





# JUSTITIA FAMILIAE

Revista de las Comisiones Nacionales PpR Familia  
y de Implementación de la Ley N° 30364 de la Corte  
Suprema de Justicia de la República del Perú

Año I, N° 1. 2016

Lima - Perú

## **Justitia Familiae**

Revista de las Comisiones Nacionales PpR Familia y de Implementación de la Ley N° 30364 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú  
Año I, N° 1. 2016  
Lima - Perú

### **Directora**

Columba del Carpio Rodríguez, Jueza Suprema(Pr)

### **Comité Editorial**

Columba del Carpio Rodríguez, Jueza Suprema (Pr)  
Elvira Álvarez Olazábal, Jueza Superior de Lima  
Fanny Oláscoaga Velarde, Jueza de Familia Lima Norte  
Milagros Álvarez Echarri, Jueza de Familia de Lima

### **Personal de Apoyo**

Hilda Cardeña Chumbe, Coordinadora PpR Familia  
Johan Agapito Lazarte, Colaborador

*El objetivo de la presente revista es incentivar la investigación científica de Juezas, Jueces y profesionales de la Especialidad y mediante ella optimizar el servicio de justicia.*

*Los destinatarios de Justitia Familiae son las Juezas, Jueces, profesionales de la Especialidad y comunidad jurídica nacional e internacional.*

*El Comité Editorial se reserva el derecho de efectuar la corrección y edición necesarias para la publicación.*

*La revista no se responsabiliza por las opiniones de los autores de los artículos.*

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de los artículos publicados; sin embargo pueden efectuarse referencias bibliográficas de los mismos, precisando la fuente.*

*La presente revista es de circulación gratuita, admitiéndose cambios con publicaciones homólogas.*

**Efectuado el Depósito Legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú Reg. 201616351**

### **Corte Suprema de Justicia de la República Perú**

Palacio Nacional de Justicia  
Av. Paseo de la Republica S/N - Of. 452  
Email: pprfamiliae@gmail.com  
Web: <http://pprfamilia.pj.gob.pe>

## CONTENIDO

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO <i>GRACIELA MEDINA</i>	15
LA RELACION ENTRE MEDIACIÓN Y LA SEGURIDAD JURIDICA EN EL CONTEXTO DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES. JUSTICIA OBJETIVA VERSUS JUSTICIA SUBJETIVA <i>GUILLERMO OROZCO PARDO</i>	75
IMPLICACIONES DE LAS VIOLENCIAS EN LOS DERECHOS DE FAMILIA Y LA DIGNIDAD HUMANA. <i>AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI</i>	113
PERSPECTIVAS DEL SISTEMA PENAL. SOBRE LA NECESIDAD DE UN DERECHO PENAL DE MENORES <i>MARÍA JOSÉ CRUZ BLANCA</i>	169
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL MODELO DE INTERVENCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA LEY 30364 <i>ALEX F. PLÁCIDO V.</i>	191
TOMANDO EN SERIO LA TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO <i>JIM L. RAMÍREZ FIGUEROA</i>	209
LA RECREACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL <i>ROXANA ISABEL PALACIOS YACTAYO</i>	229
LA SUCESIÓN EN LAS UNIONES DE HECHO CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 30007 <i>ÁNGEL M. VENEGAS ANCAJIMA</i>	245
UNA NUEVA VISION DEL PROCESO PENAL JUVENIL EN EL DISTRITO JUDICIAL DEL SANTA <i>MARÍA GRACIELA KCOMT KCOMT</i>	253
LA VIOLENCIA ECONOMICA Y PATRIMONIAL <i>ANDREA CAROLA PONCE AGUILAR</i>	269

LA PROBLEMÁTICA SOBRE LAS DENUNCIAS Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA <i>GARDENIA SAÑAC VILCA</i>	279
LA TERAPIA FAMILIAR SISTÉMICA: ANÁLISIS E INTERVENCIÓN EN UN CASO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR <i>PEDRO E. MAKER PERALTA</i>	285
LA VIOLENCIA FAMILIAR Y SU INCIDENCIA EN LA SINTOMATOLOGÍA PSICOPATOLÓGICA EN MUJERES QUE ACUDEN A LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA, EN EL AÑO 2016 <i>RAFAEL ENRIQUE AZÓCAR PRADO</i>	297
SECCIÓN INSTUCIONAL	315



***Dr. Víctor Ticona Postigo***  
*Presidente del Poder Judicial del Perú*  
*2015 - 2016*







*Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú*





*Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*



## PRESENTACIÓN

La revista *Justitia Familiae*, ve la luz por vez primera, por iniciativa de las Comisiones Nacionales PpR Familia y de Implementación de la Ley 30364 para Prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, creadas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, frente a la necesidad de contar con un órgano de expresión de la Especialidad, en momentos en que se plantea el desafío de un nuevo Derecho de Familia.

El principal objetivo de nuestra “*Justicia Familiar*” es a la par que incentivar la investigación científica de Jueces y profesionales de la Especialidad, mediante ella optimizar el servicio de justicia, dotándolo de herramientas acordes a las exigencias del actual momento, en que el Derecho de Familia centra su atención en quienes, otrora excluidos socialmente, hoy se yerguen como colectivos que reclaman la igualdad, conocidos ahora como personas y grupos en situación de vulnerabilidad, al impulso del dínamo jurídico de los Derechos Humanos.

En esa línea, este primer número cuenta con importantes aportes de Juezas y Jueces de Familia, Profesionales de los Equipos Multidisciplinarios y colaboradores de la Especialidad de todo el país, así como con importantes contribuciones de destacados juristas nacionales e internacionales de primerísima calidad, a todos quienes les expresamos nuestro agradecimiento y augurio de seguir por la senda de la investigación jurídica con sentido social.

Anhelamos que nuestra *Justitia Familiae*, primera revista de la especialidad en el medio, por las referidas razones y con los valiosos aportes de sus autores que permitan ir avanzando al Derecho de Familia en beneficio de la institución familiar, de sus integrantes y la sociedad en general, logre posicionarse en la comunidad jurídica peruana e internacional.

Lima, diciembre de 2016

Las Comisiones Nacionales PpR Familia y de  
Implementación de la Ley 30364 del Poder Judicial del Perú



# “JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”

## “¿PORQUE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO? Y ¿CÓMO JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO?”

GRACIELA MEDINA<sup>1</sup>

Magistrado de la Cámara Civil y Comercial Federal de Buenos Aires Argentina.

### 1. Introducción

El objetivo de este trabajo es dar respuesta a dos interrogantes, el primero es **por que juzgar con perspectiva de género** y el **segundo es como se juzga con perspectiva de género**.

Para contestar la primera pregunta daremos un concepto de “género” y estableceremos su relación con los patrones socio culturales.

Para especificar como se juzga con perspectiva de género estableceremos la necesidad de una capacitación generalizada en el tema de violencia de género de todos los operadores tribunalicios y enunciaremos los principios generales que deben tenerse en cuenta imprescindiblemente al momento de juzgar para luego realizar un análisis de casos jurisprudenciales.

En el análisis de la jurisprudencia trataremos de mostrar la necesidad de juzgar con perspectiva de género en todos los ámbitos del derecho para poner de relieve la transversalidad del tema y la necesidad de formar a todos los operadores del derecho, porque consideramos que es erróneo pensar que la necesidad de juzgar con perspectiva de género se limita a la violencia intrafamiliar o al femicidio.

Así describiremos casos de derecho penal, familiar, responsabilidad civil, libertad sexual y reproductiva, responsabilidad del estado, derecho bancario, y derecho electoral entre otros, y en su análisis empírico resaltaremos los principios generales que son necesarios aplicar en la toma de decisiones jurisprudenciales con perspectivas de género.

También señalaremos los errores que se cometieron en algunas resoluciones por no juzgar con perspectiva de género y las consecuencias que ello tiene para las víctimas y para los estados en general.

## 2. ¿Porque juzgar con perspectiva de género?

La revolución Francesa incorpora al mundo occidental el postulado general y absoluto de la igualdad de todos los seres humanos.

Este indiscutible principio de derecho requirió más de dos siglos para que su enunciado adquiriera eficacia práctica. Al comienzo, la igualdad se obtuvo sólo para los hombres. Inicialmente eran iguales los hombres burgueses que tenían una renta mínima y sólo ellos podían votar, luego, fue aceptado que todos los hombres por su condición de tales tenían derechos electivos, y tras guerras y genocidios, se incorporaron los derechos humanos.

Desde 1789 pasó casi un siglo y medio para que el postulado de igualdad se aplicara a las mujeres. La concretización, al igual que en el caso de los varones, se hizo en forma paulatina, pero a diferencia de ellos, el proceso fue mucho más lento y hoy se encuentra inacabado.

A las personas del género femenino, tras ardua lucha, se les reconoció el derecho al sufragio, luego se aceptó su igualdad en orden a la capacidad patrimonial, cualquiera fuera su estado civil, y finalmente se le reconoció su igualdad en la esfera doméstica.

Desde mediados del siglo pasado se advirtió que los reconocimientos legislativos nacionales individuales, resultaban insuficientes para dar eficacia al principio de igualdad de las mujeres, universalmente reconocido por los países occidentales como pilar indiscutible de todos los ordenamientos jurídicos.

Para lograr concretar en la práctica la igualdad de las mujeres, se necesitó que la comunidad de naciones dictara convenciones internacionales, en las cuales los Estados se comprometían a establecer mecanismos idóneos para convertir en realidad las declaraciones de igualdad de sus legislaciones internas, mediante la adopción de medidas positivas tendientes a evitar que, por su género las mujeres, no alcanzaran a gozar de sus derechos humanos básicos.<sup>2</sup>

Dictadas las convenciones internacionales y sancionadas las leyes nacionales, los datos que muestran la realidad y que plasman las estadísticas, reflejan que las mujeres siguen siendo víctimas de violencia doméstica, laboral, sanitaria, educativa y política en razón de su género,



y que no gozan de igualdad con los varones en orden al ejercicio de sus derechos humanos básicos.

Esto demuestra la insuficiencia de las leyes para cambiar una cuestión ancestral de injusticia y de victimización, al tiempo que advierte como única solución definitiva la formación cultural.

No nos cabe duda que hoy debieran ser innecesarias las medidas de discriminación inversa, en favor de las mujeres (como las aplicables en las denominadas “ley de cupo”), ya que un mundo que hace dos siglos y medios construye su organización jurídica en base a la igualdad de los seres humanos debería tener internalizada socialmente esa igualdad para el género femenino. Pero por más que nos llene de vergüenza admitirlo, hay muchos seres humanos en todos los estratos sociales que no respetan el paradigma de igualdad de géneros y violan los derechos humanos de las mujeres en formas constantes, continuas e impunes, con el agravante que a veces lo hacen desde el mismo Estado. De allí la necesaria intervención de la Justicia.

En atención a esta situación, nos hemos propuesto en este trabajo explicar cómo debe intervenir la justicia cuando juzga hechos en los cuales se encuentra comprometido el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres.

Evidentemente los magistrados no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se decide los derechos de dos hombres o de dos empresas, sino que debe juzgar con perspectiva de género.

Si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismo procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto.

Así por ejemplo si al tiempo de juzgar una situación de violencia sexual contra la mujer que perdura durante seis años el tribunal considera que la mujer que no denunció consintió la violación, ignorando las especiales

características de la víctima de violencia, va a dictar un pronunciamiento injusto que demuestra que las leyes no bastan a la hora de juzgar sin una adecuada preparación en género del operador del derecho. Pero no solo la decisión va a ser injusta en el caso concreto sino que va a colaborar a aumentar la violencia porque que esa ineffectividad judicial discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.<sup>3</sup>

Por otra parte si el juzgador no entiende por qué la víctima no ha denunciado anteriormente los sucesos que hace años dice padecer, y descrea de la víctima y de los testigos por el mero transcurso del tiempo, realiza una valoración carente de sustento jurídico, y fundamenta el sobreseimiento en supuestos que revictimizan a la damnificada y devuelven un mensaje de culpabilización por los hechos que ha denunciado vivir.

Quienes juzgan de esta forma desconocen la bibliografía actualizada, que hacen referencia a las dificultades de las mujeres víctimas de violencia para denunciar los hechos que las afectan, así como también los fundamentos y objetivos de las políticas públicas que desde el servicio de justicia se vienen desarrollando desde hace algunos años, a fin de garantizar asistencia eficaz y oportuna<sup>4</sup>

### 3. Género

Para juzgar con perspectiva de género hay que comenzar por entender que es el género, al respecto como expresa la célebre frase de Simone de Beauvoir, “no se nace mujer; se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto...”<sup>5</sup>

En efecto, el concepto de género –comprensivo de ambos sexos- consiste en una construcción social que se genera, se mantiene y se reproduce, fundamentalmente, en los ámbitos simbólicos del lenguaje y de la cultura. En definitiva, se trata de una construcción social.

La desigualdad de la mujer y el hombre construida a partir de patrones socioculturales da lugar a violencia estructural contra la mujer que

encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos.

El concepto de género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de ser mujeres.

Para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra, polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación tanto en el ámbito institucional e ideológico, como en el psicológico. Este poder del varón se legitima y mantiene al dividir el mundo social en dos esferas, una pública o de la producción y una privada – doméstica o del cuidado. La interiorización de esta división y la coexistencia de ambos dominios están tan arraigadas que ha contribuido a que la sociedad en general acepte tácita y explícitamente la superioridad del varón sobre la mujer y la necesidad de dependencia de las mujeres, es decir, la asimetría de la posición de los sujetos.<sup>6</sup>

Debe recordarse que el concepto de “género” se empezó a utilizar, ya desde 1960, pero cobra mayor relevancia, en las negociaciones y documentos de Naciones Unidas, durante la última etapa de la preparación de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, de 1995; y ciertamente, fue motivo de intensas y difíciles negociaciones para lograr que se aceptara su inclusión en la Declaración y en la Plataforma de Acción de Beijing, esto es, quince años después de que la Convención fuera adoptada por la Asamblea General y abierta a la firma de los Estados.

Acerca del concepto de “género”, hay que tener en cuenta que mientras el término sexo identifica las diferencias biológicas y constitutivas de las mujeres y los hombres (o del macho y de la hembra, cuando se trata de animales), género se entiende como el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos. Por tanto, el género no se refiere simplemente a mujeres u hombres, sino a la relación entre ellos y la manera en que se construyen socialmente.

Al respecto hay que señalar que un hito histórico fundamental en la lucha de las mujeres por la igualdad y la no discriminación, fue la distinción que se estableció entre sexo y género; ya que permitió entender que la única diferencia “natural” o biológica entre mujeres y hombres se encuentra en las características físicas de sus órganos sexuales. De esta manera, el sexo de las personas se refiere a su anatomía. Mientras que el concepto de género hace referencia a todas aquellas prácticas, valores, costumbres y tareas que la sociedad –y no la naturaleza – le ha asignado de forma distinta a cada uno de los sexos, de manera que tenemos un género femenino y un género masculino. El valor político de esta distinción es enorme, en la medida en que las tareas y responsabilidades asignadas a cada uno de los géneros son obra de la sociedad<sup>7</sup>

Vale recordar que el género es una construcción cultural, que ha sido definido con claridad al decirse que es **“el conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres [...] La cultura marca a los sexos con el género y el género marca la percepción de todo lo demás: lo social, lo político, lo religioso, lo cotidiano”** (Lamas<sup>8</sup>). Por eso, el género es una categoría transdisciplinaria, que desarrolla un enfoque globalizador y se construye sobre roles y funciones atribuidas a hombres y mujeres en una sociedad de un lugar y una época determinados (Gamba). Hay que vencer la “extraordinaria inercia que resulta de la inscripción de las estructuras sociales en el cuerpo”<sup>9</sup>(Pierre Bourdieu), erradicar los estereotipos que hemos aprendido desde las épocas más lejanas de la historia y que tenemos como “inscriptos” en nuestro propio ser, lo que conlleva un trabajo largo y paciente que incluye tareas de aprendizaje, de formación de conciencias y desarrollo de amplias políticas de Estado para revertirlos<sup>10</sup>.

Un ejemplo de construcciones de género entabladas en patrones socio culturales esta dado por la creencia que el hombre conduce automóviles mejor que la mujer y que la mujer no sabe manejar bien. Esto lleva a cercenar una parte del mercado laboral femenino porque en general no hay mujeres colectiveras, ni taxistas, ni camioneras.

### 3.1. Errores comunes con respecto al género

Creemos que para cumplir con el propósito de lograr juzgar con perspectiva de género hay que evitar caer en algunos errores comunes como ser:

- Identificar la palabra género, explícita o implícitamente, como sinónimo de mujer.
- Entender que la perspectiva de género es “la problemática de la mujer”, cuando en realidad es la relación entre mujeres y hombres.
- Considerar que se remueven los patrones culturales invitando a las mujeres (a las reuniones, a la información, a la capacitación) sin que se produzcan transformaciones, ni cambios de la realidad.
- Estimar que “trabajar con una perspectiva de género” es una actividad laboral, sin realizar cambios en la vida privada, y personal.
- Pensar que la perspectiva de género es “adaptar” a las mujeres al mundo de los hombres.
- Creer que la “perspectiva de género” tiene importancia solo en el ámbito de la violencia doméstica.
- Entender que en los ámbitos comerciales, mercantiles o empresariales” la perspectiva de género carece de importancia.

### 3.2. Juzgar con perspectiva de género implica conocer la influencia de los patrones socioculturales en la violencia contra la mujer

Para lograr juzgar con perspectiva de género se requiere reconocer que existen patrones socio cultural que promueven y sostienen la desigualdad de género, son necesarios conocer y aceptar su existencia al momento de juzgar.

En otras palabras es necesario un intenso y profundo proceso de educación del juzgador que permita ver, leer, entender, explicar e interpretar las prácticas sociales y culturales con otra visión

Estamos convencidos que resulta indispensable contar con una adecuada perspectiva de género a la hora de analizar y abordar situaciones de

violencia familiar en general y en particular en el caso de las mujeres. Es decir, que tenemos que analizar la realidad sobre la base de la existencia de condiciones históricas de desigualdad entre hombres y mujeres.

Es muy importante que el juzgador comprenda que no es posible tener una mirada “neutral” a la hora de valorar los hechos y las conductas. O se tiene una mirada basada en una perspectiva de género o invariablemente se juzgará con una mirada patriarcal y estereotipada, que ha sido la posición dominante en nuestra cultura y entonces, la situación de vulnerabilidad y dominación de las mujeres no tendrá fin.

#### 4. Patrones socioculturales.

La influencia de los patrones socio culturales en la violencia de género contra las mujeres, ha estado presente en la consideración de la comunidad internacional y por eso fue específicamente incluida en la redacción de la Convención.

Así, ya desde su prólogo se reconoce que *para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia*. Luego, en su artículo 5° aborda de manera más decidida este aspecto al disponer que *Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*.

Esta valoración expuesta por la Convención, fue uno de sus grandes aciertos y abrió el camino a su consideración en los documentos suscriptos con posterioridad. En este sentido, la Convención de “Belém do Pará” también desde su prólogo señala la preocupación porque *“la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”*. Más adelante, en su Artículo 6°, explicita que *“el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: (...) b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento*

*y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.*

## **5. Principios generales imprescindibles al juzgar con perspectiva de género.**

A continuación relataremos los principios que deben ser tenidos en cuenta al juzgar con perspectiva de género, estos principios son extraídos de las decisiones de la Corte Internacional de Derechos Humanos, han sido aplicados por La Corte Suprema de Justicia Argentina y pueden ser aplicados por cualquier país.

## **6. Principio de razonabilidad. Categorías sospechosas.**

En principio, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima el Tribunal debe analizar su razonabilidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 89; Fallos: 332:433, considerando 5°), esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si esa distinción es un medio adecuado para alcanzar esos fines (Fallos: 327:3677, considerando 12°). Cuando las diferencias de trato están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” -como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa, o el origen social o nacional- los Tribunales deben aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (cf. Fallos: 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433; y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecida en precedentes tales como “United States v. Carolene Products Co.” 304 U.S. 144, del 25 de abril de 1938, en particular, pág. 152, 11. 4; “Toyosaburo Korematsu y. United States” 323 U.S. 214, del 18 de diciembre de 1944; y “Graham v. Richardson” 403 U.S. 365, del 14 de junio de 1971, y sus citas).

## **7. Inversión de la carga de la prueba en los supuestos de categoría sospechosa.**

Al juzgar con perspectiva de género en los casos en que se resuelve sobre la discriminación contra la mujer o casos de violencia, se debe invertir la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (Fallos: 332:433, considerando 6° y sus citas).

## 8. Fundamento de la teoría de las categorías sospechosas.

El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados, como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aun en la actualidad. Desde este punto de vista, el género constituye una categoría sospechosa.

## 9. Estándar probatorio.

Con relación a las cargas probatorias hay que tener en cuenta que “...la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor... Para compensar estas dificultades... el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones... para la parte que invoca un acto discriminatorio es suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”

En el contexto normativo descripto, cuando una persona alude discriminación en base a una categoría sospechosa, como lo es el género a la que ella pertenece, su derecho constitucional a la igualdad hace pesar sobre la decisión cuestionada una presunción de invalidez que deberá ser desvirtuada. Para desvirtuar esa presunción los demandados deben acreditar que el acto impugnado responde a un fin legítimo, y que la diferencia de trato en perjuicio de la actora es el medio menos restrictivo para alcanzarlo.

## 10. El control de convencionalidad

Es imprescindible que al juzgar con sentido de género los magistrados realicen un control de convencionalidad para evitar que una norma local dejen vacía de contenido a la Convención.



## **11. La protección de los derechos humanos debe darse contra ataques de la autoridad estatal y contra ataques de particulares.**

La Corte Suprema de Justicia Argentina tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional... “Que nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ –porque son los derechos esenciales del hombre- éste circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad lato sensu carezca de protección constitucional adecuada...”.<sup>11</sup>

## **12. Aplicación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aunque la Argentina no haya sido parte.**

La corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado la aplicación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún en supuesto en supuestos en los que la Argentina no ha sido parte. Así por ejemplo en los casos “Simón” y “Mazzeo” los jueces hicieron directa aplicación de la Jurisprudencia de la Corte IDH, en materia de Lesa Humanidad, aún cuando se trataba de decisiones en las cuales Argentina no había sido parte.

Esto es de suma importancia en el tema que nos ocupa porque hace aplicable toda la Jurisprudencia de la Corte IDH en materia de violencia contra las mujeres.

## **13. Doctrina del “Margen de Apreciación Nacional”**

El margen de apreciación nacional es una doctrina ampliamente utilizada por varios tribunales internacionales, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que se traduce en una suerte de deferencia del tribunal correspondiente hacia las autoridades nacionales para que sean éstas las que decidan sobre una determinada cuestión. La aplicación de esta doctrina al ámbito de los derechos humanos ha supuesto la concesión de cierto margen de actuación a las autoridades nacionales, que serían las encargadas de resolver determinadas vulneraciones de derechos humanos en aquellos casos en los que el tribunal internacional correspondiente

considera que los órganos internos están mejor posicionados e informados que el propio órgano internacional para resolver la cuestión litigiosa.

El margen de apreciación es un instrumento interpretativo que parte de la idea de que, un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan, por el contrario existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia a un régimen de derechos humanos.

La Corte Derechos Humanos de San José de Costa Rica ha realizado una utilización muy inferior del margen de apreciación nacional que la Corte de Derechos Humanos de Europa y que conozcamos nunca ha aplicado la doctrina del margen de apreciación nacional en materia donde están comprometidos derechos de las mujeres. ya que se ha encargado de señalar que sus sentencias son obligatorias aún en los casos en los que el país no ha sido parte.

Por otra parte la Corte Suprema de Justicia Argentina, en general admite la obligatoriedad de las sentencias de Derechos Humanos de la Corte de San José de Costa Rica En un solo caso, hasta ahora la Corte Suprema Argentina ha utilizado la doctrina del margen de apreciación Nacional para rechazar un reclamo individual de una mujer apoyado en Tratados Internacionales que gozan de jerarquía constitucional. Así en la causa D. de P.V<sup>12</sup> donde la reclamante impugnaba un artículo del Código Civil que excluía a la mujer de la legitimación para impugnar judicialmente la paternidad del marido, con base entre otras normas, en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la mayoría de la Corte sostuvo que

“Que el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común. En este orden de ideas, la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias. El art. 259 del Cód. Civil, que atribuye al marido y no a la mujer la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal --que no pesa, obviamente, sobre la mujer, puesto que su maternidad queda

establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242, Cód. Civil)-- a fin de que el sujeto sobre quien opera presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley, desligándose así de las obligaciones de una paternidad que le es ajena.”

Además señaló que “la presunción de paternidad legítima, que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial, no tiene su fundamento en la presunción de inocencia de la cual goza la mujer por su carácter de casada con relación al adulterio, sino en el valor institucional de la familia legítima y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio. Los instrumentos internacionales de derechos humanos que se hallan en juego en esta causa contienen manifestaciones evidentes de la valoración de la familia constituida como realidad indispensable al bien personal y al bien común (Pacto de San José de Costa Rica, art. 17, párrafos 1 y 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.1) Y del margen de apreciación de las autoridades nacionales para regular los medios de protección de la institución familiar, protección que, indudablemente, debe mantener el equilibrio con la tutela de otros valores esenciales. De esta tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, conforme a la ponderación efectuada por el Poder Legislativo de la Nación”

La norma cuestionada ha sido dejada de lado por el nuevo Código Civil y Comercial Nacional, que comenzó a regir el 1 de agosto del 2015, que acepta que la mujer se encuentra legitimada para impugnar la paternidad de su marido aunque al hacerlo reconozca su propio adulterio.

#### **14. Jurisprudencia.**

A continuación analizaremos algunos casos donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos y La Suprema Corte Argentina han Juzgado con perspectivas de género.

## **a) Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile**

### **Discriminación por orientación sexual.**

#### **Hechos**

Un matrimonio compuesto por una jueza y un abogado chileno se divorcian y deciden que la custodia de las hijas quede a cargo de la madre. La progenitora inicia una relación lesbiana permanente y comienza a convivir con su pareja y las menores, motivo por el cual el padre solicita el cambio la custodia de las niñas

Los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R.1 en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas.

#### **Decisorio Juzgado de menores de Villarica y Corte de Apelaciones de Temuco.-**

En el marco del proceso de tuición, el Juzgado de Menores de Villarica adoptó, entre otras, dos decisiones. La primera de ellas se concentró en decidir sobre una tuición provisional solicitada por el padre. El 2 de mayo de 2003 dicho Juzgado concedió la tuición provisional al padre aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En dicha decisión, el Juzgado motivó la decisión, *inter alia*, con los siguientes argumentos: i) “que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia”.

El 29 de octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó una segunda decisión en la que rechazó la demanda de tuición, intentada por el padre de las menores, considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Dicha decisión fue apelada. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia.

### **Decisorio Corte Suprema de Justicia de Chile**

Ante el decisorio de la Corte de Apelaciones de Temuco, el padre de las niñas presentó recurso de queja. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso, concediendo la tuición definitiva al padre. En dicha sentencia, la Corte Suprema indicó que “en todas las medidas que le conciernan, a los niños y niñas, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres”. Además, la Corte Suprema fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

i) “se ha prescindido de la prueba testimonial, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”; ii) “el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”; iii) la señora Atala “ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”; iv) “la eventual confusión de roles sexuales que puede producírseles por la carencia en el hogar de

un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas”, y v) “es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”. Por tanto, la Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituían “causa calificada” de conformidad con el artículo 225 del Código Civil chileno, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración”.

### **Decisorio CIDH**

La Corte reiteró que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades. Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

Se puso de resalto que el objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. Igualmente, constató que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones,

estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

La Corte observó que al ser el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

Se consideró que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios.

Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte consideró que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resaltó que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.

Por tanto, concluyó que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R..

Frente a la alegada confusión de roles en las tres niñas que podría generar la convivencia de la señora Atala con su pareja, el Tribunal consideró que tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. El Tribunal observó que, en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia no falló con base en un análisis in abstracto del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas. Por tanto, el Tribunal concluyó que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido.

Finalmente, ante el presunto derecho de las niñas de vivir en una familia “normal y tradicional”, la Corte observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

En el presente caso, este Tribunal constató que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia



Teniendo en cuenta todo lo anteriormente reseñado, el Tribunal concluyó que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala que viola los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana.

Además, la Corte Interamericana resaltó que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre.

El Tribunal señaló que, al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el proceso de tuición hubiera sido entre dos padres heterosexuales.

Por otra parte, la Corte concluyó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho de las niñas a ser oídas consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, ya que la Corte Suprema no había explicado en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal constató que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, teniendo en cuenta la interrelación

entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Por tanto, la Corte concluyó que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.

### **Controversia respecto a la investigación disciplinaria de la Sra. Atala Riffo en su carácter de magistrada.-**

El caso en examen también se relaciona con la investigación disciplinaria y la visita extraordinaria que fue llevada en contra de la señora Atala en abril de 2003. Dicha investigación fue ordenada por el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco con el fin de indagar sobre “dos hechos fundamentales: uno, las publicaciones aparecidas en los diarios “Las Últimas Noticias” y “La Cuarta” en las que se hacía referencia al carácter de lesbiana de la Sra. Atala y el otro, correspondía a la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de Menores de Villarrica en la que ella era parte. Respecto a la orientación sexual de la señora Atala el ministro visitador que realizó la visita extraordinaria, concluyó en su informe que la peculiar relación afectiva, de la señora Atala, ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la Sra. Atala como del Poder Judicial y que ello reviste una gravedad que merece ser observada por el Tribunal de Apelaciones.

Como consecuencia de esa visita la Corte de Apelaciones de Temuco formuló cargos en contra de la señora Atala por la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de menores, la utilización indebida de un sello del Tribunal y las publicaciones aparecidas en la prensa que informaron sobre el proceso de tuición y su orientación sexual.

En cuanto a los hechos relacionados con la investigación disciplinaria, la CIDH manifestó que no observaba relación alguna entre un deseo de proteger la “imagen del poder judicial” y la orientación sexual de la señora Atala, ya que la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño

de la labor profesional de la persona y su orientación sexual. Por ello, concluyó que era discriminatoria una diferenciación en una indagación disciplinaria relacionada con la orientación sexual. Por ello, el Estado vulneró el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

Por otra parte, la Corte constató que, si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

## **Reparaciones**

Respecto de las reparaciones, la CIDH estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado las siguientes medidas de reparación: i) brindar la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten; ii) publicar el presente resumen oficial de la Sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la Sentencia en un sitio web oficial; iii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; iv) continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, y v) pagar indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos.

## **Los puntos más destacables de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a como juzgar con perspectiva de género**

- Los Tribunales no pueden decidir sobre la tenencia de los niños de acuerdo a patrones socio culturales presunciones, estereotipos o consideraciones

generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia, sin tener en cuenta el interés superior del niño

- La aptitud o no de una persona para hacerse cargo del cuidado de su hijo; siempre “se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (párrafo 109). Tal indagación no debe hacerse sobre la base de “consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que éstos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños” (párrafo 111).<sup>13</sup>
- Los Estados deben tener en cuenta que : “toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado” Es decir que si los jueces no juzgan con perspectiva de género y ocasionan daños por incumplimientos de las Convenciones los Estados deberán reparar a las víctimas.<sup>14</sup>
- Los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos” –

**la orientación sexual de un magistrado o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual**

## **b) Jurisprudencia Laboral**

**Violencia contra la mujer en acceso al trabajo. La no discriminación por razón del sexo en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral.**

### **El caso**

En Salta, Una Provincia del Noreste Argentino, no existía ninguna mujer que manejara colectivos, a pesar de existir múltiples empresas de transportes, en ninguna trabajaba una mujer.

Una señora llamada Mirta Cisneros, se preparó para conducir buses, obtuvo la licencia profesional para hacerlo y se presentó en múltiples ocasiones a diferentes empresas pretendiendo que se la contratara como chofer de colectivo, sin obtener resultados positivos.

Tras cosechar múltiples negativas, y presentar múltiples denuncias al Gobierno Provincial sin lograr que se la considerara para desempeñarse como conductor de colectivos, la Señora Mirta Sisnero y una fundación de defensa de los derechos de la mujer interpusieron acción de amparo colectivo contra las empresas de transporte público urbano de la Ciudad de Salta. Alegaron la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la actora de acceder a un puesto de trabajo en las empresas demandadas, pese a cumplir con los requisitos de idoneidad. En relación con la pretensión colectiva argumentaron una vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la falta de contratación de mujeres para la conducción del transporte público de pasajeros. En definitiva, solicitaron el cese de la discriminación por razón de género, la incorporación de Mirtha Sisnero como chofer de colectivo y el establecimiento de un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas operadoras.

Las empresas demandadas rechazan la demanda y señalan que la actora carecía de experiencias como conductora de colectivo.

### Las diferentes sentencias

El Tribunal de Segunda Instancia hizo lugar a la demanda y ordenó el cese de la discriminación, La sentencia de la **Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala V, de la Ciudad de Salta**, hizo lugar a la demanda y ordenó el cese de la discriminación por razones de género. Resolvió que las empresas deberán contratar personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes. Dispuso que la AMT deberá confeccionar una lista de todas las postulantes mujeres que cumplan los requisitos de las leyes y ordenanzas vigentes -con Mirtha Sisnero ubicada en primer lugar-, y que, en caso de que alguna de las empresas demandadas viole lo dispuesto, deberá abonarle a la primera mujer de la lista un salario idéntico al del chofer de mejor remuneración.

A su tiempo, la **Corte de Justicia de Salta** revocó la sentencia sostuvo que para tener por configurado un caso de discriminación, la señora Sisnero debió acreditar que contaba con la idoneidad requerida para cubrir el puesto laboral pretendido y que, en igualdad de condiciones, las empresas demandadas habían preferido a otro postulante por el mero hecho de ser hombre. La Corte de Justicia de Salta agregó que la mera omisión de responder a las reiteradas solicitudes de trabajo de Mirtha Sisnero era insuficiente para tener por configurado un supuesto de discriminación porque las empresas no tenían ningún deber constitucional de responderle.

Interpuesto recurso extraordinario la Corte Suprema de Justicia de la Nación anuló el fallo que denegaba la sentencia planteada por Sisnero y la ONG<sup>15</sup>.

La Corte señaló que la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. Y se extiende tanto respecto de aquéllos casos en que la situación discriminatoria es el resultado de las acciones y omisiones de los poderes públicos como cuando es el resultado del comportamiento de los particulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 104). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer advirtió que

los Estados parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer deben garantizar, a través de los tribunales competentes y de la imposición de sanciones u otras formas de reparación, que la mujer esté protegida contra la discriminación cometida tanto por las autoridades públicas como por las organizaciones, las empresas y los particulares (Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, párr. 7).

En el marco de las relaciones laborales, la Corte Interamericana ha resaltado que “los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párrs. 139). En el mismo sentido, desde su antigua jurisprudencia la Corte Suprema ha afirmado: “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” [...] esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad” (Fallos: 241:291, considerando 3).

En el contexto normativo descrito, cuando una persona -como Mirtha Sisnero- solicita ser empleada en una posición laboral cuyo mercado se encuentra absolutamente segregado sobre la base de una categoría sospechosa a la que ella pertenece, su derecho constitucional a la igualdad hace pesar sobre la decisión de no contratarla una presunción de invalidez que deberá ser desvirtuada por el empleador. Para desvirtuar esa presunción las empresas demandadas debían acreditar que la exclusión de la señora Sisnero respondía a un fin legítimo, y que la diferencia de trato en perjuicio de la actora era el medio menos restrictivo para alcanzarlo.

En este caso, las empresas demandadas no revirtieron esa presunción. Por el contrario, el comportamiento de las empresas consistió en ignorar sistemáticamente la postulación de la señora Sisnero quien ni siquiera fue convocada a una entrevista para competir por los puestos en los que, finalmente, contrataron hombres. De este modo, no han evaluado siquiera su idoneidad para el cargo. Este comportamiento se mantuvo, incluso, luego de que el Consejo Deliberante salterio adoptó la Resolución 138 que advirtió a las empresas sobre la existencia de un estereotipo discriminatorio y la situación particular de Sisnero, y, en algunos casos, durante el trámite del juicio de amparo.

Por otra parte, la defensa planteada por las empresas demandadas con relación a la falta de experiencia en el ejercicio de ese oficio por parte de la actora tampoco desvirtúa la presunción de invalidez. En efecto, dicha falta de experiencia se produce, justamente, a raíz del estereotipo de género que las ha excluido históricamente del oficio de chofer de colectivos. La justificación de cualquier decisión de contratación en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de estereotipos y nociones fijas y arcaicas acerca de los roles y las habilidades de los hombres y las mujeres (cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, “Mississippi University for Women v. Hogan”, 458 U.S. 718, del 1° de julio de 1982, sección II y sus citas).

Por otra parte señaló que la circunstancia que en toda Salta no existiera una sola conductora de colectivos mujeres estaba vinculado con un patrón socio cultural que era necesario remover.

Esta situación reclama la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican. La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer prevé este tipo de medidas en su artículo 4. El Comité respectivo ha destacado que dichas medidas tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil. En pos de ese objetivo, las medidas pueden consistir en programas de divulgación o apoyo, reasignación de recursos, trato preferencial, determinación de metas en materia de contratación y promoción y sistemas de cuotas (Recomendación General 25, párr. 22). En concreto, el Comité ha recomendado a los Estados que deben hacer mayor uso de medidas especiales de carácter temporal en materia de empleo tendientes a lograr la igualdad (Recomendación general 5 y 25, párr. 18). Asimismo, en sus Observaciones Finales para la Argentina del 16 de agosto de 2010, expresó su preocupación “por la persistencia de la segregación ocupacional” (párr. 35) e instó al Estado a “que adopte todas las medidas necesarias para alentar a la mujer a buscar empleo en disciplinas no tradicionales” (párr. 36).

Por lo tanto, es ineludible que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres en la planta de choferes. Entre tales medidas pueden figurar la realización de campañas y convocatorias dirigidas a las mujeres, el establecimiento de



metas progresivas de incorporación de mujeres, el cupo femenino y la difusión de la sentencia. Además, es necesario que desarrollen mecanismos de articulación con la Autoridad Metropolitana de Transporte, a los fines de implementar programas que faciliten la incorporación de la mujer, y para que sean identificados los requisitos de cada empresa para la incorporación de choferes, los mecanismos de convocatoria, los criterios de selección y las vacantes disponibles.

### **Los puntos más destacables de la sentencia de la CSJN en relación a como juzgar con perspectiva de género las cuestiones laborales.**

- Demuestra la imposibilidad de la víctima individual y en general pobre para llevar a cabo este tipo de acciones.
- Prueba el valor de las ONG y su necesidad.
- Aplica criterios flexibles en la apreciación de la prueba y el criterio de inversión de la carga de la prueba en caso de grupos vulnerables como lo son las mujeres.
- Determina que la no discriminación por razón del sexo en materia laboral, se exige antes, durante y después de la relación laboral, entendiéndose por “antes” el proceso de selección hasta el momento de la contratación definitiva”
- Establece que prohibición de discriminar , al momento de la contratación de un trabajador- constituye un límite a la libertad de contratar que garantiza la Constitución Nacional, lo que obliga al empleador al seleccionar al personal a contratar debe utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer, así como a rechazar aquellos otros criterios que aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso.
- Reconoce la necesidad de remover patrones socioculturales que generan discriminación contra la mujer.
- Admite que la discriminación por género puede devenir del estado o de sectores privados.

- Pone de relieve el error de la Corte Provincial de no juzgar con perspectiva de género.
- “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>16</sup>

**c) Jurisprudencia sobre aborto, Violencia contra la mujer. No punibilidad del aborto por causa de violación. Suficiencia de la declaración de la víctima para determinar que se trata de una violación.**

**El caso**

En Argentina el aborto es sancionado penalmente salvo las excepciones establecidas en la Ley.<sup>17</sup>

La madre de una niña de 15 años solicitó a la justicia de la Provincia del Chubut que se dispusiera la interrupción del embarazo de su hija, víctima de una violación perpetrada por el padrastro de la menor. Relató que el 3 de diciembre del año 2009 la Sra. A. L. F. denunció ante el Ministerio Público Fiscal que el 13 de noviembre del mismo año su marido había violado a su hija A. de 15 años de edad. En esa oportunidad, reseñó una situación de abuso sexual ocurrida desde que la niña tenía 11 años.

Al comprobarse el embarazo de la niña, como resultado de la violación, se inició un largo derrotero para obtener un pronunciamiento judicial que autorice la práctica del aborto, con fundamento en el artículo 86 del CP.

Tras dos pronunciamientos contrarios a la pretensión por la jueza de primera instancia y la Cámara de Apelaciones, el 8 de marzo de 2010 la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia Provincial se pronunció, por unanimidad, a favor de la realización del aborto legal. Consideró que (a los efectos de evaluar la procedencia del permiso contenido en el art. 86, inc. 2, CP) el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por el Sr. O.N. También tuvo por probado que O.N. había abusado sexualmente de ella durante aproximadamente cuatro años (O.N., de 51 años de edad,

era el esposo de la Sra. F desde que A. tenía 3 años de edad. Además, es el padre de cuatro de sus hermanos, y en la causa judicial se tuvo por cierto que, si bien no es el padre biológico de la niña, en la organización familiar ocupaba un rol parental. Por tales motivos, el abuso sexual era vivido por la joven con un tinte incestuoso

### **La sentencia del Superior Tribunal Provincial y de la Corte Suprema de Justicia de La Nación**

El Superior Tribunal local, revocando lo decidido en primera y segunda instancia, admitió lo pedido al entender que encuadraba dentro de los abortos no punibles reglados en el Cód. Penal. La Defensora Oficial recurrió la decisión en representación del nasciturus, pese a que la práctica médica ya se había realizado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión del Superior Tribunal. La CSJN juzgó que no era punible el aborto practicado en caso de violación. El Tribunal aclaró que en ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación es sólo necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, ya que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente, pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.

### **Los Fundamentos de la Sentencia.**

Si bien la Corte Suprema advierte la posibilidad de configuración de “casos fabricados” de violación, a los fines de practicarse un aborto sin sanción —dado que sólo se requiere la declaración jurada de la supuesta víctima frente al profesional para su realización—, el Tribunal considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos — que sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal—, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.

La Corte exhortó a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, por devenir el embarazo de una

violación, sea la mujer incapaz o no, y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.<sup>18</sup>

Además el máximo tribunal argentino exhortó al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

### **El embarazo forzado como atentado contra la dignidad de la niña**

Ya fue mencionado que, está probado que el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por su padrastro, y que los abusos sexuales padecidos fueron reiterados desde que la niña tenía 11 años de edad.

Numerosa bibliografía señala el carácter gravemente lesivo que los ataques sexuales causan en general y, en especial, los tintes especialmente dramáticos que adquieren cuando son cometidos contra niñas o niños en virtud de la falta de madurez de la víctima para poder entender y procesar lo que está sucediendo (Cf. Batarrita Asúa, Adela, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en Género, Violencia y Derecho, coordinadoras Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 102).

Los abusos sexuales sufridos por la joven significaron, sin dudas, una seria vulneración de sus derechos a la dignidad e integridad. Estos actos poseen un carácter gravemente ultrajante y degradante, por cuanto significan la cosificación de la persona, que es reducida a un objeto carente de todo valor y dignidad humana.

Ante la confirmación del embarazo, sostener que la víctima del agravio sexual debe llevar a cabo la gestación hubiera implicado obligarla a atravesar por un embarazo forzado y reducirla, así, a un mero receptáculo, a un objeto de procreación. De esta forma, la niña hubiera sido nuevamente instrumentalizada, esta vez no por un particular, sino por el propio Estado.

En una reconocida sentencia, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre estos aspectos y sostuvo que: “La dignidad humana se constituye en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de

relevancia constitucional como la vida. Al adoptar normas de carácter penal, no puede el legislador desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear” (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 8.1., rta.10/05/2006).

En especial, reparó en aquellos casos en los que el embarazo sea resultado de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida (art. 124, CP Colombia). A juicio de la Corte Constitucional, en tales supuestos “...debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, porque la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos” (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

Ello así, obligar a la niña a continuar con el embarazo en esas condiciones hubiera implicado privarla por completo del contenido a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Y una intromisión estatal de tal magnitud resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

### **El Estado no puede imponer conductas heroicas**

Se ha señalado que el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general, pues: el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. Un Derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de ‘no exigibilidad’: las conductas heroicas ‘no son exigibles’ (v. al respecto, Mir Puig, Santiago, “Límites al Normativismo en el Derecho Penal en Dogmática y Criminología- Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo” Ed. Legis, Madrid, 2005, p. 370/375).

Las tesis que promueven el alcance más limitado de los permisos legales contenidos en el artículo 86, CP tienen como consecuencia exigir a las mujeres que sacrifiquen sus derechos, como pueden ser su salud, su vida o su dignidad, en aras de favorecer la vigencia de otros derechos o intereses. No obstante, como veremos más adelante, el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general.

Sobre este punto se han pronunciado algunos tribunales extranjeros, al analizar los límites que tienen los Estados para penalizar el aborto en todos o en algunos supuestos en particular (como es, cuando el embarazo sea producto de una violación).

Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a que: “El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aún cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido” (Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, consid. 10.1., rta. 10/05/2006).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español entendió que: “El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado” (Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 53/85, consid. 9, rta. 11/4/1985).

Esta prohibición general adquiere una dimensión mayor cuando de quien se espera una conducta heroica es una niña. Es precisamente frente a los niños que el Estado asumió un deber de especial protección, y no puede luego esperar válidamente el sacrificio de sus derechos, aún cuando sea en pos de algún interés legítimo.

## **El embarazo forzado constituye un trato cruel, inhumano y degradante**

Recapitulando, según los profesionales que entrevistaron a la niña, el embarazo era vivido por la niña abusada por su padrastro como un evento extraño, invasivo, no era significado como hijo. La idea de hijo era incompatible con su universo de posibilidades. Dicho de otro modo, en su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quién sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Si bien el ofensor no es el padre biológico de A., en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado por el abuso a raíz del tinte incestuoso.

En tales condiciones, obligar a la niña a llevar adelante el embarazo, bajo amenaza de sanción penal, implicaba desconocer por completo el derecho a la dignidad humana y someterla a un trato cruel, inhumano y degradante, pues tal como lo establecen los estándares internacionales en la materia, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, comprende no sólo el sufrimiento físico, sino también el sufrimiento moral (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44º período de sesiones, 1992. En sentido similar, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 100). Además, esta prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, cit.). Estos principios llevaron a sostener la responsabilidad del Estado de Perú por violación al artículo 7 del PCDCyP por impedir la realización de un aborto justificado a una menor de edad (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Karen Noelia Llantoy Huamán, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005), y generaron una manifestación de preocupación por parte del Comité contra la Tortura, por cuanto la legislación de Nicaragua penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación (Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

Por ello, se considera que de darse cabida a la interpretación restrictiva que propone el recurrente, de acuerdo a la cual el aborto realizado en casos como el de autos estaría penalizado, se violaría también el derecho de la niña a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se

comprometería también por este motivo la responsabilidad internacional del Estado argentino.

No puede perderse de vista, como se señaló desde el inicio que cuando se encuentra en juego el interés superior de una menor toda decisión debe evaluarse no sólo a la luz de las necesidades actuales de esta niña, sino también con la mirada puesta hacia adelante, es decir a su futuro, y lo cierto es que los costos de la prohibición del aborto en supuestos como el de autos, hubieran comportado un perjuicio enorme para la causante en tanto la conducían a llevar adelante una maternidad “impuesta”.

Así, la incriminación de la interrupción del embarazo y la consiguiente restricción penal a convertirse en madre hubiera impuesto a A. y a menores en situaciones análogas, no sólo no abortar, sino una impronta de vida de incalculable alcance, puesto que –como se señaló– no sólo se encuentra en juego la gestación, el parto, sino la renuncia a su vida de niña y adolescente, debiendo asumir extemporáneamente y contra su voluntad las obligaciones de educar a ese niño y mantenerlo, (responsabilidad parental), en una situación que además se presenta muy próxima al incesto. Bajo esas condiciones la penalización del aborto, hubiera sustraído a la menor encinta de la autonomía de su propio cuerpo y, con ello, de su misma identidad personal, reduciéndola a un mero instrumento por tercera vez. Primero, en manos del abusador que la sometió durante cuatro años. Segundo, por el mismo adulto, que en lugar de cuidarla y criarla en su rol de padre, la violó nuevamente y la dejó encinta como consecuencia de ese acto criminal. Y tercero, como consecuencia de la actividad estatal, que bajo amenaza de enviarla a la cárcel, la hubiera obligado no solamente a llevar a término el embarazo, sino a asumir una responsabilidad parental para la cual no estaba preparada y conspiraba severamente contra su propia salud, colocándolo en una situación de riesgo su vida

### **Los puntos más importantes de la Sentencia de la CSJN en relación a como juzgar con perspectiva de género en cuestiones de abortos producidos por violaciones**

Someter a una mujer que padece un embarazo derivado de la comisión de un delito contra su integridad sexual, al acto de parimiento y bajo amenaza estatal de que si no lo hace incurre ella —precisamente la víctima—, en la



comisión de un delito, constituye un acto de crueldad, vejación y excede lo humanamente exigible.<sup>19</sup>

**d) Violencia Contra la mujer en educación. Imposibilidad de acceso a escuelas estatales de varones. Educación mixta como forma de superación de patrones socio culturales contrarios a la igualdad de género.**

**El caso**

En este caso se planteó el tema del derecho a aprender, el derecho a la igualdad, la inscripción de mujeres y discriminación en el Colegio Nacional de Monserrat de la provincia de Córdoba.

Los hechos fueron los siguientes: Los actores, padres de alumnos de un Colegio Nacional, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, dedujeron amparo tendiente a obtener que el Consejo Superior de la citada Universidad se abstenga de aprobar el proyecto de ordenanza en virtud del cual se transformaría al Colegio en un establecimiento de carácter mixto. La Cámara, por mayoría, rechazó la acción y declaró la validez de la ordenanza cuestionada. Contra lo así resuelto los actores dedujeron apelación federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia apelada.<sup>20</sup>

**La sentencia.**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la constitucionalidad de una norma que transformaba un Colegio de varones, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba en establecimiento mixto y resaltó que la educación mixta es una forma de superación de patrones socio culturales contrario a la igualdad de género.

El Tribunal señaló que la implementación de la enseñanza mixta en el Colegio Nacional de Monserrat de la Universidad Nacional de Córdoba es la única alternativa compatible con los principios constitucionales de igualdad y de no discriminación y con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de jerarquía constitucional-, ya que el mandato del art. 10, inc. c) de esta normativa internacional no se cumple con la creación de un colegio similar dedicado a las mujeres

La educación mixta, cuyo “estímulo” está asignado a los estados partes por el art. 10, inc. c) de la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer debe ser considerada en sí misma como un mandato, pues contribuye a la “eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza” según lo dispone la norma citada<sup>21</sup>.

### **Los puntos más importantes de la Sentencia de la CSJN en relación a como juzgar con perspectiva de género en cuestiones de educación de las mujeres.**

- Reconoce la existencia de patrones socioculturales.
- Admite que la educación mixta colabora a luchar contra los patrones socioculturales.
- Acepta que una educación estatal no puede hacer distinciones en razón del sexo.
- Señala que la educación mixta no agota su finalidad con hacer posible el ingreso de mujeres en la unidad escolar. Constituye un instrumento, dentro de la pluralidad de medios, destinado a promover o afianzar un cambio cultural que tiene por objeto evitar todo tipo de discriminación contra la mujer.

### **e) Violencia contra la mujer. Imposibilidad de suspensión del juicio a prueba (probation), en juicios de violencia contra la mujer<sup>22</sup>.**

#### **La sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal**

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar al recurso deducido por la defensa de G. A. G, y anuló el auto por el que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 de la Capital Federal rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba a su favor (fs. 2/10), en contra del dictamen fiscal.

El Tribunal dijo que el fiscal no demostró la improcedencia de una eventual condena de ejecución condicional con base en las características del hecho atribuido y en las condiciones personales del imputado, ni brindó argumentos que permitan sostener que la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba en este caso resultaría incompatible

con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Para), aprobada por la ley 24.632 —cuya aplicación a los hechos del caso no fue puesta en cuestión por el a quo—.

En ese sentido, expresó que el único fin legítimo de la pena de prisión es la resocialización del sujeto, y que por lo tanto en aquella se encuentra justificado el ejercicio del poder punitivo estatal. Agregó que en los casos en que la conducta reprochada se vine le con el despliegue de violencia de género contra la mujer, la resocialización inevitablemente deberá orientarse a remover aquellos patrones socio-culturales que pudieron haber dado génesis a un comportamiento de ese tipo. Y refirió que el representante del Ministerio Público Fiscal no demostró que exista algún obstáculo para alcanzar ese objetivo por medio de una solución alternativa que evite el efecto estigmatizador que acarrea una condena —inclusive la de ejecución condicional— y atienda, al mismo tiempo, a la pretensión reparadora de la víctima.

Contra dicho pronunciamiento, el Fiscal General ante ese tribunal dedujo recurso extraordinario federal (fs. 12/22), en el que alegó la existencia de cuestión federal originada con motivo de la controversia acerca de la interpretación de la citada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y si obsta la suspensión del juicio a prueba en el presente caso.

### **La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgó que la concesión del beneficio de suspensión del juicio a prueba al imputado por ejercer violencia contra la mujer frustraría la posibilidad de dilucidar en el estadio final del juicio criminal la existencia de los hechos, junto con la posibilidad de juzgar al imputado de cometerlos y la sanción que es su caso podría corresponderle.

Para así decidir el máximo Tribunal Argentino consideró que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima de violencia de género asuma la facultad de comparecer para efectivizar el “acceso efectivo” al proceso de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria, cuestión que no integra,

en ninguna forma, el marco legal, sustantivo y procesal que regula la suspensión del juicio a prueba.

Ninguna relación puede establecerse entre la “probation”, instituto de la ley penal interna, y las obligaciones asumidas por el Estado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, art. 7), en cuanto refiere a mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de la mujer víctima de alguna forma de violencia, “a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”, cumplimiento que es una exigencia autónoma, y no alternativa, respecto del deber de llevar adelante un juicio de responsabilidad penal (inc. f).

### **Los puntos mas importantes de la Sentencia de la CSJN en relación a como juzgar con perspectiva de género en cuestiones de procesos penales y efectividad de la convención.**

La sentencia determina que el instituto de la probation, que habilita la suspensión del juicio (frente a la concurrencia de sus requisitos habilitantes y el compromiso del imputado de adecuar su comportamiento a determinadas pautas), no armoniza con las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

- En el fallo se indica que la correcta interpretación de la Convención debía efectuarse en función de sus objetivos fundamentales, esto es, establecer un “procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer” que involucre un “juicio oportuno”, de modo tal que se consideró improcedente la solución de los casos en que se ejerciera violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer por cualquier alternativa distinta de la de un debate un pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado.
- El sistema internacional de los derechos humanos reclama al derecho procesal penal de orden doméstico su intervención en la investigación, persecución y sanción de los autores de violaciones graves a los derechos humanos de las mujeres. Adicionalmente, por su fuerte orientación hacia los afectados, exige derecho procesal penal, inclinado a la protección del imputado, que lleve

adelante objetivo sin descuidar las necesidades de las víctimas. Para la consecución de los objetivos del derecho internacional, el derecho procesal penal local -generalmente pensado para la persecución de crímenes comunes- debe adecuar sus reglas para la investigación y sanción de hechos de violencia contra las mujeres.

- El instituto de la probation constituye un medio alternativo de conflictos que busca evitar el proceso penal y sus consecuencias negativas (por caso, la estigmatización que pudiera producir el dictado de una sentencia condenatoria). Es de gran utilidad como elemento de política criminal
- En el enfrentamiento entre una norma local que proclama la suspensión del juicio (en función de factores atendibles de política criminal que podrían redundar en la extinción de la acción penal), y las obligaciones que emanan de la Convención que buscan precisamente lo contrario: realizar el juicio a los fines de promover la investigación y sanción de hechos constitutivos de violencia contra la mujer, el Juez debe aplicar la convención y determinar la culpabilidad o inocencia, lo contrario genera en la sociedad un sentimiento de tolerancia hacia la violencia.
- Es imprescindible que al juzgar con sentido de género los magistrados realicen un control de convencionalidad para evitar que una norma local (Como en el caso lo era la probation) dejen vacía de contenido a la Convención.

#### **f) Violencia contra la mujer. Valoración de violencia contra la mujer como legítima defensa en homicidio.**

##### **El caso**

Una mujer mato a su pareja y padre de sus hijas después de que este la golpeará salvajemente, con un palo de escoba, durante el 6to mes de embarazo. A causa de la golpiza la mujer estuvo internada una semana en el Hospital Provincial La mujer fue condenada por Homicidio simple, por la Corte de Catamarca quien consideró que los golpes de la víctima eran producto de una caída después de haber matado a su esposo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación anuló una sentencia en la que se había condenado a una mujer por homicidio simple, por matar a su marido estando embarazada de 6 meses sin considerar como hechos eximentes ni su condición de víctima de violencia doméstica, ni que a raíz de los golpes la mujer había perdido embarazos anteriores<sup>23 24</sup>.

### **g) Violencia contra la mujer y despido por causa de embarazo**

#### **La causa**

En la causa Feole se debatió la validez constitucional del párrafo final del artículo 164 del Convenio Colectivo de Trabajo n 131/75, que prevé que la mujer que fuere despedida por causa de embarazo tendrá derecho a percibir una indemnización duplicada a la prevista. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala V), había decidido la invalidez constitucional del artículo 164 del Convenio Colectivo 131/75, en lo que duplica la citada reparación. Fundado en que: a) la norma impone una carga patrimonial desmedida para los fines que prevé, frente a la propia disposición del artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo; b) no existe proporción razonable entre los bienes jurídicos protegidos por la ley y la sanción duplicada pautada por el precepto; c) La duplicación afecta el interés general aunque literalmente parezca favorecer al sector (doctr. del art. 7 1, ley 14.250). La Corte consideró que la doble indemnización no era una exagerada indemnización violatoria del derecho de propiedad y que la duplicación de la indemnización que establecía una protección más intensa respecto del período de gestación de la dependiente era conforme a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer cuando llama a los Estados a impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, prohibiendo, bajo pena de sanciones, el despido por razón o motivo de embarazo<sup>25</sup>.

#### **La doctrina del fallo**

i. La interpretación realizada por la CSJN de la axiología constitucional, los preceptos emanados de los DDHH y el bloque de constitucionalidad determinan la existencia de sujetos de preferente tutela en las relaciones laborales, entre los que se encuentra la mujer embarazada

ii. La estabilidad garantizada a la mujer embarazada comprende todo el periodo de la gestación más un lapso nunca inferior a los 45 días posteriores al parto.

iii. Durante la estabilidad garantizada es decididamente nulo el distracto incausado y/o el despido discriminatorio de la mujer embarazada

### **h) Violencia contra la mujer, despido por causa de embarazo y pago del impuesto a la ganancia<sup>26</sup>.**

#### **Los Hechos del caso**

Amelia Beatriz de Lorenzo fue despedida en razón de su embarazo y se le pagó la doble indemnización que le correspondía por el arbitrario despido.

Al pagarle la indemnización la empleadora retuvo el impuesto a las ganancias.

La trabajadora reclamo ante el Tribunal Fiscal por considerar qque no correspondía el pago del impuesto a las ganancias sobre la indemnización por despido por embarazo,

El Tribunal Fiscal hizo lugar a la pretensión de la empleada despedida La Cámara, al confirmar la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, hizo lugar a la repetición del impuesto a las ganancias retenido a la actora al percibir la indemnización prevista en el art. 178 de la ley de contrato de trabajo. Disconforme, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario, que fue concedido. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia apelada.

#### **La sentencia**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgó que la indemnización por despido de la mujer trabajadora que obedece a razones de maternidad o embarazo, como lo establece el art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo carece de la periodicidad y la permanencia de la fuente necesaria para quedar sujeta al impuesto a las ganancias, siendo ello así pues su percepción involucra un único concepto, que es directa consecuencia del cese de la relación laboral.

## **i) Violencia laboral contra la mujer y prueba.**

Por otra parte, y con **relación a la prueba en casos de discriminación**, dada las dificultades en torno a su producción y teniendo en cuenta los tratados internacionales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo del 15/11/2011, resolvió que: *"...Corresponde revocar la sentencia de que no hizo lugar al reclamo de nulidad del despido y reinstalación en el cargo del trabajador y no consideró a la discriminación como la causa real del distracto, en tanto diversos tratados internacionales llaman a tomar medidas respecto a las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan las presuntas víctimas de actos discriminatorios para acreditar, mediante plena prueba, dicho acto..."*...En los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado prima facie que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente...<sup>27</sup>.

## **j) Violencia contra la mujer y responsabilidad del Estado por omisión**

**La CEDAW condena a España por omisión. Resoluciones de la CEDAW.**

### **Comunicación 47/2012 "Ángeles González Carreño c. España"**

#### **El caso. Los hechos**

Ángeles Gonzáles Carreño nació en España en el año 1960, en 1996 contrajo matrimonio con F. con quien tuvo ese mismo año tuvo una hija llamada A.

Durante la convivencia, antes y después del matrimonio Ángela sufrió violencia de género.

En el año 1999, después que su esposo la amenazara de muerte con un cuchillo, decidió acabar con esa violencia, huyó de la casa familiar con su hija A, quien entonces tenía 3 años, denunció el maltrato que sufrían, solicitó la separación del agresor y petitionó la custodia de la niña.



La madre obtuvo la guarda de la hija y una cuota de alimentos de 360 euros, que el padre nunca pagó. El progenitor obtuvo un régimen de visitas que al principio fue “vigilada”.

No obstante la separación, el maltrato continuó después del fin de la convivencia, de diferentes modos que incluían amenazas e insultos y que era ejercido incluso a través de su hija A, quien era interrogada acerca de la vida sentimental de su progenitora y amenazada con no ser llevada de vuelta con su madre si no le contestaba.

Ángeles interpuso más de 30 denuncias ante la Guardia Civil y los juzgados civil y penal entre diciembre de 1999 y noviembre del 2001, además de peticionar diversas órdenes de no acercamiento y sólo obtuvo que su esposo fuera condenado a abonar una multa de 45 euros por sus agresiones.

Las órdenes de alejamiento que Ángeles solicitaba eran violadas por el padre de su hija sin consecuencia alguna para el violador.

La niña tenía problemas psicológicos por la actitud del padre y al comparecer ante los tribunales manifestó que le tenía miedo a su padre, entre otros motivos “porque no la trataba bien” y “le rompía sus pinturas”.

Ángeles solicitó la suspensión del régimen de visitas de la niña con el padre, por la violencia que éste ejercía a través de la niña y por su peligrosidad. La niña fue escuchada por las autoridades y manifestó el temor a su padre. El padre alegó que la niña lo rechazaba por SAP (síndrome de alienación parental) y logró continuar con las visitas aunque las pericias psicológicas demostraban que sufría un TOC celo típico y violento.

El 27 de septiembre del 2001 se dictó la sentencia de separación personal que ignoró la violencia ejercida por el esposo sobre la esposa, no valoró la violencia económica ejercida mediante la falta de pago de los alimentos y no hizo referencia a los malos tratos sufridos por la mujer, además de entregarle el uso y disfrute de la vivienda familiar al padre.

A pesar de todos los incidentes y denuncias en el año 2002 el tribunal suspendió el régimen de visitas vigiladas, basándose en que si bien en las visitas se observaba una falta de empatía de la niña con el padre “ésta se

debía a la corta edad de la menor y en su no comprensión en situaciones que se dan en este contexto”.

Los jueces privilegiaron el derecho al padre a tener contacto con su hija sobre el derecho de la madre a vivir una vida libre de violencia y a pesar de las más de 30 denuncias interpuestas por Ángeles, los estereotipos que persisten en el sistema de justicia —que las mujeres denuncian la violencia a la que son sometidas porque buscan obtener beneficios en los procesos de separación y que los hijos e hijas de parejas separadas necesitan mantener contacto con sus padres para su buen desarrollo— impidieron que se protegiera de manera adecuada a ella y a su hija Andrea, que terminó siendo asesinada en el año 2003 durante las visitas por el agresor antes de que éste se suicidara.

### **Reclamos en España por indemnización de perjuicios**

El 23 de abril de 2004, la autora presentó ante el Ministerio de Justicia una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, alegando negligencia por parte de las autoridades administrativas y judiciales. La autora argumentó que tanto los órganos judiciales como los servicios sociales habían incumplido su obligación de proteger la vida de su hija, a pesar de las múltiples ocasiones en que había informado a los juzgados y la policía del peligro que la niña corría con su padre. La autora reclamó su derecho a recibir una indemnización, como única forma viable de reparación

El Ministerio de Justicia español negó la indemnización requerida sosteniendo que para otorgarla se debía acreditar el error judicial, la actora interpuso un recurso contencioso administrativo por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, no solo del Juzgado sino del Ministerio Fiscal y los Servicios Sociales, el recurso fue rechazado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional

### **La denuncia ante el Comité**

La actora realizó una denuncia ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el marco de la CEDAW representado por Women's link World Wide básicamente sostuvo que España violó el art. 2º.a, b, c, d, e y f de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer que dice que:

Los Estados Partes que condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

Concretamente alega que la falta de respuesta de la Administración y los tribunales a la violencia sufrida por la autora evidencia la persistencia de prejuicios y estereotipos negativos, materializados en la falta de una adecuada evaluación de la gravedad de su situación. Dicha situación se produjo en un contexto social caracterizado por una alta incidencia de violencia doméstica. La actitud de los agentes estatales hacia la autora como mujer víctima de violencia y madre de una menor asesinada por su padre, y hacia su hija como menor víctima de violencia intrafamiliar, fue

inadecuada. Por ello, la actuación de la Administración y los tribunales constituyó una violación del art. 2º de la CEDAW.

En relación con el art. 5º de la Convención la autora señala que la existencia de prejuicios por parte de las autoridades se manifestó en la incapacidad de éstas de apreciar correctamente la gravedad de la situación a la que ella y su hija se enfrentaban y su sufrimiento por la situación de la niña. Además, no se realizó una investigación de las consecuencias que tenía para la niña vivir en un ambiente de violencia y su condición de víctima directa e indirecta de esa violencia. En lugar de ello, las autoridades encargadas de otorgar protección privilegiaron el estereotipo de que cualquier padre, incluso el más abusador, debe gozar de derechos de visita y de que siempre es mejor para un niño ser educado por su padre y su madre; ello sin realmente valorar los derechos de la menor e ignorando que ésta había manifestado tener miedo de su padre y rechazaba el contacto. Los tribunales dieron por sentado que es mejor tener contacto con un padre violento que no tener ningún contacto con él. Las circunstancias del caso requerían que las autoridades y tribunales evaluaran si las visitas respetaban el derecho de la menor a la vida, a vivir libre de violencia y al principio del interés superior del menor.

Por otra parte agrega que el Estado español la discriminó en las decisiones respecto del divorcio y separación porque no tomaron en cuenta la situación de violencia vivida por la autora y su hija en las decisiones relativas a los términos de la separación y el régimen de visitas. Tampoco tomaron medidas para que F.R.C. cumpliera con su obligación de contribuir al mantenimiento de la niña, a pesar de las repetidas reclamaciones de la autora. Todo ello colocó a la autora en una situación de extrema vulnerabilidad. Sólo el 21 de abril de 2003, tres días antes del asesinato de la niña y tres años después de que la autora denunciara por primera vez a F. R. C. por no pagar la pensión alimenticia, la fiscalía inició un procedimiento contra éste.

### **Observaciones de España sobre la admisibilidad de la denuncia**

El estado Español negó su responsabilidad tanto de forma como de fondo. Formalmente cuestionó el agotamiento de las vías internas para recurrir al Comité y de fondo negó la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el crimen.

En cuanto a la forma sostuvo en todas las instancias que no correspondía la indemnización por mal funcionamiento del Sistema de Administración de Justicia si no estaba demostrado el error judicial y señaló que no había existido error en el accionar de la Justicia. Consideró que el supuesto entrañaba un aparente caso de error judicial, cuyo reconocimiento debe ser establecido mediante un recurso de revisión ante el Tribunal Supremo. (11) Al no haberlo interpuesto, la autora no ha agotado las vías internas.

Cabe señalar que la forma de proceder en uno y otro caso es diferente ya que en el supuesto de error judicial quien lo alega tiene que obtener una sentencia que reconozca el error judicial, mientras que para reclamar por funcionamiento anormal del servicio de justicia no es necesaria la previa sentencia judicial bastando con un reclamo que se presenta ante el Ministerio de Justicia.

Por otra parte el Estado español sostuvo en cuanto al fondo que el proceder estatal en el otorgamiento del régimen de visitas fue correcto y manifestó que el asesinato no guardaba relación alguna con la prestación del servicio de administración de justicia y que no se podía prever la reacción paterna.

### **Deliberaciones del Comité**

El Comité consideró que los recursos internos fueron agotados aunque no se hubiera planteado el error judicial porque la actora había recorrido todas las instancias judiciales planteando el anormal funcionamiento de la administración de justicia, y que ello bastaba para habilitar la intervención del Comité.

### **Resolución del Comité**

El Comité señala que su tarea consiste en examinar, a la luz de la Convención, las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales en el ámbito de su competencia y determinar si, al adoptar esas decisiones, las autoridades tuvieron en cuenta las obligaciones que derivan de la Convención. En el presente caso el elemento determinante, pues debe ser si esas autoridades aplicaron principios de debida diligencia y tomaron medidas razonables con miras a proteger a la autora y su hija de posibles riesgos en una situación de violencia doméstica continuada.

Bajo ese marco el comité desestimó la defensa de España-relativa a que no se podía prever el comportamiento del padre de la niña porque entendió que existían sobrados elementos que hacían prever la peligrosidad paterna que no fueron valorados adecuadamente por España. Entre ellos destaca: los múltiples episodios de violencia que fueron presenciados por la niña; las órdenes de alejamiento ignoradas e incumplidas, sin consecuencia jurídica, la falta de atención a los informes de los servicios sociales que reiteradamente subrayaron que el padre utilizaba a la hija para transmitir mensajes de animadversión hacia la madre; la falta de atención al informe psicológico que destaca que el progenitor tenía un TOC con tendencia distorsionar la realidad que podría generar un trastorno similar al paranoide.

Por otra parte el Comité observa que el asesino también violentaba a la madre y a la niña incumpliendo con la pensión alimenticia. Y negándoles el uso de la vivienda familiar no obstante la mala situación económica de la esposa y la hija.

El Comité observa que durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento de F. R. C. Las decisiones pertinentes no traslucen un interés por parte de esas autoridades de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto. También se observa que la decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audición de la autora y su hija, y que el continuo impago por parte de F. R. C. de la pensión de alimentos no fue tenido en consideración en este marco.

Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad.

A este respecto, el Comité recuerda que en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser

una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica.

El Comité consideró que la decisión de permitir las visitas no vigiladas fue tomada sin las necesarias salvaguardas y sin tener en consideración el esquema de violencia doméstica que caracterizó las relaciones familiares durante años.

El Comité consideró que España había violentado la Convención porque no defendió la igualdad del hombre y la mujer sino que benefició al padre en el régimen de visitas sin tener en cuenta el contexto de violencia doméstica.

El Comité formula al Estado parte las siguientes recomendaciones:

**a) Con respecto a la autora de la comunicación:**

- i) Otorgar a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos;**
- ii) Llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija.**

**b) En general:**

- i) Tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia;**
- ii) Reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica;**

- iii) Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la Recomendación general núm. 19 [1992].

### **Las consecuencias de la resolución**

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tomada en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” y sus resoluciones no pueden ser ignoradas por quienes han de aplicar las leyes que protegen la perspectiva de género. (12)

Es de destacar que para la jurisprudencia del máximo tribunal de la Nación, las decisiones de la CIDH, sean éstas sentencias u opiniones, completan el articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos y por tanto se tornan obligatorias a la hora de interpretar las normas y decisiones locales, haya sido la Argentina parte o no en el precedente ante la CIDH.

### **k) La responsabilidad del Estado por omisión El Caso de Salta.**

#### **El caso.**

El Estado de la provincia de Salta fue condenado por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta a pagar a la víctimas una indemnización equivalente a 100.000 dólares en concepto de reparación por la omisión estatal de hacer cumplir en debida forma la ley de violencia doméstica o de género y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Violencia Contra la Mujer (la CEDAW), de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Los hechos del caso fueron los siguientes Roxana y sus hijos menores, José Nahuel y Rocío Noelia fueron asesinados por su padre luego de varios hechos de violencia familiar. En el evento sobrevivió una de las



hijas Vanina quien también sufrió la agresión del padre y recibió severas heridas en su estómago y extremidades, pero a diferencia de su madre y de sus hermanos salvo su vida porque el progenitor la consideró muerta.

La sobreviviente inició una acción por responsabilidad por daños y perjuicios contra el Estado de la Provincia de Salta, fundada en la omisión estatal de hacer respetar la ley de violencia doméstica ya que en el caso tras múltiples denuncias de agresiones y amenazas, comprobadas por testigos, la autoridad judicial había dictado solo una orden judicial de extracción de fotocopias que no fue oportunamente cumplida por personal policial.

En la decisión se puso de relevancia que para que una conducta omisiva genere responsabilidad, esa omisión debe estar ligada al resultado final dañoso, de modo tal que la abstención pueda ser considerada como factor eficiente de la consumación operada<sup>28</sup>. La Provincia de Salta debe indemnizar los daños ocasionados a quien sufrió la muerte de su madre y hermanos a manos de su padre, pues omitió el cumplimiento de las disposiciones de la ley local de violencia familiar, lo cual impidió la adopción de medidas que plausiblemente pudieran haber contribuido a disminuir el riesgo cierto y latente que surgía de las denuncias formuladas<sup>29</sup>.

### **La Sentencia de la Corte de Salta.**

En este precedente el Superior Tribunal de la provincia de Salta consideró que la Provincia de Salta violó la obligación que tienen los estados de prevenir las prácticas degradantes contra las mujeres y niños y esta omisión contribuyó a la muerte de las víctimas, además de posibilitar un ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para prevenir tales actos.

### **1) La violencia psicológica y la perspectiva de género.**

En el tema de violencia psicológica relataremos un fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que alude a la violencia psicológica y luego describiremos las políticas públicas seguida por la CSJN relativa a determinar la importancia cuantitativa de los casos de violencia psicológica sobre el universo de casos de denuncia de violencia doméstica.

## El caso del anencefálico<sup>30</sup>

Se promovió acción de amparo con el fin de que las autoridades de un hospital de la Ciudad de Buenos Aires, autoricen a efectuar a la actora las prácticas médicas necesarias para adelantar el parto de un feto o anencefálico, ya que según sus manifestaciones, su prosecución le significaría un tormento, afectando su salud mental, debido a que el feto es anencefálico y carece de posibilidades de sobrevivir. Rechazada la acción en primera y segunda instancia, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal de Justicia local, que revocó la sentencia y concedió la autorización solicitada. Contra esa decisión, el asesor de menores interpuso recurso extraordinario federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, confirmó la sentencia

La CSJN advirtió que el simple objetivo de prolongar la vida intrauterina del “nasciturus” no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y calota craneana, con “viabilidad nula en la vida extrauterina”...sufrimiento que se califica... como daño psicológico, que tiene visos de tortura”.

El Dr. Bossert en su voto destaca que “Ese grave daño psíquico de la actora -que sin duda han de padecer quienes componen su grupo familiar, incluida su hija de doce años- representa una lesión a su derecho a la salud que se encuentra protegido por tratados de rango constitucional (conf. Art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), art. 12. Incs. 1º y 2º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que impone a los estados partes adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica y el art. 12 inc. 2º del mismo tratado en cuanto dispone que los estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario; también el art. 10 inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4 inc. I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ley 153, art. 3º de dicha Ciudad.”

