

ÍNDICE SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I.- VIOLENCIA EN GENERAL .

1.-Violencia doméstica o familiar.

1.1.- Problemática que presenta la violencia doméstica.

1.2.- Introducción o intromisión de lo público en lo privado.

1.3.- Los mitos en torno a la violencia familiar.

1.4.- Manifestaciones de la violencia intrafamiliar. Sus tipos. Violencia física, moral, psicológica.

1.5.- ¿Por qué la violencia? Perspectivas teóricas acerca de las causas de la violencia doméstica.

a).-Modelo Psiquiátrico o individual.

b).-Modelo psicosocial.

c).-Modelo sociocultural.

d).-Modelo ecológico.

II.- MALTRATO INFANTIL.

2.- Concepto de maltrato infantil.

2.1.- La socialización familiar destructiva. Consecuencias.

III.- VIOLENCIA QUE AFECTA SÓLO A LOS ADULTOS.

3.-Manifestaciones de la violencia

3.1.-Violencia conyugal. Violencia entre concubinos.

3.2-Maltrato de ancianos.

3.3-Maltrato entre hermanos.

3.4-Maltrato entre no convivientes. Maltrato entre esposales.

IV.- EL DERECHO FRENTE A LA VIOLENCIA FAMILIAR.

4.-El derecho frente a la violencia familiar.

4.1.- La violencia en el Código Civil.

4.1.1.- Como vicio de los actos jurídicos.

4.1.2.- Como causal de divorcio y separación personal.

4.1.2.- Sevicias graves antes de la sanción de la ley 23.515.

4.1.3.- Injurias Graves.

4.1.3.- En el ejercicio de la Patria Potestad. Noción, caracteres e importancia del instituto.

4.1.3.1.- Régimen anterior a la ley 23.264.

4.1.3.2.- La violencia como causal de privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad.

4.1.4.- Conclusión. Insuficiencia de las previsiones del Cód. Civil

4.2.- La violencia en el Código Penal.

4.2.1.- Como trata el Código Penal la violencia.

4.2.2.- Conclusión. Insuficiencia de las previsiones del Cód. Penal.

4.3.- Necesidad de normas específicas que aborden ésta problemática social.

4.3.1.- Las leyes de protección contra la violencia familiar.

4.3.2. En relación con el Derecho Constitucional.

V. ANÁLISIS DE LAS LEYES DE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR.

5.- El procedimiento.

5.1.- La denuncia. Sus formas.

5.1.2.- Patrocinio letrado obligatorio?

5.2.-Legitimación activa.

a).- Personas legitimadas para denunciar actos de violencia familiar.

b).-Personas obligadas a denunciar actos de violencia doméstica.

c).-Personas que pueden poner los hechos en conocimiento del juez.

5.3- Legitimación Pasiva. Grupo familiar.

5.4.- Competencia.

5.4.1.- Límites a la competencia. Conexidad.

VI.-LAS MEDIDAS.

6.- Las medidas que debe tomar el juez competente.

6.1.- Denominación. Naturaleza jurídica de las medidas y del proceso.

6.2.- Requisitos que deben reunirse.

6.3.- ¿Qué medidas puede ordenar el juez?

6.4.- El plazo.

6.5.- Continuidad del proceso después de tomada la medida. Audiencias.

6.6.- La prueba.

6.6.1.- Diagnóstico de interacción familiar y el pedido de informes.

6.6.2.- Facultades del magistrado.

6.7.-El problema del abuso del derecho tanto del actor como del demandado.

6.7.- Recursos.

VII.- MEDIACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA FAMILIAR.

7.- Mediación en problemas de familiar

7.1.-Críticas a la utilización de la mediación en los procesos de violencia familiar.

7.2.- Cuando es procedente.

VIII.- SANCIONES. TIPOS.

8.- Las sanciones que puede fijar el magistrado.

8.1.- Astreintes en el derecho de familia y en los procesos en análisis.

8.2.- Tratamientos terapéuticos.

IX.- PUBLICIDAD.

9.- Finalidad de la publicidad.

9.1.- Registro de denuncias. Su utilidad.

9.2.- Prevención.

X.- DERECHO COMPARADO.

10.- Legislación extranjera.

10.1.- En el derecho civil.

10.2.- En el derecho penal. La escasa efectividad de ésta vía.

CAPÍTULO PRIMERO.

PUNTO DE PARTIDA. CARACTERIZACIÓN DE LA VIOLENCIA.

1.- Concepto de Violencia doméstica. Formas en que suele presentarse la violencia intrafamiliar.

1.1.- Violencia física y verbal. Violencia psíquica. Concepto. Jurisprudencia.

Fallo N° 1

Fallo N° 2

1.2.- Abuso sexual. Un caso de ataque sexual entre ex cónyuges.

Fallo N° 3

1.3.- Violencia moral. Jurisprudencia.

Fallo N° 4

1.4.- Violencia psicológica. Jurisprudencia.

Fallo N° 5

2.- Concepto de grupo familiar.

2.1.- Violencia entre hermanos. Jurisprudencia.

Fallo N° 6

2.2.- Violencia entre ex convivientes. Jurisprudencia.

Fallo N° 7.

CAPITULO SEGUNDO

ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR LAS LEYES DE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR.

1.- Procedimiento.

1.1.- La denuncia. Denuncia anónima. Jurisprudencia.

Fallo N° 8

1.2.- Requisitos.

1.3.- Patrocinio Letrado.

1.3.1.- Jurisprudencia.

Fallo N° 9

2.- Legitimación procesal.

2.1.- Legitimados activos. Personas legitimadas para denunciar actos de violencia familiar. Jurisprudencia.

Fallo N° 10

2.1.1.- Legitimación activa del Defensor de Menores y de quien le presta contención a la víctima. Jurisprudencia.

Fallo N° 11

2.1.2.- Legitimación activa de personas que no conviven. Jurisprudencia.

Fallo N° 12

2.1.3.- Legitimación activa en caso de que exista intención de divorcio. Jurisprudencia.

Fallo N° 13

2.2.- Personas obligadas a denunciar actos de violencia doméstica.

2.2.1.- Quiénes pueden denunciar. Jurisprudencia.

Fallo N° 14

2.2.2.- Obligados a denunciar. Jurisprudencia.

Fallo N° 15

2.2.3.- Sanciones.

2.2.4.- Plazo para efectuar la denuncia

2.3.- Legitimados para intervenir en el proceso y personas que pueden intervenir. Personas que pueden poner los hechos en conocimiento del juez. Jurisprudencia.

Fallo N° 16

2.4.- Legitimación pasiva.

3.- Competencia

3.1.- Juez competente.

3.1.1.- En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3.1.2.- En los Estados Provinciales.

3.2.- Conexidad.

3.2.1.- Jurisprudencia.

Fallo N° 17

4.- Medidas que puede ordenar el juez.

4.1.- Naturaleza jurídica de las medidas y del proceso. Medida urgente, diferencia con las medidas precautorias. Jurisprudencia.

Fallo N° 18

4.1.1.- Medidas autosatisfactivas. Las medidas dictadas en los procesos de violencia no son accesorias a otros procesos principales.

4.1.2.- Proceso *inaudita parte*.

4.2.- Carácter de la enumeración.

4.3.- Requisitos que deben reunirse.

4.3.1.- Existencia de riesgo actual. Admisibilidad. Autonomía e independencia de procesos. Jurisprudencia.

Fallo N° 19

4.4.- Verosimilitud del derecho.

4.4.1.- No corresponde la desestimación de la denuncia por violencia familiar si previamente el juez no adoptó las diligencias tendientes a verificar la verosimilitud de los hechos. Jurisprudencia.

Fallo N° 20

4.5.- Peligro en la demora. Actualidad de la urgencia. Temporaneidad de los hechos denunciados. Jurisprudencia.

Fallo N° 21

4.5.1.-Amplitud del criterio en cuanto a la situación de desamparo actual.
Jurisprudencia.

Fallo N° 22

4.5.2.- Temporaneidad de los hechos denunciados. Limitación. Caso de concubinos. Jurisprudencia. Fallo N° 23

4.6.- El requisito de la contracautela. Límites en el Derecho de Familia.

4.6.1.- Fijación de contracautela en la disposición de medidas. Jurisprudencia.
Fallo N° 24.

4.7.- Facultades del juez. Amplitud de facultades judiciales para sustanciar las pruebas destinadas a demostrar la verosimilitud de los hechos y ordenar medidas protectoras aun cuando no fueren solicitadas. Jurisprudencia.

Fallo N° 25

4.7.1.- Las medidas del juez se encuentran limitadas a los hechos de violencia. Jurisprudencia.

Fallo N° 26

4.7.2.- Solo excepcionalmente el juez puede continuar actuando después del dictado de las medidas impeditivas de la violencia, para la toma de soluciones urgentes en protección de los menores. Jurisprudencia.

Fallo N° 27

4.8.- Plazo para su dictado.

4.8.1. Jurisprudencia.

Fallo N° 28

4.9.- Duración de la medida. Jurisprudencia.

Fallo N° 29

5.- Exclusión del hogar familiar.

5.1.- Exclusión del presunto maltratante e inclusión de las víctimas.

Jurisprudencia.

Fallo N° 30

5.2.- Rechazo de la medida de exclusión. Jurisprudencia.

Fallo N° 31

5.3.- La ley de violencia familiar no puede ser invocada al solo efecto de recuperar la vivienda. Jurisprudencia.

Fallo N° 32

- 5.5.- Exclusión por adicción alcohólica. Jurisprudencia.
Fallo N° 33
- 5.6.- Un caso español de pedido de exclusión. Comentario al fallo.
- 6.- Perímetro de exclusión. Prohibición de frecuentar los lugares a los que asiste el cónyuge. Jurisprudencia.
Fallo N° 34
- 6.1.- Exclusión por consumo de sustancias tóxicas. Jurisprudencia.
Fallo N° 35
- 7.- Alimentos.
 - 7.1.- Fijación de alimentos provisorios. Procedencia. Beneficiarios. Duración. Oportunidad. Características. Alcance.
Fallo N° 36
Fallo N° 37
 - 7.2.- Facultades judiciales. Archivo de las actuaciones. Jurisprudencia.
Fallo N° 38
Fallo N° 39
- 8.- Régimen de tenencia de los hijos menores.
 - 8.1. Jurisprudencia.
Fallo N° 40
- 9.- Derecho de comunicación de los padres con sus hijos.
 - 9.1.- Jurisprudencia
 - 9.2.- Aplicación de la ley 24.240.
- 10.- Prueba de la situación de violencia.
 - 10.1.-Carga de la Prueba
 - 10.1.1.- Jurisprudencia.
Fallo N° 41
 - 10.2.- Facultades judiciales.
 - 10.2.1.- Jurisprudencia.
Fallo N° 42
 - 10.3.- Oportunidad
 - 10.3.1.- Jurisprudencia.
Fallo N° 43
 - 10.4.- Pedido de informes.

- 10.4.1.- Jurisprudencia.
Fallo N° 44
- 10.5.- La prueba pericial.
 - 10.5.1.- Jurisprudencia.
Fallo N° 45
- 10.6.- Diagnóstico de interacción familiar.
 - 10.6.1.- Jurisprudencia.
Fallo N° 46
- 10.7.- Algunos problemas específicos que plantea la prueba en los procedimientos que se juzgan hechos de violencia intrafamiliar.
 - 10.7.1.-Jurisprudencia.
Fallo N° 47
- 11.- Recursos. Revocatoria con apelación en subsidio de un proveído dictado por el Secretario. Jurisprudencia.
 - Fallo N° 48
 - 11.1.- Recursos de nulidad contra la exclusión del hogar por falta de sustanciación. Jurisprudencia.
 - Fallo N° 49
 - 11.1.1.- Incidente de nulidad de la audiencia por no ser tomada por el Juez ni por el Secretario. Jurisprudencia.
 - Fallo N° 50
- Recursos ante los Tribunales de Familia

CAPÍTULO TERCERO

CONTINUIDAD DEL PROCESO LUEGO DE TOMADA LA MEDIDA.

- 1.- La noción de agotamiento del interés.
 - 1.1.- Jurisprudencia.
 - 2.- El sometimiento forzoso a tratamientos terapéuticos.
 - 2.1.- El tema en la ley santafesina. (ver Kemelmajer)
 - 2.1.1.- La terapia bajo mandato. Obligatoriedad o no de la imposición de un tratamiento. Jurisprudencia.
Fallo N° 52

2.2.- El interés del menor. La Convención de los Derechos del Niño y su jerarquía constitucional.

3.- Audiencias.

3.1.- Finalidad de la audiencia que puede fijar el juez.

3.1.1.- Jurisprudencia.

Fallo N° 53

4.- Sanciones.

4.1.- Astreintes en el Derecho de Familia.

4.1.1.- Astreintes en los procesos de violencia doméstica. Jurisprudencia.

Fallo N° 54 (JA 1995-I-1037????)

4.2.- Apercebimientos para el caso de incumplimiento de la medida dispuesta. Jurisprudencia.

Fallo N° 55

Fallo N° 56

5.- Mediación familiar.

5.1.- Críticas a la utilización de la mediación en problemas de violencia familiar.

5.2. Procedencia.

6.- Reparación de los daños y perjuicios. La responsabilidad Civil derivada de los hechos de violencia familiar o doméstica. Rechazo de la demanda de daños por violencia. Jurisprudencia.

Fallo N° 57.

6.1.- Acogimiento de la demanda de daños por violencia. Jurisprudencia.

Fallo N° 58. Comentario:

a).- Razones que propugnan el rechazo de las demandas entre esposos aplicables a la violencia familiar y su rebatimiento.

b).- Momento para entablar la demanda por daños.

c).- Rubros indemnizables.

d).- Derecho comparado.

6.2.- Reclamo de daños de los hijos a los padres por violencia. Jurisprudencia.

Fallo N° 59

6.3.- Daños derivados del incesto. Jurisprudencia.

Fallo N° 60

- 6.4.- Del abandono como forma de violencia y el deber de responder.
- 6.5.- Las demandas de los hijos contra los padres.
- 6.6.- Evolución de la jurisprudencia extranjera.
- 6.7.- Conclusiones al tema de la responsabilidad por violencia doméstica.
- 6.8.- Daños producidos por el denunciante. Jurisprudencia.

VIOLENCIA FAMILIAR

INTRODUCCIÓN

La presente recopilación de sentencias está animada por el propósito de sintetizar la reacción legislativa, jurisprudencial y doctrinal sobre las cuestiones contenidas en la ley nacional de protección contra la violencia familiar 24.417¹, así como de las leyes provinciales, sin desconocer pese a los límites impuestos por la naturaleza de este trabajo, los importantes avances habidos en este campo en el derecho comparado.

El objetivo de esta síntesis es aportar de esta manera soluciones dadas por la jurisprudencia a las diversas cuestiones que plantea este flagelo social.

I.-VIOLENCIA EN GENERAL.

Para abordar satisfactoriamente el tema de la violencia familiar es necesario partir del concepto de violencia en términos generales, para luego sí avocarse a una de sus manifestaciones específicas que es la violencia doméstica.

La violencia ha adquirido una magnitud tal como fenómeno bio-social que algunos autores han comenzado a denominarla como una enfermedad o epidemia social² ya que adquiere el carácter de cronicidad, sea ésta transmitida biológica o culturalmente.

La violencia como expresión psicopatológica individual o colectiva es la preocupación de los finales del siglo XX y siglo XXI, como la depresión y la neurosis fueran el eje de los siglos precedente, siendo sin dudas la patología más extendida en nuestro mundo civilizado.

Jean Marie Domenach definió a la violencia como *“el uso de la fuerza, abierta u oculta, con el fin de obtener de un individuo o grupo de individuos algo que no quiere consentir libremente”*. Esta definición hace hincapié en el elemento subjetivo ya que describe a la violencia a partir del agresor y de su motivación.

¹ B.O., 3/1/95.Dec. Regl. 235/96; B.O., 8/3/96.

² Carranza Casares, Carlos A: “Aportes teóricos para la comprensión del maltrato infantil y familiar” en Revista de Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Nro. 17. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 2000. Cita a Frederik Goowin, Director del Departamento de Salud Mental del Instituto Nacional de la Salud. Pág. Ale.

Por su parte el investigador noruego Johan Galtung³ la define como *“algo evitable que obstaculiza la autorrealización humana”*.

Para que la violencia aparezca como respuesta frente a distintas situaciones de conflicto deben converger una multiplicidad de variables como factores neurobiológicos, psicológicos y socio culturales, ya que agresión y violencia no son sinónimos. En este sentido la agresión constituye una condición necesarias en nuestras vidas, sólo cuando ésta se pone al servicio de una intencionalidad dañosa, destructiva, la llamamos violencia y supone una profunda disfunción personal y social.⁴

Por estos motivos, la violencia no debe ser examinada y resuelta sólo en el sistema en el cual hace su aparición, sino que debe generarse una mirada de las instituciones en la sociedad histórica en virtud de estar éstas incluidas en un sistema social. O sea que, la violencia es una construcción social, no familiar o individual, ubicada dentro del sistema social concreto.

Por otro lado también podemos considerar a la conducta violenta en la sociedad como el fracaso en el proceso de socialización, entendiendo por tal, el aprendizaje de pautas que permitirán una adecuada y gratificante adaptación crítica al medio en que tendremos que vivir. Este aprendizaje depende de varios contextos de los cuales la familia es, sin duda, el primero en orden de aparición de importancia.⁵

1.- Violencia doméstica o familiar.

Cuando los actos de violencia a que hacíamos alusión recientemente se producen en el seno de la familia, se emplean indistintamente expresiones como *“violencia familiar”*, *“violencia en la familia”* o *“violencia doméstica”*, aunque hay

³ Carranza Casares, Carlos A: *“Aportes teóricos para la comprensión del maltrato infantil y familiar”*. Idem cita anterior.

⁴ Piaggio, Edgardo: *“Agresión , Violencia y Delito” ;“Maltrato y Violencia infanto-juvenil, aspectos jurídicos, pediátricos, psicológicos y sociales. Compiladores Esther Romano y Juan Carlos Fugaretta. Ed. Nuevo Pensamneto Judicial. Buenos Aires 1998.*

⁵ Trabajo seleccionado como relato oficial del III Congreso Argentino de Terapia Sistemática. Buenos Aires 1986. Dra, E. Fernández de Cingoni y otros *“La familia como contexto privilegiado para la prevención y asistencia de la violencia y la delincuencia juvenil”* en *Revista de Derecho de Familia* nro 2 , año 1989. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1989. Págs. 9 y ss.

autores⁶ que prefieren hablar de violencia familiar, por ser una acepción más amplia que el término violencia doméstica ya que no siempre se produce el maltrato que analizamos, en el domicilio o en el hogar donde se mora, sino en otros ámbitos.

En el *common law* algunos autores reservan la expresión “*domestic violence*” para describir la violencia en la pareja mientras que la expresión “*child abuse*” define la violencia ejercida en los niños.⁷

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

El término **doméstica** hace alusión a lo perteneciente a la casa o el hogar, lugar donde se desarrolla la familia, según el diccionario de la Real Academia Española.

También se ha definido a la violencia familiar como todo tipo de conductas abusivas de poder que obstaculizan, obstruyen o niegan el “*normal y pleno desarrollo personal del que está sujeto a ese tipo de violencia*”⁸.

Por nuestra parte, adherimos al concepto dado por el Consejo de Europa⁹, organismo que considera violenta “*toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psíquica o, incluso, la libertad de otro de los miembros de la misma familia que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad.*”¹⁰

⁶ De Urbano y Castrillo, Eduardo: “El alejamiento del agresor en los casos de violencia familiar” en Revista Jurídica Española. L.L. 2001-2-1631, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída en “Algunos aspectos procesales en leyes de violencia familiar.” Revista de Derecho Procesal 2002-1. “Derecho procesal de Familia. I.” Pág. 115

⁷ Diduck, Alison y Kaganas, Felicity: “Family Law, gender and the State”. Hart, Portland, 1999, caps. 9 y 10.

⁸ Lamberti, Silvio: “Régimen jurídico de la violencia familiar” por Silvio Lamberti y Aurora Sanchez. Cap. III. Pág. 64.

⁹ Consejo de Europa, Rec. Nro. R (85) 4, 26, 58, 1985.

¹⁰ Similar disposición contiene la “Ley contra la violencia a la mujer y la familia” N° 103 de Ecuador, la cual en su artículo 2 dispone que “*se considera violencia intrafamiliar toda acción u omisión que consista en maltrato físico, psicológico o sexual, ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del grupo familiar. Se ha dicho que en el origen de la violencia influyen factores sociales y en cuanto a su finalidad se trata fundamentalmente de agresiones instrumentales o compensadoras en las que el agresor es un sujeto que se siente maltratado por la sociedad que dirige su rabia y su fuerza contra el más débil en un intento de superar con esta conducta su frustración y su fracaso.*” Serrat More, Dolores; “Violencia doméstica y de género: aspectos médico legales”; en Aequalitas, Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; Octubre 1999; Aragón. Pág.

Respecto a los alcances de éste concepto, merecen destacar algunas innovaciones realizadas por la reciente ley pampeana de “Prevención y Protección contra la violencia doméstica y en la escuela”¹¹ la cual introduce dentro de su ámbito de aplicación a la violencia escolar¹², coincidiendo con la Dra. Kemelmajer en el sentido que si bien es loable la preocupación del legislador por prevenir y erradicar la violencia escolar, la misma es “*un fenómeno distinto al familiar y que merece distinto tratamiento.*”

La doctrina mayoritaria tiene en cuenta otro aspecto al momento de evaluar si una conducta encuadra en el concepto de violencia doméstica y es el requisito que la relación de abuso sea crónica, permanente o periódica, no estando incluidas en la definición las situaciones de maltrato infrecuentes o esporádicas.¹³

Nosotros, si bien compartimos lo que la doctrina y la jurisprudencia vienen sosteniendo al respecto, consideramos que hay hechos de tal envergadura y gravedad que sin necesidad de reiteración o cronicidad tipifican la situación familiar como violenta, ya que su repetición pondrá en peligro la vida misma de la víctima, no siendo en consecuencia, las características antes referidas requisitos *sine qua non* de la admisibilidad de la denuncia.

Podemos decir por último respecto al concepto que analizamos, que las definiciones legales dadas se adaptaran al sentido que para cada una de las legislaciones tenga ésta problemática social, encontrándose en consecuencia el concepto condicionado por la época de la sanción de la norma, la finalidad por ella perseguida, el lugar y los actores que sean considerados.

1.1.- La problemática que presenta la violencia doméstica.

En las últimas décadas, la sociedad está particularmente interesada en prevenir y tratar los actos de violencia que se producen en el seno de la familia. Por

¹¹ Ley de Prevención y Protección contra la violencia doméstica y en la escuela N° 1918 sancionada el día 1 de julio de 2001.

¹² Ley 1918, art. 3. “...**Violencia Escolar:** Quedarán asimismo comprendidas en los alcances de esta ley, las conductas de maltrato, intimidación, agresión o violencia entre niños, niñas y adolescentes, en establecimientos educacionales o en los itinerarios o momentos inmediatamente anteriores al ingreso o posteriores al egreso de los mismos, siempre que no configuren delitos que generen, de oficio, la promoción de acciones penales.”

¹³ Corsi, Jorge: “Algunas cuestiones básicas sobre violencia familiar” en Revista de Derecho de familia nro. 4, año 1990. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1990. Pag. 7.

esta razón el Estado ponen especial interés en detectar funcionamientos deficientes que pongan en peligro los fines de la organización familiar.¹⁴

El maltrato infantil y marital constituyen unas de las más serias disfunciones de la familia, ya que no sólo le impiden cumplir con el cometido que le es propio, sino que la transforman en un sistema desintegrador de los miembros que la componen.

La violencia doméstica es un modo patológico de comunicación humana instalado en la familia, la que pensada como un sistema, no funciona adecuadamente. En ella se producen constantemente comportamientos que comunican el rechazo y la descalificación del otro, y aún la desconfirmación (cuando el otro es “invisible”)¹⁵; siendo éste comportamiento “crónico, permanente y periódico”¹⁶.

Si bien como dijéramos anteriormente, la agresión es un mecanismo necesario para la supervivencia, la familia tiene el desafío de controlar la agresión entre sus miembros con la finalidad de evitar su destrucción a través de la palabra hablada, la cual evita, por su carácter regulador y mediador, la transformación de la agresividad en violencia.¹⁷ (esta afirmación no implica lógicamente excluir la violencia a través de las palabras.)

Pero no todas las veces se logra controlar la agresión, ni todas las familias lo consiguen, pudiendo producirse malos tratos en situaciones de crisis. Pero la preocupación nuestra se centrará en las familias crónicamente violentas, las que basadas en creencias destructivas se comunican mediante comportamientos también destructivos en virtud de estar en ellas instalada la violencia.

Las tensiones externas e internas que amenazan el bienestar de la familia o su existencia misma, generan situaciones de estrés. Cuando los mecanismos naturales de control fallan (solución directa del problema o búsqueda de apoyo en el tejido social) se desencadena la reacción agresiva, como una manera de calmar la emoción de la crisis. En las familias que no poseen medios para resolver

¹⁴ Grosman, Cecilia Paulina y Mesterman, Silvia: “Violencia Familiar” en Enciclopedia de Derecho de Familia. T^oIII. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994. Págs. 859 y ss.

¹⁵ Conf. Watzlawik: “Teoría de la comunicación humana”. Ed. Tiempo Contemporáneo. Bs. As. 1973 (“La comunicación patológica”) Cap. 3. Pág. 73.

¹⁶ Lamberti... op cit. Citando a Corsi. Pág. 64.

¹⁷ Barudy, Jorge :“El dolor invisible de la infancia.” Ed. Paidós. España. 1998, Pág. 127.

directamente éstos problemas o para buscar apoyo en el tejido social, la reacción agresiva es un mecanismo permanente¹⁸.

Estas últimas son las familias crónicamente violentas o abusivas a que hacíamos alusión recientemente denominadas también “*familias transgeneracionalmente patológicas*”.

1.2.- Introducción o intromisión de lo público en lo privado.

La cotidianeidad de la violencia en diversos ámbitos (social, político, económico y familiar) nos acostumbra y por consiguiente la torna invisible.

El tratamiento de la violencia familiar como novedad científica y legal puede situarse en la década del 70, pero para que surgiera este reconocimiento debió producirse un cambio en el imaginario social respecto de la familia: ésta debió dejar de ser un reducto privado.¹⁹

Cuando la violencia doméstica comenzó a percibirse como un grave problema social que requiere la atención del gobierno y la consecuente intervención estatal, pudieron superarse ciertas ideas arraigadas acerca de la privacidad, a través de las cuales se toleraba y ocultaba la violencia acaecida en el seno de la familia.

Factores como la nueva posición de la mujer dentro de la sociedad y la consideración del niño como sujeto de derecho, han contribuido al reconocimiento de éste flagelo.

La criminología crítica fue la ciencia que hizo avanzar el pensamiento sobre las formas del control social y fue con la victimología, creada desde el tronco de la misma criminología, que aparece el interés por la víctima de los delitos, internándose en lo privado para encontrar al damnificado por la violencia doméstica.

Se produce de esta manera el surgimiento de una interrelación entre lo público y lo privado, ya que la familia es considerada el templo que se opone a los desbordes del afuera, es un baluarte frente al control del Estado, es límite y salvaguarda del derecho individual, pero como bien decíamos la criminología ha

¹⁸ Barudy, Jorge. op cit. Pág. 75/76.

¹⁹Wilde, Zulema: “Violencia Familiar.” en “Maltrato y Violencia Infanto-Junevil. Aspectos jurídicos, pediátricos, psicológicos y sociales” Compiladores Romano, Esther y Fugaretta, Juan C. Ed. Nuevo Pensamiento Judicial. Buenos Aires 1998. Págs.

demostrado que es en ese terreno de lo familiar, del adentro de las paredes de la casa, donde tienen lugar las violaciones de los derechos de sus integrantes.²⁰

La injerencia del derecho a través del control social institucionalizado se ejerce desde “el afuera” hacia la estructura familiar, develando la existencia de modelos y sistemas de autoridad patriarcal que hasta hace poco aparecían encubiertos.

Por otro lado, si bien el Estado debe erigirse en el garante del respeto a la vida privada y familiar, la intervención de él es legítima cuando responde a la necesidad social de proteger la salud física y psicológica de los integrantes del grupo familiar.

Ahora bien, también deben tenerse en cuenta otras razones para dejar de considerar a ésta problemática como una situación o conflicto privado, como son las siguientes:

a).- Las personas sometidas a situaciones crónicas de violencia dentro del hogar presentan una debilitación gradual de sus defensas físicas y psíquicas lo que se traduce en un incremento de los problemas en la salud.

Un estudio realizado por la *Organización Panamericana de la Salud (OPS)* de 1993, titulado “*La violencia contra las mujeres y las niñas: análisis y propuestas desde la perspectiva la salud pública*”, remarcó que los intentos de suicidio son doce veces más frecuentes entre las mujeres que son víctimas de agresiones que entre las demás, que las mujeres golpeadas tienen mayor riesgo de caer en el consumo de alcohol y drogas y en estados depresivos.²¹

b).- También disminuye el rendimiento laboral y de esta manera decrece la productividad.

