio a ellos.

Esta idea se refleja en la naturaleza de los conceptos en general. Una familia de casos particulares puede agruparse bajo un paraguas conceptual con características que se superponen entre los distintos casos, pero sin que haya ninguna característica que esté presente en todos los casos y a la vez sea suficientemente distintiva para definir el ámbito del concepto. El mismo argumento es aplicable al distinguir entre delitos. El hecho de que no haya una serie de condiciones necesarias y suficientes que definan al delito no es necesariamente una objeción a la creación de un tipo penal distinto para esos casos. Un tipo penal puede reflejar adecuadamente valores (o vicios) superpuestos, pero puede ser que dos conductas que entran en la órbita del tipo no compartan las características salientes y distintivas que hacen incorrecta a esa conducta.⁴² Por ejemplo, no es necesariamente problemático incluir en el tipo de homicidio culposo tanto a los intencionales en respuesta a una provocación como a aquellos producidos por negligencia, aun si ambos homicidios son muy distintos en lo que hace a su incorrección.

⁴⁰ “The Wrongness of Rape”, 197.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Véase particularmente la interpretación de Wittgenstein que hace Stephen Mulhall en *Inheritance and Originality: Wittgenstein, Heidegger, Kierkegaard* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 84-7. En el contexto del derecho penal el mismo argumento es desarrollado en “Protecting the Vulnerable: Legality, Harm and Theft” (2003) de A. L. Bogg y J. Stanton-Ife, 23 *Legal Studies* 402.

Que el homicidio sea intencional (aunque en respuesta a una provocación) es constitutivo de la incorrección en la conducta del acusado, a pesar de que la intención de matar no es necesaria para que haya un homicidio culposo.

O bien puede ser que haya un caso paradigmático del tipo, donde una conducta que es suficientemente parecida al delito sea también merecedora de una condena por aquél, aún si faltara un elemento significativo del caso paradigmático. Por ejemplo, puede ser que el caso paradigmático del delito de asalto incluya el daño físico, aún cuando la presencia de daño psicológico, o la amenaza de éste, sea suficiente en algunos casos donde no haya daño físico para condenar por asalto. Una vez más, en el caso paradigmático, el daño físico es constitutivo del carácter delictivo de la conducta del acusado, aún cuando no sea una condición necesaria para condenar a alguien por el tipo penal de asalto. Esto no quiere decir que el análisis particular de Gardner y Shute sobre la violación esté mal, a pesar de que creo que la presencia de trauma psicológico es paradigmática del delito de violación. Lo que es claro es que la idea de casos puros no es un método con el cual pueda investigarse la naturaleza de los delitos de manera general.

Finalmente, puede objetarse que si el daño que se genera por la violencia doméstica es la disminución de la libertad de la manera particular que he sugerido, la presencia de esta circunstancia debería ser condición necesaria para una condena por el nuevo tipo penal. La fiscalía, podría argumentarse, debería entonces mostrar no sólo que hay una relación íntima entre el acusado y la víctima y un abuso sistemático en la relación, sino también que la libertad de la víctima fue socavada de la manera que he sugerido.

Sin embargo, considero que no debería exigirse esto a la fiscalía. En primer lugar, debe notarse que muchos otros tipos penales están laxamente asociados con el daño que intentan prevenir. Por ejemplo, el artículo 19 del Acta de Armas de Fuego de 1968 hace delictivo el llevar un arma de fuego con municiones en un lugar público, sin autorización o justificación razonable. Obviamente la razón principal por la cual fue creado el delito es para evitar el potencial uso del arma, y no su mera posesión. El hecho que las armas maten y lesionen es razón para justificar el delito de posesión, pero la posesión *per se* no mata ni lesiona. Sin embargo, eso no es una objeción a la definición del delito. El hecho de que los delitos de posesión no siempre generen el daño que pretenden evitar no significa que la posesión no deba ser criminalizada.⁴³ Una lectura muy estricta del principio del daño puede llevar a algunos a concluir que los delitos de posesión son contrarios a aquél principio. Asumiendo que el principio del daño es un principio adecuado del derecho penal, no es difícil proveer un argumento a favor de que los delitos de posesión ayuden a prevenir el daño: consideremos incluso el daño psicológico que se generaría si todos supieran que la posesión de armas de fuego con municiones en espacio público estuviera permitida.⁴⁴

⁴³ Ver D. Husak, "The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offences" (1995) 37 *Arizona Law Review* 151.