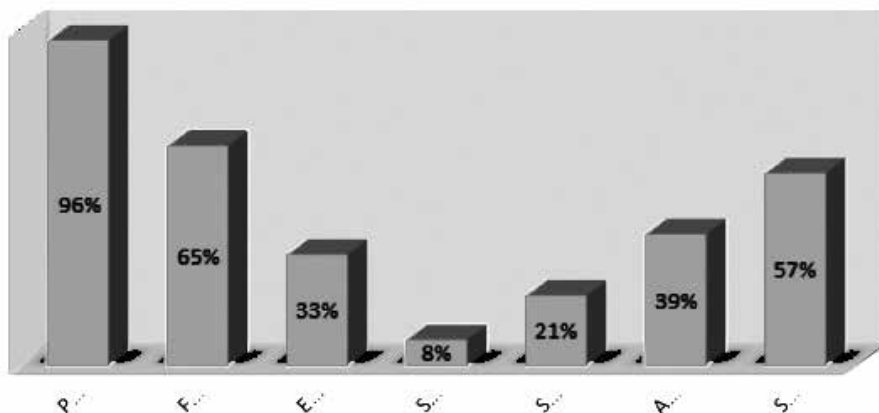
## 15. Las políticas públicas de la CSJN para determinar la incidencia de la violencia psicológica sobre la totalidad de casos de violencia.

La Corte suprema de Justicia de la Nación ha creado una Oficina de Violencia Doméstica que a Oficina de Violencia Doméstica (OVD) con el objetivo de facilitar el acceso a justicia de las personas que, afectadas por hechos de violencia doméstica, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.

La OVD trabaja de manera interdisciplinaria durante las 24 horas, todos los días del año. Brinda un real acceso a justicia a la ciudadanía, a la vez que se constituye en un servicio para quienes integran la magistratura, proveyendo los recursos necesarios para ejercer plenamente su labor jurisdiccional.

Además la OVD realiza estadísticas donde se monitorea el tipo de violencia que sufre la mujer. Estas estadísticas demuestran que la violencia psicológica es la violencia que más sufren las mujeres, como lo demuestran las últimas mediciones realizadas en Enero del corriente año que a continuación se grafican.

**Tipo de violencia observada  
01/01/2015 al 31/01/2015**



## 1. Las Políticas públicas en la Argentina para Juzgar con perspectiva de Género

Al inicio de la exposición señalábamos que para juzgar con perspectiva de género es necesario la educación jurídica de los operadores de todas las áreas del poder judicial en las cuestiones de género, tanto de funcionarios como de magistrados y empleados. Sin omitir ninguna materia ni jurisdicción porque como ya hemos demostrado con el análisis jurisprudencial la violencia de género se puede producir en cualquier área y no se circunscribe ni al ámbito penal, ni al de familia, ni al de violencia doméstica, ya que las violaciones de los derechos de las mujeres se puede producir en ámbitos tan disímiles como el electoral o el tributario.

En la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha creado la Oficina de la Mujer, que tiene a su cargo, realizar un mapa de género de la Justicia, mantener y actualizar una base de jurisprudencia y fundamentalmente dar cursos de género a la totalidad de los integrantes del poder judicial, desde el ordenanza hasta los magistrados de instancias inferiores y superiores de todos los fueros, para generar conciencia del tema, y sobre todo para lograr vencer los patrones socio culturales que sustentan la desigualdad entre hombres y mujeres.

Con el objetivo de incorporar la perspectiva de género en el Poder Judicial, la Oficina de la Mujer ha diseñado una herramienta de sensibilización con modalidad de trabajo en taller que apunta a la reflexión entre pares generando debate sobre temas específicos de género.

Para llegar a toda la población judicial de Argentina en el menor tiempo posible se recurrió al método de capacitar replicadoras/es, para lo cual se convocó a personas de todas las jurisdicciones y se las entrenó en el uso de esta herramienta.

Entre los talleres que se dicta se encuentra el de Género que tiene como objetivo la elaboración crítica sobre el impacto diferencial para los varones y para las mujeres de cualquier acción, decisión, legislación, política o programa, con el objetivo de conseguir la igualdad.

Tiene un aspecto Teórico, otro práctico y otro normativo. El Teórico: es dictado por dados por expositoras/es especializadas/os en la temática. Mientras que en el Práctico se realizan ejercicios que permiten una reflexión autorreferencial sobre los contenidos teóricos. Y en el Normativo se busca una aproximación a las normas internacionales que rigen los derechos de las mujeres

## 16. Conclusión

- A. Juzgar con perspectiva de género es la única forma de lograr que las previsiones legislativas se concreten en respuestas judiciales justas, para las personas del género femenino que recurren a los tribunales a solucionar los problemas que la discriminación por el hecho de ser mujer les ha causado.
- B. Juzgar con perspectiva de género, no solo da una respuesta al problema individual sino que transmite a la sociedad toda el mensaje que las cuestiones de violencia contra la mujer no son toleradas no quedan impunes y deben ser reparadas.
- C. El Poder Judicial debe impulsar un proceso de incorporación de la perspectiva de género en la Planificación Institucional y en los procesos internos para lograr la equidad de género tanto para quienes utilizan el sistema de justicia, como para los empleados, funcionarios y Magistrados que desarrollen su labor.<sup>31</sup>

## 17. Notas Bibliograficas

- 1 Magistrado de la Camara Civil y Comercial Federal de Buenos Aires Argentina. Presidente para America Latina y el Caribe de la Asociación Internacional de Mujeres Jueces, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Profesora de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- 2 Desde el punto de vista normativo, la problemática de la violencia contra las mujeres en las últimas décadas se ha transformado en un tema importante en la agenda de la comunidad internacional. En diciembre de, 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW), la cual entró en vigencia el 3 de septiembre de 1981 .

Conforme surge de sus fundamentos, este documento, hunde sus raíces en dos antecedentes de enorme importancia. En primer lugar, la Carta de las Naciones Unidas, que reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer. El segundo antecedente es la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo.

Nos parece importante en este punto mencionar la Recomendación General N° 19 del Comité de la CEDAW, “La violencia contra la mujer”, aprobada en el año 1992, en la cual se llama la atención a los Estados sobre la relación entre violencia y discriminación, debido a que el texto de la CEDAW no incluyó explícitamente en su articulado el tema de la violencia.

Con posterioridad se suscribieron otros importantes documentos en la materia, como la Declaración y Plataforma de Acción de Viena, adoptada en 1993, en el marco de la "II Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos", la cual fue el punto de partida para que en diciembre de ese mismo año se aprobara en la Asamblea General de las Naciones Unidas, la "Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer". Un año después, en 1994, se aprueba la "Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer", denominada "Convención de Belém do Pará".

Dentro de este proceso, no podemos soslayar la creación en el año 1994, por parte de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, del cargo de Relator Especial sobre la violencia contra la mujer. Ese mismo año, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó este cargo y en 1998 hizo lo propio la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos.

También en esta breve reseña de los instrumentos suscriptos en la materia, debemos mencionar la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing -, de 1995 y la "Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer", del año 2000 -

En el ámbito latinoamericano, se destaca la realización de la "X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe", que se llevó a cabo en Quito, Ecuador, en la que suscribió un documento conocido como el "Consenso de Quito" y que incluyó un importante número de medidas dirigidas a intensificar la participación pública de las mujeres.

En lo que respecta estrictamente al derecho Argentino, debemos señalar que sin perjuicio de que la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", adquirió a partir de la reforma del año 1994 jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), nuestra carta magna incorporó también una norma de suma importancia para la protección de los derechos de las mujeres. En efecto, el artículo 75, inc. 23, establece que corresponde al Congreso: 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, **en particular respecto de los niños, las mujeres**, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por último, tenemos la ley 26.485, de "Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales", sancionada el 11 de marzo de 2009 y promulgada el 1° de abril del 2009..

El dictado de esta ley se corresponde con lo dispuesto por el artículo 7° Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en cuanto establece que los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen (...), inc. c), Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.

- 3 **Caso Maria Da Penha Maia Fernandez contra Brasil. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 16 de abril del 2001**
- 4 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala V. Causa: 37.164. Autos: A.A.M. s/lesiones - sobreseimiento - Inst11/Sec133 - Sala V/26 Buenos Aires, 25 de junio de 2009. **Son de destacar** Los fallos de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en los autos "U., E. L. s/abuso sexual", causa 37.167 y autos "A., A. M. s/lesiones", causa 37.164, ambos del 25/6/2009, en donde la Sala revoca dos sobreseimientos y señala que, en actuaciones en donde se involucran hechos de violencia

- como los investigados, corresponde prestar especial atención a las pautas establecidas en la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres (B.O. 14/4/2009), toda vez que dicha normativa ha reconocido, como garantía de las víctimas, la amplitud probatoria en el procedimiento, correspondiendo por ello evaluar las pruebas ofrecidas de acuerdo al principio de la sana crítica y considerar las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes. Asimismo, sostiene la necesidad de que los magistrados presten especial atención a los fundamentos y objetivos de las políticas públicas que desde el servicio de justicia se vienen desarrollando para así garantizar una asistencia eficaz y oportuna de las víctimas, ello en consonancia con la ley antes mencionada y con las Acordadas 3/04 y 39/09 de Creación de la Oficina de Violencia Doméstica.
- 5 BEAUVOIR, Simone de "El segundo sexo", Aguilar, Madrid, 1981, p. 247
  - 6 Del Mazo, Gabriel Revista "La violencia de género contra las mujeres y la influencia de los patrones socioculturales". Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año 4, número 1, mes de enero/febrero de 2012, pág. 8, bajo el título
  - 7 Para profundizar en los conceptos teóricos sobre la perspectiva de género, puede consultarse el Curso Auto-formativo en línea del IIDH: "Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos" En. [www.iidh.ed.cr/CursosIIDH](http://www.iidh.ed.cr/CursosIIDH). Visitado: 20 junio 2015.
  - 8 LAMAS, Marta, "La perspectiva de género" en "Revista de Educación y Cultura", en el sitio <http://www.latarea.com.mex>.
  - 9 BOURDIEU, Pierre, "La dominación masculina", Editorial Anagrama, Barcelona, 5ta. Ed. 2007, p.21
  - 10 LAMAS, Marta, *Cuerpo: diferencia sexual y género*, Taurus, México, 2002.
  - 11 Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros s/ amparo", C.S.J.N., 20/5/14. Comentada por Dobarro, Bibiana y Gabriel Del Mazo en "Derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género en el acceso al empleo. el caso "Sisnero" en Revista de Derecho de Familia y de Las personas Ed LL octubre 2014.
  - 12 Corte Suprema de Justicia de la Nación • 01/11/1999 • D. de P. V., A. c. O., C. H. • • LA LEY 1999-F , 671 • LA LEY 2000-B , 24 con nota de Germán J. Bidart Campos y nota de Andrés Gil Domínguez • DJ 2000-1 , 544 • RU 2000-2 , 8 • ED 185 , 455 • Colección de Análisis Jurisprudencial Derechos humanos y garantías - Director: Juan Antonio Travieso - Editorial LA LEY, 2002 , 236 con nota de Verónica Spaventa • Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría General del Derecho - Director: Eduardo Angel Russo - Editorial LA LEY, 2002 , 435 con nota de Inés M. Weinberg; Emilio Gallegos • Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Marcos M. Córdoba , 270 • AR/JUR/2901/1999
  - 13 Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa " Una voz autorizada del ámbito regional manda no discriminar en razón de la orientación sexual" Publicado en: LA LEY 28/03/2012 , 1 • LA LEY 2012-B , 1254 Cita Online: AR/DOC/1328/2012
  - 14 13. Ientile, Verónica M. El caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile" y el proceso de reparación en lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
Publicado en: RCyS 2012-VI, 269 Fallo Comentado: Corte Interamericana de Derechos Humanos ~ 2012-02-24 ~ Atala Riffo y Niñas c. Chile
  - 15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, S., M. G. y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo. 20/05/2014, Publicado en: LA LEY 10/06/2014, 7 Pq.-S. LA LEY 30/06/2014, 5. LA

LEY 2014-D, 56. ED 258, 194. Sup. Const. 2014 (julio), 85. LA LEY 2014-D, 218. IMP 2014-8, 219. Sup. Const. 2014 (agosto), 59 con nota de Emilio A. Ibarlucía. DJ 17/09/2014, 11 con nota de Gonzalo Cuartango. LA LEY 2014-E, 202. DJ 01/10/2014, 23. DFyP 2014 (octubre), 199 con nota de Vivana Mariel Dobarro y Carlos Gabriel Del Mazo. DT 2014 (octubre), 2720, Cita online: AR/JUR/15946/2014.

16 Corte IDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

17 ARTICULO 86. Código Penal de la Nación - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Corte Suprema de Justicia de la Nación F, A. L. s/medida autosatisfactiva. 13/03/2012 Publicado en: LA LEY 15/03/2012, 6. LA LEY 2012-B, 198. LA LEY 21/03/2012, 3 con nota de Alberto B. Bianchi; Walter F. Carnota; Julio Chiappini; Carlos Enrique Edwards; Andrés Gil Domínguez; Ricardo Alberto Grisetti; Jorge Nicolás Laferrière; Eduardo A. Sambrizzi. LA LEY 2012-B, 241 con nota de Alberto B. Bianchi; Walter F. Carnota; Julio Chiappini; Carlos Enrique Edwards; Andrés Gil Domínguez; Ricardo Alberto Grisetti; Jorge Nicolás Laferrière; Eduardo A. Sambrizzi. LA LEY 23/03/2012, 7. Sup. Penal 2012 (abril), 59. LA LEY 2012-B, 522. DPyC 2012 (abril), 61 con nota de Jorge E. Buompadre; Andrés Gil Domínguez; Carolina A. Vanella. LA LEY 07/05/2012, 10 con nota de Jorge W. Peyrano; Javier Anzoátegui. LA LEY 2012-C, 89 con nota de Jorge W. Peyrano; Javier Anzoátegui. Sup. Penal 2012 (mayo), 12 con nota de Alejandro O.Tazza; Adrián Tellas. LA LEY 2012-C, 113 con nota de Alejandro O.Tazza; Adrián Tellas. Sup. Const. 2012 (mayo), 43 con nota de Ursula C. Basset; Verónica M. Ientile. LA LEY 2012-C, 203 con nota de Ursula C. Basset; Verónica M. Ientile. DPyC 2012 (mayo), 28 con nota de De Javier A. Luca; Mónica Pinto; Julieta Di Corleto. DJ 16/05/2012, 19 con nota de Manuel Alejandro Améndola. JA 23/05/2012, 3. DJ 11/07/2012, 26 con nota de Natalia Monasterolo. Sup. Penal 2012 (agosto), 62 con nota de Juan José Benítez. LA LEY 2012-E, 144 con nota de Juan José Benítez. LLP 2012 (mayo) Cita online: AR/JUR/1682/2012.

19 Ientile, Verónica M Un fallo de la Corte Suprema que nos recuerda lo que queda por resolver

. Publicado en: Sup. Const. 2012 (mayo) , 47 • LA LEY 2012-C , 207

Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2012-03-13 ~ F, A. L. s/medida autosatisfactiva

20 Se recomienda lectura del fallo y notas al mismo de CSJN, González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba, 19/09/2000; fallos: 323:2659. La Ley Cita on line: AR/JUR/1393/2000.



- 21 Corte Suprema de Justicia de la Nación González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba. 19/09/2000 Publicado en: LA LEY 2000-F, 128 con nota de Andrés Gil Domínguez; Germán J. Bidart Campos. LLC 2000, 1314. Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY 2005, 116 con nota de Pablo Luis Manili. DJ 2001-1, 883. ED 2000/10/19, 17. Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY 2005, 334 con nota de Patricio Alejandro Maraniello, Cita Fallos Corte: 323:2659, Cita online: AR/JUR/1393/2000.
- 22 Corte Suprema de Justicia de la Nación Caso Gorgona G., G. A. s/ causa n°14.092. 23/04/2013 JA 2013-II, 769. JA 29/05/2013, 56. DJ 05/06/2013, 23. Sup. Penal 2013 (junio), 27 con nota de Delfina M. Wullich; Alejandro H. Ferro. LA LEY 2013-C, 449 con nota de Delfina M. Wullich; Alejandro H. Ferro. Sup. Penal 2013 (julio), 26 con nota de Mauro Lopardo; Pablo Rovatti. LA LEY 2013-D, 144 con nota de Mauro Lopardo; Pablo Rovatti. DPyC 2013 (julio), 66 Con nota de Mario Alberto Juliano y Gustavo L. Vitale. LA LEY 2013-E, 449 con nota de Llera, Carlos Enrique. Sup. Penal 2013 (Octubre), 35 Con nota de Llera, Carlos Enrique. JA 2013- III, 809. DPyC 2014 (agosto), 107 con nota de Mariano Patricio Maciel.
- 23 Corte Suprema de Justicia de la Nación Buenos Aires, 1 de noviembre de 2011 “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a: [http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2009/gw/9/l\\_421\\_l\\_xliv\\_l.pdf](http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2009/gw/9/l_421_l_xliv_l.pdf)
- 24 En el caso Leiva, después de la Sentencia de la Corte Suprema la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca dictó una nueva sentencia resolvió por mayoría hacer lugar al recurso solicitado por la defensa de Cecilia Leiva, y absolverla del delito de homicidio simple contra su pareja. En esta sentencia los jueces Cippitelli y Guillamondegui entienden que se dan los elementos para que se configure el supuesto de legítima defensa. Para así decidir analizan la normativa específica de la materia en cuestión, destacando los instrumentos internacionales (CEDAW y Convención de Belém do Pará) y a la Ley 26485 y a las Reglas de Brasilia. Al analizar el artículo 34(6) del Código Penal, el juez Cippitelli señala que “en un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra atrapada en un círculo donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo -repárese aquí lo manifestado por Leiva en debate, al expresar que sólo lo denunció una vez, porque estaba amenazada por Suárez-, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o por vergüenza. Por su parte el juez Guillamondegui agrega que la “agresión ilegítima debe ser interpretada en el contexto de violencia doméstica en la que se encuentra inmersa. A su vez, retoma doctrina donde se señala que “no será irracional la defensa... de quien emplea un arma blanca... frente a quien la agrede a golpes de puño, si la superioridad física del agresor le impide detenerle con igual medio.” Asimismo, Roxin advierte que “ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos con-tnuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo que se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse.” Corte de Justicia de la Pcia de Catamarca

Fecha 31/05/2012 Caso Leiva, María Cecilia p.s.a. Homicidio Simple -Capital <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2888&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>

- 25 Corte Suprema de Justicia de la Nación Feole, Renata Rosa c/ Arte Radiotelevisivo s/ despido. F. 441. XXXVI.
- 26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, De Lorenzo, Amelia Beatriz c. D.G.I. 17/06/2009 Publicado en: PET 2009 (setiembre-427), 11. IMP 2009-19 (octubre), 1546. JA 2009-IV, 373 Cita online: AR/JUR/25597/2009.
- 27 Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Autos: Pellicori, Liliana S. c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo. Fecha: 15-11-2011.Cita: IJ-L-790. Cita CSJN: P.489. XLIV.
- 28 Corte de Justicia de la Provincia de Salta, M., J. A. s/rec. de casación s/ recurso de casación. 16/10/2012, Publicado en: DFyP 2013 (noviembre), 44 con nota de Graciela Medina Cita online: AR/JUR/78868/2012.
- 29 MEDINA, Graciela "Responsabilidad del Estado por omisión" Publicado en: DFyP 2013 (noviembre ) se puede consultar en [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com).
- 30 28 • Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11/01/2001 • T, S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires • • LA LEY 2001-A , 189 • Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría Gral. del Derecho - Ricardo A. Guibourg , 378 • DJ 2001-1 , 523 • LA LEY 2001-B , 185 • LA LEY 2001-E , 264 con nota de Marcela I. Basterra • , N° 1 , 11 • ED 2001/03/13 , 2 • , Derecho Civil - Parte General - Director: Julio César Rivera - Editorial LA LEY, 2003 , 132 , con nota de Leopoldo Peralta Mariscal • DJ 2001-3 , 374 con nota de Jorge J. A. Del Azar; Justina M. Díaz • AR/JUR/3002/2001

# **LA RELACION ENTRE MEDIACIÓN Y LA SEGURIDAD JURIDICA EN EL CONTEXTO DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES. JUSTICIA *OBJETIVA* VERSUS JUSTICIA *SUBJETIVA***

Dr. Guillermo Orozco Pardo  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Granada

## ***RESUMEN***

El presente trabajo aborda la aparente contradicción entre la Mediación como vía complementaria, más que *alternativa*, de resolución de conflictos y acceso a la Justicia, frente al proceso objetivo de carácter formal que representan los Tribunales de Justicia. La Seguridad Jurídica es una figura que aporta a la Justicia estabilidad y dinamismo a la vez y a ello contribuye decisivamente la implantación de la Mediación como instrumento para conciliar el valor *Objetivo* de la Justicia – la norma legal que aporta *estabilidad* – y el valor Subjetivo representado por los criterios e intereses de las partes del litigio – que aportan dinamismo en cuanto sintonizan con el sentimiento de lo justo por la sociedad – modulados adecuadamente durante el procedimiento de Mediación por la intervención de un profesional que orienta y asesora a las partes hacia un acuerdo consensuado, viable y justo.

## ***ABSTRAC***

The present work deals with the apparent contradiction between Mediation as a complementary way, rather than an alternative, way of resolving conflicts and access to justice, to face the formal process of the Courts of Justice. The Legal Security is a figure that contributes, both stability and dynamism to the Justice, and this contributes decisively the implementation of the Mediation as an instrument to concile the objective value of Justice - the legal norm that contributes stability – and the Subjective value represented by the criteria and interests of the parties in litigation – which bring dynamism insofar as they attune to the feeling of fairness by society – appropriately modulated during the Mediation procedure, by the intervention of a professional who advices and guide the parties toward a consensual agreement, viable and fair.

## ***SUMARIO***

1. Introducción, 2. Delimitación terminológica del concepto de Mediación, 3. Mediación y Seguridad Jurídica, 4. La “Irresistible Ascensión” de la Mediación Familiar. 5. Una reflexión final. 6. Notas Bibliográficas.

## 1.- Introducción:

Es ya casi un *tópico* de la literatura jurídica actual el afirmar la *crisis* de los métodos y criterios tradicionales de administrar Justicia en el contexto de una sociedad como la actual y la necesidad de abrir nuevas vías para abordar la prevención y resolución de los litigios que hoy desbordan al sistema judicial. Así lo pone de relieve del Rio Fernandez cuando afirma: *estamos en una sociedad muy judicializada y acostumbrada a que “otros” nos resuelvan siempre el problema. Si la justicia es un valor y un principio a preservar, al tiempo que un derecho y un servicio público, debemos educar a la sociedad en su uso racional, al tiempo que buscar otras vías alternativas que desjudicialicen ciertos conflictos.* Son necesarias nuevas estrategias que no solo se limiten a cambiar las leyes que regulan el *fondo* de las cuestiones que se suscitan en un litigio, sino también la forma o vía en que se ha de proceder a resolver – cuando no prevenir – los conflictos que los sustentan. Y para ello es preciso concienciar a todos los sujetos implicados en el tema: legisladores, jueces, fiscales, abogados y a las partes del conflicto. En este sentido, el papel del Poder Judicial es esencial para implantar estas nuevas vías o métodos complementarios – a la vez que alternativos en ciertos casos – como nos señala el autor antes citado: *Una de las tendencias que más claramente se perciben en los últimos tiempos en relación con el papel asignado al poder judicial consiste, precisamente, en favorecer el abandono de las fórmulas tradicionales de resolución de conflictos para dar paso a nuevos sistemas. El punto de partida de estas iniciativas lo constituye la situación actual de la justicia, muy alejada del rendimiento óptimo, del plazo razonable, junto a la importancia de frenar la inercia individualista imperante, la cultura de confrontación y litigio permanente.*<sup>1</sup>

Como acertadamente afirma Spengler, existen varios factores en la sociedad actual que han determinado una crisis de *identidad* y *eficiencia* en el judiciary, por la diversidad de fuentes normativas, los desfases y *lagunas* legales y al hecho de que nuestras leyes están diseñadas para resolver conflictos inter-individuales bien nítido en sus causas y sus líneas de intervención. Crisis de *identidad* porque el juez debe atender a la realidad social de momento, a los valores preeminentes y las circunstancias de los sujetos en litigio, basándose en una norma *objetiva* ajena a la escala de valores e intereses de los sujetos en conflicto, cuando las partes le

demandan una cierta implicación como conciliador. Crisis de eficiencia en la medida en que el judicial se ve en la necesidad de asumir unas tareas o funciones que no serían estrictamente jurisdiccionales, lo que conlleva una insatisfacción con el resultado de su intervención.<sup>2</sup>

En este contexto, pretendemos abordar en estas líneas la temática relativa al debate que suscita la *aparente* tensión entre la Justicia *objetiva*, estática, *adversarial* y despersonalizada – representada por el sistema judicial – que tiende a enfrentar a las partes en su condición de *adversarios*, frente a la justicia *subjetiva* que las propias partes pueden administrarse, y en base a sus propios criterios personales, orientadas y apoyadas por el mediador como catalizador del acuerdo que resuelve el conflicto de una manera amigable, duradera y asumida por los sujetos. Es decir, se nos presentaría sí la Mediación como una vía diferente hacia una justicia *alternativa*, hacia un nuevo concepto de justicia ajeno a los Juzgados, cercana, consensual y *propia* de los ciudadanos, pues se basaría en sus sentimientos, emociones e intereses. Cierto es que hoy la crisis de los sistemas tradicionales de resolución de conflictos se debe a múltiples factores, como la proliferación de conflictitos que acceden a los juzgados, la falta de medios de éstos y la tardanza en la resolución, lo que finalmente ha llevado a una visión *peyorativa* del sistema por parte de los ciudadanos. Como dice Carretero Morales “*Se hace necesario invertir esta tendencia. El sistema judicial solo ha de ser utilizado cuando no exista otro método más adecuado o más eficiente para la resolución del conflicto.....las personas han de estar lo suficientemente preparadas como para gestionar e intentar resolver sus propias controversias del modo más conveniente.*”<sup>3</sup>

Ello la convierte en un instrumento ideal de la demanda de dinamismo y cercanía que la Justicia plantea, siendo así un medio adecuado para implantar una Seguridad Jurídica *antiprocesal*. Cierto es que la Mediación es una vía, a veces *complementaria* y a veces *alternativa* de la llamada Justicia *formal* representada por los Jueces y Tribunales y, por tanto, un instrumento muy útil tanto en su vertiente de mediación *intra-procesal*, como en la mediación privada o externa al proceso, pero como veremos seguidamente, no es adecuado presentar esta relación entre Justicia y Mediación como una dicotomía, sino como una relación fructífera y que los Estados y la *gente de justicia* debemos potenciar por cuanto viene demostrando su utilidad para promover el acceso de los ciudadanos a una Justicia más propia, humana y, por tanto, *legítima*. No obstante, hemos de

tener presente, como nos recuerda del Rio Fernandez, que el proceso civil español *ya conoció la mediación como requisito previo obligatorio para acudir a la jurisdicción ordinaria, si bien el acto de conciliación terminó convirtiéndose en un mero trámite formal previo a la interposición de la demanda judicial.*<sup>4</sup>

Haremos nuestra reflexión sobre el contexto de los conflictos familiares, de pareja e *intergeneracionales*, por ser esta la materia que presenta mejores características para la adecuada práctica de la Mediación.<sup>5</sup> Ello es así por los importantes cambios que los modelos de familia han desplegado en nuestra época y de los cuales se ha deducido una necesaria tarea de puesta al día del Derecho de Familia, tal y como ha sucedido en España donde tales cambios legislativos ha sido, en palabra de Ruiz Becerril, *de un extraordinario calado y con una inusual celeridad.*<sup>6</sup> Efectivamente, la Mediación se adapta muy adecuadamente a la resolución de los posibles conflictos en el contexto familiar porque, como veremos, no solo incide sobre los efectos de los mismos, sino también sobre sus causas, dando entrada a la autonomía de privada en cuanto a emociones, sentimientos y valores de convivencia del grupo familiar en el que se suscita el litigio, atendiendo también a su contexto y a lo querido por las partes, teniendo siempre presente límites como el interés preferente del menor y las normas de obligatorio cumplimiento.<sup>7</sup> Por tanto, la Mediación puede surtir un efecto *preventivo* del litigio, así como *resolutorio* y *terapéutico*, lo que cobra importancia a la hora de resolver conflictos en contextos donde los sujetos han de mantener a posteriori una relación más o menos parmente, tal y como sucede con una pareja de divorciados con hijos comunes. Es por eso que, como señala Ruiz Rico y Ruiz Morón, que la Mediación se ha venido aplicando en este contexto antes incluso de su regulación legal: *En España la utilización de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos no sólo fue anterior a su regulación legal, sino que al mismo tiempo quedó enmarcada, en un primer momento, en el ámbito familiar, y más en concreto en el marco de las denominadas crisis matrimoniales, donde cobra especial importancia el mantenimiento de los implicados más allá de la ruptura personal.*<sup>8</sup>

## 2.- Delimitación terminológica del concepto de Mediación

Según el diccionario de la Real Academia Española, *mediación* es la *acción y efecto de mediar*. Una de las acepciones o significados de *mediar* entendida

como actividad es *interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando conciliarlos y unirlos en amistad*. Por tanto, se trata de una actividad que pretende *acercar posiciones* entre personas o grupos que contienden, lo que cual implica contar con la confianza de ambas partes y conocer la causa del conflicto. Esta actividad de *mediar* es consustancial al ser humano en cuanto medio de prevenir o regular conflictos porque, tal y como afirma Martín Serrano, *los individuos y la misma sociedad desarrollan y utilizan sistemas de regulación institucionalizados para reducir la disonancia*.<sup>9</sup>

En consecuencia, podemos entender que, según esta acepción, el concepto de mediación está referido a su carácter de instrumento para lograr la resolución de una contienda o conflicto entre personas, merced a la intervención de un tercero que realiza esa actividad de *mediar* sobre la base de establecer un *orden* fundado en unos criterios asumidos, o aceptados, por los *contendientes*. Así concebida, la mediación se convierte en un instrumento al servicio de la Justicia por vía de su aplicación como instrumento de la seguridad jurídica. Así mismo, la mediación se presenta con perfiles comunes a otras figuras muy cercanas a ella, tales como la conciliación y el arbitraje, si bien existen ciertos rasgos distintivos que la distinguen, como se ha visto.

Hemos de tener presente que en nuestro Derecho, el término *mediación* posee también una acepción muy específica en sede del Derecho de Obligaciones y Contratos: el llamado *contrato de mediación*, que presenta notas comunes con la acepción antes comentada, pero también se diferencia en otros aspectos. Seguidamente, abordaremos distintos aspectos de la mediación y su proyección en la mediación familiar. La ley española 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, la define en su artículo primero con estas palabras: *Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*. Como podemos comprobar, las notas esenciales serían que se trata de un medio de resolución de disputas de carácter voluntario para *intentar* lograr un acuerdo y en el que interviene un tercero – mediador – que no decide, sino colabora y orienta a las partes hacia un final de consenso y solución de su conflicto.<sup>10</sup>

Todo el procedimiento de mediación se ha de atener unas formalidades en cuanto al control de disponibilidad del objeto, documentación de los distintos actos y profesionalidad del mediador y a unos principios básicos como la voluntariedad, confidencialidad, igualdad de las partes e independencia y neutralidad del mediador. Así mismo, como quiera que se trata de un contrato, se deberán aplicar los principios básicos de Derecho contractual, como por ejemplo el de la buena fe y no *abusividad* de sus cláusulas.<sup>11</sup> Es importante resaltar varios factores: la *disponibilidad* del objeto de la disputa – concepto similar al de disponibilidad del objeto del proceso – lo que deja fuera cuestiones tales como la mayoría los delitos penales; así mismo, la *voluntariedad* del acceso, la permanencia en el procedimiento de mediación y la aceptación del acuerdo final y, por último, el carácter no *dirimiente* del papel del mediador: no puede *imponer* un acuerdo a las partes – incluso en muchos ordenamientos no puede tan siquiera *proponerlo* – pues éste ha de ser fruto de su intervención pero *propio* de las partes. Esto permite poner en cuestión la duda acerca de si el legislador puede imponer una mediación previa al proceso judicial o el juez derivarlo una comenzado éste. Tal posibilidad fue admitida por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Así se prevé en su artículo 5 que dispone bajo la rúbrica.

### **Recurso a la mediación**

1. *El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles.*
2. *La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.<sup>12</sup>*



En España el primer Anteproyecto de adaptación de esta Directiva de 2008 preveía una mediación previa obligatoria para asuntos relativos a una cuantía inferior a una cantidad determinada, sin embargo nuestro Legislador finalmente no adoptó esa postura sin una explicación clara y convincente, pues no cabe pensar que una mediación previa y obligatoria en el ámbito civil y mercantil pueda considerarse contraria al *derecho fundamental a la tutela judicial efectiva* (consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española de 1978) por tratarse de materia *disponible*,<sup>13</sup> aplicarse el principio de voluntariedad antes comentado y ser el acuerdo impugnabile por las mismas causas que los contratos.<sup>14</sup> Y ello impide que la Mediación se haya consagrado como un instrumento adecuado para conciliar adecuadamente la Justicia y la Seguridad jurídica, como veremos seguidamente.<sup>15</sup> Nuestro propio ordenamiento contiene supuestos de mediación previa obligatoria, como sucede en el ámbito de los conflictos de Consumo, los laborales y los conflictos de menores.<sup>16</sup>

### 3.- Mediación y Seguridad Jurídica.

Es útil a nuestro propósito hacer una breve referencia a la Seguridad Jurídica y su conexión con la mediación, entendida ésta como un instrumento al servicio de aquella, ya como técnica de resolución de conflictos, ya como instrumento para evitarlos. La Seguridad Jurídica aparece consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978, como un principio/mandato fundamental del Estado de Derecho. En lo que interesa a estas líneas, merece la pena destacar la idea de Puy Muñoz según la cual la seguridad jurídica consiste en *el logro de una situación que realice por cauces legales la promoción y defensa de los intereses particulares*.<sup>17</sup> No obstante podemos perfilar aún más el concepto desglosando su contenido literal: *seguridad* indica estabilidad, certeza, porque una situación es segura cuando está amparada de cualquier mutación *ilegítima*, es decir, de aquella que no procede de una causa establecida por la Ley. Con el término *jurídica*, se hace referencia a aquellas situaciones o relaciones que son objeto o interesan al Derecho. Además, hemos de puntualizar que la seguridad jurídica también esta afecta a la promoción de los intereses generales, no solo los de los particulares.

Pérez Luño ha estudiado con acierto esta institución poniendo de relieve algunas consideraciones dignas de ser destacadas. En primer lugar,

que este es un concepto complejo, con una diversidad de significados y distintas proyecciones en los demás valores, figuras y categorías jurídicas. Establece este autor dos acepciones diferentes:

1. Seguridad jurídica *strictu sensu* como exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional de todo ordenamiento jurídico como sistema coherente, que se vertebra a través de sus normas e instituciones.
2. La faceta *subjetiva*, como sinónimo de la necesaria certeza del Derecho, la estabilidad de las situaciones nacidas a su amparo y la ausencia de conflictos o lesiones injustificadas. Ello implica que el Derecho debe ser conocido para que los sujetos puedan adecuar previamente sus conductas a la norma basándose en unas pautas y unos valores previos coherentes, ciertos y razonables.<sup>18</sup>

El Tribunal Constitucional afirma que la seguridad jurídica es *la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad*, pero que si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. (STC 27/81 de 20 de julio) En otra sentencia, el Alto Tribunal destaca así mismo que la seguridad jurídica ampara *la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y en el respeto a las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes*. (STC 147/86 de 25 de noviembre) Por tanto, la seguridad jurídica comporta exigencias de *corrección formal y material* del Ordenamiento que funcionan como auténticas *garantías*: irretroactividad de las leyes penales, unidad y continuidad en la jurisprudencia, respeto a los derechos adquiridos, cauces adecuados para su ejercicio, acceso a la Justicia en sus diversas modalidades, serían algunas de ellas.

Esta certeza y estabilidad que impone la seguridad jurídica, ha de ser conciliada con la demanda de *dinamismo y mutación* que impone la Justicia en cuanto valor superior al que aquella queda supeditada, por lo que la seguridad jurídica no comporta en absoluto ausencia de cambio o evolución en el ordenamiento, sino que éste se producirá por unos cauces y a un ritmo adecuado para evitar *rupturas* que puedan ser inadmisibles en un Estado de Derecho.

Así mismo, hemos de recordar que nuestra Constitución no hace distinciones entre relaciones de Derecho Público y Privado a la hora de aplicar las garantías que la seguridad jurídica comporta. Y es en el campo contractual donde queremos aplicar lo que antecede, porque sirve para limitar o perfilar la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, de suerte que cuando un pacto o un uso negocial son contrarios a la seguridad jurídica, son nulos (STS 13 de noviembre de 1992). Este efecto *derogatorio* con respecto al *ordenamiento convencional*, comporta una *eficacia negativa* de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica *pone en valor* con plena eficacia principios como el de igualdad, buena fe o abuso del derecho. Es por ello que el artículo 1258 C. C. cobra pleno sentido en este contexto en cuanto criterio integrador en sentido positivo y negativo en el campo negocial: los contratos obligan a lo que expresamente se pacta y a todas aquellas *consecuencias* que, atendiendo a su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a los usos y a la Ley.

Esto implica una integración *positiva*, relativa a consecuencias no previstas y que comportan la aplicación de nuevas *cláusulas* o la realización de conductas; en el sentido *negativo* implica la derogación de cláusulas recogidas en el contrato y la observancia de deberes de abstención de conductas contrarias a aquellos criterios antes apuntados.

Esta proyección de la seguridad jurídica posee un claro valor *antiprocesal* por cuanto tiende a evitar la proliferación de causas de conflicto y sus perniciosas consecuencias, merced a la *certeza* del contenido de los actos jurídicos y el alcance de las obligaciones contraídas a consecuencia de aquél. Así debemos entender como positiva la *vuelta* al formalismo contractual, la *tipificación* de multitud de contratos en los que se impone un contenido mínimo para garantizar un equilibrio en las prestaciones y la tutela de los derechos del consumidor; la proliferación de normas que han elevado el nivel de protección de la parte débil por diversos mecanismos, entre los cuales podemos citar la consagración de unos derechos básicos, de acciones individuales o colectivas de defensa, la promoción de la responsabilidad objetiva, y la intervención de terceros para autorizar determinados contratos que han de supervisar su *calidad* en términos de licitud, forma y equidad. Todo ello sirve para tratar de evitar las posibles causas de conflicto en la medida en que se impiden abusos, se corrigen desigualdades, se veda la arbitrariedad a la hora de interpretar o ejecutar

el contrato o se garantiza la cobertura de responsabilidad imponiendo un seguro para el caso. Pero la seguridad jurídica *extraprocesal* no se agota con ello, sino que es también digno de destacar el hecho de que han aumentado las vías de solución de conflictos en las relaciones intersubjetivas que hacen innecesario acudir a la vía procesal, con los efectos positivos de todo orden que ello conlleva.

En nuestros días, se ha producido un aumento considerable de conflictos en los más diversos ámbitos y materias entre las cuales cabe citar las relaciones laborales, profesionales, de consumo diario, de responsabilidad por productos o servicios o las del ámbito de la familia. Ello ha provocado el lógico incremento de la actividad jurisdiccional sin que el *sistema* estuviera adecuadamente preparado para resolver el elevado número de asuntos que demandan una solución judicial. Este hecho queda perfectamente reflejado en la frase de Derek Bok, referida al sistema judicial norteamericano, pero aplicable al nuestro, al considerarlo como *un sistema sembrado de las esperanzas defraudadas de aquellos que lo encuentran demasiado difícil de comprender, demasiado quijotesco para imponer respeto y demasiado caro para resultar práctico*.<sup>19</sup> Esta percepción de la insuficiencia del sistema llevó a la búsqueda de nuevos instrumentos de solución para los conflictos que fueran unas adecuadas alternativas extrajudiciales. Sus impulsores centraron sus críticas a la justicia civil en el hecho de que *destruye*, más que *construye*, las relaciones *interpersonales* designando un *ganador* y un *perdedor*, por lo que hace difícil alcanzar cualquier compromiso. Ello se debe a que reposa sobre la adecuación a normas/modelos/tipos abstractos y preestablecidos, más que atendiendo a la realidad diversa de los distintos sujetos y comunidades.<sup>20</sup>

Sobre todo, se ha buscado dotar a la sociedad de instituciones alternativas subrayando las características específicas de los conflictos *privados* y negándose, como afirma Théry, a encerrar las disputas en *carcasas* jurídicas inadecuadas e insuficientes, porque los profesionales del Derecho son contrarios a admitir los límites entre el Derecho y el *No-Derecho*, entre lo Judicial y lo *No-Judicial* y cuando pretenden borrar tales límites *chocan* con el *justiciable*.<sup>21</sup> Lo cierto es que la conflictividad en el ámbito familiar, sobre todo de pareja es un problema que *desborda* los cauces *tradicionales*, hasta ahora previstos en nuestro ordenamiento, ya que predominan las *soluciones traumáticas* por cuanto la inmensa mayoría de las separaciones

y divorcios, y sus secuelas, se dirimen en el ámbito judicial, con las consecuencias que de ello se derivan. Se hace preciso, como venimos manteniendo, una reforma que incluya desde medidas legales hasta la adopción de nuevos sistemas que colaboren a resolver esta conflictividad por unos cauces más flexibles y cercanos a los sujetos inmersos en ellos. Y es por esta razón que mantenemos la mediación familiar más que como una *alternativa*, como un instrumento a integrar dentro del contexto de nuestro *sistema jurisdiccional*.

#### 4.- La “irresistible ascensión” de la Mediación Familiar.

Es singularmente llamativo el hecho de que la mediación familiar se plantea en unos términos un tanto *extremos*: o concita un gran apoyo, o bien recibe fuertes críticas. Tal vez ello se deba al hecho de haber sido planteada como una *alternativa* al divorcio contencioso, o *adversarial*, lo que se pone de manifiesto en autores como Villagrasa y Vall Rius cuando afirman que *la mediación supone la superación del binomio que se refleja en el proceso judicial entre las partes, actora – demandada, ganadora – perdedora o culpable – inocente; al dirigirse, de forma pacífica y no competitiva, a través de un proceso voluntario, a obtener un resultado de máxima satisfacción...* para cada uno de los sujetos en *conflicto*.<sup>22</sup> Posiblemente, sea They quien mejor ha puesto de relieve, a nuestro juicio, este problema de que la mediación, y otras ADR, han servido en muchos casos para *desacreditar* el *formalismo* judicial como instrumento de resolver conflictos y los *peligros* que ello puede entrañar. Esta crítica queda ejemplificada, en sus límites extremos, en unas líneas, magistrales por otra parte, de Victor Hugo en las que un juez sordo, juzga a un acusado, sordo y mudo, siendo así que *no hay circunstancia menos atenuante que aquella que cae en la oreja de un sordo*, haciendo con ello una crítica al *distanciamiento* existente entre la realidad de los sujetos del derecho y los instrumentos de su aplicación en justicia.<sup>23</sup> Frente a ello, Constant defendía que la independencia privada es el fundamento de la libertad, pero esa *libertad civil* dota a la ley de un papel esencial pues se opone a la *arbitrariedad* ya que, frente a ésta, *vaga y sin contornos*, la ley se revela como *precisa y formal*. Llega incluso a considerar las formas, previstas en las leyes, como las *divinidades protectoras* de la inocencia y de las asociaciones humanas, pues fuera de ellas todo queda librado a la *conciencia solitaria* y a la *opinión vacilante*.<sup>24</sup>

Parece, pues, que esta dinámica sigue vigente en algunos aspectos, toda vez que la mediación familiar se presenta como *otra esfera* diferente dentro del complejo mundo del Derecho en cuanto técnica de resolución de conflictos. Y ello no debería ser así. Significativamente, muchos ordenamientos se ocupan de la mediación y la conciliación en el ámbito procesal, quedando sin regular la privada o *extrajudicial*. Y tal vez ello sea adecuado en alguna medida, puesto que así concebida, la mediación *intrajudicial* se convierte en un instrumento plenamente reconocido y regulado en aras de cooperar con la resolución de conflictos privados en este ámbito. Ahora bien, esto no quiere decir que la mediación privada deba quedar *huérfana* de regulación, porque ello podría llevar a algunas consecuencias no deseadas, tal y como se ha puesto de relieve en algunos países de nuestro entorno.<sup>25</sup>

Como se ha dicho, la mediación familiar surge en Europa por medio de la influencia del mundo anglosajón en la práctica del Derecho actual, impulsada por profesionales que no son estrictamente juristas, para aplicarla sobre todo al divorcio al que se quiere convertir en un proceso privado, pacífico, equitativo y constructivo, llegándose incluso a propugnar para *restaurar* la construcción sentimental de la pareja divorciada y resolver los conflictos surgidos por los problemas en el ejercicio del derecho de visita. Esta será la materia más *sensible* porque, como afirma Rivero Hernández, *entre las múltiples consecuencias de la crisis matrimonial – a veces la crisis personal más grave existencial y afectivamente en la biografía de sus protagonistas – la más importante con frecuencia es la relacionada con los hijos, particularmente en lo que afecta a con quién van a quedar cuando los progenitores se separen definitivamente, y que tipo de relación personal y humana van a mantener con aquél con quien ya no convivan tras esa separación.*<sup>26</sup> Con ello pone el acento en una dialéctica que será determinante para un cierto sector doctrinal a la hora de afrontar algunas de las cuestiones más importantes de la mediación familiar: *el factor humano frente al imperativo jurídico*. Efectivamente, en toda la dinámica hasta ahora estudiada de la mediación familiar late una *constante* que enfrenta las posiciones de este tema pues, frente a las exigencias de justicia que el Derecho plantea al contenido y sentido del acuerdo que pone fin con *éxito* al proceso de mediación, se alza la defensa de la autonomía de la voluntad representada por los sujetos en conflicto y la posibilidad de que estos asuman un resultado basado en criterios personales, frente a

aquellos que la ley consagra. Como veremos, la solución a este dilema no es fácil, pero cobra verdadero sentido en la mediación *extrajudicial* pues no estaría sometida, en determinados casos, al *control* de la autoridad judicial en cuanto a su resultado y es, por tanto, la más interesante a estos efectos.

No cabe *discutir* el interés y utilidad de la mediación familiar *extrajudicial*, sea mixta o privada, pues tal y como pusimos de relieve todas las sociedades crean mecanismos extrajudiciales de prevención y resolución de conflictos. Así mismo, como la *desconfianza* ante el posible monopolio del Estado en este campo, ha llevado a que esta actividad se vaya extendiendo en nuestra sociedad, sea por su rapidez, economía, *discreción* y por la autonomía que confiere a los sujetos en conflicto. En consecuencia, la mediación familiar tiene cada vez más defensores en cuanto aparece como un procedimiento pragmático, atiende a la realidad de cada caso, práctico, se integra por un proceso sencillo, autónomo, se basa en el protagonismo de las partes y útil, suele arrojar un amplio consenso entre los sujetos que la han utilizado.<sup>27</sup>

Lo cierto es que la mediación, según se ha visto, es una técnica con honda raigambre en nuestro Derecho, solo que se venía aplicando al campo patrimonial, básicamente en el Derecho Mercantil – como *corretaje* - y el Laboral – como paso previo a la judicialización del conflicto - y que ahora empieza a extenderse, merced a la práctica más que a la teoría, a otros campos, el Derecho de Familia según vimos, pero que ello obliga a abrir un *debate crítico* sobre la cuestión debido al hecho de la especial naturaleza de las relaciones jurídicas que en esta campo se plantean. Además, la ausencia de un análisis crítico, así como de una sólida construcción teórica que la fundamente, puede llevar a la consecuencia de *deslegitimar* toda la teoría de los sujetos del Derecho y los procedimientos judiciales aplicables al caso. Como seguidamente veremos, parece plantearse por algunos defensores de la mediación familiar una suerte de *disyuntiva* entre la justicia que se *impone* y la que se *negocia* entre los propios sujetos que contienen.<sup>28</sup> El mediador se nos aparece así como una profesión nueva, distinto del abogado y el asesor jurídico, cuya función es *restaurar* la voluntad y el consenso a los sujetos, devolviéndoles el poder de decisión sobre sus asuntos familiares. Así pone de relieve Six que el juez *aplica, decide y zanja* la contienda y el mediador no decide por otro, sino que les pone en situación de ser *protagonistas del proceso*, dentro de sus márgenes

de libertad, para que encuentren en *sí* mismos, por *sí* mismos, la solución a *sus* conflictos.<sup>29</sup> Con estos contornos, el mediador familiar se nos presenta como diferente al abogado, al juez o al arbitro ya que *devuelve* el poder de controlar el proceso y de decidir a las partes y ello porque no se coloca en una posición de autoridad sobre ellas y porque su actuación es neutral, desinteresada, imparcial, independiente ya que actúa sin ejercer ninguna presión. Se produce, como señala They, un desplazamiento de la fuente de la voluntad y del poder, en la medida en que el abogado analiza y administra el conflicto, el juez zanja y el *terapeuta alumbra* el pasado y da salida a las emociones y sentimientos. El mediador, *sugiere* las soluciones valiéndose de negociaciones *razonadas* que dejan el poder de decisión a las partes.<sup>30</sup>

Este argumento de la *devolución del poder de decisión es fundamental* en toda la teoría de la mediación y, sobre todo, en la familiar, porque pensemos que se trata de una institución que tiene su origen en el campo contractual, ya que versaba sobre materia patrimonial sometida a la voluntad privada: la oportunidad de suscribir un contrato o realizar un negocio con un tercero que el mediador procura; mientras que ahora se convierte en la figura esencial de un proceso en el que unos sujetos *disponen de un conflicto familiar*, sobre todo una crisis de pareja que les afecta a ellos y a terceros. Este *fundamento* no implica sólo una *crítica* a las *carencias* del sistema judicial para resolver adecuadamente estos conflictos, sino que se trata de la diferencia entre el poder *impuesto* y el poder *devuelto* a los sujetos, supone *la reversión completa del poder*, es la desaparición de toda *referencia exógena* lo que se presenta como la característica fundamental de la mediación familiar y lo que se reivindica como clave de su *éxito*. (They)

Ya veremos con ocasión de estudiar la postura de Marlow con respecto al papel del Derecho y la información jurídica en la mediación familiar, que la idea del mediador *neutral, independiente y desinteresado* implica que no representa a ninguna instancia, ni interna o externa al proceso, ni le mueve más interés que el acuerdo, y que tampoco ninguna otra *regla* que no sean las del diálogo y la negociación que las partes *se otorgan*, condicionarán su actuación profesional. Se opone así la solución *legal* impuesta por el juez, frente a aquella que las partes se dan a sí mismas mediante sus propias reglas, valores e intereses. Se plantea así una dicotomía un tanto *maniquea*:



de la *heteronomía*, que supone una *imposición* por vía de la ley y el juez, frente a *autonomía*, que implica la libertad de las partes que *se imparten* su propia *justicia*. Es decir, la solución *legal* es *externa* a los sujetos del conflicto, y la *mediada* procede de ellos y sus propios criterios. Esto se valora como una *conquista* y como una *liberación*, según acertadamente señala They. La singularidad del caso, la personalidad de los sujetos, los intereses concretos en juego, en definitiva, la condicionante *ad hoc* se presentan como criterios/valores más útiles, y tal vez más legítimos, para resolver el conflicto familiar frente a la abstracción y generalidad de aquellos estándares que la ley consagra.

Se afirma que el proceso judicial *despersonaliza*, enfrenta las soluciones y *estandariza*, mientras que la mediación *individualiza* e incide en el *factor humano* concreto buscando la solución *unívoca* consensual. Como hemos podido constatar, se defiende que en la mediación se supera el discurso entre *perdedores* y *ganadores* que suele plantear una justicia *impuesta e ineficaz*. Si en el proceso *adversarial* se produce un *trauma*, en la mediación no hay perdedores, sino partes responsables que buscan beneficiarse de una solución a la que cada uno puede adherirse libremente, porque ahora una parte no ha de ceder frente a la otra. En definitiva, se busca una concepción constructiva de las crisis familiares – separación y divorcio – mediante una regulación acordada y positiva de la misma, así como organizar las relaciones futuras del grupo familiar. (They) *La mediación familiar analiza el pasado para comprender el presente y construir el futuro*.<sup>31</sup>

Ya hemos puesto de relieve en páginas precedentes, como la mediación es entendida por algunos autores como *otro universo de justicia* en el que se *devuelve el poder* de decisión a las partes para solucionar el conflicto que les enfrenta. Esta expresión de *devolver* implica, de alguna manera, que esa capacidad de decidir había sido *arrebatada* a los sujetos de una forma más o menos legítima. Este poder de decisión de los *protagonistas* del conflicto, implica una mediación voluntaria y en la que el mediador es sólo un agente *catalizador* del acuerdo y, por tanto ocuparía un *segundo plano*, siendo así que su intervención *propicia*, pero no *predispone*, el elemento *clave* del proceso: el *acuerdo*.

Así mismo, se entiende por algunos que el llamado *sistema adversarial*, se basa en unos criterios y se vale de unos mecanismos de alguna manera

*ajenos* al mundo *real* que viven, y han vivido, los sujetos del litigio. Es por ello que ante la pregunta de si la mediación es un medio *alternativo* de resolución de conflictos, contestan desde una perspectiva que, a su manera, justifica la respuesta negativa. Para Marlow, la mediación no es una ADR porque ni se usan los mismos medios, ni se han de juzgar los resultados con el mismo criterio, pues para un mediador lo importante es que se alcance un acuerdo asumido por las partes, que son quienes han de cumplirlo y vivir con él en lo sucesivo, no que éste se considere *correcto* por un tercero (juez, árbitro o mediador) basándose en unos criterios *abstractos* y *objetivos* ajenos al contexto subjetivo (*historia* emocional, sentimientos, valoración personal de las circunstancias, motivaciones propias, etc.) de las partes que lo adoptan.<sup>32</sup>

Para un mediador, en este caso *familiar*, el procedimiento *adversarial* de divorcio *es* una ADR, porque si la pareja a lo largo de su convivencia ha tomado por sí misma las decisiones importantes que les afectaban, con la mediación familiar seguirán haciendo lo mismo que hasta ahora acudiendo, a lo sumo, a un consejo profesional, y a la ayuda del mediador si fuere preciso. Y sólo acudirían a un medio *alternativo* si decidieran utilizar el procedimiento *adversarial* del divorcio o separación ante los tribunales. Es por ello que afirma que el mediador familiar les *devuelve* su capacidad y *propicia* su *actitud* para tomar decisiones en este *trance* y *juzgarlas* sobre la base de los criterios *personales* que siempre fueron importantes para ellos, no sobre criterios legales que no *dominan*, ni sienten como propios. Con ello se trata de *recomponer* el consenso perdido, porque la mediación no es un proceso basado en la *confrontación*, sino en el *consenso*. Es así como ostentarán ellos mismos el control sobre sus vidas pues, en el otro caso, lo tienen los jueces y abogados.

En el procedimiento llamado *adversarial*, protagonizado por tanto por *adversarios* enfrentados entre sí, los sujetos y los criterios actúan de una forma diferente. En primer lugar, sostiene Marlow, los *abogados* acuden a la aplicación de las normas para buscar una solución favorable a su cliente y no para resolver el problema que enfrenta a los sujetos del litigio. Con ello el Derecho se vuelve una *técnica argumentativa* al servicio de una *estrategia de parte* que se basa en argumentos extraídos de la interpretación de la norma. En consecuencia, sostiene, las normas jurídicas no pueden *garantizar* una respuesta correcta, si bien pueden ayudar a encontrar

una respuesta. No obstante, como permiten plantear diversas opciones diferentes, al fin y al cabo, pueden crear otros *problemas* añadidos, más que resolver el que se ha planteado. He aquí la primera gran diferencia, el mediador busca *una solución conjunta* para ambos sujetos y el abogado busca aquella que favorece a una parte, y sólo tendrá a esta como *legítima*, lo que condicionará la actitud de su cliente que considerará que cualquier otra solución es *injusta*.<sup>33</sup> Y todo ello sucede porque el Derecho no es una *ciencia exacta*, donde todos los procedimientos y reglas aplicables a un caso conducen a la misma respuesta, porque en los casos jurídicos intervienen una diversidad de factores que condicionan el proceso y su resultado.<sup>34</sup>

Por tanto, según este autor, un mediador *percibirá* de otra forma el papel de las normas jurídicas en su labor profesional, pues más que ayudarle, *empeorarán* las cosas, porque cuanto más justa quiera ser la solución *legal*, menos previsible y claro será el resultado. En consecuencia, una solución *equitativa* no tiene porqué ser objetiva e igualitaria, ya que deben tener en cuenta diversos factores, lo que la hará más subjetiva y menos previsible. Además, para conocer la solución *legal*, sería preciso iniciar un procedimiento *adversarial*, que es el que se basa estrictamente en la aplicación de la ley. Mientras que para el abogado *ayudar* a su cliente supone argumentar a favor de sus intereses y objetivos, lo que le llevará a emplear una *estrategia* basada en *posiciones inaceptables* para la otra parte<sup>35</sup>; el mediador *ayuda* a ambos *acercando* sus posiciones, porque percibe los intereses propios *individuales* de cada parte y sus mejores intereses *comunes* como una sola e *idéntica* cosa. Y ello porque su propósito es conseguir *una sola* respuesta *correcta*, razón por la cual hacer uso de las normas jurídicas para que prevalezca el interés de una parte nos aleja de la solución correcta, lo cual hará que la pareja conciba su matrimonio y su divorcio como un *error*. (Marlow)

Se pregunta Marlow si la pareja durante su matrimonio tomó las decisiones sin atender a las normas jurídicas, sino a las consideraciones personales importantes para ellos, porqué han de acudir ahora a aquellas. Porque, responde, ciertamente el contexto, las motivaciones y las limitaciones a su decisión son ahora distintas y precisan *ayuda* para decidir, y porque las normas jurídicas *caracterizan* el mundo *real* y *cristalizan* el sentimiento de lo justo en la sociedad en que viven estableciendo un *terreno común objetivo* en el que se contiene lo que es justo para todos y, por tanto,

*modelan* sus expectativas y les *obligan* limitando el *orden privado* que ellos quieren establecer por sí mismos. Así concebido, el Derecho por medio de la Ley, permite conocer a cada parte cual es su *estatus* desde el que iniciar las negociaciones y hasta donde pueden lograr o ceder, por lo que condiciona y enmarca la negociación durante la mediación.<sup>36</sup>

En principio, pues, *parece* que se acepta la *condicionante jurídica*, el papel relevante del Derecho, en todo el proceso de la mediación familiar y su resultado. Pero ello no es totalmente cierto, dado que los planteamientos de esta tesis van más allá a la hora de *relativizar* el papel de las normas jurídicas en este campo, pues, como se ha dicho, entiende que la Ley aplica *valores*<sup>37</sup> para buscar la solución, pero no aporta soluciones concretas, lo que supone sustituir el criterio de las partes, basado en su consideración de lo que es *importante* para ellos (*valor subjetivo*), por el del juez, basado en lo que es importante para la ley (*valor objetivo*).

Partidario, pues, de ese *subjetivismo* en cuanto a los valores que inspiran y guían a la mediación familiar y fundamentan el acuerdo, Marlow llama la atención acerca de la intervención de los abogados y asesores legales en este campo. Cuando cada parte acuda a su abogado, este le proporcionará una sola respuesta posible, aquella que favorece a sus intereses, por lo que mediante su intervención, cada parte defenderá su respuesta, única y *verdadera*, que consagra sus derechos y legitima su actuación, por lo que será distinta de la otra y no querrá *moverse* de ella. Y ello se debe a dos razones, de un lado, el abogado solo conoce una versión de la *historia* del conflicto, la de su cliente; de otro lado, el contexto *adversarial* condiciona necesariamente su actitud frente al problema, pues la defensa departe es la razón de ser de su actividad profesional en este caso: la ley se utiliza como *arma* frente a la otra parte, que hará lo propio. En consecuencia, sostiene que la información jurídica concerniente al caso debería facilitarla un solo abogado, lo cual obliga a éste a replantear su papel como defensor de parte y actuar como asesor *imparcial* lo que le acercaría al papel del juez.

Por otra parte, la crítica a la utilización de la ley como *arma estratégica*, no quiere decir que se trate de *obviar* a las normas jurídicas, sólo de emplearlas de otra manera. Lo lógico sería, según este autor, que la pareja exponga conjuntamente la totalidad del problema que origina el conflicto, en la parte relacionada con el objeto de la mediación, y reciba toda la

información jurídica pertinente al caso así como las posibles soluciones a adoptar, sobre todo aquellas que contienen mayores elementos de consenso, teniendo presente las partes que en todo acuerdo deberán asumir un nivel de *sacrificio* y otro de *satisfacción*. Esta *información jurídica* les ha de ser facilitada por una misma persona, para evitar los problemas antes descritos y esa persona será el mediador familiar.<sup>38</sup>

Así mismo, si nos fijamos el papel de la norma jurídica en esta propuesta es de *información*, no de presupuesto *condicionante*, y ello porque para un sector doctrinal la ley a la hora de proponer soluciones tiende *objetivar* los criterios (*valores*) y no tiene en cuenta otros factores como son los sentimientos y las consideraciones personales que para la pareja son importantes. Si la mediación busca *reparar* el consenso perdido de la pareja es para eso, para que vuelvan a decidir basándose en sentimientos y criterios que les unían anteriormente. De manera que el mediador asesora, plantea soluciones, conduce la negociación y promueve el consenso para que haya un acuerdo. No es tarea fácil.

Con estos presupuestos, es lógico que esta *tesis* no *centre* el problema del acuerdo en los términos que nosotros consideramos *ajustado*, es decir, que verse sobre materia *disponible* susceptible de ser planteada judicialmente, sea *voluntariamente* aceptado por las partes y sea *justo* en cuanto respete los principios y limitaciones del Orden público familiar.<sup>39</sup> A juicio de Marlow, el término *justo* es difícil de definir por cuanto es una abstracción que incorpora toda una serie de *juicios de valor no enunciados y no sujetos a revisión*. Además, se basa en unos criterios objetivos e impersonales establecidos por la ley, que suelen estar alejados de la realidad de la crisis familiar, lo cual supone utilizar durante el divorcio un criterio diferente al que utilizó la pareja durante su matrimonio. Además, pone en duda que *norma jurídica* sea un sinónimo de *justo* por lo que la aplicación de estas no supone una *garantía* necesaria de la justicia del acuerdo. Si las normas no son la *panacea* para *construir* el acuerdo, tampoco lo serán para *juzgarlo*. Si no debemos basar la solución en criterios objetivos y *externos* a los sujetos, sino en *valores subjetivos* referidos a sentimientos, emociones y consideraciones personales, que caracterizan e individualizan nuestra personalidad, tampoco debemos juzgar entonces con criterios objetivos lo que se ha basado en criterios subjetivos, pues ello supone una desarmonía totalmente ilógica. Por tanto, no parece correcto *invocar abstracciones*

no definidas, para inmiscuirnos en áreas de decisión de otras personas y emitir juicios de valor sobre sus decisiones. Si eso es así, no parece lógico que se concluya que sea el mediador quien diga si el acuerdo es justo o no, aunque se admita que su decisión es susceptible de ser *revisada* por el juez; porque ello supone admitir que el mediador *decide*, como su fuera un laudo, y que el juez valore basándose en criterios subjetivos que le son ajenos, con lo cual de alguna manera se *deslegitima* el control judicial en cuanto *revisa* el acuerdo basándose en unos criterios de *justicia objetiva y externa* que no se consideran adecuados como valores para sustentarlo y *justificarlo*. Para superar esta aparente contradicción, se mantiene la *neutralidad* del mediador: éste no tiene porqué plantearse si un acuerdo es justo o injusto, un *criterio más* al fin y al cabo, sino que basta con que las partes lo entiendan así y lo asuman en consecuencia. Por ello se utiliza el término *correcto* o *adecuado* para calificar al acuerdo: aquél que es *asumible y viable*, es decir susceptible de ser mantenido en el tiempo, *razonable y posible*, porque no impone sacrificios excesivos a las partes, y que no sea probable que un juez lo rechace.

En definitiva, el mediador debe *procurar* el logro de un acuerdo que las partes sientan como *justo* y estén dispuestas a cumplir y mantener, aunque éste se base en criterios subjetivos ajenos al Ordenamiento. Frente a ello, el juez, que sólo consigue *entrever* una parte de la causa y el objeto del conflicto (la cima del *iceberg*) tenderá a proporcionar una solución *abstracta* sobre la base de una parte del debate. Esto tendrá como consecuencia que la decisión del juez no contente a los sujetos al resolver solo una parte del problema y, por tanto, se generará una nueva conflictividad, porque habrá aspectos que el *amor propio* impedirá asumir. Mientras, la solución *mediada* les permitirá reanudar sus relaciones porque se ha basado en el diálogo de las partes del conflicto, y en el consejo experto del mediador, pero sin *suplantar* su voluntad a la hora de solventar las diferencias. Pero si el juez ha de revisar el acuerdo, se producirá la *desarmonía* antes enunciada: lo hará basándose en criterios objetivos ajenos al *sentir* de la pareja que lo adoptó.<sup>40</sup>

Ante tales argumentos es muy difícil *resistirse* y plantear objeciones, pero nuestra condición de *jurista* nos induce ineludiblemente a estar en desacuerdo con algunas de estas afirmaciones. Inicialmente, partimos de la base de que *tiene razón* Marlow cuando sostiene que la separación y

el divorcio son de por sí unos procesos *duros* que dañan a las personas, las desestabilizan personal y afectivamente hasta provocar serias crisis, por lo que *peor* será aún si *encima* se les *impone* un una *¿solución?* que sienten como *ajena e injusta*. No obstante, no parece adecuado construir toda la teoría de la mediación sobre la crítica, exagerada a nuestro juicio, del sistema judicial y *adversarial* como si fuera un mundo anacrónico perteneciente al pasado ya obsoleto, basado en una Seguridad Jurídica *estática*. Como señala Thery,<sup>41</sup> se nos presenta así la mediación familiar, más que como una técnica para resolver conflictos en ámbito familiar, singularmente en las crisis de pareja, como una *causa* que va ganando adeptos en la medida en que resuelve los problemas basándose en criterios más *humanos* y cercanos a los sujetos afectados, superando el distanciamiento y la abstracción de los criterios legales, en cuanto al fondo, y los enfrentamientos y tensiones del procedimiento *adversarial*. Es decir, en una Seguridad Jurídica dinámica. Ello supone una concepción ajena a la crítica, elemento esencial de todo análisis científico, y plantear la mediación como una figura *nueva y alternativa* al procedimiento judicial, razón por la cual la idea de *devolver el poder* a las partes implica una *nueva jurisdicción* más autónoma por cuanto deciden los propios sujetos, y más *legítima* pues parece que se les reintegra *algo* que les fue arrebatado, el *poder* de decidir sobre sus vidas, y porque deciden basándose en criterios que ellos consideran *realmente* importantes. Y nosotros volvemos a precisar que la mediación no es una figura nueva en nuestro Derecho, ni *absolutamente* alternativa a la *solución* judicial, ni debe suponer una *deslegitimación* de los criterios legales a la hora de buscar la justicia en la solución de los conflictos familiares.

Esta *influencia foránea*, sobre todo anglosajona, impone una *importación selectiva* (Thery) de esos *nuevos aspectos* de la mediación que permita *perfilar* con mayor *nitidez* la figura del mediador familiar, desechando aquellos elementos o notas significativas que *son* ajenas a nuestra sociedad y, por tanto, a nuestro Derecho, pues aunque la mediación familiar no sea una cuestión *exclusivamente* jurídica, el Derecho es su *condicionante esencial* porque no se trata sólo de *desactivar* un conflicto, sino de poner al descubierto sus causas y resolverlo en *justicia*.<sup>42</sup> La mediación es, no una simple *alternativa*, sino un instrumento de *colaboración* con la Justicia porque, como venimos insistiendo, aunque en su *origen* sea una figura *contractual*, es voluntaria y sobre materia disponible, su aplicación

en el ámbito familiar, tan *sensible* a la sociedad actual, le dota de unas características que la individualizan con respecto a aquel *inicial* contrato *mercantil*.

Además, esta postura *militante* esta basada en dos *pilares* que no la sustentan con *seguridad*. En primer lugar, la concepción y el papel de las leyes y de los jueces en el Derecho anglosajón no son los mismos que en nuestro Ordenamiento, luego las ideas de Marlow, y quienes le *siguen*, pueden *chocar* menos en aquél sistema que en el nuestro. Sierra Gil de la Cuesta, cuando alude al tema, ya tratado, de los *fundamentos* del mandato constitucional que impone la *motivación* de las resoluciones judiciales llamadas *sentencias*, pone de relieve los siguientes:

- La necesidad de adecuar la norma a la realidad del caso concreto, precisando su contenido, consecuencias y alcance.
- El juez cuando juzga *ha de garantizar el imperio de la Ley* y ello ha de ser *explicado* en cada caso concreto lo que exige una *argumentación* que *justifique* que en ese supuesto ha existido *una perpetua adecuación de lo jurídico al orden real o de la praxis*.
- Datos estadísticos permiten concluir a este autor que la mayoría de los jueces españoles *estiman que lo que predetermina en su ánimo la sentencia a dictar en cada caso concreto proviene, de la Ley escrita, de la percepción de lo justo en cada caso concreto, del sentido común y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Así mismo, la motivación permite percibir el grado de formación jurídica y humanística del juez, así como su *sensibilidad* en orden al sentimiento de lo justo de la comunidad que le rodea.<sup>43</sup>

Dell'Aquila pone de relieve que Inglaterra no conoció formalmente o de hecho la *recepción* del Derecho Romano, lo que unido al *vacío* provocado por la conquista normanda, hizo que los jueces se encontraran sin un cuerpo normativo completo al que acudir para realizar su labor de modo que *tuvieron la necesidad de buscar y elaborar por su cuenta los criterios que podían usar para resolver los asuntos judiciales*. Esto le lleva a concluir que *la regla del precedente fue la consecuencia lógica de dicho vacío jurídico, puesto que a falta de un cuerpo normativo completo al que atenerse, para los jueces resultó práctico y conveniente aprovechar, a la hora*



de fallar, los criterios ya utilizados por otros jueces en decisiones anteriores, salvo que hubiera algún buen motivo que les aconsejara apartarse de ellos. Lógicamente, esta posición comenzó siendo *facultativa* y se convirtió en *obligatoria* toda vez que se hizo necesario para dar fijeza al Derecho. Del *precipitado* que se obtuvo de este conjunto de resoluciones se fueron extrayendo las *reglas generales y abstractas* aplicables para resolver los casos análogos, lo que sucede incluso en supuestos en los que existe Derecho escrito.<sup>44</sup>(*Statutes*) Por tanto, el juez en este sistema *anglosajón* dispone de un *poder* y despliega unas facultades que no tienen los jueces en nuestro ordenamiento. Significativamente, cabe comparar el sistema de mediación *judicial* establecido por la legislación francesa con el *anglosajón*. En este caso, el juez puede *estimular* a las partes para que procedan a realizar una mediación previa al inicio del proceso, sobre todo en aquellos casos en los que el interés en juego no justifica el coste de un procedimiento; pero no se *entromete* designando un mediador, él tiene a disposición de los sujetos un listado con nombres y direcciones personas y asociaciones que se dedican a realizar actividades de esta naturaleza.

El sistema aplicado por la ley francesa ha recibido críticas doctrinales porque *implica* demasiado al juez en el proceso y le confiere unas facultades excesivas. Entendía Estoup<sup>45</sup> antes de aprobarse la ley, que dar al juez la posibilidad de *imponer* una mediación previa que podría condicionar la admisibilidad de un recurso y ocasionar problemas. Ello puede desembocar, estimaba, en una utilización *sistemática* del sistema de mediación por parte de determinados jueces que se verán tentados de no intentar resolver el conflicto por ellos mismos, pues será más cómodo encomendar esa tarea a un tercero. Afectaría a las expectativas de las partes, que se han dirigido a un juez y serán *autoritariamente* remitidas a otro interlocutor sin poder elegir otra opción. Establecer así la mediación sería crear una nueva fuente de problemas para los justiciables, que se verían *penalizados* mediante un retraso en la solución de su pleito. Por tanto, concluye, la *institucionalización* de la mediación debe hacerse teniendo en cuenta los principios fundamentales del procedimiento civil y de la organización judicial, que prohíben al juez *delegar* sus poderes, pues ello supondría ir en contra de la evolución del Derecho que refuerza la posición del juez en aras de evitar retrasos a la hora de resolver los litigios. Y este va a ser un argumento constante entre los críticos de la mediación *intrajudicial*, pues aluden a la experiencia para poner de

manifiesto que técnicas similares, por ejemplo la conciliación, suelen ser poco útiles porque las partes no acuden e, incluso, la toman como una *declaración de guerra*, lo que *retrasa y enrarece* aún más la *atmosfera* entre ellas. Por tanto, la mediación *forzada* podía así convertirse en un mero mecanismo inútil, que representa un gasto innecesario y puede provocar una peligrosa *delegación* de poder del juez a un tercero, mediador, que puede ser incluso ajeno al conocimiento del Derecho y su aplicación. Por ello, la mayoría de los ordenamientos que la regulan, conciben la Mediación como un instrumento al *servicio* de la justicia, al que las partes se adhieren voluntariamente, sin que les sea *impuesto*, y la *legitimidad* de la fuente de su eficacia es doble: la autonomía de la voluntad, y la *sanción* dispensada por el control judicial, que legitima la decisión de las partes otorgándole al acuerdo eficacia ejecutiva si es homologado. Por tanto, la *institucionalización* de la mediación no es un tema que deba plantearse en términos de *adhesión u oposición*, sino de optar por un *modelo* y unos *criterios* adecuados al contexto y finalidad que persigue esta institución.

Friedman pone de relieve que el elemento *clave* para todo sistema jurídico es el *comportamiento social*: *lo que, de hecho, hace la gente*. Para este autor el *comportamiento en materias jurídicas* es aquél que está influenciado por una norma, resolución u orden de alguien revestido de *autoridad jurídica*. Sin embargo, mantiene que al analizar estos comportamientos *legales* debemos distinguir distintos supuestos pues, en unos casos, será necesario *obedecer* las normas (tráfico, etc.) mientras que en otros se trata de decidir si se *utiliza o no* la ley. En este segundo caso pone de ejemplo el divorcio: *Evidentemente, toda esa actividad – acudir al tribunal y obtener el divorcio – forma parte del comportamiento jurídico. Ciertamente los esposos han cumplido con ciertas formas y leyes. Pero difícilmente diríamos que “han acatado” las leyes. Las leyes no ordenan a nadie que se divorcie. Lo que hacen es decirnos cómo obtener el divorcio cuando lo precisamos. Por tanto, no tiene sentido hablar de obedecer o desobedecer la ley en lo que se refiere al ejemplo relatado. Hablaríamos, más bien, de utilizar (o no utilizar) la ley del divorcio.*<sup>46</sup> Esto implica la existencia de un sistema basado en una *cosmovisión* de la Ley y la Judicatura, y sus respectivos papeles, distintos al nuestro, con un menor *peso* de la norma y su capacidad *conformadora* de la realidad, lo que nos permite mantener que la *tesis* de Marlow es más fácilmente *entendible* en los parámetros y el contexto del Derecho anglosajón, que en el de nuestro.

En segundo lugar, gran parte de esta propuesta sería indiscutible en un contexto *ideal* en el que una pareja, a la que sus relaciones han llevado a tomar la decisión de interrumpir su convivencia y *liquidar* la esfera personal y patrimonial que la sustentaba, estuviera dispuesta a actuar de la misma manera que lo hicieron cuando decidieron contraer matrimonio o convivir; es decir, que su *substrato emocional* y sus condicionantes personales fueran las mismas que en aquella época, pero ello no es así ni mucho menos. Además, debemos tener en cuenta que la decisión de esa pareja, cristalizada en el acuerdo, no sólo le alcanza y afecta a ellos mismos, sino también a terceros: hijos, abuelos, otra pareja, etc. cuyos intereses, sentimientos y derechos han de ser tenidos en cuenta. Finalmente, *excluir la ley*, o al menos el Derecho, como criterio orientador y de valoración del acuerdo supone *negar la mayor* en cuanto a las reglas de convivencia que la sociedad se ha dado. En efecto, si la norma jurídica es un *mandato con eficacia social organizadora*, como dijera el maestro De Castro, su carácter objetivo es necesario para *homogeneizar y modalizar* las conductas socialmente relevantes y no cabe duda de que la separación y divorcio lo son. Por ello estimamos que no cabe generalizar esta postura de los defensores a ultranza de la mediación familiar a todos los casos. Como el propio Marlow reconoce, no es lo mismo una mediación *parcial* que *global*, ni una *privada y extrajudicial* que una *intrajudicial*, ni una pareja de *convivientes sin hijos*, que un matrimonio con descendientes menores. En cada caso, los *intereses en conflicto* afectarán a más o menos sujetos, serán más o menos relevantes socialmente y, por tanto, el *imperativo ético* de la norma condicionará en mayor o menor medida el acuerdo, en función de que la materia esté más o menos sometida al *poder de disposición* de las partes o vinculada al orden público familiar. Así mismo, aunque la mediación es *voluntaria*, no todas las personas podrán negociar en iguales condiciones pues la *igualdad en las posiciones* no suele ser el predicado común de estos casos y, tal y como pusimos de relieve, las mujeres suelen ser las *perjudicadas* en estos supuestos, y terminan aceptando un acuerdo que no les beneficia por la simple razón de que es más rápido y menos costoso que un proceso con los costes de tiempo, abogados, procurador, etc. que suele conllevar, por lo que aceptan la *oferta* o ceden en el *ámbito personal* en aras de resolver una situación humanamente *erosionante* y asegurar unas mínimas condiciones de vida (pensión, vivienda, etc.) y ello, aunque pueda parecer aceptable no lo es, y es por lo que interviene el

*orden público familiar* y, por medio de la ley, *impone* un control de legalidad por parte del juez quien, ciertamente, aplica la norma jurídica, *objetiva y trascendente*, pero esta es, por el momento, el instrumento que nos parece más adecuado para asegurar la no *discriminación* de una de las partes en el resultado del procedimiento de resolución del conflicto familiar en lo que concierne a materias *relevantes*. Y todo ello cobra especial relevancia si, como mantienen los defensores de esta posición, el mediador debe ser *neutral y transparente*, sin implicarse a favor de nadie ni proponer ni orientar hacia contenidos determinados en el acuerdo, aunque se le exige que promueva las condiciones de igualdad de las partes en la negociación, lo que, de alguna manera, implica *tomar partido*. Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 20/05/2010 cuando afirma que la Mediación *puede llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo al que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica*.