Según un informe del *Banco Interamericano de Desarrollo (BID)* uno de cada cinco días de ausencia en el trabajo responde a problemas de salud derivados de la violencia familiar.²²

²⁰ Mosquera Rial, Ana Maria: “Cuerpos marcados. Violencia doméstica. Una aproximación desde la ley penal uruguaya.” Revista de la Facultad de Derecho. Nro. 17. Montevideo enero 2000.

²¹ Cadoche, Sara Noemí: “Temas Especiales de violencia en relación a la mujer” en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. pág. 72.

²² Cadoche, Sara Noemí: “Temas Especiales de violencia en relación a la mujer” en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. pág. 72. La Dra. Cadoche hace referencia a una nota de Celina Locket, asistente social del Equipo Interdisciplinario de Violencia Familiar de la Provincia de Santa Fe, realizada en el Litoral del 11-2-2000. Del informe del BID referenciado también surge que los costos para atención de la salud por violencia en el hogar

El mismo informe de OPS de 1993 destacó el impacto sociológico, deteriorante de la autoestima, que provoca la violencia doméstica, el cual disminuye la capacidad de obrar por sí mismas, generando sentimientos de incompetencia, facilitando la depresión y provocando personalidades desarticuladas e inseguras.²³

c).- Los niños que aprenden en sus hogares modelos de relaciones violentas, tienden a reproducirlos en sus futuras relaciones, perpetuándose el problema.

Como vemos, el problema de la violencia familiar no puede ser entendido como una cuestión privada, ya que nadie se atrevería a negar que la educación, la salud, el trabajo y la seguridad son cuestiones públicas y comunitarias.²⁴

1.3.- Los mitos en torno a la violencia familiar.

A lo largo del tiempo se fueron construyendo numerosos mitos que intentan ocultar, explicar o justificar la violencia doméstica.

Los mitos instituidos en una sociedad son cristalizaciones de significación que operan como organizadores de sentidos en el actuar, pensar y sentir de los miembros que conforman esa sociedad.²⁵

En este sentido, los mitos son construcciones sociales que prescriben patrones de conducta, conforman valores y ofician de soporte de lo instituido, favoreciendo la repetición.

superan los costos de enfermedades del corazón, cáncer y sida juntos. Esta reflexión aclara la esencial importancia que para la preservación de la salud tiene la afectación de fondos para la prevención de la violencia familiar.

En 1996, la 49ª Asamblea Mundial de la Salud declaró que la violencia es una prioridad de la salud pública.

En Argentina, por resolución del Ministerio de Salud de la Nación 35/93 se creó el Programa de Lucha contra la Violencia Intrafamiliar. Dentro de este programa, y en el marco de un proyecto colaborativo junto a Paraguay, Venezuela, República Dominicana y México financiado por el BID a partir de noviembre de 1997, se puso en experimentación en la provincia de Mendoza un trabajo para establecer perfiles epidemiológicos respecto a la violencia contra la mujer y los niños, a fin de implementar intervenciones eficientes.

²³ Cadoche, Sara Noemí: "Temas Especiales de violencia en relación a la mujer" en "Violencia familiar" dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. pág. 72.

²⁴ Corsi, Jorge: "Algunas cuestiones básicas sobre violencia familiar", op. cit. Pág. 8.

²⁵ Centro Municipal de la Mujer. "Violencia contra las mujeres y políticas públicas. Tendiendo un puente entre la teoría y la práctica." Editora Marcela V. Rodriguez. Campaña de las Naciones Unidas por los derechos de las Mujeres. Buenos Aires, enero 2001. Pág. 59

Por eso, al ser creencias erróneas que la mayoría de la gente acepta como verdaderas es necesario revisarlos para poder comprender la realidad del fenómeno que analizamos.

Los mitos que más habitualmente se presentan pueden resumirse entre los siguientes:

- **A la mujer víctima de violencia le gusta “ser victimizada”,** por eso se queda en ese vínculo o establece otros iguales o similares. La víctima tiene un fondo masoquista.

- **La víctima tiende a priorizar el bienestar económico** a su bienestar físico y/o emocional y se queda en el vínculo por comodidad.

- **Los casos de violencia doméstica son aislados, escasos;** no representan un problema grave.

- **Los casos de violencia ocurren en familias marginales,** clases sociales carenciadas, estratos sociales inferiores que no poseen educación.

- **Hay amores que matan.**

- **La víctima algo hizo para provocar la agresión.**²⁶

- **La violencia es producto del alcohol y/o las drogas.**

- **Las personas violentas padecen algún tipo de enfermedad mental.**

- **La violencia es producto de la pobreza, el subdesarrollo o el desempleo.**

Con la finalidad de clarificar los mitos recién enunciados, analizaremos algunos datos precisos que los hacen aparecer como falsos e irrelevante de significación.

En este sentido, las mujeres que están en un vínculo violento no reconocen la problemática en la que se encuentran, considerándola en muchos caso natural o normal ya que desconocen la existencia de otras formas vinculares, posibilitando esta situación un rol pasivo o sumiso.

Por otro lado, no existe ningún indicio que evidencie signos masoquistas en la psiquis de estas mujeres ni caso de acuerdos masoquistas, sino que en la mayoría de los casos la mujer no puede escapar a la situación por una cantidad de

²⁶ Rivero, María Rosa: “Maltrato hacia los ancianos” en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. pág. 293.

razones de índole emocional, social y económico, que nada tienen que ver con el experimentar placer o gozo de la situación que vive.²⁷

El consumo de drogas y/o alcohol puede favorecer la emergencia de la violencia o funcionar en muchos casos como factor agravante, pero no son la causa de ella.²⁸ Si bien no existen datos acerca de la injerencia del consumo de estas sustancias en relación con la violencia intrafamiliar, la mayoría de las agresiones ocurren cuando la persona está sobria, así como también es cierto que muchas personas que mantienen relaciones familiares abusivas no son adictas.

Si vemos a la violencia como fruto de una enfermedad mental, el maltratante estaría respondiendo a algún tipo de patología psiquiátrica la cual podría ser diagnosticada y medicada, pero en la realidad de los casos las personas violentas obtienen sin ningún problema diagnósticos positivos en sus exámenes respecto de su salud mental. Por otro lado los estudios realizados²⁹ demuestran que menos del 10 % de los casos de violencia doméstica son ocasionados por trastornos psicopatológicos de los miembros de la familia.

El hecho de que la violencia afecte a personas de todos los niveles económicos descarta directamente el mito de que la violencia es producto de la pobreza o del desempleo, sin perjuicio de ello, éstos últimos son factores que influyen obviamente en el sistema familiar de manera negativa.

También debe tenerse en cuenta que los mayores ingresos del grupo familiar hacen que existan mayores recursos para mantener éste fenómeno oculto.

El miedo, el aislamiento social y las propias estrategias de tolerancia que las víctimas arman para ocultar su situación es el mayor obstáculo en beneficio de la salud. La comodidad argumentada en el mito forma parte del no reconocimiento del trabajo invisible o doméstico.

Esta violencia afecta a familias formadas por personas de diversas edades, sin distinción cultural ni racial alguna, atravesando todos los estratos sociales sin distinción.

²⁷ Ver Gelles, R.: "Abused wives; why do they stay?" ("Journal of Marriage and the family", N° 38, Págs. 659, 668).

²⁸ Corsi, Jorge: "Algunas cuestiones básicas sobre violencia familiar" en Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Nro. 4 .Año 1990. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1990. Pág. 12.

²⁹ Corsi, Jorge: op. cit. Pág. 12.

En este sentido, las estadísticas corroboran la incidencia de este problema en familias de todo el mundo, así en Canadá durante el año 1984 entre 40.000 y 50.000 mujeres denunciaron algún tipo de abuso físico o mental, en Inglaterra cada año 50.000 mujeres son golpeadas y una de cada cuatro refiere experiencias de violencia doméstica, finalmente en nuestro país en el año 1995 hubo 1009 denuncias en los términos de la ley 24.417; en 1996 el número ascendió a 1701; en 1997 a 1820; en 1998 y 1999 se registraron más de 2160 denuncias.³⁰

1.4.-¿ Por qué la violencia? Perspectivas teórica acerca de las causas de la violencia familiar.

La problemática de la violencia familiar está atravesada por múltiples causas, ocasionando la ausencia de una teoría explicatoria unificada y comúnmente aceptada, la fragmentación de las estrategias de intervención que puedan llegar a elaborarse, siendo por lo tanto menos efectivas.

Las distintas formas de abordaje o perspectivas teóricas que se han desarrollado hasta el momento sólo aportan algunas explicaciones inacabadas e hipotéticas, siendo necesario analizar éstas últimas así como las soluciones brindadas por ellas, con la finalidad de obtener una intervención más adecuada, a cuyo fin presentaremos una breve descripción de éstas teorías:

a) Modelo psiquiátrico o individual.

Según sostiene Ana María Gutiérrez³¹ el enfoque psiquiátrico entiende que las causas de la violencia están ligadas a la persona del sujeto agresor, siendo la conducta agresiva una conducta patológica de una persona psíquicamente perturbada.

Este enfoque supone que no existirán determinantes externos en el proceder agresivo o violento, sino más bien su facilitación. En este sentido, no contempla los aspectos culturales, sociales ó económicos y analiza la violencia como una problemática individual.

³⁰ De acuerdo con los datos suministrados por el Centro de Informática Judicial de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil.

³¹ Gutiérrez, Ana María."Relaciones posibles e imposibles. Sistematización de un programa de intervención en violencia doméstica." Creación colectiva, Casa de la Mujer, Santiago de Chile, 1994.

Se ha señalado con acierto³² que la deficiencia principal de este modelo es su rigidez e inconsistencia ya que no explica la mayoría de las situaciones de violencia y avalaría además, el mito de que la víctima provoca la situación.

Este criterio también ha sido criticado por pretender ocultar la verdadera magnitud del problema ya que, al presentar al maltrato como la consecuencia de una anomalía psicológica éste, por lo tanto, afectaría únicamente a una íntima minoría.³³

b) Modelo psico-social

Este tipo de modelo se basa en el análisis de variables personales y de algunos factores sociales como determinantes de ciertas conductas agresivas. Asimismo, relaciona la violencia que las personas han sufrido en sus familias de origen con la violencia que luego sufren y actúan en sus relaciones de pareja.

Este análisis parte de considerar que los modelos agresivos observados son luego repetidos ya que se trata de aprendizajes por imitación y por el resultado. Es decir que la agresión constituye, para esta postura, un medio por el cual el agresor quiere obtener ciertos resultados.

En éste sentido, el modelo incluye diversos esquemas teóricos:

1) La agresión es el resultado de cierta interacción entre los cónyuges que, tratándose de formas de comunicación, conducen a los estallidos de violencia. De esta manera el maltrato asume el carácter de síntoma de una dinámica distorsionada.

2) La relación estrecha entre la violencia que los protagonistas vivieron durante la infancia y la sufrida en la relación conyugal. Con éstos alcances señala Gelles³⁴ que si un individuo aprende que la violencia constituye un comportamiento apropiado frente a la frustración o a la irritación, la agresión se convertirá en el modo de adaptación al stress.

c) Modelo sociocultural

³² Centro Municipal de la Mujer. "Violencia contra las mujeres y políticas públicas. Tendiendo un puente entre la teoría y la práctica." op.cít. Pág. 53.

³³ Lau, Susanne y otros: "Agressions opfer Frau Körperliche und Seelische Misshandlung in der Ehe." Ed. Rowohlt, Hamburgo, 1979, citada por Grosman, mesterman y Adamo en "Violencia en la familia. Relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos." Op. cit.

³⁴ Gelles R.: " The violent home" Beverly Hills,USA. 1972. Pág.

Para esta teoría la violencia es el resultado de las dinámicas y estructuras de la sociedad global, que se constituyen por desigualdades en las relaciones socioculturales, tomando como variables socioeconómicas, la distribución del poder dentro de la sociedad y la familia, la violencia política e institucional, etc.

Esta teoría entiende que la violencia en el ámbito familiar no puede ser adecuadamente comprendida a menos que se tengan en cuenta las diferentes variables de la estructura social, los roles y expectativas sociales, partiendo de la premisa de que la violencia de la sociedad es un presupuesto de la acaecida en el ámbito doméstico.

La crítica que se le hace a este modelo es que no es autosuficiente al momento de explicar la violencia familiar.

d) Modelo ecológico.

Este modelo está integrado por diferentes niveles de análisis a fin de explicar la violencia doméstica, los cuales son:

Nivel del macrosistema: tiene en cuenta el contexto más amplio de organización social, sistema de creencias, formas de vida, concepciones culturales, sistema económico, político, etc.

Nivel del exosistema: es el segundo nivel y se integra por la comunidad más próxima, compuesta por las instituciones intermedias (la escuela, la comisaría, las asociaciones barriales, el cura o pastor, las instituciones recreativas, etc.) que actúan como mediadoras entre el nivel de la cultura y el individuo.

Nivel del microsistema: toma en cuenta elementos estructurales de la familia, los patrones de interacción familiar y las historias personales de sus miembros ya que, generalmente en las familias violentas, se estructuran de forma autoritaria y la distribución del poder se ordena a través de estereotipos culturales.

Nivel individual: en éste nivel se tiene en cuenta cuatro dimensiones psicológicas que son interdependientes³⁵, las cuales describiremos brevemente:

- Dimensión cognitiva: comprende las estructuras y los esquemas cognitivos, las formas de percibir y conceptualizar el mundo que configuran el paradigma o estilo cognitivo de la persona.

³⁵ Corsi, Jorge.:“Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar” en “Violencia Familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social”. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1997. Pág.

- Dimensión conductual: abarca el repertorio de comportamientos a partir de los cuales una persona se relaciona con el mundo.

- Dimensión psicodinámica: hace referencia a la dinámica intrapsíquica, en sus distintos niveles de profundidad, desde emociones, ansiedades y conflictos conscientes hasta manifestaciones del psiquismo inconsciente.

- Dimensión interaccional: alude a pautas de relación y comunicación interpersonal.

Habiendo analizado muy brevemente las diferentes teorías y niveles, enfoques, ideologías o paradigmas asumidos frente a la problemática de la violencia que nos ocupa, vemos que en la actualidad ninguno de los modelos teóricos descritos pueden dar cuenta comprehensivamente de todas las dimensiones del fenómeno de la violencia dentro del ámbito familiar.

Esto se debe, entre otras cosas, a la complejidad de la temática en sí misma, a la multicausalidad de los factores que la producen (culturales, históricos, sociales, individuales, vinculares y económicos), al impacto que la práctica produce en los equipos interdisciplinarios que abordan la temática, a las transformaciones continuas de la demanda y las características de la sociedad actual que se observan a partir de cambios socioeconómicos, mayor tratamiento de la temática en medios de difusión, incremento de los servicios de atención específica y modificaciones en el imaginario social.

Sin perjuicio de las dificultades que encontramos a la hora de indagar la etiología de la violencia en la familia, creemos que no deben menospreciarse los grandes avances alcanzados en las últimas décadas ya que a través de éstos últimos se han superado varios de los muchos escollos que presenta esta problemática social.

II.- MALTRATO INFANTIL. Su contexto y consecuencias.

El hombre es el ser viviente que nace más inmaduro y que necesita mayor tiempo de maduración, lo que le da un mayor tiempo de indefensión y de dependencia de los demás para subsistir y desarrollarse. Durante ese largo tiempo de maduración *“está en el mundo”*, y la convivencia con otros hombres condiciona

sus potencialidades biológicas, psicológicas y sociales, y se va formando su “ser social.”³⁶

A su vez, *“las lecciones emocionales que aprendemos de niños en casa, y en la escuela dan forma a los circuitos emocionales haciéndonos más expertos –o ineptos- en la base de la inteligencia emocional... la infancia y la adolescencia son ventanas críticas de oportunidad para fijar hábitos esenciales que gobernarán nuestra vida.”*³⁷

Sea que el origen de la persona social se considere exclusivamente un mecanismo psicológico (Sigmund Freud) o un mecanismo también social adquirido en la convivencia humana mediante la “comunicación” (George H. Mead), lo cierto es que la familia juega un papel primordial.³⁸

La familia es un agrupamiento social “parental” que satisface necesidades o fines comunes a sus miembros y que condiciona al hombre desde el nacimiento, en sus hábitos y en sus pautas sociales por la mera interacción³⁹. Cada miembro ocupa una determinada posición (*status*) dentro del grupo, lo que implica derechos y obligaciones. Esa posición, en términos jurídicos, se denomina estado de familia, y los derechos y obligaciones de los padres respecto de sus hijos menores se denomina patria potestad.

En la familia, los padres mediante el ejercicio del poder que les da su posición de autoridad, van formando al niño en sus creencias y en sus conductas familiares.

La violencia doméstica ha sido caracterizada, como analizamos en el acápite precedente, como un desequilibrio de poder dentro de la familia y el ejercicio de poder que puede considerarse violencia es el que tiende a la destrucción *“como vehículo para conseguir el disciplinamiento a la obediencia”*⁴⁰. No se trata de un simple maltrato (tratar mal) sino de un maltrato que implica *“la negación del otro que lleva a su destrucción en el esfuerzo por obtener su obediencia y sometimiento”*⁴¹.

³⁶ Agulla, Jorge: “La promesa de la sociología”. Ed. Belgrano. 1985. Pág. 144

³⁷ Goleman, Daniel: “La inteligencia emocional. Por qué es más importante que el cociente intelectual.” Ed. Vergara. Buenos Aires. 1995. pág. 18.

³⁸ Agulla, Jorge. op cit. Pág. 144.

³⁹ Agulla, Jorge. op cit. Pág. 191.

⁴⁰ Lamberti- Sanchez-Viar. “Violencia Familiar y abuso sexual” Editorial Universidad, Buenos Aires 1998. Pág. 33.

⁴¹ Lamberti... op cit citando a Maturana, pág. 33. y conf. Hirigoyen, Marie France. “El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana.” Ed Paidós. Buenos Aires. 1999. Pág. 37.

La violencia familiar comprende todo tipo de conductas abusivas de poder, que obstaculizan, obstruyen o niegan un *“normal y pleno desarrollo personal, del que está sujeto a ese tipo de violencia”*⁴². Así, la perturbación emocional constante puede crear carencias en las capacidades intelectuales de un niño, deteriorando la capacidad de aprender y generándole un mayor riesgo de padecer problemas de fracaso académico, alcoholismo y criminalidad.⁴³

En las familias violentas, se cercena la autonomía y se abusa de la posición de poder que detentan sus miembros a partir de una *“violencia ideológica”*. Su base se encuentra en una ideología transmitida de generación en generación, de desigualdad jerárquica fija en función de género: el hombre es superior a la mujer, y por ende tiene mayor poder, los hijos son propiedad de los padres y se espera de ellos obediencia total, los padres tienen poder de corrección sobre los hijos *“con el propósito de disciplinarlos y educarlos, por consiguiente pueden hacer uso de todo tipo de castigos, incluido el corporal, con el objeto de cumplir tales fines”*. El abuso llega como efecto de la frustración, para lograr obediencia, y para reafirmar el lugar de poder⁴⁴.

Las creencias son verdades a defender a cualquier precio. La *“violencia ideológica”* en estas familias es el resultado de creencias destructoras que impiden la utilización adecuada de los mecanismos de control de la agresividad. Respecto de los niños, descansa en la creencia de derechos absolutos sobre ellos.

Las víctimas no sólo reciben malos tratos, sino que además *“se les obliga a adoptar la ideología que lo justifica... Toda situación de violencia ideológica implica un proceso altamente traumático para la víctima, pero además un proceso de “lavado de cerebro” a través del cual, el adulto, manipulando la dependencia del niño, le impone un conjunto de valores y representaciones del mundo que banalizan sus gestos maltratantes o abusivos”*⁴⁵.

*“Cuando la relación humana se aparte del amor en pro de una dedicación al poder por el poder mismo, y a la crueldad y destrucción del compañero, esto es **perversión**”*⁴⁶.

⁴² Lamberti... Op cit. (*“Régimen jurídico de la Violencia Familiar”* por Silvio Lamberti y Aurora Sanchez) Cap. III. Pág. 64.

⁴³ Goleman Daniel. op cit. Pág. 47.

⁴⁴ Grossman-Mesterman. op cit. Pág. 61/75.

⁴⁵ Barudy, Jorge: op cit. Pág. 125/127.

⁴⁶ Ackerman: *“Diagnostico y tratamiento de las relaciones familiares. Psicodinamismos de la vida familiar”*. Ed. Hormé. Bs.As. 1974. Pág. 295.

Las personas incorporan pautas de adaptación social interpersonal, según los *“tipos de infancia que han conocido y los cuidados paternos y maternos que recibieron”*⁴⁷. La familia puede actuar en beneficio o en perjuicio de sus niños: *“cuando se transmiten prácticas y normas de cuidado y responsabilidad hacia uno mismo y hacia los otros, cuando lo que se transmite es la carencia y la vulnerabilidad”*⁴⁸. Con éstos alcances, el niño puede internalizar el conflicto y desarrollar una forma estructurada de psicopatología⁴⁹.

En las familias crónicamente violentas, se van formando futuros adultos crónicamente violentos, el niño aprende a utilizar la violencia. En el análisis de la experiencia de los padres violentos (maltratadores físicos y/o psicológicos, abusadores sexuales, abandonicos) puede observarse, que padecieron estos mismos tipos de traumatismos⁵⁰. Las familias violentas tienden a estar constituidas por personas criadas en una forma violenta y *“a menudo han sido víctimas de violencia en su infancia”*⁵¹.

Esto no significa que, en todos los casos, las víctimas serán padres violentos en el futuro ya que la experiencia no se transmite como una “fotocopia”. Es posible que en el camino puedan encontrar el apoyo adecuado que los lleve a adoptar otro modelo de resolución pacífica de los conflictos, sea en la familia ampliada o en el tejido social,⁵² y es ahí donde deben enfocarse los esfuerzos de nuestra labor.

1.1. La socialización familiar destructiva. Las formas de la violencia.

La violencia familiar produce daño físico y también daño psicológico, ello por los mensajes profundamente destructores para la psique del niño que ella implica, y a la vez incorpora en el adulto sobreviviente, pautas de conducta y hábitos de comportamiento destructivos.

⁴⁷ Ackerman, Op cit. Pp 291. Huber, Gunter K.M. “Stress y conflictos. Métodos de superación.” Ed. Paraninfo. Madrid. 1980. Pp 148 (ver Ámbitos de conflictos 4: La Familia” Págs. 145/157).

⁴⁸ Jelin, Elizabeth. “Pan y afectos. La transformación de las familias.” Fondo de Cultura Económica SA. Buenos Aires, 1998. Cap. 6. Familia y Políticas públicas. Págs. 129/135.

⁴⁹ Ackerman, op cit. Pág. 248.

⁵⁰ Barudy, Jorge. op cit. Pág. 130.

⁵¹ Jelin, Elizabeth. op cit. Pág. 129/135.

⁵² Barudy Jorge, op cit. Pág. 133.

En el caso concreto del maltrato infantil , Kempe⁵³ logra –después de varios intentos fallidos- que sea aceptado el Síndrome del Niño apaleado en 1964. Los niños son víctimas de malos tratos desde los inicios de nuestra historia, pero en ese momento histórico se produce su reconocimiento. Sin embargo al hablar de malos tratos se habla exclusivamente del maltrato físico, refiriéndose a los golpes, quemaduras....antes diagnosticados como accidentes domésticos hasta que posteriormente, en los 70', se incluye la negligencia, el abuso sexual y el maltrato emocional.

“El síndrome del niño maltratado es una expresión de la disfunción familiar y social que altera el normal crecimiento del niño y adolescente e impide su inserción social, es clásicamente una enfermedad de adultos que encuentra expresión en el niño”⁵⁴.

La familia es el primer agente socializador, y las familias violentas realizan una socialización destructiva en el niño, cuyas consecuencias en el adulto pueden traducirse en una inadecuación social. Por otra parte, a su vez, ese adulto no estará capacitado como padre para formar adecuadamente a sus propios hijos.

En el extremo, podemos considerar que algunas familias violentas pueden convertir a sus hijos en *“sociópatas”* (según la definición de PATRIDGE, debido a la internalización de distorsiones específicas en las relaciones sociales⁵⁵).

La *sociopatía* o psicopatía es un trastorno de la conducta, caracterizado por la falta de respeto por los derechos de los otros, la falta de verdaderos sentimientos de culpa, y por una conducta sexual desviada, implicando *“una ofensa a los ideales de la sociedad”⁵⁶.*

Estas personas no han desarrollado nunca su capacidad de sentirse humanas, ni de respetar la humanidad en los otros, o se ha dañado esa capacidad en el curso de su desarrollo, ello se correlaciona con su pertenencia a una estructura familiar de configuración semejante, con *“motivaciones de poderío destructivo en las relaciones humanas”⁵⁷.*

⁵³ Bringiotti, María Inés: “Violencia familiar y maltrato infantil hoy en la Argentina” en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. pág. 62.

⁵⁴ Machado Oscar A.: “Síntesis forense 89”. año 2000. Colegio de Abogados de San isidro. Pp 38 (“La pediatría ante el maltrato infantil. Síndrome del niño maltratado”).

⁵⁵ Ackerman, Op cit. Pp 291.

⁵⁶ Ackerman. Op cit. Pp 291.

⁵⁷ Ackerman, op cít. P. 294.

La violencia familiar puede asumir variadas formas, pudiendo tipificarse como maltrato activo y pasivo comprensivo de la fuerza física y emocional, el abuso sexual, el abandono y la negligencia. En todos los casos debe considerarse “intencional”⁵⁸.

El maltrato activo consiste en el “uso de la fuerza física, sexual y/o psicológica, que por su intensidad y frecuencia provocan daños”, mientras que el maltrato pasivo, está constituido por la omisión de lo necesario para asegurar el bienestar del niño⁵⁹.

Hay signos que presentan los niños objetos de maltrato físico como son la versión contradictoria entre el relato de los padres y las lesiones que presenta, hematomas inexplicables, cicatrices, marcas de quemaduras, fracturas, marcas de mordeduras de la medida de un adulto que permiten inferir que los menores son objeto de abuso físico.

El maltrato físico de niños no se asocia a ningún grupo étnico, sino que se manifiesta en todas las clases sociales, religiosas y culturales. No hay una situación específica que determina la violencia familiar, sino un conjunto de factores como la baja autoestima, necesidad de control sobre el entorno y sentimientos de inferioridad que predisponen a que ocurra.

Los niños que han sido maltratados, necesitan ayuda psicológica para no repetir el esquema de abuso a otras personas.

En general, el contexto relacional familiar se caracteriza por una gran distancia (física, emocional y/o intelectual), o por una gran proximidad, derivada de la creencia de la propiedad exclusiva sobre el hijo, lo que impide en todos los supuestos el respeto del niño como sujeto.

El mensaje maltratador de la fuerza física (transmitido por golpes, quemaduras, etc) se produce en un contexto “a menudo imprevisible, provocando en la víctima una “carrera moral” caracterizada por el aprendizaje forzado a través del terror, la impotencia o la sumisión”⁶⁰. Así el niño va aprendiendo la creencia familiar destructiva: la violencia resulta eficaz a los efectos educativos (“una buena corrección no le ha hecho mal a nadie”), o resulta eficaz como defensa, considerándose a los hijos una amenaza (por las propias vivencias), o resulta eficaz

⁵⁸ Grossman-Mesterman. op cit. Pp 41/42.

⁵⁹ Barudy, Jorge. Op cit. Pp 35/40.

⁶⁰ Barudy, Jorge. Op cit. Pp 36.

como venganza, y puede vengarse sobre los hijos, los sufrimientos padecidos en la propia infancia⁶¹. *El hijo es propiedad de los padres.*

En este sentido, la violencia física puede terminar en un adulto con trastornos de comportamiento, un adolescente violento, un padre violento y un cónyuge violento.

El maltrato psicológico, corresponde a otro tipo de maltrato activo. La Convención Internacional de los Derechos del Niño, considera como maltrato psicológico *“la violencia verbal, comportamientos sádicos y despreciativos, repulsa afectiva, exigencias excesivas o desproporcionadas en relación con la edad del niño, las consignas e inyecciones educativas contradictorias o imposibles”*⁶².

El niño es agredido *“a través de palabras que lo humillan, lo denigran o lo rechazan, o por un ambiente relacional caracterizado por gestos insistentes que comunican confusión, aislamiento, fusión y/o corrupción”*⁶³.

Los padres no pueden matar el cuerpo del niño, pero procuran que no sea nadie y lo anulan psíquicamente: *“No hay rastro, no hay sangre, no hay cadáver. El muerto está vivo y todo es normal”*⁶⁴.

Obsérvese que no se trata de una simple pauta inadecuada de comportamiento familiar, sino de una pauta destructiva. *“Los niños están permanentemente aterrorizados, regañados o rechazados”*⁶⁵. También aparece en la forma de constante bloqueo de las iniciativas infantiles por parte de algún miembro de la familia

Algunos indicios de abuso emocional suelen ser la extremada falta de confianza en sí mismo, la exagerada necesidad de ganar o sobresalir o la extrema agresividad o pasividad en el niño.

