

Conceptualizando la violencia y la violencia física: un análisis comparado de las legislaciones de Perú y Chile*

Conceptualizing Violence and Physical Violence: A Comparative Analysis of the Legislations of Peru and Chile

JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ RUIZ**

Universidad Alberto Hurtado (Chile)

Resumen: Esta investigación busca contribuir a identificar los elementos centrales del fenómeno de la violencia a través de la conceptualización de la violencia física. De esta forma, al identificar los elementos del concepto de violencia física, también se identifican aquellos para una concepción más general de la violencia y sus diversas manifestaciones. Si bien parece intuitivamente autoevidente qué es aquello que constituye violencia física, hay varias ambigüedades que aparecen bajo un examen más detallado. Una simple pregunta puede ilustrarlo: ¿son todos los homicidios actos de violencia? Si bien un homicidio doloso causado mediante un disparo es un acto de violencia física, ¿lo es también una muerte causada en un accidente de tránsito? No hay una respuesta obvia a esta segunda pregunta. Para desarrollar una respuesta es necesario conceptualizar primero la violencia física, pero no hay investigaciones específicas que apunten a clarificar su significado. La investigación contribuye a llenar este vacío en la literatura, identificando elementos para conceptualizar qué es la violencia física a través de un análisis filosófico y comparativo, y concluyendo que dichos elementos, debidamente modificados y particularizados, pueden utilizarse para entender diferentes formas de violencia.

Palabras clave: Violencia física, violencia instrumental, derecho penal

Abstract: This research seeks to contribute to identifying the central elements of the phenomenon of violence by conceptualizing physical violence. In this way, by identifying the elements for the concept of physical violence, it also identifies the elements for a more general conception of violence and its various manifestations. While it seems intuitively obvious what constitutes physical violence, several ambiguities appear under a more detailed examination. A simple question can illustrate this: are all homicides acts of physical violence? While an intentional homicide caused by a gunshot is an act of violence, is it also a death caused in a traffic accident? There is no obvious answer to this second question. In order to develop an answer, it is necessary first to conceptualize physical violence, but there is no specific research that clarifies its meaning. The research contributes to fill this gap in the literature, identifying elements to conceptualize what physical violence

* Esta investigación se enmarca en el proyecto Fondecyt N° 11200513. Agradezco los comentarios y observaciones realizadas por Lidia Casas en el seminario *on-line* de la Universidad Alberto Hurtado.

** Profesor de Derecho Penal en la Universidad Alberto Hurtado (Chile) e investigador asociado VIODEMOS (ANID - Programa Iniciativa Científica Milenio - Instituto Milenio para la Investigación en Violencia y Democracia, VIODEMOS). Abogado, PhD por la Glasgow University (Escocia) y LLM por la Toronto University (Canadá).

Código ORCID: 0000-0001-7046-3420. Correo electrónico: jmfernandez@uahurtado.cl

is through philosophical and comparative analysis, concluding that these elements, duly modified and particularized, can be used to understand different forms of violence.

Key words: Physical violence, instrumental violence, criminal law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA VIOLENCIA DEL DERECHO PENAL Y EL ASPECTO NORMATIVO DE LA VIOLENCIA.- III. LOS CÓDIGOS PENALES DE PERÚ Y CHILE Y LA VIOLENCIA.- IV. EL DAÑO Y LA VIOLENCIA.- V. ACTOR Y VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA.- VI. LA INTENCIÓN Y LA VIOLENCIA.- VII. EL MEDIO Y LA VIOLENCIA.- VIII. APLICACIÓN DEL MODELO HÍBRIDO DE VIOLENCIA FÍSICA.- IX. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Esta es una investigación sobre el concepto de violencia física en particular y sobre la violencia en general. Su enfoque es filosófico-conceptual, para lo cual se recurre a la literatura anglosajona sobre la violencia. No se trata, en consecuencia, de un trabajo primariamente de dogmática penal. El objetivo es doble: por un lado, la investigación persigue contribuir a la identificación de elementos comunes a diferentes formas de violencia en general; por otro, y más específicamente, persigue conceptualizar el caso posiblemente más obvio de violencia, la violencia física. Ambos objetivos están conectados porque, a partir del examen de los elementos para conceptualizar la violencia física, se propone articular una base analítica que permita conceptualizar la violencia en general. La investigación, entonces, indaga en la violencia física para posibilitar la formulación de un modelo de violencia que, debidamente enriquecido y particularizado, pueda ser utilizado para investigar este fenómeno de manera más amplia y sus diversas manifestaciones desde distintas perspectivas metodológicas.

En la elaboración de este modelo se tendrá como referencia al derecho penal, pero, dado que se busca adoptar un enfoque amplio y filosófico, no todas las conclusiones serán aplicables a esta área del derecho. Después de todo, si bien buena parte de lo que se entiende por violencia está regulada jurídicamente, esta no puede reducirse al derecho vigente. Lo anterior no implica que la conceptualización de la violencia deba tener lugar independientemente del derecho penal. Por el contrario, ya que los casos centrales de violencia se encuentran criminalizados, ello exige una conceptualización que sea ajustada, en alguna medida, a los procesos de criminalización. Como se expondrá en la parte final, el concepto de violencia propuesto demuestra ser iluminador para la interpretación de los Códigos Penales de Perú y Chile.

Ni la literatura filosófica ni la jurídico-penal sobre la violencia se ha detenido a examinar con mayor detalle su caso prototípico, la

violencia física, asumiendo que conceptualizar esta forma de violencia no requiere de mayores precisiones. Considérese los delitos de lesiones corporales. Si bien parece no haber controversia en torno a que estos delitos son instancias de violencia física, no es completamente claro si todos estos delitos son violentos. En efecto, ¿son instancias de violencia los accidentes del tránsito? No se está considerando aquí delitos negligentes, sino accidentes propiamente tales; es decir, explicados en una secuencia fortuita de eventos. Ambos, el delito de lesiones corporales y los accidentes del tránsito, causan una disminución de la integridad corporal de la persona, ¿pero es plausible considerar ambas clases de eventos como instancias de violencia? Podría considerarse que lo relevante es solo la producción de daño corporal, pero si esto es correcto, entonces, por ejemplo, todo delito de envenenamiento sería violento (Harris, 1972, p. 215; Bufacchi, 2007, p. 19; Coady, 2008, p. 41; Vorobej, 2016, p. 34). Pero ¿es todo envenenamiento violento, incluso si se produce de forma accidental? Aquí aparecen diferencias evidentes, porque mientras en el primer caso hay una conducta humana, en el segundo no necesariamente la hay. Pero, además, es posible que el envenenamiento se produzca porque el sujeto quiere terminar con su vida de manera voluntaria. En todos estos casos hay un daño corporal, pero no parece que haya necesariamente violencia. Podría preguntarse, de modo más general: ¿es necesario el daño corporal? Considérese ahora los delitos de amenazas. Ciertamente son delitos graves, pero no es evidente si se trata de delitos violentos y, además, no causan daño corporal. Lo mismo ocurre con la fuerza contra objetos; es decir, tampoco parece inmediatamente claro si la fuerza empleada para destruir cosas, como una mesa, puede ser considerada como violencia.

Esta sumaria consideración de algunos delitos demuestra la necesidad de conceptualizar con mayor claridad qué es la violencia física y a ello se avoca esta investigación, la que se organiza en ocho secciones subsiguientes a esta introducción. Salvo las secciones última y penúltima, cada una de ellas introduce elementos relevantes para la formulación de un modelo para el estudio de la violencia, en general, y la violencia física, en particular. La segunda sección introduce el elemento de la normatividad. La tercera examina diversas formas de violencia contra las personas y las cosas, y distingue la violencia en sí misma de la violencia instrumental. La cuarta sección explora el daño que produce la violencia. La quinta identifica a los sujetos de la violencia, al actor y a la víctima. La sexta sección diferencia la intención de la negligencia. La séptima aborda la forma como se manifiesta la violencia. En la octava sección se aplica el modelo para analizar el delito de robo con violencia o intimidación. Y, por último, el noveno apartado presenta la conclusión del presente trabajo.

11

CONCEPTUALIZAN-
DO LA VIOLENCIA
Y LA VIOLENCIA
FÍSICA: UN ANÁL-
SIS COMPARADO
DE LAS LEGISLA-
CIONES DE PERÚ Y
CHILE

CONCEPTUA-
LIZING VIOLENCE
AND PHYSICAL
VIOLENCE: A COM-
PARATIVE ANALYSIS
OF THE LEGISLA-
TIONS OF PERU
AND CHILE

II. LA VIOLENCIA DEL DERECHO PENAL Y EL ASPECTO NORMATIVO DE LA VIOLENCIA

La literatura sobre la violencia es inabarcable y ha sido objeto de estudio por gran parte de las disciplinas tradicionales, como la psicología (Cuevas & Rennison, 2016), la sociología (Collins, 2008), la ciencia política (Coady, 2008), la historia (Edwards & Penn, 2020), la economía (North & Weingast, 2009), la filosofía (Vorobej, 2016; Bufacchi, 2007), la biología (Back, 2004; Raine, 2014) y el derecho (Sarat & Culvert, 2009). En esta primera sección se resalta un aspecto del derecho penal que es importante para conceptualizar la violencia en general.

No es controversial que el derecho penal implica cierta medida de violencia, porque la imposición coactiva de una pena en un recinto carcelario que priva, limita, y amenaza con limitar y privar derechos fundamentales es violenta. Tampoco es controversial que el derecho penal regula y criminaliza actos violentos, incluso si los criminaliza mal o incompletamente. Esta violencia parece estar en tensión con la finalidad del derecho penal. En efecto, con base en la teoría de la pena de Hegel podría argumentarse que el derecho penal no es una actividad prioritariamente violenta porque, en la medida que se trata de la imposición de una pena legítima, la violencia cede su significación a la realización de los requerimientos de la justicia. En este sentido, Alan Brudner (2009) considera que la imposición de una pena involucra el ejercicio de fuerza (p. 2), pero que no constituye una forma de «violencia incorrecta» (p. 3) cuando es comprendida por el sujeto que la sufre como autoimpuesta en virtud de su propia elección (de cometer el crimen). De manera similar, Gunther Jakobs (1998), si bien reconoce la violencia de la pena, concluye dando prioridad a su contenido comunicativo. Jakobs afirma que, en el caso de la pena, aunque puede ser vista por el individuo como violencia (p. 24)¹, el punto de vista de la sociedad es el decisivo y no el punto de vista individual, porque la pena no es interpretada como violencia por la comunidad política, sino como el restablecimiento de la vigencia de la norma (2007, p. 139). ¿Pero logra la legitimidad del castigo desplazar su violencia como parte fundamental de este tipo de práctica?

Un derecho penal no violento sería un sinsentido, sobre todo si se acepta que al menos una de las funciones del derecho penal consiste en desincentivar la futura ocurrencia de delitos mediante el anuncio de la irrogación de la violencia que representa la pena. A pesar de lo anterior, la concepción de la violencia legítima parece desplazar esta violencia sobre los cuerpos y las mentes a un segundo lugar. Después de todo, aparentemente se acepta que se trata de una práctica legítima al menos

¹ Es notable que la literatura penal, en general, no considere explícitamente la problemática relación del derecho penal con la violencia.