Con ello se coloca al mediador en una delicada posición: no debe proponer una solución, pero si debe convencer a las partes de cuales son los intereses comunes que basarán aquella solución, pues en el primer caso puede llegar a *arbitrar*, pero si se *distancia* excesivamente de la solución, acabará siendo un mero *conciliador*. El mediador debe mostrarles el *abanico* de posibles soluciones, y aconsejarles para que eliminen aquellas que sean *legalmente inaceptables* y avisarles de las *consecuencias* de adoptar una decisión *objetivamente injusta* en términos legales, pues las que ellos no quieran asumir las *eliminarán* por sí mismos. Esto ha conducido a algunos autores, They y Hughes singularmente, a analizar críticamente algunos *mitos* de la mediación familiar, en un sentido que ya hemos apuntado anteriormente y que ahora vamos a comentar más detenidamente.<sup>47</sup>

En cuanto a lo que se denomina *el tercero transparente*, que hace referencia a la *neutralidad* del mediador, las críticas hacen referencia a la *ingenuidad* de este planteamiento. Indudablemente, la presencia del *tercero transforma* el proceso negociador y la discusión misma, porque su presencia hace perder a los *protagonistas* el control del proceso de negociación y decisión, razón por la que cabe poner en cuestión la *firmeza* de aquella aseveración acerca del poder *devuelto* a las partes. Precisamente, se acude al mediador para solucionar un conflicto que las partes no han sido *capaces* de resolver por sí mismas - es decir, basándose en sus *aptitudes y actitudes* negociadoras

y en sus *criterios* personales de valoración del problema y sus propias propuestas de solución - y que, por tanto, deja de ser un asunto personal y privado, y es por ello que el mediador debe jugar un papel *activo*, no ser un mero observador. De manera que esta *neutralidad* es un concepto que debe ser matizado y puesto en relación con la independencia del mediador y la *equidad* como referente de su conducta. Más lógico parece entender que se trata de que el mediador se atenga a la idea de una *intervención mínima*, actuando de *catalizador* fomentando el diálogo y orientándolo en el sentido más adecuado para que se analicen los problemas de una forma realista y positiva, incidiendo en aquellos puntos que unen a las partes, para ir *construyendo* un acuerdo que los resuelva. Porque, como se ha señalado acertadamente, si el mediador fuera un simple *organizador* del diálogo y las soluciones las aportaran las partes por sí mismas, la mediación no diferiría mucho, en cuanto a su *resultado* y su *legitimidad*, de otros supuestos en los que la solución se alcanza sin acudir a ella. Además, según hemos visto, el mediador debe garantizar un *marco* de negociación *igualitario*, *reequilibrando* si es necesario la posición de las partes, lo que le obliga a *intervenir* porque, de lo contrario, esas *relaciones de poder* entre las partes, que seguramente han contribuido de forma importante a generar el conflicto, tendrán como consecuencia que quien discute mejor, quien maneja con más habilidad los argumentos, quien es más convincente con las palabras, quien defiende con ahínco sus intereses, quien económicamente está mejor situado en relación con las *fuentes* de ingresos y el patrimonio de la familia, condicionará el proceso y resultado consecuente en su favor: será la parte *fuerte* que *predisponga* el contenido del acuerdo final.<sup>48</sup>

Según ha puesto de manifiesto la experiencia, los sujetos que han participado en la mediación familiar reconocen como *ventajas* que ésta les permitió *segregar* los temas que confluyen en la crisis: los problemas de pareja, los hijos, el régimen económico etc. y centrarse el debate de aquellos realmente *contenciosos*. Las *quejas* más comunes están referidas a que, en ocasiones, alguna de las partes actúa a la *defensiva*, surgiendo incluso sentimientos de *cólera* e *irritación*, y que no se sienten *comprendidos* por el mediador. Así mismo, perciben la mediación, en ciertos casos, como un proceso demasiado *rápido*, siendo menos apreciado por las mujeres que por los hombres, pues se le considera, a veces, como un medio que facilita al varón *liquidar* con prontitud las consecuencias de su divorcio.<sup>49</sup>

Es por ello que no podemos admitir esta idea de la mediación neutral y no intervencionista, porque puede contribuir a dotar de legitimidad a acuerdos contrarios a principios elementales de justicia. Porque recordemos que la *disponibilidad*, el principio *pro familia* y el *control* judicial, suponen unos criterios y unos instrumentos de garantía que no siempre actúa con la misma eficacia, sobre todo en una mediación *privada* extrajudicial. Por tanto, el mediador *debe equilibrar las posiciones* de las partes en la mediación y jugar un papel activo para que las partes alcancen un acuerdo favorable al interés y necesidades de la familia y de los propios padres. No es tanto un cambio de *filosofía o principios*, cuanto la utilización de un *nuevo cauce* para aplicarlos. Es decir, no podemos conferir *todo el poder* a las partes, ni *fiarlo* todo a sus criterios y valores, porque todo el proceso mediador y su resultado están *condicionados*, como venimos diciendo, por el *imperativo ético* de las normas jurídicas aplicables en este campo, dado que existen valores e interés superiores a la mera autonomía de la voluntad de las partes.<sup>50</sup> Y ello porque el Derecho no es sólo una *técnica argumentativa* al servicio del interés de una parte, sino que su verdadera razón de ser es la de prevenir o resolver los conflictos basándose en unos criterios de justicia, en este caso conmutativa, razón por la cual el mediador no debe *juzgar* al Derecho en razón del uso que se haga de él en determinadas ocasiones, p. ej. en el procedimiento *judicial*, pero incluso en este acaba prevaleciendo el Derecho *equidistante (justicia distributiva)*: la solución que el juez *propone*, que tiene en cuenta los *intereses* y de ambos y los *factores* relevantes del caso que le han sido expuestos y probados.<sup>51</sup>

A nuestro juicio, el llamar *legal* al *proceso adversarial* no es adecuado, porque no todo proceso legal es contencioso, ni todo proceso *adversarial* está regido por la ley o sometido a su criterio, y el arbitraje de *equidad* es un buen ejemplo de ello. Además, la ley no *enfrenta* a las partes, sino que quien lo hace son los *criterios subjetivos*, que en muchas ocasiones *encubren* puros *intereses*, a los que ahora se *apela* como instrumento de solución: su historia, sus emociones, sus sentimientos y sus valoraciones personales de las conductas del otro, con lo que se pide al mediador que solucione el conflicto con aquellos criterios que lo han ocasionado. En definitiva, el termino *legal* no es consustancial al procedimiento *adversarial*, la mediación se inicia como un procedimiento *adversarial*, regulado legalmente por normas jurídicas y deontológicas en la mayoría

de los casos, y es la *habilidad profesional* del mediador, y el cambio de actitud consecuente de las partes, las que lo vuelven *consensual*.<sup>52</sup> Todo ello se torna más relevante en la mediación *privada* o *extrajudicial*, en la medida en que no parece claro que su resultado deba ser sometido a control judicial, según esta tesis, y puede haberse alcanzado por la intervención de un mediador para el que la *condicionante de ética jurídica* no fuere determinante, sin el concurso de asesores legales, y sin que terceros afectados puedan concurrir al proceso. Es en estos casos donde la *Lex Artis ad hoc* del mediador se torna más relevante y donde su contenido *ético/jurídico* le *obliga a implicarse* en mayor medida en el contenido del acuerdo que se ha alcanzado.

En el fondo, si nos fijamos bien, se trata de un problema de *priorizar* valores que actúan como criterios para fundar y juzgar la solución al conflicto, y en este punto es importante recordarlo que afirma Pérez Luño: *Por ser abstracciones mentales* – según Bobbio realizadas a partir de una experiencia humana concreta – *los valores son un producto del hombre, que se configuran a partir del discurso racional intersubjetivo basado en las necesidades humanas. El valor es una proyección de la consciencia del hombre hacia el mundo externo, representa preferencias que arrancan de determinadas condiciones sociales e históricas y que, por tanto, tienen un fundamento racional y empírico y no metafísico.*<sup>53</sup>

Pero, la cuestión que nos ocupa no versa *simplemente* en *modificar el orden* en la escala de valores a tener en cuenta, sino que si damos *absoluta* preferencia al criterio de las partes, convertimos la mediación familiar, y la materia sobre la que versa, en una *cuestión privada* y *extrajurídica*, y ello no debe ser así. No afirmamos, como se ha visto, la *preeminencia absoluta* de la ley en todo caso, sino la aplicación de una *equilibrada escala de valores* según las circunstancias de cada caso, como le exige la *Lex Artis* al mediador y como hace el juez en su actuación. Y de nuevo acudimos a Pérez Luño, cuyas palabras expresan mejor el fundamento de nuestra postura, cuando afirma: *Respecto al fundamento de los valores conviene evitar los extremos de la Escila y Caribdis que representan las versiones radicales del objetivismo y el subjetivismo axiológicos. Los valores que informan el contenido del derecho, no pueden concebirse como un sistema estático de principios absolutos situados en una esfera ideal anterior e independiente a la experiencia, como pretende el objetivismo; pero*

*tampoco pueden reducirse al plano de los deseos o intereses de los individuos, como pretende el subjetivismo.*

Aboga, pues, este autor, y nos sumamos a ello, por un *intersubjetivismo axiológico que parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones que permiten a la racionalidad práctica a un cierto consenso abierto y revisable, sobre la base del Derecho justo.*<sup>54</sup>

Hay que evitar, por tanto, la *deslegitimación* de los valores que consagra el Derecho, sobre todo el Derecho de Familia, para servir de límite, orientación y criterio de evaluación del acuerdo alcanzado en la mediación familiar y del mismo proceso de negociación. Esto no quiere decir que no hagamos una adecuada *combinación* en esa escala de valores *objetivos* y *subjetivos*, si bien cuando ello así lo imponga el *interés de la familia* y de los hijos, habrá de darse preferencia a aquellos que sustentan el orden público familiar. Con ello estos principios ponen en conexión, como dice De Castro, el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia (el *buen orden jurídico*) negando validez a acuerdos, total o parcialmente, contrarios a los criterios de la moral o de la justicia.<sup>55</sup> Esto tendrá como consecuencia que el acuerdo, o *cláusula* específica, que sea contrario a aquellos límites no será admitido por el juez, o el abogado de la otra parte, y, en tal caso procederá aplicar la solución que propone Reverte Navarro: *la simple derogación de una norma imperativa por la voluntad de las partes se resolverá, según los casos, en su integración en el contenido contractual, no obstante esa contraria voluntad, por vía del artículo 1258, o bien en la nulidad del contrato o bien en la de alguna de sus cláusulas.*<sup>56</sup>

Como ya hemos visto en páginas precedentes, este acuerdo *mediado* se asimila al convenio regulador (*Transacción condicionada*) y, por tanto, las consecuencias de que su contenido sea *contrario a Derecho* implican que no sea aprobado por el juez y que éste les remita a un nuevo proceso de mediación o que dicte las medidas que estime adecuadas a tenor del artículo 103 del Código civil.<sup>57</sup> Si atendemos al supuesto del artículo 750.2 L.E.C. 1/2000, representación y defensa únicas, en caso de que el tribunal no apruebe alguno de los pactos propuestos por los cónyuges, les permitirá optar por la posibilidad de continuar con la defensa única o litigar cada uno con la suya propia. Si lo que se pide es la ejecución *judicial* del acuerdo aprobado judicialmente, se requiere a la otra parte



para que nombre abogado y procurador en su defensa y representación. Este precepto, con representar un avance nos plantea alguna *reflexión* por cuanto parece consagrar la figura del abogado *mediador* en el ámbito de la mediación familiar *intrajudicial*, ya que hace referencia a *los procedimientos de separación y divorcio* y se trata de la función de *defensa y representación*, conferida a estos profesionales. Pensamos que esto no excluye a otros profesionales de realizar la función mediadora en este ámbito, sólo que el acuerdo alcanzado será puesto en conocimiento del juez o tribunal por vía del abogado que ejerce la defensa y representación única. Es también interesante reiterar que un acuerdo válido, en términos de forma y fondo, que ha sido *suscrito por las partes y homologado por el tribunal* precise de un *procedimiento adversarial* para ser ejecutado judicialmente, si una parte lo solicita ante el incumplimiento de la otra. Finalmente, hace referencia a los *cónyuges*, en los casos de separación y divorcio, pero entendemos que ello no impide que los *convivientes* utilicen un sistema similar en ejercicio de la libertad que les confiere el artículo 19 de la misma Ley, aunque no parezca claro que un proceso de disolución de una unión familiar de hecho pueda denominarse, en *puridad* de conceptos, un *proceso especial* de familia. Así mismo, debemos reiterar aquí la necesidad de observar los límites establecidos por el *orden público familiar*, en cuanto a la *disponibilidad* de las partes del objeto del proceso en este campo, y el papel relevante del Ministerio Fiscal en estos asuntos.

## 5.- Una reflexión final.

Se hace preciso, pues, un debate crítico del que hemos de extraer conclusiones que permitan perfilar más adecuadamente el aspecto *teórico* de la Mediación para desarrollarla adecuadamente dentro de los parámetros de nuestro Derecho como Ciencia y como Ordenamiento positivo.<sup>58</sup> Así mismo, y teniendo en cuenta todo lo anterior, la mediación se nos presenta ahora como una actividad compleja de dirección y control de la negociación, que se orienta a lograr un acuerdo que sea favorable a los intereses de las partes y *homologable* jurídicamente en términos de Justicia. Es decir, con ello se logra conciliar la doble dimensión de la Seguridad jurídica: *dinamismo y estabilidad* en cuanto se da entrada a criterios y valores subjetivos de las partes, de un lado, y se respeta el Derecho como marco legal y como límite y fuente de principios aplicables al proceso y al acuerdo. Esto supone, como se ha dicho, poseer unos conocimientos

y dominar unas técnicas de contenido científico diverso lo cual lleva a una *institucionalización* paulatina de esta actividad. No abogamos, por tanto, por un *sistema o modelo único* de mediación, aunque pensamos que la mediación *intrajudicial* debe ser establecida por el Estado a través de normas civiles y procesales, que son de su competencia.

Al incidir en que *Lex Artis profesional* del mediador está condicionada por el *imperativo jurídico*, no pretendemos hacer de la mediación una *profesión jurídica* – exclusiva y excluyente - pero sí llamar la atención acerca de que su carácter interdisciplinar esta finalmente al servicio del Derecho y la Justicia, que la psicología, la oratoria *persuasiva*, la dialéctica *negociadora*, y demás conocimientos científicos y técnicos, están al servicio de una negociación equitativa y un acuerdo *razonablemente justo*, porque este es el resultado que al final importa a las partes, al mediador y a la sociedad. Por ello defendemos un mediador independiente, pero no *neutral e indiferente*, porque como la experiencia ha puesto de relieve, cuanto más activamente interviene el mediador, más posibilidades de acuerdo existen. Tengamos presente que la mediación provoca una *satisfacción inmediata* que se va atenuando con el paso del tiempo, por lo que cuanto más *justo (objetiva y subjetivamente)* sientan las partes el acuerdo, más posibilidades tienen de mantenerlo y, al menos, quedará la *seguridad* de que el juez no lo rechazará si se demanda su aprobación o su ejecución judicial. De lo contrario, podemos crear una *inseguridad* que, en el fondo, *sustrae* el fundamento de la mediación como técnica de resolución de conflictos.

Del mismo modo, no proponemos aquí optar por un modelo *privado o mixto* de mediación, sino por la existencia de profesionales *titulados* que ejerzan la mediación, ya sea como actividad profesional *privada e independiente* o prestando sus servicios dentro de los órganos de las administraciones competentes, pero con la existencia de unos mecanismos de control social: *instituciones de mediación*, Colegios profesionales, control de la Administración correspondiente y *disciplina legal* de su actividad. Tampoco creemos que se deba construir la figura profesional del mediador por oposición a otros, abogado, asesor jurídico, sino delimitar y coordinar con coherencia la competencia de cada uno de estos profesionales, sin negar el acceso de los mediadores a los despachos de abogados, ni el de estos a la profesión de mediador.<sup>59</sup> En consecuencia, consideramos que se debe potenciar esta figura del mediador y la mediación así como el

resto las técnicas que integran la llamada ADR, promoviendo la regulación jurídica completa de esta figura, aprovechando para ello la experiencia de otros países, puesta de manifiesto por la doctrina especializada, pues la ley española 5/2012 se contrae al campo civil y mercantil, dejando fuera otras materias lo que nos deja un panorama *fragmentario* que supone una quiebra para la seguridad jurídica.<sup>60</sup> No obstante, para nosotros, la mediación no debe concebirse como una *alternativa* planteada *frente a*, o *fuera de*, nuestro sistema judicial, sino como una institución que sirve a una mejor aplicación de las leyes, *junto o dentro de* nuestro sistema, en aras de la potenciación del consenso a la hora de resolver los litigios.

El mediador puede ser una sola persona o bien actuar dirigiendo un equipo integrado de distintos profesionales con una preparación específica en cada campo de aplicación a esta actividad. En todo caso, el mediador ha de estar cualificado para la tarea, ser aceptado por las partes, independiente, hábil para la comunicación, debe mantener la confidencialidad, ser paciente, poseer capacidad de persuasión e *implicarse* en el resultado de su actividad. Todas estas características demandan una especialización profesional a la que la sociedad debería ser capaz de responder con una formación *interdisciplinar*, que permitiera promover la figura de la mediación en este y otros campos donde se plantean conflictos susceptibles de ser resueltos por esta vía *alternativa*.<sup>61</sup> Para iniciar esta tarea, es necesario, como venimos diciendo, que la doctrina científica aborde el estudio de esta institución, promoviendo el debate constructivo sobre la misma y aportando soluciones a los problemas y lagunas que presenta. Estas líneas pretenden ser una modesta aportación a esta labor y, junto con los estudios ya existentes, planteamos nuestras propuestas en las que, seguramente, habrá unas más *discutibles* que otras, pero ello es inevitable cuando se aborda una temática falta de un tratamiento *consolidado*.

## 6.- Notas Bibliográficas

- 1 Vid. *Tratado de Mediación en la resolución de conflictos*. Dir. Orozco Pardo y Monereo Pérez. Técno, Madrid, 2015, página 28 y siguientes.
- 2 Vid. *Da Jurisdição á Mediação*. UNIJUI, 2010. Páginas 107 y siguientes.
- 3 Vid. *Mediación y Resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. H. Soletto Dirección. Técno, Madrid, 2011. Páginas 56 y siguientes.
- 4 Vid. *Mediación y cambio cultural, hacia una nueva filosofía penal*. Revista MEDIARA, número 1, páginas 6 y siguientes.

- 5 Vid. Castillejo Manzanares, R: *Mediación en el ámbito familiar*. En la Obra *Mediación y resolución...* cit. Páginas 341 y ss
- 6 Vid. *La Familia del siglo XXI*. En la obra: *Tratado de Mediación en la resolución...* cit. Páginas 175 y siguientes.
- 7 Vid. Stawinski Fuga, M.: *Mediação familiar. UPF, Passo Fundo, 2003* páginas 20 y siguientes.
- 8 Vid. *La Mediación familiar*. En la obra: *Tratado de Mediación en la resolución...* cit. Página 191
- 9 Vid. *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales*. Tomo III, página 1359
- 10 Vid. Rogel Vide, C.: *Mediación y Transacción en el Derecho Civil*. En la obra: *Mediación, Arbitraje y resolución de conflictos en el siglo XXI*. Madrid, 2010, páginas 29 y siguientes.
- 11 Como tal contrato está sometido al régimen básico del Código Civil y así, por ejemplo, al principio de buena fe, tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 27/06/2013. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18.ª, de 6 de febrero de 2013 afirma: *solicitar la mediación no es suficiente para justificar la pretensión de retroacción, ya que la buena fe implica aceptar el proceso por considerar que la vía extrajudicial es lo más conveniente y no como argucia procesal. Si el aparentar pretender una mediación (aceptada por la otra parte en la sesión informativa) y posteriormente no acudir a las sesiones y sin embargo solicitar la retroacción, es evidentemente un fraude procesal.*
- 12 Sobre el tema vid. Dalfino, D.: *“Accesso alla Giustizia” e “Mediazione” nel quadro normativo europeo. El marco regulatorio de la mediación en la Unión Europea*. En la obra: *Mediación, Justicia y Unión Europea*. Ed. Tirant, Valencia, 2014, páginas 125 y siguientes.
- 13 No obstante, la Mediación Penal viene siendo aplicada cada vez con mayor incidencia en este campo tan alejado de la autonomía privada y la disponibilidad. Vid. Cruz Parra, J.: *La Mediación Penal*. En la obra: *Tratado de mediación en la resolución...* cit. Páginas 420 y siguientes; Obarrio, M.C, y Quintana, M. *Mediación Penal*. Ed. Quorum, Buenos Aires, 2004 y Del Río Fernández: *Mediación y cambio cultural...* cit.
- 14 Vid. Cavuoto, E.: *La nueva mediación obligatoria en Italia*. En la obra: *Mediación, Justicia y Unión Europea* cit. páginas 299 y siguientes
- 15 Según dispone la Ley española 5/2012, la Mediación puede acordarse por las partes o ser propuesta por el Juez y en éste caso, como acertadamente nos recuerda Vidal Teixidó: *Por consiguiente es el Juez el que decide, valorando las circunstancias —es decir, una vez conocido el caso— la conveniencia de que las partes acudan a mediación. Posiblemente el Juez conocerá algo del caso una vez haya leído la demanda, y un poco más si ha leído la demanda y la contestación, pero dudamos que el Juez pueda valorar la conveniencia de la mediación antes de oír a las partes, salvo que esta conveniencia vaya implícita en la propia idea que pueda tener el magistrado de la mediación. De pronto, pues, nos encontramos con dos supuestos claros. Uno de ellos es el de la posibilidad que el Juez remita a las partes a mediación, una vez tiene conocimiento del caso y considera que la mediación puede ser viable y ventajosa para llegar a un acuerdo y un segundo supuesto consistente en que previo a conocer el caso por parte del Juez las partes hayan de ir a un proceso de mediación antes de instar la demanda contenciosa, o en todo caso hayan de ir a una sesión informativa. Y como consecuencia lógica de lo anterior concluye: Pero si el Juez ha de valorar el caso para determinar la necesidad de acudir a mediación ello conlleva a una presentación de la demanda previa, o en la mayoría de los casos a la presentación de unas medidas previas, lo que significa que el conflicto está abierto y los dardos ya se han lanzado. Lo óptimo sería la necesaria intervención a una sesión informativa o a un intento de mediación antes de la presentación de la demanda, salvo casos de fuerza mayor o de urgencia, aplicando el símil de la medicina preventiva.* Vid. Dossier de los tribunales sobre mediación. Revista La Ley, número

7927 de 21012.

- 16 Cfr. Respectivamente Real Decreto 231/208 que regula el Sistema Arbitral de Consumo; la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social y Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Sobre el tema vid. *Tratado de Mediación en la resolución...cit.* y Sanz Hermida, A.M.: *Mediación penal: el modelo de justicia de menores y posibles propuestas de futuro*. En la obra: *Mediación, Justicia y Unión Europea* cit. Páginas 187 y siguientes.
- 17 Vid. *Enciclopedia RIALP*. Tomo XXI, páginas 121 y siguientes.
- 18 Vid. *Seguridad Jurídica*. Barcelona, Ariel, 1992, páginas 20 y siguientes. Así mismo, Mezquita del Cacho *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Barcelona, Bosch, 1989
- 19 Citado por Barona Vilar, S. En *Aproximación al movimiento ADR en EEUU, RFA e Italia*. Revista de la Corte Europea de Arbitraje. 1998
- 20 Cuestión diferente es la que plantean los distintos *esquemas* de valores de algunas comunidades, basados en criterios religiosos, culturales y demás, que, dentro de un mismo país, presentan unas pautas de conducta dentro de la familia que no coinciden con las del resto de la sociedad, lo que origina *tensiones* que no siempre son resueltas con facilidad.
- 21 Vid. *Le démariage*. Paris, 1996
- 22 Vid. *La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares*. Revista La Ley. Numero 5049
- 23 Vid. *Nuestra Señora de París*. Edición de A. Martínez Menchén y A. Sorel. LEGASA, Madrid, 1982. Libro Sexto, Capítulo primero: *Ojeada imparcial sobre la antigua magistratura*. Tomo I, Páginas 206 y siguientes.
- 24 Citado por Thery en *Le demariage...cit.* páginas 17 y siguientes.
- 25 No obstante, la *opción* del legislador galo no ha estado exenta de críticas. Vid. Perrot, R.: *Conciliation et médiation: les modalités et les limites du décret du 22 juillet 1996, pris en application de la loi du 8 février 1995*. En R. *Procedures*, número 11 de 1996
- 26 Vid. *La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial*. En la obra: *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial*. Universidad de Cádiz, 1997.
- 27 En este sentido destacan Villagrasa y Vall Rius un estudio realizado en Canadá en 1987 que puso de manifiesto la satisfacción de los usuarios: entre el 80 y 90% valoran positivamente la experiencia, un 64% llegaron a algún acuerdo y un 6% se había reconciliado con su pareja. Vid. *La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares*. Revista La Ley numero 5049, página 3
- 28 Con razón afirma Trubek a propósito de las ADR que los cambios más importantes no se han producido en la práctica, sino en la teoría del Derecho, en la representación de la justicia y en la misma justicia del Estado. Citado por Thery en *Le demariage...cit.* página 327.
- 29 Vid. *Dinámica de la mediación*. Paidós, Barcelona, 1997.
- 30 Vid. *Le demariage...cit.* página 329 y nota 13.
- 31 Thery en su reflexión crítica concluye que se nos presenta la mediación como una figura perteneciente a *otro mundo* en el que reina el espíritu de la colaboración, la igualdad, la gratuidad y el amor al prójimo, siendo así que se perfila al mediador familiar como una persona racional, responsable de las relaciones entre las personas que *no es ciego ante las heridas del discurrir humano*. En definitiva, la mediación en esta *visión* sería una *vocación* que nos hace entrar por decisión propia en un mundo magnífico, donde se realiza una actividad que es mucho más que prestar un servicio o aplicar una mera técnica de resolver conflictos. Vid. *Le demariage...cit.* página 332.

- 32 Vid. *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del Derecho*. Barcelona, 1999, páginas 33 y siguientes. En *puridad de conceptos*, la mediación no es una completa *alternativa* pues no excluye, como el arbitraje, la vía judicial, sino que la *complementa* en algunos casos, las llamadas *intrajudicial* y la *parcial*, y en otros casos para exigir la ejecución de un acuerdo de mediación *extrajudicial* deberá instarse a la autoridad judicial, tal y como hemos puesto de manifiesto en páginas precedentes.
- 33 Se entiende que las partes invocan un principio de justicia y *demuestran* su derecho sobre una base *abstracta* que le es ajena: textos legales, referencias doctrinales y jurisprudencia. De antiguo se ha venido entendiendo que las alegaciones que el abogado hace en el transcurso del proceso son asumidas por la parte como *propias*, no así los errores que cometa. La fidelidad a la defensa del cliente es un deber que impone la *deontología* profesional del abogado desde sus orígenes. Vid. Agudo Ruiz, A.: *Abogacía y abogados. Un estudio histórico-jurídico*. Universidad de la Rioja, Logroño, 1997. Páginas 154 y siguientes.
- 34 Cierto es que la Matemática y el Derecho son muy distintas, pero ambas, finalmente, se basan en la lógica y el Derecho lo pone de manifiesto cuando acudimos a la *Analogía*, como instrumento de *reacción inmediata* del Derecho frente al supuesto no previsto. Porque, como dice Larenz con respecto al esquema lógico de aplicación de la Ley, *la principal dificultad resulta, sin embargo, de la naturaleza de los medios de expresión lingüística y de la inevitable discrepancia entre la regulación proyectada para una realidad determinada y la variabilidad de esa realidad, es decir, el carácter "fluyente" de la mayor parte de los hechos regulados*. Vid. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Traducción de M. Rodríguez Molinero. Ariel, Barcelona, 1980. Páginas 265 y siguientes. El artículo 120.3 CE consagra el principio de *motivación* de las sentencias que supone un *deber* para jueces y Tribunales, y un *derecho* para los ciudadanos e implica exponer las razones y argumentos, los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho, que conducen y *motivan* al fallo judicial, para que sea entendida por el *justiciable* y posibilite un remedio procesal frente a ella. Vid. Sierra Gil de la Cuesta, I.: *Los principios del proceso civil*. En la obra: *Jornadas sobre práctica de Derecho Procesal. Análisis actual y nuevas orientaciones*. UNED, Melilla, 1994, páginas 81 y siguientes
- 35 Tras esta postura, dicen los *críticos*, se esconden viejos rencores, tácticas dilatorias y estrategias personales que originan que la solución *impuesta* en el proceso no sea asumida por los sujetos.
- 36 Vid. *Mediación...*cit. páginas 149 y siguientes.
- 37 Heller define los valores como *modos de preferencias conscientes generalizables*. Citado por Pérez Luño en: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Técnos, Madrid, 1997, página 213.
- 38 En este punto, conviene tener presente que Marlow distingue la *información jurídica*, objetiva e iluminadora, la *opinión jurídica*, que implica un *posicionamiento* del jurista y una valoración del problema, y el *consejo jurídico*, que supone orientar o condicionar la decisión. Entiende este autor que la primera compete al mediador y al asesor jurídico/abogado; la segunda al abogado y la tercera no debería ser emitida por el abogado, pues más que una decisión *jurídica*, es una decisión *personal* con efectos jurídicos. Es decir, que el abogado debe ofrecer al cliente varias posibilidades de solución no erróneas, pero respetar el derecho de éste a decidir.
- 39 El artículo 25.2 de la Ley Española 5/2012 exige que el acuerdo *no sea contrario a Derecho* para poder elevarlo a escritura pública y que adquiera carácter de título ejecutivo.
- 40 Vid. Marlow *Mediación...* cit. Páginas 297 y siguientes.
- 41 Vid. *Le demarriage...*cit. página 332.
- 42 El debate en los países anglosajones ha derivado hacia la línea de situar a la mediación familiar dentro del ámbito de lo que se denomina la *justicia informal*.

- 43 Vid. *Principios...* cit. Loc. cit. De otro lado, las resoluciones administrativas han de ser igualmente motivadas, según el artículo 54 de la Ley 3/92 lo que se pone en conexión con el derecho a la *tutela judicial efectiva* del artículo 24 CE y supuso un notable *avance* respecto a la legislación anterior. Vid. Consejo de Estado *Memoria de 1999*. Página 116.
- 44 Vid. *Introducción al Derecho Inglés*. Universidad de Valladolid, 1992, páginas 91 y siguientes.
- 45 Vid. *Le Projet de Réforme de la Procedure civile*. En Gazzette du Palais, 1989.
- 46 Este autor considera que los Tribunales son, en Estados Unidos, la parte más *familiar* del Derecho, por lo que afirma que cuando alguien piensa en el Derecho, se representa la imagen de los Tribunales. Al analizar la figura del juez y su acceso a la carrera judicial, llama la atención sobre el hecho de que estos no son *funcionarios de carrera*, como los europeos, sino *abogados* que ha tenido una práctica en la política *activa*, lo cual se debe a que para ser juez deben ser *elegidos* por votación, razón por la cual se encuadran dentro de partidos políticos, formando parte de una candidatura, y así afirma que *los jueces suelen ser miembros fieles de un partido y la plaza de juez es la recompensa por los servicios políticos prestados*. La justificación de todo ello, según Friedman, estaría en el hecho de que así se hace a los jueces *responsables frente a los ciudadanos*. Vid. *Introducción al Derecho Norteamericano*. Barcelona, 1998, páginas 67 y 236 y siguientes.
- 47 Vid. Stawinski Fuga, M.: *Mediação familiar*. Cit. Páginas 82 y siguientes.
- 48 Así lo afirma el Código de Conducta Europeo para Mediadores en su párrafo 3.1 : *El mediador conducirá el procedimiento de manera apropiada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los posibles desequilibrios de poder, los deseos que puedan expresar las partes, la legislación aplicable y la necesidad de llegar a una resolución rápida del conflicto*.
- 49 Recordemos aquí como They pone de manifiesto que *numerosos* estudios realizados han constatado que la mediación es, en la mayoría de los casos, *desfavorable* a la mujer. Vid. *Le demariage...*cit. página 336 y nota 39. No parece que sea necesario hacer un gran esfuerzo para presumir las *causas*: dependencia económica, mayor peso del condicionante social y familiar, papel tradicional de sometimiento al marido, etc... Afortunadamente, en nuestros días este panorama *va cambiando* poco a poco conforme las circunstancias socioeconómicas lo van permitiendo y el Derecho la promueve.
- 50 En este sentido, dice Reverte Navarro que *acaso se podría sostener que si el artículo 1255 está cimentado sobre las bases de la igualdad y la libertad (formal, es verdad) de los contratantes y sobre la licitud de las convenciones, no se debería desconectar su aplicación e interpretación de la libertad y la igualdad efectiva o material que proclaman la Constitución española*. Vid. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. EDERSA, Tomo II, páginas 126 y siguientes. Todo ello ha llevado a un *intervencionismo* del Estado que limita y modula esta autonomía privada del artículo 1255 C.C. en aras de una justicia *distributiva* – *sum quique* – y como salvaguarda de la libertad y la igualdad, que se aplican al campo contractual. Lógicamente, estas exigencias cobran especial relevancia en el Derecho de Familia donde el contrato adquiere una especial significación y aquellos límites una mayor relevancia y sensibilidad social: la protección de la familia es un *mandato constitucional* para el Estado y para los particulares.
- 51 Siguiendo su línea argumental, Marlow sostiene que el juez y el mediador persiguen objetivos distintos, pues el juez pretende que la pareja obtenga un acuerdo que sea reflejo de las normas jurídicas, y el mediador busca un acuerdo respecto con el que la pareja pueda vivir en el futuro. En consecuencia concluye que *como resultado, al dictar sentencia, el juez excluirá como (legalmente) relevantes un gran número de factores, las consideraciones personales que para la pareja son importantes. Incluso puede excluir aquellos que la pareja considera como los factores más importantes*. Con ello, desplaza el centro de gravedad de todo el sistema de la Ley

a la voluntad de las partes en su aspecto más subjetivo y personal, ignorando que el juez en su resolución debe actuar conforme al dictado del artículo 3 del Código civil, atendiendo a la *realidad social*, al *contexto de caso concreto* y al *espíritu y finalidad de las normas*, conforme a su leal saber y entender como *persona*, basándose en hechos alegados y probados y respetando los principios procesales que le obligan a dar sentido y coherencia a su fallo. Baste recordar aquí los criterios de fijación de la pensión por *desequilibrio* del artículo 97 del Código civil y la exigencia de motivar las sentencias que la Constitución impone a jueces y tribunales. Vid. *Mediación...*cit. página 269.

- 52 Precisamente la *contienda* es lo que dota de *significado* al proceso, sea judicial o extrajudicial, sea dirimente o se base en la búsqueda de un acuerdo, y ello se pone de manifiesto en los principios procesales de *audiencia*, *contradicción* y *defensa*, que se deducen del artículo 24 CE. Vid. Sierra Gil de la Cuesta: *Principios...* cit. loc. cit. Tal vez, subyace en el fondo de esta *dialéctica* la diferente concepción del Derecho y la Justicia que los distintos autores sostienen. Nosotros preferimos no *involucrarnos* en esta tarea, sobre todo cuando es harto difícil dar una definición *omnicomprensiva* de ambos, porque, como afirma Pérez Luño, verdadero experto en la cuestión, *existen pocas cuestiones, en el ámbito de los estudios jurídicos, que hayan motivado tan amplio y, en apariencia, estéril debate como aquella que hace referencia a la pregunta "quid ius?", ¿qué cosa es el derecho?... Es evidente – continúa – que en nuestro tiempo todavía siguen teniendo valor las consideraciones de Kant sobre la dificultad que entraña el arribar a una definición del derecho, hasta el punto de que el problema ha podido ser calificado, con razón, de paradigma de ambigüedad.* En cuanto a la *Justicia*, subyace aún la *tensión* entre las tres acepciones *platónicas* de la justicia: la *positivista*, que representa y consagra a través de la ley la voluntad del más fuerte, la *iusnaturalista formal*, que consiste en dar a cada uno lo que le corresponde y la *iusnaturalista material*, reflejada en la idea de la plenitud y armonía de las virtudes en la sociedad y el individuo, siendo esta la más cercana a la posición que sustenta Marlow. Vid. Pérez Luño: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Ed. Técnos, Madrid, 2009 Páginas 26 y 213 y siguientes, respectivamente..
- 53 Vid. *Teoría...* cit. página 213
- 54 Vid. *Teoría...*cit. loc. cit. Donde pone de relieve que *producen desconfianza las tesis que propugnan un orden ontológico, cerrado y ahistórico de valores metafísicos, eternos e inmutables, porque existe el riesgo de que un sector de la sociedad, sintiéndose intérprete y portavoz de ese orden axiológico objetivo, trate de imponer una "tiranía de valores" a los demás; lo que es abiertamente incompatible con un sistema ético, jurídico y político pluralista. No menos insatisfactorias parecen determinadas versiones del subjetivismo que, al extremar su matriz individualista, engendran formas de decisionismo o la propia anarquía de valores.*
- 55 Citado por Reverte Navarro en *Comentarios...*cit. página 255
- 56 Vid. *Comentarios...*cit. página 242
- 57 Recordemos en este punto el artículo 751,1 de la LEC 1/2000 que decreta *que no surtirán efecto ni la renuncia, ni el allanamiento ni la transacción, cuando se producen en un proceso sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores* si versa sobre materia no disponible por las partes.
- 58 Vid. Nieto, A. y Gordillo, A.: *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Ed. Trotta, Madrid, 2003.
- 59 Al *hilo* de esta reflexión final, recordemos que algunos autores llaman la atención acerca de si esta *profesionalización y tecnificación* no supondrán el someter a las personas a una nueva técnica *disciplinar* y a una nueva *elite profesional*.
- 60 Vid. Orozco Pardo, G.: *Régimen jurídico de la Mediación*. En la obra: *Tratado de Mediación en la resolución...*cit. páginas 89 y siguientes.
- 61 Vid. Pérez Serrabona González, J.L. *El Estatuto del Mediador*. En la obra: *Tratado de Mediación en la resolución...*cit. Páginas 137 y siguientes



## IMPLICACIONES DE LAS VIOLENCIAS EN LOS DERECHOS DE FAMILIA Y LA DIGNIDAD HUMANA.

Aída Kemelmajer de Carlucci

*Lo único que se prohíbe al juez en la ley de violencia es no hacer nada. Quedarse impasible frente a la violencia cuando tiene a su alcance una gama de opciones para ofrecer protección a personas vulnerables, como son las que sufren agresiones, máxime cuando estamos hablando de niños<sup>1</sup>.*

### I. Objetivo de estas reflexiones.

El título de la conferencia, que contiene la palabra “implicancias”, pretende explicar, a través de la experiencia práctica, de qué modo los diversos tipos de violencia impactan en los derechos de las personas, especialmente, en el ámbito de sus relaciones familiares y de su propia dignidad.

La mejor manera de cumplir con el cometido es analizar y comentar casos llegados a los tribunales de mi país, en los últimos años y, a través de ellos, verificar si los instrumentos jurídicos previstos para resolver este tipo de controversias protegen eficazmente los derechos o si, por el contrario, la violencia también triunfa en esa sede porque la persona vulnerada, finalmente, no alcanza protección eficaz.

No me detengo en conceptos teóricos<sup>2</sup>. Aun así, la tarea no es fácil, pues en la Argentina, en los últimos años, existe una infinidad de casos judicializados, cuyas decisiones se publican en revistas jurídicas especializadas, tal como podrá advertirse a lo largo de estas páginas<sup>3</sup>.

Debo, pues, limitar un campo tan vasto.

Para lograr esa reducción, el muestreo jurisprudencial:

- (1)** Por un lado, se refiere únicamente a la violencia *intrafamiliar*, aunque hoy la preocupación se extienda a la violencia de *género*<sup>4</sup>. Los ámbitos de ambos tipos de violencia tienen algunos sectores comunes y otros distintos, unos más amplios y otros más restringidos; así, la violencia de género se da en terrenos que no son el familiar (el laboral, el institucional) pero a su vez, la violencia familiar comprende supuestos que no siempre tienen base en cuestiones de género, como son los que

afectan, en el ámbito doméstico, a personas ancianas, con discapacidad, niños<sup>5</sup>, etc.

Como decía Jean Carbonier “los niños están expuestos a una serie de agresiones externas contra las que el tradicional sistema de protección, la familia, se muestra muchas veces incapaz de actuar, *por ser ella misma, a veces, la productora de las lesiones que se trata de evitar*”<sup>6</sup>.

**(2)** Por el otro, relata lo que sucede en los tribunales de la República Argentina, sin perjuicio de alguna mención aislada a la jurisprudencia de otros países.

Mis puntos de partida son:

- a) Normalmente, la violencia contra cualquier persona vulnerable es una violación a sus derechos humanos<sup>7</sup>.
- b) La violencia familiar es una cuestión que afecta a la sociedad en su conjunto, y requiere políticas públicas concretas y eficaces<sup>8</sup>.
- c) La mera sanción de la norma, la ratificación de uno o más instrumentos internacionales, una o más sentencias de tribunales no logran, por sí solas, detener el avance del terrible flagelo de la violencia doméstica, ni mucho menos, la violencia de género.
- d) Lo importante es prevenir.
- e) Si por cualquier razón la prevención falla, la persona que sufrió la violencia debe ser: (i) protegida, para no soportar nuevos ataques, y (ii) reparada (o restaurada) para superar o aliviar el daño sufrido.

A este efecto, trataré primero la jurisprudencia penal, luego los instrumentos de protección no penales, para terminar con algunas reflexiones en torno a qué jueces se necesitan para llevar adelante estos procesos.

## **II. ¿Es el derecho penal el instrumento adecuado para prevenir la violencia y para proteger y reparar a las víctimas?**

### **1. La necesidad de detenerse en el análisis del instrumento penal, a pesar de que la respuesta es negativa.**

Adelanto la conclusión: en mi opinión, como regla, el derecho penal no es el instrumento adecuado para prevenir la violencia familiar ni de género,

ni para proteger a las víctimas, ni mucho menos para repararlas<sup>9</sup>. Por el contrario, generalmente, agudiza, profundiza los diversos problemas generados por el ataque violento<sup>10</sup>.

Debería, por lo tanto, dedicar poco espacio a esta primera parte.

Sin embargo, debo detenerme por las siguientes razones:

**(a)** En primer lugar, mi posición no es la del legislador argentino que insiste en la vía del derecho penal para sancionar todo tipo de violencia. Al código penal y a la ley general n° 26.485 sobre protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, se suman otras para reprimir tipos específicos de violencia: la económica provocada por el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944, con las modificaciones de las leyes 23.479 y 24.029); la psíquica, resultante de impedir la comunicación entre padres e hijos (ley 24.270); la sexual, aún por vía informática (ley 26.904, que prevé el llamado *child grooming*<sup>11</sup>) y la de mujeres en prevención de la trata y asistencia a sus víctima (ley 26.364) etc. En la misma línea reactiva, al igual que en diversos países, incorporó al código penal la figura del femicidio), etc<sup>12</sup>.

Tengo especialmente en consideración que el remedio penal responde a los valores constitucionales. Así, cabe recordar que el Tribunal constitucional español, aunque por mayoría, decidió que no es inconstitucional el art. 171.4 del Código penal de ese país que agravó las penas en los casos de víctimas mujeres; se argumentó que “el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender como fundamento de su intervención penal que se insertan en ciertos parámetros de desigualdad, tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima mujer”<sup>13</sup>.

**(b)** En segundo lugar, mi criterio personal tampoco responde a las pautas de conducta de quienes sufren violencia; normalmente, esas personas acuden a las organizaciones estatales vinculadas al sistema penal

(policía, ministerio público, etc.). Este hábito continúa<sup>14</sup>, no obstante que, como se verá a lo largo de estas páginas, la mayoría de los países han organizado otros sistemas de protección.

## 2. El movimiento pendular de las respuestas judiciales. Del sobreseimiento a la negación de la suspensión del juicio a prueba.

La respuesta penal genera un movimiento pendular que, en algunos casos, puede resultar contradictorio. Véase:

- a) A veces, los tribunales advierten los efectos nefastos que una condena penal puede tener en la vida cotidiana (por ej., perder el trabajo y quedar en situación de extrema dificultad para conseguir otro); por eso, frente a infracciones que se consideran menores (por ej., lesiones leves o amenazas) “si son realizados en el contexto de una situación conflictiva familiar”, sobreseen al imputado. Así lo muestra el caso de una disputa entre dos hermanos que, separados de sus respectivas parejas, volvieron a vivir a la casa paterna; un día, comenzaron una pelea porque uno de ellos quiso comerse una milanesa, generándose un forcejeo con el resto de la familia, de la que resultaron lesiones que se constataron en un hospital<sup>15</sup>. En la misma tendencia, se resuelve:
- “la actitud de levantar la mano para golpear a una hija en la vía pública, luego desistida, y el anuncio de que no se le dará más dinero para cumplir con la obligación alimentaria no configuran el delito de amenazas, ya que no disminuyeron la libertad psíquica de la víctima, ni le impusieron limitaciones que permitan considerar configurado el amedrentamiento propio del tipo delictivo, más allá de si la conducta se inscribe en un contexto de violencia doméstica”<sup>16</sup>.
  - “la conducta de una madre de propinar una leve cachetada a su hija luego de una actitud de enfrentamiento asumida por esta última, no es constitutiva de un castigo corporal en los términos del art. 647 del CCyC<sup>17</sup>, por lo que debe confirmarse el sobreseimiento por el delito de lesiones, pues lo contrario importaría no solo desconocer el sentido de la norma citada, dirigida al resguardo de supuestos que importen poner en situación de grave riesgo la integridad de los niños, sino también inobservar el carácter de **última ratio** del derecho penal y desconocer el deber de los padres en la crianza y educación de sus hijos”<sup>18</sup>.

Más aún, aunque excepcionalmente, se ha llegado a admitir la denominada “teoría de la pena natural”; así, se absolvió al imputado del delito de homicidio culposo de su hija de 10 meses y de las lesiones culposas a su mujer, causados al manipular con imprudencia un arma de fabricación casera (llamada *tumbera*), por estar alcoholizado; el tribunal argumentó: no hay duda de que el imputado es autor del delito de homicidio culposo y lesiones culposas, pero “en determinadas causas, existe una pena natural por lo que el imputado sufre en su vida, derivado del hecho por el que se lo juzga, como la muerte de un familiar o quedar parálítico, lo que hace innecesario la aplicación de otra pena por parte del magistrado, la que, además, solo tendría como fin aumentar el castigo al imputado y alejarse del fin resocializador que la pena debe tener”. Por el contrario, el voto de la minoría afirmó: “No ignoro que el imputado llevará la carga emocional por el resto de su vida, o sea, el arrepentimiento sumando al dolor del resultado fatal acaecido con la muerte de una criatura de 10 meses, que es su propia hija; sin embargo, no hay motivo para aplicar la llamada pena natural, al no existir prueba incorporada, y al saber el imputado el riesgo que generaba, a lo que se suma el motivo pueril de haber ido a buscar el arma casera porque le molestaba la pirotecnia de los jóvenes vecinos”<sup>19</sup>.

- b) En el otro extremo del péndulo, algunas figuras típicas del derecho penal se declaran inaplicables, pues se estima que llevar el juicio hasta el final es el instrumento necesario para tomar conciencia de la gravedad del flagelo y, de ese modo, disminuir los delitos. En este sentido, invocando la Convención Belem do Pará, se rechaza la aplicación de la suspensión del juicio a prueba (o *probation*) en todos los casos de violencia contra la mujer<sup>20</sup>. Es la posición que asumió la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, a partir del conocido caso *Góngora*<sup>21</sup>. Se afirma que la Convención impone a los Estados la obligación de *sancionar* los actos de violencia contra la mujer. Para algunos autores, esta posición encuentra sustento en la obligación del Estado de tomar medidas positivas<sup>22</sup>. En esta línea se ha llegado a negar la suspensión del juicio a prueba en un caso de incumplimiento de las prestaciones alimentarias por configurar un supuesto de violencia económica contra la mujer<sup>23</sup>.

De cualquier modo, señalo que la jurisprudencia no es unánime y escucha otras voces<sup>24</sup> que sostienen que el solo hecho de tratarse de un

supuesto de violencia contra una mujer no implica, automáticamente, el rechazo del pedido de suspensión del juicio a prueba. Así, por ej., la sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional Sala II, el 24/11/2015<sup>25</sup> hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba siendo el imputado, acusado del delito de lesiones leves, un padre que tiró del pelo a la hija y la golpeó con un palo de escoba en distintas partes del cuerpo en oportunidad de tomar conocimiento que había sido expulsada por segunda vez de la institución educativa a la que concurría. El tribunal consideró que, en el caso, la reparación del daño ofrecida por el padre resultaba razonable por estar a la medida de sus posibilidades económicas<sup>26</sup>. Entendió que “el Fiscal no logró establecer un vínculo cierto y coherente entre el hecho materia de reproche y la hipotética situación de violencia *en razón del género*, conforme lo estipula el art. 1, Convención de Belem do Pará, aprobada por la Ley 24632”. “Resulta notorio que el episodio denunciado no ha tenido su génesis en un acto de violencia *contra la mujer por su condición de tal o en razón de su género*, sino que obedeció al ejercicio-desnaturalizado por su claro abuso- del poder, en función de lo cual no resultan de aplicación al caso las prescripciones del aludido instrumento internacional”.

La misma Sala, con anterioridad, había hecho lugar a la suspensión del juicio a prueba en un caso en el que el Ministerio público prestó su conformidad y la damnificada del delito de abuso sexual expresó su deseo de no someter el caso a juicio oral, por lo cual, argumentó, “se debe priorizar la utilización de institutos alternativos que favorezcan la solución del conflicto en tutela de su interés”<sup>27</sup>.

En mi opinión, la negativa del remedio procesal no debe ser automática por el solo hecho de que la víctima sea una mujer. En una gran cantidad de casos el pedido de suspensión debe ser rechazado porque las circunstancias del caso convencen de la inconveniencia<sup>28</sup>, pero la multiplicidad de situaciones existente aconseja que las puertas no se cierren mecánicamente. Los hechos relatados en las sentencias no siempre permiten dar una opinión sobre la solución, porque en algunas ocasiones, preconceptos culturales no confesados pueden estar a la base de la decisión; así, por ej., se negó la suspensión del juicio a prueba en un proceso *contravencional*, seguido contra un hombre, por

el delito de amenazas contra una mujer y su niña de cinco años, luego de que ella se negara a venderle su propiedad; dijo el tribunal que “además de evidenciarse una cuestión de violencia de género y de un conflicto por cuestiones económicas, los contenidos de las agresiones poseen un tinte discriminatorio, toda vez que el acusado, que profesa la religión judía, se refirió a la víctima -que no comparte dicho credo- en varias ocasiones como *una goy* o una *mishíguene*, expresiones que encuadran en las previsiones del art. 2, Ley 23592, de modo que agravan los delitos presuntamente cometidos dado que suponen una clara discriminación racial y religiosa”<sup>29</sup>.

### **3. Algunas particularidades de las relaciones familiares violentas a la luz del derecho penal sustancial.**

#### **3.1. Las excusas absolutorias y las causales de atenuación de la pena.**

- a) A veces, como base de su defensa, los imputados invocan derechos pertenecientes a minorías étnicas o religiosas. Algunas no tienen basamento alguno; así, por ej., se decidió que no actuó bajo error de prohibición quien amenazó y propinó golpes a su mujer y corrompió a su hija, aunque haya adherido a la religión musulmana, vivido en Arabia Saudita casi diez años, y el Corán admita ciertos castigos físicos del hombre a la mujer o su descendencia, desde que el acusado nació y residió en la Argentina casi toda la vida, por lo que sabía que esas conductas están prohibidas por la ley local<sup>30</sup>.

En otro caso, se invocó el derecho constitucional reconocido a los pueblos originarios. La Suprema Corte de Salta, por mayoría, sobreseyó al padre que había dejado embarazada a su hija, alegando pertenecer a la comunidad Wichi, en la que es costumbre que los padres inicien sexualmente a sus hijas; en este sentido, revocó el auto de procesamiento por abuso sexual porque la resolución “no tuvo en cuenta la aceptación social que tiene en la cultura wichi, a la que pertenecen tanto el imputado como su hija menor víctima, que las mujeres mantengan relaciones sexuales desde temprana edad, aún desde la primera menstruación”. En cambio, el voto minoritario de la Dra. Martínez Garros entendió que la conducta del imputado configuró un ataque directo a los derechos consagrados en la Convención

Internacional de los derechos del niño que deben prevalecer sobre una supuesta costumbre que ni siquiera había sido suficientemente probada<sup>31</sup>.

- b) En varias decisiones, razonablemente y con gran humanismo, se ha utilizado la Convención Belem do Pará para excusar a la madre que, “inmersa en una relación de violencia de la que estaba en absoluta imposibilidad de sustraerse por miedo insuperable, eliminada su libertad de decisión, no pudo defender a sus hijos menores de edad, que resultaron muertos por la acción violenta de su compañero conviviente”<sup>32</sup>.

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación anuló una sentencia del Superior Tribunal de Córdoba que condenaba a prisión perpetua a una mujer que alegó y probó que, por su especial estado de vulnerabilidad, no pudo evitar la muerte de su hijo, menor de edad, a manos de su compañero<sup>33</sup>.

En otro caso se exculpó del delito de abandono de persona seguido de muerte a la mujer que, en idéntica situación de violencia, (i) el Estado no protegió a pesar de las denuncias oportunamente efectuadas, (ii) estando trabajando cuando su compañero atacó al hijo, no lo llevó al hospital, confiando en que lo haría la abuela y (iii) la afición del menor no revestía, en apariencia, la gravedad que finalmente tuvo<sup>34</sup>.

En ocasiones, el argumento es que no se ha podido probar el dolo, porque la madre intentó buscar ayuda<sup>35</sup>.

Algunos casos, en cambio, no justifican esa excusa absoluta, si la madre no es persona vulnerable ni está ella misma bajo la presión de violencia; por el contrario, la prueba da cuenta de la indiferencia y despreocupación de la imputada en el bienestar de sus hijas menores de edad, priorizando su relación de pareja por sobre el interés de sus hijas, abusadas por su conviviente<sup>36</sup>. Más aún, con razón se ha procesado en calidad de partícipe secundaria a la mujer que tenía a su cuidado a su sobrina de 13 años y creó el ambiente propicio para que su concubino abusara sexualmente de ella, pues “se verifica una voluntad de participar en el hecho antijurídico principal y cooperar en la lesión a la norma”<sup>37</sup>.



- c) Obviamente, en un ámbito de violencia familiar puede darse la situación de legítima defensa tradicional. Así, por ej.:

La Corte Suprema de la Nación abrió el recurso extraordinario contra la sentencia que, descartando la legítima defensa, había condenado a una mujer que cursaba el quinto mes de embarazo, por el homicidio del padre de sus hijos, con quien convivía, no obstante que ella había sido víctima de violencia de género, a punto tal que un año antes había perdido un embarazo debido a los malos tratos del agresor<sup>38</sup>.

En la misma línea, se revocó una sentencia condenatoria que había entendido que no existía serio peligro real e inminente que justificara su accionar “porque la discusión iniciada en el cuarto matrimonial no era sino una más de las que la acusada lamentablemente padecía de antigua data”. La Casación absolvió del delito de homicidio agravado por el vínculo a la mujer que disparó una pistola de calibre menor contra el vientre de su marido, mientras éste le propinaba una golpiza; afirmó que el proceder de la imputada encuadra en un supuesto de legítima defensa en tanto medió una agresión ilegítima y no provocada y el medio elegido para repelerla aparece como necesario y racional. Con gran realismo, argumentó: “El dormitorio donde se desencadena el final de esa historia de recurrentes palizas estaba en la planta alta y hay un registro de una caída de la mujer por la escalera de la que resultó una internación por la rotura de una vena. ¿Qué debe esperarse en un caso como el presente para que pueda operar un permiso de salvaguarda de la integridad física, no ya de la devastada integridad psíquica?”<sup>39</sup>.

En el mismo sentido, se absolvió por falta de antijuridicidad y haber mediado legítima defensa a una mujer que se defiende de los ataques de su compañero quien, en estado de ebriedad, le propinaba golpes mientras ella tenía en brazos a un hijo pequeño<sup>40</sup>.

- d) Otro centro de preocupación ha sido la emoción violenta como causa de atenuación de la sanción, cuando quien ha sido víctima de violencias reiteradas, un “mal día” mata o lesiona al victimario. En este sentido, se ha justificado la aplicación de la escala atenuada en que “la acusada, víctima de violencia de género, no puede ser medida con la misma vara que otras mujeres que no fueron víctimas de ese calvario

silencioso; esta afirmación respeta el principio de igualdad ante la ley que obliga a tratar desigual a los que se encuentran en desigualdad de condiciones”<sup>41</sup>.

En cambio, “los celos o las sospechas de presuntas infidelidades invocadas por quien, luego de varias situaciones de violencia física que hizo padecer a su esposa, la mató con un cuchillo, son irrelevantes para merituar la intensidad del reproche penal, pues se trata de circunstancias que chocan con uno de los objetivos propuestos por la ley 26485 en tanto, al promover y mantener funciones estereotipadas históricas y socio-culturalmente asignadas a varones y mujeres, tienden a perpetuar la idea de inferioridad o superioridad de uno de los géneros sobre el otro”; por lo tanto, debe ser condenado a prisión perpetua por el delito de homicidio agravado por el vínculo sin que corresponda la atenuación de la pena. Por eso, razonablemente, se niega carácter exculpatorio al homicidio de una joven mujer por parte de su compañero, quien invocaba una situación familiar conflictiva, que lo llevó a un estado de emoción violenta. El voto ampliatorio señala, con todo acierto, que “una cosa es que en las relaciones humanas no todo es blanco o negro, menos en las parejas, y otra bien distinta es abonar la idea machista y prepotente de la mujer como objeto de pertenencia al varón, pues el Estado no puede consentir ni permitir la perpetuación de concepciones sexistas y estereotipadas que legitiman la violencia de género”<sup>42</sup>.

Por el contrario, otro tribunal, reflatando antiguas concepciones del honor, decidió que “las lesiones y homicidio consumados cometidos por el imputado contra la pareja deben resolverse dentro del contexto de emoción violenta toda vez que el detonante resultó la escena protagonizada en la cocina de un bar que lo llevó a reaccionar inmediatamente, pues herido profundamente en sus sentimientos y honor ante un cuadro de infidelidad apreciado desde su perspectiva, y no por él provocado, y motorizado por un intenso e incontrolable grado de ira y furor, agredió, tanto física como verbalmente a su pareja y luego asestó un penetrante puntazo en el cuello a su acompañante”<sup>43</sup>.

### **3.2. La adolescente víctima de violencia sexual y el aborto.**

No hay que cerrar los ojos a la realidad. Cuantitativa y cualitativamente, el inmenso problema de la violencia contra las niñas y adolescentes se centra, en nuestros países, en los embarazos no deseados generados en el propio ámbito familiar; el drama de las adolescentes abusadas por algún integrante del grupo familiar es, lamentablemente, moneda corriente. Los casos que llegan a los tribunales son incontables. Entre ellos, elijo sólo esta sentencia que dice: “Encarcelarse en un solo argumento –la afirmación lineal según la cual el feto es un niño y la Convención Internacional sobre los derechos del niño protege su interés superior por lo que la vida potencial no puede ser nunca afectada– y negar el conflicto que implica el embarazo de una menor de edad, producto de una violación intrafamiliar, importa ignorar la trágica desigualdad ante la ley que provoca el sistema punitivo entre mujeres carenciadas y aquellas con posibilidades económicas, pues cierra los ojos a una realidad incontrovertible, cual es que, en definitiva, el sistema penaliza la pobreza y no la interrupción del embarazo”<sup>44</sup>.

### **3.3. La violencia y el delito de trata de personas**

Con frecuencia, las relaciones cuasi familiares (por ej., el noviazgo) son la oportunidad propicia para, a través de la violencia, aprovechar a personas de extrema vulnerabilidad para prostituir las. En esta línea se ha condenado por el delito de explotación económica del ejercicio de la prostitución ajena en concurso ideal con el delito de trata de personas si se acreditó que el imputado se valió de una relación de noviazgo y convivencia con una joven en situación de vulnerabilidad para prostituir la utilizando la violencia física y moral, las amenazas y el engaño”<sup>45</sup>.

### **3.4. El derecho penal frente al incumplimiento de órdenes judiciales dispuestas en procesos de violencia familiar.**

En ocasiones, el delito se comete por incumplir medidas dispuestas para paliar la violencia familiar, como son, por ej., las órdenes de restricción, dando lugar, según la opinión mayoritaria, al delito de desobediencia judicial en perjuicio de la administración pública<sup>46</sup>.

Estas sentencias muestran la ineficacia del sistema; a una sentencia sigue otra y, mientras tanto, los derechos de las personas siguen vulnerándose.

### **3.5. El discutido síndrome de alienación parental (SIP).**

Intensas discusiones giran en torno al llamado síndrome de alienación parental que, llevadas a la materia penal, profundizan la problemática, pues en ese proceso no se trata de restaurar los derechos de la víctima sino de sancionar al imputado, si hay pruebas en su contra<sup>47</sup>. Exista o no este síndrome, lo cierto es que, en algunos casos, ante la violencia psíquica ejercida por uno de ellos, los hijos se convierten en verdaderos “niños-rehenes”.

### **4. Algunas cuestiones procesales. Necesidad de su readecuación.**

En un Estado de Derecho que asegura la garantía constitucional de la defensa e/n juicio, el imputado (no la víctima) es el centro del proceso.

Por eso, aún quienes creen que el sistema penal es eficaz para mitigar el problema de la violencia doméstica, deben admitir que el proceso requiere algunas adecuaciones.

Tengo en cuenta que la enorme mayoría de las denuncias responden a la realidad<sup>48</sup>, mas no debe descartarse que, aunque excepcionalmente, el sistema penal se utiliza con fines espurios, al solo efecto de lograr resultados rápidos en otras áreas. Lamentablemente, no son pocas las sentencias que sobreseen al padre imputado de abuso sexual con fundamento en que “la pericia rendida informa que la persona menor de edad no presenta ningún indicador de haber sido víctima de abuso sexual y no puede descartarse que el relato esté influenciado por terceras personas”<sup>49</sup>.

#### **4.1. El uso de formularios.**

Formularios autorizados sobre la base de protocolos previamente analizados son usados en gran número de oficinas (judiciales, administrativas o de otro tipo). Normalmente, ellos son un instrumento útil para agilizar el trámite. No obstante, no todas son loas; algunos autores señalan ciertos puntos conflictivos<sup>50</sup>.

#### **4.2. La denuncia en los delitos de instancia privada.**

Los delitos de instancia privada (por ej., lesiones leves, amenazas, etc.) han dado lugar a una serie de cuestiones.

**a) La denuncia ante órganos no jurisdiccionales.**

Para algunos tribunales, si la denuncia se realizó en sede policial, la víctima podría dejar sin efecto la denuncia y pedir que la causa se cierre si no se han dispuesto medidas judiciales que lleven adelante el proceso. En este sentido se afirma: “La intervención de la víctima en el conflicto penal no puede limitarse a permitir su participación como querellante, sino que, además, hay que admitir que pueda apartarse de ese rol cuando el conflicto ya fue resuelto por otra vía más adecuada, como puede ser el acuerdo respecto de los daños provocados por el delito, siempre que no subsista otro interés superior que justifique la prosecución del trámite de la causa con impulso del fiscal”<sup>51</sup>.

Para otros, en cambio, la apertura de la instancia se cumple, por ej., con la denuncia ante la oficina de violencia doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo irrelevante la posterior retractación<sup>52</sup>.

**b) Representación de los padres. Legitimación.**

Algunos casos plantean cuestiones relativas a los legitimados para abrir esa instancia. Así, se ha decidido que:

- es válida la denuncia realizada por una persona, contra su hija, por actos de violencia realizados por la acusada en perjuicio de la nieta de la denunciante, pues si bien las normas procesales penales prohíben que un ascendiente denuncie penalmente a su descendiente, la excepción se justifica en la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del niño<sup>53</sup>.
- si se investiga la presunta falsedad de la partida de nacimiento de una menor, su padre no puede ser tenido como parte querellante, si la imputada es la madre del niño quien, además, denunció al pretense querellante por hechos de violencia familiar<sup>54</sup>. El tribunal entendió que la hija adolescente se encuentra frente a un conflicto de intereses en el que ambos progenitores son protagonistas por lo que, en cualquier caso, ella debía ser escuchada personalmente, y no a través de la representación paterna.

c) *El denunciante y el secreto profesional. La legitimación del Ministerio público.*

Otra cuestión es el juego de del secreto profesional y el derecho a la intimidad personal de la persona que sufre violencia. Pasada esta barrera, el debate se centra en las facultades del ministerio público para llevar adelante el proceso cuando los padres no instan la causa penal.

- Un caso decidido en la provincia de Córdoba muestra la magnitud del problema: Presuntamente, una niña fue abusada sexualmente por su hermano. Ninguno de los padres instó la acción penal. El hecho fue informado al juzgado de menores por la abogada que trabaja en la Casa de Atención Interdisciplinaria para Víctimas de Delito contra la integridad sexual. La letrada había tomado conocimiento porque la madre acudió a esa oficina pidiendo asesoramiento legal y terapéutico. El juzgado de menores remitió las actuaciones al Ministerio público, quien abrió la causa penal. La defensa del hermano acusado planteó la nulidad de lo actuado por violación del secreto profesional y porque el Ministerio público no estaba legitimado para abrir la instancia.

El tribunal penal entendió que, en el caso, la abogada no había violado el secreto profesional. Argumentó que, como regla, la letrada tenía el deber de resguardar la información obtenida en este marco, toda vez que la progenitora de la víctima era quien tenía la facultad de instar o no la acción penal; “no puede admitirse, sin mayor análisis, que la ayuda que proporciona el Estado pueda verse condicionada, directa o indirectamente, al sometimiento a proceso de quien acude a un centro asistencial, ya que de esta forma se colocaría a las personas en el dilema de solicitar ayuda y someterse a proceso o de no solicitar esa ayuda para evitar el proceso penal; el interés del Estado en asistir a las víctimas se logra siempre que se les garantice un ámbito de confidencialidad”. No obstante, el derecho a la intimidad no es absoluto y la legislación admite, bajo ciertas condiciones, la intervención estatal en ámbitos individuales, o sea, cuando existen justas causas; esas justas causas son, en realidad, el estado de necesidad, o sea, tratar de evitar un mal mayor; es lo que quiso hacer la abogada, pues el equipo técnico había advertido que la niña se encontraba en riesgo en razón de su contexto intrafamiliar. Se ha acreditado que antes de dar intervención a la justicia penal, la

oficina prestó ayuda psicológica a la menor y a su familia por el lapso de 7 meses y dieron a conocer la noticia al tribunal recién cuando la madre suspendió el tratamiento terapéutico y se verificó un manifiesto desinterés por parte de los progenitores.

En cambio, consideró que no correspondía seguir con el proceso adelante, abierto por el Ministerio público, por las siguientes razones: Hay una colisión entre el derecho a la intimidad o la auto-determinación familiar y el interés estatal en la protección de una niña. Ambos son principios de nivel constitucional y deben ser considerados como mandatos de optimización; este calificativo implica considerar el principio de proporcionalidad. Por eso, la cuestión consiste en “elucidar si la iniciación de un proceso penal es la única medida posible para proteger a la niña y, de esta forma, atender a su interés superior, o si es posible, fáctica y jurídicamente, optimizar de tal forma los principios en colisión, para cumplir con ambos igualmente válidos”. En el caso, no hay una verdadera contraposición de intereses entre los padres y la niña porque la madre acudió inmediatamente al centro a solicitar ayuda y allí, quienes trabajan en el tema, trabajaron durante 7 meses, o sea, entendieron que ella no estaba bajo grave riesgo; por otro lado, aunque los padres manifestaron que querían proteger a ambos hijos, esa contraposición hoy se lleva adelante en un proceso penal que implica el encarcelamiento de uno de ellos. Por el contrario, en la etapa anterior, los padres protegieron siempre a la niña, sometiéndose a todas las terapias que se propusieron. Además, el hermano se había trasladado a vivir en una pensión; ningún miembro de la familia había quedado sin tratamiento; sólo habían acudido a otros centros. Dado el proceso penal llevado adelante, y el proceso de menores prevencional, la niña se encuentra sometida a dos procesos produciéndose una verdadera revictimización. Puede concluirse que la doble intervención estatal no responde al interés superior de la menor y que la intervención de un tribunal prevencional o autoridad administrativa constituye un mecanismo más eficiente para la protección de ese interés, a punto tal que la niña, declarando en cámara Gesell ha repetido que “este tema la tiene cansada”. Otro elemento es que la niña nunca ha sido consultada respecto a la iniciación de las actuaciones penales, no obstante que evidencia cierto desarrollo y capacidad para emitir una opinión personal; ella tiene capacidad para instar ella misma la acción penal. En

definitiva, “la fiscal deberá, luego de notificar a la menor sus derechos y coordinar su eventual actuación con alguno de los centros asistenciales existentes, informándole su derecho a iniciar la acción penal con la representación de tales instituciones, proceder al archivo de estas actuaciones, sin perjuicio de la acción que oportunamente podrá instar la menor con la asistencia de los centros asistenciales o eventualmente, incluso sus representantes legales o quienes detenten la guarda de ella” “Es posible concluir, que la intervención del Estado en una forma menos lesiva que la penal, permite, en este caso, cumplir en mejor medida con todos los intereses en juego toda vez que, en las condiciones actuales, no están dadas las condiciones para que el Ministerio público actúe de oficio<sup>55</sup>.

- En otro caso, de características totalmente diferentes, se decidió que “es válido el impulso fiscal de la causa por abuso sexual contra un menor si la víctima cuenta con cinco años de edad, los sucesos habrían sido cometidos por su padrastro aprovechando una situación de convivencia y la madre de la niña, pese a ser informada de lo ocurrido por la abuela, manifestó a las autoridades su intención de no radicar denuncia<sup>56</sup>. Dijo el tribunal: “Si bien las víctimas menores de edad no están autorizadas legalmente a expresar su voluntad, tampoco pueden quedar inermes ante un probable ilícito de graves características, como podría ser el probable abuso sexual. Sin perjuicio de tratarse de un delito dependiente de instancia privada que pudo haber ofendido a las menores en su esfera más íntima y secreta y que por ello la ley estima prudente dejar librado al criterio de quien la representa legalmente, la decisión de realizar la denuncia respectiva o de no hacerla, el requisito de la instancia de la acción para que el Estado ejerza su pretensión punitiva no puede convertirse en un escollo que conduzca al olvido o a la indiferencia de todo cuanto manifestaran, decidieran y no consintieran hasta ahora las madres de las damnificadas, por el interés superior de niño debe situarse por encima de las exigencias procesales, máxime cuando el suceso ya se expuso judicialmente”.

### 4.3. Flexibilización de las reglas de la competencia.

La flexibilización de las reglas de competencia también es requerida en este tipo de procesos. Así se ha decidido que “tratándose de un único y mismo



conjunto de hechos de violencia familiar, caracterizado por amenazas y agresión física a dos niños, hijos de la imputada, en el mismo contexto físico y temporal, el hecho de que haya habido tres días de diferencia entre los sucesos no justifica la separación de las causas, pues parecen ser partes inescindiblemente constitutivas de un mismo conflicto familiar en el que debe intervenir un único tribunal a efectos de un mejor servicio de justicia<sup>57</sup>.

Otras pautas claras han sido expresadas por la CSN: “Someter a posibles víctimas a cumplir en el foro del eventual agresor las arduas diligencias propias de un caso de violencia familiar, puede llevar a una revictimización que la ley 26485 repudia; si los jueces en pugna se encuentran en situación legal análoga para asumir la función tutelar, la elección debe hacerse ponderando cuál de ellos cuenta con mejores condiciones para alcanzar la protección integral de los derechos del niño y, a tal fin, normalmente es el juez de la residencia del niño, pues posee acceso directo a la persona del afectado<sup>58</sup>.”

#### **4.4. Valoración y producción de la prueba.**

La valoración de la prueba también exige una nueva visión.

A veces, las amenazas se expresan a través de medios informáticos (mensajes de textos, emails, etc.), cuya producción en juicio exige flexibilizaciones, pues de otro modo, se caería en permanentes nulidades<sup>59</sup>.

En no pocas ocasiones, hay un solo testigo; más aún, se cuenta únicamente con la testimonial de la víctima. Diversas sentencias se han valido de esa prueba para condenar, cuando otros indicios la apoyan<sup>60</sup>, como por ej., si el imputado es el tío político de la víctima que, bajo una situación de poder, se aprovecha de la minoridad de la víctima, de la desintegración de su familia y de haber sido internada con su hermano en un instituto<sup>61</sup>.

En la misma tendencia, se ha considerado prueba suficiente para decretar el procesamiento el relato de la víctima analizado por un equipo interdisciplinario de la Oficina de Violencia Doméstica que indicó que sobre esa persona existe una situación de intimidación crónica, y que presenta un estado emocional de temor y desvalorización de su persona, remarcándose que se trata de una situación de alto riesgo<sup>62</sup>.

Con igual criterio, se afirma que “el tratamiento de los casos de violencia de género como si fueran delitos comunes y sin características específicas transforma tal problemática en *violencia institucional*, máxime cada vez que se comprueba que la mayoría de los femicidios tienen atrás una historia previa de denuncias y pedidos desesperados de ayuda nunca respondidos por quienes tienen la obligación de hacerlo”<sup>63</sup>; por esta razón, el valor probatorio del testimonio de la víctima en casos de violencia de género, que por su especial modo de comisión en privado no puedan ser corroborado por otros medios, no puede ser soslayado o descalificado, dado que ello constituiría una forma de violencia institucional revictimizante contraria a los parámetros internacionales en la materia”<sup>64</sup>.

En la misma línea se ha decidido que el hecho de que el imputado no pueda estar presente en el lugar donde su hija es invitada a contar si fue abusada por él no vulnera su derecho constitucional de defensa, ya que no hay obstáculo para que concurra su letrado o designe a algún profesional especialista en la materia de su confianza<sup>65</sup>

Más aún, se han convalidado sentencias en las que se ha restringido el derecho a interrogar a la víctima, precisamente, para no producir una revictimización; así, se ha confirmado la sentencia del tribunal que condenó al imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo (la niña de 12 años era su hija) pues “si bien se restringió el derecho del encartado a interrogar, lo hizo en la medida estrictamente necesaria para preservar la salud psicofísica de la damnificada, incorporándose por lectura los dichos de la víctima, con argumentos pertinentes, que se basaron en un informe médico que demostró objetivamente el alto riesgo que para su salud mental una decisión en contrario podía aparejar”<sup>66</sup>.