Los padres muchas veces abusan emocionalmente de sus hijos basados en buenas intenciones, como por ejemplo cuando quieren que sobresalgan en el colegio, en el deporte o en la vida social. Pero a partir de esas buenas intenciones pueden presionarlos o avergonzarlos al punto de crearles un sufrimiento emocional crónico.

⁶¹ Barudy, Jorge. Op cit. Pp 135.

⁶² Hirigoyen, Marie France: “El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana”, Ed..Paidós. Buenos Aires. 1999. Pp 37.

⁶³ Barudy, Jorge. Op cit. Pp 37.

⁶⁴ Hirigoyen, Marie France. Op cit. Pp. 44.

⁶⁵ Grossman-Mesterman. Op cit. Pp 42.

El abandono emocional se logra desde un lugar pasivo, sin brindar afecto, apoyo y valoración que todo niño necesita para crecer psicológicamente sano. Se refiere a la falta de respuesta a las necesidades de contacto afectivo del niño y constante indiferencia a los estados anímicos del mismo.

La violencia emocional es una forma sutil pero corriente, y es muy difícil para la víctima reconocerse como tal. Puede también asimismo, enmascarar una forma de abandono, ya que algunos padres asumen la responsabilidad de protegerlos y brindarles cuidados básicos, pero *“no lo aceptan como sujeto, ni lo aman como tal”*⁶⁶.

El padre tiene un *“objeto vivo, disponible y manipulable al que puede someter a las humillaciones que él mismo padeció en otro tiempo o que sigue padeciendo... Tiene una especie de necesidad de hacerle pagar el sufrimiento que el mismo vivió”*⁶⁷. El niño padece el “desamor” que no es la simple ausencia de amor, sino una violencia constante que además se internaliza, *“no se desprecia al niño porque es torpe, sino que se vuelve torpe porque es despreciado”*⁶⁸.

Los adultos que fueron víctimas de maltrato psicológico parental⁶⁹, pueden presentar además anorexia, bulimia y otros comportamientos adictivos.

Otro tipo de maltrato activo, es el abuso sexual, que comprende tanto la “perturbación” como la “violencia sexual” propiamente dicha⁷⁰, abarcando todos los gestos de: exhibicionismo, voyeuristas, manoseos, masturbación frente al niño, por el niño y al niño, felación, “penetración seca” o frotamiento, y penetración anal y/o vaginal.

Se trata del uso abusivo e injusto de la sexualidad a través de la cual el adulto obtiene satisfacción sexual⁷¹.

Se refiere a cualquier implicación de niños y adolescentes, dependientes e inmaduros en cuanto a su desarrollo, en actividades sexuales que no comprenden plenamente y para los cuales son incapaces de dar un consentimiento informado.

En este sentido podría ser definido el abuso sexual como el tipo de contacto o la perturbación sexual por parte de un adulto o tutor, con el objetivo de lograr

⁶⁶ Barudy, Jorge Op cit. Pp 37.

⁶⁷ Hirigoyen, Marie France Op cit. Pp 39.

⁶⁸ Hirigoyen, Marie France Op cit. Pp 42.

⁶⁹ Hirigoyen, Marie France. Op cit. Pp 38.

⁷⁰ Grossman-Mesterman.. Op cit. Pp 41.

⁷¹ Ver definición de la OMS y Kempe en Barudy, Jorge, Op cit.. Pp 161.

excitación y/o gratificación sexual, variando la intensidad del mismo desde la exhibición sexual a la violación.

De todas las formas de abuso, el sexual, es el más difícil de reconocer y aceptar a pesar de surgir de los estudios estadísticos que una de cada cuatro niñas y uno de cada ocho niños serán sexualmente abusados antes de llegar a los 16 años.

Asimismo, en más del 90% de los casos, el abusador será de sexo masculino y en más del 80% el abusador será una persona conocida del niño.

Entre los signos de abuso sexual en niños o adolescentes encontramos el llanto fácil sin ningún motivo, los cambios bruscos en la conducta escolar como el llegar temprano a la escuela y retirarse tarde o el ausentismo escolar, la conducta agresiva o destructiva, la depresión crónica, el conocimiento sexual y la conducta inapropiada para la edad, la irritación, dolor o lesión en zona genital y el temor al contacto físico.

En la mayoría de los casos los niños nunca comunican lo que está ocurriendo, y si así lo hicieran no debe olvidarse que los niños no inventan historias acerca de su propio abuso sexual, por eso en la medida que el niño se anime a decirlo, es preciso creerles y actuar en consecuencia.

Los mensajes violentos del abuso sexual, constituyen un *“profundo y grave atentado a la integridad física y/o psicológica de las víctimas, y los podemos comparar con una “tentativa de asesinato moral” de los niños”*⁷².

El abusador manipula y pervierte el vínculo familiar, y el abuso sexual resulta agravado por el hecho de que la propuesta proviene de aquel que *“institucionalmente está colocado en la posición de señalar lo que está bien o lo que está mal”*⁷³. El niño está desprotegido, y no tiene los elementos necesarios para comprender la sexualidad adulta, y se le impone ser capaz en todo momento de responder a los deseos y exigencias de relaciones sexuales, ello mediante el silencio y el secreto.

En general, los padres abusadores están convencidos de sus derechos sobre los miembros de la familia, y utilizan al niño para cubrir sus carencias afectivas, o solucionar conflictos relacionados con otros adultos⁷⁴.

⁷² Barudy, Jorge, Op cit. Pp 37.

⁷³ Grossman-Mesterman... Op cit. Pp 44.

⁷⁴ Barudy, Jorge,. Op cit. Pp 244.

Existe también en algunas familias, una atmósfera malsana (tocamientos fortuitos, alusiones sexuales, miradas equívocas, etc) que se ha dado en llamar *“incesto latente”*, considerado como una especie de maltrato psicológico. *“Es un clima donde sopla el viento del incesto sin que haya incesto”, pudiendo ocurrir que las actitudes “liberales” coexistan con principios educativos estrictos”*⁷⁵.

Finalmente, el maltrato pasivo, abarca también la negligencia y el abandono. Los padres *“no hacen nada para evitarles los sufrimientos, o no hacen lo necesario para satisfacer una o varias de las necesidades esenciales del niño para el desarrollo físico, intelectual o emotivo como ser humano”*⁷⁶.

Esta violencia familiar deriva de fallas importantes en las funciones parentales debido a diversas causas (madres depresivas, toxicómanas o víctimas en su infancia de violencia familiar, transmisión generacional de modelos de crianza inadecuados; pobreza o aislamiento social). En todos los casos, las consecuencias para los niños son idénticas, pues padecen de insuficiencia de cuidados físicos, médicos y/o cognitivos.

Estos niños *“mal amados”* pueden llegar a ser también padres abandonicos. Son adultos proclives a desarrollar relaciones de dependencia y desconfianza, dependencia al alcohol y a las drogas. Tienden a desarrollar estrategias relacionales para recibir lo que no han recibido: dominación, seducción, agresión y también desarrollan comportamientos depredadores, como el abuso físico, psicológico y/o sexual de niños, y violencia familiar. Asimismo, para llenar el vacío afectivo, pueden llegar a robar⁷⁷.

Para finalizar una breve síntesis⁷⁸ nos permite ubicar en el inicio del siglo XXI la siguiente tipología aceptada a nivel casi mundial por los diferentes países asociados al ISPCAN –Internacional Society for Prevention of Child Abuse and Neglect-:

- Maltrato físico
- Abandono físico
- Maltrato emocional

⁷⁵ Hirigoyen, Marie France.: Op cit. Pp 46.

⁷⁶ Barudy, Jorge, Op cit. Pp 37.

⁷⁷ Barudy, Jorge. Op cit. Pp 103.

⁷⁸ Bringiotti, María Inés: *“Violencia familiar y maltrato infantil hoy en la Argentina”* en *“Violencia familiar”* dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. págs. 62/63.

- Abandono emocional
- Abuso sexual
- Semiabandono
- Trabajo del menor
- Mendicidad
- Corrupción
- Síndrome de Münchaussen
- Falta de control parental sobre la conducta del hijo
- Maltrato prenatal
- Adopción maligna
- Tráfico de órganos y de niños
- Discriminación
- Niños que viven en zona de conflicto armado
- Niños en la calle y de la calle
- Secuestro y sustitución de identidad.

*“El niño pequeño aprende que las conductas agresivas, representan un **método eficaz para controlar a las demás personas y para realizar sus propios deseos**. Aún cuando la persuasión y la negociación podrían producir iguales o mejores resultados, este no es el código que muchas familias legan a sus hijos. Así, la transmisión generacional se erige en germen de la violencia en el conjunto social”⁷⁹*

III.- VIOLENCIA QUE AFECTA SÓLO A LOS ADULTOS.

3. Las distintas manifestaciones de la violencia.

3.1 La violencia conyugal y de pareja.

Este tipo de violencia es difícil que se haga visible hacia los demás ya que, por lo general, únicamente surge cuando lamentablemente ya hay daños graves físicos o psicológicos. Lo expuesto se debe a que la violencia conyugal o de pareja se desenvuelve en un ciclo que presenta tres fases, a saber;

En la primera etapa denominada "**de acumulación de tensión**", se producen una sucesión de pequeños episodios que llevan a roces permanentes en los

⁷⁹ Grossman- Mesterman: “Maltrato al menor”, Ed. Universidad. Bs.As. 1998. Págs. 24/25. La negrita es nuestra.

miembros la pareja, con un incremento constante de ansiedad y hostilidad. El hombre y la mujer se encierran en un circuito en el que están mutuamente pendientes de sus reacciones.

La tensión alcanza su punto máximo y sobreviene la segunda fase, denominada "**episodio agudo**" y es el momento en que toda la tensión que se había venido acumulado, da lugar a una explosión de violencia, pudiendo variar en cuanto a su gravedad y oscilando desde un empujón hasta el homicidio.

Esta fase se caracteriza por el descontrol y la inevitabilidad de los golpes. Las víctimas se muestran sorprendidas frente al hecho que se desencadena de manera imprevista ante cualquier situación de la vida cotidiana.

En la tercera fase, denominada "**luna de miel**", se produce el arrepentimiento por parte del agresor y comienza el período de disculpas y promesa de que nunca más van a ocurrir hechos de igual naturaleza. Es el período de la conquista y de la reconciliación, pero lamentablemente al tiempo, vuelven a reaparecer los episodios de acumulación de tensión y a cumplirse el ciclo, el cual se convierte en un círculo vicioso del cual sus presas no pueden salir.

Otro aspecto de la violencia conyugal se relaciona con la intensidad creciente del maltrato. En la primer etapa, la **violencia** es sutil, toma forma de agresión **psicológica**. Por ejemplo se relaciona con lesiones en la autoestima de la víctima, ridiculizándola, agrediéndola emocionalmente, ignorándola, riéndose de sus opiniones, etc. Si bien las consecuencias de este tipo de violencia no son visibles, provocan en el agredido un debilitamiento de las defensas psicológicas y el maltratado comienza a ser más introvertido, a deprimirse o a mostrarse débil.

En un segundo momento aparece la **violencia verbal**, que refuerza la violencia psicológica. El agresor comienza a denigrar a la víctima poniéndole sobrenombres descalificantes, insultándola, criticándole el cuerpo a la vez que comienza a amenazarla con la agresión física u homicidio. El agresor va creando un clima de miedo constante, en donde la víctima se siente débil y deprimida.

Termina este proceso que venimos describiendo con la **violencia física**, la cual se instrumenta primero con una especie de maltrato leve como apretones y pellizcos para seguir luego con un maltrato más grave, es el momento de las cachetadas y golpes de puño que pueden llegar a las trompadas y patadas. En la etapa posterior y final se suele recurrir a objetos para provocar daño y en medio de

ésta agresión muchas veces se exige el contactos sexuales. Finalmente, esta escalada creciente puede terminar en homicidio o suicidio, siendo la única manera de cortar con este ciclo de violencia creciente, a través de la intervención de alguien externo a la pareja.

3.2.- Maltrato a ancianos.

Se define como cualquier acto que, por acción u omisión, provoque un daño físico o psicológico a un anciano por parte de la familia. Incluye agresión verbal, física, descuido en su alimentación, abuso financiero y amenazas por parte de los hijos o de otros miembros de la familia.

Atento no establecer la legislación pautas concretas para definir ésta categoría, el primer problema que se nos presenta es tratar de establecer qué personas quedan comprendidas en ésta definición, para lo cual debemos delimitar a partir de que edad podemos hablar de personas ancianas.

Mientras para algunos autores el tiempo de la ancianidad puede expresarse en una edad fija, otros señalan⁸⁰que debe atenderse al proceso que el envejecimiento importa y apuntan que sería más apropiado hablar de personas que están envejeciendo en lugar de referirse a personas de edad.

Sin perjuicio de lo antedicho y de las salvedades señaladas entendemos que son personas de edad, personas mayores o ancianos todos aquellos sujetos que se encuentran en el momento de la vida caracterizado por la disminución de sus facultades y de declinación fisiológica, psicológica, económica y de participación social.

En la actualidad ha aumentado la expectativa de vida pero no la calidad de ésta, y los criterios de envejecimiento tanto cronológicos como clínicos y físicos apuntan a la vejez en relación con deterioro y no con crecimiento. Desde lo social, la experiencia y la sabiduría serían los resultados del crecimiento pero no son tenidos en cuenta. En esta cultura, el abuso hacia los ancianos es más frecuente de lo que se supone e incluye golpes, empujones, tirones de pelo, humillaciones,

⁸⁰ Uriarte, Jorge A.: "Protección del anciano en nuestro derecho" en revista de Derecho de Familia. Nro. 5 año 1991. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires abril de 1991. Págs. 10 y ss.

negligencias, abandono, abuso económico y financiero, abuso sexual, subestimación de creencias y valores, etc.⁸¹

Un modo especial de violencia contra el anciano son las internaciones geriátricas, ya que salvo excepciones, no son lugares adecuados ya que funcionan como “depósito de ancianos”. Como caso extremo de violencia tenemos la denuncia falsa de enfermedad mental, con la intención de lograr una orden judicial de internación en un establecimiento psiquiátrico.⁸²

Los signos para detectar que un anciano está siendo víctima de violencia son su estado de aseo y cuidado personal, su conducta, (comunicativo o retraído), su concurrencia asidua a lugares de atención médica común o servicios de urgencia, traumatismos recurrentes etcétera.⁸³

Las personas de edad que viven con su familia representan en la actualidad las 2/3 partes de la población de mayores, existiendo una inclinación gradual a una estructura familiar de tres generaciones⁸⁴, lo que incrementa el número de casos de violencia hacia los abuelos conviviente en el grupo familiar, debiéndose este fenómeno en gran medida a la grave situación económica en que se encuentra inmersa América Latina donde los magros salarios que percibe la mayor parte de la sociedad activa no permite tener acceso a una mejor calidad de vida. Como consecuencia de ellos, las familias se ven obligadas a vivir en muchos casos hacinadas, situación que funciona como detonador de muchísimos casos de violencia.

Respecto de las iniciativas vinculadas con esta situación de los ancianos que han tenido estado parlamentario en los últimos años destacamos el proyecto de creación de un Centro de Prevención contra la Violencia Doméstica que tiene como destinatarias a las personas de edad.⁸⁵

⁸¹ Rivero, María Rosa: “Maltrato hacia los ancianos” en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. pág. 292. Por ésta razón en la Provincia de Santa Fe la Ley de Salud Pública 10.772 de 1992 impuso severos requisitos para ordenar y controlar éste tipo de internaciones así como para promover salidas terapéuticas y visita de sus familiares y en especial una pronta externación.

⁸² Codoche, Noemí Sara: “Violencia familiar y ancianidad” en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. pág. 96.

⁸³ Codoche, Noemí Sara: op, cit. Pág. 97.

⁸⁴ Uriarte, Jorge A.: op. cit. Pág. 13.

⁸⁵ Una iniciativa análoga fue promovida ante la Cámara Alta por la Senadora Olijuela del Valle Rivas, Ver DSCSN, 27/9/88, pág. 3138.

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, por su parte, realizó una encuesta en mayo de 2001 que arrojó como dato relevante que el 81% de los porteños de más de 60 años dijo que se siente maltratado; el 66% de los espacios en los que menos se respetan sus derechos serían los hospitales, obras sociales y sanatorios; el 58 % se siente maltratado en la calle, el 5 % en los medios de transporte y el 9 % en su casa.⁸⁶

Otra encuesta realizada desde la Asociación Argentina para el Desarrollo Integral de la Familia, en un estudio realizado en 1991-1992, nos muestra datos reveladores en relación con la vida familiar de los mayores de 60 años, realizada en Buenos Aires, La Pampa, Río Negro y Tucumán. Los resultados manifiestan que el 80% de las personas a cargo de ancianos no desea cumplir ese rol. El 90 % de las cuidadoras eran mujeres de 50 años con problemas propios de la edad, sobrecargadas de tareas, etcétera.⁸⁷

De los resultados mencionados surge muy claramente la necesidad de encarar el problema a través de políticas públicas y sociales actualmente casi inexistentes⁸⁸, fomentándose un mayor apoyo social y una adecuada contención social. La toma de conciencia del problema es un buen punto de partida.

IV.- EL DERECHO FRENTE A LA VIOLENCIA FAMILIAR.

4.- La violencia en el código civil.

4.1.- Como vicio de los actos jurídicos.

De acuerdo con nuestra ley civil, la violencia constituye un vicio de la voluntad que afecta la validez del acto ejecutado por quien sufre la coerción física o moral.

El Código Civil identifica con los términos “fuerza y temor” (así se denomina el Cap. III de la Sección II del Libro II), “intimidación” (arts. 937, 938) y “violencia” (arts. 965, 1045) al tratar siempre el mismo vicio, que comprende las

⁸⁶ Rivero, María Rosa: “Maltrato hacia los ancianos” en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. pág. 292.

⁸⁷ Rivero, María Rosa: “Maltrato hacia los ancianos” op. cit. pág. 292.

⁸⁸ Decimos casi inexistentes ya que en la Ciudad de Buenos Aires el Gobierno implementó el Plan Proteger a comienzos de 1999. Creo cuatro centros especiales de atención gratuita para ancianos maltratados ubicados en distintos barrios, con un sistema de reserva de los entrevistados y apoyo psicológico y social, acudiendo en marzo de 1999 un promedio de 250 personas a cada centro. Ver Codoche, Noemí Sara: “Violencia familiar y ancianidad” en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. pág. 96

distintas formas de coerción sobre la persona con la única finalidad de que ésta otorgue un determinado acto jurídico.⁸⁹

En este sentido el vicio de la violencia comprende:

- La violencia física, que consiste en el empleo de fuerza física irresistible en la persona que otorga el acto (art. 936 del Cód. Civil).
- La coerción o intimidación por ofensas corporales o malos tratamientos.
- La coerción o intimidación definida por el art. 937 del Cód. Civil en los siguientes términos: *“Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos.”*

Como en los demás vicios de la voluntad, la sanción es la nulidad relativa o absoluta⁹⁰ del acto (art. 1045 del Cód. Civil), sin perjuicio de poder engendrar una acción de responsabilidad por daños y perjuicios independiente de la acción de nulidad.

Se aplica a todos los ciudadanos y, en consecuencia, obra cuando se trata de violencia ejercida por un cónyuge contra el otro para conseguir la ejecución de un acto jurídico que no se deseaba llevar a cabo.

Asimismo, la ley contempla la posibilidad de que la esposa realice un acto en virtud del temor reverencial que siente hacia al marido, es decir, por la influencia o autoridad que el hombre puede ejercer sobre ella, pero éste tipo de temor que puede convertirse en una presión desnaturalizante del consentimiento prestado, no es causa suficiente para anular el acto. (conf. art. 940 del Cód. Civil.)

4.2.- Como causal de divorcio y separación personal.

Originalmente, el Código Civil de Vélez Sársfield previó que el divorcio autorizado por la ley no tuviera otro efecto que la separación de cuerpos, y eventualmente de bienes, manteniéndose indisoluble el vínculo matrimonial.

⁸⁹ Rivera, Julio Cesar: “Instituciones de Derecho Civil” Parte General. Tomo II. Págs. 813 y siguientes. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1993.

⁹⁰ Para Brebbia, cuando la violencia se ha manifestado como violencia física irresistible la nulidad es absoluta en cambio LLambías afirma la inexistencia del acto. Ver Rivera, Julio Cesar: op. cit. Págs. 813 y siguientes.

Además, a la separación personal sólo podía accederse mediante el debido proceso legal, como resultado de la imputación y prueba de causales taxativamente enumeradas por la ley.

Cuando en 1988 se sancionó la ley 2393 de matrimonio civil, se reiteró la regulación exclusiva de la separación personal y se mantuvieron los mismos principios sobre los que había legislado el Código Civil, principiando luego un largo proceso tendiente a la implantación del divorcio vincular en el derecho argentino.

Sin embargo el divorcio vincular vino a quedar incorporado en una forma inconsulta⁹¹ en 1954, con la sanción de la ley 14.394 y en razón de la improvisación con que se actuó, se omitió legislar en forma casi absoluta sobre las consecuencias que derivaban de la disolución del matrimonio, razón por la cual, la institución fue derogada o suspendida *sine die* por el art. 1 del dec.ley 4070/56.

En el año 1968 la ley 17.711 modificó el régimen del divorcio sin referirse a su disolubilidad hasta la sanción de la ley 23.515 el día 8 de junio de 1987 la cual incorpora el instituto del divorcio vincular al derecho positivo de familia.⁹²

En materia de causales la ley 23.515 reitera, salvo algunas reformas, el anterior art. 67 de la ley 2393, aunque del cotejo de ambas normas surge que la nueva preceptiva introdujo modificaciones en los incs. 1, 2 y 3, a la vez que suprimió como figuras autónomas a las sevicias y a los malos tratamientos, como veremos a continuación.

4.2.1.- Sevicias graves antes de la sanción de la ley 23.515.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, sevicia significa crueldad excesiva.

Escriche⁹³ por su parte a sostenido que la sevicia es la excesiva crueldad, *“particularmente los ultrajes y los malos tratamientos que algunos usan contra una persona sobre quien tiene alguna potestad o autoridad”*.

⁹¹ Díaz de Guijarro, Enrique: “ El acto jurídico familiar y otros estudios”, Buenos Aires, 1960. Editorial????

⁹² Lagormasino, Carlos A.R. y Uriarte, Jorge A: “Divorcio y Separación Personal en la ley 23.515. Lineamientos generales”, en Enciclopedia de Derecho de familia, t. II. Editorial Universidad, Buenos Aires 1994. Pág. 22

⁹³ Escriche, Joaquín: “ Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,” Paris y Mejico, 1925, voz “Sevicia”

En este mismo sentido y hace ya varias décadas la Cámara de Mercedes⁹⁴ declaró que la sevicia consistía en la crueldad excesiva por vía de hechos de tal naturaleza que hicieran peligrar la vida de la esposa.

La sevicia no fue recogida por Vélez Sársfield como causal de divorcio sino que fue introducida por la ley de secularización del matrimonio 2393 enunciándola en el art. 67, inc. 4, como una de las causales del divorcio no vincular.

Sin perjuicio de ello, nuestros tribunales muy raras veces fundaron sus sentencias de separación personal en ésta causal, lo que es entendible si se tiene presente que la causal mucho se parecía a la de los malos tratamientos receptada por el inc.6 del mismo 67 antes citado.⁹⁵

Tanto es el parecido que la jurisprudencia reiteró que la sevicia consistía en los malos tratamientos realizados con crueldad y espíritu de hacer sufrir pero requiere para su configuración de dos elementos: uno físico: los malos tratos y otro psicológico: la intención despiadada de hacer daño.⁹⁶

Por otro lado, no había acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto a si para constituir causal de divorcio, la sevicia necesitaba ser ejercida por medio de actos reiterados o era suficiente un solo acto.⁹⁷

La Cámara Civil de la Capital Federal⁹⁸ pretendió establecer como principio general que actos aislados no pueden constituir sevicias en los términos del art. 67, inc.4 de la ley 2393, pero años más tarde fue tras sus pasos declarando que para la procedencia del divorcio por la causal de sevicia no es necesaria la repetición de los actos.⁹⁹

La doctrina concordaba en que no era justificable que la causal de sevicia se encontrara legislada en forma independiente de los malos tratamientos, en especial porque ello obligaba a entrar en la investigación de un estado psíquico, lo que no solo siempre es difícil, sino, algunas veces, imposible.¹⁰⁰

⁹⁴ CApel. Mercedes, 18/7/22, "J.A.", TIX, p. 183.

⁹⁵ Lagomarsino, Carlos A. R.: "Las causales del divorcio", Rev. Jurídica de San Isidro, 1967, nro, 1, pág. 30.

⁹⁶ CNCiv., Sala C, 15/11/60 "J.A.2, Tº 1961-II, p. 203.

⁹⁷ Lagormasino, Carlos A. R : Voz "sevicia". "Enciclopedia de Derecho de Familia". Tº III. Editorial Universidad, Buenos Aires. 1994.Pág. 633.

⁹⁸ CCiv. 1ª Cap., 8/10/18, "J.A.", t.2, p.582.

⁹⁹ CCiv. 1ª Cap., 5/12/38, "J.A.", t.64, p.751

¹⁰⁰ Lagormasino, Carlos A. R.: "Enciclopedia..." op. cít. Pág. 635.

Adoptando este criterio, luego la ley 23.515 al reformar el Código Civil y al hacer el enunciado de las causales de separación personal y divorcio (arts. 202 y 214 del Cód. Civil) suprimió a la sevicia como una causal de ellas.

4.2.2. Injurias Graves.

Los actos de fuerza entre los cónyuges son juzgados comportamientos impropios de la vida marital y, por tanto, autorizan a uno de los esposos a demandar el divorcio por culpa de otro. Constituyen una causa de separación personal (art.202 inc. 4º del Cód. Civil) y de divorcio vincular (art. 214 del Cód. Civil) pues tales conductas se hallan incluidas en la causal de injurias graves.

En una acepción amplia, el término injuria importa todo lo que se hace sin derecho. Se vincula con el verbo *contemnere*, el cual da lugar a la voz *contumelia* que significa menospreciar o despreciar a otro.¹⁰¹

En el ámbito civil, la noción injuria cobra especial autonomía como causal de separación personal y de divorcio vincular entre los cónyuges. Si bien como dijéramos anteriormente el original art. 204 del Código Civil de Vélez no había seguido al art. 1386 de Freitas que hablaba de “*injurias graves y reiteradas de un cónyuge para con el otro*” y sólo preveía las ofensas físicas o malos tratamientos, pronto el inc. 5 del art 67, ley de matrimonio civil, remedió esa omisión al contemplar a las injurias graves como causal de separación de cuerpos.

Hemos señalado también que la ley 23.515 suprimió de la enumeración taxativa de las causales culpables de separación personal y divorcio vincular a las sevicias y a los malos tratamientos que figuraban en el art. 67 de la ley 2393 (incs. 4º y 6º, respectivamente).

Se tomó en cuenta para ésta omisión voluntaria¹⁰² que los hechos constitutivos de las sevicias y malos tratamientos, no diferían de otras variadas circunstancias comprendidas en las injurias graves, además de seguirse en ésta

¹⁰¹ Lagormasino, Carlos A. R.; Uriarte, Jorge A.: “ Separación personal y divorcio. Segunda edición actualizada.” Ed. Universidad. Buenos Aires 1997. Pág.

¹⁰² Durante el debate en el Senado de la Nación del nuevo art. 202 del Cód. Civil, el legislador Menem E. aclaró que no se trataba de “una omisión involuntaria sino que muchas veces la necesidad de determinar si hay malos tratamientos, sevicias o injurias es una fuente de nuevos problemas y no facilita la solución. Se han gastado ríos de tinta en determinar la diferencia entre las distintas situaciones, cuando la causal de amplio espectro injurias las comprende a todas....” Ver “D. Ses. Cám. Sen.” 21 de mayo de 1987, p. 428.

elección la opinión de parte de nuestra doctrina¹⁰³ que entendía que no se encontraba justificado un tratamiento independiente y diferenciado cuando las sevicias constituían una forma de malos tratamientos y éstos a su vez una especie dentro del género de las injurias graves. Ello sin entrar a analizar el problema de la prueba a la hora de acreditar el estado psíquico de crueldad excesiva en que se cometió el daño, lo cual muchas veces se tornaba imposible.¹⁰⁴

La causal tomada del Código francés sufrió en nuestro país una evolución similar a la del derecho francés, donde siguiendo la jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos dieron a los hechos más diversos la calificación de injuria, siempre que los mismos revistieran carácter injurioso para el cónyuge.¹⁰⁵

Consecuentemente con ello, el concepto injurias graves adquirió en nuestra legislación un significado eminentemente variable y circunstancial que fue ampliando su contenido hasta constituirse en la principal causa de divorcio, revistiendo un sentido residual debido a comprender por descarte, todas las violaciones a las obligaciones conyugales emergentes del matrimonio que no fueran alcanzadas por las otras causales.¹⁰⁶

Definida como todo hecho u omisión imputable a uno de los cónyuges que signifique un agravio para el otro, o como toda especie de acto intencional o no, ejecutado de palabra, por escrito o por hechos, la estimación de su gravedad toma en consideración elementos subjetivos surgidos de las circunstancias del caso como educación y posición social de los protagonistas del hecho injurioso.¹⁰⁷

Donde se ha producido la extensión del concepto de injuria grave es en el ámbito de la doctrina judicial, ampliación que ha ido marcando en forma variable la valoración de las ofensas conforme a las pautas brindadas por la ley y como ocurre con toda norma de derecho de familia, su interpretación dinámica se halla impulsada por su objeto y el fin perseguido con su dictado.¹⁰⁸

Las lesiones provocadas por golpes, empujones, bofetadas, puñetazos, etc., son algunas de las modalidades agresivas comprendidas en la causal en estudio e

¹⁰³ Borda, Guillermo A.: "Tratado... Familia", Buenos Aires, 1959, T. I, nro. 482, p. 336.