13

en los casos de los delitos más graves. No obstante, quizás se debería cuestionar que la significación de la violencia pueda ser desplazada si a dicha práctica de violencia se asocia un manto de permisibilidad². Es interesante considerar una pregunta: ¿es en los hechos cuestionada esta práctica de violencia? Si se entendiera como una práctica de violencia ilegítima, como la que ocurre en Myanmar³, probablemente esta sería criticada en medios y organismos internacionales, y quizás habría marchas o revueltas internas abogando por el cese de la violencia, como de hecho ocurre en ese país. Pero no hay revueltas a pesar de la violencia del castigo penal⁴, no hay marchas ciudadanas que aboguen por su término lo suficientemente masivas como para impedir la práctica, y tampoco hay informes de medios y organismos internacionales que proscriban generalizadamente la violencia de la pena.

Hay dos cuestiones importantes que subrayar aquí. Primero, aparece que el ejercicio de la violencia es algo fundamental para describir la práctica del castigo penal, pero esta referencia a lo que es violento es desplegada como un concepto intuitivo y autoevidente; en consecuencia, casi no parece necesario especificar qué es lo que hace a esa práctica violenta. En efecto, la discusión del castigo penal asume que este es violento sin detallar qué es lo que lo hace violento. En segundo lugar, se observa que algo inherente a la violencia, en general, y a la violencia física, en particular, es que puede ser legítima en algunos casos. Es decir, es importante reconocer que hay circunstancias que son capaces de justificar la violencia y, por ende, hay que distinguir la violencia justificada de la injustificada (Burgess-Jackson, 2003). Se aprecia, entonces, un primer elemento que está normalmente presente en la caracterización de la violencia, en general, y de la violencia física: la normatividad de la violencia (Vorobej, 2016, p. 5). Este elemento, si bien es importante para formular un modelo general de la violencia como fenómeno, no contribuye a especificar en qué consiste la violencia. En otras palabras, describir que una conducta X está justificada normativamente no dice todavía nada sobre las condiciones que debe reunir una conducta para ser una instancia de la clase del fenómeno «violencia». No obstante, la violencia supone una evaluación *prima facie* negativa, en el sentido de que debe ofrecerse algún tipo de justificación para concluir que se encuentra permitida. Esto es coincidente con cómo se regula la violencia en los códigos penales bajo examen porque, como veremos, en principio su ejercicio está prohibido penalmente.

CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA Y LA VIOLENCIA FÍSICA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES DE PERÚ Y CHILE

CONCEPTUALIZING VIOLENCE AND PHYSICAL VIOLENCE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGISLATIONS OF PERU AND CHILE

2 En este sentido, véase la aguda crítica de Alice Ristroph (2008, pp. 468-485).

3 Ver BBC News (2021).

4 Las manifestaciones en Chile para apoyar el indulto por ciertos delitos cometidos después del 18 de octubre de 2019 son ciertamente excepcionales.

Considérese ahora la práctica social fundamental que toma como referencia esta investigación para iniciar la formulación de un concepto de violencia física, en particular: la legislación penal de Perú y Chile sobre la violencia. El examen no es, desde luego, exhaustivo; sin embargo, considera un suficiente número de preceptos para el análisis. En una primera lectura, se observa que la regulación de la violencia en el sistema penal de Perú y Chile es fragmentaria; es decir, solo algunas de sus manifestaciones son consideradas (institucionalmente) suficientes para activar los mecanismos de la justicia penal. Se comenzará, entonces, con una mirada sucinta de aquellos casos en los que el legislador penal utiliza en el Código Penal de Perú (en adelante, CPP) y el Código Penal de Chile (en adelante, CPC) el término «violencia». La razón de esto radica en que la mirada propuesta sería segura para identificar casos que evidentemente lo son, porque si el CPP o el CPC sanciona su uso, debería esperarse que lo haga de manera consistente con como típicamente se identifican instancias de violencia física. En todo caso, se complementará esta comprensión con aquellos casos que son paradigmáticamente de violencia física, pero en los que la legislación utiliza expresiones similares. De esta mirada, se extrae lo siguiente:

1. El CPP y el CPC sancionan la violencia física considerada «en sí misma» cuando se utiliza contra las personas; es decir, sanciona el ejercicio de violencia independientemente de la finalidad que persiga la persona, aunque lo hace de diferentes maneras. En primer lugar, el CPP sanciona la utilización de la violencia para establecer que una determinada conducta es constitutiva de delito; por ejemplo, cuando la persona «a sabiendas, favorezca o promueva actos de explotación sexual violentos que produzcan lesiones o ponga en peligro grave la integridad o la vida de quien realice la prostitución» (art. 153 D, N° 5)⁵. De manera similar, el CPC sanciona, por ejemplo, a quien pone «manos violentas en el ministro religioso» (art. 140)⁶.

En segundo lugar, el CPP también usa el término «violencia» para agravar la responsabilidad en casos de violencia contra las personas, como cuando una persona comete un delito de daños «empleando violencia [...] contra las personas» (art. 206)⁷. Por su parte, el CPC sanciona el femicidio por razón de género si este se ha cometido «tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual» (art. 390 ter, N° 3)⁸. En tercer lugar,

5 Preceptos similares, entre otros, son los siguientes: artículos 118 y 151.

6 Preceptos similares, entre otros, son los siguientes: artículos 176 y 189-C.

7 Preceptos similares, entre otros, son los siguientes: artículos 140 y 392.

8 Preceptos similares, entre otros, son los siguientes: artículos 390 quáter, N° 4; y 456 bis, N° 4.

15

si bien ni el CPP ni el CPC utilizan el término «violencia», los supuestos tradicionales de lesiones corporales (CPP, arts. 121 y ss.; CPC, arts. 395 y ss.) y el homicidio (CPP, arts. 106 y ss.; CPC, art. 390) constituyen normalmente casos de violencia física contra las personas. En cuarto lugar, el CPP y el CPC no solo sancionan el uso considerado «en sí mismo» de violencia física. En efecto, también sancionan la violencia física considerada «instrumentalmente»; es decir, sanciona la violencia condicionada a que se ejerza sobre una persona para la consecución de una determinada finalidad. Así, mientras el CPP sanciona a la persona que, «mediante violencia o amenaza, obliga o impide a otro a integrar un sindicato» (art. 168); el CPC sanciona la violencia que se utiliza «para lograr la sublevación» (art. 128). Ambos códigos también sancionan un caso problemático de normal ocurrencia que examinaremos al final de este trabajo: el delito de robo con violencia o amenaza (CPP, art. 188; CPC, art. 436).

2. El CPP y el CPC también distinguen la violencia física ejercida contra las cosas considerada «en sí misma», aun cuando no se ejerce directamente contra las personas. Es decir, la sanción no está condicionada a que la persona experimente un daño en su persona desde el punto de vista de su integridad corporal. En primer lugar, se sanciona la utilización de la violencia física en las cosas, a menudo sin utilizar el término «violencia», pero sí otros similares, como «causar daño» o «destrucción». Así, el CPP sanciona a quien «daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno» (art. 205)⁹; y el CPC al «eclesiástico o empleado público que [...] destruya documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo» (art. 242)¹⁰. En segundo lugar, también se establece la sanción al uso «instrumental» de la violencia ejercida contra las cosas; es decir, el uso de la violencia ejercida sobre objetos para la consecución de una determinada finalidad. De esa manera, el CPP sanciona a quien, «con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble» (art. 202, N° 3), entendiendo que «La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes» (art. 203). El CPC, por su parte, sanciona el uso instrumental de la violencia en las cosas para ingresar a la morada ajena (art. 144, inc. 2).

De esta breve clasificación aparece que ambos códigos realizan una serie de distinciones comunes que pueden considerarse para conceptualizar la violencia, en general, y, asimismo, la violencia física. Se distingue entre

CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA Y LA VIOLENCIA FÍSICA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES DE PERÚ Y CHILE

CONCEPTUALIZING VIOLENCE AND PHYSICAL VIOLENCE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGISLATIONS OF PERU AND CHILE

9 Preceptos similares, entre otros, son los siguientes: artículos 228 y 277.

10 Preceptos similares, entre otros, son los siguientes: artículos 242 y 323.

la violencia considerada «en sí misma» y la violencia «instrumental». También se hace una distinción entre la violencia ejercida contra la persona y la violencia ejercida contra objetos. Es notable que, si se consideraran únicamente como violencia física aquellos casos en los que el legislador utiliza ese término y se pretendiera elaborar un concepto con base en ellos, quedarían fuera los delitos de lesiones, el homicidio y gran parte de los delitos de violación. La razón, naturalmente, es que al describir la conducta como constitutiva de delito, la legislación no utiliza la palabra «violencia». Esto sugiere que un método semántico exclusivamente focalizado en las instancias institucionales del uso del término «violencia» sería sobreexcluyente y, por ende, inapropiado. Cualquiera que sea el concepto de violencia física que se maneje, no podrían quedar excluidos los delitos de homicidio y lesiones corporales¹¹. Esto sugiere la necesidad de incorporar otros términos similares a la violencia o que implícitamente se refieran a ella, como hemos hecho recurriendo a las expresiones «daño» y «destrucción». No obstante, incluso esta estrategia sería demasiado estrecha porque dejaría fuera otros casos que, posiblemente, puedan entenderse como instancias tipificadas de violencia, por ejemplo, el robo con amenaza (CPP, art. 188) o intimidación (CPC art. 436).

Si se acepta la inclusión de todos estos delitos, entonces se acepta una progresiva ampliación de la violencia: desde la violencia contra las personas hacia las cosas, desde la violencia en sí misma hacia la violencia instrumental. Y, si se acepta dicha progresión, el problema podría ser adoptar una conceptualización sobreincluyente de la violencia, específicamente si el concepto a elaborar es el de violencia física. Observado el fenómeno desde la perspectiva de la violencia física, no es evidentemente claro si todos los delitos considerados con anterioridad son de esta clase, ni si la intimidación puede considerarse como una de sus instancias. ¿Son todos los robos con amenaza/intimidación actos de violencia física? Lo mismo ocurre con el homicidio: ¿son todos los homicidios el efecto de actos de violencia y, en consecuencia, clasificables como instancias de violencia física? Considérese algunos ejemplos.

Primero, X1 apunta su pistola descargada amenazando a la víctima Y1 para que le entregue el dinero que porta en su pantalón. Segundo, el familiar X2 ve que su madre Y2 lleva cinco años inconsciente en una cama de un hospital que la mantiene con vida. X2 decide que esta forma de vida es una tortura y, para darle paz, desconecta la máquina que la mantiene con vida. ¿Se trata de un robo y un homicidio de carácter violento? Posiblemente podrían considerarse como instancias de violencia en general, pero no parece inmediatamente plausible que se

¹¹ No obstante, alguna literatura excluye estos casos de consideración, como Sánchez (1999, pp. 103-110).

trate de casos de violencia física. Esto sugiere que no todo delito de robo y homicidio es necesariamente constitutivo de violencia física, y aquello podría generalizarse a los otros delitos considerados previamente. La razón de esto parece estar en que se parte de la premisa de que la violencia física consiste en alguna forma de movimiento corporal que involucra el ejercicio de fuerza y cuyo objeto es una persona humana. Si se parte de esta premisa, entonces estos dos ejemplos no son casos de violencia física. Pero ¿es esto correcto? ¿Es únicamente en la conducta donde se manifiestan los aspectos de la violencia o lo determinante es el daño causado?

IV. EL DAÑO Y LA VIOLENCIA

No hay controversias en que la violencia es un tipo de evento que produce daño, pero ¿de qué tipo de daño se trata? Naturalmente, diversos tipos de violencia causan diversos tipos de daño; entonces, ¿qué tipo de daño causa la violencia física? Si se entiende que el daño consiste en una afectación relevante del cuerpo humano, entonces el daño que causa la violencia física se reduciría al efecto consistente en una lesión a la integridad corporal o a la salud. Pudiera pensarse, en consecuencia, que la noción de violencia física se identifica con los delitos de lesiones corporales porque, si la violencia supone el ejercicio de algún tipo de fuerza, de ello se sigue un daño a la integridad corporal o a la salud. Esta conclusión, no obstante, sería equivocada.