La tendencia, pues, es rechazar el preconcepto de que la víctima miente; por eso, el hecho de que la mujer hubiera demorado en denunciar los hechos violentos “no autoriza a atribuir a su relato el carácter de fabulación, pues es sabido que las víctimas de violencia doméstica muchas veces no toman la decisión de abandonar a su victimario porque carecen de medios económicos para sostenerse, no cuentan con un lugar donde acudir, temen que de hacerlo se desencadenará una reacción en su agresor que pondrá en riesgo su integridad física y la de sus hijos”<sup>67</sup>.

Este criterio de confianza respeta el de la Corte Interamericana de Derechos humanos expresado, entre otros, en el caso *Valentina Rosendo Catú y otra vs México* resuelto el 31-8-2010. En los parágrafos 89 y siguientes se afirma:

Nº 89. “Es evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, *la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho*”. Nº 91: ...La Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, *a priori*, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Valentina Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta en el presente caso que al momento de ocurridos los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña”. Nº 93: .....La Corte no encuentra elementos que afecten la credibilidad de sus declaraciones. La presunta víctima es una mujer indígena, en el momento de los hechos menor de edad, que vivía en una zona montañosa aislada, que tuvo que caminar varias horas para recibir asistencia médica por las agresiones físicas sufridas, y para denunciar la violación sexual ante diversas autoridades que hablaban un idioma que ella no dominaba, que probablemente tendría repercusiones negativas en su medio social y cultural, entre otros, un posible rechazo de su comunidad”.

#### **4.5. La excarcelación.**

La excarcelación puede prosperar en una importante serie de casos, pero normalmente, para eliminar los riesgos, el juez establece la prohibición de acercamiento si, justamente, el delito imputado es coacción y lesiones graves<sup>68</sup>.

#### **4.6. Requisitos del recurso extraordinario.**

Las exigencias del recurso extraordinario también se flexibilizan: “Cuando en un caso de violencia contra la mujer la parte acusadora impugna la

sentencia de absolución alegando el vicio de arbitrariedad, no es posible desoír el planteo mediante la sola aplicación de los límites formales del Código de procedimientos, sin evaluar el mérito de la petición, pues ello incumple, con un rigor formalista, una parte importante de la obligación internacional asumida para la eliminación de prácticas sociales discriminatorias, como las que se expresan en la violencia de género”<sup>69</sup>.

#### **4.7. El avenimiento como medio de extinción del proceso.**

La admisibilidad o no del avenimiento por matrimonio ulterior entre la víctima y el agresor presenta ribetes particularísimos. El art. 132 del código penal permitía “reparar la honestidad” de la mujer que había sido violada, abusada, víctima de estupro o raptada, a través de la celebración del matrimonio con el autor del delito, quedando la acción penal extinguida. Por el contrario, la ley 25.087 de 2012, dispuso este nuevo texto: “En los delitos previstos en los artículos 119: 1°, 2°, 3° párrafos, 120: 1° párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas”.

Para hechos acaecidos antes de la reforma, un tribunal, por mayoría, negó el avenimiento entre la víctima del abuso sexual (13 años al momento del delito, y 16 al de la petición de avenimiento) y el autor (un hermano de la madre); la minoría, en cambio, sostuvo que las especiales circunstancias del caso hacían procedente la extinción desde que la adolescente convivía con el autor del ilícito y había nacido un niño, a quien el acusado trataba como hijo, cuidándolo y educándolo, por lo que la pena era un elemento de perturbación en una familia que, en ese momento, parecía regularmente constituida<sup>70</sup>.

Por el contrario, en otro caso, la mayoría acordó el avenimiento y la minoría lo negó razonablemente porque “el consentimiento brindado por la víctima no ha sido formulado con libertad, toda vez que su difícil historia de vida (su madre fue asesinada por su padre cuando era una niña y tuvo un hijo con el imputado a temprana edad) la colocan en una evidente situación de vulnerabilidad e inferioridad respecto de su victimario”<sup>71</sup>.

## 5. La prescripción de las acciones.

La prescripción de las acciones –penales y civiles– exige también una adecuación.

Así, parece razonable, que los plazos de la acción penal no corran en contra de las víctimas de abuso sexual durante su minoridad, tal como sucede en las nuevas legislaciones, autorizando a las víctimas a denunciar los hechos ocurridos durante su minoridad cuando tal estado de vulnerabilidad ha cesado<sup>72</sup>.

Una solución similar contiene el art. 2561 del CCyC para las acciones de responsabilidad civil. La norma dispone:

“Plazos especiales. El reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces prescribe a los diez años. El cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad”.

### III. Los instrumentos “no penales”.

#### 1. Las oficinas de violencia.

En muchos países existen oficinas de violencia familia o violencia doméstica.

En la República Argentina existe, además de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, centros similares en casi todas las provincias<sup>73</sup>.

Aunque han sido un avance importante, hay que señalar que no siempre responden eficazmente. Así, se lee en una sentencia: “Toda vez que meses antes de que fuera apuñalada por su cónyuge en la calle, la víctima concurrió a la oficina de violencia doméstica para solicitar una prohibición de contacto, que fue otorgada luego de un año y siete meses, esto es, luego de haber sufrido aquel episodio, es indiscutible concluir que el burocrático actuar de las agencias estatales y su inactividad casi se cobra la vida de aquella y que cuando se persigue la violencia de género se termina discriminando aún más, mientras lo indispensable en estas hipótesis es identificar los factores de riesgo y dar una respuesta estatal efectiva e inmediata”<sup>74</sup>.

En ocasiones, se impugnan las evaluaciones preliminares de riesgo realizadas por esas oficinas porque sólo han escuchado el relato de la denunciante, habiendo pasado bastante tiempo desde esa denuncia<sup>75</sup>.

## **2. Mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos.**

Las discusiones en torno a si los métodos alternativos pueden ser utilizados en casos de violencia familiar son interminables<sup>76</sup>.

Conviene recordar la Guía de buenas prácticas del Convenio de La Haya de 1980. El documento aclara que las denuncias de violencia doméstica no son inusuales y que reconoce que “algunas de estas acusaciones pueden resultar infundadas, pero otras son legítimas y pueden ser la razón por la cual el progenitor sustractor abandonó el país son el niño”. Subraya que la violencia doméstica, en sí misma, con frecuencia, constituye un delito grave y, como tal, no debería mediar. No obstante, y sin desconocer la posición que rechaza la mediación en todos los casos de violencia doméstica, la Guía entiende que corresponde evaluar caso por caso, pues algunos pueden ser susceptibles de llegar a acuerdos; la participación de la víctima en un proceso de mediación adecuado y bien conducido puede ser fortalecedor para la persona afectada<sup>77</sup>.

A nivel jurisprudencial, se ha declarado la constitucionalidad del art. 27 de la ley de la provincia de Córdoba que prohíbe la confrontación o comparecencia conjunta de la víctima y el agresor<sup>78</sup>.

Cuestión diferente es si la situación de violencia modifica el régimen de mediación que exige el ejercicio de otros derechos. Para estas situaciones se ha decidido que “no corresponde eximir de la mediación previa prevista para el juicio por alimentos por la mera invocación de antecedentes de violencia familiar ejercida por el demandado, toda vez que no se advierte que medien circunstancias que puedan autorizar esa eximición en tanto no se ha invocado que hayan ocurrido nuevos hechos de violencia con posterioridad a la fecha de la denuncia, ni de desobediencia alguna de las órdenes judiciales impartidas a las medidas cautelares tomadas sobre la base de la ley de violencia, por lo que cabe inferir que la violencia, aunque sea en parte, ha cedido”<sup>79</sup>.

## IV. Los instrumentos de la Justicia “no penal” y la defensa de los derechos –especialmente de Derecho de familia– de las personas vulnerables que sufren violencia.

### 1. El derecho a la vivienda.

Los problemas de vivienda se agudizan para las víctimas de violencia. Las vías para recuperar la vivienda o para excluir al violento son muy variadas.

Así, por ej., en un caso se hizo lugar al desalojo solicitado por una persona anciana, para que salieran del inmueble de su propiedad, su hijo, su nuera y sus nietos, con quienes protagonizaba permanentes situaciones de violencia, especialmente con estos últimos, que tenían problemas de drogadicción. El tribunal dijo: “No se deja de reconocer el superior interés de los menores, reconocidos y repetidos por la Ley 26.061 y tratados internacionales, pero esto no supone que, con su sola invocación, merezca prevalecer sobre cualquier otra cuestión, como en el caso de este proceso, en el que no hay dudas que merece atención el desamparo en el que se colocó a una mujer anciana”. “A juzgar por los resultados, los problemas de adicción que presentan los dos hijos mayores, incluso ya de gravedad siquiátrica, y los antecedentes penales, no hablan precisamente de lo esmerado de su crianza. La ausencia de explicación clara de la paternidad de su última hija, de los eventuales reclamos que pudieran corresponder al padre de ésta, están demostrando un contexto en el que la situación de *vulnerabilidad* que la nuera tanto alega no es ajena a su propia y exclusiva conducta”<sup>80</sup>.

Otro caso similar fue decidido por un tribunal de la misma provincia, en el que la abuela, propietaria del inmueble, reclamaba el desalojo sólo de la nuera, persona violenta que le impedía vivir con tranquilidad en su propia casa, pero no de sus nietos, a quienes permitía seguir viviendo en el inmueble, desde que no tenía problemas con ellos<sup>81</sup>.

En algunos casos, las peticiones operan por vía de las medidas cautelares y no se acreditan los extremos relativos a este tipo de medidas. Así, por ej., se ha decidido que la mera denuncia de un episodio de violencia mutua (en el caso entre la madre y la hija adolescente) no basta para acreditar la verosimilitud del derecho que justifique la admisión de una medida cautelar consistente en que la madre, en un plazo de 30 días, consiga

un lugar donde vivir, siendo que el cuidado personal de la hija se otorgó provisionalmente al padre, quien debía pagar el 50 % del costo de esa vivienda a conseguir, por no haberse acreditado una situación de violencia *estructural* entre madre e hija<sup>82</sup>.

Los pedidos de restitución al inmueble de la persona que ha sido excluida judicialmente por efecto de una denuncia de violencia intrafamiliar normalmente no tienen éxito. Así por ej., se ha rechazado el del:

- (i)** conviviente, “dado que ha reconocido que quien lo habita es titular exclusiva de la vivienda, por lo que posee mejor derecho para permanecer una vez cesada la convivencia, máxime cuando es evidente y perdura el significativo conflicto interpersonal que mantienen, lo que hace difícil la recomposición de la pareja”<sup>83</sup>.
- (ii)** padre, sea o no titular registral o tenedor del bien, desde que no es posible, mediante una acción patrimonial fundada en normas del Código Civil burlar una decisión judicial que persigue la protección de intereses que están por encima de ellos, como es el interés superior del niño y la dignidad de la persona víctima de violencia<sup>84</sup>.
- (iii)** conviviente, persona con discapacidad, que no tiene posibilidades de obtener otra vivienda, que al egresar del hospital neuropsiquiátrico donde había estado internado, se instaló en la vivienda de propiedad de la mujer, contra la voluntad de ella y de los tres hijos de ambos. El juez de grado hizo lugar a la exclusión del padre violento; apelada la medida, la Cámara la confirmó, pero además, emplazó al intendente para que, en el término de 48 horas, resuelva el problema de la vivienda del apelante durante todo el tiempo que dure la medida ordenada por el tribunal.

En cambio, por mayoría, se acogió la pretensión de restitución si el peticionante acreditó que es poseedor de antigua data, y construyó la vivienda durante un prolongado período de separación, como así también, que fue víctima de actos de agresión y exclusión al poco tiempo de reanudarse la convivencia<sup>85</sup>.

El derecho acordado mediante las órdenes de exclusión es al solo efecto de habitar sin violencia. Por eso, si el copropietario de un inmueble cedió



su uso a su cónyuge para que viviera allí con sus hijos en ocasión de un proceso de violencia familiar, la beneficiaria del uso no tiene derecho a alquilarlo, aun cuando atribuya al propietario del inmueble la obligación de pagar alimentos atrasados, pues el comodatario no tiene derecho a los frutos de la cosa<sup>86</sup>. La decisión es sensata puesto que el proceso de violencia tiende a ofrecer seguridad, bienestar e indemnidad psicofísica a los ofendidos por la agresión, por lo cual no es viable invocar derechos diferentes a los que permiten superar la crisis que lo ha motivado.

Otro caso de características muy peculiares fue decidido por la Corte de Justicia de Salta en un juicio de amparo contra el organismo administrativo que financia viviendas sociales<sup>87</sup>. Los hechos eran los siguientes: en el año 2007, una mujer y su cónyuge se inscribieron en un plan de viviendas del Instituto Provincial de la Vivienda (IPV). Años después –antes de la adjudicación– la situación familiar cambió; el marido se retiró del hogar en el marco de un conflicto derivado de la violencia familiar y la mujer interpuso demanda de divorcio. En un acuerdo homologado judicialmente, ambos estipularon que los dos hijos pequeños de la pareja quedarían bajo el cuidado de la madre (a quien se atribuía su cuidado) y que la vivienda en cuestión sería transferida y escriturada a favor de los niños. Meses más adelante, pero fuera del plazo previsto reglamentariamente, la mujer informó la nueva situación al IPV. El organismo administrativo sostuvo que la obligación de denunciar todo cambio familiar se había incumplido, pues reglamentariamente debió hacerlo dentro de los treinta días de sucedido el hecho. Por lo tanto, intimó a los dos cónyuges a suscribir el acta de tenencia precaria bajo apercibimiento de des-adjudicación por falseamiento de datos. La mujer interpuso un recurso de amparo; reclamó que, dado que el marido ya no vivía en el inmueble en razón de actos de violencia verificados judicialmente, el acta de tenencia precaria debía ser firmada por ella sola. La cuestión llegó al Superior tribunal provincial que decidió: “si la actora le hizo conocer al organismo demandado la promoción del divorcio contencioso en el que se invocaban actos de violencia doméstica, la posición adoptada por el mencionado organismo que insiste en que ambos firmen el acta de entrega de la tenencia precaria de la vivienda, haciendo caso omiso del estado de vulnerabilidad denunciado por la interesada, *constituye una violencia institucional contra la mujer*, ya que lo exigido implica exponerla a la delicada situación de violencia y agresión del nombrado”.

## **2. El derecho a vivir con los padres.**

El derecho del hijo menor de edad a no ser separado de sus padres (art. 9.1 y 9.3 de la Convención Internacional de los derechos del niño) no es absoluto. Una excepción opera cuando el niño es sometido a violencia física en su propio ámbito familiar.

Por eso, acreditado sumariamente que dentro del ámbito familiar el niño se encuentra en situación de extrema vulnerabilidad, normalmente, las actuaciones administrativas que disponen separarlo de la familia se convalidan judicialmente<sup>88</sup>.

Así, la decisión de alojar cautelarmente a una niña en un hogar aparece prima facie justificada, “si fue entregada por la propia madre, con evidentes signos de haber sido golpeada, se formuló denuncia contra el progenitor en la Oficina de Violencia Doméstica y resulta necesario tomar medidas para evitar el agravamiento de los perjuicios concretos derivados del maltrato”<sup>89</sup>.

La solución es procedente, aun cuando en sede penal no existan elementos que permitan sostener la responsabilidad del padre por abuso sexual, “si las constancias del expediente civil evidencian severos padecimientos sufridos por la niña, cuya vida cotidiana ha estado impregnada por el temor, la culpa y la angustia generadas por la conducta del progenitor”<sup>90</sup>.

## **3. La responsabilidad parental.**

### **3.1. Privación de la responsabilidad parental y violencia.**

Conforme el art. 700 del CCyC argentino, cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por “b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo”.

Los actos de violencia física o psíquica pueden encuadrar en cualquiera de las dos causales de privación de responsabilidad parental.

### **3.2. El cuidado personal y la violencia intrafamiliar.**

Conforme el art. 651 del CCyC, “A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado

compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

La regla del cuidado personal compartido tampoco es absoluta. En los estrados judiciales se ha estimado que “se debe otorgar el cuidado personal unilateral al padre si la madre es una persona con antecedentes de consumo de alcohol, que expone a sus hijos a situaciones de violencia y potencial riesgo psicofísico, habiendo sido uno de ellos golpeado durante el régimen de visitas”<sup>91</sup>.

### **3.4. La guarda del adolescente en situaciones de extrema conflictividad.**

Un caso de singulares características llegó a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Una niña dada en guarda desde su más tierna infancia tiene serios trastornos de conducta; se presume, pero sin mayores pruebas, que ha sido abusada por el compañero de la guardadora; en su protección, la adolescente es internada, en diversas ocasiones, en distintos establecimientos de los que se fuga, colocándose en riesgo, al permanecer en la calle durante días. Cada vez que es recuperada por las autoridades, expresa que desea volver con su guardadora, a quien quiere. El tribunal le designa un abogado que la asista en juicio (distinto al que ella pretende, por ser el mismo abogado que representa a la guardadora) y, frente a la cruel realidad, decide “mantener la guarda a favor de quien la viene ejerciendo desde su nacimiento pues, si bien no es la persona ideal para desarrollar ese papel debido a los episodios agresivos acontecidos, una solución contraria importaría empeorar las condiciones psíquicas y dejar a la adolescente sin los únicos lazos afectivos estables que ha tenido”<sup>92</sup>.

### **4. El derecho de comunicación de los hijos con los padres y los hechos de violencia.**

Hay acuerdo en que interrumpir el contacto de un padre o una madre con su hijo es una de las medidas más grave que cualquier tribunal puede dictar; sin embargo, ese derecho fundamental entre padres e hijos suele verse afectado por hechos de violencia familiar. En ocasiones, las disputas entre los padres alcanzan niveles de violencia, y se solicitan medidas que impiden o restringen esa comunicación; así, por ej., por tiempos muy prolongados, la comunicación se realiza con la supervisión de asistentes

sociales, y otros profesionales. Esa medida debería ser temporal, pues no resulta razonable su prolongación en el tiempo si el riesgo originariamente denunciado ha cesado<sup>93</sup>.

En ocasiones, el adolescente de niega a la revinculación invocando haber sufrido maltratos; en estos casos, imponer algunas medidas como por ej., tratamientos terapéuticos, no siempre resulta adecuado si no se cuenta con el consentimiento del hijo<sup>94</sup>

A veces, esas situaciones trascienden a otras personas con derecho a comunicación, como son los abuelos<sup>95</sup>. Los tribunales se han encargado de proteger los lazos, si son estrechos. Así, por ej., se ha decidido que “El derecho de la abuela a comunicarse con la nieta no puede limitarse ni negarse sino por razones de peso, que evidencien que la relación entre ella y sus nietos es nociva, puesto que se debe partir de la idea de que la vinculación es positiva; por eso, no puede serle negado el derecho a la abuela paterna si de la lectura de la denuncia por violencia y de la causa penal por abuso en la que el padre de la niña, hijo de la demandada fue sobreseído por falta de pruebas, no se advierten indicadores de una situación de riesgo que justifique denegar el régimen de contacto, y la revinculación se hará con la necesaria supervisión, que permita adecuar el régimen a la situación de los niños y a la evolución de su relación con la abuela paterna<sup>96</sup>.

Algunas personas que sufren violencia necesitan regresar a su país de origen; el Estado debe evitar que, víctimas de la desesperación, ellas salgan con sus hijos de modo ilegítimo. Por eso, es plausible la sentencia que decidió: “Acreditada la situación de grave riesgo y desprotección en que se encuentra una mujer brasileña y su pequeña hija por ser víctima de violencia severa y extrema por parte de su pareja, padre de la niña, corresponde admitir la medida cautelar y autorizarla por un plazo de 90 días a viajar en compañía de aquella a su país de origen, pues la solución es acorde con el interés superior del niño y los principios previstos en el art. 706 del CCyC”<sup>97</sup>.

## **5. Prohibición de acercamiento por razones de violencia familiar y derecho de comunicación.**

El derecho a la comunicación puede verse perjudicado por una disposición judicial que disponga la prohibición de acercamiento.

Un tribunal de la provincia de Mendoza, Argentina, afirma que la prohibición de acercamiento no presupone, necesariamente, una persona violenta ni que en sí misma represente un riesgo para sus hijos; hay casos en que el factor de riesgo proviene de la modalidad de la relación parental; “la prohibición, entonces, tiene por objeto evitar que la inadecuada interacción entre los padres en sus roles parentales siga afectando a los hijos, colocados por éstos, en el lugar de objeto de las disputas y, como consecuencia, resultando víctimas de los hechos de violencia física, emocional y/o psíquica que los conflictos de los adultos generan. Hay rasgos de personalidad de ambos que son negativos y terminan provocando tan grave nivel de confrontación que no pueden, ninguno de ellos preservar a sus hijos de tales disputas. Pero en tal caso, la idea no es suprimir ni privar a padres e hijos, indefinidamente, del contacto y experiencias propias de la relación paterno-filial, sino por el tiempo que resulte necesario para revertir la situación generadora de riesgo para los hijos que, en razón de tal situación, se niegan a ver al padre, independientemente del conflicto de lealtades y del grado de dependencia emocional”<sup>98</sup>.

Según el mismo tribunal, la prohibición de acercamiento tiene distintos presupuestos fácticos que el derecho de comunicación. La primera presupone un riesgo actual o inminente de poder sufrir la víctima un daño grave a su vida o salud; el segundo, partiendo de la premisa de que, en general, el contacto fluido paterno filial es saludable para los hijos, indaga sobre la conveniencia y, en su caso, la modalidad de dicho contacto en cada caso concreto, teniendo como norte, el interés superior del niño menor de edad. Por eso, el levantamiento de la prohibición de acercamiento no implica por sí misma la reanudación automática del contacto paterno filial, sino que, por el contrario, hace saber que la reanudación y su modalidad quedan supeditados a lo que en definitiva resuelva el tribunal en el régimen de comunicación<sup>99</sup>.

## **6. La Convención de la Haya y la violencia familiar como excepción al retorno al lugar donde fue sustraído ilegítimamente.**

En algunos casos, para tratar de impedir la vuelta al país de donde el niño fue ilegítimamente sustraído o retenido, el progenitor denunciado invoca la existencia de violencia por parte del peticionante para encuadrarse en la excepción de “grave riesgo” contenida en el art. 13 de la Convención Internacional de La Haya<sup>100</sup>.

La Corte Federal argentina ha sostenido que la mera invocación de violencia hace improcedente la excepción si no se han detallado los episodios, ni su frecuencia, ni se acompaña prueba alguna<sup>101</sup>.

En un caso muy debatido por la doctrina nacional se entendió que la causal se había configurado por existir grave peligro psíquico, relacionado con experiencias traumáticas sufridas durante su permanencia en el hogar paterno en el extranjero, en un grupo en el que la niña vivió situaciones aberrantes; el tribunal entendió que volver a Bélgica hacía correr el riesgo de emprender el triste camino de la institucionalización, o estar acompañada por personal policial en cada uno de sus traslados para realizar sus actividades cotidianas, como si se tratara de un delincuente adulto<sup>102</sup>.

### **7. La adopción como alternativa positiva a una vida impregnada de violencia con la familia de origen. La protección de la madre vulnerable.**

Normalmente, las conductas de maltrato aberrante al hijo por parte del o la progenitora bastan para decretar, además de la pérdida de las facultades que atribuye la responsabilidad parental, el estado de adoptabilidad del niño en situación de vulnerabilidad. Se entiende que la causal es *objetiva*, en tanto funciona independientemente de que estas conductas puedan ser imputadas a título de dolo o culpa, siendo determinante que los maltratos hayan afectado la salud física y psíquica del niño. En un caso<sup>103</sup>, la policía constató, por denuncia de una vecina, que el niño, maltratado por su madre, presentaba dificultades respiratorias y diversos hematomas en todo su cuerpo, lo que obligó a trasladarlo a un hospital regional en mal estado, taquicárdico, febril; presentaba hematomas de diferentes estadios, heridas contuso cortantes en región genital quemaduras grado A en región del pubis, etc. Los hermanos declararon que la madre maltrataba al niño, le daba a tomar lavandina, no lo dejaba ir al baño, etc. En consecuencia, se declaró la privación de la responsabilidad parental; en cambio, se estimó que estos antecedentes no resultaban suficientes, por el momento, para aniquilar los vínculos de sangre, pues “la humanización del conflicto obliga a no tomar medidas irreversibles de manera apresurada, en la ignorancia de si un tratamiento adecuado al trastorno de personalidad que sufre la progenitora le permitirá o no remitir el trastorno y lograr una real conexión afectiva con su hijo”.

En una importante cantidad de casos, el estado de adoptabilidad del niño debe completarse con medidas de protección de la madre vulnerable. Un caso trágico llegó a la S.C Bs As<sup>104</sup>. Me demoro en su relato, pues creo es el paradigma de cómo la violencia, en los hechos, genera la privación de derechos fundamentales.

En agosto de 2010, el tribunal de grado dictó medidas de abrigo para tres personas menores de edad que corrían riesgo en su casa; la madre es una mujer epiléptica, con retraso mental. El niño más pequeño, de 5 meses, es hijo de quien es su abuelo, fruto del abuso sexual que tiene por víctima a su madre. Dos meses más tarde, la madre pidió revinculación con los hijos. En enero de 2011 se realizaron breves reuniones de revinculación de la madre con los hijos, pero días más tarde, la asesora se opuso a esas visitas. Un mes más tarde se solicitó la declaración de incapacidad de la madre por carencia de salud mental. Ella vive con sus padres y se acreditó que los únicos integrantes de la familia ampliada no resultaban aptos para cuidar a los niños. En noviembre de 2013, se autorizó a un matrimonio seleccionado del Registro de Aspirantes a Adopción comenzar un proceso de vinculación con una de las niñas, que resultó altamente positivo. La otra niña, de 14 años, se encuentra alojada en un hogar tras pasar varios intentos de vinculación con diferentes postulantes, pero sin resultados satisfactorios. Sobre la base de estos antecedentes, el juez de primera instancia declaró: (i) inhabilitada a la madre; dispuso que podía vivir sola, trasladarse por la vía pública, trabajar y, para el desarrollo de su vida cotidiana, requería supervisión periódica y ser asistida a fin de prestar su consentimiento para tratamientos médicos; a tales fines, designó como apoyo al Curador Oficial; (ii) en estado de adoptabilidad a los tres hijos, aconsejando que sea una adopción simple y asegurando la comunicación de la madre con los niños.

La madre interpuso recurso extraordinario. La mayoría del tribunal entendió que: (a) No están dadas las condiciones para que la señora pueda hacerse cargo del ejercicio del maternaje; esta solución no responde a una visión estereotipada basada en su condición de persona con padecimientos mentales, sino que, en la proyección relacional con sus hijos, se toma en cuenta la satisfacción de los derechos de éstos. (b) La mamá requiere asistencia y cuidado de otros para la prosecución de los tratamientos psíquicos y psicológicos que aseguren su seguimiento;

asimismo, necesita de medidas de protección en función del interés superior de víctima, porque la violencia sexual y familiar generada en ella y en sus hijos produjo una despersonalización sistemática, con un cúmulo de desórdenes médicos, emocionales y psicológicos personales que requieren de una serie de medidas de apoyatura para atender las dificultades que la afectan, junto a otras materiales como la de resolver el problema habitacional que la somete a ese entorno de violencia y de dependencia. Los niños y la adolescente también han sido víctimas de violencia y abuso sexual, y salvaguardar la integridad física y psicológica de ellos dependerá en gran medida del bienestar y de los recursos que dispongan quienes tienen la responsabilidad de su cuidado, los que tendrán que ocuparse de los efectos la violencia sexual y familiar y de las consecuencias de las vivencias adversas acumuladas en su existencia.

(c) La mamá está sola para enfrentar la crianza de los tres hijos porque no tiene ningún referente familiar o afectivo dispuesto a acompañarla; el sistema de apoyo no puede tener un efecto útil inmediato ya que un cambio en las condiciones particulares requerirá de tiempo adicional, y se sabe que este condicionante tiene particular importancia para la vida de los niños, que no pueden seguir esperando la posibilidad de inserción en el seno de una familia definitiva, para crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión tal como ellos mismos han requerido en oportunidad de dar su opinión.

(d) La mamá, como víctima de violencia sexual, familiar y de discriminaciones como violencia requiere de medidas de especial protección a través de la aplicación del mandato constitucional y convencional nivelador (arts. 75 incs. 22 y 23 de la Const. nacional y 2 de la C.E.D.A.W. junto a Belém do Pará; 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) que permitan al juzgador, advertido de la situación contextual por la que atraviesa, ser agente de cambio en el diseño y ejecución de su proyecto de vida;

(e) las actuaciones judiciales evidencian la imposibilidad de la mamá de decidir voluntariamente sobre su vida sexual, con un grado de vulneración de su integridad ante el abuso sexual agravado por el incesto y el nacimiento de su hijo menor perpetuados en la intimidad y con un grado de crudeza y demostración de abuso de poder de parte de su padre y sometimiento de género, que hacen que sean muy difícil de ofrecer circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar que le hubieren permitido salir de ese riesgo, el que seguramente no es potencial sino cotidiano;

(f) Otros acontecimientos demuestran que también ha sido



vulnerada su libertad personal, como manifestación de cómo funciona la violencia familiar: el agresor controla sus acciones; es sometida a encierros junto a sus hijos; la acompaña al juzgado, situaciones de las cuales se infiere el intenso temor y dependencia en la relación con sus padres, configurando la figura paterna un lugar determinante, en tanto ejercería sobre ella una profunda influencia habiendo sido sometida también a una constante presión para que no inste la acción penal por el delito de abuso sexual, circunstancia evidenciada por el señor Asesor de Incapaces; (g) Los hechos descriptos por sí solos alterarían psicológicamente a cualquier persona y no se necesita de ninguna explicación adicional para entender que estamos en presencia de una situación de violación de los derechos fundamentales si no se ayuda a romper este círculo; (h) De ahí que sea necesario aplicar en este proceso y en esta instancia un enfoque contextual (arts. 3, 6 inc. a y 9 de la Convención de Belém do Pará), por la situación de discriminación como violencia en la que se encuentra inmersa. Por lo tanto, la Suprema Corte de la provincia de Bs. As. dispone medidas para resolver el problema habitacional, impedir con efectividad el contacto con el agresor, proporcionar ayuda psicosocial, y en definitiva tomar una serie de medidas para revertir las asimetrías y desigualdades.

En suma, el tribunal deja firme la declaración de adoptabilidad, pero al mismo tiempo, con gran visión de género y comprensión del tremendo drama de la violencia familiar, manda tomar una serie de medidas eficaces, olvidadas por los jueces de las instancias inferiores.

## **8. La violencia y el cambio de nombre.**

Normalmente, el apellido va unido al vínculo. Sin embargo, la regla no es absoluta y puede solicitarse la modificación del nombre sin producir cambios en el estado filial<sup>105</sup>. De allí que se haya ordenado la rectificación de la partida de nacimiento de un niño, suprimiendo el apellido paterno y reemplazándolo por el materno con fundamento en que el progenitor incurrió en una actitud violenta y abandonica<sup>106</sup>.

## **9. La audiencia de los niños y adolescentes en las medidas restitutorias de derechos.**

El derecho a ser oído reviste carácter personalísimo, por lo que, en general, no puede ser suplido por el representante; por eso, razonablemente,

se anuló de oficio la sentencia que, con erróneo fundamento en que la adolescente, representada por la asesora de menores, no se encontraba facultada para requerir medidas de protección, no hizo lugar al pedido de prohibición de acceso al hogar del progenitor que presuntamente ejercía violencia física y psíquica sobre los cuatro hijos. Con gran realismo dice el juez De Lázari: “¿De qué valdría afirmar que no se ha incurrido en denegación de justicia si ante la situación de riesgo denunciada no se imprime un trámite acorde de protección a las víctimas en tiempo útil?”<sup>107</sup>.

También es cierto que hay que evitar el exceso de audiencias en los tribunales; así, a los efectos del pedido de modificación del régimen de comunicación, que venía realizándose de modo controlado por un auxiliar del tribunal, se decidió que no resulta necesario escuchar nuevamente al niño en tanto el tribunal tiene a la vista una serie informes prestados por quien supervisaba esa comunicación<sup>108</sup>.

## **10. Relaciones entre adultos, plenamente capaces.**

### **10.1. El deber de cohabitación.**

El CCyC de la República Argentina ha eliminado el deber jurídico de cohabitar en el matrimonio.

En algún caso, las leyes de violencia se invocaron para ser dispensado del deber de cohabitar. Una jurisprudencia equivocada rechazó la pretensión con el argumento, de excesivo rigor ritual, que esa pretensión era ajena a las previsiones de este tipo de leyes<sup>109</sup>.

### **10.2. El divorcio no contencioso, como única vía, y la violencia entre cónyuges.**

La eliminación del divorcio causado y la viabilidad del divorcio sólo sin expresión de causa no significa que el sistema jurídico tolere la violencia (de cualquier tipo que sea, física, psíquica, económica, etc)<sup>110</sup>. En efecto, la opción de las modernas legislaciones sólo implica que la causal no puede invocarse en el juicio de divorcio porque, precisamente, se pretende bajar el nivel de conflictividad al momento de la disolución del matrimonio. La protección de los derechos del cónyuge que sufre violencia debe ser canalizada, pues, por otras vías procesales.

### 10.3. Nulidad de convenios de partición o de cesión de derechos en separaciones alegando violencia.

En algunas situaciones, después de pasado un tiempo, los cónyuges invocan la nulidad de los acuerdos de partición con base en que fueron firmados bajo presión, generada por un clima de violencia.

Una sentencia de primera instancia acogió la nulidad de un convenio según el cual, el marido pagaba la parte de los gananciales de su cónyuge, en diez años, sin intereses. Argumentó de la siguiente manera: “Para situaciones de violencia, como la invocada por la actora, el paso del tiempo y el divorcio no siempre son suficientes para que cese el condicionamiento que por dominación sufre la víctima, menos aun, si luego de la separación la violencia continua”. En el caso, si bien las partes se divorciaron por presentación conjunta en el año 2013, la relación durante el matrimonio y posteriormente ya divorciados, transcurrió por caminos signados por la violencia. “Se impone, pues, analizar en qué medida dicha condición que subsistía después del divorcio, le impidió discernir con libertad la firma del convenio con su ex marido, en los términos en los que se lo presentaron, sin discutir su contenido o negarse a firmarlo. Se han incorporado dictámenes médicos de los que surge que la mujer tenía depresión reactiva, con episodios recurrentes y violencia de género (abuso psicológico); también se acreditó que a esa época había realizado denuncias penales contra el demandado por amenazas, incumplimiento de la prohibición de acercamiento- y daño a sus bienes<sup>111</sup>.

En cambio, sobre la base de una plataforma fáctica muy distinta, se ha rechazado la demanda por resolución de un contrato de cesión de acciones deducida por la conviviente contra su ex pareja, suscripto doce días después de otro convenio homologado celebrado en un proceso por violencia familiar por malos tratos, en el que se decidió la exclusión del hombre de la vivienda que ambos ocupaban, pues “la accionante, más allá de invocar stress postraumático derivado de la separación, no acreditó la configuración de un vicio de la voluntad que hubiera eliminado la espontaneidad de la decisión tomada, máxime cuando el nuevo contrato suscripto dejando sin efecto el anterior fue celebrado en un banco y en presencia de los abogados de las partes”<sup>112</sup>.

## **11. El derecho sucesorio. Pérdida de la vocación sucesoria.**

Obviamente, quien mediante actos de violencia mató a integrantes de su familia no puede pretender ser heredero. Se ha decidido, con razón, que el primo de dos mujeres víctimas de homicidio está legitimado para iniciar demanda por indignidad contra el autor de un aberrante delito (mató a su cónyuge, a sus hijas y a la suegra) habiendo sido condenado a cadena perpetua. Se entendió que violentaba el sentido común que el autor de la muerte pudiese heredarlas<sup>113</sup>.

## **12. La responsabilidad civil como instrumento para prevenir, reparar y recomponer.**

### **12. 1. Preliminares.**

La función tradicional de la responsabilidad civil ha sido la reparación, no la prevención.

Esta visión ha cambiado. El Código civil y comercial de la Argentina dispone:

ARTÍCULO 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

ARTÍCULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Los casos de reparación de daños por violencia son numerosos<sup>114</sup>.

Por ahora, sólo interesa señalar que la jurisprudencia que aplica la función reparadora del daño a los casos de violencia familiar, al igual que en materia penal, marca las dificultades probatorias. En este sentido, se ha dicho: "Las situaciones de violencia física se desarrollan en un ámbito privado, razón por la cual resulta harto difícil encontrar una prueba directa

y contundente que despeje todo tipo de dudas, por lo que debe valorarse la totalidad de los obrantes, incluso indicios y presunciones”. De allí que “la circunstancia de que la actora se viera atemorizada a concurrir a su trabajo y evitara encontrarse con su pareja, a tal punto de que éste fue cambiado de sección debido a la situación existente entre ellos, constituye un indicio de singular importancia a favor de la imputación realizada al demandar”. En el caso se valoró: el testimonio de una vecina, que vio salir a la mujer con la cara muy golpeada del lugar donde convivían; la declaración de las compañeras de trabajo; la denuncia policial formulada al día siguiente; la atención médica; la personalidad agresiva del demandado; la circunstancia de que en el juicio penal el demandado se defendiera solo sobre la base de la prescripción de la acción penal, etc.<sup>115</sup>.

## 12.2. La responsabilidad del Estado.

### a) La responsabilidad por omisión.

En ocasiones, las voces de las víctimas de la violencia no son escuchadas por el Estado.

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado por omisión frente a las situaciones de violencia; quizás, el *leading case* sea “*Campo Algodonero*” del año 2009<sup>116</sup>. El TEDH también se ha hecho cargo de estos casos<sup>117</sup>.

La jurisprudencia interna no ha desoído la interpretación de los tribunales regionales de Derechos Humanos<sup>118</sup>. Los jueces han reconocido que es imposible el control particularizado de cada denuncia por violencia familiar; no obstante, señalan que, para evitar desenlaces fatales, el Estado debe poner mayor énfasis en casos cuyas circunstancias hacen presumir la gravedad de la cuestión, pues si se proporciona idéntico tratamiento deficitario a todas las denuncias, podrían generarse mayores riesgos para aquellas personas que acuden al sistema en busca de protección.

Sobre esta base, se ha condenado al Estado a reparar los daños derivados del homicidio de una mujer y su hijo en un hecho de violencia familiar, en tanto se acreditó una desincronización del actuar policial y una multiplicidad de denuncias ante distintos centros de atención

en los que la víctima no recibió las repuestas adecuadas y protectoras, todo lo cual actuó como elemento facilitador del desenlace fatal<sup>119</sup>.

Otro caso fue juzgado por la Suprema Corte de Salta el 16/10/2012. El tribunal ratificó la condena al Estado, a favor de una persona menor de edad, por la omisión del deber de cumplir las medidas que prevé la ley de violencia familiar, “condición idónea para que se produjera el homicidio de su madre y sus dos hermanos en manos de su padre”. El tribunal recordó la regla conforme la cual la mera existencia del poder de policía que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación (Fallos, 312:2138; 313:1636; 323:3599; 325:1265, 3023; 326:608, 1530, 2706) y señaló que no es absoluta; diferenció las acciones de las omisiones y respecto de éstas, si son relativas a mandatos expuestos y determinados en una regla de derecho (en los que puede identificarse una clara falta del servicio), de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado. En el caso, la omisión concierne a un mandato expreso y determinado en una regla de derecho, consistente en las disposiciones de la ley de violencia familiar, cuya finalidad por lo demás es de orden público. En efecto, hubo un requerimiento específico en sede policial tendiente a la protección de la vida y la integridad física, pero el policía que debía actuar no lo hizo, frustró la instrumentación de medios que plausiblemente habrían contribuido a disminuir el riesgo cierto y latente que surgía de las denuncias.

Otras veces, frente a familias abandonadas, el Estado pone a los niños bajo la custodia de personas que terminan causándoles daños por situaciones violentas. En un caso, se rechazó la demanda formulada por los padres biológicos, con fundamento en que “el estado de abandono en el que los actores dejaron al hijo, que motivó que el niño pasara a la custodia de un tercero, impide el derecho a ser resarcidos del daño extrapatrimonial reclamado”. La tragedia que el caso presenta va más allá de la imaginación literaria. El guardador mató a un niño de ocho años, propinándole fuertes golpes, porque lo encontró masturbándose. El tribunal, en decisión justamente criticada, calificó el hecho de homicidio en estado de emoción violenta. Quien comenta

el fallo reflexiona certeramente: “Uno no puede dejar de preguntarse qué eslabón habrá fallado en la cadena de procedimientos destinados al otorgamiento de la guarda para facilitar esta tragedia. Pero una vez sucedida, llama la atención que el mismo Estado que puso al niño en brazos de su matador, haya premiado con la atenuante a quien, preso de su personalidad, dio rienda suelta a su iracundia pese a tener la obligación no sólo de controlarse, sino de educar y proteger a su víctima Nadie, lamentablemente, le recordó esa obligación al autor”.<sup>120</sup>.

### **b) Daños causados por funcionarios públicos que actúan violentamente en el ámbito familiar.**

Lamentablemente, los casos en los que un personal policial mata o causa lesiones a personas de su grupo familiar son cada vez más frecuentes. La jurisprudencia mayoritaria hace responsable al Estado y ordena pagar los daños pues “más allá de que el daño no derivó del ejercicio de la actividad policial, fue consecuencia directa de un disparo con un arma que fue proporcionada por el Estado en razón de su función”<sup>121</sup>.

### **c) La violencia institucional generada por la dilación indebida de los procedimientos.**

Otros casos de responsabilidad del Estado por daños causados en el ámbito familiar se vinculan a la violencia institucional generada por la dilación indebida de los procedimientos<sup>122</sup>.

## **V. ¿Qué jueces se requieren para tomar decisiones sobre toda esta problemática?**

### **1. Preliminares. Justicia especializada.**

La disputa existente hace algunos años sobre si la violencia exige o no tribunales especializados parece llegar a su fin. Casi mayoritariamente, se sostiene que son necesarios. Más aún, al parecer se requieren también fiscalías especializadas<sup>123</sup> y obviamente, formación de los abogados<sup>124</sup>

La cuestión pasa hoy por otras aristas más puntuales: (a) si ese juez especializado debe ser de violencia intrafamiliar o comprender todo tipo de violencia de género; (b) si debe ser un juez único, que resuelva el tema

civil y penal o si, por el contrario, la cuestión penal debe ser reservada a la justicia de ese fuero; (c) si debe ser el juez que sólo decida sobre las medidas que hagan cesar la violencia, o debe tratar toda la problemática<sup>125</sup>, etc.

Cualquiera sea la respuesta, es necesario tener claro que no bastan tribunales especiales; los jueces deben estar altamente capacitados y, además, estar provistos de recursos.

En este último aspecto, advierto la gran variedad de situaciones que se presentan, algunas insólitas; así, por ej., un tribunal patagónico prohibió la interrupción de la energía eléctrica de su juzgado, “pues el derecho de la cooperativa que presta el servicio a cortar el suministro por falta de pago debe ceder al derecho de las personas a que se haga justicia, especialmente, si son víctimas de violencia”<sup>126</sup>.

## **2. Algunas cuestiones procesales. Medidas que pueden tomar esos jueces especializados.**

La formación continua de estos jueces es absolutamente necesaria. Adviértase que las leyes de violencia autorizan a tomar una serie de medidas que poco tienen que ver con las reacciones del derecho tradicional; así, por ej., obligar a la persona violenta a seguir cursos educativos, a concurrir a tratamientos terapéuticos, a realizar trabajos comunitarios, a prohibir la concurrencia a determinados lugares. Estas medidas, que en las leyes penales son sustitutivas de la pena de prisión, en materia civil pueden ser consideradas medidas conexas necesarias para revertir la situación de violencia, para cambiar el sujeto y su entorno<sup>127</sup>.

Algunas tramitan por la moderna vía de las medidas autosatisfactivas; o sea, no es necesario que exista una causa principal a la que vaya conectada o adosada, puesto que su finalidad es que la violencia cese; allí se agotan<sup>128</sup>.

Cualquiera sea la vía, se necesita jueces muy equilibrados, que puedan desprenderse de preconceptos equivocados, que miren la realidad y que dicten resoluciones propias de una “sociedad decente” o sea, que sean compatibles con una sociedad en la que las instituciones no humillen a los habitantes<sup>129</sup>; para eso, deben tener claro que “más vale prevenir que curar”.



## ¿Qué sucede en la realidad frente a la gran diversidad de casos?

Algunos jueces entienden, con razón, que estas medidas (por ej., la prohibición de acercamiento), a diferencia de las cautelares patrimoniales tradicionales, no están supeditadas a la prueba rigurosa de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, bastando la comprobación de ciertas circunstancias demostrativas, por sí mismas, de la situación que se tiende a proteger<sup>130</sup>.

Otros se niegan a disponer coactivamente algunos “remedios” que, como los tratamientos terapéuticos, porque aunque son altamente recomendables, “su incidencia y eficacia depende, entre otros aspectos, de la elección del profesional que los llevará a cabo”<sup>131</sup>.

Muchas de estas medidas son temporales, precisamente, porque su finalidad es que se cambie de conducta; de allí que el juez de violencia, a diferencia de la mayoría de los jueces, debe hacer seguimiento de su sentencia, para saber si la orden se ha cumplido o no y si lo ordenado ha sido eficaz o no a los fines propuestos.

Por otro lado, si el proceso de dilata, puede ocurrir que el recurso contra la medida se declare abstracto desde que, inter tanto se tramita, vence el plazo originariamente fijado como período de duración de la medida<sup>132</sup>.

La perpetuación de estas medidas es bastante frecuente; así, en un caso en que la cautelar había durado 5 años y el levantamiento había sido pedido por ambos cónyuges, el tribunal, por mayoría, decidió mantener la prohibición, con base en que “las constancias de la causa permiten concluir que el retorno inmediato al hogar entraña un riesgo de la salud psicofísica de los hijos menores de edad, máxime cuando la exclusión no lo ha privado del ejercicio de la responsabilidad parental porque ha existido algún tipo de comunicación con la cónyuge y los hijos”. La minoría, en cambio, entendió que no era razonable una exclusión del hogar que duraba 5 años sin haberse producido ninguna otra actividad procesal, por lo que era procedente dejarla sin efecto<sup>133</sup>.

En fin, al igual que en el procedimiento penal, se requiere que el juez aplique con flexibilidad la normativa procesal. Así, se ha revocado la intimación cursada a la denunciante a fin de que se presente con nuevo patrocinio

letrado, pues “si bien los estudios de interacción familiar demuestran como recomendable la intervención de un profesional ajeno a las partes, no puede soslayarse que la denunciante es una profesional del derecho, circunstancia que impediría caer en indefensión”<sup>134</sup>.

### 3. Evitar la revictimización.

Como se ha visto, algunos casos dan lugar a más de un proceso (penal, familiar, contravencional, etc). El sistema jurídico debe evitar que esa multiplicidad implique revictimización de la persona que sufre situaciones de violencia.

Los códigos de procedimiento deben contener algunas normas que ayuden a ese objetivo. Así, un proyecto presentado en la provincia de Mendoza, dispone:

“La justicia de violencia familiar y la justicia penal deben actuar coordinadamente para alcanzar la máxima protección y restitución de derechos a las personas en situación de violencia, evitando la revictimización. A tal fin, entre otras medidas, deben impedir la reiteración de actuaciones ya realizadas en la otra sede. Cuando el Juez con competencia en violencia advierta que los hechos de violencia denunciados constituyen un delito penal, comunica al Agente Fiscal en turno, para que intervenga conforme las disposiciones legales vigentes”.

## VI. Conclusiones provisionales.

El muestreo a vuelo de pájaro sobre la jurisprudencia evidencia qué lejos estamos de un sistema judicial que restaure eficazmente el derecho de las personas vulnerables que sufren violencia intrafamiliar.

El desafío es grande. Hay que dejar de hablar y hacer. Para eso, resulta útil recordar el discurso de Ortega y Gasset, pronunciado en 1939, dirigido a los argentinos, pero que hoy puede hacerse extensivo a toda la América Latina:

*“¡Argentinos, a las cosas, a las cosas! Déjense de cuestiones previas personales, de suspicacias, de narcisismos. No presumen ustedes el brinco magnífico que daría este país el día que sus hombres se resuelvan de una vez, bravamente, a abrirse el pecho a las cosas, a ocuparse y preocuparse de ellas directamente*

*y sin más, en vez de vivir a la defensiva, de tener trabadas y paralizadas sus potencias espirituales, que son egregias, su curiosidad, su perspicacia, su claridad mental secuestradas por los complejos de lo personal”.*

Claro está, convocamos “a las cosas” no sólo a los hombres, sino a todas las personas de nuestro territorio latinoamericano; cada una debe levantar la bandera de la acción.

## VII. Notas Bibliográficas

- 1 Voto del Dr. Genoud, SC Bs As., 20/9/2006, Rev. Derecho de Familia, 2007-II-35, con nota de ALTERINI, María J, *Violencia familiar: un avance jurisprudencial* y en Actualidad jurídica de Córdoba, Derecho penal, Boletín n° 84, febrero de 2007, pág. 5617 y ss.
- 2 La bibliografía sobre el tema, desde la perspectiva conceptual o teórica, es inmensa; adviértase que los aspectos jurídicos son sólo una pequeña porción de la difícil problemática. Ver, entre muchos, HIRIGOYEN, Marie France, *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, trad. Enrique Folch González, Paidós, Bs. As., 2013; MULLENDER, Audrey, *La violencia doméstica. Una nueva visión de un viejo problema*, traducción Matilde Jiménez Alejo, Paidós, Barcelona, 2000; GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia, *Violencia en la familia. La relación de pareja*, 3° ed., ed. Universidad, Bs As, 2005; CADOCHE (directora) *Violencia familiar*, ed. Rubinzal, Santa Fe, 2002. Por mi parte, he abordado el tema (sola, en coautoría, dirigiendo obras colectivas) entre otros trabajos, en *Protección contra la violencia familiar. Ley 24417*, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2007; *Algunos aspectos procesales de la ley de violencia familiar*, en Revista de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002-1-pág. 115; *La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar*”, J.A. 1.998-III-69, y en PEYRANO, Jorge (director) *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1.999, pág. 431, y en Foro de Córdoba N° 48, pág. 55.
- 3 Para la jurisprudencia de daños anteriores, compulsar MEDINA, Graciela, *Visión jurisprudencial de la violencia familiar*, ed. Rubinzal, Santa Fe, 2002.
- 4 La bibliografía sobre violencia de género es también incommensurable. Ver, entre otras, LARRAUYRI, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, ed. Trotta, Madrid, 2007; SANZ MULAS, Nieves y otras (coordinadoras) *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, ed. Iustel, Madrid, 2005; MERLI, Antonella, *Violenza di genere e femminicidio*, Napoli, ed. Scientifiche italiane, 2015. Para el tema de los transexuales, ver COLUMBA, Fabiola y MOEREMANS, Tomás, *El femicidio de una mujer trans*, LL 2016-D-1062.
- 5 También en este tema hay una bibliografía riquísima. Ver, entre otros, GIBERTI, Eva, *Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares*, ed. Novedades educativas, Bs As, 2005; GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia, *Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar*, ed. Universidad, Bs. As., 1992.
- 6 CARBONNIER, *Flexible droit*, ed. LGDJ, Paris, 1969, pág. 370.
- 7 Me he ocupado de este tema en *La violencia contra la mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Rev. Ventana Jurídica n° 12, año VII, vol. 2, Enero-Julio 2014, ed. Escuela de Capacitación de El Salvador, pág. 32; ver también, entre muchos, ASSANDRI, Mónica y otra, *La violencia de género como violación de los DDHH*, en Rev. Derecho de Familia, n° 75, Julio 2016, pág. 77; MEJÍA GUERRERO Luz Patricia, *La Comisión Interamericana de Mujeres*

- y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en Rev. IIDH del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 56, 2012, pág. 189. En la jurisprudencia argentina, compulsar Trib. Superior Justicia Ciudad de Bs As, 11/9/2013, Rev. Derecho de Familia, 2014-II-125, con nota de MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía, *Violencia de género: valoración del testimonio de la víctima en el proceso penal*. Para el caso especial de las personas mayores, ORLANDI, Olga, *Una realidad oculta. Una cuestión de derechos: la violencia a las personas mayores. Contención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, en Rev. Derecho de Familia, n° 75, Julio 2016, pág. 95.
- 8 Voto de la Dra. Kauffman de Martinelli, CJ Salta, 16/9/2013, cita on line AR/JUR/57372/2013, en Doc. Jud. Año XXX n° 12, marzo 2014, pág. 38.
  - 9 Por supuesto, existen casos tan aberrantes, especialmente en materia de violencia sexual, que el derecho penal parece ser la única alternativa. A vía de ej., recuerdo la sentencia que condenó a 30 años de prisión al padre que después de haber obligado a su hija a tener sexo con él antes de la pubertad, posteriormente la hizo participar en encuentros de intercambios de pareja con otras personas adultas, que se filmaban, como resultado de lo cual la niña entró en un estado de angustia, y al momento de la sentencia “padece de descenso en su capacidad cognitiva, problemas en el colegio, alto contenido de estrés y fallas en la atención fija” (Cám. Fed. Casación Penal, sala 4°, 21/9/2012, Rev. de Derecho Penal y Procesal penal, Abeledo Perrot, abril 2013, n° 4 pág. 856.).
  - 10 Compulsar, especialmente, LARRAUYRI, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, ed. Trotta, Madrid, 2007.
  - 11 Compulsar GRISSETTI, Ricardo, *El grooming. Una nueva modalidad delictual*, en LL 2016-D-850.
  - 12 Para el derecho argentino ver VALLES, Laura y otro, *Perspectiva de género en el derecho penal (subtema: femicidio)* en Rev. Derecho de Familia, n° 75, Julio 2016, pág. 19 y ss. Para el español, BOLDOVA PASAMAR, Miguel A y otra (coord.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, ed. Atelier, Barcelona, 2006. Para el italiano ANCESCHI, Alessio, *La violenza familiare. Aspetti penali, civili e criminologici*, ed. Giappichelli, Torino, 2009; PALADINI, Mauro, *Gli abusi familiari*, ed. Cedam, Padova, 2009; PAVICH, Giuseppe, *Il delitto di maltrattamenti. Dalla tutela della famiglia alla tutela della personalità*, ed. Giuffrè, Milano, ed. 2012; ZANASI, Francesca M., *Violenza in famiglia e stalking. Dalle indagini difensive agli ordini di protezione*, ed. Giuffrè, Milano, 2016.
  - 13 Tribunal Constitucional de España en pleno 19/2/2009, Rev. Derecho de familia 2009-III-215, con nota de GHERARDI, Natalia, *Violencia contra las mujeres: protección e igualdad. ¿Una relación incómoda?* Para otras decisiones judiciales españolas relativas al entrecruzamiento entre violencia y cuidado personal, derecho de comunicación y otros temas relativos a la responsabilidad parental, ver FAMA, Victoria, *Jurisprudencia española. Violencia familiar y género*, Rev. Derecho de Familia, n° 75, Julio 2016, pág.256. En la Argentina también se ha declarado constitucional el aumento de las penas de femicidio (Ver Trib. Impu Salta sala III, 14/3/2016, ; LL 2016-D-478, AR/JUR/6643/2016.
  - 14 Probablemente, una causa de esa persistencia sea el criterio restrictivo de algunos tribunales “no penales” en los primeros tiempos de vigencia de las leyes de violencia familiar, que juzgaban estas medidas con el mismo criterio de las cautelares comunes. Así, por ej., se rechazó el pedido de no acercamiento con fundamento en que “la denunciante no convive con el emplazado, por lo que no se visualiza la situación de riesgo” (Cám. Nac. Civ. sala M, 20/10/2008, Doc. Judicial, año XXV, n° 19, mayo 2009, pág. 1281); se desestimó una denuncia porque “del informe

- interdisciplinario se extrae que la problemática se encuentra vinculada a cuestiones de tipo económico, en un contexto de separación de hecho, por lo que la situación es de bajo riesgo” (Cám. Nac. Civ. sala M, 13/11/2014, Doc. Judicial, Procesal, año VII, n° 2, marzo 2015, pág.33, cita on line AR/JUR/59701/2014), etc.
- 15 Cám. Nac. Crim y Correc. Sala V, 15/12/2010, LL 2011-B-299.
  - 16 Cám. Penal Contravencional y de Faltas Ciudad Autónoma de Bs. As., sala I, 5/12/2014, LL 2015-C-515, y en Doc. Judicial, año XXXI, n° 50, diciembre 2015, pág.23, con nota de VANINETTI, Hugo y otro, *El delito de amenazas y el contexto de violencia familiar*, cita on line AR/JUR/88309/2014.
  - 17 Artículo 647. “Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado. Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado”.
  - 18 Cám. Nac. Apel. Crim y Correc, 02/02/2016, LL 2016-C-436, con nota de TAZZA, Alejandro O, *El delito de lesiones y las facultades de corrección de los padres*, y LL 2016-C-560 con nota de YUBA, Gabriela, *La prohibición de malos tratos conforme con el art. 647 del CCyC, a la luz de los nuevos paradigmas de la niñez y la adolescencia*.
  - 19 Cám. Penal Venado Tuerto, 25/9/2009, La Ley Litoral 2010-226. La regla es que el consumo de alcohol del imputado no constituye un extremo que conduzca a su inimputabilidad (Ver Cám. Nac. Crim. Correccional sala III, 23/2/2016, LL 2016-D-433, AR/JUR/700/2016, con nota de KENT, Jorge, *Violencia de género. La habitualidad de una noticia cotidiana vs. La exasperante vacancia de políticas de estado*.
  - 20 ARTICULO 76 del Código Penal. La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título. (*Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015*).
  - 21 CSN 23/4/2013, *Góngora, Gabriel*, Cita on Line AR/DOC/9194/2013; JA 2013-II-769; LL 2013-E-449, con nota de LLERA, Carlos E., *El no de la Corte a la probation en casos de violencia de género*; LL 2013-C-449, con comentario de WULLRICH, Delfina y FERRO, Alejandro, *Violencia de género y suspensión de juicio a prueba. A propósito del control de convencionalidad*; LL 2013-D-145, con nota de LOPARDO, Mauro y ROVATTI, Pablo, *Violencia contra la mujer y suspensión del juicio a prueba*. Estos dos autores volvieron sobre el tema en *Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogia punitivista*, en Doc. Jud. Año XXIX, n° 37, 11/9/2013, pág. 1; Rev. Derecho Penal y Criminología, año III, n° 6, Julio 2013 pág. 64, con nota de JULIANO, Mario A, y VITALE, Gustavo, *Retrocesos de una Corte que avanza. El fallo G. y los nuevos enemigos del sistema penal*; Rev. Derecho Penal y Criminología, año IV, n° 7, agosto 2014, pág. 107, con nota de MACIEL, Mariano P., *Desandando la huella del fallo Góngora de la Corte Suprema sobre suspensión del juicio a prueba*; Rev. de Derecho Penal y Procesal Penal, setiembre 2013. N° 9 pág. 1795, con nota de BLACICH, María L., *Violencia contra la mujer, consentimiento fiscal y el rol de la víctima en materia de suspensión del proceso a prueba*; en Revista de Derecho Procesal Penal Cita: IJ-LXVIII-731, con nota de PABLOVSKY, Daniel R. *El fallo Góngora de la CSJN y la suspensión del proceso o juicio a prueba (art. 293 C.P.P.N. y 76 bis y conc. del Cód. Penal)*; GUADAGNOLI, Romina Soledad, *La Suspensión del juicio a prueba en conflictos penales de violencia de género*, www.infojus.gov.ar , Id SAIJ: DACF130340, 14 de Noviembre de 2013. La Corte de la Nación reiteró su posición el 11/2/2014, en causa n° 492/2013; Rev. Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, marzo 2014, n° 3 pág. 517, con nota de VADALA, Diego, *Sobre*

la tensión entre el principio constitucional del derecho penal como última ratio y la confianza en el castigo. Siguen la línea del caso Góngora, Cám. Nac. Casación Penal sala III, 30/4/2013, ED 252-363 y Doc. Judicial, año XXIX, n° 33, agosto 2013, pág. 78, AR/JUR/11.673/2013; sala II, 30/10/2010, ED 214-223; sala I, 19/2/2014, JA 2014-II-733; sala IV, 28/10/2013 ED 256-231; ídem 20/8/2013 ED 255-272; TS Córdoba, sala penal, 6/12/2012, Ver. Derecho penal y Procesal penal, A. Perrot, Mayo 2013, n° 5, pág. 1109; ídem, 30/5/2013, AR/JUR/20723/2013, Doc. Judicial, año XXIX, n° 45, noviembre 2013, pág. 55 y en Rev. Derecho Penal y Procesal Penal, A. Perrot, octubre 2013, n° 10 pág. 2176; Superior Tribunal de La Pampa sala B, 29/5/2014, Expte. N° SJP - 06/13 (inédito); Superior Tribunal de Corrientes, 16/2/2016, Expte. N° CI3 112424/15 (inédito); Suprema Corte de Tucumán, 27/11/2013, sentencia n° 1029 (inédito); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala IV, 13/08/2015, RC J 7000/15 (en el caso, se imputaba a un hombre haber agredido físicamente a su hermana mediante la aplicación de golpes en el interior de la vivienda que ambos compartían; T Criminal Jujuy, Nro2, 26/02/2014, AR/JUR/2321/2014; Cam. Apel y Garantías en lo penal San Isidro, sala III, 4/9/2014, ED 261-449, entre otros. En este último, ver interesante voto del Dr. Herbel, distinguiendo las diferentes situaciones.

- 22 VIRGA, Paola y otros, *Algo más acerca de la improcedencia de la probation en delitos de género y violencia familiar*, en Rev. Derecho de Familia, n° 75, Julio 2016, pág. 51.
- 23 Corte Suprema de Justicia de Salta, 9/9/2013, Rev. Derecho de Familia 2014-II-233, con nota de MOURE, Alicia, *Incumplimiento de los deberes alimentarios y violencia familiar*. La calificación se expresa solo en el voto de la Dra. Susana Kauffman. Para la cuestión de la violencia económica y la mujer ver KOWALENKO, A y otra, *Violencia y economía. Algunas reflexiones sobre la violencia económica en las familias y el desarrollo*, en Rev. Derecho de Familia, n° 75, Julio 2016, pág. 5 y ss.
- 24 Hace lugar a la suspensión, por mayoría, Trib. Oral Crim. N° 2, 24/6/2013, Cita on line AR/JUR/100997/2013, LL 2014-B-290, con comentario favorable de MAGGIO, Facundo, *La suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia de género*; Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 4 de la Capital Federal, 06/07/2016, LA LEY boletín de 06/09/2016, pág. 7, AR/JUR/42312/2016, con nota de FREEDMAN, Diego, *Sobre la procedencia de la probation en los delitos de violencia de género*, AR/DOC/2631/2016; Cám. Crim. Neuquén, 20/3/2013, cita on line AR/JUR/12062/2013, Rev. Derecho de familia y de las personas, año V, n° 9, octubre 20103, pág. 68, con nota de BAGNASCO, Damián P., *Suspensión del juicio a prueba. Procedencia en casos derivados de violencia de género*.
- 25 Cita on line RC J 1356/16.
- 26 \$ 150; el equivalente aproximado a 10 dólares.
- 27 Cám. Fed. Casación Penal, sala II, 7/7/2014, Rev. Derecho de Familia y de las personas, año VII n° 1, enero-febrero 2015, pág. 118, con nota adversa de COSENZA SALORT, Gisela V., *Un caso de abuso sexual que no es un caso más. ¿El estado tolera la violencia de género?*, cita on line AR/JUR/31604/2014.
- 28 Ver, por ej., Cám. Apel. en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, sala III, 17/7/2014, ED 259-260. En el caso, los hechos violentos del imputado no se agotaban en la víctima denunciante, sino que trascendían a los hijos de ambos, que habían presenciado lo acontecido.
- 29 Cámara de Apelación en lo Penal Contravencional, y de Faltas Sala I de la Ciudad de Bs As, 05/11/2015, OnlineCita: RC J 7442/15. La pregunta que queda flotando es: ¿Hubiese otorgado la suspensión si el imputado no hubiese sido judío?

- 30 Cám. Nac. Crim y Correccional sala 6° 23/11/2009, JA 2010-II-316.
- 31 Suprema Corte de Salta., 29/9/2006, Rev. Derecho de Familia, 2007-II-194, con nota de SPAVENTA, Verónica, *Multiculturalismo, Derechos Humanos, Infancia y género*.
- 32 STJ Entre Ríos, sala I, 5/3/2014, ED 257-267, con nota de MARRANA, Silvia, *El control de convencionalidad en la aplicación de la dogmática penal*, ED 257-287.
- 33 CSN, 23/8/2016, cita on line NV15263.
- 34 Cám. Fed. Casación Penal, sala 2°, 21/2/2013, JA 2013-II-465, en Rev. de Derecho de Familia, n° 2013-IV, pág. 20, con nota de BARBITTA, Mariana, *La identificación del problema de género en un caso penal. Un avance hacia la resolución alternativa de conflictos* y en Rev. de Derecho Penal y Procesal penal, Abeledo Perrot, junio 2013, n° 6 pág. 1239.
- 35 Tribunal Penal n° 1 de El Dorado, 28/11/2012, en Rev. Derecho penal y criminología, año III, n° 1, febrero de 2013, pág. 25, con nota de GRISETTI, Ricardo y otro, *Abandono de persona. ¿La expectativa social vs la teoría del delito?* El Ministerio público había puesto énfasis en que el estado de pobreza estructural, de vulnerabilidad, no justifica ni exculpa actos de crueldad contra los hijos.
- 36 Cám. Nac. Crim y Correc. Sala I, 22/4/2013, LL 2013-E-119, Doc. Jud. Año XXIX, n° 43, 23/10/2013, pág. 69, cita on line AR/JUR/22262/2013.
- 37 Cám. Nac. Crim. y Correccional sala IV, 22/3/2016, LL 2016-D-216, AR/JUR/23017/2016.
- 38 CSN 1/11/2011, en HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, y LLOVERAS, Nora, *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes*, Bs. As., ed. La Ley, 2014, t. IV, pág. 1093, con comentario de MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía, *Violencia contra las mujeres y legítima defensa*.
- 39 Trib. Casación penal, sala I, 18/2/2009, Doc. Judicial, año XXV, n° 35, setiembre 2009, pág. 2485, LL Bs As, año 16, n° 2, marzo 2009, pág.183 y LL Bs As, año 16, n° 2, marzo 2009, pág.161.
- 40 Juzgado de Control N° 5, San Salvador de Jujuy, 29/07/2016, SAJ NV 15327.
- 41 Cám. 8° en lo criminal de Córdoba, 1/10/2013, Rev. El Foro de Córdoba, n° 166, diciembre 2013, pág. 248.
- 42 Corte de Justicia de Salta, 4/2/2013, voto ampliatorio de la Dra. Kauffman de Martinelli, AR/JUR/178/2013, JA 2013-I-553; Doc. Jud. Año XXIX, n° 42, 16/10/2013, pág. 13, con nota de PURICELLI, José L., *Violencia de género. Reflexiones sociológicas y jurídicas*; Doc. Jud. Año XXIX n° 20, mayo 2013, pág. 14, con nota de CARDOZO, Mariela, *Un fallo reciente, que manifiesta un ejemplo vinculado a la protección de las víctimas de violencia de género y el control de convencionalidad*. Para otros casos y situaciones ver INCHAUSTI, Santiago y otros, *Actualidad de la Cámara Federal de Casación Penal: especial violencia de género y trata de personas*, Rev. de Derecho penal y procesal penal, Abril de 2013, n° 4, pág. 787; conf. T.Criminal n° 2 de Mar del Plata, 14/3/2016, ; LL 2016-D-473, AR/JUR/10940/2016
- 43 Cám. Crim. 2° Nom. Catamarca, 3/2/2014, Rev. Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, mayo 2014, n° 5 pág. 1111.
- 44 Superior Tribunal de Justicia de Chubut, 8/3/2010, Rev. Derecho de Familia 2010-III pág. 157, con nota de FORTUNA, Sebastián, *Lamentablemente, una vez más, crónica de un aborto permitido, un recorrido judicial innecesario y una sentencia definitivamente justa*. La bibliografía sobre el tema es incommensurable, imposible de sintetizar en un artículo que debe incluirse en una obra colectiva.

- 45 Cám. Fed. Casación Penal sala IV, 17/2/2016, LL 2016-D-70. AR/JUR/76068/2015. Otras veces, el señuelo es la promesa de trabajo. Ver, por ej., Cám. Fed. Casación Penal sala III, 23/9/2014, ED 261-260.
- 46 TS Córdoba, sala penal 8/5/2014, La Ley Córdoba 2014 pág. 1141, cita on line AR/JUR/48997/2014; Cám. Penal de Rosario, sala IV, 8/8/2013, JA 2014-I-550 y en Rev. Derecho de Familia, 2014-I-215, con nota de OCHOA, María P. *Algunas consideraciones en torno a la aplicación del tipo penal de desobediencia contemplado en el art. 239 del Cód. Penal frente al incumplimiento de las órdenes de restricción en un caso de violencia familiar.*
- 47 Ver, por ej., Cám. Fed. Casación Penal sala I, 23/11/2015, LL 2016-B-228, AR/JUR/63736/2015. En el caso, se absuelve al padre de la acusación de abuso sexual agravado por el parentesco sobre su hija de seis años de edad; la denuncia de la madre se funda en que su hija se auto agredía, se masturbaba compulsivamente, tenía sueños feos, estaba retraída, daba alaridos en el colegio sin que se entendiera lo que decía, no quería bañarse, etc. Su hermana A empezó a explicar que “ella podía decirle no a su papá, pero que M siempre caía en la trampa”. El voto de la Dra. Figueroa, que confirma la decisión, analiza cuidadosamente las pruebas incorporadas; lejos de adolecer de exceso de rigor ritual, atiende, al parecer, a cada uno de los agravios de la querrela.
- 48 En España, durante el 2015, se interpusieron 129.292 denuncias por violencia de género y se incoaron 18 causas por denuncia falsa de las que ocho fueron archivadas o sobreesidas provisionalmente, ocho siguen en tramitación y dos acabaron en condena, una de ellas con conformidad. Esto significa que fueron ‘falsas’ el 0,0015% de las denuncias presentadas. Diario La Ley, 13 de setiembre de 2016, 198812/2016, Fuente Europa Press.
- 49 Cám. Nac. Crim y Correc. Sala VI, 24/5/2013, LL 2013-E-324.
- 50 Compulsar BRUNEL, Tamara y otra, *Formularios para la toma de denuncias: una mirada reflexiva. Revictimización*, en Rev. Derecho de Familia, n° 75, Julio 2016, pág. 29.
- 51 Ver, entre muchas sentencias, en las que la cuestión se resuelve sólo por mayoría y con votos divididos, Cám. Nac. Crim y Correc. Sala VII, 23/11/2012, con nota a favor de la minoría de TELLAS, Adrián, *La republicanización de la Justicia* (en el caso la mayoría rechazó la excepción, considerando suficiente la actuación policial para instar la acción penal).
- 52 Cám. Nac. Crim y Correc. Sala VI, 30/7/2013, LL 2013-E-557; ídem. 9/9/2013, Doc. Jud. Año XXX, n° 13, marzo 2014, pág. 25, AR/JUR/56001/2013, con la disidencia parcial del camarista Lucini, con nota de YUBA, Gabriela, *El valor de las declaraciones de las víctimas de violencia ante la Oficina de Violencia Doméstica; hacia el acceso a la justicia y una tutela real y efectiva*; Doc. Jud. Año XXXI, n° 45, 11/11/2015, pág. 23, cita on line AR/JUR/17750/2015, con nota de FINOCCHIARO, Enzo, *Delitos en contexto de violencia doméstica e instancia de parte.*
- 53 Cám. Nac. Fed. Crim y Correc. Sala II, 2/9/2010, LL 2010-F-324.
- 54 Cám. Nac. Fed. Crim y Correc. Sala I, 17/5/2012, Doc. Jud. Año XXVIII, n° 39, setiembre 2012, pág. 56, LL 2012-C-542, cita on line AR/JUR/18485/2012.
- 55 Cámara de Acusación penal de Córdoba, 25/7/2011, Foro de Córdoba n° 151, dic. 2011, pág 292.
- 56 Cám. Nac. Crim. y Correccional, sala 4°, 19/2/2013, en Rev. Derecho Penal y procesal penal, Abeledo Perrot, mayo 2013, n° 5 pág. 1103.
- 57 Dictamen de la procuración general, que la Corte hace suyo; CSN, 27/12/2012, Doc. Judicial, año XXIX, n° 16, abril 2013, pág. 34, cita on line AR/JUR/73404/2012.



- 58 CSN 23/4/2013, Dictamen de la procuración general que la Corte hace suyo, Doc. Judicial, año XXIX, n° 29, julio 2013, pág. 7, AR/JUR/11948/2013; ídem CSN 27/11/2014, Dictamen de la procuración que la Corte hace suyo, Doc. Judicial, año XXXI, n° 7, febrero 2015, pág. 23, AR/JUR/11948/2013.
- 59 Cám. Nac. Crim y Correc. Sala VI, 29/8/2014, LL 2014-F-564, cita on line AR/JUR/50057/2014.
- 60 Trib. Oral Crim. N° 7, 13/11/2011, Rev. de Derecho penal y criminología, año IV, n° 1 febrero 2014, pág. 59, AR/JUR /78498/2013, con nota de MACAGNO, Mauricio E., *Reflexiones en torno a una sentencia de abuso sexual: testimonio único y delito continuado*.
- 61 Cám. Federal Casación Penal, sala III, 5/7/2013, Rev. de Derecho penal y criminología, año IV, n° 5 junio 2014, pág. 74, AR/JUR/28328/2013, con nota de BAÑOS, Javier Ignacio y otro, *Reflexiones sobre la validez del testimonio único y acerca de la prohibición de doble valoración en la individualización de la pena* y en Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, octubre 2013, n° 10 pág. 2065.
- 62 Cám. Nac. Cri. y Correc. Sala V, 7/6/2011, Doc. Judicial año XXVIII, n° 50, diciembre 2011, pág. 69, cita on line AR/JUR/24636/2011.
- 63 Juez de Garantías de Lomas de Zamora n° 8, 30/3/2011, JA 2011-IV-314 (en el caso, se rechaza la excarcelación en una causa en la que se ha procesado al imputado por el delito de daño por haber destruido todo lo que la compañera tenía en un kiosco que ella atendía).
- 64 Trib. Superior Justicia Ciudad de Bs As, 11/9/2013, Rev. Derecho de Familia, 2014-II-125, con nota de MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía, *Violencia de género: valoración del testimonio de la víctima en el proceso penal*, y Doc. Judicial, año XXX, n° 11, marzo 2014, pág. 34, AR/JUR/57961/2013.
- 65 Cám. Nac. Crim y Correccional sala I, 2/6/2016, LL 2016-D-248, AR/JUR/34455/2016.
- 66 CSN, 7/6/2011, Rev. de Derecho penal y criminología, año I, n° 1 setiembre 2011, pág. 202, con nota de CUETO, Mauricio, *Abuso sexual, derecho de defensa y el interés superior del menor*. En el caso, el Tribunal oral en lo criminal había condenado; una de las salas de la Cámara Nacional de Casación revocó la sentencia por considerar que se había afectado el derecho del imputado a interrogar a la víctima y ordenó que se preparara psicológicamente a la menor para la realización de dicho acto procesal en un nuevo juicio oral; se fundó en que no se había podido entrar a la tía de la niña, que fue quien hizo la denuncia. La Corte dejó sin efecto lo resuelto por la casación y convalidó lo hecho por el tribunal de grado.
- 67 Cám. Nac. Casación Penal, sala I, 30/11/2009, Rev. Derecho de Familia y de las personas, año II n° 5, junio 2010, pág. 131, con nota de MEDINA, Graciela, *Sanción penal de la violencia doméstica. Interacción penal y los derechos humanos* y en Rev. de Derecho de Familia y de las personas, año III, n° 3, abril 2011, pág. 141, con comentario de SOLARI, Néstor, *Delito de lesiones cometidas contra el cónyuge y el hijo*.
- 68 Cám. Nac. Crim y Correc. Sala VI, 15/5/2013, LL 2013-E-194. En el caso, además, el imputado tenía una condena en suspenso por abuso sexual y figuraba registrado con distintos apellidos.
- 69 CSN 15/10/2015. El texto responde al dictamen de la procuración que la Corte hace suyo, Doc. Jud. Año XXXII n° 5, febrero 2016, pág. 39, AR/JUR/36474/2015.
- 70 Cám. Penal de Concepción sala II, 29/9/2009, LL Noroeste, 2010-425, con nota a favor de la minoría de LEZANA FLORES, Luis, *Abuso sexual y posterior solicitud de avenimiento*.
- 71 Trib. Impugnación penal, Santa Rosa, 2/12/2011, Rev. Derecho de Familia y de las personas, año IV n° 1, febrero 2012, pág. 94, con nota de DE OLIVEIRA, Juan José, *El avenimiento y la violencia de género*.