¹⁰⁴ Lagomarsino, Carlos A.: "Las causales del divorcio" op. cit. Pág. 30.

¹⁰⁵ Mazeaud, Parte I, vol. IV, pág. 421.

¹⁰⁶ Belluscio, Augusto C.: "Derecho de Familia", t. III., n° 736. Pág. 229.

¹⁰⁷ Zannoni, Eduardo: "Derecho de Familia" Buenos Aires 1978, TI, n° 552. Pág. 86.

¹⁰⁸ Méndez Costa, María Josefa: "Interpretación y ampliación del Derecho positivo de Familia, en Estudios sobre la sociedad conyugal", Santa Fe, 1981ps. 15 a 34.

importan una especie, de los tantos comportamientos violentos, que pueden ser ejercidos en la vida conyugal.

No obstante la frecuencia de este tipo de conductas, la pasividad del cónyuge afectado hace que la denuncia de la violencia como causal de separación personal o divorcio no se concrete en su real dimensión, en igual medida que son reducidas la promoción de acciones penales por lesiones (arts. 80,90 y 91, del Cód. Penal).¹⁰⁹

Otra manifestación de ésta modalidad son las agresiones verbales, ofensivas a través de palabras groseras, insultos, provocación de altercados, etc., las cuales también dan contenido a las injurias graves.

La jurisprudencia capitalina se ha planteado si revestían carácter injurioso las ofensas expresadas en discusiones y expresadas en momentos de ira, concluyendo que tales términos no perseguían el desdoro o el menosprecio del otro, disminuyendo de ésta manera su relevancia cuando las agresiones verbales fueran vertidas en estado de iracundia y durante rencillas matrimoniales.¹¹⁰

Para que prospere la acción de separación personal o de divorcio vincular por ésta causal es necesario que la conducta injuriosa sea imputable al cónyuge lo que implica que la misma sea voluntaria, es decir que el ofensor discierna con libertad las consecuencias de su acto agravante.

Se ha discrepado en doctrina acerca de la necesidad de que los comportamientos injuriosos se integren con el elemento calificante del *animus injuriandi*, siguiéndose en éste aspecto las enseñanzas de Prayones¹¹¹ quien entendía que la injuria podía configurarse sin que exista *animus injuriandi*, tal como ocurre cuando se falta a los deberes conyugales sin que medie intención de agraviar.

Es preciso, además, que los hechos revistan gravedad quedando excluidas de éste concepto las ofensas leves,¹¹² ya que deben significar graves incumplimientos de los deberes recíprocos que tiene los cónyuges y que hagan por éstos motivos imposible la vida en común.

¹⁰⁹ Grosman, Cecilia; Mesterman, Silvia; y Adamo María T.: "Violencia en la familia. La relación de pareja." Ed. Universidad, Buenos Aires 1989. ps. 359 y ss.

¹¹⁰ CNCiv., Sala D, 29/3/79. "L.L.", T1979-D, p. 58.

¹¹¹ Prayones, Eduardo: "Derecho de Familia". Buenos Aires. 1939. n, 37, p. 81.

¹¹² CNCiv., Sala F, 12/10/79, "L.L.", T° 1979-C. p.417.

La ley establece entre los deberes recíprocos mencionados, el deber de convivencia, pero el cónyuge objeto de los actos de agresión puede pedir que se lo releve judicialmente cuando éste ponga en peligro cierto su vida o integridad psicofísica, o la de sus hijos. (art. 199 del Cód. Civil). Lo que no significa que la víctima de los malos tratamientos deba solicitar al juez éste relevo, ya que puede retirarse del hogar frente a situaciones peligrosas a la espera de la autorización judicial.¹¹³

Para la valoración de la gravedad el magistrado deberá tener como guía las pautas establecidas por el inc. 4 del art. 202 del Cód. Civil que son *la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse*.

4.3.- En el ejercicio de la Patria Potestad. Noción, caracteres e importancia del instituto.

Actualmente la patria potestad es concebida como la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos.¹¹⁴

Esta institución implica un amalgama de derechos y deberes, impregnada y justificada por la trascendencia que como función social adquiere en la vida social.

La finalidad de la patria potestad consiste en el logro de una culminación plena del desarrollo biológico, psíquico y social del hijo, la cual se ve frustrada si no se consiguen satisfacer determinadas necesidades de los menores de índole afectiva, económica, social y cultural.

Las normas de esta institución son de orden público, y por lo tanto imperativas al igual que la mayoría de las normas del derecho de familia,¹¹⁵ y como consecuencia de ello, no pueden ser dejadas de lado por los particulares (art. 21 del Código Civil).

¹¹³ Grosman- Mesterman - Adamo: "Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos." Ed. Universidad. Buenos Aires 1989. p. 141 y sgtes.

¹¹⁴ D'Antonio, Daniel H.: "Derecho de Menores." 4ª edición actualizada y ampliada. Capítulo VI. Buenos Aires. 1994. Pág. 201.

¹¹⁵ Belluscio, Augusto C.: "Manual de derecho de familia." Tº I. Ed. Depalma. Bs.As. 1998. Pág. 25.; Borda, guillermo A.: "Tratado de Derecho Civil." tomo I. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1989. Pp 10.; Bossert, Gustavo: "Régimen jurídico de los alimentos." Ed. Astrea. Bs.As. 1993, Pp 5. Zannoni, Eduardo: "Derecho Civil. Derecho de Familia." Tº I. Ed. Depalama. Bs. As. 1981. Pp 25.

Siguiendo a SALVAT, podemos definir el orden público como el *“conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la misma”*¹¹⁶.

En éste sentido, si el objeto-fin perseguido por la patria potestad (protección y formación integral del hijo menor) el cual ha sido consagrado expresamente por el legislador al concederla a los padres (conf. art. 264 del Código Civil)¹¹⁷, es una cuestión de orden público, la violencia familiar ejercida sobre los niños al contradecir los fines que persigue la institución, viola el orden público mencionado.

La finalidad protectora de la patria potestad es *“única, totalizante y justificadora de la patria potestad”*

La patria potestad comprende típicos derechos subjetivos familiares, los cuales se conceden más que en el interés del titular, en interés de terceros. Los derechos subjetivos familiares mantienen unidos los derechos y los deberes correlativos. Son derechos que *“se ejercen como facultades o poderes para la protección de intereses ajenos y tienen una finalidad moral, de manera que en general, son otorgados a su titular para cumplir aquellos deberes jurídicos”*¹¹⁸.

Para poder cumplir su función social y lograr el desarrollo pleno del hijo como miembro de la sociedad, *“es menester satisfacer necesidades del menor de variada índole, asumiendo el cumplimiento de un plexo de conductas legalmente esperadas determinadas en la ley civil, sólo en su aspecto mínimo y sin excluir otras que evidencian la aludida finalidad”*¹¹⁹.

Resulta algo evidente que, frente a un vínculo paterno-filial violento la función social de la que venimos hablando, se corrompe y se degenera en sus fines.

La legislación ha recorrido un largo camino en la búsqueda de un régimen que sirva de protección de la infancia contra los distintos tipos de maltrato de que son objeto los niños dentro del seno familiar, por esa razón a continuación analizaremos brevemente como fue la evolución de la patria potestad a través de las sucesivas reformas legislativas de que fue objeto.

¹¹⁶ Cita de Torres Lacroze: “Manual de introducción al Derecho “ Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs. As. 1973. Pp 164.

¹¹⁷ D’Antonio Daniel H.: “Patria potestad.” Ed. Astrea. Bs As. 1979. Pp 25.

¹¹⁸ Belluscio, Augusto C: op. cít. Pág. 41.

¹¹⁹ D’ANTONIO. Op cit. Pp 30.

4.3.1.- Régimen anterior a la ley 23.264.

La regulación de ésta institución la encontramos en el Título III de la Sección 2ª, Libro 1 del Cód. Civil, disponiendo originariamente el art. 264 que: *“La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”*.

Éste concepto relacionado con los hijos legítimos fue extendido a los hijos naturales en virtud de la previsión del art. 327 del mismo cuerpo legal. Distinto fue la situación de los hijos ilegítimos no naturales ya que el art. 344 estableció expresamente que los padres no tenían patria potestad ni autoridad para nombrarles tutores.

Como surge de la norma transcripta y conforme con la tradición histórica y a los precedentes, en especial los españoles citados por Vélez en la nota al art. 264, la patria potestad era concebida como un conjunto de derechos de los padres.¹²⁰

Recién en el año 1919 con la ley 10.903 comenzó a advertirse legislativamente la necesidad de establecer un régimen de protección de la infancia orientado por las legislaciones europeas, modificándose el art 264 del Cód. Civil en los siguientes términos: *“La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos”*.

Continuando éste ciclo evolutivo la ley 11.357 dispuso en su art. 2 que *“la madre natural tiene la patria potestad sobre sus hijos, con la misma amplitud de derechos y facultades que la legítima. La tendrá también el padre natural que voluntariamente hubiera reconocido a los hijos naturales.”*

Luego la ley 23.264 consagró¹²¹ que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la madre que conviven, atiende mejor al interés de los hijos menores y constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquélla importa.

Asimismo modificó el art. 264 del Cód. Civil en los siguientes términos: *“ La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las*

¹²⁰ Zannoni, Eduardo A.: “Derecho Civil. Derechos de Familia” tomo II. 2ª edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires 1989.

¹²¹ Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de Sesiones*, 1984-1695.

personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipados.”

Es innegable que no puede hablarse ya de potestad como único elemento distinguible de la institución que analizamos.

Dentro del elenco de derechos-deberes que integran la patria potestad encontramos el poder de corrección de los padres, el cual ocupa un lugar predominante ya que es una manifestación inequívoca de la autoridad que detenta los progenitores.

El art 278 del Cód. Civil en el texto dispuesto por la ley 23.264, conserva en su primera parte la fórmula que contenía el texto original de Vélez al reconocer que *“...los padres tiene la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores”*, siendo corolario del deber de educación (art. 265); pero suprime la facultad que confería el antiguo art. 278 a los padres para hacer detener a sus hijos en establecimientos correccionales.¹²²

La novedad que incorpora la reforma está referida a los castigos corporales al establecer la norma en cuestión que *“el poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores... Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren.”*

El poder de corrección debe ejercerse para proteger al hijo, para educarlo lo que necesariamente implica poner límites. Puede ser aplicado de muchos modos, pero siempre excluyendo todo acto que dañe física o psíquicamente al menor, por dicha razón la violencia familiar está excluida.¹²³

Si bien la norma no hace referencia a la violencia familiar de manera expresa, esta última no puede ser utilizada en el ejercicio del poder de corrección,

¹²² Zannoni, Eduardo A.: op. cit. Pág. 714.

¹²³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió en el caso *A v/ United Kingdom* Reino Unido que *“ los golpes reiterados inflingidos por el padrastro de un niño de nueve años, con el auxilio de un palo, deben ser considerados un atentado suficiente para constituir un tratamiento inhumano o degradante, aunque el imputado sostenga que ha actuado para dar al niño una sanción que encuentra justificación en su mal comportamiento”*. Cour européenne des droits de l’homme, 23-9-98, en Rev.. Trim. De Droit Familial, 1999-3-474.

de lo contrario estaríamos en frente de un caso de abuso de derecho o de un crimen.¹²⁴

Por otra parte si éste actuar abusivo o excesivo provoca daño en el hijo “*será fuente en su caso de la obligación de resarcirle el daño dentro de los parámetros que marcan los art. 1068 y ccns. del Código Civil. También dará lugar al proceso penal, si es del caso, o a las sanciones que prevé el art. 18 de la Ley 10.903, y también a la privación de la patria potestad*”¹²⁵.

*“El castigo corporal logra obediencia por temor, y suele ser más la expresión de la irascibilidad de los adultos que de la vocación para educar a sus hijos. La agresión es, además, un factor negativo en la formación del menor, provocando inhibiciones o más agresividad de éste”*¹²⁶.

4.3.2.- La violencia como causal de privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad.

Gestada ésta institución por el derecho romano alrededor del poder absoluto del padre, su tránsito a una mitigación de la extrema severidad que la caracterizó, fue operándose en forma muy lenta.

En la actualidad las relaciones de familia se han visto alteradas por profundas modificaciones sociales, económicas, políticas, religiosas, culturales y jurídicas.

Este proceso se aceleró en los últimos treinta años, especialmente con relación a la equiparación de los roles desempeñados por los padres, sistematización de esas atribuciones en formas compartidas de ejercicio, determinación de las facultades propias y concurrentes de los padres y el Estado en la protección de los menores, y a la toma de conciencia y difusión del maltrato infantil como un aspecto particularizado del fenómeno de la violencia en la familia.¹²⁷

¹²⁴ La Corte Suprema de Israel sostuvo expresamente que “*el castigo razonable fundado en la patria potestad, ya no es una defensa en los juicios penales ya que aún el uso regular de los castigos corporales como método de disciplina constituye un crimen.*”

¹²⁵ Bossert-Zannoni: “Regimen legal de la filiación y patria potestad.” Ed. Astrea. Bs.As. 1985. Pp 339

¹²⁶ Bossert-Zannoni: op.cít. Pp 338.

¹²⁷ Uriarte, Jorge A: “Privación de la patria potestad y suspensión del ejercicio” en “Enciclopedia de Derecho de Familia” Tº III, Editorial Universidad. Buenos Aires 1994. pág. 287.

En las legislaciones modernas europeas y latinoamericanas¹²⁸ se vienen realizando reformas dirigidas a organizar la protección del menor en el seno familiar, siguiendo en éste aspecto las pautas dadas por los tratados internacionales suscritos por cada estado, aunque todavía falta mucho por hacer al respecto.¹²⁹

En nuestro país la nueva legislación vino a replantear el esquema normativo concebido por el régimen anterior que preveía, tradicionalmente, casos en que la titularidad de la patria potestad se pierde o se suspende en razón de que por consideraciones superiores que atañen al interés del hijo menor, no es conveniente que el padre o la madre o ambos, continúen detentando tal autoridad.

Los nuevos textos de los art. 307, 308, 309 y 310 del Cód. Civil reformularon la visión de la privación de la patria potestad, siguiendo en lo fundamental el sistema de los art. 378 y 378-1 del Cód. Civil francés reformado en 1970.

La **perdida de la patria potestad** constituyó tradicionalmente una sanción legal contra el progenitor frente a conductas que ponían en grave peligro la formación integral del hijo e incluso su vida misma, mientras que la **pérdida del ejercicio** tuvo un carácter preventivo frente al padre que, por su conducta, podía causar perjuicio a sus hijos, siendo finalmente la **suspensión del ejercicio** el modo de suplir la imposibilidad sobreviniente de los padres de actuar las prerrogativas de su autoridad.

Conforme la ley 23.264 el sistema vigente sólo distingue entre privación de la patria potestad y suspensión del ejercicio (arts. 307 y 309, respectivamente).

De los conceptos contenidos en la norma del art. 307 del Código Civil vemos como la violencia familiar (delito doloso contra o con el niño, abandono del hijo o colocar en peligro la seguridad, salud física o psíquica o la moralidad del menor) aparece como causal de privación de la patria potestad.

¹²⁸ Francia, Bélgica, Holanda, Alemania, Italia, España, Portugal, Méjico, Uruguay, Colombia, Costa Rica, Cuba, Bolivia, Guatemala entre otros países.

¹²⁹ En 1994 una Comisión de monitoreo de las Naciones Unidas que hizo una visita al Reino Unido concluyó que las normas internas del país que autorizan los castigos corporales a los niños y adolescentes, violan el artículo 19 de la "Convención Internacional de los Derechos de Niño" que obliga a los Estados partes a tomar las medidas apropiadas para proteger al niño de toda forma de violencia física, pero la justicia inglesa no tiene tendencia a sancionar estas conductas como lo muestra el caso *A v/ United Kingdom* (ver nota 114) resuelto por la Corte Europea. Ver Kemelmajer de Carlucci, Aída: "Algunos aspectos procesales en las leyes de violencia familiar" en Revista de Derecho Procesal 2002-1. "Derecho procesal de Familia. I." Pág. 115

La violencia familiar puede dañar al hijo en lo inmediato, como también ponerlo en situación de grave peligro, por lo tanto, se constituye en causa de privación de la patria potestad. Veamos a continuación brevemente la norma en análisis:

El art. 307 del Cód. Civil prevé en tres incisos las causas de privación de la patria potestad que a saber;

Delitos cometidos por los padres:

El inc. 1 del art. 307 dispone que el padre o la madre quedan privados de la patria potestad: *“Por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo”*

Resultan contemplados en la norma los delitos cometidos por cualquiera de los progenitores contra sus hijos así como, los llevados a cabo por los padres conjuntamente con el menor.

Asimismo, debe tratarse de un accionar doloso ya que quedan excluidos los tipos culposos o preterintencionales¹³⁰, siendo además necesario que medie condena en sede penal.

Abandono del hijo:

El inciso 2 del art. 307 del Cód. Civil se refiere al abandono que hiciere de alguno de sus hijos cualquiera de los padres *“aún cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero.”*

El nuevo texto importa la consagración legislativa de la tesis subjetiva en la interpretación de la noción de abandono del hijo, criterio que alude al abandono unilateral dejando de lado como contenido exclusivo de la privación la figura de la exposición, entendida ésta como el desprendimiento más completo y definitivo de las responsabilidades paternas.¹³¹

En consecuencia, para verse configurado el abandono previsto por la norma, es suficiente el incumplimiento grave de los deberes a cargo de los padres sin que sea necesario llegar a probarse el extremo de la exposición.

Colocación del hijo en peligro material y moral.

¹³⁰ Belluscio, Augusto C. op. cit. “Manual...”

¹³¹ Uriarte, Jorge A: “Privación de la patria potestad y suspensión del ejercicio” op. cit. Pág. 287.

El inc. 3 del art. 307 del Cód. Civil constituye la causal que comprende con amplitud todas las situaciones de peligro en que el actuar de los padres puede colocar al hijo menor.

La norma establece que quedará configurada la causal *“por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.”*

Quedará a la valoración del magistrado actuante estimar si la conducta del progenitor importó o no colocar al hijo en una situación de peligro material o moral que importó arriesgar así, la vida y el desarrollo integral del hijo.

El art. 309 del Cód. Civil por su parte, enumera los supuestos en que queda suspendida la patria potestad, consistiendo éstos en los siguientes:

- a) Simple ausencia declarada judicialmente .
- b) Interdicción de uno de los padres.
- c) Inhabilitación de uno de los progenitores.
- d) Condena penal a más de tres años de reclusión o prisión.
- e) Entrega del hijo a un establecimiento tutelar.

4.4.- Conclusión. Insuficiencia de las previsiones del Cód. Civil

La norma jurídica puede ser vista desde tres perspectivas, su validez, su efectividad y su legitimidad.

El concepto de efectividad de la ley está ligado al de eficacia, siendo el precepto eficaz cuando ha satisfecho el objetivo o la función social asignada.

La efectividad de la ley y su eficacia se vinculan con el conocimiento del derecho y el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, pudiendo ser perciba desde dos formas: una referida a los destinatarios y otra relacionada con aquellos que administran justicia.¹³²

El análisis de la efectividad de las normas nos sirve para sabe cómo responde el ordenamiento jurídico frente a ciertos comportamiento.

En el campo de la violencia que nos ocupa, las investigaciones muestran claramente que el grado e inmediatez de la intervención oficial u oficiosa guardan una relación directa con la frecuencia y gravedad del maltrato en el ámbito familiar. En este sentido, *“la intervención inmediata para detener la violencia o evitar*

¹³² Grosman y otros. “ Violencia en la familia. “ op. cít.

que siquiera ocurra es un primer nivel de defensa fundamental para logra controlar la violencia familiar,"¹³³ siendo los mecanismos que ofrecen una protección inmediata a las víctimas los más eficaces para controlar el maltrato doméstico, mientras que la protección ofrecida después de los hechos no parece tener consecuencias de importancia en la prevención de esa violencia.

A través de estudio de las normas civiles que precedentemente hemos realizado, así como de la observación de los magros resultados satisfactorios obtenidos en la aplicación de las mismas, podemos concluir primeramente que las normas contenidas en el Código Civil han sido instrumentos insuficientes para combatir la violencia doméstica.

Esta situación hizo que se sancionaran en todo el país normas específicas relacionadas con el problema en estudio, legislación lógicamente contemporánea y si bien la doctrina en crítica para con éstas leyes de protección contra la violencia familiar, nadie se atrevería a afirmar que la aplicación de las normas del Cód. Civil ofrecían una solución más adecuada.

Si bien algunos profesionales consideran que las leyes sancionadas no son lo suficientemente específicas, dado que comprende distintas modalidades de la violencia familiar, presentando a la familia como un todo homogéneo, incapaz de brindar soluciones adecuadas a las particularidades de cada situación, somos de la opinión de que éstas normas aún con todas sus carencias constituyen un primer paso en la lucha contra éste flagelo social.

2.- La violencia en el Código Penal.

2.1.- Como trata el Código Penal la violencia.

En el ámbito del derecho penal, a pesar del peligro social que representa, la violencia familiar no constituye delito, sino en la medida en que las conductas concretas puedan encuadrarse en los distintos tipos de la norma penal general, tales como homicidio, lesiones, corrupción de menores, estupro, abandono de persona, etc.

En otras legislaciones, bajo el título "delitos contra la familia", se agrupan los tipos penales que atentan contra ésta. En nuestro derecho no tenemos este sistema pero podríamos encontrar una previsión penal de este tipo incorporada al

¹³³ Nro. 4

Código Penal, en la ley 13.944 (Incumplimiento de deberes de asistencia familiar) que sanciona el abandono de la familia¹³⁴.

En el derecho de fondo, concretamente respecto de menores, no existe previsión expresa contra la violencia familiar. Ello sin perjuicio de las normas de la ley 10.903 para los casos de menores víctimas de delito en situación de abandono¹³⁵, y sin perjuicio también de los recursos mencionados del derecho constitucional y pactos internacionales.

Decíamos recientemente que al no ser considerada en forma específica la agresión física entre los integrantes de la familia y serle en consecuencia aplicables a dichos delitos las normas comunes que sancionan éstos comportamientos, a continuación analizaremos los tipos penales ordinarios en relación con la violencia doméstica:

1) Homicidios.

En el Capítulo I, de los delitos contra la vida, se aplica la reclusión o prisión de 8 a 25 años al que matare a otro (art. 79 Cód. Penal), agravándose la pena si la víctima es ascendiente, descendiente o cónyuge (art. 80 del Cód. Penal).

De las normas antes comentadas se infiere que el reproche penal es mayor cuando el delito de que se trate es cometido entre parientes, pero es de advertir, sin embargo, que éste reproche es sólo reconocido para las parejas matrimoniales y no a la relación concubinaria.¹³⁶

2) Lesiones.

El ordenamiento distingue varios tipos de lesiones según la gravedad de sus consecuencias, encontrando así: lesiones leves (art. 89 del Cód. penal), lesiones graves (art. 90 del Cód. Penal) y lesiones gravísimas (art. 91 del mismo cuerpo legal)

En el contexto del art. 89 del Cód. Penal encontramos a las lesiones que causaren un daño en el cuerpo o en la salud, pudiendo ser éste sufrimiento

¹³⁴ Fontan Balestra, Carlos: "Derecho penal. Parte especial." Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1970. págs. 123/124.

¹³⁵ Ver los casos que el art. 21 de la Ley 10.903 considera "abandono".

¹³⁶ Cabe señalar que en algunos fallos se valoró el núcleo familiar de hecho, juzgándose que era necesario calificar con mayor severidad la agresión en éstos casos.

anatómico o fisiológico, determinante de una perturbación en la integridad física o en el equilibrio funcional del organismo.¹³⁷

El concepto de daño que establece la norma comprende tanto el que se produce sobre la salud del cuerpo como el que se produce en la salud mental, y bastará para que se configure el tipo aludido cualquier daño por mínimo que sea, pues la propia ley no establece un límite en ese sentido.¹³⁸

En forma semejante al delito de homicidio el agravante por el vínculo sólo tiene lugar si la víctima se halla casada con el agresor.

3) Abuso de armas

De acuerdo con las normas de carácter general, también es penado al cónyuge o concubino que disparara contra el otro un arma de fuego sin herirlo o lo agrediese “*con toda arma, aunque no se causare herida*” (art. 104 del Cód. Penal.), entendiéndose por arma todo objeto capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre, quedando comprendidas las armas propias como las ajenas.¹³⁹

También se aplica en este caso la atenuante por haber obrado en estado de emoción violenta y el agravante en razón del vínculo conyugal.

4) Violación.

El art. 119 inc. 3 el Cód. Penal tipifica el delito de violación, penando a quien tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo mediante el uso de la fuerza o intimidación.

Ahora bien, se ha juzgado reiteradamente que si el sujeto activo puede exigir del pasivo la prestación del débito conyugal no quedaría configurado el delito de violación, ya que ésta prestación está incluida entre los deberes nacidos del matrimonio.¹⁴⁰

Respecto del concubinato, mientras una parte de la doctrina sostiene que queda configurado el delito ya que no existe la obligación mencionada entre los concubinos, otro sector nos dice que no, merituando que la cohabitación comprende la ejecución de la cópula.

¹³⁷ Grosman- Mesterman - Adamo: “Violencia en la familia. La relación de pareja.” Op. cit.

¹³⁸ Nuñez, Ricardo: “Derecho Penal Argentino” Tº III. Págs. 190 y sgtes. Ed. Omega. Buenos Aires. 1961; CPen. Rosario, Sala 2ª del 30/9/80, en Rev. “Jurisprudencia Argentina”, Tº 1981-II, pág. 265 (fallo en el que se consideró incluso el dolor como una lesión)

¹³⁹ Nuñez, Ricardo. Op. cit. Pág. 265.

¹⁴⁰ Nuñez, Ricardo considera que en el matrimonio anticipadamente el sujeto pasivo ha prestado el consentimiento para ser accedido carnalmente. Nuñez, Ricardo; op. cit. Tº Iv, pág. 252.

La jurisprudencia¹⁴¹, por su parte, ha resuelto que, aceptar que el marido en caso de oposición de la mujer a la unión sexual, la puede someter con la violencia y por las vías de hecho, importaría afirmar que el acto del matrimonio implica la enajenación de la libertad sexual para la mujer, adquiriendo el hombre desde ese momento un derecho sobre el cuerpo de la mujer. La búsqueda debe estar dirigida a distinguir el derecho del modo de ejercerlo ya que en ésta materia, nada puede hacerse forzosamente, atento la índole personal de las cuestiones en juego y por respeto a la personalidad física y moral.

Coincidimos con la jurisprudencia recién y agregamos en éste sentido que la sanción que establece la norma en estudio, tiene por objeto proteger la libertad sexual de las personas independientemente de cual sea su estado civil.

5) Omisión de auxilio:

El abandono de persona comprende delitos que tienen por sujeto pasivo a la persona física, y protege su vida y su salud física y mental. Una de sus figuras es la *omisión de auxilio* (art. 108 del Código Penal)¹⁴². *La ley impone hacer algo en determinadas circunstancias (auxiliar a la víctima de una agresión injusta) y castiga el "no hacer"*¹⁴³.

Un niño víctima de violencia familiar, se encuentra en situación de peligro grave, tanto respecto de su vida e integridad física como respecto de sus posibilidades plenas de inserción social. La violencia altera el normal crecimiento del niño, produce daño físico y también psíquico (por los mensajes profundamente destructores para su psique), y a la vez incorpora pautas de conducta y hábitos de comportamiento que implican una socialización destructiva.

2.2.- Conclusión. Insuficiencia de las previsiones del Cód. Penal.

La función del derecho como ordenador y estructurador de la sociedad, de sus relaciones de poder y sometimiento de los valores imperantes, se cumple

¹⁴¹ Cámara de Acusación de Córdoba; Octubre de 1978, J.A. T 1979-II, pág. 8. Ver Grosman-Mesterman - Adamo: "Violencia en la familia. La relación de pareja." op. cit. Capítulo IV; pág. 136 y ss.