⁴⁴ Esto no quiere decir que los delitos de posesión no se han extendido de forma demasiado amplia: a los efectos de esta discusión, ver M. D. Dubber, "The Posesión Paradigm: The Special Part and the Police

O, sino, consideren el artículo 28 del Acta de Ofensas en contra de la Personas de 1861, que criminaliza el quemar, lisiar, desfigurar, incapacitar o hacer grave daño físico a una persona. Consideremos sólo la desfiguración, por el momento. Hay buenas razones para creer que desfigurar a alguien es malo de un modo particular. Pero la desfiguración está significativamente mal por el valor particular que las personas generalmente le otorgan a la apariencia física. Ahora bien, si hay casos de desfiguración que no causan angustia, por ejemplo porque a la víctima le gusta cómo se ven sus cicatrices, claramente esa no es una razón para absolver al agresor de la conducta.

Similarmente en este caso, que haya instancias de violencia doméstica que no acarrearán una disminución de la libertad de la forma en la que he sugerido, no le otorga a quienes realizan ese tipo de abusos un derecho a ser absueltos. La disminución de la libertad es central en el delito, y la tendencia natural de producir esa disminución es suficiente para justificar una condena. El acusado ha perpetrado una conducta que generalmente conlleva a una disminución en la libertad. De hecho, ese tipo de efecto es paradigmático de la violencia doméstica. Que esa disminución en efecto no ocurra en el caso concreto no impide que el acusado sea responsable por el mismo delito por el que se responsabiliza otros, donde las conductas evaluadas acarrearán las consecuencias dañosas relevantes.⁴⁵

4. Conclusiones

La respuesta del sistema de justicia penal a los casos de violencia doméstica siempre ha sido considerada problemática, y por buenas razones. Ciertas iniciativas desarrolladas para lidiar con el problema, como programas de entrenamiento para oficiales de policía, muestran que puede progresarse en esta área. Crear un tipo penal específico para los casos de violencia doméstica puede realizar un pequeño aporte para mejorar la situación levemente. Asegurar que la ley penal exprese una categorización apropiada para cada delito es importante en sí mismo, y otras decisiones, como las de la policía, los fiscales y los jueces, reflejan la categorización de delitos de una manera u otra. Sin embargo, cambios en la categorización de delitos, aún cambios radicales, pueden no tener un gran impacto en la cantidad de casos de violencia doméstica que traten la policía, las tasas de persecución, las tasas de condena o judicialización.⁴⁶

Power Model of the Criminal Process”, en este volumen. Además, se debe considerar la presunción de inocencia, un principio que es violado al menos algunas veces por los delitos de posesión. Ver V. Tadros y S. Tierney, “The Presumption of Innocence and the Human Rights Act” (2004) *67 Modern Law Review* 402

⁴⁵ Nada de esto debe dar a entender que estoy a favor de una versión estricta del principio de correspondencia. Las consecuencias de las acciones que uno realiza son generalmente relevantes como para atribuir responsabilidad. Ver Tadros, nota al pie 21, cap. 3 para ver un argumento de por qué esto es así.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, el análisis formal de la reforma radical de la ley de delitos sexuales en J. Temkin, “Rape and the Legal Process” (2ª edición., Oxford: Oxford University Press, 2002): “las reformas radicales no influenciaron lo suficiente las actitudes y prácticas de aquellos que administran el derecho, desde oficiales de policía hasta juristas” (en 186).

No obstante, aún si el impacto de la creación de un nuevo tipo penal en la vida de las víctimas de violencia doméstica es sólo modesto, esto no es razón para decir que el nuevo tipo penal no deba ser creado. Además de las razones prácticas, también existen lo que podemos llamar razones “simbólicas” para crear el nuevo tipo penal. Al crear un nuevo tipo, si se hace de la manera apropiada, el Estado reconoce la seriedad del problema y su histórico fracaso al tratar de lidiar con él.

Sin embargo, podemos especular sobre una o dos maneras en las cuales la creación de un nuevo tipo penal puede tener un impacto práctico, además del simbólico. En primer lugar, nada de lo que he sostenido en este artículo debe entenderse como una razón para no utilizar otros medios, dentro o fuera del proceso penal. Claramente, si otros métodos para combatir el problema de la violencia doméstica son efectivos para reducir la frecuencia con la que se cometen estos actos, hay buenas razones para usarlos. Estos métodos pueden incluir tanto el uso de tipos penales existentes, como el uso de instituciones fuera del proceso penal. Obviamente, cualquier nuevo delito debería ser complementario de los delitos ya existentes, y no un reemplazo de ellos. La existencia de un nuevo tipo no obsta a que la persecución penal utilice tipos existentes.⁴⁷ Un nuevo tipo penal para la violencia doméstica es una nueva herramienta para el sistema de justicia penal, y puede también complementar la respuesta social a la violencia doméstica fuera del sistema.