- 72 En la Argentina, la ley 26.705 dispuso que el término de prescripción para los delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores de edad comienza a correr desde que el menor cumple la mayoría de edad; la ley 27206 modificó la anterior y estableció que la prescripción queda suspendida hasta que la víctima, habiendo cumplido la mayoría de edad, decida formular la denuncia. Ver Cám. Fed. Casación Penal, sala IV, 22/3/2016, Rev. de Derecho Penal y Procesal penal, Abeledo Perrot, junio 2016, n° 6 pág. 1192; en ; LL 2016-D-456, LL 2016-B-624, cita on line AR/JUR/ 11235/2016, con nota de SEITUN, Diego, *Una nueva legalidad penal (aplicación retroactiva de normas relativas a la prescripción de delitos contra la integridad sexual)*, cita on line AR/DOC 1142/2016 Ver también ÁLVAREZ, Javier Teodoro, *Las nuevas reglas de prescripción de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes*, RC D 120/2016.
- 73 Según el último análisis estadístico publicado por la oficina creada en la Corte Nacional, el número de denuncias aumenta cada año; así, se compara el mes de junio de los años 2013, 2014, 2015 y 2016 dando los siguientes resultados: 2013: 751 casos, 2014: 859 casos, 2015: 966 casos y 2016: 851 casos. También informa que la mayoría de las personas en situación de violencia son mujeres (81%); las personas denunciadas varones (81%) y, generalmente, se trata de ex parejas (49%). Los tipos de violencia denunciados responden a los siguientes porcentajes: psicológica 97%; física 67% y económica 32% (<http://old.csn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp?ID=100881>).
- 74 Cám. Fed. Casación Penal, sala II, 6/10/2015, LL 2016-B-38, cita on line AR/JUR/ 37774/2015, con nota de FINOCCHIARO, Enzo, *Necesidad de reconfigurar patrones normativos ante la violencia doméstica*, y en Rev. Derecho de Familia y de las personas, año VIII n° 3, abril 2016, pág. 98, con idéntico comentario, cita on line AR/DOC/4341/2015. Al parecer, en el caso, el primer desencadenante (que motivó la denuncia de la mujer) fue que el marido descubrió un mensaje de texto entre la mujer y un ex novio, circunstancia que motivó que echara a la mujer de la casa.
- 75 Así lo relata la Cám. Nac. Civ. sala B, 15/4/2013, ED 254-293.
- 76 Para los argumentos a favor y en contra y las diferentes situaciones que la realidad presenta, MERITO ORTIZ, Cristina, *La mediación familiar en situaciones asimétricas*, ed. Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos, Madrid, 2013. En la Argentina, ver RAGANATO, C., LAMM, E. y CASADO, E., *Comentario al art. 5 de la ley 24417*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI (directora), *Protección contra la violencia familiar*, ed. Rubinzal, Santa Fe, 2007, págs. 153/179 ver CARDENAS, Eduardo J., *Violencia en la pareja*, ed. Granica, Bs. As, 1999; compulsar también, RIOS, Juan P y otra, *Mediación y violencia familiar*, en Rev. Derecho de Familia, n° 75, Julio 2016, pág.141.
- 77 Compulsar estos antecedentes en MIZRAHI, Mauricio L., *Restitución internacional de niños*, Astrea, Bs As, 2016, n° 37.
- 78 Cám. Fam. Córdoba 29/5/2006, en Rev. de Derecho de Familia 2007-I-121, con nota de GALERA, Elsa, *Aspectos de la protección jurídica de la familia en la ley de protección de víctimas de maltrato intrafamiliar. ¿es la lectura de los jueces la lectura de protección que ha querido el legislador cordobés?* La jueza de primera instancia había considerado que prohibir la presencia conjunta era inconstitucional. La Cámara revocó la decisión.
- 79 Cám. Nac. Civ. sala B, 19/5/2011, ED 243-515. En el caso, la actora no quería concurrir a la audiencia de mediación sosteniendo que corría riesgos a su integridad
- 80 Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, 28/11/2012, inédito.

- 81 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala III – Corrientes, 01/09/2015, inédito.
- 82 Cám. Civ y Com de Dolores, 4/9/2008. La Ley Bs As 2008-1249.
- 83 Cám. Nac. Civ. sala H, 24/9/2009, LL 2010-B-359, con nota de SOLARI, Néstor, *Violencia familiar. Cuestiones suscitadas con posterioridad a la exclusión del hogar*, y Rev. Derecho de Familia 2010-II pág. 1.
- 84 CCyC Jujuy, 13/6/2012, La Ley Noroeste, año 16, n° 8, setiembre 2012, pág. 890.
- 85 CCyC de Junín, 6/3/2012, La Ley Bs. As., año 19, n° 3, abril 2012, pág. 306. El actor había iniciado una acción posesoria. La minoría de la cámara entendió que esa acción no podía prosperar pues la demandada no había ingresado clandestinamente, ni por violencia, no existiendo despojo, desde que ella permanecía allí por orden judicial. La mayoría razonó sobre la base de la tradicional acción de despojo, independientemente de los lazos familiares que unían a las partes en litigio; por eso, entendió que el derecho a la vivienda de la hija menor de ambas debía solucionarse por otras vías (prestación alimentaria, etc).
- 86 Cám. Nac. Ci. Sala H, 15/6/2011, JA 2011-IV-394 y en Rev. Derecho de Familia y de las personas, año III n° 9, octubre 2011, pág. 117, con nota de GRISSETTI, Ricardo A y KAMADA, Luis, *Violencia familiar. Alcance de los acuerdos arribados en ese marco*, citas on line AR/JUR/37360/2011.
- 87 CJ Salta, 4/6/2015, La Ley NOA agosto 2015, pág. 761, AR/JUR/118/887, LL 2015-F-339, comentado por MOLINA DE JUAN, Mariel, *Vivienda. Derecho a la vida. Violencia de género*, AR/DOC/3214/2015. La sentencia no avanza sobre otros aspectos relativos al dominio del inmueble que quizás, conforme el acuerdo homologado, deba inscribirse a nombre de los hijos.
- 88 Ver, entre otros, Superior Tribunal de Justicia del Chaco, sala 1° CC y L, 1/12/2014, con nota de RUSSO, Romina, *Maltrato infantil: leyes de violencia familiar y protección integral y las potestades jurisdiccionales*, en Rev. Derecho de familia, 2015-IV-75; y en Doc. Judicial, año XXXI, n° 25, junio 2015, pág. 53, AR/JUR/78635/2014; Cám. Nac. Civ., sala B, 27/11/2013, Doc. Judicial, año XXX, n° 14, abril 2014, pág. 97, AR/JUR/80787/2013.
- 89 Cám. Nac. Civ. sala A, 17/4/2013, LL 2013-D-644, AR/JUR/10963/2013.
- 90 Cám. Nac. Civ. sala C, 16/4/2013, Doc. Jud. Año XXIX, n° 41, 9/10/2013, pág. 81, LL 2013-D-131, AR/JUR/13512/2013, con nota de GORKIEWICZ MORONI, Érica, *Interés superior del niño, violencia de género y derechos del imputado*.
- 91 Tribunal de Familia de Jujuy, sala I, 24/6/2016, EXPTE. N° C-043.789/15, en Diario Judicial del 22.9.2016.
- 92 Suprema Corte de Mendoza, sala 1°, 22/12/2015, Derecho de familia 2016-IV-81, con nota de GROISMAN, Eliana, *Cual es el alcance que tiene el niño/adolescente para elegir su letrado en un que lo involucra y cuál para participar activamente en la decisión que atañe a su cuidado personal*.
- 93 Conf. Cám. Nac. Civ. sala B, 15/4/2013, ED 254-293.
- 94 Cám. Apel Trelew sala A, 21/8/2015, ED ED 265-30; CApel. de Trelew, sala A, 21-8-2015, AR/JUR/27891/2015, *Revista CCyC*, año I, N° 4, octubre de 2015, p. 131; en la misma revista, año II, N° 2, marzo de 2016, p. 79, con nota de LUFT, Marcelo E., *El derecho del niño a ser oído en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su inclusión en el Código Civil y Comercial. El menor como parte en el proceso*; J. A. 2015-IV-48 del 25-11-2015, con nota de BERNASCONI, Ana María, *La protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*, y *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año VII, N° 9, octubre de 2015, p. 94, comentado por DEL MAZO, Carlos G., *Revinculación de una adolescente con su progenitora. Derecho a ser oído y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta*.

- 95 Juzgado de Familia de Córdoba n° 2, 28/9/2012, JA 2013-II-710, con nota de MAGGIO, María Teresa, *El interés superior del niño y la relación con sus abuelos en el marco de una sentencia apresurada*. En el caso, existía un vínculo conflictivo muy acentuado entre la madre y la abuela; la madre tenía problemas psiquiátricos y debió ser internada en una clínica de reposo. La madre no se negaba a la comunicación de la hija con la abuela; sólo reclama que se realizara acompañada de un consejero terapéutico.
- 96 Cám. Nac. Civ. sala M, 19/2/2014, Rev. de Derecho de Familia 2014-IV-21, con nota de MOHR, Sebastián, *El derecho latente de comunicación entre los abuelos y sus descendientes*. La nota contiene amplias referencias jurisprudenciales de derecho argentino y comparado. En el caso, la abuela había iniciado el juicio contra la ex nuera, progenitora de los niños. La madre sostenía que la abuela había negado los hechos de violencia del padre contra los hijos. Los niños no querían ver a la abuela y las expertas habían aconsejado que no se estableciera esa vinculación hasta tanto los niños no lo decidieran.
- 97 Juzgado de Familia n° 2 de La Plata, 30/12/2015, Derecho de familia 2016-IV-115, con nota de BALÁN, Alejandra, *Autorización judicial cautelar de viaje y violencia de género*.
- 98 Cám. Apel. Familia de Mendoza, 6/2/2013, ED 252-144, cita on line AR/JUR/188/2013, La Ley Gran Cuyo 2013-1154, con nota de SOUZA VIEIRA, Viviana y ORTIZ, Diego, *Las medidas precautorias en el proceso de violencia familiar. El SAP y la revinculación* y en Rev. Derecho de Familia y de las personas, año V n° 9, octubre 2013, pág. 80, con nota de PAGANO, Luz María, *Cuando los progenitores no reconocen a sus hijos como sujetos de derechos, la violencia se cuela por todos lados*.
- 99 Cám. Apel. Familia de Mendoza, 3/7/2013, ED 255-43 y La Ley Gran Cuyo 2014, n° 2 pág. 43.
- 100 Artículo 13 de la Convención: No obstante lo dispuesto en el Artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenarla restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) *existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*". De alguna manera, el *leading case* del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre esta temática es la sentencia recaída *in re* Neulinger Isabelle, Shuruk Noam v/ Suiza, 6/7/2010.
- 101 CSN, 21/5/2013, Rev. de Derecho de Familia 2013-VI-1, con nota de KUYUNDJIAN DE WILLIAMS, Patricia, *Aplicación del convenio de restitución internacional de menores a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* y en Rev. de Derecho de Familia y de las personas, año V, n° 10, noviembre 2013, pág. 71, con nota de COLLIARD, Silvia, *Restitución internacional de menores: una mirada crítica hacia las interpretaciones amplias de los motivos de excepción*; ídem. SC Bs As, 16/4/2014, AR/JUR/13753/2014, Doc. Judicial, año XXX, n° 37, setiembre 2014, pág. 40. Para un exhaustivo análisis de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Nación argentina en la cuestión relativa a la restitución internacional de niños, ver RUBAJA, Nieve, en HERRERA-KEMELMAJER-LLOVERAS, *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes*, ed. La Ley, Bs. As., 2014, t. III, pág. 692; para la jurisprudencia de los tribunales argentinos posterior a la entrada en vigencia del CCyC, o sea, posterior al 1/8/2015, y lo dispuesto en el art. 2642, ver RUBAJA, Nieve, *Derecho internacional privado y relaciones de Familia*, en KEMELMAJER-HERRERA-LLOVERAS, *Tratado de Derecho de Familia, Actualización doctrinal y jurisprudencial*, t. V-B, pág. 867 y ss.

- 102 Cám. Nac. Civ. sala B, 3/11/2014, LL 2015-D-515, AR/JUR/51026/2014, con nota de GOICOECHEA, Ignacio y RUBAJA, Nieve, *Procedimiento de restitución internacional de niños: pautas imprescindibles para la eficiencia del mecanismo convencional*, y en Rev. Derecho de Familia 2015-III pág. 23, con nota de TAGLE DE FERREYRA, Graciela, *¿Aplicar restrictivamente el art. 13 b) del Convenio de La Haya de 1980, equivale a no aplicarlo en ningún caso?*, en Rev. D de Familia y de las Personas, año VII, n° 6, julio 2015, pág. 99, con nota de SCOTTI, Luciana B., *Rechazo de la restitución internacional de una niña en resguardo de su interés superior*, en Rev. de Derecho de Familia y de las personas, año VIII, n° 1, febrero 2016, pág. 31, con nota de GRAIEWSKY, *Sustracción internacional de menores. Cuando los jueces fijan pautas de conducta*. La sentencia es largamente comentada por MIZRAHI, Mauricio L., *Restitución internacional de niños*, Astrea, Bs As, 2016, n° 48 b) (págs. 186/205). Aclaro que Mauricio Mizrahi integra la sala que emitió la sentencia; en el libro también vierte argumentaciones personales que, en definitiva, no se volcaron en el fallo y contesta las críticas que la doctrina antes citada formuló a la sentencia. Se trataba de un pedido de restitución a Bélgica. La adolescente nació en París; a los dos años de edad sus padres se separaron; el padre se traslada a Bélgica, donde vive con tres hijos de un matrimonio anterior; en el 2007 la niña se traslada a Bélgica con la madre; en 2008 hubo una denuncia por maltrato y violencia física y quizás sexual de la que fue víctima por parte de sus medio hermanos. Después de una serie de vicisitudes, la niña quedó bajo la vigilancia del Servicio de protección judicial y terminó institucionalizada. Al momento de la decisión ya llevaba más de tres años en la Argentina, y en la audiencia ante la Cámara de Apelaciones había manifestado una férrea oposición a retornar.
- 103 ST Corrientes, 9/11/2012, Rev. Derecho de la familia y de las personas, año V, n° 2, marzo 2013, pág. 85, con nota de BIGLIARDI, Karina, *Pérdida de la patria potestad por maltrato infantil*, cita on line AR/JUR/66726/2012 y en JA 2013-II-719, con nota de GRAFEUILLE, Carolina, *Un loable veredicto que posibilita la realización de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes*.
- 104 SC Bs As, 4/11/2015, Rev. D de Familia y de las personas año VIII, agosto 2016, n° 7, pág. 78, con nota de MENDOZA, Elena, *La perspectiva de género en una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Bs. As.*
- 105 En Argentina, numerosa doctrina distingue entre derecho al nombre y determinación del estado filial. Además de la doctrina citada en las notas que siguen ver, entre otros, GROSSMAN, Cecilia, *El nombre de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Un recorrido por los conflictos que se presentan. Propuestas de cambio*, en FLAH, Lily (directora), *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI*, Errepar, Bs. AS., 2011, pág. 645; MOLINA DE JUAN, Mariel, *El nombre y la filiación. Dos facetas der la identidad que requieren tutela jurídica diferenciada*, en Rev. de derecho de Familia 2008-I-91; REY GALINDO, Mariana y STOYANOFF ISA, Orlando, *El nombre como atributo de la personalidad y el derecho a la autodeterminación de la identidad*, en Rev. Derecho de familia 2011-V-37. Comparar, en contra, en una posición conservadora, para un caso particular del nombre por reconocimiento de la filiación extramatrimonial después de cuatro años del nacimiento, VELOSO, Sandra, *Qué apellido debe preceder luego de una sentencia de filiación. ¿El de la madre o el del padre?*, Rev. de Derecho de Familia y de las personas, año III, n° 9, octubre 2011, pág. 286. También en contra, en igual postura, VIDAL TAQUINI, Carlos H., *El apellido se adquiere por la filiación*, en Rev. de Derecho de Familia y de las personas, año II, n° 3, octubre 2010, pág. 189.
- 106 T Colegiado familia N°5 Rosario, 25/2/2011, en Rev. de Derecho de Familia y de las personas, año III, n° 3, abril 2011, pág. 71, con nota de BIGLIARDI, Karina, *Supresión del apellido paterno por justas causas*.

- 107 SC Bs As., 20/9/2006, Rev. Derecho de Familia, 2007-II-35, con nota de ALTERINI, María J., *Violencia familiar: un avance jurisprudencial* y en Rev. LexisNexis Buenos Aires, julio 2007, n° 7, pág. 770, con nota de SIMONE, Marcela y BIGLIARDI, Karina, *Las medidas cautelares y la participación del niño en los procesos ante el Tribunal de Familia por violencia familiar*. En el caso, la persona menor de edad se presentó con la representación de la Asesoría de Menores e incapaces. La Suprema Corte anuló de oficio la sentencia que había rechazado las medidas cautelares y reenvió la causa a la instancia de origen para que arbitre los medios necesarios para el urgente dictado de una nueva decisión que aborde los puntos centrales en debate”.
- 108 Cám. Nac. Civ. sala B, 15/4/2013, ED 254-293.
- 109 Cám. CC Bahía Blanca sala 2, 31/10/2006, Rev. Derecho de Familia 2007-II-53, con nota adversa de RAFFO, Pablo E., *El derecho de familia: ¿garantía o impedimento para el ejercicio de derechos fundamentales? Un fallo que interpreta restrictivamente la ley 12.569*. En el caso, se confirmó la decisión que rechazó *in limine* el pedido de dispensa del deber de cohabitación.
- 110 El concepto de violencia económica ha sido expresamente reconocido por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia del 22/1/2016, n° T-012/16.
- 111 4° Juzgado de familia de Mendoza, Expte.333-14/4F, 20/5/2016. Al momento de escribir este trabajo, la sentencia se encontraba apelada.
- 112 Cám. Nac. Civ. sala E, 7/5/2014, Rev. Derecho de familia y de las personas, año VI, n° 8, setiembre 2014, pág. 84, con nota de YANKIELEWICZ, Daniela y OLMO, Juan Pablo, *Autonomía de la voluntad y violencia de género*, cita on line AR/JUR/ 22183/2014.
- 113 Juzg. CC de La Plata, n° 17, 27/11/2014, Rev. Derecho de Familia 2015-III-123, con nota de IGLESIAS, Mariana, *Indignidad y derechos humanos: un verdadero acierto*. El caso tuvo mucho impacto en los medios; en 1992, un dentista mató a su esposa, sus tres hijas y su suegra; fue condenado a cadena perpetua, pero actualmente se encuentra en libertad, merced al funcionamiento del sistema penal.
- 114 Compulsar, ORTIZ, Diego O., *Criterios para demandar por daños en casos de violencia de género*, ED 265-561 y sus citas
- 115 Cám. Nac. Civ. sala D, 20/5/2010, Rev. Derecho de Familia 2011-I-41, con nota de LAMBERTI, Silvio, *Las presunciones como medio de prueba de daños en violencia familiar*.
- 116 Ver completísimo artículo de FERNÁNDEZ LEYTON, Jorgelina, *Responsabilidad internacional del Estado por la violencia familiar desde el sistema interamericano de derechos humanos*, en Rev. Derecho de Familia, n° 65, Julio 2014, pág. 47; Compulsar también ABRAMOVICH, Víctor, *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso Campo Algodonero*, en [www.wanuariodh.uchile.cl](http://www.wanuariodh.uchile.cl).
- 117 VER LAMM, Eleonora, *La violencia contra la mujer en la jurisprudencia del TEDH*, en Rev. Derecho de Familia, n° 65, Julio 2014, pág. 25.
- 118 PARELLADA, Carlos, *La responsabilidad internacional del Estado por la violencia familiar. Visión nacional*, en Rev. Derecho de Familia, n° 65, Julio 2014, pág. 67.
- 119 Cám. 5° CC Córdoba, 23/7/2014, Doc. Jud. Año XXXI, n° 5, febrero 2015, AR/JUR/34288/2014, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XVI, n° 10, octubre 2014, pág. 171, en La Ley Córdoba, año 32, n° 5, junio 2015, pág. 487, con nota de DEZA, Soledad, *El rol facilitador del Estado en la muerte violenta de una mujer* y en Rev. Derecho de Familia y de las personas, año VII n° 1, enero-febrero 2015, pág. 85, con nota de DEZA, Soledad, *Dos caras de una misma moneda: falta de servicio y tolerancia pública a la violencia* (en el caso se condenó a reparar el 50 % de los daños).

- 120 Cám. Crim 11 Nominación Córdoba, 26/6/2008, LL Córdoba 2008-602, con nota de RÍOS, Carlos I., "Y que las circunstancias hicieren excusables".
- 121 Ver, entre muchos, TS Neuquén, 28/10/2013, cita on line AR/JUR/69127/2013, Doc. Judicial, año XXX, n° 19, marzo 2014, pág. 49 y Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XV, N° 12, diciembre 2013, pág. 195. En el caso, se hizo lugar a la demanda interpuesta por la madre de la víctima.
- 122 Me he referido a este tema en mi artículo *Responsabilidad del Estado por la violación al derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Anales de la Academia de Derecho de Buenos Aires, año 2014, pág. 155. Ver también RUBAJA, Nieve, *Responsabilidad del Estado en procesos de restitución internacional de niños*, en Rev. Derecho de Familia, n° 65, julio 2014, pág. 83.
- 123 BALESTRINI, María de las Mercedes, *Fiscalías especializadas. Normas nacionales e internacionales de protección*, en Rev. Derecho de Familia, n° 75, Julio 2016, pág. 39.
- 124 BONGIORNO, Antonella y otra, *El rol del abogado litigante en el asesoramiento por violencia de género y violencia intrafamiliar*, en Rev. Derecho de Familia, n° 75, julio 2016, pág. 135.
- 125 La mayoría intenta que estos procedimientos no se contaminen con otras pretensiones que, aunque comprometen a las mismas partes, no se vinculan estrictamente a la violencia; así, por ej., las peticiones de alimentos, o regímenes de comunicación, etc. que deben tramitar por otras vías (Cám. Nac. Civ. sala E, 10/7/2008, Rev. Derecho de Familia y de las personas, año I n° 1, setiembre 2009, pág. 258, entre otros). Esta posición se funda en que el juez de violencia debe avocarse a hacer cesar la violencia; sólo así, podrá cumplir su cometido en tiempo y eficazmente.
- 126 Juzgado de familia n° 3, Chubut, 1/11/2015, Rev. Derecho de Familia 2016-III-87, con nota de ORTIZ, Diego, *Cuando se concreta el acceso a la justicia a víctimas de violencia familiar*.
- 127 La jurisprudencia argentina declara su constitucionalidad; ver, por ej., TSJ Córdoba, 14/11/2012, Foro de Córdoba n° 159 pág. 234.
- 128 Cám. 2° CC Mendoza, 17/8/2007, La revista del Foro, Mendoza, n° 81, noviembre 2007, pág. 39.
- 129 Utilizo la palabra "decente" en el sentido dado por MARGALIT, Avishai, *La società decente*, trad. de Andrea Villani, Milano, ed. Guerini e associati, 1998, pág. 49 y ss.
- 130 CC y Com. Mar del Plata, sala III, 8/10/2013, Rev. Derecho de Familia y de las personas, año VI n° 3, abril 2014, pág. 85, con nota de GINCOFF, Grisel, *Guarda de persona*.
- 131 Cám. Fed. CC Junín, 8/4/2010, LL Bs As, año 17, n° 2, octubre 2010, pág. 1004, con nota de BERGER, Sabrina, *Tratamiento psicológico coactivo en el régimen de familia*.
- 132 Ver, en este sentido, caso resuelto por CC.C y contencioso administrativo de la 1° Nominación de Río Cuarto, 31/10/2014, La Ley Córdoba, año 32 n° 3, abril 2015, pág. 344, cita on line AR/JUR/68901/2014.
- 133 Cám. Civ de Neuquén sala II, 8/5/2008, Rev. Derecho de Familia y de las personas, año 1 n° 3, noviembre 2009, pág. 91, con nota crítica a la mayoría de MEDINA, Graciela, *Duración de las medidas en violencia familiar*.
- 134 Cám. Nac. Civ. sala J, 3/6/2014, AR/JUR/23513/2014, Doc. Judicial, año XXX, n° 46, noviembre 2014, pág. 60 y Rev. Derecho de Familia y de las personas, año VI n° 11, diciembre 2014, pág. 70, con nota de MÍGUEZ, Sol, *Procedimiento, medidas y contingencias a la luz de la ley 24417*, cita on line AR/JUR/2560/2014.





# **PERSPECTIVAS DEL SISTEMA PENAL. SOBRE LA NECESIDAD DE UN DERECHO PENAL DE MENORES<sup>1</sup>.**

**Doctora María José Cruz Blanca**  
*Profesora Titular de Derecho penal*  
*Universidad de Jaén (España)*

## **SUMARIO**

Introducción. I.- Breve historia de los modelos de intervención sobre los menores infractores y su proyección en la legislación española. 1. El modelo tutelar y su proyección legislativa. 2. El modelo de responsabilidad y su proyección legislativa. II. ¿Por qué un Derecho penal de menores?. III. Las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Algunas críticas. IV. A modo de una brevísima conclusión.

## **Introducción**

La delincuencia juvenil constituye un fenómeno social al que las más diversas instancias internacionales han prestado, sobre todo a partir de las últimas décadas del pasado siglo XX, una continuada observación y atención. La trascendencia que la comunidad internacional ha otorgado a la delincuencia juvenil ha cristalizado en la redacción de diversas Resoluciones, Recomendaciones, Reglas y Directrices elaboradas por autorizados organismos -entre los que caben destacar a las Naciones Unidas y al Consejo de Europa- cuyos planteamientos han ido progresivamente conformando las legislaciones estatales sobre menores infractores de numerosos países que han plasmado gran parte de aquellas directrices internacionales. Los cambios producidos en la forma de intervenir sobre la delincuencia juvenil tienen mucho que ver con la evolución experimentada en las concepciones generales entorno a la infancia y la juventud<sup>2</sup> así como con las nuevas realidades sociales y criminológicas de los menores infractores a las que el Derecho debe ofrecer respuesta.

La finalidad del presente trabajo es poner de relieve el gran avance que en mi opinión supuso la sustitución del Modelo Tutelar, reflejado en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 vigente en España hasta el año 1991, por el Modelo de Responsabilidad adoptado por la vigente Ley

Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores<sup>3</sup>. Finalizaré con un análisis crítico de algunos aspectos de las sucesivas reformas operadas en la mencionada Ley porque creo que han “matizado en demasía” los principios esenciales que deben presidir una legislación penal de menores. Para ello comenzaré señalando de dónde nace, porqué y para qué el llamado Derecho penal de menores mediante la exposición de unos breves apuntes histórico-legislativos que ayudarán a comprender adecuadamente el sentido y la finalidad de la justicia penal juvenil.

## **I.- Breve historia de los modelos de intervención sobre los menores infractores y su proyección en la legislación española.**

Analizar la respuesta que deba darse a la delincuencia juvenil desde la perspectiva del modelo o paradigma que la sostiene resulta muy esclarecedor en tanto que los modelos constituyen guías estructurales que permiten asentar y clarificar el punto de partida teórico, también ideológico, sobre el que se construye el sistema de intervención que se defiende. La elaboración de modelos supone la teorización de realidades para la generalización de “lo particular” de forma que la abstracción que se realice sirva a la comprensión y tratamiento de lo concreto, desde unas pautas racionalizadoras y homogéneas. Un modelo de justicia de menores sustituye a otro no de manera casual, sino por la necesidad de adaptar sus planteamientos y propuestas de solución tanto a la propia evolución en torno a las concepciones generales sobre la infancia y juventud como a las nuevas realidades sociales y criminológicas de la llamada delincuencia juvenil a las que lógicamente el Derecho, en tanto estancia reguladora de la convivencia y de control social, ha de ir adaptándose si no quiere quedar anquilosado.

### **1. El Modelo Tutelar y su Proyección Legislativa.**

Durante siglos los menores infractores habían carecido de un cuerpo normativo y orgánico especializado y distinto al sistema penal de adultos estando sometidos, con ciertas modulaciones, al mismo procedimiento y penas que los adultos, pudiendo cumplirse incluso en los mismos establecimientos. No será hasta finales del siglo XIX cuando aparezcan por primera vez en la historia los Tribunales de menores<sup>4</sup> que se instaurarán también en España durante la primera mitad del siglo XIX.

Asentado sobre las bases teóricas del Positivismo Criminológico y del Correccionalismo, el modelo tutelar se caracterizaba, esencialmente, por diseñar un sistema de medidas que se imponían a los menores a través de unas “cauces procedimentales” desprovistos de las más elementales garantías jurídicas y cuya principal finalidad sería lograr la corrección del menor infractor.

Los presupuestos del modelo tutelar podrían ser resumidos esencialmente en las líneas:

- A.** Frente al postulado del libre albedrío sostenido por la Escuela clásica del delito, el modelo tutelar partiría del carácter anormal y patológico del menor que delinque; el menor infractor es considerado un sujeto inimputable y por ello irresponsable penalmente y peligroso para la sociedad. El carácter patológico del menor se revelaría no sólo en la comisión de infracciones penales, sino también en la ejecución de conductas desviadas socialmente -fugas del hogar, conductas inmorales o licenciosas, prostitución, desobediencia a la autoridad paterna, etc- frente a las cuales también se habría de intervenir mediante la aplicación de medidas correctoras.
- B.** El tratamiento que debían recibir estos menores no podía consistir en la imposición de penas ajustadas a la gravedad del delito cometido sino en medidas a las que se asignaba un carácter tutelar y corrector y que se adoptaban en función de las condiciones morales y sociales del menor, prescindiéndose de la gravedad de la infracción cometida.
- C.** En consecuencia, si las medidas se imponían al menor “por su bien”, la duración de aquéllas habría de ser indeterminada, hasta lograr su efectiva corrección. Es decir, si lo importante es que desaparezca la peligrosidad, el tratamiento habría de continuar hasta tanto se diluyera tal peligrosidad.
- D.** Respecto de la medida de internamiento, dado que el medio sociofamiliar en el que el menor infractor se había desarrollado había acreditado su nocividad, debía ser apartado de él mediante el internamiento, siempre “por su bien”; de ahí que el llamado reformatorio, esto es, la privación de libertad, se convirtiera en un instrumento fundamental en el sistema tutelar.

- E. Desde la perspectiva procesal, se crearía una jurisdicción especial separada de la jurisdicción ordinaria en la que se otorgaba un amplio poder discrecional al “juez de menores”, que no necesariamente debía ser juez en la medida que lo importante no era tanto garantizar los derechos de los menores sino, sobre todo, conseguir su corrección. En este contexto, el miembro del Tribunal tutelar debía actuar, más que como juez, como un buen padre de familia.
- F. Finalmente, si de lo que se trataba no era de imponer penas, sino medidas, y si se consideraba que “en el paternalismo no puede haber exceso”, no era preciso someter al Tribunal de menores a ninguna regla de procedimiento lo que, desde luego, significaba la violación de las garantías individuales del menor infractor tales como la presunción de inocencia, el derecho a asistencia letrada, la intervención del Ministerio Fiscal, etc., cuya intervención, por el contrario, sí podrían constituir un obstáculo para el buen desarrollo de la finalidad educativa y terapéutica que el modelo tutelar propugnaba.

Creo que no puede negarse que el modelo tutelar representó un gran avance en la intervención sobre menores infractores en la medida que su instauración supondría, al menos, prever un tratamiento distinto que el que se ofrecía a los adultos infractores de la Ley penal; no obstante, ello se haría a costa de instaurar una intervención que, con un mal entendido carácter paternalista, consideraba al menor como un enfermo social, mezclándolo y confundiéndolo con otros menores desprotegidos y que además violaba los derechos y garantías que cualquier persona, lógicamente también un menor, tiene reconocidos cuando se vea sometida a una intervención institucional que implique restricción de sus derechos.

En la legislación española los postulados del modelo tutelar se vieron fielmente reflejados en el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 (LTTM) que estaría vigente hasta 1991 cuando el Tribunal Constitucional, en su Sentencia n. 36/1991, de 14 de febrero, declarararía algunas de sus disposiciones inconstitucionales por vulnerar las garantías de los menores reconocidas en la Constitución y en los Tratados y Acuerdos ratificados por España, especialmente en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Haré mención a sus líneas básicas:

El art. 1 de la LTTM señalaba que los Tribunales Tutelares de menores debían estar integrados por personas mayores de 25 años, de moralidad y vida familiar intachables elegidos entre aquellas personas que por sus conocimientos técnicos fuesen las más indicadas para desempeñar la función tuitiva y reformadora que se les encomendaba<sup>5</sup>.

De otro lado, conforme establecía el art. 9 de la LTTM, estos Tribunales tenían asignada junto a la facultad protectora, la facultad reformadora ejercida para corregir a los menores autores de infracciones penales o incurso en alguna situación irregular (ser prostituido, licencioso, vago o vagabundo), es decir, se imponían medidas reformadoras por conductas no constitutivas de delito.

Como quiera que los miembros del Tribunal actuaban como padres de familia más que como jueces, el art. 15 LTTM disponía que sus actuaciones no se encontraban sometidas a las reglas de procedimiento vigentes en las demás jurisdicciones. Precisamente por la carencia de un procedimiento el Tribunal Constitucional consideraría que el mencionado art.15 vulneraba esencialmente dos principios básicos:

- 1) El principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, entendida como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho. Al no disponerse de un procedimiento específico, señalaría el Tribunal Constitucional, los miembros del Tribunal aplicaban distintas normas procesales “provocando inseguridad jurídica”.
- 2) Al mismo tiempo, el mencionado art. 15 LTTM vulneraba el principio de Tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE<sup>6</sup>. Al respecto, el Tribunal Constitucional recordaría que la regulación contenida en la LTTM estaba inspirada en el modelo positivista y correccionalista que consideraban al menor irresponsable de sus actos; por esa condición se estimaba que no era posible imponerle medidas de carácter sancionador, razón por la cual no era preciso aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas propias de otras jurisdicciones. No obstante, el Tribunal Constitucional consideró que en la intervención que se derivaba de la aplicación de la LTTM era en realidad un “proceso contra

menores a efectos penales” por lo que habría que concluirse que los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE habrían de ser igualmente respetados y, en consecuencia, si tales derechos se aseguran mediante reglas procesales y estos quedaban excluidos por el art. 15 LTTM, esta disposición debía ser declarada inconstitucional. No obstante, el Tribunal Constitucional también advertiría que dadas las especiales características del proceso penal de menores, no todos los principios y garantías habían de asegurarse en los mismos términos lo que sucedería, por ejemplo, con el principio de publicidad de las actuaciones que podrá restringirse con la finalidad de evitar efectos adversos para el menor que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones.

De otro lado, el art. 16 LTTM señalaba que la calificación de los delitos o faltas cometidos por menores prescindían del concepto y alcance con que se calificaban los hechos en el Código penal a la vez que se podían imponer con absoluta arbitrariedad cualquiera de las medidas previstas en el art. 17 LTTM sin limitación material o temporal alguna (hasta que alcanzaran la mayoría de edad). Ante ello el Tribunal Constitucional señaló que “resultaría paradójico que la atribución de estas conductas a un menor trajese como consecuencia una disminución en su contra de las garantías que gozaran si no lo fuese”. Por ello en su sentencia concluyó que, sin perjuicio de la necesaria flexibilidad que ha de tener el juez de menores para ponderar las circunstancias sociales y personales de los menores, el legislador no debe quedar liberado del principio de tipicidad que determina que para que un menor sea declarado responsable es preciso que la conducta que cometa se adecúe a todos los elementos previstos en el tipo penal que se le imputa.

En definitiva, la discrecionalidad para la adopción de las medidas debería tener en cuenta la correlación entre delito y falta y las penas por ellas previstas lo que significa que las medidas impuestas a los menores no podrán ser ni más graves, ni de duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase. Las medidas impuestas a los menores han de tender ciertamente a su reeducación, pero sin que se sobrepasen, en nombre de aquélla, los topes que para la persona adulta representa los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas.

Como conclusión puede afirmarse que en la LTTM sólo primaba la finalidad correctiva por encima de las garantías individuales de los menores pudiendo recibir estos últimos un tratamiento más grave que aquél que pudiera recibir el adulto en el mismo caso, al menos en dos sentidos:

- 1.- Falta de garantías (penales y procesales) en el enjuiciamiento de las conductas delictivas cometidas por menores de edad.
- 2.- Falta de límites a la resocialización pudiendo recibir un tratamiento más grave o duradero que el que le hubiera correspondido atendiendo a la gravedad de la infracción cometida.

## **2. El modelo de responsabilidad y su proyección legislativa.**

Debido esencialmente a la falta de garantías que implicaba la aplicación de los modelos tutelares se comienza, sobre todo a partir de la década de los años 80 del pasado siglo XX, a solicitar por distintas instancias internacionales que, con ciertas modulaciones, se reconocieran a los menores que delinquen las mismas garantías que a los adultos<sup>7</sup>. Estos textos internacionales fueron produciendo desde su promulgación un cambio progresivo en los sistemas de justicia juvenil de los países de nuestro entorno introduciendo los postulados y principios propios del denominado modelo de responsabilidad que han encontrado reflejo en nuestra legislación vigente, primero en Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores y, posteriormente, en la vigente LO 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Con este nuevo texto legal se produce el reforzamiento de la posición legal del menor y se conjuga lo educativo y lo judicial al preverse un tratamiento garantista y unas medidas de contenido eminentemente educativo.

Las características básicas de este modelo de responsabilidad pueden resumirse en los siguientes extremos<sup>8</sup>:

- Prevención antes que represión: la mejor manera de luchar contra la delincuencia juvenil es impedir que surjan delincuentes juveniles para lo cual se necesitan adecuados programas de asistencia social, laboral, económica y educacional entre los que no hay que olvidar

los encaminados a facilitar y hacer más accesible el uso adecuado del tiempo libre y del ocio.

- Se debe limitar al mínimo indispensable el uso del sistema de justicia tradicional e implantar nuevos sistemas de justicia especialmente enfocada y diseñada para el fenómeno de la delincuencia de menores, dejando para otros ámbitos (asistenciales y sociales) el tratamiento de otras situaciones en las que se puedan encontrar los menores (abandono, maltrato, inadaptación, etc.). Sobre ello cabría reflexionar sobre la gran cantidad de menores que viven en situación de riesgo o desamparo y preguntarse si ¿funcionan adecuadamente las instancias de protección de menores; ¿se atienden debidamente a tantos menores que se encuentran en situación real de desamparo: pobreza, abandono de sus padres, falta de escolarización, etc ?. Es posible que algunos de estos menores sean los futuros destinatarios del Derecho penal de menores aunque, desde luego, no los únicos ya que se viene constatando que en las llamadas “familias normalizadas” se están incrementando significativamente los niveles de delincuencia.
- Disminuir la intervención punitiva del Estado con la simultánea activación de estrategias preventivas en los campos de la asistencia social a menores, de la política social, del mercado de trabajo, de las ofertas de tiempo libre y de la política municipal en general, dando mayor protagonismo, asimismo, a la comunidad y a otros grupos de la vida social en la solución de conflictos y en la búsqueda de alternativas viables (como la familia, los trabajadores sociales, la escuela, la comunidad, las organizaciones sociales, etc.).
- Reducir al máximo las medidas o sanciones de privación de libertad, limitándolas a supuestos excepcionales.
- Diversificar la reacción penal con medidas flexibles que se puedan ajustar y adaptar a las circunstancias del menor, según las condiciones, el avance y el progreso en el tratamiento o en la ejecución de la medida, como alternativas a la privación de libertad.
- Aplicar a los menores infractores todos los derechos y garantías reconocidos a los adultos en el proceso penal (juicio justo, imparcial y equitativo).



- Profesionalizar y especializar a los órganos de control social formal que intervienen en el sistema de justicia juvenil. En este sentido, es de todo punto necesario proporcionar una formación especializada a todos los agentes que intervengan en la administración de la justicia de menores (policía, jueces, fiscales, abogados y profesionales que ejecutan las sanciones).

## II. ¿Por qué un Derecho penal de menores?

Como se ha señalado, la LRPM, respondiendo a los postulados del modelo de responsabilidad ha venido a instaurar un auténtico Derecho penal de menores que, de forma muy breve, puede ser definido como aquél sector del Derecho penal que se ocupa del tratamiento de los menores infractores de la ley penal, mayores de 14 y menores de 18 años<sup>9</sup>, a cuyo fin prevé la posibilidad de restringir coactivamente sus derechos mediante la imposición de unas sanciones que pretenden lograr su (re)educación.

Hasta aquí, salvo la edad de los sujetos, parece que nada distinguiría al Derecho penal de menores de un Derecho penal de adultos ya que este último también se aplica por la comisión de delitos frente a los que se imponen consecuencia jurídicas (penas) para lograr la reinserción (art. 25.2 CE). No obstante, es la forma de llevar a cabo la reinserción (reeducación) lo que verdaderamente distingue a un Derecho penal de menores a través de la articulación de unos mecanismos y fórmulas que no se utilizan en el Derecho penal de adultos.

¿Qué conclusiones cabría extraer de la calificación de la justicia penal juvenil como Derecho penal de menores?. Esencialmente dos son los planos a analizar:

- 1) El Derecho penal de menores es DERECHO PENAL porque se aplica por la comisión de infracciones penales y no por las necesidades asistenciales del menor (personales, familiares y sociales), sin perjuicio de que éstas tengan que ser valoradas en el momento de imposición de la medida concreta a través de los informes de los equipos técnicos. El primer presupuesto pues para aplicar la intervención sobre un menor es la constatación de que éste ha cometido una conducta que cumpla con todos los elementos de un

tipo y que no han concurrido ninguna causa que excluya o exima su responsabilidad penal (lo que encuentra reflejo en el art. 5 LRPM).

- 2) Por eso este Derecho penal es DE MENORES lo que significa básicamente que, una vez probada la responsabilidad del menor (con todas las garantías, esto es, jurídicamente) la imposición de las eventuales medidas habrá de llevarse a cabo de manera flexible (dando cabida a criterios no jurídicos) atendiendo esencialmente a la edad, circunstancias personales, sociales y familiares del menor (lo que se refleja en el art. 7.3 LRPM) y sin olvidar la gravedad del delito cometido que servirá como límite a la posibilidad de imponer una medida cuya naturaleza o duración se centre exclusivamente en necesidades reeducativas. En este punto la Exposición de Motivos de la LRPM señala que ha de primar el interés del menor “que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas”, aunque sigue insistiendo en que “sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales”.

De este modo, algunas conclusiones pueden extraerse de la consideración de la justicia juvenil como Derecho penal de menores:

- a. Explica la previsión legal de un amplio catálogo de medidas que buscan hacer frente a las necesidades particulares de cada menor infractor, algunas de las cuales son muy distintas a las penas previstas en el Código penal.
- b. Explica que frente al rígido sistema de determinación de las penas que preside el Código penal<sup>10</sup>, la LRPM consagre un sistema eminentemente flexible para determinar las medidas (en el que participan el juez y fiscal con una colaboración muy estrecha del equipo técnico a través de la redacción de sus informes) y que en esencia significa, conforme lo señalado en el art. 7.3 LRPM, que aquéllas se aplicarán atendiendo no sólo a la valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, circunstancias personales, familiares y sociales del menor.
- c. Es verdad que la LRPM recoge unas reglas de aplicación y duración de las medidas (arts. 9 y 10) pero, como puede apreciarse de su lectura, no

son sino reglas para limitar la duración de todas las medidas evitando que las posibles necesidades reeducativas de un menor sometido a una medida vayan más allá de lo establecido por el legislador (límites a la prevención espacial); también son reglas previstas para impedir que el juez imponga la medida más grave, esto es, el internamiento en régimen cerrado, por la comisión de cualquier delito pudiendo hacerlo sólo por la comisión de determinados delitos.

- d. Explica que el juez, en cualquier momento (aunque con algunas excepciones) pueda modificar la medida, suspenderla o dejarla sin efecto si la reeducación del menor se ha logrado antes de lo que estimaba en su proyecto educativo personal en el momento de dictar la sentencia. Claramente la efectiva reeducación prima sobre el aspecto sancionador de la medida al permitir su éxito reeducativo la renuncia a la medida impuesta.
- e. Explica la participación durante todo el proceso del equipo técnico que da a conocer al juez las circunstancias del menor y orienta en la imposición de las medidas (lo que en adultos se lleva a cabo en la fase de ejecución de a pena a través de los informes de los equipos de tratamiento que orientan sobre la calificación en grados de la pena privativa de libertad)
- f. Explica que, en determinados casos menos graves, no se incoe el procedimiento o se sobresea anticipadamente si se logra la reparación o conciliación entre el menor y la víctima.
- g. Explicaba, en la redacción originaria de la Ley, que no interviniera la acusación particular para no intoxicar el proceso encaminado siempre al interés del menor. Al respecto señalaba la Exposición de Motivos de la redacción inicial de la LO 5/2000 que “se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima u otros particulares”, que tras la reforma de 2006 ha quedado en papel mojado.

A diferencia de otras posturas que defienden la supresión de cualquier intervención de naturaleza judicial sobre los menores infractores, estimo que la opción más adecuada es la elaboración de un auténtico Derecho penal de menores, es decir, que sea capaz de conciliar garantías de

los ciudadanos menores sin renunciar al tiempo a una intervención formalizada de contenido y finalidad eminentemente educativos.

### **III. Las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Algunas críticas.**

El gran impulso que supondría la aprobación de la LO 5/2000, de 12 de junio para conciliar garantías, finalidad educativa y responsabilidad penal de los menores<sup>11</sup> ha debido enfrentarse a nuevas circunstancias y fenómenos sociales, planteando nuevos desafíos al legislador que ha impulsado reformas, de manera precipitada y hasta compulsiva, para atender a la sensación de inseguridad social en detrimento de los principios básicos e inspiradores de la justicia juvenil, acercándola de este modo a las finalidades propias de la justicia penal de adultos.

La línea político criminal seguida en la justicia juvenil española e los últimos años puede quedar claramente enmarcada en el contexto más general del llamado <Derecho penal de la seguridad>: la sensación de inseguridad que se ha ido generando en las sociedades contemporáneas, sobre todo a partir de acontecimientos de fuerte impacto por todos conocidas, hace que la reclamación de la protección de la seguridad tenga un gran consenso social y que la misma sea contestada con el fácil recurso al Derecho penal olvidando su carácter de ultima ratio. Tal recurso, más económico y de mayor impacto que otras líneas sociales de actuación y prevención del delito, pretende ofrecer una sensación tranquilizadora a la ciudadanía ante la alarma social generada por las exigencias sociales de criminalización y/o endurecimiento de las penas que potencian una función prácticamente simbólica del Derecho penal.

En efecto, en este contexto general del <Derecho penal de la seguridad> pueden situarse las sucesivas reformas de la LRPM con una marcado carácter retribucionista y preventivo-general sobre todo en su aspecto positivo de mantenimiento de la confianza de los ciudadanos en el sistema. Estas reformas han pretendido dar respuesta a específicas tipologías de delitos cometidos por los jóvenes generadoras de insistentes demandas sociales de “más seguridad” a través de más sanción. Sorprende especialmente que algunas de las reformas de la LO 5/2000 fueron aprobadas antes de su entrada en vigor (1 año), esto es, antes de que la

Ley pudiese acreditar, o no, su función reeducativa.

Paso a especificar brevemente las anteriores reflexiones subrayando las tipologías de delitos a los que ha ido respondido las sucesivas reformas de la LRPM.

- a. El terrorismo y la reforma operada por la LO 7/2000 de *modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo.*

Durante el periodo de *vacatio legis* (1 año), esto es, antes de su entrada en vigor, la LRPM fue objeto de importantes modificaciones que afectarían de manera sustancial a su espíritu y contenido, al establecer una agravación del tratamiento que se otorga a los menores que delinquen en atención, exclusivamente, a la gravedad del hecho cometido confundiendo las funciones que debe cumplir un Derecho penal de menores (interés superior del menor y reeducación) con las propias del Derecho penal de adultos<sup>12</sup>. De este modo se relegaría a un segundo plano la mayoría de los principios inspiradores de la justicia juvenil, principalmente el de interés superior del menor y la finalidad preventivo especial educativa sobre la que se asienta, primando, por el contrario, la finalidad aflictiva de la intervención.

Las razones de semejantes reformas legislativas parecen responder claramente a la gran alarma social generada por el recrudecimiento de los atentados terroristas llevados a cabo por la banda terrorista española ETA, particularmente los protagonizados por los jóvenes de la Kale Borroka; tampoco pueden olvidarse la ejecución por menores de edad de algunos hechos delictivos muy graves que tuvieron una gran repercusión mediática en nuestro país<sup>13</sup>.

- b. Las víctimas y la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Esta reforma modificó los arts. 8 y 25 LORPM para introducir la acusación particular añadiendo una disposición adicional sexta sobre futuras reformas para prolongar los internamientos, reforzar medidas de seguridad en centros y establecer la posibilidad de cumplimiento en centros penitenciarios

a partir de la mayoría de edad para los delitos de especial gravedad tales como los previstos en los arts. 138, 139, 179 y 180 CP.

- c. Bandas juveniles, acoso escolar y reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

Las razones de la reforma apoyadas sobre las tipologías referidas las expondría el entonces Ministro de Justicia, Sr. López Aguilar, en la presentación del entonces Proyecto de ley de reforma de la LORPM realizada ante el Congreso de los Diputados<sup>14</sup>. Merece la pena recoger las razones dadas por el Ministro para justificar la reforma al reflejar con absoluta nitidez las ideas generales señaladas al principio de este epígrafe y de las que cabría decir que se encuentran a caballo entre las posturas de corte más retribucionista defendidas por el grupo parlamentario del Partido Popular (enmiendas 161 y 167, 156, 164, 162, 170) y los planteamientos del resto de los grupos parlamentarios defensores de un retorno a los principios inspiradores del texto originario de la LRPM aprobado por LO 5/2000, de 12 de enero.

El Ministro comenzaría su exposición ante el Congreso de los Diputados justificando la necesidad de reformar la LRPM en la constatación de un incremento cuantitativo muy impactante de la delincuencia juvenil<sup>15</sup>, presupuesto justificador que resulta insistentemente refutado por los grupos políticos con representación parlamentaria en el Congreso -a excepción del Grupo popular- que alegarían una confusión en la lectura de los datos<sup>16</sup>, carencia de fuentes<sup>17</sup> y existencia de una gran alarma social mediáticamente generada<sup>18</sup>.

Tal aumento de la delincuencia, continuaba alegando el Ministro, necesita de una reflexión que se ha expresado en el Proyecto de Ley en los siguientes ámbitos de actuación:

- I) Fortalecimiento de la protección de las víctimas en una triple dimensión:

1. De las víctimas de los delitos cometidos por menores<sup>19</sup> olvidándose que una reforma que verdaderamente tenga en cuenta a la víctima implica la necesidad de preservar los aspectos educativos del proceso, la exigencia de celeridad, la conveniencia de proteger los aspectos más íntimos del menor y de su familia, no promover postulaciones puramente vindicativas sino una medida inspirada en el interés del menor y la dificultad de cohonestar la acusación particular con las posibilidades de salida del proceso de menores antes de su finalización.
  2. Aludiría también el Ministro de Justicia a los menores víctimas de delitos cometidos por otros menores que justifica, en su opinión, la inclusión de la medida de alejamiento para evitar la proximidad del menor al agredido lo que tiene una específica aplicación en los casos de acoso escolar.
  3. Se aludiría también para justificar la reforma de la LRPM a los menores sometidos a medida de internamiento agravado ofreciendo el Sr. Ministro en mi opinión un argumento realmente kafkiano al justificar el incremento de las medidas en la protección de los menores para que no sean victimizados por el cumplimiento de las medidas que se le impongan, en especial las privativas de libertad en centros de internamiento no penitenciarios. Señalaba que “para evitar la segunda victimización del menor, en cumplimiento de las medidas de internamiento hay una potenciación de la discreción judicial para disponer de la transferencia de aquellos menores que, de acuerdo con todas las pericias y los informes técnicos y del Ministerio Fiscal, evidencien más resistencia a la resocialización y a la rehabilitación para la vida en libertad a través del tratamiento en los centros de internamiento, a centro de naturaleza penitenciaria”.
- II) Incidencia de la delincuencia juvenil en bandas organizadas, por tanto, de la criminalidad juvenil organizada.** En este aspecto el Ministro sostenía que la proliferación de los delitos cometidos por bandas de jóvenes ha incidido en la nueva posibilidad prevista en

la ley de adopción de la medida de Internamiento en régimen cerrado aunque la naturaleza de los delitos no sea violenta lo que califica de reforma “sensata, adecuada y oportuna, porque ayuda a sustraer al menor del ambiente criminógeno que muchas veces –demasiadas- ha condicionado su conducta delincencial o antisocial”. Entiendo que si realmente, como se afirma por el Ministro, estos menores precisan de atención educativa y social, no es aconsejable que la misma se pretenda ofrecer a través del internamiento penal sino a través de servicios sociales de protección de menores.

**III) Necesidad de potenciar la capacidad del juez de adoptar medidas individualizadas a las circunstancias y a las condiciones de cada caso y las necesidades de defensa social (la prevención general.)**

El Ministro de Justicia, saliendo al paso de los grupos parlamentarios que afirmaban que el Proyecto de ley es una iniciativa de endurecimiento de la ley penal del menor en relación con los delitos más graves señala, sostenía que en realidad con la reforma “el juez dispone de una panoplia más amplia de herramientas, menos mecanicista en la formulación de la respuesta para aplicar a cada menor el tratamiento que resulte más adecuado a la perspectiva que debe orientar en todo caso la legislación y su aplicación para su recuperación para la vida en libertad intensificando o, en su caso, extendiendo en el tiempo las medidas”; de este modo se marca “un mensaje de compromiso con la sociedad, con la prevención general y con la importancia que da a la sociedad a que los menores perciban claramente que las instituciones de corrección del menor están determinadas a marcar la línea distintiva entre el bien y el mal, entre lo que merece un mayor o menor reproche social, un reproche social más o menos intenso”<sup>20</sup>. Olvida el Sr. Ministro que las reformas propuestas en el Proyecto de Ley, por el contrario tienden a recortar el margen de flexibilidad al prever más casos en los que se puede imponer el internamiento en régimen cerrado en la línea ya iniciada por la 7/2000.

Abundando en argumentaciones de defensa social de corte preventivo-general, el Ministro de Justicia justificaba la ampliación de los plazos de medidas cautelares y prescripción. En relación con las primeras, se amplía el plazo de 3 meses a 6 para poder asegurar la instrucción



del proceso y cumplir por completo con la investigación “antes de que la escasa duración de la medida cautelar, en su caso privativa de libertad, produzca efectos corrosivos para el crédito de las instituciones o para el funcionamiento del sistema o, en su caso, perjudiciales para el funcionamiento de la justicia”. En relación con los plazos de prescripción de las faltas que se elevan de 3 a 6 meses señala que se hace “para evitar la sensación de impunidad o lenidad que socialmente ha sido detectada en el funcionamiento práctico del sistema”.

- d. La falta de recursos personales y materiales y las *Leyes Orgánicas 9/2000, de 1 de julio y 9/2002, de 10 de diciembre*. Ambos textos reformadores han ido suspendiendo la aplicación del art. 4 LRPM que permitía la aplicación de la Ley a los jóvenes de 18 a 21 años en determinados supuestos. La LO 9/2000 suspendió tal posibilidad durante dos años y, posteriormente, la LO 9/2002 lo hace hasta el 1 de enero de 2007. No obstante la entrada en vigor de la LO 2006 ha generado una situación verdaderamente problemática. La LO 2006 entró en vigor el 5 de febrero mientras que la suspensión finalizó el 1 de enero; por tanto median 36 días en los que cabría aplicar el art. 4 siendo éste el parecer del Consejo General de la Abogacía<sup>21</sup> y al que expresamente se ha opuesto la Fiscalía General del Estado<sup>22</sup>.

#### IV. A modo de una brevísima conclusión

Del análisis de las justificaciones de las sucesivas reformas operadas se puede concluir que el sistema penal juvenil incluido en la LO 5/2000, de 12 de enero ha estado permanentemente cuestionado en atención a la idea distorsionada de que la ley es un texto demasiado “blando” con los menores infractores, así como en atención a las exigencias sociales de buscar más seguridad a través de la previsión de castigos ejemplarizantes. Por ello se hace preciso no olvidar la posibilidad de conjugar educación y defensa social en el marco del derecho penal de menores. La intervención propia de un Derecho penal de menores deberá ser coherente con su doble naturaleza (sancionadora-educativa) y debe respetar los contenidos mínimos propios de cada una de estas perspectivas.

## Notas Bibliográficas

- 1 Este trabajo constituye el texto de la conferencia que, bajo el mismo título, impartí en la Sala de Juramentos del Palacio Nacional de Justicia de Perú el día 25 de julio de 2016.
- 2 A lo largo de la historia han existido diversas concepciones sobre la infancia y la juventud que han respondido fundamentalmente a tres modelos diferentes: a) el modelo de propiedad o patrimonial que parte de que los niños son propiedad absoluta de los padres; b) el modelo de protección iniciado en el S. XVIII y vigente durante el siglo XIX que se fundamenta en el principio de preservación o protección c) Modelo personalista o individualista surgido en el siglo XX conforme el cual los niños pasan a ser considerados como individuos titulares de unos derechos que deben ser respetados.
- 3 Anteriormente, por la Ley Orgánica de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores de 1992, que vino a llenar el vacío legislativo que dejarían las disposiciones declaradas inconstitucionales hasta la aprobación de la vigente LORPM.
- 4 Hecho que suele situarse en la ciudad de Chicago en 1889 donde se crea el primer Tribunal de menores; rápidamente se extenderá por la casi totalidad de los estados de Norteamérica y comenzarían a extenderse al resto de los continentes, entre ellos Europa, donde encontró también plena aceptación.
- 5 Como se ha dicho, la LTTM convertía a estos Tribunales en órganos híbridos administrativo-jurisdiccionales, nombrados por el Ministerio de Justicia y dependientes del llamado Consejo Superior de protección de menores (adscrito a dicho Ministerio). A pesar de que en 1976, mediante Decreto 414/1976 se permitió compatibilizar al personal de la carrera judicial y fiscal sus funciones con el ejercicio de la jurisdicción de menores, no fue hasta la LO 6/1985, de 1 de julio cuando en cumplimiento de la Constitución española se sustituyen los Tribunales Tutelares de Menores por Jueces de menores, incardinados en la jurisdicción ordinaria. A partir de entonces, los jueces de menores son jueces ordinarios y especializados.
- 6 Dispone el Art. 24 de la CE que: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de un letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (...)”.
- 7 Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1985 (Reglas Beijing); Convención de los Derechos del Niño de 1989 (especialmente sus arts. 37 y 40), que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno desde el año de su ratificación por España en 1990; Recomendación nº 29 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reacciones Sociales a la Delincuencia Juvenil; Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1990 (Directrices de RIAD), entre otros.
- 8 Sobre ellas vid. el epígrafe 3.3.1. del Dictamen del Comité Económico Social Europeo sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión europea”, disponible en soporte electrónico en Internet.

- 9 El art. 19 del CP español señala que: “Los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor”.
- 10 Cada uno de los delitos tipificados en el Código penal asocian a las conductas una pena con un marco de duración sobre el cual se aplicarán, en su caso, unas reglas tasadas de determinación de las penas (arts. 61 y siguientes del CP).
- 11 Así lo expresa claramente la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, “asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable”
- 12 La LO 7/2000 introdujo en la LRPM una nueva **Disposición Adicional cuarta** que, además de contemplar algunas previsiones de carácter orgánico y procesal (por ejemplo la creación del Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional que supone una excepción a las reglas generales de competencia de los Juzgados de Menores previstas en el artículo 2 LRPM), contiene una régimen agravado en atención a que el delito cometido por el menor sea constitutivo, no sólo de los delitos de terrorismo -como anuncia la rúbrica de la reforma-, de los arts. 571 a 580 CP, sino también de los delitos de homicidio (art. 138 CP.), asesinato (art. 139 CP), agresiones sexuales de los arts. 179 y 180 CP, y de cualquier otro delito sancionado en el Código penal con una pena de prisión igual o superior a quince años, salvo en los supuestos en que el autor de estos delitos fuese un joven mayor de 18 años en cuyo caso quedaba automáticamente excluido del ámbito de aplicación de la Ley penal del menor.
- 13 Algunos de ellos fueron : el conocido como “parricidio de la katana”: un joven de dieciséis años asesinó a sus padres y a su hermana de 9 años de edad en su domicilio en Murcia (2000); el mismo año, unos meses después, en San Fernando (Cádiz) Clara García Casado, de 16 años, es asesinada de 18 puñaladas y degollada, presuntamente por dos compañeras de la víctima, ambas de dieciséis años; en Jaén, (año 2000), un joven iliturgitano de 24 años fue apuñalado presuntamente por cuatro jóvenes, dos de los cuales tenían 14 y 16 años; en la misma ciudad, en 1998, Antonio Carrillo Padilla de 11 años de edad fue encontrado muerto a cuchilladas en un olivar, con señales de haber sido violado, el autor y el cómplice tenían 16 años de edad; el conocido como “crimen de Bajamar”: en el año 1998 un joven de diecisiete años de edad asesinó a un niño de seis años, clavándole 16 veces una tijeras y aplastándole la cabeza con una piedra de 20 kilos de peso en La Laguna (Tenerife). Vid diario EL PAIS de 7 de enero y de 12 de enero del 2001 y diario JAEN de 21 de enero de 2001.
- 14 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n. 163 de 23-3-2006. pp. 8144-8161. Las intervenciones de los distintos grupos parlamentarios a las que me referiré se contienen en el citado Diario de Sesiones.
- 15 Señalaba que entonces los datos ofrecidos por el Ministro eran los siguientes: 11.000 causas en el año 2002, 22.000 en el año 2004 lo que, afirmaba, constituye un crecimiento cuantitativo muy impactante que requiere de una reflexión. Posteriormente el Grupo Parlamentario Socialista especifica que la fuente de esos datos que reclama otro grupo parlamentario son las sentencias condenatorias de los Juzgados de menores registradas en el registro de menores

del Ministerio de justicia que estima objetivos, no habiendo otros más objetivos, poniendo de manifiesto que los datos del ministro implican un incremento del 80% de las sentencias condenatorias.

- 16 Por ejemplo, el Grupo Parlamentario Vasco recordaba el voto particular del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que ponía en tela de juicio la justificación esgrimida por el Ministro para agravar el régimen punitivo puesto que, según ellos, habría más bien una tendencia a la baja desde la entrada en vigor de la ley. En la misma línea de argumentación se situaba el Grupo de IU-IC precisando que según el voto particular del CGPJ ha habido una reducción desde el año 2002 del 33%, así como una reducción del 18% en la ejecución de las medidas. Abundando en el mismo razonamiento, el grupo parlamentario de Esquerra Republicana sostendría que la reforma que se justificaba en el incremento de la criminalidad juvenil no coincidiría con los datos que el secretario de Estado de Seguridad ofreció ante el Congreso al que facilitó un informe sobre los indicadores de la evaluación de la seguridad pública desde enero a diciembre de 2005 donde se afirmaba un importante descenso de la criminalidad juvenil en un 5,2% recalando que este descenso se hacía particularmente palpable en las infracciones contra el patrimonio que representaban en esos momentos casi el 70% de esta criminalidad y que bajaban un 7,7% considerando este grupo parlamentario que había sido la presión social la realmente motivadora del cambio legal en la LRPM.
- 17 El Grupo Parlamentario Vasco le contestaría que “se echa en falta una evaluación en serio de la aplicación de la ley y un estudio criminológico a fondo”.
- 18 Esta sería la opinión del Grupo Parlamentario de CIU que, partiendo de que no hay incremento de delincuencia ni de detenciones, y de que el proyecto de ley fundamente la reforma en dos causas, la primera un pretendido incremento de la delincuencia juvenil y una segunda la sensación de inseguridad por parte de la sociedad, se preguntaba: ¿Por qué hay una sensación de incremento de la delincuencia en estos años? Considerando que “viene motivada por algunos casos importantes, muy mediáticos, muy graves en la aplicación de la Ley 5/2000 (...) que han emitido una luz de alerta sobre algunos aspectos de la ley, pero sobre todo algunas interpretaciones que se ha hecho de la misma. Puede que ustedes se hayan dejado llevar por ese efectismo, por esa luz de alarma que existe y quizás hemos fallado en el diagnóstico. (...) ¿de dónde viene esa sensación de inseguridad, que era la segunda causa que motivaba la presentación del proyecto de ley?” en su opinión esa sensación de inseguridad no viene tanto de la duración de las medidas cautelares o principales “sino que en muchas ocasiones viene de una tremenda lentitud de la justicia en su conjunto y de manera muy especial en la justicia de menores. Esa lentitud provoca, que en caso de delitos que no son los más graves, que el menor que ha delinquido, pero que todavía no ha entrado en la aplicación de ningún tipo de medidas de internamiento, vuelva a delinquir. Como no le ha pasado nada formalmente y se mueve incluso en su entorno social, en su barrio, en su distrito, la sensación global de la sociedad es preguntarse qué está pasando y piensan que hay cierta impunidad”.
- 19 Lo que plasma la postura que tuvo la LO 15/2003 cuando introdujo la personación de la acusación particular en el proceso de menores. Con la reforma se produce un refuerzo del secretario judicial en el proceso para que mantenga informada a la víctima del delito de todas las incidencias procesales y administrativas que puedan interesarle o concernirle; también se produce un refuerzo de la sustanciación de la responsabilidad civil derivada del delito vinculada a la penal en un único procedimiento. En relación con esta cuestión, el grupo parlamentario socialista señala dos méritos fundamentales de esta reforma “no ha habido ninguna ley de protección penal del menor (...) que haya tenido como ambición política la protección de la víctima como ésta. Nunca como ahora se garantiza la protección de la víctima.

(...) y que debe tener una respuesta de acogimiento, de apoyo y de bienestar por parte de la sociedad y del Estado”.

- 20 El grupo parlamentario socialista justificaba el endurecimiento diciendo: “qué menos que permitir que el juez, individualizando la sanción, pueda permitir sanciones de régimen cerrado, entre otras cosas, señorías –y estoy seguro que esto lo queremos todos- para evitar que el menor siga teniendo un ambiente que favorezca el delito. (...) no todo es más penas por más delito graves –que tendremos que hablar sobre ello-, es más atención al menor, más atención individualizada a su sanción, más atención a la víctima y más reproche social en atención al derecho a la seguridad, que también es un valor desde la izquierda, y es más atención y reproche a aquéllos que transgreden la norma y, por tanto, rompen el valor de izquierdas, que es la seguridad individual y colectiva (...) menor, víctima y seguridad, en este encuentro parlamentario estaremos todos”.
- 21 Circular 2/2007 sobre el régimen transitorio para mayores de 18 años y menores de 21 años recomendando a los letrados que soliciten a través del correspondiente incidente la aplicación del art. 4 LRPM
- 22 La Instrucción n.5/2006 sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, ya que “una lectura reflexiva y ajustada a los examinados criterios legales de interpretación del Derecho, conduce directamente a concluir que existe una contradicción material insoslayable entre la norma sustantiva que ordena la derogación del artículo 4 de la L.O. 5/2000, esto es, la Disposición derogatoria única de la L.O. 8/2006, en relación con el nuevo texto de dicho artículo, y, por otro lado, la Disposición Final de la misma, en relación con la Disposición Transitoria de la L.O. 9/2002. Tal contradicción sólo puede resolverse en el sentido de entender que la norma derogatoria excluye lógica, sistemática, contextual, histórica y teleológicamente el efecto formal involuntariamente derivado del mantenimiento, por olvido del Legislador, de dicha Disposición Transitoria”.



# **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL MODELO DE INTERVENCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA LEY 30364**

Alex F. Plácido V.

Docente de la Academia de la Magistratura

## **Introducción**

El modelo de intervención contra la violencia de género de la Ley 30364 contempla un proceso especial con dos etapas secuenciales. La primera, que denominaremos etapa de protección, se inicia ante los Juzgados de Familia y concluye con el otorgamiento de las medidas de protección requeridas según las circunstancias; lo que se debe producir dentro del plazo de 72 horas de recibida la denuncia y son concedidas en audiencia oral. La segunda, que denominaremos etapa de sanción, sigue ante los órganos jurisdiccionales en materia penal (Juzgados Penales o Juzgados de Paz Letrados) y concluye con la expedición de una sentencia absolutoria o condenatoria por delitos vinculados a hechos que constituyen actos de violencia contra la mujer; lo que se debe producir previa remisión de los actuados a la Fiscalía Penal para la formulación de la denuncia penal correspondiente.

Dentro de este modelo, la vigencia de las medidas de protección que los Juzgados de Familia pueden otorgar está supeditada al resultado de lo que ocurra en la instancia penal. Así, en el primer párrafo del artículo 23 de la Ley 30364 se dispone: “La vigencia de las medidas dictadas por el juzgado de familia o su equivalente se extiende hasta la sentencia emitida por el juzgado penal o hasta el pronunciamiento fiscal por el que se decide no presentar denuncia penal por resolución denegatoria, salvo que estos pronunciamientos sean impugnados”. Vale decir que, si el Fiscal Penal deniega la formulación de denuncia penal o el Juzgado Penal (y, en su caso, el Juzgado de Paz Letrado) emite sentencia absolutoria, las medidas de protección dictadas por el Juzgado de Familia dejan de tener vigencia.

Sin embargo, la realidad informa que este modelo de intervención contra la violencia de género viene generando mayor indefensión en la medida que el Fiscal Penal deniega la formulación de denuncia penal por la falta de tipo penal o por la imprecisión en el tipo penal. Lo primero se presenta respecto de la violencia económica o patrimonial que no tiene

prevista un tipo penal. Lo segundo se evidencia con relación a la lesión psicológica, cuya configuración penal resulta imprecisa pues el artículo 124-B incorporado por la Ley 30364 sólo señala que la “lesión psicológica es determinada mediante valoración realizada de conformidad con el instrumento técnico oficial especializado que orienta la labor pericial, con la siguiente equivalencia: a) Falta de lesiones leves: nivel leve de daño psíquico. b) Lesiones leves: nivel moderado de daño psíquico. c) Lesiones graves: nivel grave o muy grave de daño psíquico”.

Frente a este panorama, resulta evidente que cualquier medida de protección que se otorgue en casos de violencia económica o patrimonial y violencia psicológica tendrá una eficacia virtual y no real, en la medida que resulta manifiesto que en el ámbito penal las denuncias no prosperarán. Con ello, el ciclo de la violencia se mantendrá y las víctimas se verán sometidas a represalias.

Lo descrito se produce por la manera en que se ha concebido en la Ley 30364 el modelo de intervención contra la violencia de género que contempla un proceso especial con dos etapas secuenciales, sin advertir que la participación de los diferentes órganos jurisdiccionales responde a propósitos diferentes y, por tanto, autónomos; por lo que, la vigencia de las medidas de protección es independiente de lo que ocurra en el ámbito penal. Para demostrar la aludida autonomía recurriremos a la Convención Americana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, también conocida como *Convención Belém do Pará*.

### **El modelo de intervención contra la violencia de género conforme a la *Convención Belém do Pará***

El artículo 7 de la *Convención Belém do Pará* contempla las obligaciones que los Estados partes han asumido para condenar todas las formas de violencia contra la mujer y, a partir de ellas, deben adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente:

- a. *abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;*



- b.** *actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
- c.** *incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;*
- d.** *adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;*
- e.** *tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;*
- f.** *establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;*
- g.** *establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y*
- h.** *adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención”.*

Los deberes estatales señalados contienen los principios básicos del modelo de intervención contra la violencia de género, que deben ser considerados para la armonización de la legislación interna de los Estados partes. Interesa para esta investigación los deberes aludidos en los incisos b), c), d), e) y f).

- 1.** *El deber de actuar con la debida diligencia.* Este deber comprende la organización de toda la estructura estatal, incluyendo el marco

legislativo, las políticas públicas, los órganos encargados de implementar la ley como la policía, y el sistema judicial, para prevenir y responder de forma adecuada y efectiva a la violencia contra la mujer<sup>1</sup>.

Bajo el deber de actuar con la debida diligencia, los Estados deben adoptar medidas integrales: contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Por ello, implica la obligación estatal de organizarse y coordinarse internamente para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia.

El deber de actuar con la debida diligencia requiere de la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales. Especialmente se requiere de coordinación eficaz entre los diferentes operadores/as de justicia (policía, servicios forenses y fiscalías), quienes son fundamentales para combatir la impunidad e infundir confianza al público en el sistema de justicia.

2. *El deber de incluir en la legislación interna normas penales, civiles y de otra naturaleza.* Este deber exige un marco jurídico integral y eficaz para combatir la violencia contra las mujeres; requisito indispensable para eliminar la impunidad.

Por ello, la legislación adoptada por el Estado debe permitir a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de violencia y prevenir adecuadamente la violencia contra las mujeres; por lo que, se debe propiciar que los funcionarios/as responsables tengan la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra las mujeres y la voluntad para actuar de inmediato.

Asimismo, los Estados deben tipificar como delito en su derecho interno todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres, incluida la violencia sexual en el contexto conyugal y otras formas de violencia doméstica<sup>2</sup>.

Este deber obliga a tomar medidas efectivas conducentes a enviar un mensaje a la sociedad de que la violencia contra las mujeres no es aceptable ni permitida. Esto exige que los gobiernos también asignen los recursos presupuestarios suficientes para hacer frente a la violencia contra las mujeres.

3. *El deber de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de continuar ejerciendo violencia contra la mujer.* Las medidas a que alude el inciso están dirigidas al agresor y su objetivo es evitar que continúe ejerciendo violencia contra las mujeres. Se trata de medidas jurídicas que deben ser dictadas u ordenadas por autoridades estatales bajo parámetros legalmente establecidos centradas en modificar la conducta del agresor a efecto de que se abstenga de cualquier conducta que pudiere resultar ofensiva para la víctima y su familia; las que pueden ser de carácter penal o civil, condición que hará variar el tipo de sanción al agresor en caso de incumplimiento. Tienen por finalidad proteger a la víctima de más agresiones<sup>3</sup>.

Por lo tanto, los Estados deben promover políticas para abordar diferentes mecanismos de conminación, más allá de las medidas de protección, como la detención y el enjuiciamiento aún y cuando la mujer víctima no denuncie, pero las autoridades tienen razones fundadas para creer que se ha producido un delito, o que existe riesgo grave para la mujer, o cuando la policía es testigo de la comisión del delito.

4. *El deber de abolir leyes y modificar prácticas que perpetúen estereotipos de género.* Este deber se justifica toda vez que existen leyes, políticas y prácticas que pueden perpetuar estereotipos de género, lo que provoca que a través suyo se tolere o respalde la violencia contra las mujeres. Se requiere, por tanto, de instrumentos sencillos que eliminen los patrones socioculturales de conducta y funciones estereotipadas de mujeres y hombres; dirigidos a lograr la igualdad de género en todos los niveles tanto en el ámbito público como privado.

Se trata de reformar la legislación civil, penal y de cualquier naturaleza, a fin de evitar limitaciones en el ejercicio de los derechos de las

mujeres, especialmente su derecho a una vida libre de violencia; donde la sencillez y oralidad rijan el desarrollo del procedimiento.

Este deber se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.

Las normas que sean incompatibles con los derechos humanos carecen de efectos jurídicos. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones del tratado internacional no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídico<sup>4</sup>.

5. *El deber de establecer un proceso justo y eficaz.* El acceso a la justicia constituye la primera línea de defensa de los derechos humanos de las víctimas de violencia de género. Por lo tanto, se requiere que sea sencillo y eficaz y que cuente con las debidas garantías que protejan a las mujeres cuando denuncian hechos de violencia. Debe ser no sólo un recurso para procesar y condenar a los responsables de los actos de violencia, sino que principalmente debe servir para interrumpir y prevenir la violencia.

Por eso, el objetivo final de los esfuerzos de los Estados al investigar y castigar los actos de violencia contra las mujeres y al ofrecer protección y reparación a las víctimas de ese tipo de violencia es la prevención de una nueva victimización y de sucesivos actos de violencia<sup>5</sup>.