¹⁴² "Será reprimido con multa... el que encontrando perdido o desamparado a un menor de 10 años, o a una persona herida o **inválida o amenazada de un peligro cualquiera**, omitiese prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad"

¹⁴³ Soler Sebastián: "Derecho Penal Argentino" Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970. Tomo I, pp 291.

elaborando una determinada concepción del mundo, *“al producir y reproducir una representación imaginaria de los hombres respecto a si mismos y de sus relaciones con los demás, los estatuímos como libres e iguales al poder escamotear sus diferencias efectivas.”*¹⁴⁴

La rápida mirada que hemos dado recientemente al Código Penal nos muestra que nuestra legislación carece de un tipo penal específico que encuadre las distintas manifestaciones en que se presenta la violencia doméstica y como consecuencia de ello, las agresiones y negligencias producidas en el ámbito familiar quedan atrapadas por las figuras genéricas como el delito de lesiones, violación, abuso de armas, etc.

Las características específicas del maltrato dejan al descubierto la insuficiencia de los tipos vistos y demuestran la necesidad de crear una figura específica dentro del ámbito penal, como lo han hecho muchas legislaciones latinoamericanas,¹⁴⁵ ya que el objetivo de la norma en estos casos no sólo debe ser evitar la continuación de la violencia, sino resguardar la vida que en innumerables situaciones se halla en serio riesgo.

Obviamente que la previsión de un tipo penal específico no soluciona las innumerables dificultades a que aún nos enfrentamos, como son la problemática de la recolección de la prueba, la carga de la prueba que convierte a la víctima en objeto de sospecha y la cultura sexista de los aplicadores y operadores judiciales y policiales, entre otras.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, nosotros compartimos la opinión de nuestra doctrina en el sentido que el sistema penal marcado por las sanciones privativas de libertad es insuficiente para hacer frente a ésta problemática,¹⁴⁶ ya que ésta última, necesita inevitablemente de una combinación de estrategias jurídico-políticas de incidencia pública para lograr de esta manera un nuevo orden social para todos partiendo de que el efecto más importante de la norma no es el sancionatorio sino su capacidad educativa.

¹⁴⁴ Zaffaroni, Raúl: “Sistemas penales y derechos humanos” Ed. Depalma Buenos Aires 1989.

¹⁴⁵ República Oriental del Uruguay art 321 bis del Cód. Penal introducido por la Ley de “Seguridad Ciudadana”; la ley de violencia doméstica de Puerto Rico sancionada en 1989 (pionera de las leyes de éste tipo) combina entre sus preceptos elementos de penalización y la sanción civil. Ver Pérez Ferreiro, María de los Ángeles: “ Violencia doméstica: El derecho a vivir libre de violencia” en Revista de Ciencias Penales, Nro. 4 año 1998. Uruguay 1998.

¹⁴⁶ Entre muchos otros Di Lella, Pedro y Di Lella, Pedro (h). op.cít.

3.- Necesidad de normas específicas que aborden ésta problemática social.

3.1.- Las leyes de protección contra la violencia familiar.

Las leyes de protección contra la violencia familiar sancionadas se enmarcan dentro de la obligación asumida por el Estado Nacional en diversos Tratados Internacionales, que gozan hoy de rango constitucional atento lo normado por el art 75 inc. 22, primer párrafo, de nuestra Carta Magna, los cuales promueven por un lado, el respeto por la dignidad, la libertad de las personas y su derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o desagradables, y por otro, estipulan que los estados partes deberán adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger los derechos consagrados internacionalmente.

Así, se incorporan, con la mencionada jerarquía la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (ley 23.179), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ley 23.313), la Declaración Iberoamericana sobre Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y, en términos generales, todos aquellos instrumentos internacionales que protegen la vida, integridad psico-física, libertad y seguridad de las personas.

Las normas en cuestión son contemporáneas, ya que en el pasado, la legislación se ha mostrado sumamente reticente a toda intervención en casos de violencia en el hogar, dándose preferencia a una política dirigida a preservar la intimidad y la integridad de la familia.¹⁴⁷

Por este motivo, la violencia doméstica estaba solamente comprendida en las normas sobre delito de amenazas y de lesiones en general como hemos visto en el acápite anterior, obedeciendo los avances hechos en este campo a la investigación de la problemática y a los resultados poco satisfactorios obtenidos.

La ley 6346 de “violencia familiar, doméstica y/o abuso sexual” de la provincia de Tucumán así como la ley 39 de Tierra del Fuego sancionada el 1 de octubre de 1992 fueron las primeras normas en legislar la problemática en estudio.

¹⁴⁷ Ver Introducción. Capítulo I. 1,2.-

Luego fue la ley 24.417 sancionada en diciembre de 1994¹⁴⁸, la cual rigiendo sólo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hace referencia a situaciones de violencia sufridas en el espacio familiar por cualquiera de sus integrantes.

Posteriormente los restantes estados provinciales fueron paulatinamente dictando normas de igual naturaleza conforme la invitación efectuada por la ley nacional.¹⁴⁹

Las leyes en análisis establecen mecanismos de integración entre las normas penales y civiles al introducir un recurso civil que no excluye la posibilidad de intentar la vía penal frente a los delitos cometido, considerando no sólo los actos de fuerza que provocan lesiones sino contemplando las diversas manifestaciones en que se presenta la violencia doméstica.¹⁵⁰

Con éste alcance, un reciente fallo¹⁵¹ puso especial énfasis en lo tocante a la independencia de los remedios civiles y penales en violencia familiar, ya que si bien la ley nacional 24.417 atribuye competencia a los jueces de familia para entender en los casos de violencia, lo cierto es que no excluye la coexistencia de la vía represiva para que se investigue la posible comisión de un delito, a punto tal que autoriza al juez penal a tomar las medidas proteccionales adecuadas.¹⁵²

Si bien con anterioridad al dictado de éstas normas existía relación entre las familias con situaciones de violencia familiar y los juzgados con competencia en asuntos de familia, lo cierto es que su ámbito era menos específico ya que se presentaba en los juicios de divorcio y exclusión del hogar, e incluso en algunas insanias, en los de tenencia, régimen de visitas y especialmente de protección de personas con relación a menores.

¹⁴⁸ 24.417 "Ley de Protección contra la Violencia familiar" sancionada el 7/12/1994. B.O. 3/1/95 Decr. Regl. 235/96 B.O. 8/3/96

¹⁴⁹ Ley 24.417, art. 9: "Invítase a las provincias a dictar normas de igual naturaleza a las previstas en la presente". Decreto 235/96, art. 15: "Invitación a las Provincias. El Ministerio del interior cursará invitaciones a las provincias a efectos de que éstas dicten normas de igual naturaleza a las previstas en la Ley 24.417 y en el presente Decreto".

¹⁵⁰ Suarez, María de las Mercedes: "La mujer como filtro de la violencia familiar" Editorial Córdoba, 1997.

¹⁵¹ CNCiv., Sala F, 13/8/1999- N., M. P. v. N., E. Lamberti, Silvio: "Violencia Familiar. Violencia de género." En J.A. septiembre 2000. págs. 20 y ss.

¹⁵² Lamberti, Silvio: "Violencia Familiar. Violencia de género" en J.A. septiembre 2000. págs. 20 y ss. (art. 310 CPPN., texto según art. 8 ley 24.417; Antecedentes parlamentarios, n.10, 6; 1ª Inst. firme, Juzg. Nac. Civ.n. 25, expte. 90976/1998,"G.,J. Y otros v. T. P., V s/ denuncia por violencia familiar).

Por esa razón, la nueva legislación presenta una alternativa que antes no existía, en especial si lo que se procuraba era modificar la situación violenta sin llegar a la ruptura de la convivencia ya que, la intervención de la justicia penal en los problemas de violencia doméstica es recomendada sólo como última instancia.¹⁵³

El sistema de la justicia criminal crea más problemas que aquellos que logra resolver, en especial por la forma particular que la relación trilateral (víctima–autor del hecho–sistema judicial penal) asume en el proceso, la cual provoca en general no sólo la destrucción de la relación social preexistente, sino que sustrae a las partes de la propiedad del conflicto.¹⁵⁴

V. ANÁLISIS DE LAS LEYES DE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR.

5.- El procedimiento.

Las leyes en estudio no determinan la existencia de un proceso en el sentido clásico del término ya que el mecanismo que ellas instituyen constituiría *prima facie* un trámite especial con la finalidad de que la víctima pueda requerir y obtener el auxilio inmediato de la jurisdicción.

Como ejemplo de lo antes expuesto, la ley omite toda mención de instituciones usuales en el proceso civil como lo son la declaración de rebeldía, la presentación de alegatos, el dictado de la sentencia, etc. De todos modos es aplicable supletoriamente el Cód. Procesal Civil y Comercial en tanto no se oponga a las normas de carácter tuitivo de la ley de violencia.¹⁵⁵

Sin entrar a analizar en este momento la naturaleza jurídica de éste trámite, tema que lo dejaremos para más adelante, podemos adelantar nuestra opinión al respecto diciendo que se trata de un proceso urgente en el que se ha dado primacía

¹⁵³ Carranza Casares, Carlos: "Violencia en la familia y Juzgados de Familia. (Trabajo exploratorio sobre la aplicación de la nueva ley de violencia familiar en los juzgados de Familia de la Capital Federal.)", Revista Derecho de Familia, nro. 12, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Ver Capítulo IV. 2.1.-

¹⁵⁴ García Méndez, Emilio: "La violencia doméstica y el sistema de la justicia penal. Pautas para un derecho penal mínimo." Doctrina Penal, año 10, nro. 37, enero-marzo, Buenos Aires, 1987.

¹⁵⁵ Lamberti, Silvio; Sánchez, Aurora: "Régimen jurídico de la violencia familiar. El sistema de la ley 24.417 y su decreto reglamentario 235/96." en Lamberti-Sánchez-Viar (compiladores): "Violencia familiar y abuso sexual" Editorial Universidad. Buenos Aires 1998

a la celeridad procesal por sobre otros derechos, con la única finalidad de resultar una respuesta oportuna a la problemática que tiende a abordar.

5.1.- La denuncia. Sus forma. Patrocinio letrado.

La denuncia sobre hechos de violencia doméstica podrá realizarse en forma verbal o escrita ante el juez competente, teniendo como finalidad esta modalidad facilitar el camino a la persona que está siendo víctima de una situación de maltrato.

En la práctica diaria de la Provincia de Buenos Aires, las personas que padecen estas situaciones, generalmente concurren en primera instancia a la comisaría que le corresponde por su domicilio y, frente al peligro inminente de la violencia, dicha dependencia recibe la denuncia haciéndoles saber que deberán concurrir dentro de las 48 o 72 horas siguientes al juzgado que resulte competente¹⁵⁶ con el objeto de ratificar sus dichos en sede judicial.

Por esta razón, es muy importante la capacitación policial al igual que prever el acompañamiento de estas situaciones con otras herramientas como pueden ser la posibilidad de recurrir a casas refugios o albergues para las víctimas, los servicios de un equipo de contención a la víctima¹⁵⁷, tratamiento terapéutico oportuno, líneas especiales de teléfono donde llamar, etc.

Coincidimos con la Dra. Kemelmajer en el sentido que *“no se trata de crear nuevas estructuras burocráticas más o menos efectivas, sino de tener organismos de apoyo que resuelvan los problemas que a diario se presentan”*.¹⁵⁸

Respecto del requisito del patrocinio letrado, con excepción de las leyes 4943 de violencia familiar de la provincia de Catamarca, ley 5107 de Jujuy, ley 3042 de Río Negro y 6672 de Mendoza, las cuales establecen expresamente que la víctima de maltrato podrá *“denunciar los hechos en forma verbal o escrita con o sin patrocinio*

¹⁵⁶ En la Provincia de Buenos Aires con la nueva ley del Ministerio Público y el nuevo Código Procesal Penal que crean, dentro del ámbito de la Fiscalía General, el Centro de Asistencia a la víctima, la Seccional Policial interviniente debe hacer saber a la víctima que puede recurrir a la mencionada dependencia en búsqueda de asesoramiento, de lo cual el oficial encargado deja constancia en el acta de la denuncia.

¹⁵⁷ Existen múltiples alternativas como son la utilización de la figura del amicus curiae, del acompañante solidario, etc.

¹⁵⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída: *“Algunos aspectos procesales en las leyes de violencia familiar”* en *“Revista de Derecho Procesal 2002-1”*. *“Derecho Procesal de Familia – I”* Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2002. Pág. 115 y sgtes.

letrado ante el juez competente y solicitar medidas cautelares conexas"; el resto de las normas omiten esta aclaración, surgiendo en consecuencia la discusión en la doctrina y jurisprudencia de sí para la admisibilidad de la denuncia es obligatorio o no el mencionado requisito.

Nosotros consideramos, al igual que gran parte de la doctrina¹⁵⁹, que para la primer presentación no es necesario el patrocinio letrado, requiriéndose sí luego para las restantes peticiones con la única finalidad de resguardar el derecho de defensa y las normas del debido proceso ya que, caso contrario, será la propia denunciante quien se verá perjudicada al carecer de la mencionada asistencia jurídica, la cual asimismo cumple una función de contención de la víctima que no debe ser menospreciada.

Por otra parte, no debe olvidarse que la "denuncia" o "comunicación"¹⁶⁰ no es una demanda *stricto sensu* y por este motivo el requisito del patrocinio letrado puede ser postergado.

En esta línea, Peyrano¹⁶¹ enseña que el artículo 2º de la ley santafecina 11.529 reconoce un "*jus postulandi*" – aptitud técnica para formular postulaciones en sede judicial - del agredido para presentarse derechamente ante los estrados judiciales, sin que sea menester asistencia jurídica técnica alguna.

La posibilidad antes mencionada es una excepción a los principios procesales razón por la cual, las siguientes presentaciones deberán ajustarse a las normas del código de procedimiento local.

Este criterio surge del art. 10 del Proyecto de ley de violencia familiar aprobado por el Senado de la Nación, el cual establecía: "*La presentación podrá hacerse en forma escrita o verbal, con o sin patrocinio letrado. Para la sustanciación del proceso, las partes deberán tener asistencia letrada, la que podrá solicitarse al defensor de pobres y ausentes...*"¹⁶² También fue seguido por el art. 5 del decreto 235/96, reglamentario de la ley 24.417.

¹⁵⁹ Grosman, Cecilia P.; Martínez Alcorta, Irene: "Una ley a mitad de camino. La ley de protección contra la violencia familiar, cft. ,L.L. 1995-B-856, íd. Lamberti, Silvio; Sanchez, Aurora, "Régimen jurídico de la violencia familiar", en Lamberti, Sanchez, Viar (compiladores), "Violencia familiar y abuso sexual", 1998, Ed. Universidad, p. 68.

¹⁶⁰ La ley de La Pampa, llama comunicación a la denuncia por violencia familiar.

¹⁶¹ Peyrano, Jorge: "Anotaciones provisionales a la ley 11.569 de protección contra la violencia familiar" en Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Santa Fe, N° 35, 1998, p.163.

¹⁶² Este proyecto puede consultarse en la Rev. de Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, n. 8, 1992, Ed. Abeledo-Perrot, p. 127.

Pero lo cierto es que ante la omisión legislativa, muchos juzgados competentes no reciben la denuncia si la misma no es presentada por un profesional de la matrícula o por el defensor de pobres y ausentes en los casos en que la víctima carezca de recursos económicos. Entendemos que esta situación desnaturaliza en gran medida el marco de actuación fijado por las leyes tendiente a neutralizar de manera urgente la crisis que se intenta denunciar ante el juez.

5.2.- Legitimación activa.

a) Personas legitimadas para denunciar los actos de violencia familiar de los que es víctima una persona mayor de edad.

La ley bonaerense 12.569 establece una legitimación tan amplia que todo ciudadano que tome conocimiento de hechos de violencia podrá formular la pertinente denuncia.¹⁶³

Es también la solución de la ley 1918 de la provincia de La Pampa la cual condiciona la legitimidad amplia a que el interés social lo justifique y siempre que la persona mayor de edad no pudiera realizar la denuncia por su condición física o psíquica.¹⁶⁴

Receptan las normas de esta manera las críticas realizadas oportunamente a la ley 24.417,¹⁶⁵ en el sentido que ésta última no otorga a los familiares de la víctima la posibilidad de reclamar la protección jurisdiccional, sin tener en cuenta que por las particularidades de este problema, muchas veces el afectado es invadido por el miedo el cual le imposibilita el ejercicio de su derecho de poner en conocimiento de las autoridades pertinentes, la violencia que padece a tiempo.¹⁶⁶

¹⁶³Art. 3 Ley 12.569: *“Las personas legitimadas para denunciar judicialmente son las enunciadas en los artículos 1 y 2 de la presente ley, sin necesidad del requisito de la convivencia constante, y toda persona que haya tomado conocimiento de los hechos de violencia. La denuncia podrá realizarse en forma verbal o escrita.”*

¹⁶⁴ art. 5º, 2º párrafo, ley 1918 de La Pampa *“cuando el interés social lo justifique cualquier ciudadano podrá formular la comunicación, siempre que se encuentren involucrados niñas, niños o adolescentes, personas con capacidades diferentes, ancianos y otras personas mayores de edad que por su condición física o psíquica, no pudieran hacerlo.”*

¹⁶⁵ Grosman, Cecilia P.; Martínez Alcorta, Irene: *“Una ley a mitad de camino. La ley contra la violencia familiar”*. L.L. T 1995-B. Sec. doctrina. La ley 24.417 en sus arts. 1 y 2 es poco clara al referirse a quiénes pueden ser los sujetos denunciadores.

¹⁶⁶ Castro, Alicia y otros: *“Aplicación de la ley 24.417 en los Juzgado de primera instancia con competencia en familia y Asesorías de menores de la Capital Federal”*. Rev. de Derecho de familia. Rev. Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N°12, Ed. Abeledo-Perrot, p.189. Buenos Aires 1998.

Sin perjuicio de ello, la mayoría de la doctrina nacional sostiene que debe citarse a la presunta víctima para que ratifique la denuncia efectuada por una persona que carece de representación, en vez de que ésta sea rechazarla *in limine* por falta de legitimación.

En la doctrina nacional señala Grosman que todo ciudadano que sospeche de actos de maltrato infantil tiene derecho de hacerlos conocer tanto a los servicios sociales como a la justicia.¹⁶⁷

Las nuevas leyes locales, como hemos visto, han ido ampliando el campo de la legitimación para denunciar, siendo ésta también la orientación en el derecho comparado.

En este sentido, la ley contra la violencia en la familia o doméstica de Bolivia (n. 1674, 15/12/1995), art. 22, establece: *"Están legitimados para solicitar protección a favor de la víctima, denunciando hechos de violencia física o psicológica, sus parientes consanguíneos, afines o civiles, o cualquier persona que conozca estos hechos"*.¹⁶⁸

Es también la opción de la "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar" de Guatemala, la cual en su art 3 inc. c establece que *"la denuncia puede ser presentada por cualquier miembro del grupo familiar, en beneficio de otro miembro del grupo familiar, o cualquier testigo del hecho."*

Similares leyes en Honduras, Chile y Perú otorgan también legitimación para poner estos hechos en conocimiento del juez a cualquier persona que sepa de ellos.

Por supuesto, estas soluciones legislativas no significan que cualquiera de los autorizados a denunciar pueda ser considerado *"parte"* en el proceso; esta calidad sólo estará reservada a la víctima y al agresor, sus representantes legales y dadas las particularidades del caso a otros miembros del "grupo familiar" o al Ministerio Público en su caso.¹⁶⁹

Si bien nosotros consideramos apropiada esta ampliación de la legitimación, no desconocemos que en muchos casos puede no ser efectiva la denuncia efectuada por un familiar o por cualquier tercero, ya que es requisito indispensable

¹⁶⁷ Grosman, Cecilia: "Violencia Familiar" Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2002, Pág. 181.

¹⁶⁸ Chechile, Ana M.: "Violencia Familiar, Comentarios a la nueva ley de la Provincia de Buenos Aires 12.569." J.A. agosto 15 de 2001. numero 6259.

¹⁶⁹ Di Lella, Pedro; Di Lella, Pedro(h): "La ley contra la violencia familiar de la provincia de Buenos Aires". J.A. nro. 6244. Buenos Aires, mayo 2001. Pág. 2.

en estos procesos el acompañamiento y compromiso del afectado y todo su grupo familiar.

Por otra parte, sabemos de los riesgos del anonimato y de los costos de la justicia. Por ello pensamos que la denuncia anónima puede y debe ser realizada, pero los organismos intermedios “asesorías”, “fiscalías” y “policía” deben tener la responsabilidad institucional y personal de su efectivación ante la justicia.

b) Personas obligadas a denunciar los actos de violencia.

Las leyes de protección que analizamos, unánimemente señalan una serie de personas que se encuentran obligadas a denunciar inmediatamente los hechos de violencia de los que tomen conocimiento, siempre que de ellos sean víctimas **personas menores de edad, incapaces, ancianos o discapacitados.**

Mucho se ha debatido acerca de los aciertos de la ley 24.417 al establecer la obligación de denunciar de ciertos terceros frente a los damnificados antes mencionados, pero sin duda el legislador ha tomado el camino correcto sin perjuicio de que puedan realizarse algunas de las siguientes aclaraciones, aplicables también a las restantes leyes locales.

Entendemos que la norma al referirse a menores alude a las personas menores para la ley civil, es decir a los menores de 21 años de edad (art. 126 del Cód. Civil), correspondiendo incluir en ésta categoría a los *nasciturus*¹⁷⁰ o persona por nacer, ya que cuando la madre embarazada es sometida a intenso maltrato físico o psíquico por parte de su marido, concubino, hermano o cualquier otro familiar, compromete no sólo la salud de la mujer sino también la del ser por nacer.

Debe tenerse en cuenta que el embarazo es un factor de riesgo que incide en ésta problemática, ya que de investigaciones realizadas y de la práctica clínica surge que el estado de gravidez de la madre agrava el maltrato físico o funciona en muchas oportunidades como disparador de la violencia.

Tampoco debe olvidarse del maltrato prenatal que se da cuando condiciones de vida de la madre gestante como la alimentación deficitaria, el exceso de trabajo corporal, enfermedades infecciosas, hábitos tóxicos, seguimiento

¹⁷⁰ Martínez Roig, Antoni y De Paul Ochotorena, Joaquín: “Maltrato y abandono en la infancia”, p. 28. Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1993, citado por Viar, Juan Pablo María y Lamberti, Silvio en “La obligación de denunciar en la ley 24.417, Sistema actual. Crítica y propuesta.” en Lamberti-Sánchez-Viar (compiladores), “Violencia familiar y abuso sexual”, 1998, Ed. Universidad, p. 68.

inadecuado de una enfermedad crónica, etc., se mantienen durante el embarazo pudiendo ser éstas evitadas trayendo consecuencias negativas en el feto.

Al incluir en éstas normas a los incapaces, el legislador no apuntó a los incapaces absolutos del art 54 del Cód. Civil que quedan incluidos en las restantes categorías mencionadas, sino a aquellas víctimas que padecieron una enfermedad que, de acuerdo a parámetros psiquiátricos, los posicionan en una particular situación de indefensión que les impide petitionar la protección legal adecuada.¹⁷¹

Respecto de los ancianos y como ya lo mencionáramos en los acápites precedentes, la legislación no establece pautas concretas para definir ésta categoría debiendo prevalecer a nuestro entender un criterio flexible que permita incluir en ésta categoría a las personas de avanzada edad que se encuentran imposibilitados de denunciar los actos violentos frente al criterio rígido adoptado por la Organización Mundial de la Salud que establece en más de 65 años el concepto de ancianidad.

Discapacitados conforme el art 2 de la ley 22.431 es toda persona que *“...padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integridad familiar, social, educacional o labora.”*; no requiriéndose la declaración de su discapacidad para verse amparada por ésta protección legal.

No cabe duda que los primeros obligados a denunciar los actos de violencia que padece una persona incluida en alguna de las categorías victimológicas antes mencionadas son sus representantes legales, es decir sus padres, tutores o curadores y el Ministerio Público en su carácter de representante promiscuo de los menores e incapaces.

Los servicios sociales, educativos, médicos (públicos o privados), profesionales de la salud, funcionarios públicos en razón de su profesión y quienes tengan una relación permanente con la víctima, tendrán una obligación agravada, y el ilícito generado por el no cumplimiento de la obligación continuará por todo el tiempo en que se omita dicho mandato, sin que haya prescripción o caducidad de

¹⁷¹ Viar, Juan Pablo María y Lamberti, Silvio: “La obligación de denunciar en la ley 24.417. Sistema actual. Crítica y propuesta.” en Lamberti-Sanchez- Viar (compiladores), “Violencia familiar y abuso sexual”, 1998, Ed. Universidad, p. 68. Además sobre el tema ver Gomez, Julio Cesar “El concepto de grupo familiar en la ley santafecina de violencia familiar” en el libro “Violencia Familiar” Ed. Rubinzal- Culzoni; Santa Fe 2002, Pág. 153 y jurisprudencia por el citada en orden a la violencia en la persona por nacer.

la carga¹⁷², a menos que el obligado pueda probar que la denuncia fue fehacientemente efectuada por la propia víctima o por terceros.

Si bien la legislación penal establece sanciones para el funcionario que no efectúa la denuncia a la que está obligado (por.ej. la figura de incumplimiento de los deberes del funcionario público), frente a la situación de que generalmente la manera de tomar conocimiento de los hechos de violencia contra menores de edad, es con las denuncias en término de los obligados antes mencionados, la ley 12.569 de la provincia de Buenos Aires obliga, al juez interviniente en el proceso de violencia ¹⁷³a citar a las personas mencionadas, de oficio a la causa, además de poder imponerles una multa y en caso de corresponder, remitir los antecedentes al fuero penal. Obviamente estas sanciones no podrán ser impuestas sin dar el debido derecho de defensa al factible sancionado.

La mayoría de la doctrina considera acertada la obligación impuesta por el precepto en estudio, ya que la violencia doméstica es una problemática que, a pesar de ser detectada por los organismos públicos o privados, éstos no llegan a poner en conocimiento de las autoridades competentes los abusos detectados por diversos motivos.¹⁷⁴

Que grado de conocimiento debe tener el denunciante para verse obligado por la norma?

La jurisprudencia nacional¹⁷⁵ ha considerado en reiteradas oportunidades que la mera sospecha de maltrato ante la evidencia física o psíquica que presenta el maltratado da suficiente grado de certeza para que el magistrado actuante ordene las medidas cautelares. Es éste el mismo grado de certeza que se requerirá para

¹⁷² Viar, Juan Pablo María y Lamberti, Silvio: "La obligación de denunciar en la ley 24.417. Sistema actual. Crítica y propuesta." en Lamberti-Sanchez- Viar (compiladores), "Violencia familiar y abuso sexual", op. cit.

¹⁷³ Ley 12.569 art. 4: " *Cuando las víctimas fueran menores de edad, incapaces, ancianos o discapacitados que se encuentren imposibilitados de accionar ppor sí mismos, estarán obligados a hacerlo sus representantes legales, los obligados por alimentos y/o el Ministerio Público, como así también quienes se desempeñan en organismos asistenciales, educativos, de salud y de justicia, y en general, quines desde el ámbito público o privado tomen conocimiento de situaciones de violencia familiar o tengan sospechas serias de que puedan existir. La denuncia deberá formularse inmediateamente.* "

¹⁷⁴ Gossman, Cecilia P-Mesterman, S.: "Maltrato al Menor", Editorial Universidad. Buenos Aires 1998.

¹⁷⁵ CNCiv., Sala F, 9/2/96, "G.,M.E. c/I.,G.F. s/ denuncia de violencia familiar"(del dictamen del asesor de Menores de Cámara);ídem, Sala A, 25/3/97,"S.,A.D. c/G.,R.E. s/ denuncia de violencia familiar", L.L. 16/9/97.

que el denunciante se vea obligado por la norma. Por ello, la sospecha ante la evidencia, legitima.

Por otro lado, la norma bonaerense también supera la imprecisión de la ley 24.417 al disponer que *“la denuncia deberá efectuarse inmediatamente.”*¹⁷⁶ frente a la ley nacional que no fija un plazo máximo improrrogable para efectuar la denuncia ni establece sanciones específicas para quienes no cumplan con tal obligación y para los terceros no obligados que frustren o intenten frustrar su cumplimiento.

c) Personas que pueden poner los hechos de violencia en conocimiento del juez.

El art. 2º de la ley 24.417 dispone que *“...El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al Ministerio Público”*

El art. 5 de la ley 12.569 establece la obligación del Juez o Tribunal, del Ministerio Público o de la autoridad pública con competencia en la materia, en el supuesto que la víctima sea menor de edad y/o incapaz, de recepcionar directamente de los damnificados sus denuncias con la finalidad de requerir la interposición de las acciones legales correspondientes.¹⁷⁷

Del precepto antes transcripto surge que en cumplimiento del art 12 de la Convención de los Derechos del Niño, las leyes provinciales amplían la capacidad permitiendo que el incapaz concorra también por ante el juez o ante cualquier autoridad pública.

5.3.- Legitimación pasiva. Grupo familiar.