El concepto de violencia física no adopta la misma interpretación de daño que los delitos de lesiones corporales. En la literatura jurídico-penal los delitos de lesiones corporales son comprendidos como delitos de resultado; es decir, delitos que causan una determinada disminución de la integridad física o la salud. En contraste, el daño en la violencia física no necesariamente produce dicho tipo de disminución. En otras palabras, la consecuencia de la violencia es el daño, pero el daño no necesariamente se manifiesta en una disminución de la integridad corporal. Esto aparece confirmado por el uso del término «violencia» de parte de los códigos penales bajo examen. Como hemos visto en la sección III, el CPP y el CPC criminalizan el ejercicio de la violencia instrumental en las personas, no siendo necesario en dichos casos que se genere un resultado de disminución de la integridad corporal o la salud para afirmar que se ha producido violencia¹².

Es necesaria, entonces, una interpretación más amplia del daño que permita identificar elementos comunes a diversas formas de violencia

¹² Comprender el daño como disminución de aquello en lo que un individuo tiene un interés diferencia esta propuesta de la de Vorobej (2016), para quien la violencia física se identifica con los delitos de lesiones corporales, excluyendo, en consecuencia, la violencia instrumental contra las personas como una forma de violencia física (pp. 174-179).

(no solo de violencia física) y también hablar de una categoría común o, al menos, de un «parecido de familia» (Hanoch, 2017, p. 411). En la literatura filosófica es posible encontrar tal concepción de daño porque allí se afirma que la persona que ha sufrido violencia se encuentra en una posición peor que el resto; es decir, quien experimenta violencia está en una posición más desaventajada (Weatherford, 1983) frente a las demás personas y, obviamente, en relación con la posición en la que dicha persona se encontraba antes del evento de violencia. Desde esta perspectiva, quien sufre violencia se encuentra en una situación de desventaja injustificada por la que debe ofrecerse algún tipo de respuesta. Esta es una de las razones por la que la violencia es importante para diferentes disciplinas, pues tanto para la economía como para la sociología y la ciencia política esta es importante por sus efectos en la equitativa distribución de recursos y, también, por sus efectos agregados en la sociedad desde el punto de vista del bienestar general¹³. Sin perjuicio de los efectos generales de la violencia recién mencionados, tampoco puede descuidarse la posición de la víctima, pero no porque los efectos de la violencia sean reducibles a un nivel de análisis individual¹⁴, sino porque para el caso central de la violencia, la violencia física, no parece razonable excluir sus efectos en la víctima¹⁵. Desde este punto de vista, quien sufre la violencia física es una persona, pues la desventaja la sufre el individuo en términos de la disminución de su bienestar individual. Si bien es cierto que hay varios aspectos que componen el bienestar individual y el concepto mismo de «bienestar» es controvertido (Fletcher, 2016), hay más o menos consenso en que ciertos aspectos del bienestar son básicos, en el sentido de que constituyen condiciones necesarias o preliminares para formas más complejas de bienestar (Weale, 1998; Hamilton, 2003). A continuación, se explorará esto con mayor detalle.

Se puede conceptualizar el daño que causa la violencia como una disminución de ciertos aspectos del bienestar del individuo, pero no cualquier aspecto del bienestar, sino aquellos en los que los seres humanos «tenemos un interés». ¿Qué significa tener un interés en nuestro bienestar? Los intereses de una persona X son aquellos aspectos del bienestar en los que algo importante de X está juego. Siguiendo aquí a Feinberg (1984, p. 54; Von Hirsch, 1986, p. 701)¹⁶, esta característica de los intereses puede formularse de la siguiente manera: X tiene un

13 Así lo entienden Galtung (1969) y otros seguidores de su interpretación de la violencia: «la violencia está presente cuando los seres humanos están bajo una influencia tal que su realización mental y corporal está por debajo de su realización potencial» (p. 168).

14 Es decir, el concepto de daño no adopta como premisa necesariamente alguna forma de individualismo metodológico. Sobre esto, véase Joseph Heath (2020).

15 Esto no implica que se trate de una concepción que reduce el bienestar a la posesión de bienes materiales para el individuo porque hay espacio tanto para bienes relacionales como para intereses colectivos (Gheaus, 2018; Raz, 1986).

16 La estrechez de la perspectiva de Feinberg «contra» Tadros no es un problema si la referencia es la violencia física (Tadros, 2014, p. 173).

interés en que cierto aspecto A de su vida florezca porque, si este aspecto A se marchita, los prospectos sobre sus planes y proyectos de vida se arruinarán. En otras palabras, este aspecto A del bienestar de X incluye aquellos factores de los cuales depende que pueda tener éxito tanto en su vida habitual como en sus proyectos a mediano y largo plazo, individuales o colectivos (Raz, 1986, p. 295). De esta manera, puede decirse que X tiene interés en su integridad corporal porque la movilidad corporal le permite interactuar en el mundo social y relacionarse con otras personas. Asimismo, X tiene un interés en su autonomía sexual porque esta le permite elegir con libertad con quién tener una relación sexual y desarrollar relaciones íntimas, etc. Se observa, entonces, que estos aspectos básicos del bienestar en los que se tiene un interés son típicamente indispensables para los proyectos ulteriores o los fines últimos de la vida individual (Feinberg, 1984, p. 42). Ser un artista, dedicarse a la política o la enseñanza, etc., son todos proyectos que presuponen que el sujeto goza de los diversos aspectos de su bienestar individual y, precisamente, son estos aspectos los que se ven destruidos o disminuidos por la violencia. Este es uno de los efectos centrales que causa la violencia: destruye, disminuye o afecta aquellos aspectos básicos del bienestar individual que las personas tienen normalmente interés en mantener y promover, de manera que puedan alcanzarse proyectos ulteriores (pp. 43-45).

Ahora bien, el efecto de la violencia física como retroceso en los aspectos del bienestar individual en los que se tiene interés no es la única concepción de daño disponible en la literatura. Hay otra influyente concepción sobre la violencia que tiene un concepto de daño diferente: la violencia como «violación». Si bien la expresión «violencia» deriva de la palabra *violentus* (Vorobej, 2016, p. 4.), entendida como el ejercicio de fuerza que causa un retroceso de ciertos intereses básicos, también puede comprenderse asociada no al sentido del daño, sino al significado que se atribuye a la expresión «violación» (Williams, 1983, p. 330; Bufacchi, 2007, pp. 14-15). Tomando este punto de partida, se ha desarrollado la noción de violencia como «violación» de la persona humana (Garver, 2009; Bufacchi, 2007). Ha sido bastante complejo precisar qué significa violar a la persona humana, pero esto parece aludir a la infracción de ciertas normas o reglas en el trato debido a una persona que ostenta la calidad de un ser digno. Es decir, aquí la violencia no significa necesariamente una disminución del bienestar individual, sino la infracción de un estándar que define el estatus de una persona como un ser digno. Esta distinción de la violencia como fuerza y como violación es importante para modelar diferentes formas de violencia; no obstante, en lo que sigue se dejará de lado comprender la violencia como violación y su noción de daño. Si bien este parece ser un camino fructífero para desarrollar otros modelos de violencia, como la violencia psicológica

19

CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA Y LA VIOLENCIA FÍSICA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES DE PERÚ Y CHILE

CONCEPTUALIZING VIOLENCE AND PHYSICAL VIOLENCE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGISLATIONS OF PERU AND CHILE

—en otras palabras, distintas formas del fenómeno más general que constituye violencia—, no parece ser completamente consistente con la violencia física. De hecho, el análisis de los códigos penales bajo examen sugiere que hay algo físico en el ejercicio de violencia que no está presente en la noción de «violación». En suma, es común a las diferentes formas de violencia que tienen como consecuencia un efecto más o menos determinado en la víctima: el «daño».

V. ACTOR Y VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA

Hasta este punto se ha identificado varios elementos de la violencia que son comunes tanto a la violencia física como a la violencia en general: su normatividad, sobre qué se ejerce, cómo se ejerce y el tipo de efecto que tiene. Al examinar el CPP y el CPC se ha visto que estos también admiten la violencia en las cosas. De igual forma, en la literatura filosófica es posible encontrar, aunque minoritariamente, que la violencia puede tener por objeto cosas (Holmes, 1989, pp. 19-49; Bufacchi, 2007, p. 41), pero no parece autoevidente que la violencia física pueda tener por destinatario objetos sin considerar algún tipo de interés humano. Si bien es cierto que la naturaleza es relevante en la violencia, esta solo parece cumplir un rol definitorio cuando figura mediada por la agencia humana. En efecto, no parece haber violencia física en las tormentas o los terremotos considerados en sí mismos e independientemente de algún interés humano. Si esto es correcto, entonces no puede haber «violencia» contra las cosas sin que estas estén de alguna manera conectadas o relacionadas con la agencia de las personas. En consecuencia, las cosas aisladamente consideradas no pueden ser objeto de violencia.

Ahora bien, esto no significa que la destrucción de cosas no tenga influencia en el bienestar humano porque, ciertamente, puede hacerlo retroceder cuando se ejerce para impedir el acceso a bienes básicos para la subsistencia¹⁷. Pero, de que las cosas sean relevantes para el bienestar, no se sigue que estas puedan ser objeto de violencia física. Desarrollando la idea mencionada previamente, la violencia física no es una relación entre objetos o entre una persona y un objeto, sino que involucra una relación entre personas. Este acercamiento a la violencia puede especificarse: la violencia como relación entre al menos dos personas siempre supone un ser humano que ocupa el rol de «actor» (quien provoca la violencia) o «víctima» (quien sufre el daño). Esto es importante porque si no hay un «actor», en el sentido de un agente humano que provoca o causa violencia, entonces no puede haber violencia física. La violencia no puede ser ejercida por una montaña y un animal tampoco puede ejercer violencia. La naturaleza y los animales pueden herir, dañar y matar a

¹⁷ Efectos que se producen normalmente en situaciones de guerra.

las personas; pueden promover su bienestar como destruirlo; pero no pueden ser «actores» de violencia. Lo mismo se aplica a la «víctima»: si no se trata de un agente humano, no puede haber violencia. Si la violencia consiste efectivamente en una relación entre personas, esta requiere que se ejerza contra una persona, y, por lo tanto, si no hay una persona que pueda ser objeto de violencia, entonces esta no puede ocurrir. Esto es consistente con cómo se ha definido el «daño» de la violencia, porque la disminución de los aspectos del bienestar individual sobre los que tenemos un interés es un efecto que ocurre principalmente respecto de seres humanos y no de cosas o animales¹⁸.

Ahora bien, esta posición podría parecer poco plausible en tanto descarta la posibilidad de violencia contra los animales. Si bien podría admitirse excluir a los animales como «actores» de violencia, podría argumentarse que no parece justificado excluirlos como «víctimas» de la violencia. Después de todo, consideramos que en nuestro trato con los animales hay ciertas normas mínimas de decencia que nos son recíprocamente exigibles. Podríamos entender la sanción penal del maltrato contra los animales como expresión de dichas normas (CPP, art. 206-A; CPC, art. 291 bis). No obstante, incluso si parece poco plausible que los animales no puedan ser objeto de violencia, esta posición no descarta que el ejercicio de fuerza contra objetos y animales no pueda ser algo que debemos lamentar, ni sostiene que sea algo permisible ni que no deba ser objeto de castigo severo por parte del derecho penal. Por el contrario, negar que los animales puedan ser objeto de fuerza no significa que no podamos condenar y sancionar el daño o el sufrimiento que les es irrogado por razones independientes a la existencia de violencia (Scanlon, 1998, p. 181; Darwall, 2006, p. 28). De hecho, es perfectamente aceptable entender que el maltrato a los animales involucra la utilización de algún tipo de fuerza que causa dolor o sufrimiento, pero que no se trata de violencia porque esta es solo un atributo predicable de una relación entre seres humanos. De esta manera, se puede aceptar que sea impermisible el ejercicio de fuerza contra objetos y animales, pero se preserva la idea de que la violencia es fundamentalmente parte de una relación entre humanos y que afecta, por lo tanto, dichas relaciones.