La investigación no debe ser una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Se impone la actuación *de oficio* de la autoridad que investiga un acto de violencia, lo que no importa desconsiderar el principio de imparcialidad.

La investigación en casos de violencia contra las mujeres tiene que hacerse con una perspectiva de género. En este sentido, la importancia de crear tribunales específicos como tribunales para violencia familiar, intrafamiliar o doméstica, violencia sexual y trata de personas, lo que permitirá no solo brindar un tratamiento especializado al tema, sino también más expedito<sup>6</sup>.

Considerando las desiguales condiciones de poder entre hombres y mujeres, la conciliación, la mediación y otros métodos orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres deben ser erradicados porque perjudican a las mujeres por encontrarse en una situación de desventaja y desigualdad, y obstaculizan su derecho de acceder a la justicia y a la eventual sanción del agresor y reparación del daño.

Las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación.

El proceso de protección debe incluir la adopción de medidas de protección que eviten que las mujeres queden desprotegidas y a merced de las represalias de sus agresores. Una medida de protección representa una determinación judicial de riesgo, por ello deben ser inmediatas y efectivas; y, deben responder a la urgencia de la situación, por eso su naturaleza será variada<sup>7</sup>. Deben ser capaces de proteger a la mujer víctima, a sus familiares y a testigos; pudiéndose otorgar sin necesidad de iniciar procedimientos civiles o penales<sup>8</sup>.

La descripción realizada a los deberes estatales aludidos en los incisos b), c), d), e) y f) del artículo 7 de la *Convención Belém do Pará* pone en evidencia los propósitos del modelo de intervención contra la violencia de género conforme a este Tratado de Derechos Humanos:

- a) Interrumpir el ciclo de la violencia contra la mujer, con la adopción de medidas inmediatas que responden a la urgencia de la situación, representan la determinación judicial de riesgo y están centradas

en modificar la conducta del agresor a efecto de que se abstenga de continuar vulnerando derechos fundamentales y, en especial, el derecho a una vida libre de violencia; protegiendo a la víctima de más agresiones.

- b) Investigar y castigar al autor de los actos de violencia contra las mujeres para prevenir una nueva victimización y sucesivos actos de violencia; para ello, se requiere tipificar como delito todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres.

Estos propósitos ponen de manifiesto que, por su urgencia, la interrupción del ciclo de la violencia contra la mujer se realiza con medidas de protección que constituye un mecanismo de intervención basado en la existencia de un riesgo real que amenace derechos; esto es, que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual o remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato. En cambio, la investigación y castigo al autor de los actos de violencia es un mecanismo de intervención mediato, destinado a acreditar la participación en la comisión del ilícito penal y, por tanto, sancionarlo punitivamente. Como se aprecia, estos propósitos se complementan pero resultan autónomos en razón de perseguir fines distintos y valerse de medios diferentes.

### **El modelo de intervención contra la violencia de género conforme a la *Convención Belém do Pará* en la legislación comparada de los Estados partes**

Los propósitos del modelo de intervención contra la violencia de género han sido comprendido por los países que son suscriptores de la *Convención Belém do Pará*; comprobándose la regulación de un diseño con características comunes. Así, por ejemplo, Argentina con la Ley 26.485 denominada “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, se ha ocupado del procedimiento a seguir para la adopción de las medidas preventivas urgentes de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres; las que son adoptadas *inaudita altera pars*, determinando su duración de acuerdo a las circunstancias del caso. Dentro de las 48 horas de adoptadas las medidas, se

convoca a una audiencia a la que obligatoriamente debe asistir el presunto agresor; pudiéndose aplicar sanciones en caso se incumplan las medidas adoptadas. Rige el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, Bolivia con la Ley 1674 denominada “Ley contra la violencia en la familia o doméstica”, ha señalado que el conocimiento de los hechos de violencia familiar o doméstica son de competencia de los jueces de familia; mientras que, los hechos de violencia que constituyan delitos tipificados en el Código Penal son de competencia exclusiva de los jueces penales. Indica que el juez de familia de oficio, a petición, de parte o del Ministerio Público, podrá disponer las medidas cautelares que correspondan, destinadas a garantizar la seguridad e integridad física o psicológica de la víctima. También podrá ordenar la ayuda de la fuerza pública para su cumplimiento. Precisa que las medidas cautelares son de carácter esencialmente temporal y no podrán exceder del tiempo de duración del proceso.

Brasil, con la Ley 11.340/2006 denominada Ley María Da Penha, ha reconocido una intervención a cargo de los juzgado de violencia doméstica y familiar contra la mujer y otra de los juzgados penales; cuando precisa que al proceso, al juzgado y a la ejecución de las causas civiles y criminales derivadas de práctica de violencia doméstica y familiar contra la mujer se aplicarán las normas de los Códigos de Proceso Penal y Proceso Civil y de la legislación específica relativa al niño, al adolescente y a las personas mayores que no entren en conflicto con lo establecido en esta Ley. Dispone que una vez recibido el expediente con el pedido de la ofendida, el juzgado de violencia doméstica y familiar contra la mujer, en el plazo de 48 horas deberá decidir sobre las medidas de protección de urgencia, determinar el envío de la ofendida al organismo de asistencia judicial, cuando sea el caso; y, comunicarle al Ministerio Público para que adopte las medidas pertinentes. Las medidas de protección de urgencia se podrán conceder de inmediato, independientemente de audiencia de las partes y se aplicarán de manera aislada o cumulativa, y podrán ser sustituidas a cualquier

momento por otras de mayor eficacia, toda vez que los derechos sean amenazados o vulnerados.

En lo que respecta a Chile, con la Ley 20.066 denominada “Ley de violencia intrafamiliar”, regula el tratamiento para los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito; los que son de conocimiento de los juzgados de familia, órgano jurisdiccional que puede adoptar las medidas de protección que correspondan “cuando exista una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no se haya llevado a cabo”. Resulta interesante destacar los criterios fijados por esta legislación para presumir la existencia de una situación de riesgo inminente: a) cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor; b) cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N°17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta; y, c) cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima.

En lo que se refiere a Colombia, con la Ley 1257 de 2008 denominada “Ley por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”, se reconoce a toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, el derecho a pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente. Agrega que si la autoridad competente determina que



el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. Destaca que estas mismas medidas podrán ser dictadas en forma provisional e inmediata por la autoridad judicial que conozca de los delitos que tengan origen en actos de violencia intrafamiliar.

Uruguay, con la Ley 17.514 denominada “Ley que declara de interés general las actividades orientadas a la prevención, detección temprana, atención y erradicación de la violencia doméstica”, otorga competencia a los Juzgados en materia de familia para cuestiones no penales de violencia doméstica y en las cuestiones personales o patrimoniales que se deriven de ella; órganos jurisdiccionales competentes también para atender situaciones de urgencia en violencia doméstica. Destaca que para atender las situaciones de urgencia, el Juez, de oficio, a petición de parte o del Ministerio Público deberá disponer todas las medidas tendientes a la protección de la vida, la integridad física o emocional de la víctima, la libertad y seguridad personal, así como la asistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar. Indica que el Juez ordenará al Alguacil o a quien entienda conveniente, la supervisión de su cumplimiento y convocará una audiencia, en un plazo no mayor de diez días de adoptada la medida, a los efectos de su evaluación. En caso de no comparecencia, el Juez dispondrá la conducción del agresor. En caso de incumplimiento de las medidas, el Juez ordenará el arresto del agresor por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas. Las medidas tiene el alcance y la duración que disponga el juzgado, sin perjuicio de la sustanciación de la pretensión, de su modificación o cese; por lo que, una vez adoptada la medida cautelar y efectuada la audiencia referida, los autos deberán ser remitidos al Juzgado que venía conociendo en los procesos relativos a la familia involucrada.

### **El control de convencionalidad del modelo de intervención contra la violencia de género de la Ley 30364**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado el deber de los jueces y tribunales nacionales de no aplicar normas internas contrarias a los deberes internacionales de los Estados en materia de derechos

humanos. A tal efecto, ha interpretado que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional de derechos humanos, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes o prácticas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, el control de convencionalidad ha quedado definido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquélla<sup>9</sup>.

Por su parte, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI) ha hecho suyo el principio de “control de convencionalidad”, a fin de asegurar que las normas nacionales y actos procesales vayan de acuerdo con lo dispuesto en las convenciones interamericanas de derechos humanos, entre ellas la *Convención de Belém do Pará*<sup>10</sup>. Este criterio concuerda con la señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido que control de convencionalidad se despliega, por idénticas razones que en cuanto a la Convención Americana, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos, entre otros, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)<sup>11</sup>.

En cuanto al modelo de intervención contra la violencia de género de la Ley 30364, éste contempla un proceso especial con dos etapas secuenciales. La primera, denominada etapa de protección, se inicia ante los Juzgados de Familia y concluye con el otorgamiento de las medidas de protección

requeridas según las circunstancias; lo que se debe producir dentro del plazo de 72 horas de recibida la denuncia y son concedidas en audiencia oral. La segunda, que denominada etapa de sanción, sigue ante los órganos jurisdiccionales en materia penal (Juzgados Penales o Juzgados de Paz Letrados) y concluye con la expedición de una sentencia absolutoria o condenatoria por delitos vinculados a hechos que constituyen actos de violencia contra la mujer; lo que se debe producir previa remisión de los actuados a la Fiscalía Penal para la formulación de la denuncia penal correspondiente.

Dentro de este modelo, la vigencia de las medidas de protección que los Juzgados de Familia pueden otorgar está supeditada al resultado de lo que ocurra en la instancia penal. Así, en el primer párrafo del artículo 23 de la Ley 30364 se dispone: “La vigencia de las medida dictadas por el juzgado de familia o su equivalente se extiende hasta la sentencia emitida por el juzgado penal o hasta el pronunciamiento fiscal por el que se decide no presentar denuncia penal por resolución denegatoria, salvo que estos pronunciamiento sean impugnados”. Vale decir que, si el Fiscal Penal deniega la formulación de denuncia penal o el Juzgado Penal (y, en su caso, el Juzgado de Paz Letrado) emite sentencia absolutoria, las medidas de protección dictadas por el Juzgado de Familia dejan de tener vigencia.

Sin embargo, en este modelo de intervención contra la violencia familiar no se siguen los propósitos del modelo descrito por los incisos b), c), d), e) y f) del artículo 7 de la *Convención Belém do Pará*:

- a) Interrumpir el ciclo de la violencia contra la mujer, con la adopción de medidas inmediatas que responden a la urgencia de la situación, representan la determinación judicial de riesgo y están centradas en modificar la conducta del agresor a efecto de que se abstenga de continuar vulnerando derechos fundamentales y, en especial, el derecho a una vida libre de violencia; protegiendo a la víctima de más agresiones.
- b) Investigar y castigar al autor de los actos de violencia contra las mujeres para prevenir una nueva victimización y sucesivos actos de violencia; para ello, se requiere tipificar como delito todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres.

Tales propósitos ponen de manifiesto que la actuación de los Juzgados de Familia persigue fines distintos a la de los órganos jurisdiccionales en materia penal; por lo que, si bien son complementarios, también son autónomos pues se valen de medios diferentes. Así, por su urgencia, la interrupción del ciclo de la violencia contra la mujer se realiza con medidas de protección que constituye un mecanismo de intervención basado en la existencia de un riesgo real que amenace derechos; esto es, que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual o remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato. En cambio, la investigación y castigo al autor de los actos de violencia es un mecanismo de intervención mediato, destinado a acreditar la participación en la comisión del ilícito penal y, por tanto, sancionarlo punitivamente.

Siendo así, la vigencia de las medidas de protección que dicten los Juzgados de Familia es independiente de lo que ocurra en el ámbito penal; correspondiendo realizar un control de convencionalidad del artículo 23 de la Ley 30364 para inaplicarlo cuando el expediente vuelva del ámbito penal<sup>12</sup> y, en particular, si el Fiscal Penal deniega la formulación de denuncia penal por la falta de tipo penal o por la imprecisión en el tipo penal. Como se ha explicado, Lo primero se presenta respecto de la violencia económica o patrimonial que no tiene prevista un tipo penal. Lo segundo se evidencia con relación a la lesión psicológica, cuya configuración penal resulta imprecisa pues el artículo 124-B incorporado por la Ley 30364 sólo señala que la “lesión psicológica es determinada mediante valoración realizada de conformidad con el instrumento técnico oficial especializado que orienta la labor pericial, con la siguiente equivalencia: a) Falta de lesiones leves: nivel leve de daño psíquico. b) Lesiones leves: nivel moderado de daño psíquico. c) Lesiones graves: nivel grave o muy grave de daño psíquico”.

De esta manera, las medidas de protección subsistirán; erradicándose las consecuencias nocivas del modelo de intervención contra la violencia de género que viene generando mayor indefensión, pues resulta evidente que cualquier medida de protección que se otorgue en casos de violencia económica o patrimonial y violencia psicológica tendrá una eficacia virtual y no real, en la medida que resulta manifiesto que en el ámbito penal las denuncias no prosperarán. Con ello, el ciclo de la violencia efectivamente se interrumpirá y las víctimas no se verán sometidas a represalias.

## Conclusión

Resulta manifiesto que el modelo de intervención contra la violencia de género de la Ley 30364 no responde a los propósitos del modelo descrito por los incisos b), c), d), e) y f) del artículo 7 de la *Convención Belém do Pará*. Esta situación expone al Perú a una denuncia por inobservar una obligación internacional que asumió en el momento de ratificar este Tratado de Derechos Humanos.

Se impone, por tanto, la necesidad de revisar la Ley 30364 para armonizarla a los propósitos del modelo de intervención contra la violencia de género conforme a la *Convención Belém do Pará*.

Mientras la obligada reforma legislativa no se produzca, los Jueces de Familia tienen en el control de convencionalidad el instrumento jurídico para, que por vía de interpretación, se compatibilice el modelo de intervención contra la violencia de género de la Ley 30364 se consiga efectivamente prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres.

Se debe comenzar reconociendo el carácter especial de esta legislación que viene dada por la propia *Convención Belém do Pará*, de tal manera que la referencia supletoria de la legislación procesal penal no desnaturalice sus propósitos. En ese sentido, si la declaración de víctima se regula bajo la técnica de la entrevista única, sin más intervención que la autoridad competente por ley para recibirla; no puede exigirse la participación de otra autoridad que la legislación especial no enuncia, ni mucho menos la ratificación de la víctima que constituye una manifiesta doble victimización. Por supuesto que si la declaración de la víctima ante la Policía no es clara o imprecisa, el Juez de Familia está facultado para realizar una declaración complementaria y ampliatoria; pero resaltándose que sólo con su inmediatez se podrá comprobar la existencia de un riesgo real que amenace derechos; esto es, que el riesgo no sea meramente hipotético o eventual o remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse de inmediato. Todo ello, para el correcto otorgamiento de la medida de protección que exija la circunstancia, la que tiene carácter provisional por el tiempo que debe ser definido por el Juez de Familia; debiéndose concederla *inaudita altera pars*, pues se trata de una medida autosatisfactiva. En

cuanto al derecho de defensa del presunto agresor, éste lo ejerce en dos oportunidades: en la audiencia que debe convocarse luego de otorgada la medida de protección, si corresponde; y, en apelación contra la resolución que concede la medida de protección. Por lo demás y en consideración al interés público para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres, resulta necesario que se encargue al Ministerio Público, en representación procesal de las víctimas, la promoción de los procesos en las vías ordinarias correspondientes, toda vez que las medidas de protección son provisionales.

### Notas Bibliográficas

- 1 Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Comisión Interamericana de Mujeres. Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). OEA, 2014. Página 44.
- 2 Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Página 44.
- 3 *Op cit.* Página 45.
- 4 Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Página 47.
- 5 *Ibidem.*
- 6 Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Página 49.
- 7 Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Página 49.
- 8 *Op cit.* Página 50.
- 9 Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, IIDH, 2015. Página 49.

- 10 Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Página 47.
- 11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. Párr. 330.
- 12 Compartimos el criterio expuesto por el Dr. José Yván Saravia Quispe, Juez de Familia de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de Lima Este, durante el curso de capacitación realizado por encargo del PpR Familia y la Academia de la Magistratura en octubre de 2016..





## **“TOMANDO EN SERIO LA TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO”**

*A propósito de la ejecución de los acuerdos conciliatorios sobre derecho de alimentos y derecho de visitas*

JIM L. RAMÍREZ FIGUEROA

*Juez Especializado de Familia de Huánuco*

### **RESUMEN**

*Cuando el título ejecutivo contiene un acuerdo sobre una pensión alimenticia, la ejecución de dicho título no puede constreñirse a la aplicación mecánica de las normas sobre el proceso de ejecución que contiene el Código Procesal Civil, pues, en dicho acuerdo las partes deciden de mutuo acuerdo el monto al que ascenderá la pensión. Por ello el incumplimiento tendrá dos connotaciones: por un lado, se priva al beneficiario de los alimentos de recibir su pensión oportunamente (alimentos), por el otro, se genera una deuda a favor del beneficiario por las pensiones dejadas de pagar (pensiones devengadas).*

### **PALABRAS CLAVE**

*título ejecutivo, proceso de ejecución, incumplimiento, alimentos, interés superior del niño, alimentos devengados, régimen de visitas.*

### **ABSTRACT**

*When the executive title contains an agreement on alimony, execution of such a title cannot be constrained to the mechanical application of the rules on the implementation process contained in the Civil Procedure Code, therefore, in that agreement, the parties decide by mutual agreement the amount to which the pension amount. Therefore, the failure will have two connotations: on the one hand, the beneficiary of food to receive their pension timely (food) is deprived, on the other; a debt to the beneficiary is generated by the pension left to pay (accrued pensions).*

### **KEYWORDS**

*writ of execution, process performance, breach, food, interest of the child, accrued food, visitation.*

### **SUMARIO**

*1. Introducción.- 2. El niño y su superior interés en los procesos relacionados con el derecho a los alimentos.- 3. El derecho a los alimentos a la luz del principio constitucional del interés superior del niño.- 4. El derecho a las visitas a la luz del principio constitucional del interés superior del niño.- 5. El acta de conciliación como un título ejecutivo y el proceso de ejecución.- 6. La conciliación sobre pensiones alimenticias y las peculiaridades de su ejecución.- 7. La conciliación sobre derecho a las visitas y las peculiaridades de su ejecución.- 8. A manera de conclusión.-*

## 1.- Introducción

El proceso es el instrumento por medio del cual el Poder Judicial cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente, pero al mismo tiempo, el proceso es un instrumento puesto a disposición de todas las personas para lograr la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo 139° inciso “3” de la constitución.

El proceso<sup>1</sup>, como dice Marinnoni, “debe ser entendido como un instrumento capaz de dar protección a las situaciones carentes de tutela.”

Por ello, todo aquel que crea tener derecho a algo puede acudir a un órgano jurisdiccional imparcial “que le atienda, verificando su razón, y, en su caso, haciendo efectivo el derecho<sup>2</sup>”.

Como sabemos el acceso a los órganos jurisdiccionales implica el ejercicio de un derecho: *el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, dice Jesús González<sup>3</sup>, “es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas.”

Para el Tribunal Constitucional<sup>4</sup>, “la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido”.

En otras palabras, las del supremo intérprete de la Constitución, “con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia.”

Por tanto, se puede decir que el derecho a la tutela jurisdiccional es esencialmente un derecho a una protección jurídica efectiva. Condición de una efectiva protección jurídica -dice Robert Alexy<sup>5</sup>- es que “el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular del derecho.”

De allí que “el juez... debe preocuparse por las necesidades del derecho material, vale decir, sobre la tutela del derecho que debe ser otorgada por el proceso, para entonces buscar en la norma la técnica procesal idónea para su efectiva prestación, otorgándole la máxima efectividad<sup>6</sup>.” Y es que, después de todo, “el proceso, sus teorías y su técnica, poseen dignidad y valor en función de la capacidad que tengan de propiciar la participación social, educar para el ejercicio y respeto a los derechos, garantizar las libertades y servir de canal para la participación democrática<sup>7</sup>.”

Después de todo, el proceso civil no solo debe ser visto como un medio para llegar al fin próximo: solución de un conflicto de intereses, sino también al fin remoto, que es la seguridad constitucional de los derechos y la ejecución de las leyes. Pues, como dice Cândido Dinamarco<sup>8</sup>, “el proceso civil del que nos servimos hoy ha de ser espejo y salvaguarda de los valores individuales y colectivos a los que el ordenamiento constitucional vigente rinde culto.”

En este sentido, no puede perderse de vista el derecho material en el que se sustenta la pretensión, así como al titular de la situación jurídica cuya tutela se demanda. Situación que en el caso del tema abordado implica atender a que se trata de la ejecución de conciliaciones que versan sobre derechos del niño.

## **2.- El niño y su superior interés en los procesos relacionados con el derecho a los alimentos**

Según el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, “niño [es] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Bajo este contexto, ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>9</sup>: “la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de

los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.”

En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debemos entender por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.

Reconocidos como tal, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

En nuestros días, como sabemos, no existe un modelo único de familia; la familia nuclear y patriarcal está dando paso a una gran diversidad de formas familiares, pero esto no significa necesariamente una pérdida del rol de la familia y del parentesco. La familia ejerce una poderosa influencia en el desarrollo de los hijos.

El apoyo familiar a los hijos aparece determinado por una valoración de las propias capacidades para llevarlo a cabo, independientemente del nivel socioeconómico y cultural al que pertenece la familia, pero también se asocia a las características de la familia y de los hijos, al contexto familiar.

Así, la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por ello, los derechos que se les reconoce a los padres respecto a sus hijos no implica que éstos puedan ejercer un ejercicio arbitrario de los mismos o atendiendo únicamente a su interés personal; toda vez que, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño.

Como sabemos, el paradigma de la protección integral definido por la Convención de los Niños plantea una nueva concepción de la infancia: pensar a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos y definir que es responsabilidad de todos los adultos —Estado, familias, instituciones sociales— asegurar el cumplimiento de esos derechos. Esta nueva concepción modifica profundamente el viejo paradigma que planteaba que los adultos y el Estado debíamos tutelar a los niños, quienes por su condición de menores de edad eran incapaces de tener su propia opinión, de manejarse por sí mismos.

Bajo este contexto, debemos tener en cuenta que todo niño tiene derecho a que sus padres le provean de los medios necesarios para que puedan tener un óptimo desarrollo físico y espiritual. Derecho que no puede ser dejado de lado al momento de resolver los procesos en los que se discute el otorgamiento de una pensión alimenticia a favor de los hijos.

El derecho del niño a acceder a una pensión alimenticia es un derecho fundamental —que como cualquier otro derecho— encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la salud, a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en nuestra Constitución.

De allí que, en un proceso de alimentos se deberá de atender primordialmente a la naturaleza del derecho que se invoca en la demanda. Más no solo a ello, sino también al interés subyacente a todo conflicto familiar en el que están involucrados los menores de edad, a saber: el interés superior del menor.

Conforme se desprende de la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención *especial y prioritaria* en su tramitación<sup>10</sup>.

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser *especial* en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos

durante el proceso. Asimismo, tal atención deber ser *prioritaria* pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales<sup>11</sup>.

De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del menor cumplirá en la solución de un caso concreto dos funciones, a saber:

- Como criterio de control: es decir, el interés superior del niño sirve para velar por el correcto ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños.
- Criterio de solución: aquí la noción del interés del niño debe intervenir para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir la mejor solución. De modo tal, que la solución será elegida en función de que es en el interés del niño.

Por todo ello, el interés superior del niño es el mejor medio de asegurar, que, en cada caso particular, se le otorgarán los cuidados necesarios para la satisfacción de sus necesidades psíquicas y materiales, de acuerdo a su edad. Siendo así, no puede tratarse la ejecución de un acta de conciliación en materia de alimentos como si tratara de una deuda común y corriente, esto es desatendiendo el interés subyacente a dicha ejecución, a saber: el interés de un menor a recibir una pensión alimenticia a cargo de quien tiene la obligación de prestarlos.

### **3.- El derecho a los alimentos a la luz del principio constitucional del interés superior del niño**

Como nos lo recuerda Guillermo Borda<sup>12</sup>, “la solidaridad humana impone el deber moral de ayudar a quien sufre necesidades”, deber que se ve acrecentado cuando “el necesitado es un pariente próximo”. La institución jurídica que hace posible la imposición de la obligación de acudir a la ayuda del pariente necesitado se llama *alimentos*. Es decir, los alimentos tienen una finalidad de carácter asistencial<sup>13</sup>, pues concretiza “el principio de solidaridad familiar ante las contingencias que pueden poner en peligro la subsistencia física de uno de sus miembros y que le impide, circunstancial o permanentemente, procurarse los medios necesarios para asegurar esa subsistencia.”

A partir de ello, podríamos conceptualizar a los alimentos como el deber impuesto jurídicamente a una persona para asegurar la subsistencia de otra persona<sup>14</sup>, deber que en el caso de los padres respecto a sus hijos les es impuesto por el artículo 6° de la Constitución, disposición iusfundamental que precisa: “*es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijo*”.

Según artículo 481° del Código Civil, la asunción de la obligación alimentaria se configura a partir de tres elementos: a) el estado de necesidad del acreedor, b) la posibilidad económica de quien debe prestarlo, c) norma legal que señala la obligación alimentaria<sup>15</sup>.

En cuanto a éste último punto, es preciso recalcar que como ha dicho el Tribunal Constitucional, “la finalidad del otorgamiento de una pensión alimentaria se sustenta en el deber constitucional de asistencia familiar, debido a ello lo esencial para su otorgamiento no radica en la naturaleza de los ingresos de la persona obligada, sino en brindar adecuada alimentación (vestido, educación, salud, transporte, distracción, etc.) para quienes disfrutan de un derecho de alimentación por razones de vínculo familiar<sup>16</sup>.”

#### **4.- El derecho a las visitas a la luz del principio constitucional del interés superior del niño**

Todo niño tiene derecho a tener una familia y a no ser separado de ella<sup>17</sup>. Derecho que no puede ser dejado de lado al momento de resolver los procesos en los que se discute la tenencia y/o las relaciones de los hijos con los padres (visitas).

Para el Tribunal Constitucional el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1° y 2°, inciso 1) de la Constitución<sup>18</sup>.

“El niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para

el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños<sup>19</sup>.”

A partir de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, *que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar*<sup>20</sup>.

No obstante, debemos tener en cuenta que si bien este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general<sup>21</sup>.

Por tanto, este derecho se vulnera –como apunta el Tribunal Constitucional– cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo con uno de los padres (mamá o papá). Ello porque, como es obvio, *el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia*<sup>22</sup>.

El *derecho de visita* “hace referencia a un conjunto de facultades que posibilitan a todo progenitor relacionarse con aquellos de sus hijos con los que, por particular situación que atraviesa el núcleo familiar, no puede convivir, y al mismo tiempo amplían este derecho a relacionarse con los menores a favor de los abuelos y otros parientes y allegados<sup>23</sup>.”

En otras palabras, *el derecho de visitas*, se traduce en la posibilidad de que con posterioridad al resquebrajamiento de la convivencia familiar,

“el padre que no tiene la guarda o custodia de su hijo menor de edad, de tener contacto con el niño en determinados días y horarios, conforme a lo que judicialmente se estableció o a lo que acordaron ambos progenitores<sup>24</sup>”.



Como nos lo recuerda Belluscio<sup>25</sup>, el derecho de visita “apunta a mantener incólume la relación del progenitor no conviviente con su hijo menor de edad, no obstante la separación de sus padres, pues aquél requiere la presencia de ambos para alcanzar un pleno desarrollo emocional que le permita alcanzar –llegado a la edad adulta- relaciones sanas y duraderas con ellos.”

A partir de ello, queda evidenciado que el derecho de visita, no sólo es una prerrogativa del padre no custodio sino que además es un derecho del hijo. De este modo, en un conflicto generado sobre este derecho, no sólo se debe atender a los intereses de los padres sino que además al interés del hijo, es más de existir conflicto entre los intereses de los padres y la del menor, se deberá atender prioritaria a este último.

En este sentido, se ha precisado que, “En principio deberá intentarse la armonización de los intereses de los hijos y de los padres, tanto como resulte posible. Cuando la colisión resulte insuperable deberá priorizarse el interés del niño, en la medida en que es la parte más débil y necesitada de protección, cuya vulnerabilidad puede acarrearle graves daños insusceptibles de remediarse con posterioridad.”

## **5.- El acta de conciliación como un título ejecutivo y el proceso de ejecución**

La conciliación, reza el artículo 5° de la Ley N° 26872<sup>26</sup>, es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual del conflicto.

Ahora bien, la conciliación es voluntaria, porque las partes pueden acudir voluntariamente al Centro de Conciliación y a la Audiencia de Conciliación; asimismo, dentro de la audiencia de conciliación, también es voluntario llegar a un acuerdo o no.

Si las partes llegan a un acuerdo, éste es plasmado en un Acta de Conciliación, siendo su calidad de Título de Ejecución, esto significa que si las partes incumplen este acuerdo, la parte afectada puede acudir ante el Juez, para ejecutar el Acta de Conciliación con Acuerdo Total. Es decir, las partes se encuentran vinculadas al acuerdo arribado.

De otro lado, según el artículo 138° de nuestra Constitución, los jueces del Poder Judicial administran justicia juzgando y haciendo cumplir lo juzgado. Es decir, la función del juez no se circunscribe únicamente a declarar el derecho sino que también comprende la ejecución del mismo.

Por el *proceso de ejecución*, el titular de un derecho, cuya existencia ha sido debidamente declarada, ya sea por un órgano jurisdiccional en un proceso previo o porque la ley lo considera cierto, obtenga a través de la actividad del juez su concreta satisfacción<sup>27</sup>. Es decir, “la ejecución es el proceso mediante el cual se efectivizan las pretensiones del acreedor contra el deudor mediante la coerción estatal<sup>28</sup>.”

Para nuestro Código Procesal Civil, solo se puede promover el proceso de ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Así, según el inciso “3” del artículo 688° del mencionado Código, las actas de conciliación son títulos ejecutivos, ello quiere decir, que la parte afectada por incumplimiento de un acta de conciliación puede promover un proceso de ejecución a fin de que se cumpla con lo acordado.

## **6.- La conciliación sobre pensiones alimenticias y las peculiaridades de su ejecución**

Antes de desarrollar este punto de nuestro trabajo recurramos a un caso hipotético:

Cierto día *Teodora* y *Julián*, de manera espontánea, decidieron ponerse de acuerdo respecto al monto de la pensión alimenticia de su menor hija, la misma que fijaron en la suma de doscientos cincuenta nuevos soles. Acto conciliatorio que se llevó a cabo el día ocho de julio del año dos mil once ante un Centro de Conciliación. Desde la fecha en que suscribieron el mencionado acuerdo, *Julián* no ha venido cumpliendo con la obligación que asumió, razón por la cual *Teodora* a inicios del presente año ha interpuesto una demanda de ejecución del aludido acuerdo.

Frente a estos hechos, ¿cuál es la respuesta que el juzgador deberá de ofrecer?, ¿deberá limitarse a subsumir el caso en lo previsto en los artículos 688° y 690°-C del Código Procesal Civil?, es decir, entenderá la obligación a ejecutarse como una deuda cualquiera, esto es, sin tener en cuenta la

naturaleza del derecho de donde proviene la deuda. De este modo, ¿la ejecutante tendrá que realizar cuanto proceso sea necesario para exigir el pago de la pensión de alimentos a favor de su menor hijo, no pudiendo dicha parte hacer uso de los apremios que prevé la ley para la satisfacción del pago de una pensión alimenticia?

El artículo 7° de la Ley N° 26872, precisa que son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. En este sentido, precisa dicha disposición normativa, en materia de familia son conciliables aquellas pretensiones que versen sobre pensión de alimentos, régimen de visitas, tenencia, así como otras que se deriven de la relación familiar y respecto de las cuales las partes tengan libre disposición.

El derecho a los alimentos en sí no es materia conciliable, sin embargo, *el monto en el que debe prestarse dicho derecho, si puede ser libremente establecido por las partes*, por tanto se puede conciliar válidamente en cuanto al monto de la pensión de alimentos.

En este orden de ideas, cuando el título ejecutivo contiene un acuerdo sobre una pensión alimenticia, la ejecución de dicho título no puede constreñirse a la aplicación mecánica de las normas sobre el proceso de ejecución que contiene el Código Procesal Civil, pues, en dicho acuerdo las partes deciden –de mutuo acuerdo, valga la redundancia- el monto al que ascenderá la pensión. Siendo así, el incumplimiento tendrá dos connotaciones: por un lado, se priva al beneficiario de los alimentos de recibir su pensión oportunamente (alimentos), por el otro, se genera una deuda a favor del beneficiario por las pensiones dejadas de pagar (pensiones devengadas).

En este punto, debemos preguntarnos si a través del proceso de ejecución se puede conseguir que se satisfagan ambos aspectos del incumplimiento de un acta de conciliación en materia de alimentos. En otras palabras, ¿qué es lo que busca la ejecutante de un acta de conciliación en materia de alimentos?: El pago oportuno de las pensiones alimenticias, esto es, que el deudor cumpla mensualmente con abonar la pensión o únicamente busca que se cancelen las pensiones alimenticias devengadas, ya sean las vencidas hasta la interposición de la demanda de ejecución o las que

están por vencerse. Si optamos por esta última opción (*que se cancelen las pensiones alimenticias devengadas*), entonces cada vez que se generen nuevas pensiones devengadas, deberá de incoarse un nuevo proceso de ejecución, lo cual se repetiría sucesivamente mientras subsista la obligación de prestar los alimentos. Asumir dicha postura no sólo atentaría contra la dignidad del menor alimentista (artículo 1º de la Constitución), pues, no puede respetarse la dignidad cuando la satisfacción de una necesidad fundamental está condicionada a procedimientos judiciales y la voluntad del obligado a satisfacerlos; sino también contra el superior interés del menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>29</sup> señala que: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” Precisa además: “los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.” Igualmente, prescribe la citada norma internacional<sup>30</sup>, “*los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.*” En este sentido, “a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.” De allí que, *es obligación de los Estados Partes implementar las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño.*

En el ordenamiento jurídico interno, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente -como ha dicho el Tribunal Constitucional- constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Norma Fundamental en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente<sup>31</sup>.”

Ahora bien, el Supremo Intérprete de la Constitución en la STC N° 03744-2007-PHC/TC, ha señalado -en cuanto al contenido esencial del principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente- que: “en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención *especial y prioritaria* en su tramitación.” Es decir, tal atención “debe ser *especial* en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso”; también deber ser *prioritaria* pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que se encuentran comprometidos sus derechos.

De allí que, la ejecución del acta de conciliación en materia de alimentos debe de ser adecuada por el Juez al respeto del artículo 1° de la Constitución y al superior interés del menor. De modo que, deberá entenderse que el acta de conciliación en materia de alimentos versa sobre un derecho indisponible -el derecho a los alimentos- y que si bien se admite la conciliación, esta únicamente se circunscribe al monto y la forma. Por tanto, a través del proceso de ejecución de un acta de conciliación en materia de alimentos deberá comprenderse: el pago oportuno de las pensiones alimenticias y el pago de las pensiones alimenticias devengadas.

En cuanto al pago de las pensiones devengadas el artículo 568° del Código Procesal Civil señala: “*Concluido el proceso, sobre la base de la propuesta que formulen las partes, el Secretario de Juzgado practicará la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda, atendiendo a lo ocurrido en el cuaderno de asignación anticipada. De la liquidación se concederá traslado al obligado por el plazo de tres días y con su contestación o sin ella, el Juez resolverá. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. Las que se devenguen posteriormente, se pagarán por adelantado.*”

Conforme a dicha norma, agotado el trámite del proceso, esto es, habiéndose emitido la sentencia y existiendo pensiones devengadas no satisfechas se procede a preparar la liquidación de estas y los intereses para la futura ejecución forzada a la que se ingresará, ante la resistencia del deudor alimentario.

Para que la liquidación sea realizada, previamente las partes deben de formular su propuesta, es decir, deben de señalar cuál es el monto que debe pagar el demandado como pensiones devengadas, si la propuesta es de la parte demandante y, si la misma es efectuada por el demandado, éste debe señalar el monto que considera es el que realmente adeuda. En base a las propuestas, el secretario de la causa procede a efectuar la liquidación, la cual es puesta en conocimiento de las partes, quienes si así lo desean pueden observarla dentro del plazo de tres días de notificados, con o sin observación el Juez tiene el deber de aprobar la liquidación.

Una vez que la liquidación de pensiones devengadas ha sido aprobada, se podrá cuestionarla únicamente apelando la resolución que la tiene por aprobada. Así, el requerimiento es el acto mediante el cual se exige el pago del monto liquidado.

El artículo 689° del Código Procesal Civil establece que: *“procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible.”* Disposición normativa que en el caso de la ejecución de las actas de conciliación deberá ser interpretada de manera concordada con el artículo 568° del Código Procesal Civil. Es decir, *la obligación contenida en un acta es cierta, expresa y exigible de manera inmediata solo en cuanto al monto de la pensión mensual, esto es, al pago que mes a mes debe realizar el obligado.* No sucediendo lo mismo en cuanto a las pensiones devengadas para cuya exigibilidad deberá atenderse a que el artículo 689° del Código Procesal Civil precisa que *“cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, ser líquida o liquidable mediante operación aritmética.”* De este modo, *a fin de exigir el pago de las pensiones devengadas, previamente, se deberá de practicar la liquidación de las mismas, siguiéndose el procedimiento que se sigue en los procesos de alimentos que se encuentran en ejecución.*

En base a lo expuesto, *el mandato ejecutivo en el proceso de*

*ejecución de un acta de conciliación en materia de alimentos deberá de disponer el cumplimiento de la pensión alimenticia, poniendo en conocimiento del ejecutado los alcances de la Ley N° 28970, asimismo, correrá traslado a las partes para que en el término de ley formulen su propuesta de liquidación. Practicada y aprobada la liquidación, el Juez deberá de requerir el pago de las mismas al demandado concediéndole un plazo para su satisfacción, pudiendo la parte ejecutante solicitar la aplicación de los apremios previstos en la Ley frente al incumplimiento de la obligación alimenticia. Procedimiento que no solo es acorde con la naturaleza del derecho a los alimentos sino que además responde a lo previsto en el artículo 690°-C del Código Procesal Civil, disposición normativa que textualmente señala: “en caso de exigencias no patrimoniales, el juez debe adecuar el apercibimiento.”*

## **7.- La conciliación sobre derecho a las visitas y las peculiaridades de su ejecución**

Al igual que en el punto anterior, recurramos a un caso hipotético:

Enrique refiere haber llegado a un acuerdo con Suzanne respecto al régimen de visitas que éste tendrá para con su menor hija. A fin de que el acuerdo revistiera las formalidades establecidas en la ley, Enrique y Suzanne acuden a un Centro de Conciliación, en el que después de dialogar y ceder mutuamente en sus pretensiones decidieron que Enrique visitaría a su menor hija los días sábados y martes en el horario de 9:00 am a 6:00 pm, en el domicilio de Suzanne, pudiendo sacarla fuera de dicho domicilio y retornarla al término de la visita. Sin embargo, desde la fecha de celebración del acuerdo han transcurrido más de dos años, tiempo durante el cual Enrique no ha podido visitar a su menor hija. Ante tal situación decide acudir ante un Juez a fin de que éste ordene el cumplimiento del mencionado acuerdo.

Planteado así el caso, debemos preguntarnos si a fin de garantizar el cumplimiento de lo acordado el Juez ¿podrá aplicar como apremio lo dispuesto en el artículo 91° del Código de los Niños y Adolescentes?, ¿dicho apremio se encuentra cubierto por lo dispuesto en el artículo 690-C° del Código Procesal Civil?

El derecho a las visitas en sí no es materia conciliable, sin embargo, *la forma como deberá de ejercerse dicho derecho, si puede ser libremente establecido por las partes*, por tanto se puede conciliar válidamente en cuanto a la forma y las circunstancias en la que se desarrollaran las visitas.

En este orden de ideas, cuando el título ejecutivo contiene un acuerdo sobre el derecho de visitas, la ejecución de dicho título no puede constreñirse a la aplicación mecánica de las normas sobre el proceso de ejecución que contiene el Código Procesal Civil, pues, en dicho acuerdo las partes deciden –de mutuo acuerdo, valga la redundancia- la forma y las circunstancias en la que se ejercerá el derecho de visitas. Siendo así, el incumplimiento tendrá dos connotaciones: por un lado, se priva al padre no custodio de visitar a su menor hijo, por el otro, se priva –también- al menor del derecho a interrelacionarse con ambos progenitores.

De allí que, debemos preguntarnos si a través del proceso de ejecución se puede conseguir que se satisfagan ambos aspectos del incumplimiento de un acta de conciliación en materia de derecho de visitas.

La ejecución del acta de conciliación en materia de derecho de visitas debe de ser adecuada por el Juez al respeto del artículo 1° de la Constitución y al superior interés del menor. De modo que, deberá entenderse que el acta de conciliación en materia de visitas versa sobre un derecho indisponible –el derecho a las visitas- y que si bien se admite la conciliación, esta únicamente se circunscribe a la forma y circunstancias. Por tanto, a través del proceso de ejecución de un acta de conciliación sobre derecho de visitas deberá comprenderse: tanto el derecho del padre no custodio así como el derecho de los hijos.

En este sentido, precisa el artículo 690-C° del Código Procesal Civil que: *“en caso de exigencias no patrimoniales, el juez debe adecuar el apercibimiento.”* Disposición normativa que en el caso de la ejecución de las actas de conciliación deberá ser interpretada de manera concordada con el artículo 91° del Código de los Niños y Adolescentes. Es decir, *el incumplimiento del Régimen de Visitas establecido dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la Tenencia.*

En base a lo expuesto, *el mandato ejecutivo en el proceso de ejecución de un acta de conciliación en materia de derecho de visitas deberá de disponer el cumplimiento del régimen fijado para el desarrollo de la visitas.* Ante el



incumplimiento de lo ordenado, el Juez requerirá -a pedido de parte- que la ejecutada cumpla el mandato bajo apercibimiento de variarse la tenencia. Procedimiento que no solo es acorde con la naturaleza del derecho a las visitas sino que además responde a lo previsto en el artículo 690°-C del Código Procesal Civil.

## 8.- A manera de conclusión

Riccardo Guastini enseña que “en sentido estricto, “interpretación” se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto dice, requiere de interpretación (sólo) cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho”<sup>32</sup>.

En otras palabras, “interpretación significa decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa”.

Precisamente, a través de esta labor los jueces contribuyen a la evolución de las fuentes del derecho en nuestro sistema; ya que, “el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia aquél, pues, no es sólo el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso”<sup>33</sup>.

La ley no puede ser aplicada automáticamente, por cuanto no es una norma acabada, entonces, el juez al interpretarla cotejando su contenido con los hechos a los cuales ha de aplicarse crea la norma para el caso concreto, ya que a través del procedimiento enunciado delimitará el contenido y los alcances de la ley.

El juez de nuestro tiempo, no puede ver en la ley la premisa mayor y en los hechos la premisa menor; sino que su razonamiento ha de estar enmarcada en un procedimiento más amplió, que comprenda no sólo el dato legal, sino también los valores y principios constitucionales, las peculiaridades del caso, todo ello con el propósito de hallar la solución justa y objetivamente justificada.

Por todo ello, en los procesos en los que se busca la ejecución de exigencias no patrimoniales, el Juez deberá de adecuar las normas procedimentales

a la mayor satisfacción del derecho material sobre el cual versa el título ejecutivo, y, no limitarse a una aplicación irreflexiva de las normas procesales.

## 9.- Notas Bibliográficas

- 1 MARINONI, Luiz Guilherme, *“Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva”*, traducción de Aldo Zela Villegas, 1ª edición, Palestra Editores, Lima, 2007, p.13.
- 2 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *“El derecho a la tutela jurisdiccional”*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p.23.
- 3 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *“El derecho a la tutela jurisdiccional”*, ob. cit., p.33.
- 4 STC N° 763-2005-PA/TC –Caso: *“Inversiones La Carreta S.A.”*
- 5 ALEXY, Robert, *“Teoría de los derechos fundamentales”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 472.
- 6 MARINONI, Luiz Guilherme, *“Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva”*, ob. cit., p.15.
- 7 DINAMARCO, Cândido Rangel, *“La instrumentalidad del proceso”*, traducción de Juan José Monroy Palacios, 1ª edición, Communitas, Lima, 2009, p. 11.
- 8 DINAMARCO, Cândido Rangel, *“La instrumentalidad del proceso”*, ob. cit., p. 43.
- 9 Numeral 41 de la Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002.
- 10 STC N° 03744-2007-PHC/TC
- 11 STC N° 03744-2007-PHC/TC
- 12 BORDA, Guillermo A., *“Tratado de Derecho Civil -Familia”*, tomo II, 9ª edición, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 343.
- 13 ZANNONI, Eduardo A., *“Derecho Civil-Derecho de Familia”*, tomo 1, 4ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 113.
- 14 CAS N° 2726-2002-Arequipa.
- 15 CAS N° 2726-2002-Arequipa.

- 16 *STC N° 00750-2011-PA/TC –Caso: “Amanda Odar Santana”*
- 17 *Al respecto, en la STC N° 01817-2009-PHC/TC – Caso: “J.A.R.R.A. y V.R.R.A y en la STC N° 02892-2010-PHC/TC –Caso: “L.F.H.”, el Tribunal Constitucional ha destacado que el derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”, así como en su artículo 9.1, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.*
- 18 *Fundamento núm. “14” de la STC N° 01817-2009-PHC/TC – Caso: “J.A.R.R.A. y V.R.R.A.”*
- 19 *Fundamento núm. “15” de la STC N° 01817-2009-PHC/TC – Caso: “J.A.R.R.A. y V.R.R.A.”*
- 21 *Fundamento núm. “16” de la STC N° 01817-2009-PHC/TC – Caso: “J.A.R.R.A. y V.R.R.A.”*
- 22 *Fundamento núm. “17” de la STC N° 01817-2009-PHC/TC – Caso: “J.A.R.R.A. y V.R.R.A.”*
- 23 *RABADÁN SÁNCHEZ- LA FUENTE, Fuentesana, “Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven”, 1ª edición, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 151.*
- 24 *BELLUSCIO, Claudio Alejandro, “Régimen de visitas: regulación jurídica”, 1ª edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2010, p.19.*
- 26 *Modificado por el Decreto Legislativo N° 1070.*
- 27 *ARIANO DEHO, Eugenia, “¿Proceso o procesos de ejecución?”, en Problemas del Proceso Civil, ob. cit., p. 3*
- 28 *PEREZ RAGONE Álvaro J. y ORTIZ PRADILLO Juan Carlos, Código Procesal Alemán (ZPO), 1ª Ed., Honrad Adenauer Stiftung E. V., Uruguay, 2006, p. 136.*
- 29 *Artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.*
- 30 *Artículo 27° de la Convención sobre los Derechos del Niño.*
- 31 *STC N° 02132-2008-PA/TC –Caso: “Rosa Felícita Elizabeth Martínez García.”*

- 32 *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, 1ª edición, UNAM, México, 1999, pp. 3-4.
- 33 ZAGREBELSKY Gustavo en *Materiales de enseñanza del curso de función jurisdiccional de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la PUCP*.

# LA RECREACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Roxana Isabel Palacios Yactayo  
*Secretaria Judicial – Poder Judicial*

## RESUMEN

El juego y el desarrollo, se encuentran íntimamente ligados cuando dicho vínculo favorece y estimula el crecimiento integral de niños y niñas, constituyendo un soporte emocional que debe tener el ser humano cuando alcance la madurez. Esta propuesta plantea obtener espacios renovados para ofrecer enseñanza a través del juego en especial en las primeras etapas de la educación escolar, básicamente por ser un Derecho Fundamental.

## PALABRAS CLAVES

Reconocimiento, Desarrollo Integral, Niños y Niñas, Derecho Fundamental, Enseñanza, Niños y Niñas Discapacitados(as), Inclusión, Aceptación y Tolerancia, Aprendizaje, Currícula Escolar, Espacios físicos, Programas culturales, Estado Partes, ONU, Legislación Internacional.

## ABSTRACT

The game and development are closely linked when such a link fosters and encourages the integral growth of children, constituting an emotional support that humans should have when it reaches maturity. This proposal plans obtain renovated spaces to provide learning through play especially in the early stages of school education basically being a fundamental right.

## KEY WORDS

Recognition, Integral Development, Children, Fundamental Law, Education, disabled children, Inclusion, Acceptance and Tolerance, Learning, School Curriculum, Physical spaces, cultural programs, State Parties, UN, International Law.

## SUMARIO

1. Introducción. 2. De los Antecedentes al Reconocimiento de los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes. 3. De las Enseñanzas y el Aprendizaje del Derecho Humano a la Recreación y al Esparcimiento. 4. ¿En qué consiste el Derecho a la Recreación. 5. El Derecho a la Recreación en los Niños, Niñas y Adolescentes con Discapacidad y de Habilidades Diferentes. 6. De la Implementación de Políticas Educativas en torno al Derecho a la Recreación y al Esparcimiento. 7. De la Defensa del Derecho a la Recreación en la Normativa Internacional. 8. Legislación Internacional. 8.1. Otros Referentes Internacionales. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

*Ayer tarde casi lloro / por una cuestión muy seria:  
 porque mi amigo el "yoyo" / se enredó en su propia cuerda.  
 Aunque parezca un poco tonto / fue ayer que me percaté,  
 que nuestro alegre "trompo" / bailaba en un solo pie. (...)  
 Las "canicas" de colores / al sacarlas de su saco  
 muestran bellos resplandores / como los ojos de un gato. (...)  
 Juegos de aquella era / qué juegos tan divertidos,  
 al igual que la "rayuela" / y el juego del "escondido"  
 Juegos de aquella era / qué juegos tan divertidos  
 jugar de nuevo quisiera / con toditos mis amigos.*

**"Juegos Tradicionales"**  
**Alejandro José Díaz Valero**

## 1. INTRODUCCIÓN

La Declaración Universal de los Derechos de la Infancia reconoce al juego como un derecho fundamental, porque sin lugar a dudas, jugar posibilita situaciones óptimas para el desarrollo que influyen directamente en el sano crecimiento de los niños, niñas y adolescentes. El juego constituye el impulso mediante el cual desde niños nos vemos estimulados a descubrir, manipular, observar e interpretar el mundo que nos rodea. Es jugando que descubrimos al amigo, aprendemos a relacionarnos con los demás, ejercitamos nuestras habilidades y capacidades y nos atrevemos a asumir pequeños retos que nos ayudan a crecer y a conocer lo que tenemos a nuestro alrededor. Los juguetes por otro lado, son considerados como las representaciones en miniatura de nuestro mundo, y brinda al niño la posibilidad de imitar, reproducir y representar las actividades que desarrollan los adultos que están a su lado. Ante esta realidad, es necesario conocer qué juegan los niños porque a través del juego reproducen aquello que viven y ven, no aquello que se les dice que está bien o que debería ser, de esta manera construyen su identidad de acuerdo con la cultura que les ha tocado vivir. Normalmente llevan a cabo esta construcción a partir de la imitación de los modelos que tienen más cerca (los padres, pero también personajes de la televisión, amigos, maestros, etc.).

Finalmente, el juego como forma de expresión, es una actividad que no es de exclusividad del mundo infante. Jugar es un excelente recurso de diversión y desfogue para todas las edades construyendo además importantes lazos afectivos de comunicación entre los adultos optimizando así mismo el entorno familiar.

En el presente artículo, ahondaremos sobre la importancia de la recreación en el mundo infantil sobre todo en las primeras etapas de la educación escolar y de su trascendencia para el desarrollo de los niños y niñas principalmente porque con ello se contribuirá a la edificación de un mundo menos violento y más armónico.

## **2. DE LOS ANTECEDENTES AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

***Defender el derecho a jugar*** es tan importante y de igual trascendencia como el derecho a la identidad, a la educación o la salud. El derecho a jugar se relaciona con el desarrollo integral de niños y adolescentes, pero a pesar de esto, es un derecho subestimado. Los derechos de los niños son interdependientes y no hay entre ellos jerarquías; por ello el juego y la recreación deben entenderse como parte del entramado de derechos básicos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Históricamente, a partir de la década de los 60s, a nivel internacional al término de la Segunda Guerra Mundial, se generó toda una corriente de implementación respecto a la nueva Doctrina de Protección Integral, aunado a la instauración de nuevas ideologías que originaran el desarrollo de los derechos ahora vigente<sup>1</sup>. Es así que en nuestro país entra en vigencia el Código de los Niños y Adolescentes, que dispuso el fomento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, constituyendo un paso trascendental para su particular beneficio; sin lugar a dudas, lo que vendría posteriormente sería la publicidad y práctica de las mismas.

Como dato histórico resulta pertinente reseñar que, la implementación del Código de los Niños y Adolescentes trajo consigo, un despliegue a nivel nacional del conocimiento de una gama de derechos no reconocidos. Este Código que constituye un referente substancial de la revolución doctrinal, básicamente porque la primera normativa orientada al “Tratamiento de Menores” se hallaría en el Código Penal de 1924, cuyo propósito era la aplicación de correctivos de acuerdo a la edad del menor.

En esa atmósfera social, si bien existía un tratamiento relacionado al niño o el adolescente que infringía la norma penal, dicho tratamiento, convertía al “menor” en un objeto de protección sin elección a mejorar en un futuro cayendo sobre él, un halo estigmatizador de su conducta trasgresora en el

pasado. Es por ello que al implementarse la Nueva Doctrina de Protección Integral, el niño acababa con su infortunio imponiéndose el respeto de sus derechos que adaptados a su edad y su desarrollo integral, constituyen los llamados “derechos del niño y adolescente”. La actual situación legislativa en el territorio nacional<sup>2</sup>, respecto a los derechos del niño y adolescente no ha variado considerablemente, por lo que nos corresponde enfatizar y promocionar es el desarrollo de todos sus derechos por igual para el aseguramiento de un desarrollo integral e ideal.

### 3. DE LA ENSEÑANZA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO HUMANO A LA RECREACIÓN Y AL ESPARCIMIENTO

*“Tenemos un sueño: que los niños y las niñas disfruten de patios de recreo, campos y estadios nuevos y rehabilitados; que las escuelas incluyan la educación física en sus planes de estudio, y que los niños y las niñas tengan espacios donde poder jugar y entretenerse sin correr peligro. (...) Aspiramos a que nuestros niños y niñas crezcan sanos, comprometidos con sus familias y sus amigos, y preparados para el trabajo y para asumir las responsabilidades que, como ciudadanos, les corresponden”.*

Directora Ejecutiva de UNICEF

Al implementarse la Nueva Doctrina de la Protección Integral en la década de los 90s, mediante la cual se considera al niño como “Sujeto de Derechos”; la Convención propuso una serie de beneficios que se encuentran relacionados con el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. En ese contexto, propone a los Estados Partes, el reconocimiento del derecho al descanso y recreación, como postura de promoción y participación en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento<sup>3</sup>. Este postulado, requería ser desarrollado por cada Nación participante, incentivando que el cumplimiento de dicho derecho obtenga beneficios reales en pro de los niños, niñas y adolescentes, incrementándose espacios lúdicos con diversidad de actividades; con el propósito de mejorar su desarrollo individual y social.

En cuanto al Estado Peruano, se recoge en el artículo 20° del Código de los Niños y Adolescentes, el derecho a participar en programas culturales, deportivos y recreativos, estimulando la aplicación de recursos y espacios físicos para la ejecución de programas culturales, deportivos y de recreación dirigidos a niños, niñas y adolescentes, considerado como



un derecho inherente a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de la niñez. Además propone que los municipios canalicen los recursos y ejecuten programas con la colaboración y concurso de la sociedad civil y de las organizaciones sociales; sin embargo éste derecho no está siendo adecuadamente ejecutado, pues no resulta suficiente darle espacios para implementación de lozas deportivas sino que los programas sociales debieran proporcionar nuevas áreas de recreación en el que se incluyan formas de aprendizaje a través de juego, en razón que este derecho constituye un concepto de amplio espectro.

#### 4. ¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO A LA RECREACIÓN?

El derecho a la recreación tiene como primer propósito, brindarle al niño un espacio para que mediante el juego exprese emociones y represente el entorno en el que se desarrolla; además como tiene finalidad el reforzamiento de su personalidad y la mejora de su autoestima. Merece relevante atención las nuevas formas de aprendizaje, con programas lúdicos a fin que la enseñanza escolar no se torne monótona y tediosa, haciéndose indispensable, aprender a través el juego. Merece singular atención las expresiones de los niños y niñas, cuando exploran, inventan, crean, desarrollan habilidades sociales, se preparan para el trabajo en equipo y para conciliar diversas formas de pensar, aprenden a confrontar sus emociones, mejoran sus aptitudes físicas y se descubren a sí mismos y a sus propias capacidades, como colaboradores o como líderes. También se entiende como una consecuencia del juego, la actitud permanente frente a la vida, en la búsqueda de la felicidad humana.

En este mismo sentido, la recreación constituye un derecho fundamental del ser humano, y para la ONU la sexta necesidad básica después de la nutrición, la educación, la vivienda, el trabajo y la seguridad social; constituye un medio de unidad integral e integradora que promueve el desarrollo intelectual, emocional, físico y psicológico del individuo. Además resulta importante reconocer que la recreación y el esparcimiento están ligados no sólo a las actividades de juego, deporte u otras actividades que se consideran parte de la recreación, sino que todo lo que a un individuo le genere satisfacción o complacencia y no colisione contra los derechos fundamentales de los demás, puede definirse como recreación.

La formación lúdica se relaciona con la recreación en cuanto a posibilidad expresiva, formadora de sensibilidad y de comunicación. En “El Economista”, diario de México, se publicó en setiembre del año 2014, la visita a dicho país de Krista Kiuru, ministra de Educación y Comunicación de Finlandia, como parte de actividades y reuniones de trabajo a nivel educación con éste país. Señaló Kiuru, que bajo la premisa que no se conciben en Finlandia las políticas públicas en educación sin tener validez científica, se creó un modelo donde la escuela se empieza a partir de los siete años debido a que las destrezas que se requieren para aprender a leer y comprender, se desarrollan recién hasta esta edad; antes de ello refiere la ministra, **la prioridad es el juego**. Una vez que se accede a la enseñanza de la escuela, se realiza en un ambiente relajado; con asignaturas instrumentales como educación física, finés (lengua oficial de Finlandia) y matemáticas, luego vienen otras materias como ciencias, historia y lenguas extranjeras, siempre de la mano con el proceso atribuido a la madurez del estudiante para recibir la información. Refiere el diario que, a diferencia de los países latinoamericanos que para conseguir estos niveles de educación se deben pasar muchas horas en la escuela, en este modelo no es así, la escuela comienza entre 8:30 y 9:00 de la mañana, el año escolar es uno de los más cortos de los países de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) **y el tiempo de recreo es el más largo**. destacó Krista Kiuru<sup>4</sup>.

Son prototipos reales de cómo la recreación que se encuentra estrechamente ligada al juego, genera procesos de aprendizajes individuales y colectivos, construyendo escenarios acordes con las expectativas y necesidades de los niños y niñas. Para el niño, la importancia de la recreación está relacionada con la acción lúdica y el placer que la actividad le proporciona. El desarrollo socio-afectivo en el niño juega un papel fundamental en el afianzamiento de su personalidad, autoimagen, auto-concepto y autonomía, esenciales para la consolidación de su subjetividad, como también en las relaciones que establece con demás; de esta forma va logrando crear su manera personal de vivir, sentir y expresar emociones y sentimientos frente a las situaciones cotidianas, la manera de actuar, disentir y juzgar sus propias actuaciones y las de los demás.

## 5. EL DERECHO A LA RECREACIÓN EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD Y DE HABILIDADES DIFERENTES

La promoción y desarrollo de la actividad recreativa, se encuentra orientada a todos los niños, niñas y adolescentes, sin excepción alguna, es decir inclusiva con aquellos que se encuentran en desventaja física o mental, por ello se debe fomentar la creación de especiales espacios recreativos, pudiendo entonces interactuar con los demás niños. El artículo 23° de nuestro Código de los Niños y Adolescentes expresa los derechos correspondientes a los niños y adolescentes discapacitados de la siguientes manera: “Además de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en este Código, los niños y adolescentes discapacitados gozan y ejercen los derechos inherentes a su propia condición. El Estado, preferentemente a través de los Ministerios comprendidos en el Consejo Nacional de la Persona con Discapacidad, y la sociedad asegurarán la igualdad de oportunidades para acceder a condiciones adecuadas a su situación con material y servicios adaptados, como salud educación, deporte, cultura y capacitación laboral. Asimismo, se asegura el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna”.

Resulta necesario detenerse en el real objetivo de la defensa de las personas con discapacidad, en primer lugar considerarlo como un paso trascendental para cambiar la apreciación sobre la discapacidad, su impacto social y ser involucrados en las sociedades a fin que se le reconozcan a todas las personas la oportunidad de vivir la vida con la mayor plenitud posible, sea como fuere<sup>5</sup>. Los espacios de recreación, constituyen las primeras áreas de aceptación, accesibilidad y la libertad de movimiento, en especial de niños con alguna discapacidad motriz. Es por ello que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, propugnan en el artículo 7, las consideraciones que debe tener el Estado parte para asegurar a los niños y niñas el goce de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales<sup>6</sup>. En ese sentido el deporte por ejemplo, constituye una poderosa herramienta para la integración de chicos discapacitados y no discapacitados, la práctica del deporte le otorga confianza al discapacitado; consecuentemente, corresponde como función del Estado la promoción e implementación de espacios apropiados para aquellos niños con discapacidades y con habilidades especiales, para

que a través del deporte, el arte o cualquier forma de expresión física puedan expresarse. Países vecinos como Argentina, incluye en sus áreas de recreación espacios acondicionados para niños con discapacidades en la locomoción, visuales, y de comunicación, esto, con el único propósito de estimular en igual medida a los niños con incapacidades para su desarrollo integral.

Como derecho humano<sup>7</sup>, el deporte se encuentra enfocado en el fortalecimiento del desarrollo psicomotriz, físico, emocional y espiritual, por lo que se deberá fomentar su práctica sustentado en el hecho que mediante esta experiencia, los niños convergen en el ejercicio de una determinada disciplina, de tal manera que se asumiría un rol integrador basado en la práctica del deporte. Existe preferencia actualmente por hablar de discapacidad y de diversidad, aunque algunos autores que consideran a la “discapacidad” como un término peyorativo, cuando se señala que la persona no está capacitada para realizar determinadas tareas y se le excluye por ese motivo. El concepto es totalmente válido si cambiamos la noción del mismo y pensamos que esa falta de capacidad es una característica más de un sujeto con iguales oportunidades, con adaptaciones para que pueda desarrollarse plenamente el resto de sus otras cualidades. De ese modo, la inclusión consistiría en adecuar su entorno a sus discapacidades, y no en que las personas con discapacidad se tengan que adaptar, como buenamente puedan, a las condiciones estructurales que se le presenten en la vida diaria. Además, la diversidad debe ser entendida como un concepto que incluya a todos los miembros de una sociedad cada uno de ellos respetando y valorando sus propias características personales y las del resto.

En países como Colombia, se desarrolló un proyecto para la incorporación de niños discapacitados, llamado Proyecto PRÓJIMO, que incluyó una serie de actividades, una de ellas de nombre “Niño-a-niño”, mediante la cual los chicos con discapacidades casi siempre desarrollaban el papel principal, lo hacían con el propósito de incluir a los niños en edad escolar –discapacitados y no discapacitados- como ayudantes, voluntarios y como “agentes de cambio” entre sus compañeros. Niño-a-niño utiliza métodos de enseñanza basados en el aprendizaje a través de las prácticas no autoritaria. Este método de buscar soluciones enfatiza la cooperación en vez de la competencia<sup>8</sup>. PRÓJIMO trata de que los niños discapacitados

vayan a las escuelas regulares. Utiliza a Niño-a-niño para que tanto los alumnos como los maestros aprecien y desarrollen las habilidades de los niños discapacitados. Señala el autor; dos lugares donde PRÓJIMO promueve la interacción entre niños discapacitados y no discapacitados son el **Parque para todos los niños** y el **Taller de juguetes para Niños** (...). En México se invitó a los niños del pueblo de Ajoja, para que ayudaran a construir y dar mantenimiento al parque de juegos con el acuerdo de que ellos podrían jugar allí. Los niños ayudaron con gusto y el parque ha permitido una activa integración de los niños discapacitados y no discapacitados.<sup>9</sup>

Para una correcta integración, en un entorno educacional donde predominen niños no discapacitados, se debe iniciar con la identificación del impedimento que padece el niño discapacitado o de habilidades diferentes, reduciendo o eliminando por completo alguna o algunas de las diferencias, llevándolo a la reflexión, asimilación y posterior aceptación de aquellos. De esta manera se logrará una sociedad con mayor tolerancia, donde abunde el respeto a la igualdad de oportunidades y a la integración.

## **6. DE LA IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS EDUCATIVAS EN TORNO AL DERECHO A LA RECREACIÓN Y AL ESPARCIMIENTO**

El derecho a la recreación sin duda el derecho fundamental que por antonomasia desarrolla habilidades no condicionadas a otras actividades; revela mediante su práctica la expresión espontánea de capacidades mentales o corporales estimuladas por el juego y el esparcimiento; los espacios de solaz y ocio incrementa la imaginación y resulta beneficioso para el arte y la cultura. Mediante el deporte se cohesionan las intenciones de grandes y chicos, estimulando el trabajo en equipo y la fraternidad; sin embargo, no siempre es así.

Efectivamente, la política educativa implementada en nuestras escuelas, trae como propuesta general, la rigidez del estudio y su reforzamiento mediante las “tareas escolares”, es decir un alumno promedio local, estudia por la mañana en su Institución Educativa y al terminar el día de escuela, lleva trabajo para continuarla en casa, lo que provoca saturar al niño(a) desincentivándolo para la obtención de nueva información en aula. Cabría preguntarse ¿en qué momento el niño(a) jugará?, ¿en qué

momento disfrutará de su condición de tal, expresándose a través del juego?; no cabe duda que resulta necesario una intervención por parte del Estado, a fin que modifique las currículas educativas, evitando incluir excesivas tareas escolares, que impida que el niño después de un día de escuela pueda disfrutar de un momento de solaz y para así poder asimilar lo aprendido.

Si permitimos el juego a los niños, tendrán mayor oportunidad de elevar su desarrollo cognitivo de aquel que no lo hace, resultando beneficioso para el niño el aprendizaje a través de la práctica lúdica, el esparcimiento y el deporte. Señala Hillel Ruskin: “El desarrollo de las habilidades cognitivas a través del esparcimiento, se facilita por la provisión de las condiciones de vida básica como la seguridad, el cobijo, los ingresos económicos, la educación, los recursos sostenibles, la equidad y la justicia social”<sup>10</sup>, y erradicando el trabajo infantil y la trata de niños se contribuiría a la construcción de un mundo más justo con mejores oportunidades de desarrollo, tarea que resulta ardua para el Estado y la Sociedad en su totalidad.

## **7. DE LA DEFENSA DEL DERECHO A LA RECREACIÓN EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL**

La importancia del derecho en mención, se ve justificado porque incrementa las capacidades individuales no solo emocionales sino sobre todo cognitivas. Cuando un niño alza la voz en la búsqueda del reforzamiento de sus derechos fundamentales o que simplemente lo hace para que sean respetados, la sociedad tiende a minimizar sus reacciones y tornarlos ocasionales, sin darle el peso correspondiente, afianzándose la idea que aún éstos derechos no se encuentran consolidados. Es en ese contexto que a través del principio rector del Interés Superior del Niño, consagrado en la primera declaración de los derechos de los niños, “Declaración de Ginebra” del 26 de diciembre de 1924, el niño consigue el respeto y consideración de sus derechos y que sean practicados en su beneficio y el de la sociedad entera.

En esa misma línea de razonamiento resulta necesario unificar los derechos de cada niño, niña y adolescente a una práctica integral, conforme así se aplica en otras partes del mundo, adaptándose a la realidad nacional, con la

esperanza futura que el trato sea igualitario y con reales oportunidades de crecer, es a través de la recreación, que educamos a nuestros niños y niñas con la finalidad que conozcan que todos gozan de los mismos derechos antes los ojos de la ley y la sociedad.

## 8. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

La propuesta postulada sobre el Derecho a la Recreación, ha sido integralmente desarrollada en otras legislaciones así como en los Convenios Internacionales pertenecientes a todas las naciones a través de la firma de los acuerdos; aquí referiremos algunas de ellas:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) • *Artículo 1*. Establece un principio de igualdad y universalidad: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. • *Artículo 24*. Refiere al derecho al disfrute del tiempo libre: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. • *Artículo 27*. 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. • *Artículo 29*. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
- La Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce algunos otros derechos con conexión con la vida cultural, como son la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (*Artículo 18*), el derecho a la “vida adecuada” (*Artículo 25*) y el derecho a la educación (*Artículo 26*).
- Declaración de los Derechos del Niño (1959) Dentro de los derechos humanos básicos que deben disfrutar los niños en todas partes, sin discriminación alguna establece: “Todos los niños tienen derecho a jugar”.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966) • *Artículo 7*. Los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a “el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) • *Artículo 1*. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. • *Artículo 12*. Reconoce la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. • *Artículo 13*. Sobre el derecho a la educación. • Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte (1978) Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco). “La práctica de la educación física y el deporte es un derecho fundamental para todos”.

### 8.1. Otros referentes internacionales:

- Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos (OEA). Incluye el derecho al respeto de la personalidad cultural de los países y el derecho de cada Estado a desenvolver, libre y espontáneamente, su vida cultural.
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989). El Artículo 31 hace alusión al derecho a participar en la vida cultural.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el **13 de diciembre de 2006**, se planteó con el propósito de reforzar la idea de la igualdad de oportunidades que tienen las personas con discapacidad a desarrollarse en la vida y vivirla a plenitud.
- El programa trienal del Consejo de Europa “*Construir una Europa para y con los niños*” tiene por objeto asegurar el respeto de los derechos de los niños en todos los países de Europa, elaborado por el Consejo de Europa en octubre del 2007.



- El Manifiesto sobre el Derecho a la Recreación igualmente elaborado por el Consejo de Europa, al celebrarse los 60 años de la fundación del consejo europeo (1949) y a 20 años de la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); mediante el cual se delinear los derechos que involucran a niños, niña y adolescentes entre ellos se señala: *“Tienes derecho al descanso, al juego, al ocio y a actividades recreativas, artísticas y culturales en un entorno adecuado para tu edad y que respete tus derechos”*.

## 9. CONCLUSIONES

- El derecho a la recreación contiene igual valoración que otros derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que se le confiere igual trascendencia como el derecho a la identidad, a la educación o la salud. En el artículo 20° del Código de los Niños y Adolescentes se reconoce el derecho a participar en programas culturales, deportivos y recreativos, estimulando la aplicación de recursos y espacios físicos dirigidos a niños y adolescentes, constituyente del derecho a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de la niñez. Se propone como política de Estado que los municipios canalicen sus recursos y ejecuten programas con la colaboración y concurso de la sociedad civil; espacios que aporten nuevas formas de aprendizaje a través del juego, considerándose que la recreación constituye un concepto de amplio espectro.
- El derecho a la recreación tiene como primer propósito, brindarle al niño un espacio para que mediante el juego exprese emociones y represente el entorno en el que se desarrolla; también se entiende como una actitud permanente frente a la vida, en la búsqueda de la felicidad humana, de salud, educación y procesos orientados a la transformación, fomentando la participación, organización y desarrollo cultural. El deporte constituye una poderosa herramienta contra la desigualdad entre niños discapacitados y no discapacitados, la práctica del deporte le otorga confianza al discapacitado, se requieren de áreas acondicionadas para su práctica, es función del Estado la promoción e implementación de áreas apropiadas.

- A propósito de la erradicación del trabajo infantil, así como toda forma de explotación de niños, niñas y adolescentes; resulta urgente legislar sobre el tema en cuestión porque es necesario crear nuevos y mejores espacios, mediante los cuales se estimule la actividad educativa a través de la recreación. Resulta necesario la intervención por parte del Estado, a fin que modifique las currículas educativas, a fin de evitar el exceso de tareas escolares, que impida al niño disfrutar de un momento de solaz.
- Finalmente es preciso señalar que al respecto existe una vasta legislación internacional con la finalidad de otorgar efectividad al derecho discutido, por tanto la difusión, implementación y creación de espacios recreativos corresponde en primer orden al Estado, buscando que aquellos espacios sean cubiertas con diversas actividades lúdicas.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL RUIZ, Javier. **“Conocer la discapacidad. El primer paso para alcanzar la integración”**, Instituto Andaluz del Deporte. Consejería de Turismo, Comercio y Deporte; España; 2010.
- Consejo de Europa. **“7 buenas razones por las que deberíamos construir una Europa para y con los niños”**; Producido por los

## 11. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 - Se inicia en el año 1959, cuando la Organizaciones de Naciones Unidas, emite la Declaración de los Derechos del Niño, que se centre específicamente en la problemática de los derechos y deberes de los menores de edad; pero sin fuerza vinculante para los Estados.
  - Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989; entró en vigor el 2 de setiembre de 1990.
  - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del 25 de mayo de 2000; entró en vigor el 18 de enero de 2002.
  - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en conflictos armados, del 25 de mayo de 2000; entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

- 2 Aprobado en el Congreso el 21 de julio del 2000 mediante Ley N° 27337, promulgado el 2 de agosto del 2000 y publicado en el Diario oficial “El Peruano” el 7 de agosto del 2000.
- 3 **Artículo 31° de la Convención sobre los Derechos del Niño**
  1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
  2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.
- 4 Diario “El Economista” de México, 11 de setiembre 2014.
- 5 Fragmento del Preámbulo de la Convención de sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del [13 de diciembre](#) de [2006](#) –NU.
- 6 **Artículo 7 Niños y niñas con discapacidad 1.** Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. **2.** En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.
- 7 Así lo define la Ley N° 29544, en su artículo 1°, mediante la cual se señala que “*La práctica del deporte en general constituye un derecho humano y, como tal, es inherente a la dignidad de las personas. El Estado y la Sociedad propician y garantizan el acceso a su práctica y la integración de las personas al Sistema Deportivo Nacional (SISDEN) sin discriminación en razón de origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica o de otra índole (...)*”.
- 8 El subrayado es nuestro.
- 9 WERNER, David. “**Nada sobre Nosotros sin Nosotros. Desarrollando tecnologías innovadoras para, por y con personas discapacitadas**”, Editorial Pax México/ Librerías Carlos Césarman S.A., Colombia 1999, pág. 287-288.
- 10 RUSKIN, Hillel. ¿Cómo puede la educación del ocio contribuir al desarrollo humano?. Cuenca Manuel (Ed) Ocio y Desarrollo Humano. Propuestas para el 6º. Congreso Mundial de Ocio. Bilbao Universidad de Deusto, 2000, pág.121.



# **LA SUCESIÓN EN LAS UNIONES DE HECHO CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 30007**

Ángel M. Venegas Ancajima<sup>1</sup>  
Asistente Administrativo en la Presidencia - CSJ Piura

## **RESUMEN**

El autor realiza un estudio hermenéutico de las uniones de hecho con la entrada en vigencia de la Ley N° 30007, su propósito es tratar de demostrar que nuestra sociedad tiene que apostar por una mirada hacia el futuro, mirar hacia la familia desde lo profundo, como lo que es, patrimonio de la humanidad, pues sin ella no hay proyección de realización.

## **PALABRAS CLAVES**

Familia. Uniones de Hecho. Convivencia more uxorio. Matrimonio Civil. Derechos Sucesorios.

## **ABSTRACT**

The author makes a hermeneutical study of joints made with the enactment of Law No. 30007, its purpose is to try to show that our society has to go for a look into the future, look to the family from deep, as it is, patrimony of humanity, for without it there is no projection of realization.

## **KEY WORDS**

Family. Unions. Coexistence cohabitee. Civil marriage, Inheritance rights.