El concepto de grupo familiar que establece el art. 1 de la ley 24417 es criticable ya que quedan sin el amparo de la normativa supuestos que deberían tener una debida protección en el ámbito civil, como el caso de violencia de colaterales, novios o ex novios.¹⁷⁸ Es éste también el mismo alcance dado al concepto por las leyes 4175 de la provincia de Chaco (art. 1), ley 4118 del Chubut (art. 1) y ley 5019 de Corrientes (art. 1).

¹⁷⁶ Ver cita 161

¹⁷⁷ art 5 ley 12.569: *“Los menores de edad y/o incapaces víctimas de violencia familiar, podrán directamente poner en conocimiento de los hechos al Juez o Tribunal, al Ministerio Público o la autoridad pública con competencia en la materia, a fines de requerir la interposición de las acciones legales correspondientes.”*

¹⁷⁸ art. 1 ley 24.417: *“...A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o las uniones de hecho”*

La ley entrerriana sujeta el concepto de grupo familiar al requisito de compartir la vivienda en forma permanente o temporaria y a estar unido por lazos de parentesco (art. 3 de la ley 9198).¹⁷⁹

Más acertada nos resulta la regulación de la ley 5107 de la provincia de Jujuy, la cual entiende por grupo familiar a las personas unidas por lazos de consanguinidad, de afinidad o por simples relaciones de hecho, aún cuando **no cohabiten bajo el mismo techo** como también los actos de tutores y curadores respecto de los pupilos. Con esta misma orientación la ley 1918 de La Pampa establece en su artículo 2 que el grupo familiar es el originado en el parentesco, el matrimonio o las uniones de hecho, **aunque hubiese cesado la convivencia**, alcanzando también la protección a las parejas que no cohabiten en forma permanente, a los hijos de los integrantes y al adoptado respecto de la familia del adoptante.

Por su parte la ley catamarqueña 4943, no define el término grupo familiar, vacío legal que permitirá al Juez determinar que tipo de relación afectiva se encuentra incluida dentro de la regulación.

La ley bonaerense brinda un concepto mucho más abarcativo de grupo familiar al entender por tal *“al originado en el matrimonio o en uniones de hecho, incluyendo a los ascendientes, descendientes, colaterales y/o consanguíneos y a convivientes o descendientes directos de algunos de ellos.”* Aplicándose también a las relaciones de noviazgo o pareja vigentes o extintas o a las personas que hubieran estado vinculadas por matrimonio o unión de hecho.

Resulta sumamente novedoso y atinado lo dispuesto por el anteproyecto de “Ley contra la violencia doméstica hacia la mujer” de Paraguay que establece en su artículo 2 que el agente activo de la violencia es toda persona sea o no conviviente y que se dé dentro de la unidad doméstica o a consecuencia de relaciones personales. Es decir que se toma un concepto extenso de grupo familiar que se basa principalmente en la convivencia o por más que ella no exista, se basa en la relación personal entre víctima y agresor.

5.4.- Competencia.

¹⁷⁹ art. 3 ley 9198: *“...Se entiende por grupo familiar conviviente al formado por aquellas personas unidas por lazos de parentesco, sanguíneos o no, aunque provenga de uniones de hecho y que comparten la vivienda en forma permanente o temporaria.”*

Cada norma fija el tribunal competente para entender en las denuncias de violencia familiar, así la ley nacional 24.417 fija como juez competente aquel que detenta la competencia en asuntos de familia, a diferencia de la ley bonaerense la cual distribuye la competencia entre los Tribunales de Familia, los Jueces de Menores, los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y los Jueces de Paz del domicilio de la víctima.

Coincidimos con el Dr. Di Lella¹⁸⁰ en el sentido de que atento la manera en que está redactado el art. 6 de la ley 12.569 debe entenderse que todos los tribunales enunciados tienen competencia para entender en este tipo de proceso, no estableciéndose ningún orden de prelación al respecto, más allá de que, con toda seguridad y en razón de circunstancias que hacen al equipamiento técnico y a las materias tratadas, serán los Tribunales de Familia los que mejor preparados estén para el tratamiento del tema.

Esta situación de escasa definición y atribución de competencia a distintos tribunales de una misma jurisdicción produce en la práctica el problema de la multiplicidad de causas, o el congestionamiento del tribunal que lleve adelante las denuncias con rapidez y efectividad.

Por otro lado, hay quienes sostienen¹⁸¹ que el art. 6 antes mencionado realiza una distinción según la gravedad de las lesiones, otorgándole competencia a los Tribunales de Familia, jueces de Menores, jueces de primera Instancia en lo Civil y Comercial y jueces de Paz cuando aquellas son leves, y la penal o minoril *“cuando la denuncia verse sobre hechos que configuren delitos o se encuentren afectados menores de edad”*.

Nosotros consideramos que la norma no intenta establecer una clasificación entre lesiones leves y graves para determinar la competencia, sino que reafirma la de los nombrados en primer término aún cuando el hecho configure un delito de acción pública, con la salvedad de que el juez interviniente o que previene en el proceso deberá poner en conocimiento del juez competente para entender en el delito de que se trate y del Ministerio Público, los hechos denunciados, sin perjuicio de tomar las medidas urgentes contempladas en la norma(art.7).

¹⁸⁰ Di Lella, Pedro; Di Lella, Pedro(h): op. cit.

¹⁸¹ Chechile, Ana M. “ Violencia Familiar. Comentario a la nueva ley de la Provincia de Buenos Aires 12.569”. op. cit.

5.4.1. Límites de la competencia. Conexidad.

El objetivo principal de las normas en estudio es evitar la repetición de los actos de violencia, para lo cual el magistrado interviniente se encuentra facultado para tomar las medidas cautelares conexas¹⁸² al hecho denunciado.

La gran mayoría de las leyes provinciales que versan sobre violencia familiar al igual que la ley 24.417 enuncian entre las medidas cautelares conexas que el juez podrá ordenar, la fijación en forma provisoria de la cuota alimentaria, tenencia y régimen de visita.¹⁸³

Una de las pautas interpretativas creadas por la jurisprudencia nacional con respecto a la aplicación de la ley 24.417, es que ésta fija un marco de actuación para el tratamiento jurisdiccional de los episodios de violencia familiar que no debe ser desnaturalizado con planteos y trámites que excedan notoriamente el limitado encuadre procedimental estipulado para la adopción de medidas urgentes tendientes a la enervación de la situación de crisis denunciada ante los estrados judiciales¹⁸⁴, fundamento que se utiliza para la denegación del pedido de alimentos provisorios realizada en el juicio de violencia.

Debe tenerse siempre presente que, la acción expedita prevista en la ley 24.417 tiene por finalidad hacer cesar el riesgo que pesa sobre la víctima, evitándose el agravamiento de los perjuicios concretos derivados del maltrato que se cierne sobre ellas, mediante la adopción de medidas eficaces, urgentes y transitorias.¹⁸⁵

En este mismo sentido un fallo de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil ponderó la circunstancia de que la utilización de los remedios previstos por la ley 24.417 no habían sido solicitados con la finalidad de poner fin a una situación de violencia familiar, sino que se pretendió, como objeto principal, obtener la

¹⁸² El art. 1 de la ley 24.417 denomina a las medidas que puede ordenar el juez “medidas cautelares conexas”, el art 4 “medidas cautelares” y el art 5 “medidas precautorias”. El art. 7 de la ley 12.569 las denomina medidas conexas, la ley 4943 las denomina medidas cautelares.

¹⁸³ En igual sentido las leyes 4943 art. 3º inc h de Catamarca (1998), ley 4118 art 4 de Chubut (1995), ley 5019 art. 4 de Corrientes, ley 9198 art. 8 Entre Ríos (1999), ley 5104 art. 21 de Jujuy (1998), ley 1918 art. 18 de La Pampa (2001), ley 6580 art. 10 La Rioja (1998), ley 3325 art. 4 Misiones(1996), ley 2212 art. 14 Neuquén (1997) entre otras.

¹⁸⁴ CNCiv., Sala F, 27/2/96, J.A. 1996-III, síntesis, E.D. 171-104 y L.L. 1996-C-577; conf. Sala E, 14/5/97, L.L.1997-E-655. CNCiv; Sala E. 1996/09/19.”B., R. A. y otros c. C., A. P.” L.L., 1998-D,880 (40.661-S). CNCiv, Sala E, 1997/05/14. “B., M.C.c.A., E.M.” L.L. 1997-E,654. CNCiv, Sala F, 1996/02/27. L.L. , 1996-C,577.

¹⁸⁵ CNCiv., Sala A, 21/5/96, E.D. 173-529 y L.L. 1997-B-517 con nota de Muñiz, Roberto F. “Violencia familiar y menores”

tenencia de los menores y sólo en forma complementaria la restitución al inmueble en que habitaba el demandado con sus hijos menores con la sola invocación de que aquel pertenecía en propiedad a la actora. Se sostuvo, asimismo, y tomando en consideración que toda decisión judicial debe cuando existen menores involucrados, consultar primordialmente su interés e inspirarse fundamentalmente en lo que resulte más conveniente para su protección, que es razonable postergar la exclusión para una vez reunidos en el expediente suficientes elementos de juicio.¹⁸⁶

La ley bonaerense de protección contra la violencia familiar ha establecido un procedimiento que dista de ser contradictorio y que permite adoptar las medidas urgentes que correspondan.

Analógicamente puede sostenerse, siguiendo la tendencia marcada por la doctrina judicial sentada por los juzgados nacionales, que la aplicación de la norma en estudio no debe buscar eludir el cumplimiento de los trámites exigidos por el ordenamiento jurídico (Vg. en vez de entablar demanda de divorcio o separación personal, la víctima denuncia el maltrato físico o psíquico solicitando la exclusión del hogar del agresor)¹⁸⁷

Esta es una práctica diaria que se ve en nuestros tribunales, ya que la ley 12.569, al igual que su par nacional, ofrece la ventaja de ser un trámite urgente y la posibilidad de ser realizado, como ya dijéramos, sin patrocinio letrado obligatorio consagrando de esta manera una vía procesal más rápida que la prevista para cada acción en particular.

Creemos igualmente que si en un caso se disfraza la pretensión como autosatisfactiva cuando hubiera correspondido recurrir a otras acciones y frente a la hipótesis de que se configuren los supuestos de violencia, deben dictarse las medidas protectoras contra la violencia con la urgencia exigida, aunque existan otras acciones o vías procesales para obtenerlas.¹⁸⁸

Por otra parte, existiendo un juzgado donde se encuentren tramitando los juicios de alimentos, tenencia, régimen de visitas y divorcio vincular, las medidas vinculadas con los hechos de violencia familiar deben plantearse en la jurisdicción de ese juzgado.¹⁸⁹

¹⁸⁶ D.J. 1997-1-229

¹⁸⁷ CNCiv., Sala C, 30/9/97, "P.,V.E. v. G.L.", J.A. 1998-II-296.

¹⁸⁸ Lloveras, Nora.; "Violencia Familiar" J.A. 1999-I-875.

¹⁸⁹ CNCiv., Sala B, 1997/02/25. "C.,A. c. A.,F. " L.L. 1997-C,1004, J. Agrup., caso 11.643.

VI.- LAS MEDIDAS.

6.- Las medidas que debe ordenar el juez competente.

6.1.- Naturaleza jurídica de las medidas y del proceso.

Los grandes males de la maquinaria judicial y los magros resultados en cuanto a eficacia y prontitud de respuestas de los reclamos de la gente llevan a la necesidad de un cambio urgente el cual es propugnado por la doctrina de fines de siglo pasado.

La herramienta procesal debe ser conocida por todos como el instrumento que posibilite el real acceso a la justicia de la población y el que se erige en el ideal a la hora de solucionar las controversias de los justiciables, pero se advierte desde antiguo que la lentitud de los procedimientos judiciales puede aparejar el cierto riesgo de que la composición del conflicto resulte tardía y, a su vez, que mientras se aguarda el normal desenlace se alteren, deliberada o involuntariamente, las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se reclamó la intervención del órgano jurisdiccional, tornando de esta manera ilusoria la resolución judicial.¹⁹⁰

Con ésta finalidad el *procesalismo moderno* procura el reforzamiento y ampliación de la protección cautelar a fin de evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía, teniendo esta corriente de pensamiento como uno sus pilares distintivos el mejoramiento del sistema judicial.

Algunas de las vías para lograr esta mejora es a través de la inmediatez y la oralidad, el activismo judicial repotenciado, el ensanchamiento del elenco de los legitimados y la ampliación de la protección cautelar para evitar una sentencia ineficaz.¹⁹¹

Es en este camino donde la doctrina ha comenzado a elaborar el concepto de “proceso urgente” como género que comprende en su seno a las medidas cautelares, pero también a otros tipos de resoluciones diferenciables y con

¹⁹⁰ Kielmanovich, Jorge L.: “Medidas Cautelares” págs. 135 y sgtes. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires 2000.

¹⁹¹ Saux, Edgardo Ignacio: “Reflexiones sobre la condición posmoderna y sus proyecciones jurídicas”, JA 1995-II-953.

caracteres propios como lo son las resoluciones anticipatorias y las medidas autosatisfactivas.¹⁹²

Morello¹⁹³ describe a estos procesos urgentes como los procedimientos que tienen como único objeto la prevención o cesación de un daño, independientemente de los reclamos que las partes puedan formular en otros procesos de conocimiento, siendo la nota característica de éstos, la prevalencia en el trámite del principio de celeridad, el cual obliga a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad, con la finalidad de acordar una tutela eficaz.¹⁹⁴

En este mismo sentido en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de Corrientes de 1997¹⁹⁵ se definió a los procesos autosatisfactivos como *“una solución urgente no cautelar, despachable in extremis que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal.”*

También se dijo en ese foro que *“resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándole así cabida legal a los procesos urgentes y a las llamadas medidas autosatisfactivas.”*¹⁹⁶

En este contexto ubicamos a las leyes de protección contra la violencia familiar dentro de los llamados “procesos urgentes”, razón por la cual analizaremos las características de éstos últimos partiendo desde la mejor manera que consideramos apropiado su estudio que es diferenciándolos de las clásicas medidas cautelares.

Las medidas cautelares son verdaderos anticipos jurisdiccionales que pueden solicitarse antes, simultáneamente o posteriormente a la iniciación de la

¹⁹² De los Santos, Mabel A. : “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas” en J.A. 1997-IV-800.

¹⁹³ Morello, Augusto Mario :“ La cautela satisfactiva”, en J.A. 1995-IV-414.

¹⁹⁴ De los Santos, Mabel A.:“La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados procesos urgentes”, J.A. 1996-I-633.

¹⁹⁵ XIX Congreso de Derecho Procesal de Corriente 1995. Libro de Conclusiones.

¹⁹⁶ XIX Congreso de Derecho Procesal de Corriente 1995. Libro de Conclusiones. 8)...9)Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: Concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial. 10) Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas.”

demanda.¹⁹⁷ La demostración de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y el otorgamiento de la contracautela, constituyen los presupuestos de admisibilidad y de ejecutabilidad de las mismas.

Esta clase de medidas son de carácter instrumental en cuanto carecen de un fin en sí mismas y sólo pueden existir subordinadas y en forma accesoria a un proceso principal, siendo otras notas distintivas la “provisionalidad” y la mutabilidad.¹⁹⁸

Si bien en los procesos de familia las medidas cautelares adquieren un peculiar contorno verificándose profundas modificaciones en torno a su carácter instrumental, a su proveimiento “*inaudita pars*”, a los presupuestos que hacen a su admisibilidad y ejecutabilidad, a la facultad del órgano para ordenarlas, la legitimación de las partes para solicitarlas y la disponibilidad inmediata de su objeto, todo ello no las priva de su carácter de tales.¹⁹⁹

En cambio los procesos urgentes están destinados a la resolución inmediata de pretensiones con carácter definitivo, haciéndolo con autonomía propia, es decir, se trata de un proceso independiente, que no es accesorio de otro principal, que se agota en sí mismo y que finaliza con el cumplimiento de la cautela requerida pues no existe otra pretensión que ésta última.²⁰⁰

A través de las normas en estudio se crea un procedimiento judicial especial cuya finalidad no es sancionar al que ejerce la violencia, sino intervenir preventivamente con el objeto de evitar los abusos y maltratos del tipo que fueran éstos.

El punto central de éstas leyes radica en las medidas de protección a la víctima, las que pueden ser dictadas *inaudita parte* por el juez que entiende en la causa a fin de garantizar su seguridad e integridad física o psicológica, encontrándonos de esta manera frente a lo que algunos autores denominan medidas autosatisfactivas.

¹⁹⁷ Kielmanovich, Jorge J. “ Medidas cautelares en los procesos de familia”, L.L. 1996-A-1199.

¹⁹⁸ Verdaguer, Alejandro C y Rodriguez Prada, Laura: “ La ley 24.417 de protección contra la violencia familiar como “proceso urgente”, en J.A. 1997-I, pl. 27 págs. 833 y sgtes.

¹⁹⁹ Kielmanovich, Jorge L.: “ Medidas Cautelares” op. cít.

²⁰⁰ Verdaguer, Alejandro C y Rodriguez Prada, Laura: op. cít.

Si bien las normas califican a las medidas que pueden ser tomadas por el juez como cautelares, creemos al igual que gran parte de nuestra doctrina²⁰¹ que se trata de verdaderas medidas autosatisfactivas, definiendo a éstas últimas como aquellas que se toman con carácter urgente y que se agotan con una resolución favorable, no dependiendo para su mantenimiento de un proceso principal ulterior.

Peyrano²⁰² sostiene que la medida autosatisfactiva procura solucionar coyunturas urgentes. A su criterio se agotan en sí mismas y se caracterizan por:

- La existencia del peligro en la demora.
- La fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, no bastando la mera apariencia del derecho alegado. En razón de esta fuerte probabilidad, normalmente no se requiere contracautela.
- El proceso es autónomo ya que no es accesorio ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo al ser seguida la demanda por la sentencia.

La ley de la provincia de La Pampa 1918 así como la ley santafesina 11.529 receptan la corriente doctrinaria comentada al denominar en sus art. 18 y 5 respectivamente, como medidas autosatisfactivas a las soluciones que puede adoptar el magistrado al tomar conocimiento de los hechos denunciados.

6.2.- Requisitos que deben reunirse.

La primer pregunta que surge respecto a los requisitos necesarios para la adopción de cualquiera de las medidas previstas por las leyes en estudio, es si es o no menester que se reúnan los presupuestos comunes de las medidas cautelares.

La respuesta a este interrogante dependerá de la concepción adoptada con relación a la naturaleza jurídica de las medidas en juego, es decir, si entendemos que se trata de una medida cautelar clásica o si, por el contrario, se trata de lo que la doctrina viene denominando medida autosatisfactiva.

²⁰¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída: "La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los Efectos de la violencia intrafamiliar" en Revista Foro de Córdoba, año IX, n48-1998, p.55 y ss.; Lloveras, Nora, "Violencia familiar" en J.A. 1999-I-874; Peyrano, Jorge W: "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas.

²⁰² Peyrano, Jorge:" Una nueva vía procesal para preservar el derecho de privacidad: el proceso urgente", Homenaje Escuela Procesdal de Córdoba, Ed. Lerner, Córdoba, 1995, p.139 y ss.

La posición a tomar no debe olvidar desde luego que la "denuncia por violencia familiar" es un "proceso urgente" que se agota en sí mismo y que no está condicionado al resultado de un proceso principal.

Sin perjuicio de la posición que se tome al respecto coincidiremos que son presupuestos de admisibilidad de las medidas, la demostración de un grado más o menos variable de verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*).

Ello es así por cuanto se aprecia que, de la adopción de éstas medidas al igual que de la adopción de las medidas cautelares, puede derivarse un perjuicio para el afectado, motivo por el cual no debe admitirse que éstos instrumentos puedan ser utilizados sin que se verifiquen los extremos antes invocados.

Sin perjuicio de ello y atento la particular urgencia que impregna éstos procesos, no puede exigirse al denunciante que acredite la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y que preste contracautela con el mismo rigor que se exige para el resto de las medidas cautelares en el derecho de familia, y mucho menos con el que se exige para las medidas cautelares en general.

Dada la trascendencia que la decisión judicial tiene tanto para quien es denunciado como para el resto de los integrantes del grupo familiar, el juez, junto con el peligro en la demora debería considerar que exista o no una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del denunciante.²⁰³

En este sentido, la jurisprudencia de los tribunales de la Capital Federal ha considerado reiteradamente que bastará "la mera sospecha de maltrato o de una situación de riesgo ante la evidencia psíquica o física que presente el maltratado, para que el juez se encuentre legitimado para el dictado de las medidas."²⁰⁴

Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de desamparo de la víctima -en la que será determinante su situación socioeconómica-, y la posibilidad de contar con el apoyo de su entorno familiar o social, el juez tiene amplias facultades para ser más o menos estricto a la hora de hacer lugar al amparo solicitado.

Asimismo, la imposición de la medida precautoria dependerá de que exista una situación de riesgo que requiera la tutela jurisdiccional de forma urgente²⁰⁵ y

²⁰³ Di Lella, Pedro e hijo. Op. Cít.

²⁰⁴ CNCiv., Sala A, 25/3/1997, "S, A. D. v. G, R. E. s/ denuncia por violencia familiar", L.L. 1997-E-241, fallo 95976.

²⁰⁵ CNCiv, Sala F, 1999/08/13 "N., M.P. c. N., E," E.D., 188-57.

que la probabilidad de que la denuncia efectuada sea atendible por esta vía caso contrario deberá accionarse a través de los mecanismos legales ordinarios

Para dar por reunidos éstos requisitos indispensables, el juez que entiende en el proceso tiene amplias facultades que facilitan la sustanciación de toda las pruebas que considere conducentes a fin de “demostrar la verosimilitud de los hechos denunciados, sin perjuicio de que las partes no las hayan solicitado pudiendo incluso ordenar de oficio medidas protectoras y ampliar o modificar las que se peticionan.”²⁰⁶

En este sentido no corresponde desestimar la denuncia por violencia familiar si previamente el juez no adoptó las diligencias tendientes a verificar la verosimilitud de los hechos a fin de determinar si lo reclamado excede la materia por la ley.

La ley bonaerense (12.569) no exige como requisito para la admisibilidad de las medidas la necesidad de prestar contracautela. Nosotros entendemos que la solución de la ley es acertada, ya que la finalidad tuitiva de la norma se vería postergada si la toma de las medidas urgentes dependiese de la prestación previa de la caución.

Lo que el legislador quiso privilegiar fue la urgencia de la tutela de la persona presuntamente damnificada por sobre los eventuales intereses del victimario.

Con todo lo dicho, vemos que no basta la mera denuncia del hecho para que prospere la acción, pero tampoco es necesario que exista una certeza o convicción de los hechos denunciados sino que será suficiente la sospecha del maltrato o de la situación de riesgo, esta solución se ve equilibrada por la necesaria temporalidad de la medida.

Parte de la doctrina²⁰⁷ sostiene que el denunciado debe ser oído antes de ser adoptadas las medidas con la finalidad de garantizar el debido proceso, pero muchas veces la problemática de la violencia intrafamiliar no permite ésta posibilidad, viéndose postergado el derecho del denunciado para una etapa

²⁰⁶ CNCiv, Sala M. 1999/5/12. J.A. 2000-I-323.

²⁰⁷ Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene: “Una ley a mitad de camino. La ley de protección contra la violencia familiar” L.L. 1995-B, Sec. Doctrina ; Morello, Augusto Mario, “El proceso justo”, L.L. 1990-C-808.

posterior en la que se encuentre superada la situación de peligro o urgencia originarias.

Por otro lado no debe perderse de vista que en muchas oportunidades el agresor al tomar conocimiento de la denuncia efectuada castiga a la víctima y/o al resto del grupo familiar, o se flagela a sí mismo, con resultados muchas veces fatales, lo que torna aún más complicado la problemática de poder garantizarle los derechos constitucionales del denunciado.

El derecho a ser oído se posterga en el tiempo, sin perjuicio de que deberá valorarse en cada caso la urgencia de la problemática familiar con el objeto de tratar de garantizar lo máximo posible la defensa en juicio.

En consecuencia no desconocemos que de esta manera podría llegar a verse lesionando el derecho constitucional de defensa en juicio del denunciado, pero la salvaguarda de la integridad psico-física de la presunta víctima justifica en los casos de urgencia que se adopten las medidas de protección necesaria sin que sea oído el presunto autor de los hechos con antelación, situación que por ser limitada en el tiempo resta gravedad a la indefensión.

Es el juez quien debe decidir ante cada caso en concreto si la urgencia de la situación permite o no la prevalencia del derecho del presunto agresor a ser escuchado.

Más allá de ello, una vez tomada la medida y superada la supuesta situación de riesgo, el juez debe llamar a una audiencia a fin de que el denunciado tenga su oportunidad de plantear su defensa.

6.3.- ¿Qué medidas puede ordenar el juez?

Cada legislación provincial enuncia algunas de las medidas que debe o puede ordenar el Juez o Tribunal con el objeto de, por un lado poner fin de manera inmediata a la situación de violencia, y por otro evitar su repetición en lo sucesivo.

Las medidas estipuladas en las distintas normas son: la exclusión del hogar del presunto actor de la vivienda donde habita el grupo familiar o el reintegro del que ha debido salir del mismo por su seguridad personal; la prohibición para el agresor de acceder al domicilio o lugares de trabajo, estudio y/o esparcimiento de la presunta víctima, fijándose un perímetro de exclusión para circular o permanecer; la restitución de los efectos personales al peticionante; proveer

asistencia médica, psicológica y jurídica a través de organismos públicos y/o privados; otorgar la guarda provisoria en el caso de que la víctima fuese menor de edad, fijando, también de manera provisional una cuota alimentaria en su favor.

La enumeración de las medidas no es taxativa. Algunas leyes provinciales estipulan expresamente éste carácter meramente enunciativo y otras establecen una cláusula residual con al finalidad de superar las discusiones generadas en torno a la ley 24.417, como la utilizada por la ley bonaerense la cual autoriza al juez a tomar *“toda otra medida urgente que estime oportuna para asegurar la custodia y la protección de la víctima”*(art.7).

El derecho comparado ilustra sobre la diversidad de medidas que pudieron preverse en el precepto. Así por ej., la ley de Costa Rica establece que el magistrado podrá prohibir que se introduzcan o mantengan armas en la casa habitación; decomisar las armas en poder del presunto agresor; suspender el derecho de visitas; ordenar la reparación en dinero de los daños ocasionados, entre otras. La ley colombiana, por su parte, prevé la obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico cuando el agresor ya tuviese antecedentes en materia de violencia familiar.

6.4.- El plazo para la adopción de las medidas.

En lo relativo al plazo que tiene el magistrado interviniente para la adopción de la medida idónea a fin de impedir la reiteración de los hechos violentos, las normas establecen por lo general un plazo que no podrá exceder de las 48 horas a computarse desde el conocimiento del hecho.

El primer interrogante que surge respecto a ésta cuestión es determina en que momento el juez tiene conocimiento del hecho y desde que momento comenzará a correr el término que establece la ley.

Para algunos el término comienza a computarse una vez recepcionada la denuncia y es durante el transcurso del mismo que se deberá, no sólo resolver sobre la procedencia y admisibilidad de la denuncia, sino además, habrá de producirse la prueba necesaria a los fines de acreditar la verosimilitud del derecho que se invoque.

A la luz de lo expuesto, no es descabellado considerar que el plazo legal establecido resulta en la mayoría de los casos insuficiente a la hora de ponderar la

procedencia de la pretensión y la elección de la más idónea o apropiada para cada caso concreto; pero también se debe contemplar, que dicha sumariedad obedece a la urgencia con que debe ponerse coto a determinadas situaciones de violencia.

Para otro sector de la doctrina el plazo de 48 horas debe computarse desde que se encuentra acreditado en el expediente los requisitos de admisibilidad de la denuncia, que no son otros que la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, sin dejar de lado la fuerte probabilidad de que la petición sea atendible por esta vía, caso contrario el plazo establecido obliga en la práctica a tomar medidas que pueden resultar contraproducentes y agravar de esta manera el conflicto.

Respecto de la vigencia de las medidas ordenadas las normas por lo general no establecen un plazo determinado dejando librado su cómputo a la valoración del magistrado, quien deberá a la hora de resolver tener en cuenta los antecedentes de la causa y la gravedad de los hechos denunciados. Mientras perduren las situaciones de riesgo que justificaron la sanción de las medidas, el plazo por el cual fueran las mismas dispuestas puede ser prorrogado.

En la práctica, y ante la sobrecarga laboral de muchos juzgados, suele prorrogarse el plazo establecido originariamente para la vigencia de las medidas, sin que exista a veces la posibilidad de meritar todos los antecedentes de la causa en razón de no haberse producido la totalidad de la prueba ordenada oportunamente en la misma. Esta prórroga, más allá de ser, en determinadas ocasiones resuelta sin contar con los elementos necesarios, obedece en muchos casos a la intención de evitar una posible reiteración de la situación de conflicto.

6.5.- Continuidad del proceso después de tomada la medida.

La ley bonaerense 12.569 estipula que una vez tomadas las medidas y recabados los informes necesarios, el juez deberá citar a las partes y al Ministerio Público, en caso de corresponder, a audiencias separadas con el único objeto de instar a las partes a que, conjuntamente con el grupo familiar, asistan a programas terapéuticos.