18 En primer lugar, los animales no parecen poseer esos fines «ulteriores» a los que se refiere Feinberg. En segundo lugar, un punto que es crucial para el presente argumento es que la violencia está sujeta a normas o principios evaluativos y normativos que las personas se exigen recíprocamente porque, después de todo, no son los animales a quienes podemos hacer moral o penalmente responsables. El animal que es objeto de fuerza física y sufre daño o experimenta dolor no puede ser compensado como una persona por el daño sufrido. Tampoco tienen el mismo sentido las disculpas o el perdón cuando quien los pide y quien los exige son seres humanos. Todas estas prácticas presuponen competencias jurídicas y sociales y que valen tanto dentro del proceso penal como fuera de este, y son significativas porque constituyen parte importante de las relaciones morales humanas (Scanlon, 1998; Darwall, 2006; McKenna, 2012). Los animales no toman parte en estas relaciones morales de carácter interpersonal de la misma manera que los seres humanos y son precisamente estas relaciones particulares y sus significados los que afectan los actos de violencia física.

VI. LA INTENCIÓN Y LA VIOLENCIA

Con los elementos previamente considerados ya estamos en condición de formular un concepto preliminar de violencia física que puede utilizarse para comprender a la violencia en general: la violencia consiste en una relación entre al menos dos seres humanos en la cual el actor, de manera injustificada, se comporta de una forma tal que, como efecto, produce daño en la víctima, ya sea que persiga o no una determinada finalidad. A esta definición preliminar hay que agregar un aspecto que aparece en la revisión de los preceptos de los códigos penales (peruano y chileno) y que es importante para caracterizar la violencia, específicamente la violencia física. En otras palabras, este elemento en principio no es necesariamente aplicable a la violencia en general. En todos los delitos considerados en la sección III, salvo los delitos de homicidio y algunos delitos de lesiones corporales, la conducta debe ser intencional; es decir, se trata de conductas en las que el actor procede de manera dolosa. Este requerimiento epistémico está vinculado a la condición de agencia del «actor» y la «víctima» en tanto es característico de la violencia que se trate de una conducta «intencional». Ya sea que se trate de delitos de homicidio o violación, en general la violencia consiste en la realización de una conducta dolosa y, por esa razón, la mayoría de la literatura filosófica considera que no puede haber violencia física negligente (Betz, 1977, p. 347; Childress, 1978, p. 3; Holmes, 1989, pp. 32 y 296; Audi, 2009, pp. 142-143; Jacqueline, 2013; Vorobej, 2016, pp. 17-18). Es decir, cuando se afirma que el «actor» ha hecho algo violento, se asegura que ha sido algo intencional porque, si ha sido negligente, no puede haber violencia física. No obstante, parte de la literatura controvierte esta conclusión (Harris, 1972, p. 197; Bufacchi, 2007, p. 72; Vorobej, 2016, p. 177). La pregunta es, entonces: ¿puede la violencia física ser negligente?

Si el enfoque es la regulación del CPP y el CPC, entonces se debería responder afirmativamente en el sentido de que se acepta la responsabilidad por negligencia, pero esta respuesta debe ser cualificada. En efecto, si bien es correcto afirmar que se sanciona ciertos casos de violencia negligente, esta tiene estrictas condiciones de procedencia. Debido a que la incriminación de la imprudencia en el CPP y el CPC sigue el sistema *numerus clausus*, la negligencia solo se sanciona cuando la legislación lo señala expresamente, como en el artículo 12 del CPP (García, 2019, pp. 561-563), o bien cuando es aplicable la remisión del artículo 490/492 del CPC (Cury, 2005, pp. 343-346). Adicionalmente, al menos en el sistema del CPC, la criminalización de la violencia negligente debe ser matizada por otras dos razones. Primero, porque la remisión del artículo 490/492 CPC reconoce estos delitos solo cuando se trata de delitos contra las personas. Así, la literatura penal chilena entiende que dicha remisión solo alcanza a los delitos establecidos en

el título 8 del CPC, denominado «De los delitos contra las personas», excluyendo, por ejemplo, los delitos de violación y las amenazas, que también podrían ser interpretados como delitos contra las personas. Segundo, porque la remisión no solo no alcanza a todos los delitos que pueden considerarse contra las personas, sino que tampoco alcanza a todas las figuras previstas en dicho título. La literatura penal chilena interpreta la remisión exclusivamente para los delitos de homicidio y lesiones, excluyéndose los delitos de infanticidio, maltrato, tráfico de migrantes, trata de personas, calumnias e injurias¹⁹.

En la literatura filosófica la discusión sobre la admisión de la violencia física negligente no versa sobre una forma alternativa de violencia, sino que se localiza en el contexto más amplio de las discusiones sobre la responsabilidad. La discusión versa aquí sobre si el resultado de la conducta —es decir, su efecto— es o no parte de la descripción de la conducta. Si se considera que el resultado no integra dicha descripción, entonces se afirma que no puede haber violencia negligente; y, por el contrario, si se considera que sí integra dicha descripción, se concluye que puede haber violencia negligente. Pero, ¿cuál es la razón por la que no resulta plausible entender que el resultado integra el concepto de violencia física? La respuesta es que si se considera que un sistema de responsabilidad está fundado en el principio de que una persona es responsable solo por aquello que puede controlar, entonces no puede ser hecha responsable por aquello que no puede controlar (Goti, 2008). Como se estima que el resultado de la conducta está normalmente fuera del control del agente, entonces se concluye que no puede integrar la definición de violencia física. En efecto, en los casos de negligencia, el resultado se produce con independencia de la intención del sujeto porque este, ciertamente, no tiene la intención de cometer el delito. Por esta razón, si se admite la responsabilidad por negligencia a pesar de que el resultado no ha estado bajo el control de la persona (porque, si lo hubiera estado, sería un delito doloso), entonces se admite la responsabilidad por eventos que están más allá del control de la persona. El juicio de responsabilidad por negligencia sería, entonces, ilegítimo.

Esta discusión sobre la responsabilidad por el resultado concierne, por ende, a la discusión sobre lo que se ha denominado «suerte moral» (Williams, 1982; Enoch, 2010); es decir, la discusión sobre si se puede hacer responsable a las personas incluso por aquello que está fuera de su control. De este modo, si se admite la «suerte moral» y X tiene «mala suerte» porque, por ejemplo, disparó y no quería matar a Y, sino solo herirlo, pero Y muere, X puede ser hecho/a responsable y ser merecedor/a de castigo penal. Es precisamente porque algunas personas rechazan la

23

CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA Y LA VIOLENCIA FÍSICA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES DE PERÚ Y CHILE

CONCEPTUALIZING VIOLENCE AND PHYSICAL VIOLENCE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGISLATIONS OF PERU AND CHILE

19 Esta es la postura estándar de la doctrina chilena. Al respecto, véase Hernández (2011, p. 281).

idea de «suerte moral» que una parte importante de la literatura filosófica considera que la violencia física no puede ser negligente.

Sin pretender resolver esa controversia filosófica, es necesario hacer una observación relativa a la violencia física negligente para sugerir que, al menos, esta no debe ser considerada como el caso central de violencia física. El daño causado negligentemente es comprendido como violencia solo porque la violencia física intencional es el caso central: la violencia negligente se encuentra en la periferia del concepto. Hay una explicación para ello. Considérese el temor a ser víctima de un delito de violencia. ¿Tiene el mismo sentido el temor a ser víctima de un delito de homicidio intencional que morir producto de una colisión imprudente entre vehículos motorizados? Si se consideran las cantidades brutas de muertes intencionales²⁰ y se las compara solo con las muertes por accidentes de tránsito²¹, asumiendo que todas estas últimas se han producido por conductas negligentes, se aprecia que las muertes negligentes son estadísticamente más frecuentes. Con estos datos, parecería razonable entender que el temor a ser víctima de un accidente de tránsito fatal debería ocupar un lugar central en las preocupaciones de la gente cuando estas incluyen la expectativa de no ser víctima de violencia.

No obstante lo anterior, no parece que el temor a ser víctima de un delito negligente sea equivalente a ser víctima de un delito doloso, ni que la negligencia afecte de la misma manera nuestras relaciones morales que los delitos intencionales. Desde el punto de vista del concepto de violencia física, ambos casos difieren en un aspecto clave: ser víctima de un homicidio intencional no es lo mismo que ser víctima de un accidente de tránsito porque la violencia intencional manifiesta una actitud que no puede equipararse a la falta de preocupación por los intereses del otro y que expresa la responsabilidad negligente. La intención de matar tiene por objeto destruir precisamente el tipo de relaciones humanas²² sobre las que puede estructurarse un conjunto de interacciones humanas morales, en contraste con muertes imprudentes que a veces no son más que el costo que debemos asumir por la posibilidad de transportarse de un lugar a otro de manera eficiente. Desde este punto de vista, una colisión negligente fatal entre vehículos se asemeja más a un evento fortuito, a un evento de la naturaleza, porque en él figura un «cuasi agente» en la explicación del resultado. Una persona que es un agente humano es aquella que tiene la capacidad de actuar intencionalmente (Davidson, 2001, p. 47.), elegir y evaluar sus razones para actuar (Frankfurt, 1971, p. 7; Taylor, 1985, p. 34), autogobernarse (Bratman, 2007, p. 4.) y desplegar creatividad (Emirbayer & Mische, 1998, p. 982). Estos caracteres de la acción humana son aquellos que se manifiestan en

20 486 muertes el año 2019 en Chile y 2708 el año 2019 en Perú (Asmann & O'Reilly, 2020).

21 1617 muertes el año 2019 en Chile (Conaset, s.f.) y 3110 en Perú (INEI, s.f.).

22 Los juicios de responsabilidad tienen carácter relacional (Kutz, 2000, pp.18-38).

la conducta dolosa o intencional, en la conducta deliberada y reflexiva, y son precisamente el tipo de propiedades que están ausentes en la conducta negligente.

En efecto, en la negligencia solo hay un residuo de agencia completa (Enoch, 2012, p. 100) y, por esa razón, no afecta o socava las relaciones morales de la misma manera que las conductas intencionales constitutivas de violencia física. Pero hay una razón más por la cual, para comprender la violencia física, parece apropiado enfocarse en las conductas intencionales que la provocan. La violencia intencional es similar al delito de robo. En un delito de robo se afecta paradigmáticamente la propiedad sobre un objeto que es tomado con violencia (o amenaza) sin consentimiento del dueño o la dueña, pero la propiedad puede perderse de muchas otras maneras. En un accidente de tránsito, por ejemplo, también puede perderse la propiedad sobre el vehículo, pero ¿se puede afirmar que el robo es equivalente a la pérdida negligente sobre la propiedad de un objeto que se produce en un accidente de tránsito? La respuesta es negativa porque el delito de robo, conceptualmente, requiere una conducta intencional.