A pesar de lo antedicho, la efectividad para combatir directamente un crimen no es la única razón de ser de la justicia penal. El derecho penal tiene también el poder de expresar el repudio público contra cierta conducta, y estigmatizar a aquéllos que la realizan. Si se combatiera a la violencia doméstica fuera del ámbito de la justicia penal, probablemente se reforzaría la percepción de que se trata de un tipo de delito menos “serio” que otros, cuando lo que he argumentado aquí es que la violencia doméstica es usualmente muy seria, y lo es de una manera distinta a otras clases de delitos de violencia contra la persona.

Sobre esta base consideraré cierta evidencia que puede llevarnos a concluir que la creación de un tipo específico puede tener un impacto positivo, aunque sea pequeño, en la cantidad de condenas por violencia doméstica. Superficialmente, parecería que hay una razón para tener pocas esperanzas en un tipo penal que apunta a un patrón de conducta. El argumento es el siguiente: lograr una condena para cada acto de violencia particular en el marco de la violencia doméstica es usualmente difícil. Especialmente, esto es porque, en muchos casos, las víctimas se niegan a atestiguar.⁴⁸ Ergo, probar una conducta repetida en el tiempo probablemente será mucho más difícil. Por lo tanto, sigue el argumento, un nuevo tipo penal difícilmente sea útil para los fiscales.

⁴⁷ Esto lidia con los problemas mencionados por el gobierno del Reino Unido en *Safety and Justice* nota al pie 3.

⁴⁸ Ordenar la persecución penal aun en contra de los deseos de la víctima puede llegar a tener cierto impacto en la reincidencia. Ver Coker, nota al pie 17. Algunos argumentan que ordenar la persecución en tales circunstancias es problemático: la víctima no sólo se convierte en víctima de su pareja, sino que también se convierte en una víctima del Estado. Sin embargo, si la violencia doméstica disminuye la libertad del modo en que he sugerido, satisfacer meramente los deseos de la víctima sería una forma muy burda de respetar la autonomía de su voluntad.

Contra esto, argumento que hay casos en donde será *más fácil* para los fiscales probar una conducta de violencia repetida en el tiempo contra la víctima en comparación con lo que sería probar un incidente en particular. Consideren una víctima que ha sido tratada en el hospital siete veces en el último año por distintos golpes. Cada vez que se le preguntó cuál fue la causa del golpe dijo que había sido un accidente. Hay testimonios de los vecinos afirmando que a veces hay peleas agresivas, pero no otra evidencia de violencia. La víctima se niega a atestiguar. Ahora, sería difícil probar más allá de toda duda razonable que cualquiera de esos siete golpes en particular fue causado por un ataque violento de la pareja de la víctima. En cada caso considerado individualmente puede ser posible que el golpe haya sido causado por un accidente, como dice la víctima. No obstante, a pesar de lo anterior, podría probarse más allá de toda duda razonable que más de uno de los incidentes fue causado por el actuar violento de la pareja de la víctima. Cuando hay siete casos de golpes, puede que no haya una posibilidad razonable de que seis de ellos sean el resultado de un accidente, aun si hay una duda razonable sobre la causa de cada uno de los siete analizados individualmente.

Ahora, para condenar al acusado por su actuar violento, usualmente debería probarse que un incidente en particular fue un asalto. Al menos en la ley escocesa,⁴⁹ se requiere para cualquier condena que el día, la hora y las circunstancias de su comisión puedan ser identificados. Aunque hay cierta flexibilidad con respecto a cómo lograr esto, no hay casos de condena en donde la fiscalía no haya probado más allá de toda duda razonable las circunstancias de la acción delictiva. Sin embargo, para probar que un acusado ha incurrido en una conducta de violencia doméstica repetida en el tiempo contra la víctima, puede no ser necesario que se pruebe más allá de toda duda razonable cuáles de los incidentes fueron asaltos, y no accidentes. Entonces, aún en los casos en donde la víctima se rehúse a testificar, puede haber suficiente evidencia para condenar al acusado por el delito de violencia doméstica, caracterizado por una conducta repetida en el tiempo, aún cuando no hay evidencia suficiente para condenarlo por ningún acto de violencia en particular.