La asistencia a dichos programas es voluntaria. Dicho criterio, que es el mismo que orienta a la ley 24.417, fue criticado por Molina,²⁰⁸ quien entiende que *“si de acuerdo con el informe de interacción familiar, el juez advierte la necesidad de que las partes hagan terapia, ésta debe ser impuesta, sobre todo si en el seno de ese grupo familiar existen menores o incapaces ya que éstos últimos exigen una intervención judicial preventiva y reparadora caracterizada por la mayor firmeza y eficacia posibles. En este sentido, los destinatarios de la indicación terapéutica deben advertir que sus inasistencias a la propuesta judicial pueden conspirar gravemente contra el futuro de la relación familiar.”*

Es dable también destacar con respecto a este tema la omisión del legislador con relación a ciertas cuestiones esenciales relacionadas con el objetivo primordial que persigue la audiencia que no es otro que el que persigue la propia ley de protección contra la violencia familiar.

Por ejemplo, las normas en su gran mayoría no establecen quien debe proveer las coberturas médica, psicológica y jurídica, y ante la realidad de que en muchos casos las partes no cuentan con los recursos económicos necesarios para costearse éstos servicios y frente a la realidad de que las instituciones públicas como hospitales, consultorios gratuitos y centros especializados en temas de violencia (Centros de la Mujer, Centros de la Niñez, etc) se encuentran actualmente saturados de trabajo, con insuficiencia de recursos humanos y técnico, imposibilitados de esta manera para asistir a los afectados de manera inmediata, la finalidad a que hacíamos mención se ve frustrada y olvidada.

La situación referenciada hace que en muchas oportunidades se vea el magistrado ante el dilema de contar con la voluntad de los interesados para acogerse a un tratamiento terapéutico determinado, pero también frente a la carencia de una institución estatal que pueda proveerlo.

El Manifiesto acerca de la Ley de Violencia Familiar²⁰⁹, celebrado en la ciudad de Morón el 29 de marzo de 2001, con motivo de la promulgación de la ley 12.569, arribó a la conclusión de que la norma presenta una gran falta de

²⁰⁸ Molina, Alejandro en Sanz, Diana-Molina, Alejandro, “Violencia y abuso en la familia”, Editorial Lumen/Humanitas, Buenos Aires 1999.

²⁰⁹ Encontrándose presentes magistrados y funcionarios del Tribunal de Familia, de los Juzgados de menores, miembros de las Fiscalías de Cámaras, de las Unidades Funcionales de Investigaciones, Centro de Asistencia a la Víctima, Ministerio Pupilar, Defensoría General en sus secretarías Penal y Civil, de las Unidades Funcionales de Defensorías del fuero Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, de los Juzgados de Paz de los partidos de Hurlingham, Ituzaingó y Merlo.

coherencia por cuanto no existen los “programas de promoción familiar” a que alude. Asimismo los municipios no cuentan en sus jurisdicciones con lugares donde albergar a las víctimas ni las denominadas “casas huéspedes” y, por último, las direcciones de Minoridad y Familia se encuentran desbordadas.

El art. 16 de la ley bonaerense 12.569 dispone: *“De las denuncias que se presenten se dará participación al Consejo de la Familia y Desarrollo Humano a fin de que brinde a las familias afectadas la asistencia legal, médica y psicológica que requieran, por sí o a través de otros organismos públicos y de entidades no gubernamentales con formación especializada en la prevención y atención de la violencia familiar y asistencia a la víctima.”*

Pero este precepto lamentablemente fue vetado por el decreto 4276/2000²¹⁰, situación que agrava en mayor medida el conflicto recién descrito, ya que la ley crea el Consejo de la familia y Desarrollo Humano con la finalidad de asistir a los Juzgados con competencia en la materia y con el objeto principal de prestar toda la ayuda al Poder Judicial para que puedan realizarse las intervenciones y derivaciones necesarias en cada caso.

Asimismo, de la lectura del art. 11 de la ley 12.569 surge que el único propósito de la audiencia es avenir a las partes por separado a asistir a un programa terapéutico en caso de ser éste necesario, obviando toda posibilidad de acuerdo o conciliación entre las partes.

Sin perjuicio de no haber sido previsto por las normas el juez puede llamar a las partes a una audiencia conjunta con la finalidad de que participen ambas partes en la toma de decisiones como, por ejemplo, el régimen de tenencia provisorio, los alimentos y el régimen de visitas respecto de los menores.

Sobre este tema alerta Grosman²¹¹ que hay responsabilidad del estado cuando no desarrolla programas destinados a crear una instancia crítica de las prácticas cotidianas relativas a la crianza y educación de los niños y, al mismo tiempo, a ofrecer nuevos modelos educativos para que los padres puedan explorarlos.

6.6.- La prueba.

6.6.1.- El diagnóstico de interacción familiar y el pedido de informes.

²¹⁰ L.A. 2001-A-793.

²¹¹ Grosman, Cecilia P.: “El maltrato infantil en la familia”, en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. pág. 175.

Las leyes en estudio establecen en su gran mayoría que luego de adoptada la medida autosatisfactiva el juez deberá requerir un diagnóstico de interacción familiar efectuado por peritos de diversas disciplinas para determinar los daños físicos y/o psíquicos sufridos por la víctima, la situación del peligro y medio social y ambiental de la familia.

El plazo del requerimiento no podrá exceder de 48 horas a contar desde la denuncia o desde que se ha tomado la medida, teniendo siempre en cuenta la gravedad del caso.

Este diagnóstico tiene como objeto acreditar la verosimilitud de los hechos denunciados a fin de instruir al juez acerca de las causas de los mismos y del tratamiento que resulte idóneo tomando en cuenta la posible evolución que pueda tener. Por este motivo, deben diagnosticar los daños físicos, psíquicos y los indicadores de la eventual situación de riesgo existente y el modo en que se relacionan los miembros del grupo familiar en crisis.²¹²

Por esta razón creemos que lo apropiado es que éste diagnóstico sea requerido con anterioridad al dictado de la medida ya que es de suma importancia para el mismo que la evaluación de la interacción del grupo familiar se haga con todos sus integrantes, cosa que no se podrá realizar si la medida que tomó el magistrado actuante fue la de excluir al presunto agresor. Consideramos que en éstos casos el valor probatorio de esta medida se ve menguado significativamente.

El magistrado podrá prescindir de la pericia mencionada cuando se adjunte a la denuncia un diagnóstico efectuado por profesionales o instituciones públicas o privadas.

Asimismo el juez se encuentra facultado a solicitar, en caso de considerarlo necesario, un informe al lugar de trabajo y/o lugares donde tenga actividad la parte denunciada, a los efectos de tener un mayor conocimiento de la situación planteada. Así también deberá solicitar los antecedentes judiciales y/o policiales del denunciado con el objeto de conocer su conducta²¹³.

6.6.2.- Facultades del magistrado.

²¹² Lamberti- Sanchez-Viar. "Violencia Familiar y abuso sexual" Editorial Universidad, Buenos Aires 1998.

²¹³ Conf. art. 9, ley 12.569

La jurisprudencia nacional²¹⁴ ha reconocido en reiteradas oportunidades que el juez que entiende en una causa por violencia familiar tiene amplias facultades para sustanciar las pruebas destinadas a demostrar la verosimilitud de los hechos, aunque las partes no las soliciten, y también pueden ordenar de oficio medidas protectoras, ampliar o modificar las peticionadas.

Estas facultades previstas en el art. 4° de la ley 24.417, deben servir de instrumento para tutelar el bien jurídico objeto de protección, entre los que se encuentra la de repeler actos de perturbación del grupo conviviente, sobre todo cuando la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora se encuentran configurados.

El trámite previo en la ley de violencia familiar no debe dejarse librado exclusivamente a la iniciativa de las partes, sino que impone al juez el deber de adoptar medidas tendientes a comprobar los daños físicos o psíquicos sufridos por las víctimas, proporcionándoles una serie de alternativas de acción, incluso de prevención y asistencia. Y las medidas allí previstas no son taxativas, sino meramente ejemplificativas, pues no cierran el espectro de posibilidades para hacer efectiva la tutela jurisdiccional.-

6.7.- El problema del abuso del derecho tanto del actor como del demandado.

Sentada la necesidad de afirmar enérgicamente la existencia de los derechos subjetivos, es necesario cuidar los excesos en que suele incurrirse en el ejercicio de ellos.

La ley reconoce los derechos subjetivos con un fin útil y justo, pero determinadas circunstancias los tornan injustos en algunas de sus consecuencias que no fueron previstas por el legislador.

Sin entrar a analizar en el presente trabajo el acierto lógico y gramatical de la expresión *abuso del derecho*, trataremos de vislumbrar como juega ésta doctrina que se ha abierto camino en el pensamiento contemporáneo, más enérgicamente luego de la reforma de la ley 17.711, en relación con el procedimiento previsto por las leyes de violencia familiar.

¿Cuándo estamos ante un ejercicio abusivo del derecho?

²¹⁴ C.Nac.Civ., sala H, 16/7/97, B, S.M. v R, G. R., 1999-II, síntesis.

La reforma de la ley 17.711 ha modificado la redacción del art. 1071 del Cód. Civil de la siguiente manera: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en miras al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”*

La aplicación de la teoría en estudio supone el ejercicio de un derecho dentro de los límites fijados por la ley que lo otorgó partiendo de la idea de que no puede ser puesto al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo o de la mala fe, ya que ese proceder inmoral no puede ser amparado por la ley.²¹⁵

Cabe preguntarse, por consiguiente, cuál es el criterio que ha de permitir a los jueces resolver que un derecho ha sido ejercido abusivamente y cómo debe fijarse el límite entre lo que es lícito y lo que es abusivo, puesto que la ley no lo establece.

De acuerdo a un criterio habría abuso cuando se ha ejercido un derecho sin interés alguno y con el único propósito de perjudicar a los terceros. Según un segundo criterio habría abuso cuando se ha ejercido en contra de fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se lo otorgó; y finalmente una tercera posición sostiene que estamos frente a un abuso cuando se lo ha ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres. Todos estos criterios fueron tenidos en cuenta por al norma del art 1071 del Cód. Civil.

En consecuencia, no siempre un derecho está protegido por la ley, para ello debe tratarse de un ejercicio regular, es decir, justo, legítimo, normal.

De esta manera el magistrado en su resolución debe tener en cuenta si existe: 1) intención de dañar, 2) ausencia de interés, 3) si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que resulte más dañosa para los otros, 4) si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo, 5) si la conducta es contraria a las buenas costumbres, 6) si se ha actuado de manera no razonable.²¹⁶

Si bien la enunciación recién esbozada sirve como guía nadie desconoce que casi todos los ordenamientos fallan a la hora de responder aquella pregunta básica: *“¿dónde termina mi derecho y comienza el del otro?”*

²¹⁵ Borda, Guillermo A.: *“Manual de Derecho Civil. Parte General.”* 18ª edición actualizada. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1996.

²¹⁶ Borda, Guillermo A.: op. cit. Págs. 33 y ss.

Haciendo extensivo éste interrogante a la problemática de la violencia familiar podemos reformularlo en los siguientes términos:

¿No facilita el proceso previsto por las leyes de violencia –urgente o autosatisfactivo- el abuso del derecho que éstas normas les acuerdan a las presuntas víctimas?

¿Cuál es el criterio que debe primar en la resolución del magistrado?

¿Se le aplica a éstos proceso el art. 208 del Cód. de Proc. Civil y Com. frente el hecho comprobado del abuso o exceso del derecho?

Como vemos, dentro de la temática relativa al abuso del derecho nos encontramos con otro problema que es el abuso del proceso, tema que adquiere especial relevancia en el marco de las medidas autosatisfactivas.²¹⁷

Pero lo cierto es que el juez debe tener certeza suficiente al despachar un pronunciamiento interinal y que el grado de éste conocimiento estará siempre dado por la entidad de la prueba aportada, donde la escrita alzaré toda su estatura conviccional, pero no puede descartarse o desconocerse que en algunos el despacho interino se obtenga abusando de las prerrogativas que el ordenamiento o la jurisprudencia conceden al actor.²¹⁸

Creemos que la manera de mitigar éste problema está en cabeza del magistrado quien cuenta con amplias facultades a fin de comprobar tanto la verosimilitud del derecho invocado como la urgencia en que la medida sea satisfecha a través de éste proceso urgente.

6.8.- Recursos.

Respecto a la existencia y clase de recursos contra las medidas autosatisfactivas, dependerá de lo dispuesto en la ley especial y, en subsidio, por el ordenamiento procesal local.

Si bien la ley 24.417 nada estableció respecto a la apelabilidad de las medidas, la jurisprudencia capitalina llenó el vacío legal aplicando en reiteradas

²¹⁷ Carbone, Carlos A.: "Las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias como proyección de un nuevo principio general del derecho de raíz procesal." En J.A. octubre 20 de 1999. Buenos Aires. número 6164. págs. 7 y sgtes. La relevancia de esta cuestión ameritó que se convirtiera en el tema central de investigación del año 1999 del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario

²¹⁸ Carbone, Carlos A.: op. cít.

oportunidades las normas procesales generales previstas en el Código Procesal (arts. 38, 242, 253 del C.Pr.)

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci²¹⁹, comparte la doctrina sentada en éste aspecto señalando que, ante la ausencia legal, *“corresponde aplicar analógicamente las normas procesales locales relativas a las cautelares típicas, resultando por ende apelables las medidas según se prevea o no su apelabilidad.”*

En este sentido, algunos autores sostienen que en el orden nacional proceden los recursos de reposición, reposición con apelación subsidiaria y apelación. Está última siempre en relación y si la medida se concedió corresponde que no tenga efectos suspensivos caso contrario, la apelación tiene efectos suspensivos *“en razón de que nada debe cumplirse.”*²²⁰

La ley 12.569 hace lugar a las críticas vertidas contra su par nacional y establece que la resolución que ordena llevar a cabo alguna de las medidas previstas en el art. 7 del mismo cuerpo legal, pueden ser apeladas debiendo ser concedido el recurso en relación y con efecto devolutivo (art. 23, 2do párrafo ley 12.569). Asimismo, la decisión que aplique las sanciones previstas por el art. 14 deberá estar debidamente fundada y la apelación deducida contra ella será concedida con efecto suspensivo (art. 14, 2do párrafo, ley 12.569.) Por último, el pedido de informe contemplado por el art. 9 puede ser recurrido, debiendo ser concedida la apelación en relación y al solo efecto devolutivo (art. 10.)

Las demás leyes provinciales en su gran mayoría no establecen norma alguna referida a la apelabilidad de las medidas adoptadas por el juez interviniente.

6.8.1.- Procedimiento ante los Tribunal de Instancia Única del fuero de Familia de la Provincia de Buenos Aires.²²¹

Recordemos que la ley 11.453 de creación de los Tribunales de Instancia Única del fuero de familia⁽²²²⁾, desde una perspectiva amplia conjuga la actuación

²¹⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída « La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar », Revista Foro de Córdoba, año IX, n°48-1998, pág. 55 y sgtes.

²²⁰ Lamberti y Sánchez, op. cit. Pág. 73.

²²¹ Rige el art. 852 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, incorporado por la ley 11.453, sancionada el 14-10-93, promulgada el 4-11-93 y publicada en el B.O. el 29-11-93. Introduce como Libro VIII, los arts. 827 a 853.

²²² Reformada por la ley 12.318

del Tribunal en pleno, del juez de trámite, presidente del tribunal²²³, y de un juez “individual” previamente sorteado⁽²²⁴⁾. Este último supuesto previsto, antes de la reforma introducida por la ley 12.318, solo para el caso de los divorcios consensuados por presentación conjunta, (art. 838 tercer párrafo del CPCC), extendiéndose luego dicha posibilidad a otros supuestos, cuando el Tribunal lo disponga por resolución fundada.⁽²²⁵⁾

Ello así y conforme se infiere del art. 838 del CPCC, es el “juez de trámite” quien actúa en los casos de violencia familiar como verdadero juez unipersonal. Es quien lleva adelante no sólo la instrucción sino la faz decisoria del proceso; y quien debe tomar y extremar las medidas que sean necesarias para procurar el cese de la situación de violencia presentada. De esta manera, aún tratándose de un tribunal colegiado, se mantiene la celeridad exigida para el trámite de este tipo de procesos.

La conformación plenaria queda reservada, entonces, sólo para los supuestos mentados por la propia ley, en coincidencia con razones que asientan en la mayor complejidad de la causa.

La estructura misma del Tribunal de Familia y su mecanismo de funcionamiento crea particularidades en el esquema recursivo que pueden sintetizarse en las siguientes pautas generales⁽²²⁶⁾:

- a) En cuanto al tipo de decisiones recurribles habrá que distinguir entre providencias simples dictadas por el juez de trámite, sentencias interlocutorias del juez de trámite o del tribunal y sentencias definitivas dictadas por el tribunal o por el juez sorteado⁽²²⁷⁾.

²²³ El juez de trámite será el presidente del tribunal y se rotará anualmente, al igual que la presidencia (art. 54 ter de la ley 5827, texto según ley 11.453)

²²⁴ Berizone, Roberto O, Bermejo, S. Patricia, Amendolara, Zulma. A.: “Tribunales y proceso de familia” Ed. Librería Editora Platense SRL . 2001. pág. 166

²²⁵ La norma remite los incisos i),j),k),l),n),o),p),y r) del art. 827 del CPCC referidos a autorizaciones para contraer matrimonio, autorizaciones para disponer, gravar y adquirir bienes de incapaces, emancipaciones, habilitaciones de edad y sus revocaciones; los procesos de declaración de incapacidad, inhabilitaciones, sus rehabilitaciones y curatelas; internaciones; cuestiones referentes a inscripciones de nacimiento, nombres, estado civil y sus registraciones y actas de exposiciones.-

6 Bermejo, Patricia “Los recursos en los tribunales de familia de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.453), Rev. Derecho Procesal, N° 2, Rubinzal- Culzoni, 1999.

²²⁷ Supuesto este último que no se da en el caso de violencia familiar, conforme lo señalado en oportunidad de analizar el art. 838 CPCC

- b) Según el recurso impetrado el *ad quem* estará en el propio órgano o en el superior. En los recursos ordinarios el circuito se cerrará en el propio tribunal –aún cuando difieran *el a quo* y *ad quem*, mientras que en los extraordinarios conoce la Suprema Corte de Justicia de la Provincia.
- c) Todos los recursos se interponen fundados; no existe un plazo para deducirlos y otro para fundarlos; si se los fundare extemporáneamente corresponde su desestimación *in limine*.

A los fines de clarificar en debida forma el tema transcribimos a continuación el art. 852 del CPCC.

“Recursos. En lo pertinente, rige lo dispuesto en el Libro I, Título IV, Capítulo IV, Sección I, sobre el recurso de reposición. La resolución que recaiga hará ejecutoria a menos que el recurso sea acompañado del de reconsideración subsidiaria y la impugnada reuniese las condiciones establecidas en el último apartado.

Fuera del pedido de aclaratoria, contra la sentencia definitiva sólo procederán, en su caso, los recursos extraordinarios previstos en la Constitución y en este Código para ante la Suprema Corte de Justicia”

Sin perjuicio de los demás supuestos previstos en el presente título, el recurso de reconsideración será admisible únicamente contra las resoluciones dictadas por el juez de trámite que causen gravamen que no pueda ser reparado en la sentencia definitiva, en los supuestos en que por el artículo 494 correspondiera la apelación. Se lo interpondrá dentro de cinco días mediante escrito fundado del que se correrá traslado a la otra parte por igual plazo, salvo su planteamiento verbal en la audiencia por cuestiones surgidas en la misma. El tribunal el pleno deberá resolverlo sin otro trámite, dentro de los cinco días, o en su caso, en la misma audiencia.”

Dentro de los recursos ordinarios se encuentra el recurso de aclaratoria, el de revocatoria y el de reconsideración; y que los extraordinarios son los previstos en la Constitución de Buenos Aires: inaplicabilidad de ley o doctrina legal, nulidad e inconstitucionalidad, además de la queja y el mecanismo de consulta previsto solo en algunos supuestos de procesos de declaración de incapacidad.

- Recursos ordinarios

La aclaratoria, tiene por finalidad corregir algún error material, aclarar algún concepto oscuro o suplir una omisión sin alterar lo sustancial de la decisión y se interpone por escrito y en el plazo de tres días ⁽²²⁸⁾.

La norma en comentario, exclusivamente lo prevé para la sentencia definitiva del Tribunal. Sin embargo, el recurso previsto en los arts. 36 inc.3 y 166 inc. 1 y 2 del CPCC ⁽²²⁹⁾, resulta admisible además contra las resoluciones interlocutorias del juez de trámite, es decir la casi totalidad de las que se tomen en el marco de la violencia familiar, y las interlocutorias del pleno, como podría ser la declaración de incompetencia del Tribunal.

Es muy importante establecer el límite de este remedio procesal, por cuanto si la resolución atacada la constituye una sentencia dictada por el tribunal en pleno, y las peticiones formuladas exceden el contenido de una aclaratoria, las mismas encubrirán un pedido de revocatoria de la sentencia del tribunal, en cuyo caso solo cabe su desestimación.-

Reposición o revocatoria. Su objetivo es la revocación o enmienda de una resolución, dictada por contrario imperio por el mismo juez o tribunal. ⁽²³⁰⁾

En lo atinente a esta vía recursiva el art. 852 hace una remisión a las normas generales (Libro I, Título IV, Capítulo IV, Sección I.). Como regula el art. 238, debe plantearse por escrito en el plazo de tres días de notificada la resolución a impugnar o verbalmente si es en una audiencia, cause o no ella gravamen irreparable. Incluso se sustanciará, conforme art. 240 del CPCC, salvo que la misma se dictara de oficio o a pedido de la misma parte que pretende dejarla sin efecto.

La resolución que recaiga hará ejecutoria excepto que se interponga en subsidio el recurso de reconsideración.

Reconsideración: La ley 11.453 admite el recurso de reconsideración como recurso específico del fuero de familia de la Provincia. Su antecedente remite a la

²²⁸ Morello, A.M; Sosa, G.L y Berizone R.O. “Código Procesal Civil y Comercial Comentado” Pag. 274.

²²⁹ En la aclaratoria de oficio el límite de la facultad consiste en la prohibición de alterar lo sustancial de la decisión, y la aclaratoria a instancia de parte, queda limitada a la corrección de errores materiales, aclaración de puntos oscuros y decisión de pretensiones omitidas (Conf. SCBA, 23/3/82 Ac. 29.572). Fenocchietto, Carlos Eduardo; Bernal Castro, Beatriz C ; Pigni Enrique E. “Código Procesal Civil y Comercial Comentado” art. 166. Ed. La Rocca.

²³⁰ Conf. art. 238 Cod. Proc. Civil y Comercial Comentado Fenocchietto- Bernal Castro -Pigni. Cit.).

ley 7861, si bien existe –con diferentes perfiles- en otras regulaciones provinciales (231).

Al distinguirse la función del órgano en pleno de las del juez de trámite, las decisiones de éste podrán revisarse por aquel por vía de reconsideración, generándose de tal manera una doble instancia dentro del mismo órgano. El control de admisibilidad corresponderá lo realice el juez de trámite, mientras que el análisis de su procedencia le corresponderá al Tribunal. Oportunidad en que el juez de trámite podrá incluso rever su postura, particularidad propia del procedimiento de los Tribunales de familia, en que en que el mismo juez que dictó el pronunciamiento atacado, resuelve la concesión del recurso y mas tarde integra el órgano que se expide sobre su procedencia.

Además de esta interposición en forma directa, el recurso puede plantearse en subsidio para evitar que la resolución impugnada por revocatoria quede firme, siempre que se cumplan con los requisitos de admisibilidad de éste. Se trata del único recurso en subsidio previsto en el proceso de familia.

Conforme resulta del art. 852 CPCC, no procede el recurso de reconsideración contra una resolución emanada por el tribunal en pleno.-

- Recursos extraordinarios

Al tratarse de un Tribunal de Familia de única instancia y tener poralzada a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos aires, son de aplicación todas las vías recursivas extraordinarias previstas en la Constitución provincial y reglamentadas en el Código Procesal.

Recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal: debe cumplir con los requisitos que le son propios estatuidos por el CPCC (art. 278 y 279 del CPCC), en lo pertinente.

Lo que resulta interesante analizar, a su respecto es, si resulta aplicable en este tipo de procesos la limitación recursiva derivada del monto del litigio. A su respecto se ha sostenido que cuando los conflictos familiares carecen de contenido

Bermejo,Patricia “Los recursos de los Tribunales de Familia de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.453) en Revista de Derecho Procesal N° 2 Ed. Rubinza- Culzoni. Pág 181 .

patrimonial tal recaudo no es exigible, sin embargo en los que contienen valor económico, el recurso será admisible si tal valor supera el tope legal.⁽²³²⁾

Igualmente, es menester cumplir con la carga económica impuesta por el art. 280 del CPCC, efectuando el depósito previo correspondiente. La excepción a tal exigencia estará dada por quienes gocen de beneficio de litigar sin gastos, los representantes del Ministerio Público y los que intervengan en el proceso en virtud de un nombramiento de oficio o por razón de un cargo público.

Recurso extraordinario de nulidad: en cuanto al presente recurso –planteado para los supuestos contemplados en los arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial, los requisitos de admisibilidad serán los indicados para el recurso de inaplicabilidad de ley, excepto en cuanto al monto del proceso.

Recurso extraordinario de inconstitucionalidad: procede en los casos en los cuales se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución de la Provincia y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema (art. 299CPCC).

Recurso de queja por denegación de los recursos extraordinarios: Procede en caso de que el Tribunal de Familia declare la inadmisibilidad de un recurso extraordinario, y se interpone directamente ante la Suprema Corte.

Resulta interesante mencionar también aquellos otros recursos que no resultan compatibles con este tipo de procedimiento. Uno de ellos, y tal vez el más importante en cuanto a que constituye éste, el error más común, es el recurso de apelación. Esta forma de acceder a la revisión de las cuestiones de hecho y de derecho por errores *in iudicando* a la Alzada, no existe por ser un tribunal de instancia única. ⁽²³³⁾

Otro de los recursos ausentes es el ordinario de nulidad, comprendido según algunos autores en el de apelación⁽²³⁴⁾. Como la impugnación para vicios *in*

²³² Idem cita anterior.

²³³ Se ha resuelto que “La ley del rito no prevé en el fuero de familia el recurso de apelación y aún por aplicación del principio *iura movit curia* no es viable de aplicación del recurso de reconsideración por cuanto el decisorio atacado se dictó por la totalidad e los miembros del tribunal, correspondiendo su *rechazo in limine*” Trib. Flia N° 1 La Plata, causa FG-3206, RSI 438-97 del 24-4-97 causa 1694, del 26-12.96 publicado en Bermejo, Patricia cit. Ref.

²³⁴ Se ha sostenido que constituye una vía impugnativa cuya admisibilidad opera con criterio restrictivo toda vez que siempre que el vicio pueda ser subsanado por el tratamiento de la apelación debe evitarse la anulación. De los Santos, Mabel “El recurso de nulidad” (sobre la necesaria

procedendo no tiene una regulación autónoma en el marco de la ley 11.5453, deberán plantearse por medio de los recursos expresamente previstos.

También resulta ausente el recurso ordinario de queja, previsto para el caso de denegación de admisibilidad el recurso de apelación, por lo que no resulta admisible.-

VII.- MEDIACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA FAMILIAR.

7.- Mediación en problemas familiares.

El objetivo principal de quien toma conocimiento de un caso de violencia familiar es asistir a la víctima previniendo la ocurrencia de nuevos hechos de maltrato y abuso, sin tener en cuenta que el pedido formulado sea la sanción para el victimario o el resarcimiento para la víctima.

En este sentido los expertos distinguen dos modelos de prevención de la violencia familiar, los cuales describiremos brevemente:

- Uno de ellos, denominado conciliador, explica la violencia desde lo psicológico, poniendo el foco en el rol de la víctima, o en el de ambas partes, en la generación/ocurrencia de los hechos de maltrato y abuso. Este modelo es el que mejor asocia a la mediación como método apropiado para inhibir la ocurrencia de nuevos actos de violencia.

- El otro modelo es el de aplicación de la ley que, a diferencia del anterior, pone el foco en la psicología del abusador o en el comportamiento de familias e instituciones públicas que aceptan o toleran la violencia. En este modelo, la mediación no tiene lugar pues es la justicia y sus auxiliares quienes deben actuar haciendo respetar las normas de derecho que son las organizadoras y sustentadoras de la armonía social. Las desventajas que presenta este sistema denominado judicial es que puede producir la escalada del conflicto, prolongarlo, crear depresión y sentimiento de desaliento²³⁵.

7.1.- La utilización de la mediación en problemas de violencia familiar.

eliminación del reenvío en la praxis de las instancias revisoras ordinarias) en Rev. de Derecho Procesal N° 3. Ed. Rubinzal –Culzoni. Pág. 189.