En la línea de lo recién comentado, podría pensarse que lo mismo ocurre con la violencia física. La violencia física supone conceptualmente que la conducta sea intencional; es decir, no podría haber violencia física si no se trata de una conducta intencional del «actor». Ahora bien, con este elemento se muestran con claridad dos divergencias en el estudio de la violencia. Una primera entre la conceptualización filosófica de la violencia física y cómo esta es regulada por el derecho penal, porque la violencia física se considera prototípicamente como intencional, mientras que la regulada por el derecho penal admite la negligencia. Y una segunda entre la conceptualización de la violencia física y la violencia en general, porque no parece haber reparos para considerar otras formas de violencia no intencional cuando se estudian otros tipos de violencia —como, por ejemplo, la violencia estructural—, reparos que sí están presentes cuando la violencia es física. En suma, si bien es admisible la exclusión del daño negligente del concepto de violencia física, no parece irrazonable comprenderla como una instancia periférica del fenómeno de la violencia en general que, más bien, resulta necesario considerar en el contexto de jurisdicciones legales particulares.

VII. EL MEDIO Y LA VIOLENCIA

Si bien se han identificado elementos comunes a la violencia en general y a la violencia física, ya en la sección previa han aparecido diferencias. Esto es obvio porque la violencia física es un caso especial del fenómeno de la violencia en general. El enfoque de esta sección continúa el desarrollo de la violencia física, la cual puede entenderse como sigue:

25

CONCEPTUALIZAN-
DO LA VIOLENCIA
Y LA VIOLENCIA
FÍSICA: UN ANÁLISI-
S COMPARADO
DE LAS LEGISLA-
CIONES DE PERÚ Y
CHILE

CONCEPTUA-
LIZING VIOLENCE
AND PHYSICAL
VIOLENCE: A COM-
PARATIVE ANALYSIS
OF THE LEGISLA-
TIONS OF PERU
AND CHILE

involucra una relación entre al menos dos seres humanos en la cual el actor, de manera injustificada e intencional, se comporta de una manera tal que, como efecto, produce daño en la víctima, ya sea que persiga o no una determinada finalidad. El examen de la negligencia, en la sección previa, vincula el análisis a la cuestión de la relevancia del resultado en la comprensión de la violencia física, punto en el que la literatura filosófica aparece dividida. Una parte de la literatura considera que lo prioritario para comprender la violencia es la producción de un daño, independientemente de cómo se manifiesta la conducta (Galtung, 1969; Harris, 1974; Bufacchi, 2007); mientras que otra parte considera que lo relevante es la manifestación de la conducta, independientemente del daño causado (Wyckoff, 2013; Jacquette, 2013; Vorobej, 2016). Cuál elemento resulta prescindible es, justamente, lo que no resulta del todo claro. Si bien parece poco plausible entender que pueda haber violencia física sin daño, igualmente parece poco plausible que el daño sea lo único relevante.

A primera vista, podría pensarse que la posición correcta consiste en enfatizar el daño, considerándolo como una condición suficiente para la violencia física. Después de todo, como se ha visto, la violencia es importante precisamente por el efecto que tiene en el bienestar individual. No obstante, hay un problema fundamental de cualquier propuesta que entienda que lo único relevante de la violencia es el daño, a saber, que inevitablemente conduce a confundir los daños que son producto de la naturaleza con los daños que son producto de la agencia humana y, por ende, falla en enfocarse en cómo la violencia altera las relaciones morales humanas. El problema aparece, como se ha visto, en la admisión de la negligencia, porque si no es necesario que el actor de la violencia haya actuado intencionalmente y son admitidos los daños que van más allá del control de la agencia individual, no parece haber razón para negar que los accidentes como tales puedan ser, también, violentos. En otras palabras, si se conceptualiza la violencia independientemente de los aspectos relativos a la agencia del actor, en principio no habría razón para excluir como formas de violencia física los eventos fortuitos o causados sin negligencia (Vorobej, 2016, p. 7). En consecuencia, ello admitiría aceptar como «actor» de la violencia no solo a los animales, sino a las cosas en sí mismas, lo que no sería consistente con la noción de «actor» y «víctima» como las figuras centrales que estructuran las relaciones morales afectadas por la violencia.

Entender la violencia física como acciones intencionales bloquea la admisión de la negligencia y los eventos fortuitos como condiciones suficientes para la elaboración conceptual, y mantiene consistencia con la comprensión del «actor» y «víctima» de la violencia. Esta opción no vuelve necesariamente irrelevante la producción del «daño». De hecho, una estrategia natural para conceptualizar la violencia física es aquella

en la que figuran ambas condiciones; es decir, que entiende el daño causado a través de una acción humana. El problema es qué tipo de acción humana debe ejercerse para conceptualizar la violencia. Esta pregunta es de alguna manera irrelevante si se admite la negligencia o se aceptan los eventos fortuitos que causan daño. En efecto, desde el punto de vista de cómo se manifiesta la conducta, tanto los eventos fortuitos como la negligencia se caracterizan precisamente porque no asignan ninguna cualidad especial a la conducta²³. En contraste, el énfasis en la violencia intencional sí requiere una especificación de la forma como se manifiesta dicha conducta. Siguiendo a Arendt²⁴, esta exigencia referente al tipo de conducta en que debe manifestarse la violencia la denominaremos la exigencia del «medio»²⁵. Esto significa que la violencia física necesariamente debe manifestarse en un «medio», pero entonces, ¿cuál es el «medio» de la violencia física?

Considérese casos centrales de violencia física reguladas en el CPC y el CPC como las lesiones corporales y el homicidio. Ya se sabe que estos casos comparten ciertas características: hay un «actor», una «víctima», una actuación «intencional» y un «daño». ¿Cuál sería el «medio» que facilita unificar estas conductas como formas de violencia? En todos estos casos el «medio» parece consistir en una conducta que implica el ejercicio de fuerza sobre una persona. Desde un punto de vista científico-filosófico, el ejercicio de fuerza involucra una transferencia de energía entre estructuras atómicas con un determinado peso, durante un determinado intervalo de tiempo y a cierta velocidad (Dowe, 2001, pp. 41-42). Esta relación supone una relación causal²⁶: la transferencia de energía tiene lugar entre una causa y un efecto (Boudri, 2002, p. 234). No obstante, en el uso cotidiano el término «fuerza» no parece tener exactamente este significado porque no es plausible identificar el mero tocar el cuerpo de otro individuo con el uso de fuerza, aunque esto implique la transferencia de una determinada cantidad de energía. En contraste, en el uso cotidiano parece indispensable, adicionalmente, considerar la cantidad de energía transferida. Es decir, la comprensión cotidiana de fuerza y, por ende, del «medio» de la violencia supone que, a través de una acción, una persona X transfiere energía por sobre un determinado umbral A hacia otra persona Y (Holmes, 1989, p. 33; Maccallum, 2009, p. 116; Vorobej, 2016, p. 37).

23 Se sigue aquí a Holmes (1989) en el sentido de que las omisiones se satisfacen con otros requerimientos, independientes de cómo se caracteriza la conducta del actor (p. 33). Más específicamente, como el mero omitir no es específica de ninguna manera qué es lo que hace a la ausencia de un evento parte del fenómeno de la violencia, el indagar la violencia implica considerar que esta es algo más que un resultado que pudo ser evitado por quien era el titular del deber de actuar.

24 Arendt (1970) denomina a esta exigencia «implementos» (p. 4).

25 Vorobej (2016) la denomina el «instrumento» (p. 5).

26 Woodward (2003) afirma que esta comprensión de la causalidad no es aplicable a todas las relaciones causales (p. 44); sin embargo, esta es especialmente apta para comprender la violencia física como fenómeno humano porque, en este contexto, la relación causal sí implica la colisión entre dos estructuras atómicas que forman personas.

27

CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA Y LA VIOLENCIA FÍSICA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES DE PERÚ Y CHILE

CONCEPTUALIZING VIOLENCE AND PHYSICAL VIOLENCE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGISLATIONS OF PERU AND CHILE

En consecuencia, lo característico de la violencia física residiría en cómo el resultado se produce como efecto de un medio particular, que es el tipo de conductas que involucra una transferencia de energía por sobre un determinado umbral. No obstante, hay un problema para este planteamiento. Si X1 tortura a Y1 mediante golpes con un bate de béisbol, este evento cabe caracterizarlo como violencia porque se usa fuerza por sobre un determinado umbral. Pero, si X2 tortura a Y2 mediante el uso de un ácido, no se satisfaría la exigencia del «medio» porque la conducta de X2 no supone transferencia de energía alguna. No obstante, no parece plausible excluir como instancia de violencia los casos de tortura porque no satisfacen el «medio». La razón por la cual no es plausible excluir la tortura como una forma de violencia, como afirman Frazer y Hutchings (2020, pp. 176-177), es que la tortura es uno de los casos paradigmáticos de violencia física. Como tal, opera como un factor clave que da significado a las prácticas que se caracterizan como violencia. Incluir estos casos no significa que el daño sea el único elemento sobre el que gravita el concepto de violencia física pues, en efecto, no toda violencia física implica un daño corporal. El caso más evidente es la violencia instrumental que, tal como aparece regulada en el CPP y el CPC, no requiere la producción de un resultado. Es decir, esta forma de violencia criminalizada en los códigos bajo examen no requiere la producción de un estado de disminución corporal de la víctima, pero sí de violencia física para ser apta para lograr el aborto, la sublevación, etc. Debe, por ende, satisfacerse la exigencia del «medio». En consecuencia, un modelo apropiado de violencia física supone, al menos, que sea aplicable a casos tanto de tortura como de violencia instrumental, considerando que se trata de formas diferentes, pero emparentadas, de un mismo fenómeno: la violencia física. Es decir, debe formularse un concepto «híbrido»²⁷ de violencia física.

Un modelo «híbrido» de violencia, como afirma Vorobej (2016, pp. 155-156), cataloga como violencia eventos independientes entre sí, en el sentido de que cada uno de ellos forma condiciones suficientes para la violencia. No obstante, no se trata de eventos completamente independientes. En efecto, si bien sus condiciones de operación no son idénticas, sí tienen elementos en común, entre ellos la «normatividad», el «daño», el «actor» y la «víctima», además de la «intención». En lo que son independientes, en el caso de la violencia física, es en la exigencia del «medio». Es posible referirse entonces a dos clases de violencia física, «violencia física de primer grado» y «violencia física de segundo grado». La «violencia física de primer grado», como hemos visto, requiere la satisfacción del «medio». La «violencia física de segundo grado», si bien no requiere de «medio», tiene como elemento central algo más que la

²⁷ Un modelo híbrido de violencia en general ha sido desarrollado por Vorobej (2016, pp. 145-168). En contraste, el que se presenta en este trabajo solo se aplica a la violencia física.

producción de un daño substancial, pues adicionalmente debe causar también un sufrimiento inhumano severo. Ahora bien, esto no significa necesariamente que todo caso de tortura sancionada de manera penal sea un caso de «violencia física de segundo grado», porque esta es más amplia que los casos de tortura penalmente sancionada. Tanto el CPP (art. 321) como el CPC (art. 150 A) suponen que la tortura puede ser de carácter físico, en cuyo caso la «violencia física de segundo grado» se identifica con la tortura. De igual manera ocurre en ciertos casos de tortura psíquica pues, aunque esta normalmente supone el uso de «violencia física de primer grado» —es decir, violencia física en sí misma o violencia física instrumental—, hay también casos que no la suponen. El caso de la tortura en Guantánamo, por ejemplo, sí la supone porque la víctima, mediante el ejercicio de la fuerza, es obligada a respirar bajo una toalla húmeda (Parry, 2010, pp. 145-146). No obstante, algunos casos de interrogación policial podrían caber dentro de la clase «violencia física de segundo grado», pero no necesariamente serían casos de tortura; en otras palabras, ciertos casos de «violencia física de segundo grado» no serían casos de tortura²⁸.