## **SUMARIO**

Introducción. II. Análisis de la Ley N° 30007. III. Breve Análisis del reconocimiento Constitucional y Desarrollo Normativo Civil en el Perú de las Uniones Estables o Uniones de Hecho. IV. Reflexiones en torno a la Ley N° 30007. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

## I. Introducción

La familia, cédula primera y vital de la sociedad como la denominó el Santo Padre Juan Pablo II, no es exclusiva ni principalmente un fenómeno jurídico legal, no lo es por su génesis, ni por su télesis, no es una creación del derecho ni de la ley, que sólo la regulan, sino obra de la naturaleza humana y se dirige a satisfacer las necesidades y exigencias inherentes a la persona como ser individual y social; tampoco lo es por su estructura, ni funcionamiento, que responden además a exigencias y dinámicas metas jurídicas<sup>2</sup>, ello no significa que el derecho debe regular la totalidad de los aspectos de la institución familiar ya que suele haber comportamientos basados en la costumbre, tradiciones, que la ley no recoge y otros que deliberadamente quedan librados a la espontaneidad o a la conciencia de cada persona y/o grupo social, que obedecen a concepciones éticas, morales, e incluso religiosas de los miembros de la familia<sup>3</sup>.

En el marco constitucional, la Constitución Política de 1993 señala en el artículo quinto que la familia es una institución natural y social, el legislador reconoce esa realidad, el derecho no la crea sino que la contempla, acepta y dispone de ella en un conjunto de normas jurídicas.

Por familia se entiende a aquella comunidad que tiene su origen en la unión permanente de un hombre y una mujer que conviven bajo la autoridad de una o más personas, que aúnan esfuerzos para lograr su sustento y que se hallan unidos por el afecto derivado de la relación de pareja o de parentesco<sup>4</sup>.

## II. Análisis De La Ley N° 30007

Con la entrada en vigencia de la Ley 30007, publicada el miércoles 17 de abril del 2013, modificó los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, 425 inciso 4 y 831 del Código Procesal Civil, los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de las uniones estables o también denominadas uniones de hecho propia, permitiendo a los convivientes o integrantes sobrevivientes heredar los bienes de sus parejas en caso de fallecimiento.

El objeto de la ley, según el artículo primero, es el reconocimiento de derechos sucesorios entre un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho, y exige como requisito

que dicho conviviente se encuentre vivo al momento del fallecimiento del otro conviviente (artículo segundo). Asimismo requiere la inscripción debida en el registro personal, según el artículo tercero, para así dicho conviviente sobreviviente y beneficiado pueda adquirir los respectivos derechos sucesorios o judicialmente declarados, siempre y cuando, las parejas hayan cumplido con las exigencias de esta ley y los requisitos que establece el artículo 326 del Código Civil, estos son que lleven dos años consecutivos e ininterrumpidos de convivencia, su unión sea pública y notaria y que dicha unión sea inscrita en el registro personal; es así pues cómo se establecen los derechos sucesorios al conviviente sobreviviente; por su parte los herederos forzosos vendrían a ser los hijos y demás descendientes sean estos matrimoniales o no, ello en pro de la filiación paterno filial y la igualdad de hijos que halla su contenido en el texto constitucional, siendo también heredera beneficiaria, entre otros, no en el mismo orden la integrante o conviviente sobreviviente, quedando así establecido el marco de regulación de la sucesión en una unión de hecho cuando una de los dos convivientes fallezca.

### **III. Breve Análisis del reconocimiento Constitucional y Desarrollo Normativo Civil en el Perú de las Uniones Estables o Uniones de Hecho.**

El primer reconocimiento de la institución de la unión de hecho se dio por la Constitución de 1979, antes de ello el ordenamiento regulaba dicho instituto al reconocerle sólo efectos personales y la disyuntiva de asignarle efectos patrimoniales; ya con la Constitución de 1993 en su artículo quinto ratificó el artículo noveno de la Constitución del 79, siendo una regulación constitucional meramente declarativa, pues el texto constitucional actual se refiere a una realidad preexistente en la sociedad, reconociéndole no sólo efectos personales sino también patrimoniales de la sociedad de gananciales de los cónyuges en cuanto les fuese aplicables.

Ahora bien, tomando en cuenta que la unión de hecho recién mereció reconocimiento constitucional en el texto constitucional de 1979, no existe regulación en los Códigos Civiles de 1852 y 1936, sin embargo, es de advertir que en el articulado de estos códigos subyace una regulación indirecta de las consecuencias de las uniones de hecho, referidas al tratamiento de la hijos y cuya diferencia se aprecia en el derecho sucesorio. En este orden de ideas, en el marco del Código Civil de 1852, las uniones

no consagradas con el matrimonio religioso eran consideradas como relaciones marginales, por ser contrarias al comportamiento ético y moral. Es decir el matrimonio religioso era el único reconocido y que legitimaba a la familia. A pesar de tal situación las uniones de hecho existían, ya que el Derecho no podía soslayar por completo una realidad tangible que comprometía la célula básica de la sociedad. Respecto la regulación del Código Civil de 1936, dicho cuerpo normativo se expidió bajo el mandato del texto constitucional de 1933, en la cual se denotaba un notable avance en materia de reconocimiento de garantías individuales y sociales.

No obstante, la influencia de la Iglesia seguía siendo poderosa, lo cual propició una posición conservadora de la institución matrimonial frente a las uniones de hecho, éstas últimas consideradas como una relación de segundo orden que debía ser reconocida solo por la existencia de los hijos, pero que en modo alguno podrían generar efectos jurídicos. Ya con la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, el mismo que responde a criterios y postulados del texto constitucional de 1979, en la que regía el principio de protección matrimonial, el régimen patrimonial del matrimonio debía regular los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y frente a terceros, es decir supuso la cautela del patrimonio familiar, tomando y considerando a la familia como sustento.

#### **IV. Reflexiones En Torno A La Ley N° 30007**

El derecho sucesorio antes de la modificación que trajo la ley, tenía como uno de sus fundamentos el de proteger a la familia, otorgando reconocimiento a heredar entre sí sólo a los cónyuges y no a los convivientes, por ejemplo si una persona contrae matrimonio y mañana muere su cónyuge, por el hecho de ser tal y con la simple prueba de matrimonio, tendría derecho a suceder inmediatamente.

Con la ley, si hoy se inicia una unión de hecho y mañana muere uno de los convivientes, cabría preguntarnos si también se tendría derecho a suceder, y la respuesta a ello es siempre y cuando se cumpla con la formalidad y exigencia que la ley requiere, como es el plazo de dos años continuos, unión pública y notoria, y finalmente cumpla con la inscripción en el registro personal (o reconocimiento judicial).



Debemos señalar que la Constitución al incorporar el principio de protección a la familia y de la promoción del matrimonio, estableció que existe una sola familia constitucionalmente protegida, y no es por regla la matrimonial, por lo tanto se admitió entre una de sus tantas formas de protección y de reconocimiento, a mi parecer, a las uniones de hecho que estén sujetas al régimen de sociedad de gananciales (en cuanto les fuere aplicables) quedando claro que la excepción sería la regla aplicable.

Consideró, siguiendo a la doctora De La Fuente Hontañón<sup>5</sup>, que esto podría desvirtuar la unidad y sistematicidad que caracteriza al texto constitucional pero se aclara cuando se tiene por objeto que el reconocimiento de derechos sucesorios entre un varón y una mujer se da cuando sean libres de impedimento matrimonial, que conforman una unión de hecho propia, siendo no prescindible que los convivientes adquieran la categoría de casados para adquirir derechos sucesorios.

Según De La Fuente Hontañón, el artículo 1 de la Ley N° 30007 requiere que para poder recibir la herencia, la unión de hecho debe encontrarse vigente al momento del fallecimiento de cualquiera de sus miembros; agrega que se plantean algunos problemas como el supuesto de la poligamia de facto, cuestionándose ¿cuál sería la unión vigente? ¿la que se inscriba? y qué pasaría con las no inscritas, porque todas ellas “*están libres de impedimento matrimonial*”. Otra situación que resulta importantes es: una convivencia que ha durado 20 años, y a la fecha ya no está vigente, se inscribe la unión actual que lleva dos año ¿quién pedirá la herencia? ¿y si ya llevan tres años de convivencia? ¿la herencia será para la última concubina, quedando desprovista la que tuvo una convivencia mayor?.

Dicho lo anterior, cabría preguntarse si se pueden equiparar las uniones de hecho con el matrimonio, acaso nos encontramos ante una norma inconstitucional? estas, entre las otras, interrogantes son punto de partida para reflexionar sobre el derecho sucesorio en las uniones de hecho.

En mi opinión considero, siguiendo a Alex Plácido y De la Fuente Hontañón, que la Ley no es inconstitucional y si bien acertadamente argumenta De La Fuente Hontañón existe una desfiguración actual de lo que se entiende por familia, la realidad es simple y cambiante, la Constitución al incorporar el principio de protección a la familia, estableció que existe una sola familia

constitucionalmente protegida, y no es por regla la matrimonial, quedando por ello a salvo la protección de las uniones de hecho (propias), y aunado a ello tal como lo refuerza Alex Plácido, no es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones sin importar su origen legal o de hecho.

La ley, según de la Fuente Hontañón, acertadamente indicó, que equipara los derechos hereditarios de los cónyuges a los concubinos, aunque en el artículo 4 indique que son “*similares a los del matrimonio*”, la razón de ser de la herencia es la de continuidad patrimonial en la familia, y está fundada en el parentesco, entonces ¿es que por ley que se pueden crear lazos de parentesco?; en mi opinión, en ese mismo orden de ideas, en la unión de hecho no hay parentesco, porque como ha quedado claro hay una voluntad no matrimonial. Consideramos que con esta ley, lo único que se hace es un llamamiento legal a los concubinos, pues si bien han querido establecer una comunidad de vida al margen del derecho, éste interviene otorgándole efectos patrimoniales, siempre y cuando se cumplan con las exigencias y requisitos establecidos en el artículo 326 del Código civil, equiparando los efectos jurídicos del matrimonio a la unión concubinaria, además de su inscripción por vía notarial o por reconocimiento del juez.

Hoy en día el panorama se complica, ya que se da pie a aquellos concubinos que hayan cumplido el plazo de forma no continua, o que no lo hayan cumplido e incluso aquellas relaciones esporádicas en las que esté de por medio un hijo, en donde uno de ellos acredita haber adquirido bienes durante dicha relación por parte del otro conviviente, por tanto dicho conviviente sobreviviente tiene la errónea visión de adquirir los bienes del conviviente que falleció, con aras a obtener parte de la herencia del de cuius, es decir de cuya masa patrimonial íntegra se trata.

Cabe resaltar y reiterar ante estos supuestos, que aquellas uniones de hechos que no hayan sido inscritas en el registro personal, y que no acrediten idóneamente lo previsto en el artículo 326 del Código Civil, no pueden alegar derecho sucesorio por el simple hecho de no cumplir con la formalidad que se exige.

La factibilidad que se propone, por ende, es la de invocar derecho de suceder ante el Juez y probar que la unión existió en el plazo de dos años continuos, con todas las pruebas necesarias, si es que en primera

instancia se le denegó dicho derecho, y con esto reconocer todas las prerrogativas sucesorias que establece la presente ley, garantizando de esta forma la seguridad de los miembros de la unión de hecho, sus derechos y obligaciones; contrario sensu, si no existió prueba idónea que lo demuestre, no se podría acreditar la designación de dicho derecho sucesorio, aunque nuestro Código Civil admita la libertad de prueba.

En mi opinión la Ley 30007 trae consigo ciertas ventajas y desventajas (desaciertos), por una parte con respecto a los aciertos se destacaría el favorecimiento y el reconocimiento de la institución de la familia, y sus estructuras familiares también consideradas familias, y sus consecuentes derechos que se derivan de ella, la probanza escrita que tiene el matrimonio religioso, pues se está acreditando derechos y deberes que se desligan de una de las tantas formas de familia (entre otras la unión de hecho) de la cual se desprende el derecho a suceder por el conviviente sobreviviente al momento de morir el causante; y respecto a la prueba escrita el matrimonio religioso es prueba idónea para acreditar y demostrar que dicha unión haya cumplido con el requisito de temporalidad. Ahora bien en relación a los desaciertos o desventajas, consideramos que sería un caso de debilitación de la institución matrimonial civil, ya que se reconocerían derechos y obligaciones a una pareja no casada pero que como tal, es decir en beneficio de dicha ley, tendrían derechos y deberes como pareja casada y por lo tanto derecho a suceder.

## V. CONCLUSIONES

**PRIMERO.-** La Constitución Política señala y ordena proteger a aquella familia iniciada o basada en el matrimonio y en la convivencia *more uxorio* (*pareja de hecho*), por lo que no cabe diferenciar entre familias matrimoniales y extramatrimoniales; la familia es una sola, sin importar su base de constitución; el matrimonio y la unión de hecho heterosexual ya no identifican la familia, sino a un tipo concreto de familia en cuanto significan una opción entre otras posibles, se incluye por lo tanto las familias ensambladas (reconstruidas), monoparentales, biparentales, entre otras.

**SEGUNDO.-** El fin esencial de las uniones de hecho ya no se identifican con la procreación, se aprecia que ésta consiste en una comunidad de hecho, de habitación y de vida, la que debe ser susceptible de público conocimiento a

la que se le asigna el régimen de sociedad de gananciales de los cónyuges, en cuanto les fuere aplicables.

**TERCERO.-** El respeto al libre desarrollo de la personalidad, como autonomía de la voluntad y en relación con el derecho a no contraer matrimonio, requiere que no se desconozca la libertad de elección entre el matrimonio y la unión de hecho.

**CUARTO.-** El reconocimiento de los efectos personales de la unión de hecho ha servido de sustento para que se reconozcan otros efectos en la legislación, en este sentido la Ley N° 30007, otorga derechos sucesorios al conviviente sobreviviente a la muerte del causante, siempre y cuando cumplan con la formalidad del artículo segundo y tercero de la Ley y los requisitos del artículo 326 del Código Civil.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

CORNEJO CHÁVEZ, H.: *Derecho Familiar Peruano*, Tomo I: Sociedad conyugal, Gaceta Jurista Editores. Novena Edición, Mayo. Lima, 1998.

De la Fuente Hontañón, Rosario: *Algunas Reflexiones en torno a la ley 30007:¿Similitud o Equiparación de Derechos Hereditarios a los concubinos? ¿una ley desfiguradora de la Familia Tradicional?.* Repositorio Institucional Pirhua. Universidad de Piura. Lima 17 de junio de 2013.

PLÁCIDO V., Alex F.: *Manual de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica, Enero. Lima 2001.

## VII. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Bachiller en Derecho-Universidad de Piura- UDEP, actualmente desempeña el cargo de Asistente Administrativo en la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Piura.
- 2 CORNEJO CHÁVEZ, H.: *Derecho Familiar Peruano*, Tomo I: Sociedad conyugal, Gaceta Jurista Editores. Novena Edición, Mayo. Lima, 1998, *op. cit.*, p. 7.
- 3 PLÁCIDO V., Alex F.: *Manual de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica, Enero. Lima 2001, *op. cit.*, p.18
- 4 PLÁCIDO V., Alex F.: *Manual de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica, Enero. Lima. 2001, *op. cit.*, p.17.
- 5 Cfr. De la Fuente Hontañón, Rosario: *Algunas Reflexiones en torno a la ley 30007:¿Similitud o Equiparación de Derechos Hereditarios a los concubinos? ¿una ley desfiguradora de la Familia Tradicional?.* Repositorio Institucional Pirhua. Universidad de Piura. Lima 17 de junio de 2013.

# UNA NUEVA VISION DEL PROCESO PENAL JUVENIL EN EL DISTRITO JUDICIAL DEL SANTA

**Abog. María Graciela Kcomt Kcomt**  
Juez de Familia – Corte Superior del Santa

## RESUMEN

Se trata de informar la viabilidad de aplicar los Principios Garantistas del proceso penal de adultos a la Justicia Penal de Adolescentes a partir de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño mediante la interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado, permitiendo la “Constitucionalización” del proceso antes referido; sin necesidad de esperar una modificatoria del Código de los Niños y Adolescentes, sin necesidad de aplicar control difuso y respetando las normas del código antes referido. Así, se ha introducido la Audiencia de Sustentación del pedido de internamiento preventivo por parte del Ministerio Público, se ha optimizado el desarrollo de la Audiencia de Esclarecimiento de los Hechos, permitiendo el cumplimiento de los roles de los operadores del derecho e introduciendo la oralidad en dicha audiencia. Además de la aplicación de la conclusión y terminación anticipada, permitiendo hacer efectivo el derecho a un proceso célere y justo, no sólo para el infractor sino también para la víctima, en tanto está permitiendo ejercitar la autocomposición en proceso que no son calificados como leves y el resarcimiento de la parte agraviada, con la consiguiente satisfacción de la reparación civil.

## PALABRAS CLAVES

Adolescente en conflicto con la Ley penal.- Constitucionalización del proceso del adolescente infractor.- Principios Procesales.- Internamiento Preventivo.- Audiencia de esclarecimiento de los Hechos.- Terminación y Conclusión Anticipada.- Autocomposición. Doctrina de la Situación Irregular. Doctrina de la Protección Integral.

## ABSTRACT

*It is a question of informing the viability to apply the Beginning Garantistas of the adults' penal process to the Penal Justice of Teenagers from the application of the Convention of the Laws of the Child by means of the systematic interpretation of the Political Constitution of the State, allowing the “Constitucionalización” of the process before above-mentioned; without need to wait for a modificatoria of the Code of the Children and Teenagers, without need to apply diffuse control and respecting the procedure of the code before above-mentioned. This way, there has interfered the Hearing sustentation of the order of preventive internment on the part of the Attorney General's office, there has been optimized the development of the Hearing clarification of the Facts, allowing the fulfillment of the roles of the operators of the right and introducing the orality in the above mentioned hearing. Besides the application of the conclusion and early completion, allowing to make the right effective to a process célere and justly, not only for the offender but also for the victim, while it is allowing to exercise the autocomposition in process that they are not considered to be like slight and the indemnity of the offended part, with the consequent satisfaction of the civil repair.*

## KEYWORDS

*Teenager in conflict with the Law penal. - Constitucionalización of the process of the teenager infractor. - Beginning Procesales. - Internment Preventivo. - Hearing clarification of the Hechos. - Completion and Conclusion Anticipada. - Autocomposition. Doctrine of the Irregular Situation. Doctrine of the Integral Protection.*

## SUMARIO

1. Introducción, 2. El proceso del adolescente en conflicto con la ley penal a la luz del código de los niños y adolescentes, 3. ¿que significado la puesta en vigencia del nuevo proceso penal de adultos para la justicia penal de adolescentes?, 4. Marco constitucional, 5. Buenas prácticas implementadas a nivel judicial, 5.1. La audiencia de sustentación del pedido de internamiento provisional solicitado por el ministerio público, 5.2. La optimización del desarrollo de la audiencia de esclarecimiento de los hechos, 5.3. La aplicación de los institutos de la terminación y conclusión anticipada, 6. Resultados obtenidos(bibliografía.)

## 1.- Introduccion

En esta tarea judicial, nada gratificante por cierto, de investigar las infracciones penales cometidas por adolescentes, los Juzgados de Familia aplican el proceso penal del adolescente presunto infractor previsto en el Código de los Niños y Adolescentes (en adelante CDNA); proceso que se ha visto modificado por innumerables normas, cuyo objetivo es “disminuir los índices de criminalidad” a partir del endurecimiento de las medidas socioeducativas, impuestas en un proceso penal juvenil, el que se encuadra dentro del Modelo Inquisitivo y que se corresponde, con la Doctrina de la Situación Irregular, ya desfasada.

Este procedimiento penal juvenil, no responde al nuevo modelo de Justicia Juvenil sustentada en la Doctrina de la Protección Integral, la que se respalda en el niño, niña y adolescente como sujeto de derecho y constitucionalmente protegido en su doble acepción, es decir, como persona humana y como ser en formación.

Con la puesta en vigencia del Código Procesal Penal en el ámbito de competencia de la Corte Superior del Santa, se planteó la interrogante, de si es posible la aplicación de dicho ordenamiento procesal a la Justicia Penal de Adolescentes; ello, en tanto, el novísimo código se erguía, como el paradigma de la garantía del debido proceso, del derecho de defensa del imputado y la garantía del contradictorio, entre otras novedades.

Debe tenerse presente, que el CDNA, promulgado por Ley N° 27337, determina la existencia y la obligación de aplicar el procedimiento allí establecido; el que si bien, pretendió aplicar un modelo garantista, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención) y las Normas Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, no es menos cierto que aún, conserva los rezagos del modelo inquisitivo ya desfasado.

Un ejemplo, es la existencia de un Juez de Investigación y a la vez de Juzgamiento; el que cuenta con facultades para determinar la medida de coerción personal a imponer, sin que haya sido solicitada por quién se constituye en el titular de la acción penal y sin que el adolescente imputado haya podido rebatir los argumentos del Ministerio Público, expuestos en audiencia oral. Es decir, sin que se haya hecho efectivo el contradictorio,

menos el derecho de defensa del adolescente presunto infractor de la ley penal.

Cabe especial atención, aquellos casos en donde el adolescente, desde la etapa policial, en presencia de su defensa técnica, de sus padres o responsables y de la Fiscal de Familia, acepta no sólo la existencia del ilícito penal, sino también la responsabilidad atribuida por el Ministerio Público, de manera coherente con los medios probatorios anexados a la carpeta fiscal. En dichos casos cabe preguntarnos: ¿El adolescente investigado debe esperar la terminación de una investigación judicial, que no siempre es célere, para que, en sentencia se determine la existencia del ilícito penal, su responsabilidad y la consiguiente medida socio educativa? Más aún, la medida impuesta a través de la sentencia, que se “notifica” y por tanto, no se tiene certeza que él “sentenciado”, siquiera la lea y entienda su significado; tendría el efecto educador, inmediato que induzca al adolescente a reformular su conducta? Consideramos que no; por ello, dirigimos la mirada a instituciones como: La terminación y la conclusión anticipada del proceso; los que si bien, no han sido previstos en nuestra normatividad de niños y adolescentes, podrían ser aplicados en virtud de la supletoriedad del Código Procesal Penal a esta justicia especializada.

Para nadie es desconocida la tendencia actual de la “constitucionalización” de todos los ámbitos del derecho, no siendo ajena la Justicia de Adolescentes. En este orden de ideas, el Sistema de Justicia Penal Juvenil, no podía estar ajeno a los mecanismos de simplificación procesal previstos por la nueva norma adjetiva; más aún, si en dicha normatividad se encontró diversos institutos que garantizan mejor, los Derechos Fundamentales de los adolescentes en conflicto con la Ley Penal. De allí que, el gran reto planteado era el introducir dichos institutos y procedimientos, sin enervar la vigencia del CDNA, a partir de la interpretación y aplicación de los Principios Sustantivos y Procesales, plasmados en las normas nacionales e internacionales, a la luz de la Constitución Política del Estado.

Teniendo en cuenta lo indicado, se han introducido **nuevos procedimientos**, como expresión de los Principios de Oralidad, Inmediación, Contradictorio, Publicidad entre las partes dentro del proceso; y, básicamente los Derechos a un Debido Proceso, Plazo Razonable, Defensa Técnica y Proceso Justo. Todo ello, dentro del marco del “Plan Piloto para la Optimización del

Despacho en materia de Justicia de Adolescentes en conflicto con la Ley Penal en la Corte Superior de Justicia del Santa” implementado por la Presidencia de esta Corte Superior (Res. Adm. N° 943-2015-P-CSJSA/PJ del 10/09/2015); y, cuyos resultados han sido aprobados, mediante Resolución Administrativa N° 391-2016-P-CSJSA/PJ de fecha 15 de marzo del año en curso. Habiendo además, obtenido la certificación de “Buena Práctica en Gestión Pública” por la Institución: “Ciudadanos al Día” y la condición de Finalista en la categoría “Seguridad Ciudadana” (Carta a la Presidencia de la Corte Superior del Santa del 23/07/2016 emitida por la Directora Ejecutiva de CAD Ciudadanos al Día, Caroline Gibu.).

Así, tanto a nivel fiscal como judicial se han adoptado buenas prácticas que pretenden hacer efectiva la protección especial que prevé el Art. 4° de la Constitución Política del Estado, a fin de desarraigar algunos rezagos existentes de la Doctrina de la Situación Irregular en el Proceso del Adolescente Infractor y maximizar el impacto educador en el adolescente, al comprender las consecuencias del acto infractor cometido, con una sentencia rápida y justa.

## **2.- El Proceso Del Adolescente En Conflicto Con La Ley Penal A La Luz Del Código De Los Niños Y Adolescentes**

Es innegable que a la fecha el CDNA determina un procedimiento específico que el Juez de Familia debe respetar, al no haber sido materia de derogatoria del mismo y menos, de modificatoria alguna. Así, nos atrevemos a acotar algunas de las particularidades que se presentan a nivel judicial:

- 2.1. En los casos de aquellos adolescentes que son retenidos policialmente, no siempre (diríamos: mayoritariamente), se garantiza el derecho a conocer los hechos y el ilícito penal que se le imputan y por el cual se le ha “retenido” en un lenguaje que él entienda; tampoco el derecho a su Defensa Técnica especializada y la Asistencia de sus padres.
- 2.2. Debe tenerse en cuenta que, conforme al Art. 204 y 207 del CDNA, el Fiscal de Familia no está obligado a solicitar la medida de internamiento preventivo; siendo que, es el Juez de Familia (ver Art. 208 del CDNA), quien **de oficio**, deberá determinar su condición procesal, sin que tal: i) Haya tenido la oportunidad de



conocer los hechos y los cargos que se le imputan; ii) Haya tenido la oportunidad de contradecir los argumentos por los cuales el Juez determina su situación jurídica, en tanto no los conoce; iii) Presentar los medios probatorios que le convienen a su defensa; y, iv) El derecho a ser oído.

- 2.3.** El Art. 212 y 213 del cuerpo legal antes indicado, determina la forma y contenido de la diligencia de Audiencia de Esclarecimiento de los Hechos; diligencia en la cual: i) Se prioriza la escrituralidad sobre la oralidad, principio procesal garantista que permite verificar el cumplimiento de las garantías del debido proceso y el ejercicio eficaz de los Derechos Fundamentales del adolescente investigado; ii) Se mantiene la figura del Juez investigador y sentenciador, relegando la figura del Fiscal, pese a que, tal, tiene, en su calidad de titular de la acción penal, la carga de la prueba; iii) No se cumple el principio de celeridad de los procesos, cuando, en infracciones graves, no se aplican institutos como la terminación y la conclusión anticipada, como una forma de dar término al proceso en la mejores condiciones para la víctima y para el infractor; iv) No se cumple el efecto educador que toda sentencia debe tener en el ámbito de adolescentes en conflicto con la ley penal; pues, la notificación de una sentencia no garantiza su lectura y menos su entendimiento, de allí, el alto índice de incumplimiento de las medidas socioeducativas, las que quedan en meros saludos a la bandera.

### **3.- ¿Que Significo La Puesta En Vigencia Del Nuevo Proceso Penal De Adultos Para La Justicia Penal De Adolescentes?**

La vigencia del nuevo Código Procesal Penal en nuestra jurisdicción, el 12 de junio del 2012, significó el cambio de un sistema totalmente inquisitivo a una justicia calificada como de tipo adversarial y garantista; lo que significó para el adulto, una Justicia dinámica, rápida y efectiva; con un efectivo Derecho a la Defensa y del Contradictorio; y, en donde la víctima, se vio resarcida y la sociedad se empezó a sentirse pacificada. Es en este contexto que nos preguntamos: ¿Es posible que un adolescente, a quién la Constitución le garantiza una protección especial, tenga menores garantías dentro del proceso penal que un adulto?

Es allí que surge el gran reto, cual es: Introducir los institutos y procedimientos que mejor garantizan el DERECHO DEL ADOLESCENTE, sin enervar la vigencia del CDNA., a partir de la interpretación y aplicación de los Principios Sustantivos y Procesales, plasmados en las normas nacionales e internacionales, a la luz de la Constitución Política del Estado.

#### **4.- Marco Constitucional**

Tal como lo sostiene Hernández Alarcón, en nuestro país, la Convención, la Constitución Política del Estado, el CDNA y las demás leyes específicas, reconocen los Derechos Humanos de la Infancia, habiendo plasmado legalmente su nueva condición jurídica acorde a la Doctrina de la Protección Integral: niño y adolescente como sujeto activo de derechos y deberes; es decir, capaz de exigir el respeto irrestricto de sus derechos y además, capaz de asumir la responsabilidad de los actos que comete de acuerdo a su edad. [1]

Debe tenerse en cuenta que los Derechos Fundamentales, tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad y esta dignidad es la que justifica y explica los derechos fundamentales de la persona y le sirve de fundamento [2]. Más aún, tal como ya lo ha indicado Guzmán Napurí, existe una doble dimensión de los derechos fundamentales: Una dimensión subjetiva y otra, objetiva [3]. En su dimensión subjetiva y tal como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional (Exp. N° 3330-2004-AA, 11/07/05,P,FJ.9) “no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los Derechos Fundamentales”. Y, en su dimensión objetiva (Exp. N° 2050-2002-AA, 16/04/03,P,FS.25), “representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional y, en esa condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción. (...)”. [4]

Lamentablemente, sigue diciendo Hernández Alarcón, y en ello estamos de acuerdo, los derechos fundamentales del adolescente que infringe la ley penal son las más de las veces, difícilmente respetados y garantizados;

pues, pese al reconocimiento lírico que hace la ley de los derechos humanos que le corresponden al adolescente como parte de la infancia, categoría jurídico social diferenciada; dicho reconocimiento legal, no se traduce en el respeto de sus garantías, ni capacidad jurídica en el día a día y más aún, cuando el Estado le pide cuentas frente a la comisión de un delito o falta. Y es que, a nuestro criterio, aún cuando no existe norma expresa que haga efectivo dichos derechos y garantías, no es menos cierto que hoy, vivimos la “constitucionalización” en todos los ámbitos de derecho; y, es a partir de la Constitución, la que no sólo incorpora como parte del derecho nacional los tratados celebrados por el Estado (ve Art. 55 de la Constitución Política del Estado), sino que además, a partir de la 4° Disposición Final y Transitoria otorga rango constitucional a los Tratados Internacionales sobre derechos humanos; de esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido y eficaz; y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado; por ende, siendo la Convención, una norma supranacional de derechos humanos relativos a la infancia, la que ha sido ratificada por el Perú, forma parte, en consecuencia, del derecho nacional con jerarquía constitucional. Sostenemos entonces, que los operadores del derecho de la infancia, no requieren de la modificación de las normas del CDNA para hacer efectivos los derechos fundamentales de los mismos, sino que a partir del Art. 40° de la Convención; consideramos, es posible aplicar los Principios de ORALIDAD, INMEDIACIÓN, CONTRADICCIÓN, PUBLICIDAD ENTRE LAS PARTES DENTRO DEL PROCESO; y, básicamente los Derechos a un DEBIDO PROCESO, PLAZO RAZONABLE, DEFENSA TÉCNICA y PROCESO JUSTO que posibiliten, como ya se ha indicado, el hacer efectiva la doble protección que brinda la Constitución a los adolescentes y, en especial a aquellos que están en conflicto con la ley penal.

## **5.- Buenas Prácticas Implementadas A Nivel Judicial**

### **5.1. La Audiencia De Sustentación Del Pedido De Internamiento Provisional Solicitado Por El Ministerio Público:**

#### **A) Sustento Jurídico:**

Si bien es cierto, el CDNA., no prevé la realización de la audiencia antes

referida, no es menos cierto que no lo prohíbe y conforme lo prevé la Constitución Política del Estado en su Art. 24. a) “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”.

La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño hace hincapié que no se debe imponer límites de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan, con mayor razón cuando se encuentren involucrados en conflicto con la Ley Penal. Derecho que no sólo se traduce en la Defensa Material que puede realizar el adolescente puesto a disposición, sino también, aquella que está referida a su Defensa Técnica y que permita en el ejercicio del contradictorio, ofrecer al Juez, antes de decidir sobre su libertad personal, las pruebas que permitan contradecir los argumentos del Ministerio Fiscal. Así, en una audiencia oral y pública para las partes y no para terceros, el adolescente podrá escuchar de primera fuente, los cargos que se le imputan en un idioma que entienda, sobre el proceso de justicia juvenil y las medidas que el Juzgado podría adoptar.

Si se tiene en cuenta que al adulto se le aplica un procedimiento garantista, con mayor razón a un adolescente a quién le corresponde la especial protección a que se refiere el Art. 4° de la Constitución Política del Estado.

Una de las objeciones formuladas a la Audiencia Oral antes referida, es la grabación de la misma, ello, en tanto se afirma podría lesionar el Derecho a la identidad e imagen del adolescente involucrado y la reserva del proceso que prevé el Art. 190 del CDNA; sin embargo, es preciso advertir que la audiencia NO ES PUBLICA, más aún, su publicidad está reservada para las partes del proceso y en ejercicio de un efectivo derecho a la defensa y no para terceros. En tal sentido, se ha implementado un procedimiento de custodia, vigilancia y protección de los audio-videos, de modo tal, que sólo la Secretaria Tutelar-Penal, es la que tiene a cargo la grabación y custodia del mismo, bajo responsabilidad; y, para garantizar el derecho de defensa de las partes, sólo pueden facilitarse copia de las mismas, previa autorización del Juzgado y previo juramento de no ser utilizado extra proceso.

## **B) La Buena Práctica:**

1. El Juzgado al recepcionar la formalización de la denuncia (dentro del plazo razonable establecido y con el ejercicio de la Imputación Necesaria), ordena la realización de la Audiencia de Sustentación del Pedido de Internamiento Preventivo, en día y hora que no exceda de las 24 horas de su retención, previniendo a las partes que la misma se realizará en Audiencia Oral.

2. La Audiencia se realiza en la siguiente forma:

### **2.1. Actos Preliminares:**

- Se explica a las partes la Diferencia entre Justicia Penal de Adultos y de Adolescentes.
- Se explica a las partes la constitucionalización del Proceso del Adolescente Infractor y su aplicación de los Principios Garantistas a partir del Art. 40° de la Convención.
- Se solicita autorización para oralizar la audiencia y su correspondiente grabación, además del procedimiento a realizar por el Juzgado para garantizar la Imagen e Identidad del Adolescente y el Compromiso de las partes en Litis con expresa indicación del apercibimiento en caso de incumplimiento.

2.2. Identificación del Juzgado, Ministerio Público y las Partes Procesales.

2.3. Explicación de los Derechos del Adolescente.

2.4. Imputación Necesaria:

Que incluye: Los hechos, el Tipo Penal, los Elementos de Convicción, la Medida Socio-Educativa solicitada y la Reparación Civil.

2.5. Ejercicio del Derecho a acogerse a una Terminación Anticipada.

2.6. Sustentación del Pedido de Internamiento Preventivo por parte del Ministerio Público.

2.7. Ejercicio del Contradictorio por parte de la Defensa Técnica del imputado, además del ejercicio de la Defensa Material del Adolescente, de manera directa; con la oportunidad de ofrecer los medios probatorios que convienen a su derecho.

2.8. Respetando las normas del CDNA, el Juzgado da por concluida la audiencia y procede a emitir el Auto de Apertura de Investigación Penal, resolviendo la situación jurídica del adolescente puesto a disposición.

## **5.2. Optimización Del Desarrollo De La Audiencia De Esclarecimiento De Los Hechos**

### **A) Sustento Jurídico:**

Se pretende implementar a partir de la constitucionalización del Proceso del Adolescente Infractor, aquellos procedimientos que garantizan mejor los Derechos Fundamentales del Adolescente en conflicto con la Ley Penal a partir del Art. 40 de la Convención. En esta línea argumentativa, el Tribunal Constitucional ha referido que: La tutela permanente que con esta disposición se reconoce (refiriéndose a la Protección Integral) tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4º, a través del artículo IX del Título Preliminar del CNA y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3º, inciso 1 de la CDN”; (...) de esta forma, los elementos principales de una doctrina de protección integral viene a ser, entonces: (...)

e) Un sistema de responsabilidad penal juvenil que desarrolle un mecanismo de pesos y contrapesos, en la cual el juez, la defensa y el Ministerio Público tienen atribuciones y funciones determinadas por la ley. En el ámbito penal, se asegura el respeto al principio de igualdad, sustituyendo “el binomio impunidad-arbitrariedad por el binomio severidad-justicia (...).”

Así, se pretende introducir el concepto de “proceso justo”, en tanto, se le imprime a la audiencia, las garantías procesales que permitan que el adolescente ejercite en su real dimensión, su derecho a la defensa.

## **B) La Buena Práctica:**

La Audiencia se realiza en la siguiente forma:

**2.1.** Los Actos Preliminares, así como los acápites

**2.2. y 2.3., son los mismos que se realizan en la Audiencia de Sustentación** antes referida.

**2.4.** Alegatos de Apertura: Del Fiscal de Familia y de la Defensa Técnica.

**2.5.** Ejercicio del Derecho a acogerse a una Conclusión Anticipada.

**2.6.** Cuestiones Probatorias: Interposición, Admisión, Ejercicio del Contradictorio, Resolución e Impugnación.

**2.7.** Admisión de Medios Probatorios en conformidad con el Art. 212 del CNA.

**2.8.** Actuación de Medios Probatorios:

- Informativas de Ley (Art. 212 del CNA) y Testimoniales admitidas.
- Verbalización de Documentos.
- Otros medios probatorios.

**2.9.** Alegatos de cierre: Defensa Técnica y Defensa Material del investigado.

**2.10.** Cierre de la Audiencia.

**5.3. Aplicación de los institutos de la terminación y conclusión anticipada.**

## **A) Sustento Jurídico:**

Se trata de aplicar el Proceso de Terminación (Art. 468 del CPP) y Conclusión Anticipada (Art. 372 inc. 1° del CPP) al que puede acogerse el adolescente y previsto por la normatividad procesal penal, como fuente del Derecho Penal Juvenil por imperio del Art. VII del Título Preliminar del CNA y la derogatoria del antiguo Código de Procedimientos Penales.

## **B) Sobre la Terminación Anticipada:**

Es un mecanismo que tiene por objeto agilizar el curso del proceso gracias a la limitación de la etapa de investigación preparatoria y a la supresión de las etapas intermedia y del juicio oral. Su finalidad funcional es reducir los tiempos de la causa, cuyo presupuesto es el acuerdo de las partes sobre procedimiento y pena, todo ello en función a la exigencia de actos de investigación, por lo menos, en sede de diligencias preliminares, sin que se requieran pruebas plenarias para la formación de la convicción judicial. El efecto del procedimiento no solo es evitar dos etapas procesales, en especial el juicio oral, sino su lógica premial, porque concede al imputado una rebaja de pena si la causa culmina por esa vía [5]

## **C) Sobre la Conclusión Anticipada:**

El artículo 372° inciso 1) del Código Procesal Penal, señala “El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil”; en esa misma línea se tiene el inciso 2) Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.

## **D) La Buena Práctica:**

Teniendo en cuenta el Principio de Flexibilidad que informan los Procesos en Familia, tales se realizan bajo el siguiente procedimiento:

- 1) La Terminación Anticipada puede ser solicitada desde el momento mismo de la instalación de la Audiencia de Sustentación del pedido de Internamiento Preventivo hasta antes de la realización de la Audiencia de Esclarecimiento de Hechos; siendo que, la Conclusión Anticipada podrá ser solicitada en la Audiencia de Esclarecimiento de los Hechos.



- 2) Es solicitado por la Defensa Técnica del imputado a partir del reconocimiento de la responsabilidad imputada por el Ministerio Público.
- 3) En el caso de la Terminación Anticipada, se convoca a una Audiencia Oral con citación de la parte agraviada; la Conclusión Anticipada por el contrario se realiza en la misma Audiencia de Esclarecimiento de los Hechos.
- 4) En las audiencias a que se refiere el acápite precedente se presenta de manera verbal, inclusive, el pre-acuerdo arribado por la Fiscalía de Familia y la Defensa Técnica, que incluye la medida socioeducativa y la reparación civil.
- 5) El acuerdo es sometido a ratificación del adolescente imputado y su representante legal, previa explicación de los alcances y consecuencias que le puede acarrear en él, su aceptación.
- 6) El acuerdo es sometido a aceptación o no de parte del agraviado, promoviendo la autocomposición, la internalización de la negatividad del acto infractor y sus consecuencias en el agraviado por parte del adolescente a fin de lograr el efecto educador que debe tener el acuerdo.
- 7) El Juez, previa verificación de los actuados acepta o rechaza el pre – acuerdo: Si rechaza el acuerdo de Terminación Anticipada, da por concluida la audiencia y continúa en proceso con la realización de la Audiencia de Esclarecimiento de los Hechos; y, si se rechaza el pre – acuerdo de Conclusión Anticipada, se continúa con la diligencia conforme a los cánones de la Audiencia de Esclarecimientos de Hechos, ya antes explicada, como buena práctica. Si la aprueba, se reserva la emisión de la sentencia que corresponde en el plazo máximo de DOS DÍAS y previa consignación de la totalidad, la mitad o la parte acordada del pago de la reparación civil a favor del agraviado.
- 8) Emite sentencia.

## 6. Resultados Obtenidos

- 6.1. Se materializó el Principio de Oralidad, Inmediación, Contradicción y Publicidad entre las partes dentro del Proceso, mediante la introducción de la Audiencia de Sustentación del pedido de Internamiento Preventivo; haciendo efectivo el Derecho a la Defensa y del Debido Proceso.
- 6.2. Se optimizó la Audiencia de Esclarecimiento de los Hechos, haciendo efectivo el Derecho a un Juez Imparcial, introduciendo roles diferenciados de las partes dentro del Proceso; y, priorizando el Derecho del Adolescente a conocer en su léxico e idiosincrasia lo que significa estar inmerso en un proceso penal, sus connotaciones y sus consecuencias.
- 6.3. Se aplicó la Terminación y Conclusión Anticipada, coadyuvando a la autocomposición y el efecto educador que debe tener el proceso en el adolescente y su familiar, favoreciendo la desincentivación en la comisión de ilícitos penales y permitiendo la efectivización del pago de la reparación civil y satisfacción de la víctima, en los casos en que se aplicaron dichos institutos.
- 6.4. Se cumple con garantizar el Derecho a la reserva de la identidad y el Derecho a la Imagen del adolescente inmerso en una investigación penal, a través del procedimiento instaurado para la grabación y custodia de los audio-videos.
- 6.5. Se efectivizó el Derecho al Plazo Razonable; así, con la figura de la Terminación Anticipada se logró sentenciar a un adolescente por la infracción penal contra el patrimonio **en 08 días**, mientras que en otro Juzgado de Familia y aplicando las normas del CDNA, la sentencia fue emitida 04 meses después, sin contar, el mes de vacaciones judiciales; y, en un proceso de tenencia ilegal de drogas, se logró sentenciar al investigado **en 04 días**.

En virtud de lo antes expuesto, consideramos que es posible aplicar aquellos principios que garantizan mejor el derecho del adolescente infractor, al amparo de las normas constitucionales y de Derechos Humanos que informan nuestro ordenamiento para hacer un proceso ágil, eficaz y eficiente.

## Bibliografía:

[1]	C. A. Hernández Alarcón, «El Debido Proceso y la Justicia Penal Juvenil,» 2005. [En línea]. Available: <a href="http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/handle/cybertesis/1216">http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/handle/cybertesis/1216</a> . [Último acceso: 10 Agosto 2016].
[2]	C. Fernandez Sesarego, «Derechos Fundamentales de la Persona,» de <i>La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo, obra colectiva T-I</i> , Lima, Gaceta Jurídica, 2005, pp. 07-12.
[3]	C. Guzmán Napurí, <i>La Constitución Política: Un análisis funcional</i> , Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
[4]	T. C. d. Perú, <i>La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución</i> , Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2006.
[5]	N. U. D. H. O. d. A. Comisionado, «Convención sobre los Derechos del Niño-ohchr,» [En línea]. Available: <a href="http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx">http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx</a> . [Último acceso: 11 Agosto 2016].
[6]	C. San Martín, <i>Derecho Procesal Penal: Lecciones</i> , Lima: INPECCP y CENALES - Fondo Editoriales, 2015.
[7]	R. Suárez Franco, <i>Derecho de Familia T-II</i> , Santa Fe de Bogotá: Temis S.A., 1999.
[8]	M. Valdiviezo García, <i>Derecho de las Personas</i> , Trujillo: Industria Gráfica Libertad S.A.C., 2007.
[9]	M. d. J. y. D. Humanos, Diciembre 2013. [En línea]. Available: <a href="http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/08/plan-nacional-prevencion.pdf">http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/08/plan-nacional-prevencion.pdf</a> . [Último acceso: 09 agosto 2016].
[10]	C. Fernández Sessarego, <i>Derecho de las Personas</i> , Lima: Grijley E.I.R.L, 2009.
[11]	M. C. Bartetta Villaran, «Los Niños y Adolescentes en el ámbito tutelar,» <i>Revista de la Facultad de Derecho de la UNIFE. Lumen N° 02</i> , p. 26, 2004.
[12]	D. d. Pueblo, «Informe Defensorial N° 157-Sistema Penal Juvenil,» WR Impresores, Lima, 2012.
[13]	García Mendez, Emilio y Beloff, Mary (Compiladores), <i>Infancia, Ley y Democracia en América Latina</i> , Santa Fe de Bogota-Buenos Aires: Temis-Depalma, 1999.
[14]	I. M. Hawie Lora, <i>Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia</i> , Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2015.



# **LA VIOLENCIA ECONOMICA Y PATRIMONIAL**

**ANDREA CAROLA PONCE AGUILAR**

*Especialista en el mejoramiento de los procedimientos de los Juzgados de Familia – PpR  
Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa*

## **RESUMEN**

La violencia económica y patrimonial son dos conceptos nuevos introducidos por la Ley N° 30364: Ley para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

La violencia económica es la subyugación de la mujer a través de la dependencia económica que del agresor, quien utilizando el dinero genera un yugo sobre la víctima que tiene que hacer lo que le dice porque no podrá subsistir al no recibir el dinero que necesita para ello.

De otro lado la violencia patrimonial es la afectación que se realiza sobre los bienes y pertenencias de la víctima, entre los que se cuenta la perturbación de propiedad, la destrucción, daño o disposición sin permiso de pertenencias, instrumentos de trabajo o valores, entre otros.

## **PALABRAS CLAVE**

Violencia, mujer, violencia económica, violencia patrimonial

## **ABSTRACT**

The economic and patrimonial violence are two new concepts introduced by the Law number 30364: Law To anticipate, sanction and eradicate the violence against women and the members of the family group.

The economic violence is the subjugation of the woman through the economic dependence that suffers on behalf of the aggressor, who using the money generates oppression on the victim who has to do what he says to her because she will not be able to survive because she will not receive the money that she needs for it.

On the other side the patrimonial violence is directed to the affectation that is realized on the goods and belongings of the victim, among which one tells the disturbance of property, the destruction, damage or disposition without permission of belongings, instruments of work or values, among others.

## **KEY WORDS**

Violence, woman, economic violence, patrimonial violence.

## **SUMARIO:**

1.- Introducción. 2.- La Violencia Nacida De La Pobreza. 3.- La Ley. 4.-Violencia Económica. 5.- Violencia Patrimonial.

## 1.- INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la ley 30364: Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar nos trajo un concepto nuevo de violencia en la legislación peruana el de la violencia económica y patrimonial.

Al respecto este artículo busca estandarizar los conceptos de violencia económica y violencia patrimonial conforme a la ley N° 30364 y su reglamento.

*“...Ya no dormimos juntos hace meses, cada uno tiene su propio cuarto, porque esta casa la construimos los dos, pero cada vez que me baño me corta el agua...”*

*“...Solo le pedí el diario, pero él me respondió con insultos, que era una arrimada y que solo servía para comer, la verdad mi bebé no tiene que comer, no me deja salir a trabajar, pero el si tiene dinero para irse a tomar con sus amigos...”*

## 2.- LA VIOLENCIA NACIDA DE LA POBREZA

Si bien las violaciones de los derechos humanos afectan tanto a los hombres como las mujeres, su impacto varía de acuerdo con el sexo de la víctima. Los estudios sobre la materia permiten afirmar que toda agresión perpetrada contra una mujer tiene alguna característica que permite identificarla como violencia de género. Esto significa que está directamente vinculada a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre varones y mujeres en nuestra sociedad, que perpetúan la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino. Lo que diferencia a este tipo de violencia de otras formas de agresión y coerción es que el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el solo hecho de ser mujer.<sup>1</sup>

¿Pero cómo se llega a esto? Bueno la discriminación debido al género y los estándares establecidos para el hombre y la mujer generan que uno sobre la otra tengan una cuota de poder adicional que termina fomentando la desigualdad. Es que el concepto de género hace posible distinguir las diferencias sexuales, fundadas biológicamente entre hombres y mujeres, de las diferencias determinadas culturalmente entre las funciones recibidas

o adoptadas por mujeres y hombres respectivamente en una sociedad determinada. Las relaciones entre ambos géneros están constituidas en términos de poder y dominación que estructuran las oportunidades que ofrece la vida a hombres y mujeres.

A ello se agrega que la pobreza y el género son conceptos que hoy en día tienen gran conexión, ello porque una serie de fenómenos en las últimas décadas afecta la pobreza específicamente de las mujeres, más que los hombres al respecto se afirma que: “Las mujeres son las víctimas principales de los problemas sociales y culturales y de la carencia de desarrollo. Son ellas también quienes, en las situaciones de miseria, de pobreza y de desintegración de las estructuras sociales, sacrifican su bienestar y en ocasiones su vida para mantener a su familia (...) La disolución de hogares en decenios recientes que frecuentemente hace que las mujeres se queden solas pero con familiares a su cargo, la doble carga que se impone a la mujer al tener que ganar el sustento y cuidar a los hijos, junto con la falta de protección para estos, la escasez de servicios de cuidados a la infancia, y las limitadas oportunidades económicas de que dispone la mujer han hecho que aumente el número de mujeres y niños en situación de pobreza y la proporción que representa en el total de pobres, fenómeno que se ha denominado “la feminización de la pobreza”<sup>2</sup>

Entonces, entendiendo correctamente este concepto nos encontramos que la pobreza afecta de mayor manera a las mujeres porque ellas en muchas oportunidades no solo ven por ellas sino –en la mayoría de casos– por un hijo, que genera que deban generar ingresos por partida doble, que trae consigo que sufran de violencia ante el reclamo que hacen al otro progenitor para que asuma su responsabilidad frente a tal hijo, y que debido a su negativa a hacerlo es más complicado surgir económicamente. A lo que se agrega que la división del trabajo por sexo asigna a la mujer el espacio doméstico que trae consigo la desigualdad de oportunidades y por ello la inequidad a acceder a recursos materiales y sociales como es la educación, que no permitirá su surgimiento profesional y por ello no permitirá alcanzarlos recursos no solo para subsistir sino para surgir, convirtiéndose por ello en un círculo vicioso de pobreza creado por la falta de autonomía económica que tienen las mujeres, entendida como la falta de ingresos propios que les permitan satisfacer sus necesidades, a las que no puede alcanzar por la desigualdad de oportunidades que le brinda la

sociedad ante el preconceito de lo que implica ser mujer y su papel en el desarrollo de la comunidad y la familia, solo como trabajadoras domésticas y no con el derecho de ser un profesional y surgir tan igual a un varón, concepto que se profundiza en zonas donde la educación es precaria. En definitiva como refiere la CEPAL “La pobreza no solo se entiende como un concepto descriptivo que establece la distancia frente a un umbral de ingresos o recursos, sino que incluye una explicación sobre la desigualdad en las relaciones de poder al interior de los hogares”<sup>3</sup>

Es por todo ello que la violencia se incluye al estudio de la pobreza desde un enfoque de género dado que genera que se inhabilite a las personas de disfrutar de autonomía porque entorpece el acceso de las mujeres al trabajo y estrecha las posibilidades de que ellas cuenten con autonomía económica; así como las inhabilita para ejercer ciudadanía, erosionando el capital social a causa del aislamiento social al que son sometidas. En este sentido, el género de las personas puede convertirse, en determinadas circunstancias, en una condición que determine grados de severidad de la pobreza y mayor riesgo de experimentarla

### **3.- LA LEY**

Con este marco conceptual ingresamos al marco de la Ley N° 30364, donde se hace visible la lucha frontal contra todo tipo de violencia, y por ello se agrega dentro de los tipos de violencia aquella denominada “Violencia económica o patrimonial” que se determina en el artículo 8 en el literal d) donde establece: “Violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de: 1. la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; 2. la pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; 3. la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias; 4. la limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.”



Como se puede observar del texto de la ley se ha reunido dos conceptos de violencia en un único acápite, siendo que los casos de violencia patrimonial se encuentran detallados en los literales 1 y 2, y la violencia económica en el 3 y 4. A ello se agrega que de manera ampliada el Reglamento de la ley también establece en el artículo 4 inciso 7 un concepto sobre violencia económica o patrimonial, sin embargo se sigue apreciando la misma conjunción de definiciones cuando a todas luces se tratan de dos cosas distintas.

#### 4.- VIOLENCIA ECONOMICA

*“Las mujeres conforman el 50% de la población pero realizan el 60% del trabajo, ganan una décima parte de los ingresos y son propietarias de la centésima parte de los activos”<sup>4</sup>*

La violencia económica consiste en la inequidad del acceso a los recursos económicos que deberían ser compartidos entre hombre y mujer, en ese entendido contiene a todas las conductas que puedan ser de control de los recursos económicos de los ingresos familiares, así como de información sobre tales recursos.

Se trata de la falta de libertad que el agresor otorga a la víctima en la ejecución de gastos para cubrir necesidades, por lo que la víctima debe dar justificaciones constantes sobre lo que ha hecho o como lo ha gastado, no teniendo disponibilidad de presupuesto de manera libre, ello al punto que incluso las mujeres trabajadoras que sufren este tipo de maltrato deben dar cuentas de su propio sueldo o llegar al extremo de entregarlo a la pareja cada mes para que sea él quien gestione el dinero.

De tal modo que la economía conlleva a un modo de violencia por la necesidad de depender constantemente de alguien que a través del dinero subyuga a una persona para que siempre tenga que pedirlo a modo de limosna, o que se otorgue solo a cambio que la víctima cumpla con realizar actividades ordenadas por el agresor.

Siendo que con este actuar se denota la falta de valoración del agresor sobre la labor doméstica que realiza la mujer considerando que es su deber como mujer realizarla, desdeñando su papel como ama de casa con tareas que permiten el desarrollo de todos aquellos que conforman

la familia gracias al mantenimiento del hogar y todo lo que lo incluye, a lo que se añade que tales mujeres en muchos casos no logran proyectarse profesionalmente por la subyugación a la que son sometidas porque el agresor no considera el bienestar de la víctima sino solo su beneficio propio demostrado en la falta de apoyo a la víctima para que logre su desarrollo profesional y personal.

Y es que el abuso económico no es inofensivo, porque transgrede el derecho fundamental a la subsistencia, del cual toda mujer debe gozar plenamente, el problema es que se trata de un tipo de violencia que inicia de manera sutil además que se apoya en la cultura que ha educado a las mujeres que con la mejor buena fe, piensan que siempre fue así y que es obligación masculina proveer y deber femenino, depender. Cuando una mujer que está en esa dinámica encara una tarea laboral por fuera de la casa lo hace “para ayudar” y está bien visto que así sea, conceptos que deben ser desterrados de nuestra conciencia.

A este concepto se agrega el del varón que no trabaja y que vive de lo que percibe la mujer, entonces la mujer trabaja dentro y fuera del hogar a pesar que es ella quien aporta la mayor cantidad de ingresos para sostener a la familia, ante ello el hombre utiliza diferentes métodos para que la mujer le entregue sus ingresos, como que no puede conseguir trabajo, o que le robaron o que tiene un proyecto prometedor, etc., cualquier motivo para que sea él quien controle y administre el dinero. O en el caso que el hombre si trabaja, no refiere cuanto es su ingreso, al punto que puede tener cuentas y bienes a nombre de terceras personas para que pueda controlar sus ingresos y la víctima no tenga la posibilidad de cuestionar sus bienes, probablemente logrados dentro de matrimonio, y por ende de la sociedad conyugal.

Un punto importante es la evasión del cumplimiento de las obligaciones alimentarias que tienen los agresores respecto de las víctimas o los hijos que tienen con las víctimas, lo que genera la mayoría de los actos de violencia conocidos entre quienes tienen hijos en común, donde la mujer tiene que acudir donde el agresor para que le entregue los alimentos a lo cual este se niega y genera la ansiedad de la mujer por verse desvalida sin la posibilidad de su sobrevivencia o la de sus hijos, o es momento donde aprovecha para agredir física o psicológicamente a la mujer, hasta a los

hijos quienes tienen que presenciar tales actos. O si víctima y agresor continúan viviendo juntos, este último intencionalmente desatiende necesidades como salud o educación de sus hijos menores, o deja de pagar los servicios básicos, todo lo que en muchos casos está incluido dentro de la obligación alimentaria que el agresor se niega a acudir.

Los efectos de este tipo de violencia son la desvaloración anidada en la víctima y conlleva su baja autoestima, afectando su salud psíquica y física, así como su desarrollo personal, porque se limitan sus oportunidades para desarrollarse en todo ámbito de la vida pública; es por eso que las mujeres que sufren este tipo de violencia se empobrecen lo que aumenta su vulnerabilidad y la de sus niñas y niños, tanto más si la mujer se separa del varón, ello porque los hombres han forjado la creencia que si una mujer se separa es para sacarles dinero, cuando la realidad es otra, son pocas las que consiguen un acuerdo o una resolución justa, tanto más que la mayoría paga el precio de haber sido dependientes por toda su vida, dado que su trabajo de ama de casa otorgado de manera gratuito y el no haberse destacado profesionalmente no les da las armas para poder sobrevivir después de tal separación.

Por tanto conforme lo establece la Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, es prioritaria la eliminación de la violencia contra las mujeres para su desarrollo igualitario porque “La violencia impide que las mujeres contribuyan al desarrollo, y se beneficien de él, al restringir sus opciones y limitar su capacidad para actuar. Más mujeres que hombres viven en la pobreza absoluta y el desequilibrio sigue aumentando con graves consecuencias para la mujer y sus hijos. Recae sobre la mujer una parte desproporcionada de los problemas que entraña hacer frente a la pobreza, la desintegración social, el desempleo, la degradación del medio ambiente y los efectos de la guerra”<sup>5</sup>.

## 5.- VIOLENCIA PATRIMONIAL

*“Laura siempre quiso trabajar, por ser muy buena para la costura decidió comprar una máquina de coser y empezar su negocio. Manuel, su padre, no permitía que sus hijas trabajaran, por lo que un día decidió deshacerse de la máquina y la vendió, quedándose además con el dinero de la venta.*

*Esto desilusionó a Laura, aunque después ella consiguió prestado un carrito de tacos y se asoció con su madre para instalar un puesto afuera de su casa. Aprovecharon un viaje de Manuel para iniciar el negocio y poderle demostrar a su regreso que se trataba de una actividad productiva.*

*Al regresar, Manuel se enfureció porque su esposa e hija habían abierto el negocio, y contrató a unos pandilleros para que durante la madrugada lo rociaran con gasolina y lo incendiaran.”<sup>6</sup>*

Previamente a detallar la definición de violencia patrimonial se debe entender el término patrimonio, que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es “la hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes. Conjunto de los bienes y derechos propios adquiridos por cualquier título. Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o a efectos a un fin, susceptibles de estimación económica”<sup>7</sup>

Es así que la violencia patrimonial consiste en la acción u omisión que con intención manifiesta busca la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de bienes, así como el daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de la víctima. En este tipo de violencia la afectación se da sobre cosas ciertas, es decir sobre bienes comunes o pertenencias.

A ciencia cierta existen muchas formas de identificar este tipo de violencia dado que ocurre cuando la pareja daña los bienes y pertenencias de la víctima como puede ser arruinando su ropa, o escondiendo sus documentos personales, disponiendo sin permiso ni acuerdo los enseres domésticos o disponer de bienes sin el consentimiento de la pareja, denotando que este tipo de violencia se da primordialmente en el seno de una pareja constituida a través de un matrimonio o de la convivencia.

Sin perjuicio de lo dicho este tipo de violencia también puede existir en agravio de adolescentes o niños cuando existe la apropiación inadecuada de sus bienes, o beneficios económicos que pertenecen al niño o adolescente pero que es indebidamente administrado por el agresor y ha sido obtenido por el niño en la mayoría de veces a través de una herencia, así también

se puede producir cuando se trata de despojar de sus propiedades o pensiones a los adultos mayores aprovechando de su vejez o enfermedad, llegando al extremo de abusar de la confianza que otorgan los ancianos para hacerles firmar documentos que solo favorecen al agresor logrando sacarlos de sus casas o generando que se conviertan en únicos herederos a través de testamentos dictados por los agresores ante la coerción que generan a las víctimas

Es así que este tipo de violencia se ve generalmente evidenciado cuando el agresor ingresa al domicilio de la víctima sin su consentimiento, o teniendo esta posesión de un inmueble es retirada del lugar indebidamente, inclusive a pesar que tiene una orden que el agresor no se acerque a esta, todo lo que incluye que el agresor para cometer tal acto destruya parte de las puertas, cerrojos o ventanas del inmueble, generando su posesión sobre la que tiene la víctima, perturbando de esta manera la posesión que tenía la víctima sobre su inmueble. Así también se produce cuando estando ambas partes viviendo en un mismo inmueble el agresor ingresa sin permiso a la parte que le corresponde a la víctima, o aprovechando que en la parte de su propiedad está la llave de agua o de luz intencionalmente las desconecta afectando el normal devenir de la vida de la agraviada que tiene que lidiar permanentemente con estas afectaciones, que pueden darse sin siquiera discusiones de por medio, sino solo con el apagar y prender una palanca que interrumpa su uso de los servicios básicos a los que tiene derecho.

Ahora, desde mi punto de vista es solo necesario que la acción u omisión sea manifiestamente ilegítima y dolosa por parte del agresión, sin la necesidad de un resultado cierto, dado que con esta perturbación, o con las constantes acciones de violencia patrimonial lo que se busca es la coacción de la autodeterminación de la víctima, de forma tal que esta llegue a aceptar el acto de violencia, como puede ser perdiendo parte o la totalidad de la posesión después de múltiples veces que el agresor perturbo su propiedad, o quito ambiente por ambiente a la víctima, o fracturo cada uno de los candados de las puertas de la vivienda, o destruyo en varias veces ventanas y puertas para ingresar y posteriormente salir del inmueble, como parte de las múltiples formas de cometer este acto de violencia, esto si hablamos solo de la perturbación de inmuebles.

Todo lo cual demuestra que estamos ante una violencia ejercida contra bienes o pertenencias con la intención de generar un menoscabo en el patrimonio de la víctima lo que la llevará en muchas oportunidades a la pobreza, porque la víctima llega a perder bienes por los cuales ha trabajado para tener y los pierde sin siquiera entender que se está ejerciendo una afectación violenta porque ellas mismas son conocedoras que el obtener tal bien implicó un esfuerzo propio y que por la situación de subyugación que se encuentran no fueron capaces de reclamar derechos que les corresponde, lo que se denota cuando en los casos de convivencia los bienes están inscritos solo a nombre de una de las partes, normalmente el varón cuando fue un esfuerzo conjunto su obtención.

### NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- 1 NU. CEPAL. Unidad Mujer y Desarrollo, 1996, VIOLENCIA DE GENERO: UN PROBLEMA DE DERECHOS HUMANOS, Editorial CEPAL, p. 5
- 2 Comité Preparatorio de la Conferencia Mundial en la Cumbre sobre Desarrollo Social. Panorama General. ONU, Asamblea General. Doc. A/Conf. 166/PC/6.41/1/1994, citado por Kliksberg, Bernardo, 2002, "La situación social en America Latina", Pblicado por la OEA y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral
- 3 NACIONES UNIDAS, CEPAL, 2003, ENTENDER LA POBREZA DESDE LA PERSPECTIVA DE GENERO, Documento de trabajo para participantes de la Reunión de Expertos sobre pobreza y género, Santiago de Chile, p 12
- 4 RED DE MUJERES CIUDADANAS EN COOPERACION PARA EL DESARROLLO Y LA IGUALDAD DE GENERO, FEMINIZACIÓN DE LA POBREZA, Editorial AEXCID, Montevideo, p.5
- 5 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, 2014 GUIA PARA LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAL Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, Documentos Oficiales de la OEA, Washington, p. 17
- 6 <http://www.enfoquedeigualdad.org/tipos-de-violencia/patrimonial>, Enfoque de Igualdad, pagina web revisada el 15 de octubre del 2016 a las 19.41 horas
- 7 [www.rae.es](http://www.rae.es). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pagina web revisada el 15 de octubre del 2016 a las 20.00 horas

# **LA PROBLEMÁTICA SOBRE LAS DENUNCIAS Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA**

## **FAMILIAR – REFUGIO TEMPORAL.**

GARDENIA SAÑAC VILCA

*Juez(s) del Juzgado Transitorio de Familia de Cotabambas*

### **RESUMEN**

El presente artículo hace notar la importancia que tiene la protección de las víctimas de violencia familiar, en cuanto a salvaguardar su estado físico y emocional, si bien la norma ha establecido mecanismos para su protección, este no está cumpliendo su objetivo; sino más bien, ha contribuido a que en muchos casos el daño psicológico se incremente y que las víctimas no quieran volver a denunciar ya sea en la policía o en otros entes protectores, es por ello nuestro interés en la implementación de los refugios temporales para albergar a las víctimas de violencia familiar el mismo que es resuelto en el plazo de 72 horas hasta determina la situación del agresor.

### **ABSTRACT**

*This article notes the importance of the protection of victims of domestic violence, as to safeguard their physical and emotional state, although the standard has established mechanisms for their protection, this is not meeting its objective; but rather, it has helped in many cases the psychological damage is increased and that victims do not want to return to denounce either the police or other protective entities, which is why our interest in the implementation of temporary shelters to house victims of domestic violence the same as it is resolved within 72 hours to determine the status of the offender.*

### **SUMARIO**

1. Introducción, 2.De la denuncia, 3.Los denunciantes, 4.Clases de denuncias, 5.Presentación de la denuncia, 6.El problema, 7.Refugio temporal, 8.Conclusión

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia la Ley 30364 - Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar y su reglamento Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, se tiene como parte neurálgico, las denuncias que realizar las victimas en cualquiera de sus condiciones (mujeres, niños, niñas, adolescentes y etc.) por cuanto la violencia no es exclusiva de las mujeres sino también como dice la norma del entorno familiar, así como su cumplimiento del plazo mientras dure el proceso de emisión de las medidas de protección por parte el órgano jurisdiccional.

## 2. DE LA DENUNCIA:

Sobre la denuncia debemos de definir como: “la acción y efecto de denunciar (avisar, noticiar, declarar la irregularidad o legalidad de algo, delatar), la denuncia puede realizarse ante las autoridades correspondientes (lo que implica la puesta en marcha de un mecanismo judicial) o de forma pública por haber cometido un delito o falta), con este concepto muy sencillo y claro podemos señalar lo que señala el artículo 14 de la Ley sobre las Entidades facultadas para recibir las denuncias.

## 3. LOS DENUNCIANTES

Así tenemos que la denuncia puede ser presentada por la víctima o por cualquier otra persona en su favor y también por la Defensoría del Pueblo.

Cuando la norma señala a la víctima, referida a que estos actos (físicos, psicológicos u otros según la normas), sean realizados en contra de la mujer (recayendo en su condición de madre, trabajadora, empleada, profesional) y los integrantes del entorno familiar (hijos, abuelos, hermanos, primos, etc.), y que la denuncia lo puedan realizar directamente o también cualquier persona (transeúnte).

## 4. CLASES DE DENUNCIAS

Sobre las denuncias la norma ha establecido dos clases de denuncias siendo esta las siguientes:

**Denuncias Escritas:** Como definición tenemos que tomar en cuenta que “Deberá ir firmada por el denunciador o denunciante, si ese no



podiera hacerlo, por otra persona a su ruego en el caso de denuncia formulada personalmente...”, situación que deja a las víctimas con una sensación y necesidad de recurrir a letrado generándole mayor conflicto por circunstancias de economía y que siendo en su mayoría madres trabajadoras generan en ella un desinterés a más de la pérdida de tiempo que en muchos casos es el principal obstáculo para denunciar.

**Denuncia Verbal.-** Con la definición se tiene que “la denuncia verbal requiere de un acta entendida por la autoridad o el funcionario y debe ser llenada en presencia del denunciante.”. Que según nuestro análisis al ser una denuncia directa esta resultaría un mecanismo adecuado y tomado en cuenta como regla general, teniendo en consideración el momento difícil que pasa las personas que son víctimas de agresión, debiendo de establecerse por única vez a fin de que la víctima no cambie de versión o contradiga, convirtiéndose de esta manera la denuncia escrita una excepción a la norma.

Que, existiendo estos tipos de denuncias las víctimas no tienen muy en claro si el valor probatorio de sus denuncias verbales tendrán más efectividad sobre las denuncias escritas y en muchos casos por no contar con economía (dinero) no denuncian, asumiendo que tendrían que contratar un abogado para que redacte dicho documento quedando impune los actos de violencia, siendo que en la mayoría de casos las personas más afectadas no cuentan con recursos económicos.

## 5. PRESENTACION DE LA DENUNCIA

Cuando la víctima sea mujer o integrantes del entorno familiar se puede presentar la denuncia ante:

La Policía Nacional del Perú, que conforme a lo establecido en la presente ley, es la Institución llamada por exclusividad social a recibir las denuncias, como lo señala artículo 22 de la Ley, por lo que es la primera entidad en el conocimiento de los hechos sin importar la especialidad que tengan los efectivos policiales y obligada a recibir, registrar y tramitar de inmediato las denuncias verbales o escritas de actos de violencia, seguidamente se registrara de manera inmediata en el aplicativo respectivo del Sistema de

Denuncia Policial (SIDPOL) y, en ausencia de éste, en el Cuaderno, Libro o Formulario Tipo; además que el registro de la denuncia es previo a la solicitud del examen pericial para finalmente el diligenciamiento de las notificaciones y en ningún caso puede ser encomendada a la víctima, bajo responsabilidad.

## 6. DEL PROBLEMA

**En la denuncia**, se tiene que entre la denuncia (verbal o escrita) y el registro, es requisito previo a la solicitud del examen pericial, detalle que debemos de tomar en cuenta; por cuanto, para el examen pericial las comisarias no cuentan con el apoyo de alguna institución que de manera exclusiva realice las evaluaciones periciales, los mismos que deberían efectuarse inmediatamente después de la denuncia por cuanto ese sería el momento indicado para una valoración eficiencia de la magnitud del daño, sin embargo al no contar con dicha información a la víctima se le recomienda retornar al domicilio donde se encuentra el agresor y esperar hasta el día siguiente para la atención correspondiente si tiene suerte.

**Después de la denuncia**, que cuando la víctima realiza una denuncia en muchos casos no tiene donde pernoctar, por cuanto el agresor el dueño de la vivienda, el que paga la renta, es casa de los familiares del agresor, etc; es allí donde se genera el problema para la victima quien desde ese momento se siente desprotegida y abandonada, siendo esta una situación crítica que corresponde al estado solucionar.

## 7. REFUGIO TEMPORAL

Que conforme lo establecido en el artículo 87 de la Ley, señala: que corresponde la creación y gestión de los Hogares de Refugio Temporal y otros servicios de protección a favor de las víctimas de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar están a cargo de los gobiernos locales, regionales y del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Sin embargo existiendo esta disposición en nuestra legislación no se ha cumplido con el objetivo, que es la de proteger a las víctimas de los actos de violencia y como tal no se ha cumplido con implementar refugios para las víctimas, las mismas que pueden ser utilizadas por el órgano de auxilio y por el órgano jurisdiccional hasta culminar con la emisión de sus medidas de protección; por cuanto, una persona que es agredida física

o psicológicamente necesita ser resguardada mientras dure el proceso de violencia familiar que es de 72 horas; cosa que no se ha observado hasta el momento toda vez que ante una denuncia las víctimas necesitan tranquilidad y protección. Considerando en primer lugar hacia donde recurre la víctima para efectuar las denuncias, siendo estas en la mayoría de casis las Comisarias más próximas a sus domicilios, donde debería de crearse un ambiente adecuado y exclusivo de descanso para las víctimas de violencia familiar, las mismas que servirían de protección tanto a madres, niños y demás integrantes del grupo familiar hasta que estos pudieran pasar por las pericias necesarias y la audiencia de medidas de protección hasta el retiro del agresor del domicilio de la víctima o de las víctimas y como lo reiteramos dura 72 horas.

## 8. CONCLUSION

Propuesta que la hacemos por la sencilla razón, que las Comisarias son más seguras ante cualquier arremetida del agresor, poniendo como ejemplo las comunidades campesinas donde difícilmente se puede contar con familiares para su protección por cuanto estos domicilian a distancias muy largas o lugares desolados que hacen que las víctimas sean atacadas conjuntamente con su protectores (realidad que se vive en la Provincia de Cotabambas, Región de Apurímac, donde la mayoría de casos de violencia familiar son hacia mujeres que viven solas y que no tienen a donde ir y en muchos casos sus familiares no las reciben por temor a la arremetida de los agresores porque también viven en lugares desolados), siendo una realidad que no podemos dejar de mencionar.

Así mismo, se tiene que en muchos casos las victimas vienen de lugares lejanos y por la distancia no pueden retornar a sus domicilios exponiéndose ellas y sus hijos a infinidades de peligros, por lo que estos refugios deben ser creados en las Comisarias en los diferentes Distritos del Territorio Peruano o por lo menos en sus alrededores o lugares de fácil supervisión por estos, a fin de salvaguardar la integridad física de las víctimas ante nuevos actos de violencia y de esa forma evitaremos su revictimización. Todo esto con el fin de que transcurrido las 72 horas, se tenga una efectiva respuesta ante estos actos de violencia y la protección hacia la víctima ante los actos de hostigamiento u amenaza (sufrimiento de la madre e hijos), por parte del agresor sea menor.<sup>1</sup>

## 9. NOTAS BIBLIOGRAFICAS

[1] Wikipedia, la enciclopedia libre. <https://es.m.wikipedia.org>

[2] [www.Enciclopedia-juridica.biz14.com](http://www.Enciclopedia-juridica.biz14.com)

# **LA TERAPIA FAMILIAR SISTÉMICA: ANÁLISIS E INTERVENCIÓN EN UN CASO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

PS. PEDRO E. MAKER PERALTA  
Psicólogo del Equipo Multidisciplinario, Corte Superior de Justicia de Arequipa.

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se presentan algunos datos que evidencian la problemática de la violencia, en especial la violencia de género contra la mujer. Se desarrollan brevemente algunos conceptos teóricos básicos de la terapia familiar sistémica, y se presenta un caso de violencia intrafamiliar en el que esta modalidad de intervención ha dado resultados positivos.

## **PALABRAS CLAVE**

Terapia familiar sistémica, violencia familiar, violencia familiar. Holismo.

## **SUMMARY**

In this paper some data that show the problem of violence, especially domestic violence against women are presented. Some basic theoretical concepts of systemic family therapy briefly developed, and a case of domestic violence in this type of intervention has yielded positive results is presented.

## **KEYWORDS**

Systemic family therapy, family violence, family violence. holism.

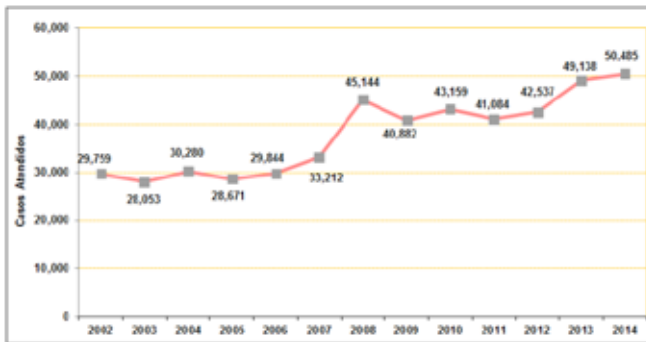
## **SUMARIO**

1. Introducción, 2. La terapia familiar sistémica como una alternativa para el abordaje terapéutico en los casos de violencia, 3. Intervención en un caso de violencia familiar, 4. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la violencia familiar y la violencia de género constituyen en el momento actual un tema preocupante, pues han motivado que el Estado busque su prevención y eliminación a través de la emisión de normatividad específica al respecto (Ley Nro. 26260, Ley de protección frente a la violencia familiar, ya derogada, Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar).

Casos atendidos por violencia familiar y sexual en los Centros de Emergencia Mujer, 2002 – 2014



Fuente y elaboración: Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual. Ministerio de la Mujer y

Las estadísticas elaboradas en nuestro país ponen de manifiesto que se ha venido produciendo un incremento de los casos de violencia familiar durante los últimos años. Así, según las estadísticas elaboradas por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, desde el año 2002 al 2015, el número de casos atendidos han pasado de 29,759 a 50,485. Es también innegable que la frecuencia en que se presenta la violencia dentro de la familia, varía según el género de las víctimas; lo cual es fácilmente apreciable en el cuadro y gráfico que a continuación se presentan.