Por supuesto, el problema probatorio sería aún más simple si la condena por asalto pudiera lograrse sin probar qué evento constituyó el asalto. No obstante, puede ser problemático lidiar con el problema probatorio de esta manera. Si no hubiera suficiente evidencia como para probar más allá de toda duda razonable que cualquiera de los incidentes fue un asalto, sería una violación al principio de presunción de inocencia condenar al acusado por ese crimen.⁵⁰ Pero este argumento no aplica a la violencia doméstica. Para estos casos, la naturaleza del delito implica realizar una conducta sistemáticamente abusiva contra la víctima, y, con lo expuesto anteriormente, hay evidencia más allá de toda duda razonable sobre la existencia de esta conducta.⁵¹

⁴⁹ Para un debate, ver A. V. Sheenan y D. J. Dickson, *Criminal Procedure* (2ª ed, Londres: LexisNexis, 2003), 122-3.

⁵⁰ Para un análisis más exhaustivo sobre los problemas probatorios y sus soluciones para cuando se persigue un asalto, ver Ellison, nota al pie 5.

⁵¹ Para una explicación acerca de la relación entre la naturaleza de un delito penal y la presunción de inocencia, ver Tadros y Tierney, nota al pie 44.

En suma, identificar una incorrección distinta y particular no es la única buena razón para crear un nuevo tipo penal de violencia doméstica. Hay una gama más amplia de cuestiones que deben guiar la forma en la que se deben identificar y dividir los delitos penales. En primer lugar, no puede ignorarse el contexto social de una conducta en particular. El hecho de que una determinada conducta no haya sido apropiadamente reconocida, o que no sea apropiadamente reconocida hoy, puede constituir una razón para crear un nuevo tipo penal. Los Estados tienen el deber de proteger a las personas vulnerables, los que tienen menos posibilidad de ser escuchados, y las minorías, particularmente aquellos que han sufrido a lo largo de la historia. La falta de reconocimiento público del delito perpetrado, o de las consecuencias de ese delito, pueden, por lo tanto, ser una razón suficiente para penalizar.

Además, que una conducta en particular tenga por lo general una determinada consecuencia puede ser razón suficiente para penar ese tipo de conducta de manera específica, aún cuando no siempre esa clase de conducta acarree esas consecuencias. Este es el caso en la violencia doméstica. Puede ser que no todas las víctimas de violencia doméstica experimenten una reducción de libertad en la forma que he sugerido, pero el hecho de que sea una consecuencia razonablemente frecuente es suficiente para señalar a la violencia doméstica como suficientemente distinta para crear un tipo penal independiente del resto de los delitos. Y esas razones se mantienen aún si la pérdida de la libertad se manifiesta de otro modo.

Si lo antedicho es una buena razón para señalar a la violencia doméstica como lo suficientemente distinta como para justificar la creación un tipo penal independiente, entonces se debería pensar acerca de las consecuencias prácticas que esto pueda tener. He manifestado que no debemos ser demasiado optimistas acerca del impacto de la creación de un nuevo tipo penal sobre la reducción en la cantidad de abusos. Sin embargo, como he sugerido, hay buenas razones para creer que un nuevo tipo penal podría ayudar a superar algunos obstáculos probatorios que tienen que enfrentar los fiscales al lidiar con casos de violencia doméstica. El problema de la violencia doméstica, sin duda alguna, debe abordarse mediante una amplia serie de reformas en el sistema de justicia penal en su conjunto, e incluso más allá del derecho penal. Algunas de esas reformas están en camino y, al menos en cierto grado, han promovido respuestas más efectivas y adecuadas al problema de la violencia doméstica. Espero haber hecho lo suficiente para mostrar que la creación de un nuevo tipo penal puede cumplir un rol en esas reformas.

ⁱ Agradezco a todos los participantes del taller en Louisiana State University y a todos los editores por las críticas constructivas y consejos que resultaron en un desarrollo sustancial de este artículo y, espero, hayan contribuido a mejorarlo. En particular, me gustaría agradecer a Phil Bates, quien hizo comentarios en Louisiana. Agradezco también a Sharon Cowan y a Niki Lacey por sus profundos y expertos comentarios en una versión anterior a la final, y a Elaine Reid y Jaime McLean por ser asistentes en la investigación.

ⁱⁱ (N. del T). El tipo de asalto en el derecho penal de Estados Unidos implica un acto de violencia contra una persona.

ⁱⁱⁱ (N. del T). En el derecho penal de Estados Unidos hay tipos penales distintos para robos de valores inferiores a un estándar (*petty theft*) y robos de valores superiores a ese estándar (*grand theft*).