No se indagará con mayor profundidad ni se tratará de ofrecer un concepto más refinado de tortura porque no es necesario para los propósitos de conceptualizar la «violencia física de segundo grado», dado que basta lo dicho precedentemente para interpretar que los casos de tortura sí caben dentro del concepto de violencia física a pesar de que no satisfagan la condición del «medio». Ahora bien, esto no significa necesariamente que toda forma de tratamiento indigno sea constitutiva de «violencia física de segundo grado». Se requiere que su irrogación cause un daño grave, que el sufrimiento sea inhumano —es decir, degradante de la dignidad humana— y, adicionalmente, que sea severo. Si se cumplen dichas condiciones, entonces el evento puede caracterizarse como «violencia física de segundo grado» y, por ende, como violencia física. Ciertamente hay casos de tratamientos degradantes o inhumanos que deben ser sancionados con rigor, pero eso no significa que todo trato inhumano y degradante sea «violencia física de segundo grado». En efecto, solo cumpliendo estas exigencias dicho tratamiento puede operar como caso paradigmático sobre el que gravita la comprensión de la violencia física. En suma, hay muchas maneras de irrogar distintas formas de sufrimiento y de degradación, pero no todas estas son necesariamente formas de violencia física. Esto da lugar a un argumento más general: hay muchas formas de causar daño, pero estas,

28 La «violencia física de segundo grado» es más restringida que la tortura en el caso del CPP porque este sanciona también como tortura el someter «a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física» (art. 321). Ya que esta forma de tortura en el CPP no supone sufrimiento severo, no parece plausible comprenderlo como una instancia de «violencia física de segundo grado». A pesar de lo anterior, sí podrían comprenderse algunos casos como «violencia física de primer grado», ya sea en sí misma o instrumental, en la medida que se satisfagan las condiciones correspondientes.

a pesar de ser tremendamente dañinas para el bienestar y la vida del ser humano, no necesariamente son formas de violencia física.

Ahora es posible formular un concepto más preciso de violencia física: esta involucra una relación entre al menos dos seres humanos en la cual el actor, ya sea que persiga o no una determinada finalidad, de manera injustificada e intencional se conduce de una forma tal que tiene como efecto un daño en la víctima, resultado al que se llega en virtud del medio o en atención a lo paradigmático del resultado. Aquí estarían todos los elementos básicos de la violencia que hemos examinado hasta el momento: la «permisibilidad», el «daño», el «actor» y la «víctima»; el «medio» y el «daño paradigmático»; la violencia en sí o la violencia instrumental. Esta concepción tiene varias fortalezas. La primera es que especifica la violencia a través de una serie de elementos distinguibles analíticamente, facilitando su comprensión. La segunda es que permite identificar aquello que debe estar presente en los casos centrales o paradigmáticos de violencia física. La tercera es su consistencia con el hecho de que las personas están «encarnadas»; es decir, que las personas son algo más que ciertas operaciones o computaciones que ocurren en el cerebro, que somos seres cuyas experiencias y existencias están mediadas y constituidas por nuestros cuerpos y por cómo estos interactúan con su medio ambiente físico, cultural y moral. Posiblemente, por la importancia biológica, simbólica y moral del cuerpo es precisamente este el que explica que el caso central de la violencia sea la violencia física. Si bien esta no constituye la única manera de irrogar daño grave a los intereses de la víctima y tampoco es la única ni la más recurrente forma de violencia, el concepto elaborado sí permite identificar los casos centrales de violencia y coincide, a grandes rasgos, con cómo los códigos penales bajo examen la criminalizan.

VIII. APLICACIÓN DEL MODELO HÍBRIDO DE VIOLENCIA FÍSICA

En esta sección se aplica el concepto de violencia elaborado en las secciones previas a un delito en particular. Desde luego, no es posible aplicarlo a todas las figuras penales de los códigos bajo examen, pero se empleará en un caso suficientemente representativo, de modo que las conclusiones se puedan generalizar a otros delitos diferentes. El objeto del examen es el delito de robo con violencia o amenaza (en adelante, se incluye aquí también lo que es constitutivo de intimidación²⁹) a la luz

²⁹ En una reciente publicación, Pinedo (2017) ha argumentado, siguiendo la tesis de Oliver (2013), que no cabe identificar la amenaza y la intimidación, pero esta parece una tesis errada para la comprensión del delito de robo. La diferencia entre amenaza e intimidación es artificial porque el robo se comete «mediante» intimidación; es decir, lo que explica la apropiación no es la experimentación de miedo por parte de la víctima, cualquiera que sea su origen, sino la intimidación integrada en la estructura de la amenaza condicional y ejercida por el «actor». En otras palabras, la apropiación se obtiene debido a la advertencia de un mal que se realizará si, por ejemplo, no se hace entrega del bien. Si la víctima no

31

del concepto de violencia física. Dos son los propósitos. En primer lugar, enriquecer la comprensión de este delito. La controversia jurídico-penal ha residido en la interpretación de aquello que es robo a través de la dilucidación del rol de la amenaza³⁰. Esta estrategia ha descuidado el rol de la violencia, que parece ser crucial y, precisamente, aquello que puede iluminar el concepto de violencia física. En segundo lugar, ilustrar la utilidad de la conceptualización filosófica de la violencia física en la comprensión de la regulación, por parte de las legislaciones en examen, de algunas instancias paradigmáticas del fenómeno de la violencia.

Como se afirmó, la razón para la selección del delito de robo es que las legislaciones bajo examen consideran equivalente el uso de la violencia a la amenaza, lo que aparece en la formulación disyuntiva de la conducta que puede cometerse mediante «violencia o amenaza». Esto es importante porque dicha formulación disyuntiva está presente en todos los casos de violencia instrumental³¹, lo que sugiere una conclusión que podría alterar la conceptualización de este trabajo: si la amenaza es equivalente a la violencia física, entonces, allí donde la legislación identifica una instancia de violencia física esta podría reemplazarse, en los casos de violencia instrumental, por el término «amenaza» sin pérdida de significado. Después de todo, si se consideran equivalentes no habría argumento para sostener que la violencia es fundamentalmente distinta de la amenaza. Esta tesis la denominaremos «tesis de la equivalencia». El problema que representa esta tesis es que vuelve irreconocible el concepto de violencia física no solo para el delito de robo³², sino en todos los casos de violencia instrumental en los que se utiliza dicha fórmula disyuntiva. En la literatura comparada se habla de la «espiritualización»

CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA Y LA VIOLENCIA FÍSICA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES DE PERÚ Y CHILE

CONCEPTUALIZING VIOLENCE AND PHYSICAL VIOLENCE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGISLATIONS OF PERU AND CHILE

entrega el bien porque la advertencia del mal no es eficaz para modificar su motivación, entonces no hay robo porque no se ha producido restricción de la libertad de acción fundante de la amenaza. Pero, si se entrega el bien, entonces hay amenaza condicional; es decir, una anticipación del mal eficaz para lograr la apropiación del bien. No puede, en consecuencia, haber robo si la intimidación no opera como medio coercitivo para lograr la apropiación y, si opera como tal, entonces hay amenaza condicional. Del mismo modo, Pinedo estima que, en Perú, habría robo si la víctima no se intimida y de todas formas se obtiene el bien, pero esta conclusión se equivoca por la misma razón que Oliver. En efecto, si la víctima hace entrega del bien por su propia voluntad, entonces no hay robo porque este exige el empleo de un medio coercitivo que aquí no concurriría para lograr la apropiación. Pero, si concurre dicho medio coercitivo y se produce la apropiación, entonces hay amenaza condicional y, por lo tanto, robo.

30 Para un iluminador examen sobre este punto en la regulación española y alemana, que ha servido de base a las legislaciones de Perú y Chile, véase Antonio Bascoñán (1998).

31 En todas las instancias en que el CPP y el CPC utilizan el término «amenaza» (o su equivalente, «intimidación») lo hacen uniendo la expresión «violencia» mediante la disyunción «o». En el CPP se encuentran los siguientes preceptos: art. 151; art. 153; art. 153 B; art. 166; art. 168; art. 170; art. 176; art. 176 C; art. 188; art. 189 C; art. 200; art. 202; art. 206; art. 285; art. 296 A; art. 301; art. 310 B, inc. 2; art. 354; art. 355; art. 365; art. 366; art. 396; art. 409 A; art. 413; art. 414 y art. 415. En el CPC se encuentran los siguientes preceptos: art. 138; art. 144, inc. 2; art. 261, N° 1; art. 268 sexies; art. 268 septies; art. 335; art. 361; art. 366 quater; art. 368, inc. 2; art. 384, inc. 2; art. 411 quater; art. 432; art. 433; art. 436; art. 438; art. 439 y art. 460.

32 En Chile una parte importante de la literatura adopta la tesis de la equivalencia, entendiendo por violencia la «coacción violenta». Ciertamente, la coacción no necesariamente se identifica con un evento de violencia, pero al caracterizar la coacción como «violenta» deja de especificarse el sentido paradigmático que tiene la violencia física, posibilitando la adopción de la tesis de la equivalencia (Oliver, 2013, p. 276).

de la violencia³³ precisamente para referirse a este fenómeno que, si bien se produce en la discusión del delito de amenazas condicionales (más específicamente, de coacciones)³⁴, también ocurre en el delito de robo. En efecto, el problema que representa la espiritualización de la violencia se manifiesta también en el delito de robo porque, como se verá, la estructura de las amenazas condicionales está integrada al robo.

Para rechazar la «tesis de la equivalencia» hay que responder previamente a dos preguntas. Una primera pregunta es qué cabe entender por violencia y amenaza. No parece controversial que la violencia implica la ejecución de una conducta por parte del actor contra la víctima que involucra el uso de fuerza. Tampoco es controversial la comprensión de la amenaza, a saber, una forma de conducta mediante la cual el actor X advierte a Y de que se irrogará un determinado mal. Ahora bien, en los casos de equivalencia de amenaza y violencia no se trata de una amenaza simple o no condicional, sino de una amenaza condicional. Más formalmente, se trata de casos en que X advierte a Y que ejecutará un mal antijurídico A con la condición de que Y haga u omita B; es decir, la amenaza supone que X amenaza a Y para obtener una determinada finalidad. Una segunda pregunta es por qué razón estas legislaciones estiman equivalente la violencia a la amenaza y la respuesta aparece en su estructura instrumental. Esta estructura de la amenaza es la misma que tiene la violencia instrumental examinada en las secciones previas: al igual que la amenaza, la violencia física instrumental es aquella que

33 Jakobs, por ejemplo, adopta un concepto espiritualizado entendiendo por violencia el bloqueo de medios de organización jurídicamente reconocidos de la víctima. Este autor trata de evitar la desmesura a la que llega su propuesta porque, en rigor, quien bloquea una carretera bloquea una libertad de movimiento jurídicamente reconocida de la «víctima». Si bien la controversia reside en determinar si esta conducta es o no constitutiva de una restricción de la libertad jurídico-penalmente relevante —es decir, a propósito de la discusión sobre la coacción—, lo cierto es que esto no constituye violencia física. Para evitar caracterizar este tipo de conducta como tal, Jakobs (1997, pp. 451-453) propone que hay violencia solo cuando la víctima tiene penalmente garantizado un determinado derecho frente a conductas dañinas del actor, pero esta estrategia es inviable para diferenciar la intimidación de la violencia física. En ambos casos puede tratarse de daños a intereses relevantes, pero no es la garantía lo que diferencia a la violencia física de la intimidación porque esta es otra forma de referirse al «daño». Lo que permite diferenciar la violencia de la intimidación es el «medio», al menos cuando se trata de «violencia física de primer grado». Hruschka (2005, p. 258) y Ragues (2003, p. 485) siguen aquí a Jakobs.