Casos atendidos por violencia familiar y sexual en los Centros Emergencia Mujer, según sexo de la víctima, 2002 – 2014

Año	Total	Sexo				N.E.	%
		Mujeres	%	Hombres	%		
2002	29,759	25,835	87%	3,553	12%	371	1%
2003	28,053	22,964	82%	2,662	9%	2,427	9%
2004	30,280	27,452	91%	2,828	9%	0	0%
2005	28,671	25,863	90%	2,808	10%	0	0%
2006	29,844	26,726	90%	3,118	10%	0	0%
2007	33,212	29,328	88%	3,884	12%	0	0%
2008	45,144	39,423	87%	5,721	13%	0	0%
2009	40,882	35,749	87%	5,133	13%	0	0%
2010	43,159	37,693	87%	5,466	13%	0	0%
2011	41,084	36,219	88%	4,865	12%	0	0%
2012	42,537	37,677	89%	4,860	11%	0	0%
2013	49,138	42,887	87%	6,251	13%	0	0%
2014	50,485	43,810	87%	6,675	13%	0	0%
Total	492,248	431,626		57,824		2,798	
%	100%	88%		12%		1%	



**Fuente y elaboración:** Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

La 49ª Asamblea Mundial de la Salud de la OMS (1996), ha declarado que “la violencia es un importante problema de salud pública en todo el mundo.”

Según el Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud, publicado por la Organización Panamericana de la salud para la Organización Mundial de la Salud (2002, p. 1), “no hay país ni comunidad a salvo de la violencia. (...) Es un azote ubicuo que desgarrar el tejido comunitario y amenaza la vida, la salud y la felicidad de todos nosotros.”

El informe referido, llama la atención en la prevención de la violencia y expresa: “La violencia está tan presente, que se la percibe a menudo como un componente ineludible de la condición humana, un hecho ineluctable ante el que hemos de reaccionar en lugar de prevenirlo. Suele considerarse, además, una cuestión de «ley y orden», en la que el papel de los profesionales de la salud se limita a tratar las consecuencias. Pero estos supuestos están cambiando, gracias al éxito de fórmulas de salud pública aplicadas a otros problemas sanitarios de origen medioambiental o relacionados con el comportamiento...”

Y también plantea un abordaje integral de la violencia, señalando al respecto: “En lo concerniente a la violencia, los profesionales de la salud pública y sus colaboradores parten de la sólida convicción, basada en pruebas científicas, de que tanto la conducta violenta como sus consecuencias pueden prevenirse. La estrategia planteada desde la salud pública no reemplaza a

*las respuestas que la justicia penal y los derechos humanos dan a la violencia, sino que complementa sus actividades y les ofrece más instrumentos y fuentes de colaboración”.*

La Organización Mundial de la Salud define la violencia como “el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.”

La Ley 30364, nos proporciona una definición de la violencia contra las mujeres, la que entiende como “cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 5°); y considera asimismo que la violencia contra cualquier integrante del grupo familiar, es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar (Art. 6°).

Para Barbosa G. la violencia puede ser caracterizada en términos genéricos, y también como una de las principales fuentes de poder humano. Siguiendo a Reynaldo Perrone (2007), nos recuerda que *“uno de los principios para comprender la violencia es concebirla como un fenómeno relacional, ya que la violencia se manifiesta en contextos relacionales”*, los que se producen en dentro de los procesos de interacción social, en donde es común la presencia de tensiones afectivas. No debe olvidarse el contexto sociocultural, dentro del que se producen discursos dominantes en los que de una u otra forma se incita a la solución de los conflictos en forma dominante; y también existen discursos patriarcales *“que en parte coloca a la mujer en un lugar de sometimiento y aceptación de la violencia de género intrafamiliar. Con relación al tema María Cristina Ravazzola (2003 comenta que algunos elementos del contexto sociocultural como la falta de reconocimiento del rol de la mujer dentro del ámbito laboral, la impunidad de la que gozan algunos torturadores e inclusive las imágenes que muestran a las mujeres como objeto de placer sexual, son sólo unos pocos ejemplos de los elementos que alimentan el discurso dominante autoritario y patriarcal”.*



## 2. LA TERAPIA FAMILIAR SISTÉMICA COMO UNA ALTERNATIVA PARA EL ABORDAJE TERAPÉUTICO EN LOS CASOS DE VIOLENCIA

Podemos entender la Terapia Familiar Sistémica *“como un proceso de acompañamiento a las personas en sus dificultades para encontrar alternativas a las mismas. Esta forma de trabajo psicoterapéutico requiere la adopción de una nueva manera de ver el mundo y lo que sucede en él, a través de la integración del enfoque sistémico.”*

La Terapia Familiar Sistémica es muy rica en su estructura teórica. De modo que en el corto espacio de que disponemos intentaremos presentar los aspectos epistemológicos y teóricos más relevantes, que nos permiten luego analizar la intervención en un caso concreto de violencia que se produce al interior de una familia.

### 2.1 Familia y Terapia

Podemos conceptualizar la terapia familiar, desde una perspectiva sistémica, como aquella forma de terapia que intenta ayudar a las familias en las dificultades que se derivan en la interacción de cada uno de sus miembros. Como bien ha señalado Salvador Minuchin (2004, p. 39), *“la familia es una unidad social que enfrenta una serie de tareas de desarrollo”*.

Toda familia tiene una estructura familiar, por la que entendemos *“el conjunto de demandas funcionales que organizan los modos en que interactúan los miembros de una familia. Una familia es un sistema que opera a través de pautas transaccionales. Las transacciones repetitivas establecen pautas acerca de qué manera, cuándo y con quién relacionarse, y estas pautas apuntalan el sistema. Cuando una madre le dice a su hijo que beba su jugo y éste obedece, esta interacción define quién es ella en relación con él y quién es él en relación con ella, en ese contexto y en ese momento. Las operaciones repetidas en esos términos constituyen una pauta de transacción.”*

Botella y Vilaregut, han precisado que las diferentes escuelas de Terapia Familiar Sistémica se apoyan en una epistemología rica, aunque no siempre homogénea, que se ha nutrido principalmente de tres fuentes: a) la Teoría General de los Sistemas de von Bertalanffy, b) la Cibernética de Wiener, y c) la Teoría de la Comunicación de Watzlawick y Jackson. Además, se agregan a estas fuentes los conceptos evolutivos y estructurales, provenientes, entre otros, de los trabajos de Jay Haley y Salvador Minuchin.

Si vemos entonces la familia como un sistema, con todos los elementos y características que hemos esbozado anteriormente, podemos definirla como *“un sistema abierto organizacionalmente, separado del exterior por sus fronteras y estructuralmente compuesto por subsistemas demarcados por límites con diferentes grados de permeabilidad y con diversas formas de jerarquización interna entre ellos. Los miembros del sistema familiar organizan y regulan su interacción mediante procesos comunicativos digitales y analógicos, que definen relaciones de simetría y/o complementariedad. Dicha organización se caracteriza por las propiedades de totalidad o no sumatividad, por patrones de circularidad, y por el principio de equifinalidad. El sistema familiar mantiene su organización mediante procesos homeostáticos (por ejemplo, mientras modifica su estructura a través de una serie de fases evolutivas), y la altera mediante procesos morfogénéticos.”*

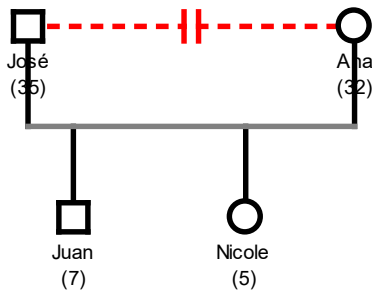
Alfonsa Rodríguez y N. Barbagelata han precisado que *“el foco del paradigma sistémico está en estudiar el circuito de retroalimentación constituido por los efectos que la conducta de un individuo tiene sobre el otro, las reacciones de éste y, por último, el contexto donde tiene lugar (Watzlawick, Beavin y Jackson, 1971)”*.

### 3. INTERVENCIÓN EN UN CASO DE VIOLENCIA FAMILIAR

A continuación, expondremos muy brevemente la intervención en un caso de violencia familiar. Se trata de la familia Pérez-Pérez compuesta por el padre, José de 35 años y la madre, Ana de 32 años; dos hijos, Juan de 7 años y Nicole de 5 años. La familia vive en una vivienda que es de los padres de Ana, quienes en promedio cada fin de mes llegan a la casa, en la que tienen una habitación y comparten la convivencia con la familia. Según hizo conocer Ana, y tal como obra en la denuncia que realizó: *“José fue una tarde a recoger a mis hijos, porque estamos separados hace siete meses desde que él ha tenido otra relación, tenía que recogerlos como nueve de la mañana como todos los sábados, pero ese día yo salí con mis hijos y mis papás a donde unos tíos, y mis hijos se quedaron a jugar con unos primitos, llegamos como a las once de la mañana y el papá estaba furioso esperando en la puerta de la calle, parecía un toro, me miraba con cólera; me empezó a reclamar de que yo hacía lo que me daba la gana, delante de mis papás y de mis hijo, no quería entender explicaciones, mi mamá le decía*

que se tranquilice, como él gritaba y gritaba y no dejaba de reclamarme, en un momento yo le di con mi mano en la boca, pero muy despacito, para que deje de hablar, pero él reaccionó y me sujetó de los brazos fuerte, me hizo doler, y me empujó contra la reja de la casa; entonces yo fui a la comisaría y lo denuncié.”

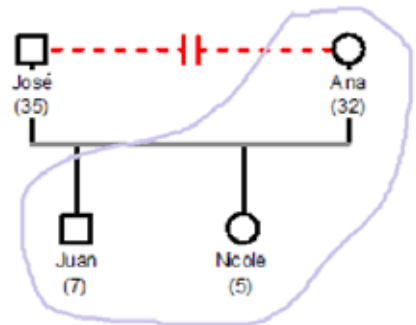
Mostramos a continuación la información de la familia de manera gráfica, primero a través de un genograma, luego a través de la forma en que cada miembro de la familia se ubicó espacialmente durante la primera sesión de terapia familia, y finalmente, un gráfico de la hipótesis relacional sobre la familia en cuestión.



Como puede observarse, Ana y José se ubican frente a frente, a la izquierda y derecha del terapeuta, respectivamente; en tanto que sus hijos se sitúan junto a la madre y a una distancia notoria respecto al padre. Esta distribución espacial de la familia en el consultorio nos brinda una primera información que nos permite plantear la siguiente hipótesis relacional:

***“Entre la madre y sus dos hijos existe una coalición en contra del padre, ante lo cual éste asume una conducta hostil y agresiva hacia la madre; lo que a su vez estrecha los vínculos entre madre e hijos”.***

En este punto es necesario señalar que la formulación de la hipótesis relacional no tiene que ser necesariamente cierta, su valor radica en que constituye una guía que permite explorar la estructura familiar y evidenciar los problemas en las relaciones entre sus miembros. A diferencia de otros modelos teóricos no sistémicos, la hipótesis no se centra en buscar un trastorno o psicopatología de alguno de los miembros de la familia (paciente identificado). En el presente caso entonces podríamos graficar la hipótesis formulada de la siguiente forma. De acuerdo con ello, podemos pensar también que existe una



sobreimplicación de los hijos con respecto a su progenitora, así como la exclusión del padre del sistema familiar; lo que eventualmente podría expresarse en la confirmación por parte de los hijos de los sentimientos y percepciones de la madre, el apoyo a ella y consiguiente rechazo a las interacciones con el padre, en especial cuando los padres se encuentran juntos.

Durante esa primera sesión conjunta con todos los miembros de la familia, se observó que los hijos mostraban la tendencia a buscar el contacto físico con la madre, y este respondía abrazándolos y besándolos; mientras que el padre se mostraba incómodo. Transcribimos a continuación algunos pasajes de los diálogos sostenidos con ellos, luego de las etapas social y de presentación del problema por parte de cada uno de ellos.

- *Ana: Lo que pasa es que él siempre quiere hacer lo que quiere, no es cierto Juan (dirigiendo su mirada en forma alternante a Juan y Nicole, mientras José se cruza de brazos y mueve la cabeza en sentido negativo. Al poco tiempo Juan se levanta de la silla y abraza a su mamá, en tanto que Nicole mira la escena y por breves momentos mira a padre también). No le importa lo que mis hijos quieren, nosotros no podemos salir a ningún sitio sin que él nos esté fastidiando, por eso mis hijos no quieren salir con él.*
- *Terapeuta: ¿Lo que Ud. dice es que siente que José no toma en cuenta las cosas que sus hijos y Ud. quieren?*
- *Ana: Sí... no les pregunta a mis hijos qué quieren hacer, solo les dice ya vamos, vamos, y ni siquiera se despiden de mí, se los lleva así no más.*
- *José: Lo que pasa es que siempre que yo voy a recoger a mis hijos no los encuentro, ella se los lleva a cualquier sitio y yo tengo que estar esperando por horas (Nótese que ambos al hablar se dirigen al terapeuta, se mantiene por un tiempo esa forma de interacción para evitar una escalada simétrica que sería pernicioso en esta primera fase de la intervención).*
- *Terapeuta: Y ¿qué ocurre con Ud. cuando sucede eso que me ha dicho?*
- *José: A medida que pasa el tiempo yo me voy enojando más y más, y*

*cuando regresan yo la veo a ella toda tranquila, toda campante y me mira como diciendo qué es lo que quieres, eso me da más cólera.*

- *Terapeuta: ¿Ud. me dice que siempre que va a recoger a sus hijos no los encuentra... es eso así? (Se cuestiona de esta forma lo afirmado por él)*
- *José: Sí... siempre....*
- *Terapeuta: ¿Toda vez que Ud. va no encuentra a sus hijos porque han salido con la mamá?*
- *José: Bueno...no siempre, pero algunas veces*
- *Terapeuta: Comprendo, entonces lo que me dice es que algunas veces no encuentra a sus hijos en la casa, y que en esas ocasiones Ud. se molesta y cree que la mamá no toma en cuenta su necesidad de verlos.*
- *José: Sí...*

(En otro pasaje de la entrevista)

- *Juan: A veces mi papá viene a la casa y se pelea con mi mamá, a mí no me gusta que se peleen.*
- *Terapeuta: Me has dicho que a veces tus papás se pelean, ¿Qué es lo que ocurre para que ellos se peleen? ¿Qué es lo que ocurrió en la última vez que se pelearon?*
- *Juan: Mi papá le reclamó a mi mamá de que estaba esperando mucho tiempo, que estaba enojado por eso y mi mamá no le decía nada, estaba calladita.*
- *Terapeuta: ¿Y qué haces tú cuando ocurren esas cosas?*
- *Juan: Yo la abrazo a mi mamá y después mi papá dice vamos, vamos y yo no quiero ir, yo me quiero quedar con mi mamá.*

(En un momento de la entrevista Nicole se acerca a su papá y él la toma entre los brazos y la sienta en sus piernas; la mamá los mira algo desconcertada y le dice que vaya a su silla. Nicole se queda con el padre).

Esta primera entrevista brindó la posibilidad de modificar la hipótesis inicial, excluyéndose a Nicole de la coalición que existe entre Ana y Juan en contra del padre; extremo que se ve corroborado con las interacciones y diálogos observados en la sesión.

Con la familia se plantearon como objetivos de la terapia los siguientes: en primer lugar, brindarles ayuda para que entre los padres disminuyeran las discusiones y los malos entendidos; en segundo lugar, facilitar que las visitas a sus hijos se realizaran sin situaciones que los perturbaran; y en tercer lugar, crear algunas costumbres familiares que fueran beneficiosas para todos los miembros de la familia.

Por motivos de espacio no es posible transcribir las siguientes sesiones, ni la forma en que se trabajaron cada uno de los objetivos planteados mediante intervenciones específicas. Se sostuvieron un total de ocho sesiones de terapia con la familia, a razón de una vez por semana. Las posteriores tres sesiones se llevaron a cabo únicamente con los progenitores, en las que pudieron desarrollar mejores estrategias de comunicación, más franca y abierta, en ausencia de sus hijos, así como la aceptación de la realidad familiar actual. En las últimas cuatro sesiones, la terapia se llevó a cabo en forma conjunta con todos los miembros de la familia; y en ellas se buscó un mejor funcionamiento del sistema parental, tanto en lo que respecta a la interacción de sus hijos con sus padres, así como en la protección de los límites del subsistema.

Al término del proceso de terapia familiar, las interacciones de ambos niños se hicieron más naturales aún en presencia de la madre, quien inclusive las alentaba con gestos corporales. Aunque ambos padres no lograron una comunicación fluida, sí lograron una mejoría notoria en sus estrategias y contenido de la comunicación, dejaron de etiquetarse y culparse recíprocamente y el contenido de las mismas se centraba únicamente en las necesidades de sus hijos. Y en cuanto a las visitas, ambos padres informaron que durante el tiempo de la terapia se realizaron dentro del horario que habían acordado y que no se presentaron dificultades.

## **CONCLUSIONES:**

Los problemas relacionales dentro de las familias pueden ser el origen de situaciones de conflicto entre los miembros, los que eventualmente pueden dar lugar a situaciones de violencia.

A través del presente trabajo se ha verificado la utilidad de la terapia familiar sistémica en la resolución de algunos problemas relacionales existentes dentro de las familias, y que en sus demandas de ajuste recíprocas conducen a situaciones de violencia intrafamiliar.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS<sup>1</sup>

- Congreso de la República del Perú. Informe Temático Nro. 126-2014-2015. Área de Servicios de Investigación. Lima. 2015. [Consultado el 16 octubre 2016]. Disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/4D6FF68892487BCF05257E2E005F78D3/\\$FILE/INFTEM126-2014-2015.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4D6FF68892487BCF05257E2E005F78D3/$FILE/INFTEM126-2014-2015.pdf). Acceso el 16/10/2016.
- Organización Mundial de la Salud. 49ª Asamblea Mundial de la Salud. 1996. [Consultado el 16 octubre 2016]. Disponible en [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/resources/publications/en/WHA4925\\_spa.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/resources/publications/en/WHA4925_spa.pdf).
- Organización Mundial de la Salud. Informe Mundial sobre la violencia y la salud. Publicado en español por la Organización Panamericana de la Salud. Washington, D.C.,:2002. Loc. Cit.
- O.M.S. Op. Cit. p.4
- O.M.S. Op. Cit., p. 5.
- Barbosa G., A. Terapia sistémica y violencia familiar: una experiencia de investigación e intervención. *Quadernos de Psicología*. 2014, vol. 16, Nro. 2, p. 43-55. [Consultado el 16 octubre 2016]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5565/rev/qpsicologia.1196>
- Barboza Gonzáles, A. Op. Cit. p. 44. Loc. Cit.
- Ortiz Granja, Dorys. *La terapia Sistémica*. Universidad Politécnica Salesiana. Quito-Ecuador, 2008, p. 13.
- Minuchin, S. *Familias y Terapia Familiar*. México: Gedisa, 2004. Minuchin, S. Op. Cit.
- Botella, L. y Vilaregut, Anna. *La perspectiva sistémica en terapia familiar: Conceptos básicos, investigación y evolución*. [Consultado el 16 octubre 2016]. Disponible en: <http://jmonzo.net/blogeps/terapiafamiliar sistemica.pdf>
- Botella, L. y Vilaregut, Anna. Op. Cit.
- Alicia Moreno Fernández (Ed). *Manual de Terapia Sistémica. Principios y herramientas de intervención*. 2da. Edición. Desclée de Brouwer. Bilbao. 2014. Alfonso Rodríguez Rodríguez y Norberto Barbagelata Churrugarín. *Fundamentos teóricos del paradigma sistémico*. Pp. 27 a 62. Capítulo 1
- Los nombres y apellidos de los miembros de la familia han sido cambiados a efecto de proteger su privacidad e intimidad familiar. También se han reservado algunos datos que pudieran eventualmente hacerla identificable.





# LA VIOLENCIA FAMILIAR Y SU INCIDENCIA EN LA SINTOMATOLOGÍA PSICOPATOLÓGICA EN MUJERES QUE ACUDEN A LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE TACNA, EN EL AÑO 2016

RAFAEL ENRIQUE AZÓCAR PRADO

## RESUMEN

Se realizó una investigación para determinar el nivel de relación entre la violencia intrafamiliar y la sintomatología psicopatológica en mujeres que acuden a los juzgados de familia de la CSJT. Por ello, se llevó a cabo una investigación de tipo básica o pura. El diseño fue descriptivo, correlacional y transversal. El muestreo fue no probabilístico, por conveniencia. Se tomó una muestra de 102 mujeres víctimas que acudieron a las oficinas del equipo multidisciplinario de la CSJT entre los meses de enero, febrero y marzo del presente año. Se aplicaron dos instrumentos: la encuesta de violencia intrafamiliar-conyugal y el cuestionario de autoinforme (SCL-45) y que determina niveles de los siguientes rasgos (síntomas) psicopatológicos: hostilidad, somatización, depresión, obsesión-compulsión, ansiedad, sensibilidad interpersonal, ansiedad fóbica ideación paranoide y psicoticismo. Los resultados permitieron comprobar que la depresión, obsesión compulsión y sensibilidad están correlacionados significativamente con los niveles de violencia intrafamiliar. Asimismo, se comprobó que el 79.4% de la muestra se ubicó en el nivel extremo de violencia intrafamiliar (abuso peligroso). Por otro lado, la violencia psicológica (39.6%) es el tipo de violencia intrafamiliar (conyugal) más frecuente en mujeres víctimas que acuden a la CSJT. Por otra parte, se comprobó que el 21.2% de la muestra experimentan síntomas psicopatológicos y finalmente, los rasgos o síndromes psicopatológicos que con mayor frecuencia es experimentado por las mujeres víctimas son: ideación paranoide (50%); obsesión-compulsión (48%) y ansiedad fóbica (47%).

## PALABRAS CLAVE

Síntomas psicopatológicos, violencia conyugal, ansiedad, depresión, sensibilidad, hostilidad.

## ABSTRACT

*An investigation was realized to determine the level of relation between the violence intrafamiliar and the psychopathological symptomatology in women who come to the family courts of the CSJT. For it, there was carried out a basic or pure investigation of type. The design was descriptive, correlational and cross street. The sampling was not probabilistic, for convenience. There took a sample of 102 women victims who came to the offices of the multidisciplinary equipment of the CSJT between January, February and March of the present year. Two instruments were applied: the survey of intrafamiliar-conyugal violence and the questionnaire of autoreport (SCL-45) and that determines levels of the following features psychopathological (symptoms): hostility, somatization, depression, obsession - compulsion, anxiety, interpersonal sensibility, phobic anxiety paranoide ideación and psychoticismo. The results allowed to verify that the depression, obsession compulsion and sensibility are correlated significantly by the levels of violence intrafamiliar. Likewise, there was verified that 79.4 % of the sample located in the extreme level of violence intrafamiliar (dangerous abuse). On the other hand, the psychological violence (39.6 %) is the type of violence intrafamiliar (conyugal) more frequent in women victims who come to the CSJT.*

On the other hand, there was verified that 21.2 % of the sample experiences psychopathological symptoms and finally, the features or psychopathological syndromes that with major frequency it is experienced by the women victims are: ideación paranoide (50 %); obsession - compulsion (48 %) and phobic anxiety (47 %).

## KEY WORDS

*Psychopathological Symptoms, conyugal violence, anxiety, depression, sensibility, hostility.*

## SUMARIO

1. Introducción, 2. Delimitación Temporal y Espacial, 3. Objetivos de la Investigación, 4. Muestra de Estudio, 5. Instrumentos, 6. Resultados, 7. Correlaciones, 8. Conclusiones.

## 1. Introducción

La violencia familiar, afecta todo el sistema familiar, aunque sea la esposa o el esposo las víctimas directas de las agresiones, tanto verbales como físicas. Los niños y niñas pueden ser víctimas directas e indirectas de la violencia doméstica. La violencia familiar “contamina” todo el ambiente familiar, por lo que es inútil afirmar que sólo los cónyuges involucrados en los hechos de violencia son los directamente implicados.

Es importante destacar que la violencia familiar va en aumento en el Perú. La falta de dinero y de trabajo trae como consecuencia, -además de no poder cubrir las necesidades básicas-, la inaccesibilidad a un mejor nivel educativo y cultural, por cuanto, no permite que las personas reciban una buena y adecuada formación integral, careciendo por tanto de valores, autocontrol emocional y tolerancia a la frustración, lo cual hace que las personas incidan en actitudes violentas. En efecto, la escasez de trabajo y oportunidades de superación, la falta de educación que sufre nuestra sociedad, así como la imposibilidad de obtener estudios superiores, generan malestar en las personas y hacen que éstas adopten una actitud negativa, se vuelcan a las calles a delinquir, adquieren malos hábitos, y descargan su violencia en su entorno social y familiar, siendo muchas veces los hijos, los más afectados, ya que desde pequeños aprenden a vivir en esos ambientes hostiles y crecen pensando que esas reacciones son normales, y cuando asumen la dirección de su propio hogar actúan de similar manera creando una reacción en cadena de nunca acabar.

La violencia ya sea física o psicológica, tiene altos índices en sectores de bajo nivel económico y social, en casi todas las regiones de nuestra patria, donde escasean los alimentos, donde hay carencia de trabajo, donde las personas viven tugurizadas o en ambientes inapropiados, lo que influye negativamente en su desarrollo social. De otro lado, también es factor negativo el ambiente social que los rodea, el mismo que muchas veces no es el mejor ni el más recomendable, por cuanto desde niños aprenden a vivir con situaciones violentas y en lugares donde abunda la delincuencia, la drogadicción, el alcoholismo, etc. que de por sí, ya son problemas sociales que tornan aún más violentas a las personas que se desarrollan en ellos.

La violencia familiar no sólo acarrea sufrimiento en las víctimas, sino también efectos en sus procesos y condiciones psicológicas. En efecto, no es necesario ser psicólogo para constatar que recibir golpes,

humillaciones, insultos, críticas, desprecios, violaciones sexuales, produce en las emociones, en la personalidad, y en los procesos psicológicos de la víctima efectos negativos, que pueden ser agudos y crónicos (depresión, estrés post traumáticos, ansiedad, alcoholismo, conductas suicidas, etc.).

Según el portal web: [mujeresparalasalud.com](http://mujeresparalasalud.com), en su Informe on line: “Efectos y consecuencias de la violencia y el maltrato doméstico a mujeres”; además de serios daños físicos, la violencia familiar causa en las víctimas trastornos emocionales que serán más profundos y duraderos cuanto más tiempo dure la relación. Algunos de estos efectos psicológicos son: depresión profunda: falta total de esperanza, se sienten sin fuerzas, respuestas emocionales muy limitadas, altos niveles de autocrítica y baja autoestima. Experimentan miedo, estrés, conmoción psíquica aguda, ansiedad y desorientación. También: incomunicación y aislamiento provocado por el continuo desamparo social. Tienen sentimientos de subordinación, dependencia y sometimiento, sentido de culpabilidad. Las víctimas están desmotivadas y tienen una profunda ausencia de esperanza e incertidumbre, dudas e indecisiones por bloqueo emocional. Carecen de poder interior para superar los problemas, trastornos del sueño, irritabilidad y reacciones de indignación fuera de contexto, frecuentes trastornos de alcoholismo y de ludopatía, baja interiorización de valores sociales y democráticos, etc.

## 2. Delimitación temporal y espacial

La presente investigación se realizó en los meses de enero, febrero y marzo del año 2016. La investigación se llevó a cabo en la Corte Superior de Justicia de Tacna (CSJT), tanto en su Sede Central como en el Módulo de Justicia de Alto de la Alianza y en el Juzgado de Familia Transitorio del Distrito de Gregorio Albarracín Lanchipa. Participaron las mujeres adultas que han denunciado ante instancia judicial haber sido agredidas por su pareja, configurando así violencia familiar.

## 3. Objetivos de la investigación

- A. Determinar el nivel de relación entre la violencia intrafamiliar y la sintomatología psicopatológica en mujeres que acuden a los juzgados de familia de la CSJT.
- B. Identificar el nivel de violencia intrafamiliar que experimentan las mujeres víctimas que acuden a los juzgados de familia de la CSJT.

- C. Determinar el tipo de violencia intrafamiliar más frecuente en mujeres víctimas que acuden a los juzgados de familia de la CSJT.
- D. Conocer el nivel de sintomatología psicopatológica en mujeres víctimas de violencia intrafamiliar que acuden a los juzgados de familia de la CSJT.
- E. Precisar los síntomas (rasgos) psicopatológicos más frecuentes en mujeres víctimas que acuden a los juzgados de familia de la CSJT.

#### 4. Muestra de estudio

La muestra es no probabilística, por conveniencia. Se tomó una muestra de 102 mujeres víctimas que acudieron a las oficinas del equipo multidisciplinario de la CSJT entre los meses de enero, febrero y marzo del presente año.

Tabla 1: Edades de la muestra

Rango de edad	f	%
18 a 22 años	8	7.8
23 a 27 años	11	10.8
28 a 32 años	16	15.7
33 a 37 años	13	12.7
38 a 42 años	27	26.5
43 a 47 años	15	14.7
48 a más	12	11.7
Total	102	100%

Fuente: Estudio sobre violencia familiar en Tacna/2016

Tabla 2: Ocupación de la muestra

Ocupación	f	%
Ama de casa	9	8.8
Docente	7	6.8
Contabilidad/administradora	13	12.7
Comerciante	42	41.2
Obrera/operaria	26	25.5
Otro	5	4.9
Total	102	100%

Fuente: Estudio sobre violencia familiar en Tacna/2016

Tabla 3: Grado de instrucción

Instrucción	f	%
No asistió a la escuela	6	5.9
Sólo estudió primaria	23	22.5
No culminó secundaria	36	35.3
Culminó 5° año de secundaria	10	9.8
Estudios superiores inconclusos	7	6.8
Título universitario	20	19.6
Total	102	100%

Fuente: Estudio sobre violencia familiar en Tacna/2016

Tabla 4: Número de hijos

Nº de hijos	f	%
Sólo uno	29	28.4
Dos hijos	42	41.2
Tres hijos	19	18.6
Más de cuatro hijos	12	11.7
Total	102	100%

Fuente: Estudio sobre violencia familiar en Tacna/2016

Tabla 5: Tiempo de matrimonio/convivencia

Tiempo	f	%
Menos de 1 año	9	8.8
Entre 2 a 5 años	26	25.5
Entre 6 y 10 años	19	18.6
Entre 11 y 20 años	21	20.6
Más de 21 años	27	26.5
Total	102	100%

Fuente: Estudio sobre violencia familiar en Tacna/2016

Tabla 6: Estado civil

Estado civil	f	%
Casada	27	26.5
Conviviente	47	6.1
Viuda	8	7.8
Soltera	12	11.7
Divorciada	8	7.8
Total	102	100%

Fuente: Estudio sobre violencia familiar en Tacna/2016

## 5. Instrumentos

- A. Encuesta de Violencia familiar. Elaborado por: Ana Paola Cáceres Laya. Psicóloga en Bachillerato Internacional Colegio Abraham Lincoln –Lima (Sector de Gestión educativa).
- B. Cuestionario de autoinforme. SCL-45. La versión española del SA-45 es una forma abreviada del SCL 90. El SCL-90 es uno de los cuestionarios de autoinforme más utilizados internacionalmente para la evaluación de síntomas de psicopatología.

## 6. Resultados

Tabla 8: Niveles de violencia familiar

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Relación abusiva	2	2.0
Primer nivel de abuso	1	1.0
Abuso severo	18	17.6
¡Abuso peligroso!	81	79.4
Total	102	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016

Tabla 9: Tipos de violencia intrafamiliar

Tipos de violencia	Frecuencia	Porcentaje
Violencia psicológica	76	39.6
Violencia económica	67	34.9
Violencia física	38	19.8
Violencia sexual	11	5.7
Total	192	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016

Tabla 10: Rasgo psicopatológico: Hostilidad

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	43	42.2
Regular	46	45.1
Alto	13	12.7
Total	102	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016

Tabla 11: Rasgo psicopatológico: Somatización

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	42	41.2
Regular	16	15.7
Alto	13	12.7
Muy Alto	31	30.4
Total	102	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016

Tabla 12: Rasgo psicopatológico: Depresión

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	40	39.2
Regular	23	22.5
Alto	36	35.3
Muy Alto	3	2.9
Total	102	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016

Tabla 13: Rasgo psicopatológico: Obsesión- compulsiva

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	34	33.3
Regular	19	18.6
Alto	39	38.2
Muy Alto	10	9.8
Total	102	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016

Tabla 14: Rasgo psicopatológico: Ansiedad

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	44	43.1
Regular	15	14.7
Alto	26	25.5
Muy Alto	17	16.7
Total	102	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016



Tabla 15: Rasgo psicopatológico: Sensibilidad interpersonal

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	32	31.4
Regular	24	23.5
Alto	38	37.3
Muy Alto	8	7.8
Total	102	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016

Tabla 16: Rasgo psicopatológico: Ansiedad fóbica

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	42	41.2
Regular	12	11.8
Alto	29	28.4
Muy Alto	19	18.6
Total	102	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016

Tabla 17: Rasgo psicopatológico: Ideación paranoide

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	31	30.4
Regular	20	19.6
Alto	29	28.4
Muy Alto	22	21.6
Total	102	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016

Tabla 18: Rasgo psicopatológico: Psicoticismo

Niveles	Frecuencia	Porcentaje
Bajo	38	37.3
Regular	23	22.5
Alto	40	39.2
Muy Alto	1	1.0
Total	102	100.0

Fuente: Estudio sobre violencia familiar y rasgos psicopatológicos/Tacna - 2016

## 7. Correlaciones.

Tabla 19: Resumen de correlaciones mediante el estadístico Chi Cuadrado de Pearson entre los rasgos (síntomas) psicopatológicos y la violencia conyugal.

Factor (rasgos de personalidad)	Chi cuadrado de Pearson	Sig. Aprox.	Asociación
Hostilidad	9.561	0.144	No
Somatización	11.649	0.234	No
Depresión	23.709	0.005	Sí
Obsesión/compulsión	18.440	0.030	Sí
Ansiedad	11.488	0.244	No
Sensibilidad	19.598	0.021	Sí
Ansiedad fóbica	12.331	0.195	No
Ideación paranoide	12.765	0.174	No
Psicoticismo	12.126	0.206	No

Fuente: Estudio de violencia conyugal y rasgos psicopatológicos/Tacna 2016

## 8. Conclusiones

**Primera:** Se determinó el nivel de correlación entre la violencia intrafamiliar y los rasgos psicopatológicos en mujeres que acuden a los juzgados de familia de la CSJT. De este modo, se comprobó que los siguientes rasgos psicopatológicos: depresión, obsesión compulsión y sensibilidad están correlacionados significativamente con los niveles de violencia intrafamiliar (conyugal).

**Segunda:** Se determinó el nivel de violencia intrafamiliar que experimentan las mujeres que acuden a los juzgados de familia de la CSJT. En ese sentido, se comprobó que el 79.4% de la muestra se ubicó en el nivel extremo de violencia intrafamiliar (abuso peligroso). En segundo lugar, se determinó que el 17.6% de la muestra se ubicó en el nivel severo de violencia intrafamiliar (conyugal).

**Tercera:** La violencia psicológica (39.6%) es el tipo de violencia intrafamiliar (conyugal) más frecuente en mujeres víctimas (cónyuges) que acuden a los juzgados de familia de la CSJT. En segundo lugar, se ubicó la violencia económica con un 34.9% de las demandas judiciales. En tercer lugar, se encontró que el 19.8% de la muestra sufrió de violencia física.

**Cuarta:** Se comprobó que 1 de cada 5 (21.2%) mujeres víctimas que acude a los juzgados de familia de la CSJT experimenta síntomas psicopatológicos en grado alto y/o muy alto.

**Quinta:** Se logró determinar que los rasgos o síndromes psicopatológicos que con mayor frecuencia es experimentado por mujeres víctimas de violencia conyugal son: ideación paranoide (50%); obsesión-compulsión (48%) y ansiedad fóbica (47%).

## 9. Referencias

Amor, P.; Echeburúa, E., Paz de Corral, Zubizarreta, I. y Sarasua, B. (2001). Repercusiones psicopatológicas de la violencia doméstica en la mujer en función de las circunstancias del maltrato (Universidad del País Vasco, España). *Psicothema Revista Anual de Psicología*. Extraído el 26 de mayo de 2016, de: <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF3/002454.pdf>

Alonso, E. (2007). *Mujeres víctimas de violencia doméstica con trastorno de estrés postraumático: validación empírica de un programa de tratamiento*. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Psicología. Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamientos Psicológicos.

Barcelata, B. y Álvarez, L. (2005). Patrones de interacción familiar de madres y padres generadores de violencia y maltrato infantil. *Actas Colombiana de Psicología*. [online]. 2005, vol.8, n.1 [citado 2016-06-24], pp. 35-46. Extraído de: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0123-91522005000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-91522005000100003&lng=en&nrm=iso). ISSN 0123-9155.

Bados, A., Balaguer, G., y Coronas, M. (2005). ¿Qué mide realmente el SCL-90-R? Estructura factorial en una muestra mixta de universitarios y pacientes. *Revista Psicología Conductual*, 13, 181-196.

Bronfenbrenner, U. (1987). *La ecología del desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.

Casas, G. (2005). *Una perspectiva sistémica de la familia*. Extraído de: <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000104.pdf>

Echeburúa, E. y Fernández-Montalvo, J. (1998). *Hombres maltratadores*. En: Echeburúa, E. y De Corral, P. (1993). *Manual de violencia familiar* (pp. 71-175). Madrid: Siglo XXI.

Estévez, E. (2005). *Violencia, victimización y rechazo escolar en la adolescencia*. Tesis Doctoral. Departamento de Psicología. Universidad de Valencia (España).

González de Rivera, J.L., y De las Cuevas, C. (1988). *Versión española del cuestionario SCL-90-R*. Tenerife: Universidad de la Laguna (policopiado).

Labrador, F., Fernández-Velasco, M. y Rincón, P. (2010). Características psicopatológicas de mujeres víctimas de violencia de pareja. Universidad Complutense de Madrid y Universidad de Concepción (Chile). *Psicothema*. *Revista anual de psicología*. Extraído de:

<http://www.unioviado.net/reunido/index.php/PST/article/view/9007/8871>

Ortiz, A. (2008). *Violencia doméstica modelo multidimensional y programa de intervención*. Tesis (Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Departamento de Departamento de Psicología Básica II (Procesos Cognitivos).

Sandín, B., Valiente, R., Chorot, P., Santed, M. y Lostao, L. (2008). SA-45: forma abreviada del SCL-90. *Psicothema Revista Anual de Psicología*. 2008. Vol. 20, nº 2, pp. 290-296 ISSN 0214 - 9915 CODEN PSOTEG. www.psicothema.com

Sarasua, B., Zubizarreta, I., Echeburúa, E. y Paz de Corral (2007). Perfil psicopatológico diferencial de las víctimas de violencia de pareja en función de la edad Centro de Violencia de Género. Programa de Asistencia Psicológica de la Diputación Foral de Álava y Universidad del País Vasco (España). *Psicothema Revista Anual de Psicología*. Extraído de:

<http://www.unioviado.es/reunido/index.php/PST/article/view/8555/8419>

Zarza, M. y Froján, M. (2005). Estudio de la violencia doméstica en una muestra de mujeres latinas residentes en Estados Unidos. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia (España). *Anales de psicología*. 2005, vol. 21, nº 1 (junio), 18-26.

## 10. Anexos

### Questionario para el autodiagnóstico de la violencia conyugal

La presente es una encuesta anónima que tiene como objetivo conocer la situación actual de la violencia intrafamiliar en la ciudad de Tacna. Sus respuestas serán tratadas en forma confidencial.

Antes de responder a la encuesta, por favor, complete los datos que se le solicitan:

Edad: \_\_\_\_\_ Ocupación: \_\_\_\_\_

Grado de instrucción:

- No asistió a la escuela
- Sólo estudió primaria
- No culminó estudios secundarios
- Culminó 5º año de secundaria
- Tiene estudios superiores inconclusos
- Tiene un título universitario

Número de hijos: \_\_\_\_\_ Tiempo de matrimonio/convivencia: \_\_\_\_\_  
(en años)

Estado civil:

- Casada ( )
- Conviviente ( )
- Viuda ( )
- Soltera ( )
- Divorciada ( )

### Instrucciones:

Para conocer si vives violencia o si te encuentras en una situación de riesgo te pedimos que respondas a las siguientes preguntas.

Situaciones	Sí	A veces	Rara vez	No
1. ¿Sientes que tu pareja constantemente te está controlando?				
2. ¿Te acusa de infidelidad o de que actúas en forma sospechosa?				
3. ¿Has perdido contacto con amigas, familiares, compañeras/os de trabajo para evitar que tu pareja se moleste?				
4. ¿Te crítica y humilla, en público o en privado, sobre tu apariencia, tu forma de ser, el modo en que haces tus tareas hogareñas?				
5. ¿Controla estrictamente tus ingresos o el dinero que te entrega, originando discusiones?				
6. Cuando quiere que cambies de comportamiento, ¿te presiona con privarte de dinero?				
7. ¿Tiene tu pareja cambios bruscos de humor o se comporta distinto contigo en público, como si fuera otra persona?				

8. ¿Sientes que estás en permanente tensión y que, hagas lo que hagas, él se irrita o te culpabiliza?				
9. ¿Te ha golpeado con sus manos, con un objeto o te ha lanzado cosas cuando se enoja o discuten?				
10. ¿Te ha amenazado alguna vez con un objeto o arma, o con matarse él, a ti o a algún miembro de la familia?				
11. ¿Sientes que cedes a sus requerimientos sexuales por temor o te ha forzado a tener relaciones sexuales?				
12. Después de un episodio violento, él se muestra cariñoso y atento, te regala cosas y te promete que nunca más volverá a golpearte o insultarte y que “todo cambiará”				

13. ¿Has buscado o has recibido ayuda por lesiones que él te ha causado? (primeros auxilios, atención médica, psicológica o legal)				
14. ¿Es violento con los hijos/as o con otras personas?				
15. ¿Ha sido necesario llamar a la policía o lo has intentado al sentir que tu vida y la de los tuyos han sido puestas en peligro por tu pareja?				

**Nota:** No olvide verificar todas sus respuestas

**SA-45: forma abreviada del scl-90 295**

**Instrucciones:**

Lea atentamente la siguiente lista. Son problemas y molestias que casi todo el mundo sufre en alguna ocasión.

Indique cuánto ha experimentado cada uno de ellos durante los últimos 7 días (incluido el día de hoy) colocando un aspa (X) en la columna que corresponda.

Para ello tenga en cuenta la siguiente valoración:

0: Nada

1: Un poco

2: Moderadamente

3: Bastante

4: Mucho o extremadamente

Situaciones	0	1	2	3	4
1. La idea de que otra persona pueda controlar sus pensamientos					
2. Creer que la mayoría de sus problemas son culpa de los demás					
3. Sentir miedo en los espacios abiertos o en la calle					
4. Oír voces que otras personas no oyen					



5. La idea de que uno no se puede fiar de la mayoría de las personas					
6. Tener miedo de repente y sin razón					
7. Arrebatos de cólera o ataques de furia que no logra controlar					
8. Miedo a salir de casa solo/a					
9. Sentirse solo/a					
10. Sentirse triste					
11. No sentir interés por las cosas					
12. Sentirse nervioso o con mucha ansiedad					
13. Creer que los demás se dan cuenta de sus pensamientos					
14. La sensación de que los demás no le comprenden o no le hacen caso					
15. La impresión de que otras personas son poco amistosas o que usted no les gusta					
16. Tener que hacer las cosas muy despacio para estar seguro de que las hace bien					
17. Sentirse inferior a los demás					
18. Dolores musculares					
19. Sensación de que las otras personas le miran o hablan de usted					
20. Tener que comprobar una y otra vez todo lo que hace					
21. Tener dificultades para tomar decisiones					
22. Sentir miedo a viajar en autobús, metro o tren					
23. Sentir calor o frío de repente					
24. Tener que evitar ciertos lugares o situaciones porque le dan miedo					
25. Que se le quede la mente en blanco					
26. Entumecimiento y hormigueo en alguna parte del cuerpo					
27. Sentirse desesperanzado con respecto al futuro					

28. Tener dificultades para concentrarse					
29. Sentirse débil en alguna parte del cuerpo					
30. Sentirse preocupado/a, tenso/a o agitado/a					
31. Pesadez en los brazos o en las piernas					
32. Sentirse incomodo cuando la gente le mira o habla acerca de usted					
33. Tener pensamientos que no son suyos					
34. Sentir el impulso de golpear, herir o hacer daño a alguien					
35. Tener ganas de romper algo					
36. Sentirse muy cohibido/a entre otras personas					
37. Sentir miedo o ansiedad entre mucha gente (en el cine, supermercado, etc.)					
38. Ataques de terror o pánico					
39. Tener discusiones frecuentes					
40. El que otros no le reconozcan adecuadamente sus logros					
41. Sentirse inquieto/a o intranquilo/a					
42. La sensación de ser un/a inútil o no valer nada					
43. Gritar o tirar cosas					
44. La impresión de que la gente intentaría aprovecharse de usted si los dejara					
45. La idea de que debería ser castigado/a por sus pecados					

**SECCIÓN  
INSTITUCIONAL**





## PROGRAMA PRESUPUESTAL POR RESULTADOS

### “CELERIDAD DE LOS PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA”- PPR FAMILIA

El PpR Familia tiene por objetivo responder de forma efectiva a los cambios de los modelos procesales en la Especialidad de Familia, plantea la implementación de medidas eficaces, a través del fortalecimiento de los Despachos Judiciales, y de las competencias de los operadores judiciales, así como la potenciación de los Equipos Multidisciplinarios. Ejecuta acciones con impacto en la celeridad en 10 Cortes Superiores de Justicia: Arequipa, Callao, Cusco, Huánuco, Junín, Lima, Lima Este, Lima Norte, Lima Sur y Piura.

#### **Público Objetivo**

Lo conforman las partes en litigio (demandante o demandado, por propio derecho o representación de niño, niña y adolescente) de un proceso judicial tramitado en las Salas o Juzgados Especializados de Familia.

#### **Comisión Nacional:**

##### **Presidenta:**

- Dra. Columba del Carpio Rodríguez- Jueza Suprema (Pr)

##### **Miembros:**

- Dra. Milagros Álvarez Echarri - Jueza de Familia CSJ de Lima.
- Dra. Fanny Ruth Olascoaga Velarde - Jueza de Familia CSJ de Lima Norte
- Lic. Olga Basilio Ventura - Sub Gerente de Logística de la Gerencia de Administración y Finanzas
- Ing. Manuel Crespo Márquez - Coordinador de la Sub- Gerencia de Estadística de la Gerencia de Planificación
- Lic. Elvia Álvarez Morales, Coordinadora Subgerencia de Planes y Presupuesto – GG.

**Responsable Técnico:**

- Lic. Ernesto Campos de la Cruz - Gerente de Planificación de la Gerencia General

**Coordinadora de Seguimiento y Evaluación:**

- Abog. Hilda Cardeña Chumbe



## AÑO JUDICIAL 2015

### 1. RESULTADOS EN CELERIDAD

En el año 2015, como resultado de la ejecución de los ejes del Plan Estratégico del Año 2015, se logró un 27.78% de avance en celeridad.

### 2. APOYO A LOS DESPACHOS JUDICIALES

**a) Implementación de las Notificaciones Electrónicas con firma digital en las 10 Cortes que integran el PpR Familia:** Se ejecutó en coordinación con la Gerencia de Servicios Judiciales y la Gerencia de Informática del Poder Judicial.

La implementación de las Notificaciones Electrónicas, reduce la duración de los procesos al efectuarse vía internet, en minutos.



**b) Mesas de Partes Especializadas con 10 Asistentes CAS:** En el 2015 se culminó la ejecución, con lo cual las 10 Cortes que integran el PpR Familia han fortalecido dicha área, para la pronta atención a los usuarios. Las Mesas de Partes Especializadas permiten celeridad en la recepción de demandas, escritos, entre otros.

**c) Optimización de la productividad de los órganos jurisdiccionales:** Se contrató 04 nuevos Especialistas en procesos mejorados para el apoyo a los Despachos Judiciales de las Cortes de Arequipa (1), Cusco (1) y Lima Este (2), número que sumado a los 11 contratados durante el 2014, **totalizan el número de 15 Especialistas** que prestan servicios en los Despachos Judiciales.



- d) Actividades de reforzamiento para las metas de la celeridad:** Se contrató a 25 especialistas hasta el 31/12/2015, para mejorar los avances de la celeridad y el cumplimiento de metas.



- e) Mejoramiento de los despachos judiciales y áreas administrativas:** A las 10 Cortes Superiores del PpR Familia se dotó de equipos de cómputo para que los nuevos profesionales contratados realicen sus funciones.

### 3. POTENCIACIÓN DE LOS SERVICIOS QUE BRINDAN LOS EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS

- a) Nuevas contrataciones de profesionales de los Equipos Multidisciplinarios, bajo el régimen CAS (05 profesionales para prestar servicios en la Corte Superior de Lima), totalizando 55 profesionales contratados a fin de fortalecer dichos Equipos.



- b) Asignación de movilidad, adecuación de ambiente, materiales de trabajo, así como equipos informáticos para los profesionales contratados.



Potenciación de los Servicios a través de los espacios destinados a las terapias infantiles con el apoyo de recursos lúdicos, y el servicio de consejería familiar; y, terapias especializadas a menores víctimas de agresión familiar, escolar y social.



#### 4. FORTALECIMIENTO DE COMPETENCIAS DE LOS OPERADORES JUDICIALES

- a) 773 Jueces, personal y profesionales del Equipo Multidisciplinario capacitados en los Cursos “Nuevas Tendencias en Derecho de Familia y de la Niñez y Adolescencia” y “Hacia un Enfoque Interdisciplinario e Integral de Atención al Usuario”. La Academia de la Magistratura estuvo a cargo de los cursos que fortalecieron las competencias de los operadores judiciales



- b) 25 Jueces de Familia capacitados en el Diplomado semi-presencial en “Derecho de Familia y Género” – 2da. Edición, a cargo de la Universidad de Jaén de España: 21/09/15 al 13/12/15. El módulo presencial “Constitución, Familia y Género – Jurisprudencia comparada”, a cargo del Dr. José Manuel Ruiz- Rico Ruiz (06/11/15)

- c) **56 Jueces de Familia y profesionales de los Equipos Multidisciplinarios capacitados en el “Encuentro Jurisdiccional de Familia 2015”**, que congregó expertos internacionales: Dr. Guillermo Orozco Pardo; catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada (España), Dra. **Aída** Kemelmajer de Carlucci; ex ministra de la Corte Suprema de Mendoza (Argentina), Dr. Javier Aníbal Moya Cuadra; magistrado de la Corte de Apelaciones de Santiago (Chile). Se realizaron cinco talleres interactivos.



- d) **416 Jueces y operadores capacitados sobre el Sistema Nacional de Notificaciones Electrónicas**, para la puesta en marcha de las Notificaciones Electrónicas con firma y certificado digital, en coordinación con la Gerencia General.
- e) **150 Jueces y operadores judiciales capacitados sobre el Sistema de Administración y Registro de Audiencias para los Juzgados de Familia - SIARA y el uso de la Agenda Judicial Electrónica del SIJ**, se ejecutó en las Cortes Superiores de Justicia de **Lima y Huánuco**.



#### 4. GESTIÓN DEL PROGRAMA

- a) Compromiso de la Comisiones Distritales de las 10 Cortes Superiores que integran el PpR Familia, orientado a resultados.
- b) Aplicación del Juzgamiento Anticipado del Proceso, en su momento, en los casos de violencia familiar que así lo ameriten, lo que permitió reducir el tiempo de duración del proceso a un promedio de 45 días.
- c) El Empleo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MARC)s intraprocesales CSJ: Arequipa y Lima, como la mediación y conciliación hasta en Segunda Instancia.
- d) Aplicación de terapias individuales y grupales a través de talleres interactivos para los casos de Violencia Familiar y adolescente en Conflicto con la Ley Penal, a cargo de los profesionales del Equipo Multidisciplinario.
- e) Implementación de un sistema de mejora continua en los procedimientos de actuaciones de los integrantes de los 11 Equipos Multidisciplinarios orientado a:

- Informes interdisciplinarios.
  - Estandarización de los procedimientos en Medicina, Psicología, Trabajo Social y Pedagogía, a través de los Protocolos de requerimientos de los Jueces y de los Informes de Evaluación de los Equipos Multidisciplinarios.
  - Desarrollo de un Sistema de Gestión Administrativa de los Equipo Multidisciplinario, a través de un aplicativo informático de alcance nacional.
- f) Acciones de monitoreo: Se llevaron a cabo visitas presenciales a las 10 Cortes que integran el PpR Familia, además video conferencias, con la finalidad de hacer el seguimiento a la ejecución presupuestal, y verificar el cumplimiento de las metas físicas del Programa, y de los indicadores de desempeño que se reportan al Ministerio de Economía y Finanzas.

## AÑO JUDICIAL 2016

### 1. RESULTADOS EN CELERIDAD

Al primer semestre del año 2016 se ha logrado el avance de celeridad de 103.78%, a diciembre se espera llegar al 118.43%. Cabe señalar que el considerable avance en los Juzgados de Familia, se debe a la disminución de plazos (72 horas), en caso de Violencia de Género y Familiar, por la vigencia de Ley N° 30364, para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar, vigente a partir del 24 de noviembre del 2015. Ello involucra a no menos de 131,143 procesos en trámite para el 2016.



#### Tiempo promedio de duración de los procesos judiciales de Familia - PpR Familia

Periodo Ene - Dic 2016  
(expresado en días laborables)

CSJ	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Set/E	Oct/E	Nov/E	Dic/E	Promedio General
Promedio Mensual	66	27	70	68	73	75	78	74	72	60	63	61	66
AREQUIPA	36	9	32	46	41	51	42	42	41	40	34	32	37
CALLAO	143	16	177	159	167	141	87	125	143	112	70	106	127
CUSCO	45	6	66	60	54	41	54	50	53	32	47	42	47
HUANUCO	46	54	52	58	73	62	77	61	61	52	59	51	60
JUNIN	65	26	84	77	80	67	61	70	72	53	47	57	66
LIMA	92	42	91	78	97	102	114	101	98	78	95	77	91
LIMA ESTE	52	30	52	49	56	71	82	58	60	47	55	39	56
LIMA NORTE	86	25	86	78	84	83	93	96	87	72	75	86	79
LIMA SUR	87	65	86	74	67	74	70	74	76	70	67	70	74
PIURA	54	7	51	51	74	80	79	72	66	62	68	64	59

Fuente: Gerencia de Informática  
Sub Gerencia de Informática  
Elaboración: Propia

## 2. APOYO A LOS DESPACHOS JUDICIALES

- A. Continuidad en la contratación de 10 Asistentes CAS para las Mesas de Partes Especializadas, se dinamiza la atención a los usuarios**



- B. Optimización de la productividad de los órganos jurisdiccionales que integran el PpR Familia, con la continuidad de la contratación de 15 Especialistas Legales, para el apoyo a los Despachos Judiciales.**

- C. Adquisición de materiales de oficina y servicios de adecuación de ambientes, para la operatividad de las áreas administrativas y jurisdiccionales.**



- D. Adquisición de activos no financieros:** Compra de equipos de cómputo, multifuncionales y suministros. Así mismo mobiliario para el personal nuevo.
- E. Asignación de movilidad y telefonía para las notificaciones:** La asignación de movilidad permite que los profesionales del Equipo Multidisciplinario puedan realizar las visitas sociales y diligencias para las evaluaciones ordenadas por el Juez de Familia, a fin de dictar oportunamente el dictado de las medidas de Protección y Cautelares

### 3. FORTALECIMIENTO DE COMPETENCIAS DE LOS OPERADORES JUDICIALES

**A. 65 participantes entre Presidentes de Corte, Jueces de Familia, funcionarios de la Administración y profesionales del Equipo Multidisciplinario capacitados en el Encuentro Nacional de Comisiones Distritales 2016, realizado el 19 de marzo de 2016, el que congregó a expertas internacionales. Luego de las exposiciones se llevaron a cabo 04 talleres.**



Las Juezas de Familia de Santiago de Chile, Marcela Palamara y Clara Worm, impartieron el curso “Nuevo modelo en la concesión de medidas de protección y cautelares, en los procesos de violencia familiar y el rol del Equipo Multidisciplinario”



**B. 65 participantes entre Presidentes de Cortes, Jueces de Familia, funcionarios de la Administración y profesionales del Equipo Multidisciplinario capacitados, Cónclave Jurisdiccional 2016 llevado a cabo los días 22 y 23 de Julio**

El que congregó a expertos internacionales: Magistradas argentinas, doctoras Graciela Medina y Silvia Patricia Bermejo, Dr. Esteban de la Torre; Coordinador del Área Jurídica del Instituto Interamericano del Niño de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Dra. María José Cruz Blanca; catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Jaén, España.

**C. 448 Jueces y personal jurisdiccional capacitados en los Cursos “Nuevas Tendencias en Derecho de Familia y de la Niñez y Adolescencia”, e “Intervención del Equipo Multidisciplinario en el marco de la Ley 30364”, a cargo de la Academia de la Magistratura.**



- D. 25 Jueces de la especialidad de Familia capacitados** en el Diplomado de Post Grado de Especialización en Constitución, Familia y Género, a cargo de la Universidad de Jaén de España, se inició el 17/10/16.
- E. 350 Jueces, personal jurisdiccional, profesionales del Equipo Multidisciplinario, personal del Área de Servicios Judiciales y Área de Informática** capacitados en la implementación del “Sistema de Gestión de los Equipos Multidisciplinarios – SIGEM, entre el 25/07/16 y 31/10/16.

#### 4. POTENCIACIÓN DE LOS SERVICIOS QUE BRINDAN LOS EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS

- A. Implementación y fortalecimiento de los Espacios para los Servicio de Terapias Infantiles** (modelos de tratamiento conductual) y visitas supervisadas, entre otras.



- B. Servicios de Orientación y Consejería Familiar** durante el desarrollo del proceso, terapias individuales y grupales en los casos de violencia de género y familiar.

- C. Actividades de proyección social** destinadas a la prevención de: violencia, embarazo de adolescentes, infracciones penales, entre otros tópicos de interés, a través de charlas informativas, talleres y seminarios, bajo la perspectiva transversal de género e interdisciplinarietà, impartidos según corresponda en colegios, Módulos Básicos y organizaciones de base entre otros. Estas actividades se propician desde el despacho del Juez de Familia con la participación directa de los profesionales que integran el Equipo Multidisciplinario.



## 5. GESTIÓN DEL PROGRAMA

- A. **05 visitas de monitoreo** a las sedes de las Cortes Superiores de Justicia, **04 videoconferencias de coordinación** con las Comisiones Distritales de las CSJ que conforman el PpR Familia.
- B. **Se ha implementado el aplicativo informático: “Sistema de Gestión de los Equipos Multidisciplinarios (SIGEM), en los Juzgados de Familia de las Cortes Superiores** que integran el PpR Familia, con proyección a implementarse en los otros Distritos Judiciales.

### PARTICIPACIÓN INTERNACIONAL

La Presidenta de las Comisiones Nacionales PpR Familia y de Implementación de la Ley N° 30364, Jueza de la Corte Suprema de la Republica, Sra. Columba de Carpio Rodríguez, participó como expositora en el III Congreso Iberoamericano de Derecho de Familia y de las Personas, realizado entre el 22 y 24 de Noviembre último, en la ciudad de Buenos Aires (Argentina), con la ponencia “Derechos Humanos, Familia y Vulnerabilidad”, habiendo sido incorporada a la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia.







## **PROGRAMA NACIONAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 30364**

La Ley N° 30364, vigente desde el 24 de noviembre de 2015, tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

Mediante Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial N° 20-2016-CE-PJ, del 03 de febrero del año en curso, se crea el Programa Nacional para la Implementación de la Ley N° 30364, y con fecha 17 de febrero último, se aprueba el Plan Estratégico del Programa Nacional, habiéndose realizado las siguientes acciones inmediatas y acciones acorde a dicho Plan.

En este nuevo escenario para enfrentar la violencia de género y familiar, la Comisión Nacional del Programa de implementación de la Ley 30364, en coordinación con las Comisiones Distritales, vienen ejecutando acciones positivas, con gran impacto en la celeridad con calidad en los procesos de familia, orientados a una atención integral, inclusiva e interdisciplinaria.

Así el Poder Judicial, viene desplegando acciones en contra de la violencia de género y familiar en tres momentos:

- En forma previa, a través de las acciones de prevención propiciadas desde los Despachos Judiciales y llevadas a cabo por los profesionales de los Equipos Multidisciplinarios.
- En forma concurrente, conforme a su Rol (administrar Justicia), ocupando el centro de acción del Sistema de Justicia, en los casos de violencia, dictando las medidas de protección y cautelares adecuadas a

favor de las víctimas; y, en su caso, sancionando al agresor, a denuncia del Ministerio Público si el hecho constituye delito.

- En forma posterior, mediante el servicio de terapias individuales o grupales dirigidas a la víctima y al agresor.

### **Integrantes De La Comisión Nacional De La Implementación De La Ley N° 30364:**

- Dra. Columba del Carpio Rodríguez, Jueza Suprema (Pr)
- Dra. Elvira Álvarez Olazábal, Jueza Superior de Lima
- Dra. Milagros Álvarez Echarri, Jueza Especializada de Familia de Lima
- Abogada Hilda Cardeña Chumbe, Secretaria Técnica.
- Comisiones Distritales de las 33 Cortes Superiores de Justicia a nivel Nacional.



## Plan Estratégico 2016:

### ACCIONES INMEDIATAS:

#### a) Apoyo a los Despachos Judiciales:

Recursos logísticos, para el apoyo en el pronunciamiento oportuno de las medidas de protección y cautelares en favor de las víctimas de violencia en las 16 Cortes Superiores de Justicia.  
Foto: (CSJ de Ancash).



#### b) Potenciación de los Equipos Multidisciplinarios:

De las 16 Cortes Superiores que no se hallan dentro del PpR Familia, ni en la Línea Paralela, se contrató profesionales (Médico, Psicólogo y Trabajador Social), en atención a las necesidades, lo que ha fortalecido las siguientes acciones:

Estandarización de los procedimientos en las 04 disciplinas (Medicina, Psicología, Trabajo Social y Pedagogía) a través de los Protocolos de Requerimientos de los Jueces y de los Informes de Evaluación de los Equipos Multidisciplinarios, iniciativa del PpR Familia; fueron aprobados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial por Resolución Administrativa N° 027-2016-CE-PJ del 03 de febrero del 2016.





Implementación y adecuación de espacios destinados al Servicio de Orientación y Consejería Familiar durante el desarrollo del proceso, y Terapias a víctimas y agresores de manera individual y grupal a través de talleres interactivos para los casos violencia familiar.

Actividades de proyección social propiciadas desde los Despachos Judiciales y llevadas a cabo por los profesionales de los Equipos Multidisciplinarios, mediante charlas informativas, talleres, seminarios y sesiones educativas, bajo la perspectiva transversal de género e interdisciplinaria, impartidos en colegios, Módulos Básicos de Justicia, entre otros, actividades que se ejecutan mensualmente.



### c) Fortalecimiento de competencias de los operadores judiciales:

A través de las siguientes teleconferencias dirigidas a: Jueces de Familia e Integrantes del Equipo Multidisciplinario, de las 33 Cortes Superiores de Justicia de todo el país:

- i) “Medidas de Protección y Cautelares en los Procesos de Violencia en Agravio de la Mujer y Otros Integrantes de la Familia”. 18/03/2016.
- ii) “Nuevo Modelo en la Concesión de Medidas de Protección y Cautelares, en los Procesos de Violencia Familiar y el Rol del Equipo Multidisciplinario”. 18/03/16.
- iii) Encuentro Nacional de Comisiones Distritales 2016, contando con la presencia de juezas de Santiago de Chile, Marcela Palamara y Clara Worm. 19/03/2016.

- iv) “Rol del Equipo Multidisciplinario en el Marco de la Ley N°30364”, por profesionales del Instituto de Medicina Legal. 15/04/2016.
- v) “Estrategias para la Celeridad en los Procesos de Violencia Familiar”. 24/05/2016
- vi) “Coordinación de la implementación de 24 nuevos Juzgados de Familia creados en el marco de la “Ley N° 30364”. 30/06/2016



## ACCIONES MEDIATAS

### a) Creación de 24 Juzgados Especializados de Familia.

Por Decreto Supremo N° 141-2016-EF, se asignaron 13 millones de soles y mediante Resolución Administrativa N° 147-2016-CE-PJ el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, dispone la creación de 24 Juzgados Especializados de Familia, en 20 Distritos Judiciales, en los cuales se ha identificado niveles de sobrecarga procesal distribuidos conforme al siguiente cuadro:

N°	Corte Superior de Justicia	Órgano Jurisdiccional	Competencia Territorial
1	Arequipa	Juzgado de Familia	Distritos de Cerro Colorado, Yura y Cayma
2	Arequipa	Juzgado de Familia	Distrito de Mariano Melgar
3	Apurímac (*)	2° Juzgado de Familia	Provincia de Abancay
4	Ayacucho	3° Juzgado de Familia	Provincia de Huamanga
5	Callao	5° Juzgado de Familia	Todo el Distrito Judicial de Callao
6	Cusco	4° Juzgado de Familia	Provincia de Cusco
7	Huánuco	3° Juzgado de Familia	Provincia de Huánuco
8	Huaura	2° Juzgado de Familia	Provincia de Huacho
9	Ica	4° Juzgado de Familia	Provincia de Ica
10	Junín	5° Juzgado de Familia	Provincia de Huancayo
11	La Libertad	6° Juzgado de Familia	Provincia de Trujillo
12	Lambayeque	5° Juzgado de Familia	Distrito de Chiclayo
13	Lambayeque	6° Juzgado de Familia	Distrito de Chiclayo
14	Lima Este (*)	3° Juzgado de Familia	Distrito de Ate
15	Lima Este	6° Juzgado de Familia	Distrito de San Juan de Lurigancho
16	Lima Norte	8° Juzgado de Familia	Distrito de Independencia
17	Lima Sur	2° Juzgado de Familia	Distrito de Villa María del Triunfo
18	Loreto	3° Juzgado de Familia	Provincia de Maynas
19	Madre de Dios	2° Juzgado de Familia	Provincia de Tambopata
20	Piura	3° Juzgado de Familia	Provincia de Piura
21	Piura	4° Juzgado de Familia	Provincia de Piura
22	San Martín	Juzgado de Familia	Provincia de Moyobamba
23	Sullana	2° Juzgado de Familia	Provincia de Sullana
24	Tacna	3° Juzgado de Familia	Provincia de Tacna



La creación, implementación de los 24 Juzgados de Familia y funcionamiento a partir del 1 de agosto del año en curso, ha significado:



**i)** La contratación de 288 operadores: Personal jurisdiccional, Área de apoyo y atención especializada a las víctimas de la violencia (01 Coordinador del Módulo, 01 Asistente de Atención al Público y profesionales del Equipo Multidisciplinario: 02 psicólogos y 01 trabajador social), en especial para la recepción de las denuncias directas al Juzgado: verbales o escritas.

**ii)** Salas de Audiencias para la oralidad, equipadas con los respectivos Kits de audio y video y contarán con 01 asistente de custodia y grabación, 02 asistentes de notificaciones, y 01 personal de seguridad.



**iii)** Cámaras Gesell para la Entrevista Única de las niñas, niños, adolescentes o mujeres, la que debe practicarse bajo la técnica de entrevista única, evitando la revictimización.

**iv)** Medios logísticos y equipamiento de los órganos jurisdiccionales de Familia: Mobiliario, Útiles de Oficina, Movilidad y Telefonía para las notificaciones por este medio.

**v)** Aprobación del formato para la recepción de denuncias verbales de violencia, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 139-2016-CE-PJ.

## a) Fortalecimiento de Competencias de los Operadores Judiciales

Según el Plan de Capacitación se han llevado a cabo las siguientes actividades:

- i) 18/03/2016 Teleconferencia “Medidas de protección y cautelares en los procesos de violencia en agravio de la mujer y otros integrantes de la familia. Rol del Equipo Multidisciplinario”, dirigidos a jueces de Familia de las 33 cortes superiores del país. Las juezas del Primer Juzgado de Familia de Santiago de Chile, Marcela Palamara Iribarne y Clara Worm Starl, compartieron su valiosa experiencia sobre la Ley 20066 de Violencia Intrafamiliar que rige en su país desde el 2005.
- ii) 15/04/2016 Teleconferencia “Rol del Equipo Multidisciplinario en el Marco de la Ley 30364. Instrumentos de Evaluación”, a cargo de la participación de los Jueces de Familia, profesionales de los Equipos Multidisciplinarios de los 33 Distritos Judiciales de la República, y profesionales de las instituciones públicas y privadas (EsSALUD, MINSA, Centros de Emergencia Mujer, Centros de Salud Parroquiales y demás establecimientos de salud públicos y privados).
- iii) Los días 22 y 23/07/2016; se impartieron las siguientes conferencias:
  - “Constitución y Familia, interdisciplinaria y personas vulnerables” y “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Daños y Violencia de Género” impartidas por la magistrada argentina Dra. Graciela Medina.
  - “Medidas de Protección y Cautelares en el proceso sobre violencia contra la mujer y otros integrantes de la Familia” y “Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus precedentes y el proceso de Familia”, ambas impartidas por la Magistrada Argentina Silvia Patricia Bermejo.







- “El Estado de los Derechos de la Niñez en la Región Americana, con especial referencia a Perú”, a cargo del doctor Esteban de la Torre, Coordinador del Área Jurídica del Instituto Interamericano del Niño de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

- iv) 31/08/2016 Tele taller “Medidas de protección y cautelares en el marco de la Ley N°30364”. Organizado por la Comisión Nacional del Programa de Implementación de la Ley N° 30364, en coordinación con la Comisión de Justicia de Género.



- v) Teleconferencia “Guías de Valoración del Daño Físico y Psíquico en el marco de la Ley N° 30364” organizado por la Comisión Nacional del Programa de Implementación de la Ley N° 30364, en coordinación con la Comisión de Justicia de Género.



Dichas teleconferencias estuvieron a cargo del Dr. Jaime Osoreo Rodríguez, Especialista en Medicina Legal y del Dr. Manuel Sotelo Trinidad, Especialista en Psiquiatría del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público. 29/09/2016.



- vi) 27/10/2016 **Video Panel “Rol de los operadores del Sistema Nacional Contra la Violencia de Género y Familiar”**, organizado por la Comisión Nacional del Programa de Implementación de la Ley N° 30364.

El Panel estuvo integrado por representantes de las instituciones que conforman el Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia de Género y Familiar en el marco de la Ley N° 30364.

La Dirección de Educación Secundaria del Ministerio de Educación, el Instituto de Gestión de Servicios de Salud del Ministerio de Salud, la Dirección General contra la Violencia de Género del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Asimismo, la Dirección de Lucha contra la Violencia Familiar de la Policía Nacional del Perú y la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. También, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

El Poder Judicial representado por la Jueza de Familia, doctora Aurora Quintana-Gurt Chamorro; por el Ministerio Público la Fiscal Provincial doctora María Lourdes Flores Dávila, y el doctor Christian Hernández Alarcón, Juez Superior, expuso acerca del “Rol del Juez Penal en el marco de la Ley N° 30364”.

**b) OTRAS ACCIONES:**

**i) Reuniones Intersectoriales:** Los Presidentes de las 33 Cortes Superiores de la República a impulso de la Comisión Nacional, vienen propiciando reuniones intersectoriales con los demás operadores del sistema, coordinando acciones a fin de hacer más eficiente la aplicación de la Ley 30364 y su Reglamento, que regula la Instancia Regional de Concertación como componente del Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar.

**ii) Aplicativos Informáticos:** Con la finalidad de fortalecer la labor de los despachos se viene desarrollando e implementado:

- ✓ Sistema de Gestión de los Equipos Multidisciplinarios- SIGEM en las Cortes Superiores de Justicia que integran el PPR Familia.
- ✓ Desarrollo del Registro de Víctimas con Medidas de Protección y medidas cautelares y la adecuación al mismo del Registro de

Audiencias (SIARA), la Agenda Judicial Electrónica (AJE) y el Sistema de Visualización de Audiencias en Línea y su posterior implementación a nivel nacional; para cuyo efecto se elaboró la ficha de registro correspondiente.

- ✓ Desarrollo e implementación del Registro Nacional de Adolescentes Infractores en los órganos especializados de Familia que integran el PpR Familia, y su incorporación al Registro Nacional Judicial - RENAJU, para su posterior implementación a nivel nacional, se elaboró la ficha de registro de datos.

## EL PROGRAMA EN CIFRAS

### Celeridad

Hasta antes de la aplicación de la Ley 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, vigente a partir del 24 de noviembre del 2015, el tiempo promedio de duración de un proceso de violencia familiar era de 123 días, después de la aplicación de la Ley 30364, se han reducido considerablemente, que representa una disminución de 88.6%. Cabe señalar que el considerable avance en los Juzgados de Familia, se debe a la disminución de plazos (72 horas) de Violencia de Género y Familiar, por la vigencia de Ley N° 30364.

### Producción

En el periodo de enero a noviembre del 2015, el promedio mensual de ingresos por materia de violencia familiar fue de 6,983 expedientes y en el periodo de diciembre del 2015 a diciembre del 2016 estimado, es de 18,762 denuncias como promedio mensual, lo que demuestra que los procesos de violencia de género y familia se han triplicado a partir de la promulgación de la Ley N° 30364

Ingreso Promedio por Periodos antes y despues de la Aplicación de la Ley 30364 de Violencia Familiar

Materias	Antes Ley	Despues Ley	Variación
	Promedio Ene-Nov 2015	Promedio Dic 2015 - Dic 2016/E	
Otras Materias	14,540	16,871	16.0%
Violencia Familiar	6,983	18,762	168.7%

Fuente: Sistema Integrado Judicial (SIJ)

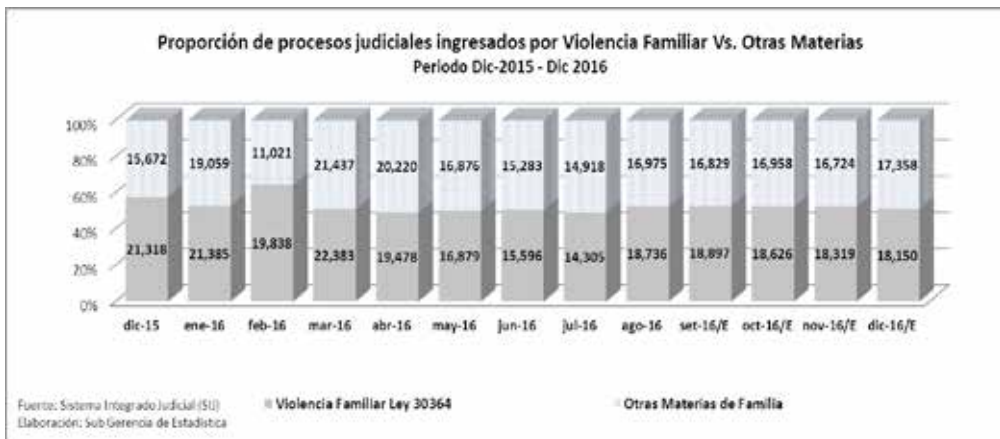
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística / PpR Familia

## Otros Datos Importantes

Los Juzgados de Familia donde hay mayor carga sobre violencia de género y familiar, **realizan aproximadamente 11 audiencias por día, para el dictado de las Medidas de Protección y Medidas Cautelares** conforme al artículo 16 de la Ley 30364. Del total de denuncias ingresadas por violencia de género y familiar: 81% de víctimas son mujeres, 11% son niñas o niños agraviados, y el 8% de las denuncias se refiere a otros integrantes del grupo familiar (adultos mayores, discapacitados o pareja hombre) en calidad de agraviados.

Se estima que se han dictado **Medidas de Protección en el 95% del total de denuncias ingresadas**, 43% son sobre violencia física; 49% psicológica; 1% económica y 7% sexual.

Cabe señalar que los procesos de violencia familiar representan aproximadamente el 50% del total de procesos ingresados en los Juzgados de Familia, como se muestra en el siguiente cuadro:







*Este número de la Revista Justitia Familiae  
se terminó de imprimir en diciembre de 2016  
con un tiraje de 500 ejemplares*

*Impreso por A y G Industria Gráfica  
Teléfono: 489- 5262 – Jr Cañete 118 – Lima*