²³⁵ Perry, Linda" Mediation and Wife abuse: a review of the literature. Mediation Quarterly". V. 11, n4, Summer 1994 en Wagmaister, Adriana M. y Bekerman, Jorge M "Mediación en los casos de violencia familiar" [doctrina 993553](#) ¿???????

Las críticas que se efectúan respecto a la utilización de la mediación en problemas de violencia doméstica, se asientan tanto en sus objetivos concretos, como en sus bases teóricas fundantes, en su procedimiento, en sus características distintivas, en la instrumentación por el mediador y en la teoría de la violencia familiar.

En el derecho comparado, las discusiones acerca de la inclusión de los procedimientos de mediación a los procesos de violencia familiar han sido arduas y lo siguen siendo aún hoy, pues existen numerosos argumentos en contra y a favor de realizar la mediación en procesos de violencia. Ellos pueden resumirse de la siguiente manera²³⁶ :

ARGUMENTOS EN CONTRA:

- 1) Asimetría radical de poderes, la víctima no tiene la capacidad de negociar que tiene el agresor y el mediador no equipara, ni puede equiparar porque la naturaleza propia del proceso de mediación exige que éste sea neutral. Y no sólo eso, muchas veces ocurre que la informalidad y celeridad del proceso de mediación contribuyen a una mayor desigualdad entre las partes. El desequilibrio de poder entre las partes otorga menos seguridad a la víctima. Asimismo el carácter informal y consensual del proceso y la consiguiente falta de reglas procesales y sustantivas aumenta esta disparidad abriendo la puerta a la manipulación y la coerción.
- 2) Inadecuada capacitación de mediadores, ya que en muchas ocasiones no tienen claridad de criterio para determinar qué es lo que persiguen con la conciliación familiar (mantener la unidad familiar, preservar el interés superior del niño, promover la reconciliación, disolver el vínculo en forma amigable, etc.).
- 3) No es posible negociar derechos fundamentales que afectan la integridad física y psíquica de la persona, por cuanto no se castiga al golpeador y la víctima termina compartiendo la responsabilidad por la conducta ilícita de éste, bastando la promesa del golpeador de no reincidir en su actitud

²³⁶ Ormachea Choque, Iván , « Violencia familiar y conciliación », Artículo publicado en la revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, págs. 75/105

impropia. De esta manera, la mediación sería la búsqueda de la conciencia de responsabilidad compartida, favoreciendo esta situación que el abusador pueda culpar a su víctima y que ésta misma se sienta culpable.²³⁷

- 4) La mediación establece una igualdad formal entre las partes que genera un contexto en el que las partes y el mediador deben omitir la conducta del violento, verificada y verificable clínica y psicológicamente en la persona de la víctima. En una mediación ambos están equiparados y el resultado podría ser que la mediación concluyera en acuerdos cuyo significado para la víctima sea haber negociado cuanta violencia está dispuesta a soportar, amén de pedirle a las partes que negocien un acuerdo sobre un comportamiento futuro.²³⁸
- 5) El mediador no puede asegurar la no reiteración de la violencia.
- 6) No existen mecanismos ante el incumplimiento de lo acordado en la mediación, además, ello no implica ninguna sanción punitiva y se estaría aceptando que la violencia no constituye un comportamiento delictivo que merezca una sanción penal. Debe recurrirse al sistema judicial.
- 7) El acuerdo logrado y el cese de la violencia o del riesgo en muchos casos no repara el daño psíquico, el miedo, la inseguridad de la víctima.

Si bien estas son sólo algunas de las muchas críticas que se vierten respecto a la utilización de este método de resolución de conflictos, no debe ser descartado anticipadamente ya que su eficacia y conveniencia dependerá de las características particulares de cada grupo familiar y del tipo de violencia que exista en su seno.

Resulta determinante frente a la utilización de la mediación establecer con carácter previo si estamos frente a un caso susceptible de ser mediado, para lo cual habrá que analizar si se trata de un episodio de violencia leve o grave, el tipo de daño que ha sufrido la víctima, si ha sido ésta amenazada con un arma de fuego, si el comportamiento violento es reiterado, etc., todo esto en razón de que frente a la apariencia de no haber suficiente equilibrio de poder de negociación, la mediación

²³⁷ Lerman, Lisa G., "Mediation of Wife abuse: The adverse impact of informal dispute resolution on women." Harvard Women's Law Journal. V- 1984 en Wagmaister, Adriana M. y Bekerman, Jorge M "Mediación en los casos de violencia familiar" [doctrina 993553](#) ¿?????

²³⁸ Wagmaister, Adriana M. y Bekerman, Jorge M "Mediación en los casos de violencia familiar", op. cit. pág. 7/18.

no es aconsejable. Hay quienes sostienen que no es mediable ningún caso en el que haya habido violencia física.²³⁹

ARGUMENTOS A FAVOR :

- 1) Descongestiona los despachos judiciales que además, en la mayoría de los casos, no cuentan con la infraestructura adecuada para recibir a las partes ni con el personal idóneo para llevar a cabo las audiencias. Las excesivas tareas a cargo del juez muchas veces impiden que éste tome personalmente las audiencias o le dedique el tiempo que la importancia de la cuestión requiere. En numerosos casos –previo análisis del caso y entrevista con las partes- la mediación es un medio adecuado para resolver el conflicto, más adecuado que la vía judicial. Por supuesto que debe ser complementado con el suministro de la información adecuada por parte del mediador a las partes, a fin de conocer la ayuda terapéutica y asistencial de que pueden disponer para lograr una solución más efectiva.
- 2) Una buena capacitación del mediador permite eliminar las fallas de desigualdad entre las partes, inseguridad y temor de la víctima y posibilidad de incumplimiento del acuerdo, informando a las partes sobre la mediación y otras medidas alternativas. Debe implementarse un sistema de capacitación específico en cuestiones de familia, a efectos de que el mediador, sin perder la neutralidad característica de su función, pueda informar a la víctima sobre los derechos de que goza y acerca de los centros de ayuda que la pueden asistir ; al igual que informar al agresor sobre los deberes que tiene para con su pareja y/o grupo familiar, sanciones de las que puede ser pasible, necesidad de un tratamiento, etc.. Del mismo modo, el mediador debe informarse sobre la gravedad del caso, qué es lo que la víctima desea y si existen terceros que resultarían afectados para definir si la mediación es el proceso más adecuado al caso.
- 3) Se logra un mayor acceso a la justicia por parte de los agraviados. En efecto, una vez que las partes acceden a la etapa de mediación, gozan de

²³⁹ Lerman, Lisa G.: op. cít.

la asistencia y asesoramiento de los letrados, o del mediador en su caso, quienes les aconsejarán acerca de los derechos de que pueden beneficiarse con el acceso a la justicia o, en su caso, también acerca de la conveniencia o no del sistema judicial. Además, teniendo en cuenta que el desarrollo de la mediación implicaría el descongestionamiento de los despachos judiciales, sólo llegarían a la justicia los casos que no han podido mediar, por lo que la menor carga judicial implicaría un funcionamiento más eficiente.

- 4) Se trata al tema de la violencia con la importancia que merece, lo que daría lugar no sólo a un eventual cese de la violencia, sino también a que las partes –de acuerdo a la solución a la que arriben- puedan definir su situación respecto a temas conexos, como por ejemplo : tenencia, visita, alimentos, etc.
- 5) El objetivo no es la conciliación sino lograr los mecanismos adecuados para poner fin a la violencia y a la situación de riesgo. La mediación es un sistema más eficiente que el judicial, pues este último carece de una fácil adaptación en relación a la constante evolución de la realidad, las soluciones que se adoptan terminan siendo rígidas.

En suma, si bien es cierto que el procedimiento de mediación adolece de fallas y defectos, existen numerosas propuestas para solucionarlos. No debe olvidarse pues, que el tratamiento de la cuestión en el ámbito judicial no sería muy diferente, ya que éste último adolece también de importantes deficiencias.

Asimismo la mediación en caso de violencia familiar responde a una doble necesidad: que cese la violencia y que puedan acordarse nuevas pautas de relación entre los involucrados en ella.²⁴⁰

De acuerdo a nuestra opinión, y tomando como base las experiencias de las legislaciones del derecho comparado, debería impulsarse un procedimiento de mediación adecuado en nuestro país, el que debería ser planteado como una herramienta útil a la justicia y el que debería ser acompañado de la infraestructura necesaria, de la capacitación adecuada y del apoyo institucional suficiente a fin de

²⁴⁰ Ortenberg, Osvaldo: “Mediación en violencia familiar” en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí, Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2002. pág. 287.

trabajar en forma conjunta, organizada e interinstitucional en políticas de erradicación, protección y prevención de la violencia familiar.

A nivel nacional, la ley de mediación N° 25.573 establece en el art. 2do. que *“el procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos: ... inc. 6to. : Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.”*

El logro de la medida autosatisfactiva, no impide que después se lleve a cabo una mediación. Insistimos en que la intervención de la justicia no tiene que interrumpir la mediación, ya que la relación entre víctima y victimario puede tener que seguir, como, por ejemplo, cuando hay necesidad de asistencia alimentaria o se desea realizar un divorcio consensuado, o cuando los implicados, o alguno de ellos, desea mantener el vínculo por motivos afectivos, a pesar de la violencia.²⁴¹

En éste sentido el art. 5to. de la ley 24417 establece que, *“el juez, dentro de las 48 horas de adoptada la medida, convocará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia de mediación instando a las mismas y a su grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos”*.

De la lectura del artículo se desprende que la audiencia no sólo tiene como finalidad intentar la conciliación de las partes, sino también instarlas acerca de la conveniencia de tratamientos asistenciales. Al respecto, es necesario efectuar ciertas acotaciones.

En primer lugar, el término *mediación* utilizado por la ley resulta desacertado, no sólo porque la mediación propiamente dicha resulta ajena al ámbito judicial, constituyendo una etapa previa a la instancia, sino también porque el juez no cumple la función del mediador.

Como es sabido, la mediación es un método alternativo de resolución de conflictos, en la que una persona, ajena al proceso y a las partes, intenta facilitar el acercamiento de las mismas a efectos de crear las condiciones para una negociación, sin poder efectuar válidamente ninguna propuesta siendo un tercero neutral.

²⁴¹ Ortenberg, Osvaldo: “Mediación en violencia familiar” en “Violencia familiar” dir. Cadoche, Sara Noemí. Op. cít. pág. 289.

Por ello, creemos que el término utilizado por la norma se acerca más al de *conciliación*, pues el juzgador interviene activamente en el proceso intentando un acercamiento entre las partes a fin de que éstas concurren a programas educativos y/o terapéuticos.

La conciliación es la facultad conferida por el art. 36 del CPCCN mediante la cual el juez puede disponer la comparencia personal de las partes, invitándolas a solucionar sus diferencias con el objeto de poner fin al litigio o de lograr soluciones accesorias o vinculadas con alguna cuestión del desarrollo del proceso, sea para la solución del incidente o para simplificar el trámite, pudiendo el juzgador incluso, proponer fórmulas de avenimiento.

Esta facultad judicial de proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflicto, luego de la reforma introducida por la ley 25.488²⁴² al CPCCN puede ser entendida como un deber del magistrado actuante²⁴³, ya que la mentada reforma agrega al título del art. 36 la palabra “deberes” quedando redactado como “*deberes y facultades ordenatorias e instructorias*” y luego en el texto cambia el verbo “*podrán*” por “*deberán*” antes de enunciar los actos ordenatorios e instructorios. Asimismo aclara que la propuesta de fórmulas conciliatorias no importa prejuzgamiento.

La audiencia de conciliación, por su propia naturaleza, debe ser indefectiblemente celebrada con la presencia del juez, pues constituye un acto personalísimo que descarta cualquier posibilidad de delegación (confr. art. 34 inc. 1º del CPCCN)²⁴⁴. Creemos que en el caso de la ley 24.417, la presencia del juez en la audiencia prevista por el art. 5to. debe ser obligatoria, pudiendo, tal omisión, acarrear la nulidad del acto.

Por otra parte, ha de señalarse, que a los fines prácticos, es recomendable fijar la fecha de audiencia en la misma resolución en que se dispone la medida, ello toda vez que el lapso de 48 horas que la ley establece hace materialmente imposible que ésta se lleve a cabo en tiempo. Es aconsejable también que el juzgado ordene la notificación con carácter de urgente, en el día o con habilitación de días y horas inhábiles para que la misma pueda efectivizarse²⁴⁵.

²⁴² Fecha BO. ¿???

²⁴³ Arazi, Roland.: Falta cita ¿???

²⁴⁴ Palacio, Lino Enrique: “Derecho Procesal Civil”. Tº II, pág. 222 y ss. Editorial ¿??

²⁴⁵ Lamberti, Silvio y Sánchez, Aurora: op. cit.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, el art. 11 de la ley 12.569 establece que *“adoptadas las medidas enunciadas en el artículo 7º, el Juez o Tribunal interviniente citará a las partes, en días y horas distintos, y en su caso al Ministerio Público, a audiencias separadas, contando con los informes requeridos en los artículos 8 y 9. En las mismas, de considerarlo necesario, el Juez o Tribunal deberá instar al grupo familiar o a las partes involucradas a asistir a programas terapéuticos. En caso de aceptar tal asistencia, será responsabilidad de las partes acreditar periódicamente la concurrencia a los mismos.”*

De lo expuesto, se sigue que el legislador no parece haber querido que la audiencia tienda a una conciliación, pues la asistencia en días y horas diferentes evita todo contacto o acercamiento entre las mismas. Sin embargo, no debe pensarse que la facultad judicial de intentar una conciliación queda excluida.²⁴⁶

Del mismo modo, no debe olvidarse que, si bien el legislador ha establecido la comparencia de las partes por separado ello no significa que una audiencia única para las partes se encuentre prohibida, dependiendo ésta última de las circunstancias del caso y del criterio del juez, máxime si media indicación médica o psicológica al respecto.²⁴⁷

Volviendo al ámbito nacional, en lo que respecta a la sustanciación del procedimiento, a pesar del limitado marco del proceso previsto por la ley 24.417 y de la brevedad de los plazos, sería conveniente a los fines conciliatorios implementar un mecanismo rápido y eficaz que permita que, con carácter previo a la celebración de la audiencia, se realice la sustanciación del trámite con el demandado, pues ello facilitaría las posibilidades de acuerdo, no sólo porque el demandado habría tomado conocimiento de la problemática denunciada, sino porque tendría la posibilidad de ser oído antes o en el momento de la audiencia.

Aunque en la práctica el corto lapso en que la audiencia debe ser establecida hace que, en la mayoría de los casos, resulte materialmente imposible arribar a la audiencia una vez sustanciado el pleito.

En el ámbito provincial, esta disposición –con ciertas variantes- ha sido adoptada por la mayoría de las legislaciones. A saber :

²⁴⁶ Di Lella, Pedro y Di Lella, Pedro (h): op. cit.

²⁴⁷ Sosa, Toribio Enrique: “Apuntes procesales sobre la nueva ley de violencia familiar en la Provincia de Buenos Aires”; L.L.B.A.-2001- doctrina, pág. 421.

- Ley 12.569 de la Provincia de Buenos Aires (art. 11);
- Ley 4.943 de la Provincia de Catamarca (art. 4to. inc.2);
- Ley 4.175 de la Provincia de Chaco (art. 5);
- Ley 4.118 de la Provincia de Chubut (art. 5)
- Ley 5.019 de la Provincia de Corrientes (art. 5);
- Ley 9.198 de la Provincia de Entre Ríos (art. 11);
- Ley 5.107 de la Provincia de Jujuy (art. 18);
- Ley 1.918 de la Provincia de La Pampa (art. 12), estableciéndose además la obligatoriedad de la comparecencia bajo apercibimiento de ser traído el reticente por la fuerza pública (art. 15);
- Ley 6.580 de la Provincia de La Rioja (arts. 11 y 12);
- Ley 3.325 de la Provincia de Misiones (art. 5);
- Ley 2.212 de la Provincia de Neuquén (art. 11);
- Ley 3.040/96 de la Provincia de Río Negro (art. 19);
- Ley 6.542 de la Provincia de San Juan (art. 12);
- Ley 5.142 de la Provincia de San Luis (art. 6);
- Ley 6.308 de la Provincia de Santiago del Estero (art. 6);
- Ley 39 de la Provincia de Tierra del Fuego (art. 9);

VIII.- SANCIONES. TIPOS.

8.- Las sanciones que puede fijar el magistrado.

Si bien la fijación de una audiencia ha sido establecida en forma unánime por las legislaciones provinciales, cada una con sus particularidades, en la mayoría de los casos no parece haber sido advertido por el legislador la necesidad de implementación de métodos de compulsión tendientes a lograr que las partes que no desean asistir a los programas, lo hagan de todos modos.

Así, la ausencia legal de medios tendientes a compeler o sancionar a las partes ante la inacción o el desinterés demostrado, colocan al juez en una mera figura sin facultades concretas para actuar, pues carece de las herramientas necesarias como para intervenir como son las medidas compulsivas, inactividad ésta que, obviamente, no puede serle reprochada.

A pesar de ello, es dable reseñar algunas previsiones expresamente contempladas en los siguientes órdenes legales :

1) El art. 27 de la ley N°1918 de la Provincia de La Pampa dispone : En caso de que se admitiere la demanda, el Juez fijará algunas de las medidas que se determinan a continuación, según las circunstancias del caso:

- i. **Apercibimiento**, con advertencia de adoptar medidas más severas;
- ii. La obligación **de someterse a uno o más programas oficiales**, comunitarios o privados de apoyo, auxilio u orientación y tratamiento;
- iii. **Multa**, cuyo monto se fijará teniendo en cuenta la situación patrimonial del demandado, no pudiendo ser inferior al equivalente de un salario mínimo, ni mayor de quince salarios mínimos, y cuyo pago podrá hacerse efectivo en cuotas. El producido de las multas se destinará a programas de prevención y tratamiento de las situaciones de violencia de que trata la presente ley;
- iv. La realización de **tareas a favor de la comunidad o del grupo familiar afectado**, por el plazo y con el alcance que en cada caso se determine y;
- v. Se podrán ordenar **medidas respecto del tiempo libre**, mediante auto fundado y por tiempo también limitado.

2) Así también, la Ley N°39 de la Provincia de Tierra del Fuego dispone en su artículo 5to. lo siguiente : Ante la comprobación de los hechos denunciados o del incumplimiento de las órdenes emitidas, el juez determinará la asistencia del agresor y el grupo familiar a programas educativos o terapéuticos, por el tiempo y modo que considere necesario, basado en los dictámenes de los expertos, sin perjuicio de adoptar alguna o varias de las siguientes sanciones alternativas, según las circunstancias del caso:

- a. **Amonestación** por el acto cometido;
- b. **Multas pecuniarias** destinadas a programas de prevención y tratamiento de las situaciones de maltrato, cuyo monto se fijará teniendo en cuenta la situación patrimonial del agresor, el que no podrá ser inferior a un salario mínimo, vital y móvil, ni mayor a cien;
- c. **Realización de trabajos comunitarios** durante los fines de semana, cuya duración se determinará conforme a la evolución de la conducta del agresor, entre un mínimo de un mes y un máximo de un año;
- d. **Comunicación de los hechos de violencia** denunciados a la asociación profesional, sindical u organización intermedia a la que pertenezca el agresor.

Complementa la norma citada el artículo 6to., que ordena : *Durante el transcurso de la causa, y después de la misma por el tiempo que se juzgue prudente, el juez deberá controlar el resultado de las medidas y decisiones adoptadas, a través de la comparecencia de las partes al juzgado con la frecuencia que se ordene, y mediante la intervención de asistentes sociales.*

3) Siguiendo el lineamiento expuesto, la **Ley N°3040/96 de la Provincia de Río Negro** establece en su artículo 24to. : *Ante la comprobación de los hechos denunciados o del incumplimiento de las medidas adoptadas, el Juez determinará la asistencia obligatoria del agresor y del grupo familiar a programas educativo-terapéuticos, por el tiempo necesario establecido según los dictámenes profesionales y sin perjuicio de disponer algunas o varias de las siguientes medidas del caso:*

a. **Apercibimiento** del acto cometido

b. **Realización de trabajos comunitarios** durante los fines de semana, cuya duración se determinará conforme a la evolución de la anterior conducta del agresor o abusador, entre un mínimo de tres (3) meses y un máximo de dos (2) años, bajo la supervisión del Centro de Atención Integral, que formará periódicamente al Juez interviniente sobre el cumplimiento de la medida.

Complementa la medida, del mismo modo, la previsión contenida en el art. 25, según la cual : *Durante el transcurso de la causa y después de la misma, por el tiempo que se considere prudente, el Juez deberá controlar el resultado de las medidas adoptadas, a través de la recepción de informes técnicos periódicos de los profesionales intervinientes en la cusa. Asimismo, podrá disponer la comparecencia de las partes al Juzgado, según las características de la situación, resguardando como medida prioritaria el bienestar psico-físico de la persona víctima.*

4) La **Ley N°11.529 de la Provincia de Santa Fe** prevé en su artículo 7mo. que, *Ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta ley, o la reiteración de hechos de violencia por parte del agresor, el juez interviniente deberá – bajo resolución fundada – y sin perjuicio de las restantes medidas a aplicar, **ordenar la realización de trabajos comunitarios** en los lugares que se determinen. Dicha resolución será recurrible*

conforme lo previsto en el C.P.C. y C. El recurso que se conceda lo será con efecto suspensivo

5) Con igual criterio, la **Ley N° 12.569 de la Provincia de Buenos Aires** establece en el artículo 14to. : *Ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta ley, o la reiteración de hechos de violencia por parte del agresor, el Juez o Tribunal interviniente podrá -bajo resolución fundada- ordenar la realización de trabajos comunitarios en los lugares que se determinen. Dicha resolución será recurrible conforme a lo previsto en el Código Procesal Civil y Comercial concediéndose el recurso al solo efecto suspensivo.*

Como vemos, las leyes de La Pampa y Tierra del Fuego, han sido muy completas en cuanto a las herramientas judiciales tendientes a compeler al cumplimiento de la medida adoptada. Y también lo han previsto, aunque en menor medida, las leyes de Río Negro, Santa Fe y Buenos Aires. Notorio es, en algunos casos, que la facultad judicial de tomar medidas de compulsión es acompañada por mecanismos de control durante el desarrollo de la causa, como son las audiencias y los informes que brinden los asistentes u otros profesionales.

El análisis de lo expuesto nos lleva a plantear el siguiente interrogante ¿Puede el juez válidamente compeler a una persona a realizar un tratamiento o terapia contra su voluntad, en uso de estas facultades legales acordadas?

Aquí se deben tener presente las afirmaciones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2001- tantas veces mencionadas por sus recientes y valiosas conclusiones-, en el sentido que si bien cabe reconocer como principio incorporado a nuestro sistema jurídico, las facultades que tiene toda persona a disponer de su propio cuerpo, los actos de disposición del cuerpo reconocen como límites, el orden público, la moral y los derechos de terceros (conclusiones de *lege lata*).

Así también, al hacer uso de estas facultades el juez deberá tener sumo cuidado, pues en numerosas situaciones puede verse conculcado el interés familiar ya que nadie desconoce la problemática económica y laboral que se ha instalado en la sociedad argentina, es por ello que coincidimos con los Dres. Pedro Di Lella y Pedro Di Lella (h) en cuanto a que, en muchas ocasiones, la efectivización del trabajo comunitario puede resultar contraproducente en personas que se

encuentran en situaciones laborales precarias, o con riesgo de perder su trabajo²⁴⁸.

Del mismo modo, la comunicación de los hechos de violencia a las distintas asociaciones (posibilidad que establece la ley de la Provincia de Tierra del Fuego) también deberá ser decretada con especial atención. Coincidimos en este aspecto con la acertada opinión de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci²⁴⁹ en el sentido en que difícilmente la difusión de los hechos de violencia no alcance a la víctima y lesione –aún más- su intimidad.

Las leyes antes citadas introduce una nueva dimensión en cuanto a la protección de la violencia familiar al facultar al tribunal o juez interviniente a aplicar sanciones al agresor frente al incumplimiento de las obligaciones impuestas o ante la reiteración de hechos de violencia.

De esta manera el juez cuenta con la facultad de ordenarle al presunto agresor la realización de trabajos comunitarios si se dan los extremos requeridos por la norma.

La conveniencia de la aplicación de éste tipo de sanciones ha sido cuestionada por parte de la doctrina, al entender que la aplicación de una sanción muchas veces conspirará contra el interés familiar (art. 14 bis) o el del menor (art. 3 inc. 1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño).

Advirtiendo que en muchos casos la violencia se presenta en grupos familiares que afrontan problemas económicos o una difícil situación laboral, resultará contraproducente condenar a trabajos comunitarios a personas que están en condiciones de trabajo muy precarias o con riesgo de perder su empleo, ya que la sanción frecuentemente hace que vean absorbida la mayor parte de su tiempo.²⁵⁰

Pero no debe olvidarse que muchas veces la sola amenaza de sanción puede ser una herramienta útil para mitigar este problema.

Si bien el modelo fundado en estrategias de control del abusador basada en restricciones a la libertad ha demostrado su fracaso, así como tampoco parece un remedio idóneo propiciar la ruptura de los vínculos, éste esquema clásico para

²⁴⁸ Di Lella, Pedro y Di Lella, Pedro (h), op. cit. L.L. 2001-II, pág. 1258

²⁴⁹ Kemelmajer De Carlucci, Aída: "Algunos aspectos procesales en las leyes de violencia familiar" en Revista de Derecho Procesal 2002-1 "Derecho procesal de familia" Ed Rubinzal- Culzoni. Pág. 115 y ss.

²⁵⁰ Di Lella, Pedro: op cit. L.L. 2001-II, pág. 1258

sancionar a los responsables puede ser en algunas situaciones una alternativa frente al conflicto familiar.

En este sentido la ley bonaerense, al igual que su par nacional, carece de una solución eficaz ya que de acuerdo con la normativa diseñada, adoptadas las medidas, si éstas no se cumplen, y si el maltratante no concurre a la audiencia prevista, la misión del tribunal finaliza, manteniéndose el señorío de la impunidad.²⁵¹

En Estados Unidos, país que con mayor intensidad ha estudiado el problema de la violencia familiar, se han ideado diversos mecanismos para asegurar el cumplimiento de las medidas y órdenes judiciales que van desde arrestos que van incrementado su frecuencia ante los sucesivos incumplimientos, hasta multas y cargos por desacato.

Si bien no compartimos este criterio, no puede negarse que es mucho más efectivo que la solución prevista por el art 11 de la ley 12.569 y 5 de la ley 27.417, ya que el objetivo de la audiencia muchas veces resulta inapropiado frente al perfil del autor de los hechos violentos, toda vez que para un tratamiento terapéutico eficaz es indispensable el consentimiento del ofensor.

IX.- PUBLICIDAD.

9.- Finalidad de la publicidad

9.1.- Registro de denuncias.

El art 18 de la ley 12.569 similar al art. 2 del decreto 235/1996 (L.A. 1996-A-195) dispone: *“El Poder Judicial llevará un Registro de Denuncias de Violencia Familiar en el que se dejará constancia del resultado de las actuaciones, resguardándose debidamente el derecho a la intimidad de las personas incluidas.”*

Esta registración tiene una finalidad estadística con el objeto de detectar caracteres comunes de víctimas y victimarios, reuniendo información que facilitará el estudio y la prevención.²⁵²

En la práctica diaria de nuestros tribunales bonaerenses y atento no haber sido instrumentado correctamente, los juzgados con competencia en la materia incluyen los procesos de violencia familiar en la estadística mensual que se eleva

²⁵¹ Gosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene.: “Una ley a mitad de camino. La ley de protección contra la violencia familiar.” L.L. T 1995-B. Sec doctrina.

²⁵² Molina, Alejandro.: op. cít.

tanto a la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires como a la Cámara de Apelaciones de cada Departamento Judicial, sin las indicaciones requeridas por el precepto.

9.2.- Prevención.

El art 15 de la ley bonaerense estipula que *“El Poder Ejecutivo a través del organismo que corresponda instrumentará programas específicos de prevención, asistencia y tratamiento de la violencia familiar y coordinará los que elaboren los distintos organismos públicos y privados, incluyendo el desarrollo de las campañas de prevención en la materia y de difusión de las finalidades de la presente ley”*.

Se ha juzgado, conforme a las diferentes causas explicativas de la violencia de carácter social, familiar e individual que deben adoptarse diversas estrategias para afrontar el fenómeno, como por ejemplo políticas sociales de orden general, tratamientos específicos de adicciones al alcohol y otras sustancias, diagnósticos y terapias para tratar las disfunciones familiares y personales, formación especializada del personal que atiende el área de la familia y la fomentación de una conciencia pública acerca de la gravitación del problema.²⁵³

La difusión de esta particular realidad a través de los medios de comunicación constituye una forma de control social informal respecto de conductas que pueden ser encuadradas dentro de los extremos de la ley en estudio, ya que le permite al agredido conocer sus derechos y de esta manera ejercerlos.

²⁵³ Grosman, Cecilia P. y Mesterman, Silvia.: “Violencia Familiar”. Enciclopedia de Derecho de Familia. Editorial Universidad. Buenos Aires 1994. Pág. 859 y ss.