34 Cabe remarcar el hecho de que esta discusión sobre el concepto de violencia toma como punto de partida el delito de coacción y, más específicamente, su bien jurídico protegido. Es decir, la espiritualización del concepto de violencia se origina a partir de la ampliación de aquellos medios mediante los cuales puede restringirse típicamente la libertad de actuación. Esta es la discusión que está en el trasfondo de la tesis de la equivalencia, la que no sería (tan) problemática de restringirse al delito de coacción, pero este no es el caso. En efecto, la tesis de la equivalencia se extiende erradamente a otros delitos, como los delitos de lesiones y de robo; pero, en estos últimos, el concepto de violencia resulta independiente de la discusión del delito de coacción. Es decir, en los delitos de lesiones y de robo no se trata (siempre) de la libertad de actuación y, al no tratarse de la libertad de actuación, el concepto de violencia no debería encontrarse necesariamente afectado por el proceso de espiritualización. Esta es la razón por la cual en estos delitos no es relevante la distinción entre *vis absoluta* o *vis compulsiva* como criterio para caracterizar qué cabe entender por el término «violencia». En efecto, la ausencia de acción o de culpabilidad no suministran criterios para especificar en qué consiste la violencia fuera del contexto del delito de coacción. Desde luego que esta distinción entre *vis absoluta* y *vis compulsiva* es importante para diferenciar amenazas y coacciones, pero no es relevante para identificar los criterios que constituyen la violencia, sea en sí misma o instrumental.

realiza el «actor» contra la «víctima», condicionándola para hacer u omitir lo que el «actor» hace para conseguir una determinada finalidad.

Es sobre la base de esta estructura instrumental que aparece la «tesis de la equivalencia», porque es la característica de ser funcional a la obtención de la finalidad lo que fundamenta la equivalencia entre la amenaza y la violencia. El problema de esta literatura es que, al sostener la «tesis de la equivalencia», sugiere que hay conclusiones que sacar respecto de la violencia física en general. La salida a este problema es relativamente simple: se requiere circunscribir la discusión de la violencia y amenaza al contexto apropiado, a saber, la violencia instrumental contra las personas. De esta manera, restringido el debate, se separa la discusión sobre la violencia física en general; es decir, no puede sustituirse la expresión «violencia» por la expresión «amenaza» fuera del contexto de la violencia instrumental.

Dado este paso argumentativo, debe responderse ahora la siguiente pregunta: ¿es realmente violencia física la utilización de fuerza que supone el delito de robo con violencia? Hay dos respuestas aquí. Una primera respuesta sostiene que la utilización de fuerza debe ser constitutiva del concepto de violencia física que se ha elaborado en este trabajo. En consecuencia, si el nivel utilizado de fuerza queda por debajo del umbral, no hay «violencia física de primer grado»; entonces, no hay robo con violencia. El problema de esta interpretación radica en que, si el nivel de fuerza empleado no constituye «violencia física de primer grado», entonces no hay comisión de un delito de robo, incluso si el nivel de fuerza empleado fue suficiente para hacer posible la apropiación o, dicho de otra forma, funcionalmente idóneo. Una segunda respuesta argumenta que no se trata de la utilización de «violencia física de primer grado», sino meramente del uso de fuerza funcionalmente idónea para la apropiación. ¿Cuál alternativa es correcta?

Si bien la respuesta depende de la legislación en cuestión, la alternativa correcta involucra correlacionar el tipo de amenaza que se requiere para cometer el robo con el tipo de ejercicio de fuerza que puede o no ser constitutivo de violencia. Esto último es precisamente aquello que la literatura omite al sostener un entendimiento intuitivo y autoevidente de violencia física. Si se relaciona tanto la forma de amenaza como la forma de la fuerza, aparece que hay un requerimiento de gravedad inherente a ambas; es decir, tanto la amenaza como la fuerza deben revestir cierta gravedad³⁵. El uso del término «violencia» la denota de mejor manera que el de «amenaza». En efecto, el uso de violencia

35 No es completamente seguro que esta «gravedad» pueda identificarse con la gravedad a la que se alude con la referencia al «desvalor de acción» porque el desvalor de acción en la dogmática penal tradicional, entendido como peligrosidad *ex ante*, está referido más a las características de la conducta como aquella apropiada para producir un determinado resultado típicamente relevante; mientras que la gravedad de la violencia física que se ha desarrollado en este trabajo va referida al

33

CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA Y LA VIOLENCIA FÍSICA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES DE PERÚ Y CHILE

CONCEPTUALIZING VIOLENCE AND PHYSICAL VIOLENCE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGISLATIONS OF PERU AND CHILE

física responde al caso paradigmático del fenómeno de la violencia, lo que enfatiza la gravedad. En consecuencia, si el ejercicio de fuerza debe poder responder apropiadamente a la justificación de la gravedad del injusto del robo, ello solo puede satisfacerse si el ejercicio de fuerza constituye violencia. Lo mismo rige para las amenazas. Si bien el CPP es explícito (art. 189) con respecto a esta exigencia y el CPC no (art. 436), la práctica jurisprudencial y la literatura chilena consideran que debe tratarse de una amenaza grave; en otras palabras, tal como lo expresa el CPP, debe tratarse de una advertencia que involucre un peligro inminente para la vida o la integridad corporal. De lo precedente resulta que las amenazas no graves y el ejercicio de fuerza que no alcanza a ser violencia no pueden servir de base para constituir la gravedad del injusto del robo³⁶, pues esta gravedad no es suficiente. Como se ha visto, tanto la amenaza como la violencia tienen una estructura instrumental integrada al delito de robo. Es decir, la violencia y la amenaza son graves y satisfacen los requerimientos del robo solo cuando, adicionalmente, son instrumentales; a saber, cuando ambas son funcionalmente idóneas para lograr la apropiación.

Aclarado el mínimo de empleo de fuerza que puede ser constitutivo de robo, es necesario hacer una distinción que no corresponde en el caso de las amenazas porque la violencia física puede tener como efecto diversos tipos de daño, algunos de ellos criminalizados como delitos independientes, como el homicidio y las lesiones corporales, entre otros. En el caso del CPP, si las lesiones corporales que se producen como resultado de la violencia no son graves, entonces se aplica la figura del robo agravado previsto en el inciso segundo del artículo 189; pero, si las lesiones son graves, se aplica el inciso tercero del artículo 189. Ello significa que el ejercicio de violencia del robo simple no debe tener como resultado un delito de lesión corporal, lo que en todo caso no significa que no genere daño en la víctima y, por ende, que no haya violencia. La violencia, como se ha visto, es lo que permite caracterizar el ejercicio de fuerza como suficientemente grave para el delito de robo. Algo semejante ocurre en el CPC porque si la violencia resulta en lesiones graves, ellas fundamentan un robo agravado (art. 439)³⁷. Si el robo

empleo de un umbral de energía que en sí mismo es relevante; es decir, independientemente de la conexión causal.

36 El delito de robo simple en el CPP tiene una restricción adicional, la que concierne a la magnitud del daño que es efecto de la violencia. La violencia no debe tener como efecto lesiones corporales leves porque, si las tiene, entonces se aplica la figura del robo agravado del artículo 189, inciso 2; y, si se causan lesiones graves, se aplica el artículo 189, inciso 3. En contraste, en el caso del CPC no existe tal restricción adicional; por ende, la violencia no necesariamente debe provocar lesiones corporales y, si las provoca, pueden ser lesiones corporales menos graves (art. 399) o leves (art. 494, N° 5).

37 En caso del CPC, es evidente que el resultado de lesiones corporales graves no necesariamente cabe derivarlo del ejercicio de violencia funcional. El robo agravado previsto en el artículo 433 sanciona también el homicidio y la violación, entre otros delitos, eventos que pueden ser coetáneos al robo. En consecuencia, el delito de robo en el CPP no siempre sanciona la violencia instrumental. En todo caso, si se está ante violencia instrumental, se trataría posiblemente de casos de «violencia física de segundo grado» que figurarían dentro de la regulación concursal prevista por la legislación.

supone cierto grado de daño, podría pensarse que no solo se requiere de violencia, sino adicionalmente de algún tipo de lesión corporal, como podrían ser lesiones graves o menos graves. No obstante, esto no es fundamental para el delito de robo con violencia porque esta, como hemos señalado, no requiere de la producción de un daño en términos de disminución a la integridad corporal o la salud.

En suma, la consideración conjunta de la amenaza y la violencia enriquece la comprensión de los elementos que son suficientes para la comisión del delito de robo. El descuido de la literatura sobre aquello que constituye violencia, provocado por el énfasis exclusivo en la amenaza como elemento fundamental para comprender la estructura del robo, ha dificultado entender que sus medios comisivos son instrumentales para la acción de apropiación y también dilucidar qué cualidades deben poseer dichos medios. El reconocimiento del carácter funcional de los medios comisivos inclina la balanza en favor de aquella parte de la literatura y jurisprudencia que considera que el delito de robo puede entenderse fundamentalmente como robo mediante amenaza (coacción)³⁸, en perjuicio de aquella postura que considera que lo que se regula es, adicionalmente, un atentado contra la seguridad individual (Peña, 2008, pp. 204-206). No obstante, la estructura del robo por sí misma no puede reducirse al robo como coacción porque esto desconocería la funcionalidad de la violencia física. De esta manera, el concepto de violencia física demuestra ser fundamental para una adecuada comprensión de esta figura penal y su examen puede, naturalmente, extenderse a los otros casos en que las legislaciones consideradas en este trabajo emplean de manera disyuntiva los términos «violencia» y «amenaza».

IX. CONCLUSIÓN

Esta investigación ha buscado identificar los elementos centrales que normalmente tendrían que concurrir para poder caracterizar un determinado fenómeno social como violencia física. Como resultado, se arribó a la formulación de un concepto «híbrido» de violencia física que se desagrega en «violencia física de primer grado» y «violencia física de segundo grado». Si bien ambas son independientes entre sí, están suficientemente relacionadas como para integrarlas como parte del mismo fenómeno de la violencia física. Ciertamente, en ambas están presentes la «normatividad», el «actor» y la «víctima», la «intención» (que persigue o no una finalidad) y el «daño», aunque se constataron ciertas diferencias respecto del «medio». Como puede apreciarse, este

La regulación en el CPP no tiene este problema porque no independiza el resultado lesivo de la conducta instrumental de violencia.

38 Para Chile, véase el debate en Bascuñán (2002). En Perú, entre otros, Salinas (2013, p. 989) adopta esta postura.

modelo híbrido no consiste en la presentación de condiciones necesarias y suficientes para conceptualizar la violencia; se trata, en contraste, de un modelo amplio capaz de extenderse o reducirse para agrupar diferentes formas de violencia. Gracias a esta flexibilidad conceptual, el modelo híbrido de violencia física y sus criterios de identificación permiten unificar una gran diversidad de comportamientos bajo una designación común. En este sentido, contribuye al estudio de la violencia en general.

La conceptualización de la violencia física ha permitido identificar elementos para el estudio de la violencia en general porque, como se ha visto, ambas comparten elementos como la «normatividad», el «actor» y la «víctima». Si bien es cierto que no hay completa correspondencia en el «daño», la «intención» y el «medio», ello es natural porque la violencia física es un caso especial de la violencia en general. En otras palabras, estos seis elementos, debidamente generalizados, están presentes en el fenómeno de la violencia independientemente de la forma específica que esta adopte. Cada uno de ellos puede modificarse para arribar a diversas conceptualizaciones de diferentes formas de violencia, ya sea alterando el «actor» y la «víctima» —por ejemplo, sustituyendo a los individuos por grupos como el Estado o agrupaciones no estatales—; modificando el «medio» —como podría darse mediante la sustitución de la fuerza por medios psicológicos—; o bien considerando la especialidad del «daño». Desde luego que es esperable encontrar variaciones en la comprensión de la violencia, pero esto no significa que los elementos previamente identificados se encuentren ausentes. Al contrario, como se sugiere, dichos elementos operan como vectores a través de los cuales pueden especificarse diversas formas de violencia y sería un error no integrarlos en la comprensión del fenómeno.

La conceptualización que se ha elaborado en la investigación ha debido sortear diferentes controversias para convertirse en un modelo plausible capaz de comprender el caso central de violencia: la violencia física. Este ha demostrado rendimiento para la interpretación de una conducta constitutiva de delito, el delito de robo con violencia o amenaza, pero su utilidad no se agota en el ámbito jurídico-penal. Como se ha visto, no solo se ha identificado el tipo de consideraciones que son relevantes para referirnos a la violencia física, sino que además estas pueden utilizarse para elaborar diferentes modelos de violencia. En este sentido, esta investigación provee de criterios para juzgar qué tipo de conductas pueden ser consideradas efectivamente como parte del fenómeno de la violencia, lo que no solo resulta relevante en el contexto filosófico sobre el concepto de violencia o el contexto interpretativo de la operación de los tribunales de justicia penal, sino que también ofrece un modelo conceptual capaz de guiar e integrarse a investigaciones empíricas. Sería especialmente interesante revisar diferentes investigaciones empíricas e identificar qué tipo de criterios señalan para el estudio de la violencia y

el miedo al delito, porque es posible que necesiten ser reconfigurados y refinados en atención a los elementos establecidos en esta investigación. Naturalmente, dicha revisión y examen deberá ser parte de otro trabajo.

37

REFERENCIAS

- Arendt, H. (1970). *On Violence*. San Diego: Harvest, HBJ Book.
- Asmann, P., & O'Reilly, E. (2020, 20 de enero). Balance de Insight Crime de los homicidios en 2019. *Insight Crime*. <https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/balance-homicidios-2019/>
- Audi, R. (2009). On the Meaning and Justification of Violence. En V. Bufacchi (ed.), *Violence: A Philosophical Anthology* (pp. 136-167). Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Bäck, A. (2004). Thinking Clearly about Violence. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, 117(1), 219-230. <https://doi.org/10.1023/B:PHIL.0000014534.75890.da>
- Bascuñán, A. (1994). La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47(3), 191-306.
- Bascuñán, A. (2002). El robo como coacción. *Revista Estudios de la Justicia*, (1), 55-125. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2011.14974>
- BBC News. (2021, 4 de marzo). *Myanmar: la violenta represión a las protestas contra el golpe de Estado deja decenas de manifestantes muertos*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-56275290>
- Betz, J. (1977). Garver's Definition and a Deweyan Correction. *Ethics*, 87(4), 339-351. <https://doi.org/10.1086/292046>
- Boudri, C. (2002). *What Was Mechanical About Mechanics. The Concept of Force Between Metaphysics and Mechanics From Newton to Lagrange* (Sen Mcglinn, trad.). Dordrecht: Springer.
- Bratman, M. (2007). *Structure of Agency. Essays*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brudner, A. (2009). *Punishment and Freedom. A Liberal Theory of Penal Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Bufacchi, V. (2008). *Violence and Social Justice*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Burgess-Jackson, K. (2003). Violence in Contemporary Analytic Philosophy. En W. Heitmeyer y J. Hagan (eds.), *International Handbook of Violence Research* (pp. 989-1004). Nueva York: Kluwer.
- Childress, J., & Kennedy, J. (1978). Some Reflections on Violence and Nonviolence. *Philosophical Papers*, 7(1), 1-14. <https://doi.org/10.1080/05568647809506480>
- Coady, C. A. J. (2008). *Morality and Political Violence*. Cambridge: Cambridge University Press.

CONCEPTUALIZAN-
DO LA VIOLENCIA
Y LA VIOLENCIA
FÍSICA: UN ANÁLISIS
COMPARADO
DE LAS LEGISLA-
CIONES DE PERÚ Y
CHILE

CONCEPTUA-
LIZING VIOLENCE
AND PHYSICAL
VIOLENCE: A COM-
PARATIVE ANALYSIS
OF THE LEGISLA-
TIONS OF PERU
AND CHILE

Collins, R. (2008). *Violence. A Micro-sociological Theory*. Princeton: Princeton University Press.

Comisión Nacional de Seguridad de Tránsito (Conaset). (s.f.). *Observatorio de Seguridad Vial*. <https://www.conaset.cl/programa/observatorio-datos-estadistica/>

Cuevas, C., & Rennison, C. (2016). *The Wiley Handbook on the Psychology of Violence*. Chichester: Wiley.

Cury, E. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.

Darwall, S. (2006). *Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Davidson, D. (2001). Agency. En D. Davidson, *Essays on Actions and Events* (2da ed.). Oxford: Oxford University Press.

Dowe, P. (2000). *Physical Causation*. Oxford: Oxford University Press.

Edwards, L., Penn, N., & Winter, J. (2000). *The Cambridge World History of Violence*. Cambridge: Cambridge University Press.

Emirbayer, M., & Mische, A. (1998). What Is Agency? *American Journal of Sociology*, 103(4), 962-1023. <https://doi.org/10.1086/231294>

Enoch, D. (2010). Moral Luck and the Law. *Philosophy Compass*, 5(1), 42-54. <https://doi.org/10.1111/j.1747-9991.2009.00265.x>

Enoch, D. (2012). Being Responsible, Taking Responsibility, and Penumbral Agency. En U. Heuerer y G. Lang (eds.), *Luck, Value and Commitment. Themes From the Ethic of Bernard Williams* (pp. 95-132.). Oxford: Oxford University Press.

Feinberg, J. (1984). *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others* (vol. I). Oxford: Oxford University Press.

Fletcher, G. (2020). *The Philosophy of Well-Being*. Londres: Routledge.

Frankfurt, H. (1971). Free Will and the Concept of a Person. *The Journal of Philosophy*, 68(1), 5-20. <https://doi.org/10.2307/2024717>

Frazer, E., & Hutchings, K. (2020). *Violence and Political Theory*. Cambridge: Polity.

Galtung, J. (1969). Violence, Peace, and Peace Research. *Journal of Peace Research*, 6(3), 167-191. <https://doi.org/10.1177/002234336900600301>

García, P. C. (2019). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ideas.

Garver, R. (2009). What Violence Is. En V. Bufacchi (ed.), *Violence: A Philosophical Anthology* (pp. 170-182). Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Gheaus, A. (2018). Personal Relationship Goods. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=personal-relationship-goods>

Goti, J. M. (2008). *Suerte, moralidad y responsabilidad moral*. Buenos Aires: Hammurabi.

Hamilton, L. (2003). *The Political Philosophy of Needs*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hanoch, B. (2017). Vagueness and Family Resemblance. En H. Glock y J. Hyman (eds.), *A Companion to Wittgenstein* (pp. 407-419). Chichester: Wiley.

Harris, J. (1974). The Marxist Conception of Violence. *Philosophy and Public Affairs*, 3(2), 192-220.

Heath, J. (2020). Methodological Individualism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/methodological-individualism/>

Hernández, H. (2011). Art. 10 n^o 13. En J. Couso y H. Hernández (dir.), *Código penal comentado* (libro I, pp. 280-28). Santiago de Chile: LegalPublishing Chile.

Hirsch, V. A. (1986). Injury and Exasperation: An Examination of Harm to Others and Offense to Others. *Michigan Law Review*, 84(4), 700-714. <https://doi.org/10.2307/1288841>

Holmes, R. (1989). *On War and Morality*. Princeton: Princeton University Press.

Hruschka, J. (2005). *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Montevideo y Buenos Aires: BdeF.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (s.f.). *Accidentes de tránsito*. <https://www.inei.gov.pe/estadisticas/indice-tematico/traffic-accidents/>

Jacquette, D. (2013). Violence as Intentionally Inflicting Forceful Harm. *Revue Internationale de Philosophie*, 265(3), 293-322. <https://doi.org/10.3917/rip.265.0293>

Jakobs, G. (1997). *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas.

Jakobs, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jakobs, G. (2007). *La pena estatal. Significado y finalidad*. Madrid: Thomson & Civitas.

Kutz, C. (2000). *Complicity. Ethics and Law for a Collective Age*. Cambridge: Cambridge University Press.

McKenna, M. (2012). *Conversation and Moral Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.

North, D., Wallis, J., & Weingast, B. (2009). *Violence and Social Orders. A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. Cambridge: Cambridge University Press.

Oliver, G. C. (2013). *Delitos contra la propiedad*. Santiago de Chile: LegalPublishing.

Parry, J. (2010). *Understanding Torture*. Michigan: University of Michigan Press.

Peña, A. C. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial* (vol. II). Lima: Idemsa.

Pinedo, C. S. (2017). La Relevancia de las Amenazas con Contenido Ficticio en los Delitos de Coacción Patrimonial. Un Planteamiento a partir de las Legislaciones Penales de Perú y Chile. *Revista de Ciencias Penales*, 45(4), 29-56.

CONCEPTUALIZANDO LA VIOLENCIA Y LA VIOLENCIA FÍSICA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES DE PERÚ Y CHILE

CONCEPTUALIZING VIOLENCE AND PHYSICAL VIOLENCE: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGISLATIONS OF PERU AND CHILE

Ragues, R. V. (2003). ¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del derecho penal. En E. Lynett (coord.), *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (vol. II, pp. 481-496). Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Raine, A. (2013). *The Anatomy of Violence. Biological Roots of Crime*. Nueva York: Pantheon Book.

Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.

Ristroph, A. (2011). When Freedom isn't Free. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 14(3), 468-485. <https://doi.org/10.1525/nclr.2011.14.3.468>

Salinas, R. S. (2013). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Grijley.

Sánchez, J. M. (1999). *La violencia en el Derecho Penal. Su análisis jurisprudencial y dogmático en el CP 1995*. Barcelona: Bosch.

Sarat, A., & Culbert, J. (2009). *States of Violence. War, Capital Punishment, and Letting Die*. Cambridge: Cambridge University Press.

Scanlon, T. M. (1998). *What We Owe to Each Other*. Harvard University Press: Cambridge Mass.

Tadros, V. (2014). What Might Have Been. En J. Oberdiek (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts* (pp. 171-192). Oxford: Oxford University Press.

Taylor, C. (1985). What is Human Agency. En *Human Agency and Language Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press.

Vorobej, M. (2016). *The Concept of Violence*. Abingdon: Routledge.

Weale, A. (1998). Need and interests. En E. Craig (ed.), *The Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Reino Unido: Routledge.

Weatherford, R. (1983). Defining the Least Advantaged. *The Philosophical Quarterly*, 33, 63-69. <https://doi.org/10.2307/2219204>

Williams, N. (1982). *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980*. Cambridge: Cambridge University Press.

Williams, R. (1983). *Keywords. A Vocabulary of Culture and Society* (edición revisada). Nueva York: Oxford University Press.

Woodward, J. (2003). *Making Things Happen. A Theory of Causal Explanation*. Oxford: Oxford University Press.

Wyckoff, J. (2013). Is the Concept of Violence Normative? *Revue Internationale de Philosophie*, 265(3), 337-352. <https://doi.org/10.3917/rip.265.0337>

Recibido: 05/10/2021
Aprobado: 10/01/2022