



Aída Kemelmajer de Carlucci,
2020



¿Hay medidas jurídicas eficaces contra la violencia doméstica?



- “Cuando te mate, ven a vernos”, dijo el policía.
- Frase transcripta por el Tribunal Europeo de derechos humanos en la causa *Volodina v. Rusia*, 9/5/2019.

- *“Se vende una negra, recién parida, con abundante leche, excelente lavandera y planchadora con principios de codina, joven, sana y sin tachas, y muy humilde. Dará razón el portero en calle O’Reilly n° 16”.*

- Diario de La Marina de Cuba española, 1846.

- *Un hombre de 31 años murió luego de haber sido atacado a golpes cuando pasó a buscar a su hija para pasar el Día del Padre junto a ella en el partido bonaerense de Florencio Varela; por el crimen detuvieron a la actual pareja de su ex esposa*
- <https://www.mdzol.com/sociedad/modus-operandi/2020/6/21/dia-del-padre-lo-mataron-golpes-cuando-fue-buscar-su-hija-87128.html>

- *Con la palabra violencia nos referimos a un conjunto tan amplio y diverso de conductas que, con frecuencia, no resulta fácil saber de qué estamos hablando cuando la usamos. El término violencia parece ser una expresión de contenido desbordante.*

- BIRULÉS, Fina, *Violencia, Una palabra para un contenido desbordante*, en GOBERNADORAS, Josefina y BOLADERAS, Margarita (coordinadoras), *Violencia obstétrica y el debate actual sobre la atención al nacimiento*, Madrid, Tecnos, 2018, p. 19.

VIOLENCIA. Tipos o clases. Interrelación

- Física
- Psicológica
- Sexual
- Simbólica
- Económica o patrimonial

Modalidades

- doméstica,
- institucional,
- laboral,
- contra la libertad reproductiva,
- obstétrica,
- Mediática.

Relativa eficacia del derecho penal para la violencia doméstica



ACLARACIONES PREVIAS



- 1. Casos tan aberrantes (especialmente contra NNA) que el derecho penal debe necesariamente intervenir
- 2. Existencia de funcionarios penales comprometidos
- 3. El derecho penal sirve a la eficacia de las decisiones tomadas por jueces civiles, incluso, para justificar expulsión del país
- 4. El punto de partida NO ES COMPARTIDO

- (A) Por el legislador argentino. El llamado *populismo punitivo*
- (B) Por las víctimas
- (C) Por la Corte IDH
- (D) Por la jurisprudencia de la CSN respecto de la *probation*

Razones sobre la escasa eficacia del derecho penal



- a) **Las estadísticas**
- b) **El agravamiento de la situación económica y social de la familia**
- c) **La falacia de la frase “la única manera de garantizar a la víctima es encerrar al violento”.**
 - **(*) La cárcel no lo hace menos violento**
 - “Lo dejaron salir de la cárcel por el coronavirus y mató a golpes a su hija de 9 años. Un hombre de 33 años volvió a su casa y atacó a golpes a la nena. Cometido el crimen, el sujeto escapó en taxi”.
 - [https://www.losandes.com.ar/article/view?slug=lo-dejaron-salir-de-la-carcel-por-el-coronavirus-y-mato-a-golpes-a-su-hija-de-9-años.](https://www.losandes.com.ar/article/view?slug=lo-dejaron-salir-de-la-carcel-por-el-coronavirus-y-mato-a-golpes-a-su-hija-de-9-años)

- (**) Los jueces de familia pueden imponer medidas sancionatorias
- Arts. 553 y 557 del CCyC
- El juez puede tomar “medidas razonables” para dar eficacia real a decisiones que recaen sobre derechos de alimentos y de comunicación. En la misma tendencia, diversas normas procesales autorizan a los jueces de familia a tomar decisiones de tipo sancionatorias.

Jueces de familia creativos

- Ampliar área de prohibición de acercamiento. Otra provincia.
Controles policiales

- d) Limitaciones a las medidas protectoras de la víctima dispuestas por los jueces penales.
- **principio de tipicidad penal.*
- Violencia psicológica/delito de amenazas
- ** regla de la menor restricción a la libertad*
- Automaticidad de la prisión preventiva?

- e) Reparaciones escasas fijadas por jueces penales
- f) La pendencia del juicio penal frene a la acción civil de resarcimiento. La dilación de los procedimientos.
- g) La cosa juzgada penal y su incidencia sobre la acción civil
- h) Problemas de competencia
- i) La intervención judicial en contra de la voluntad de la víctima mayor de edad y plenamente capaz

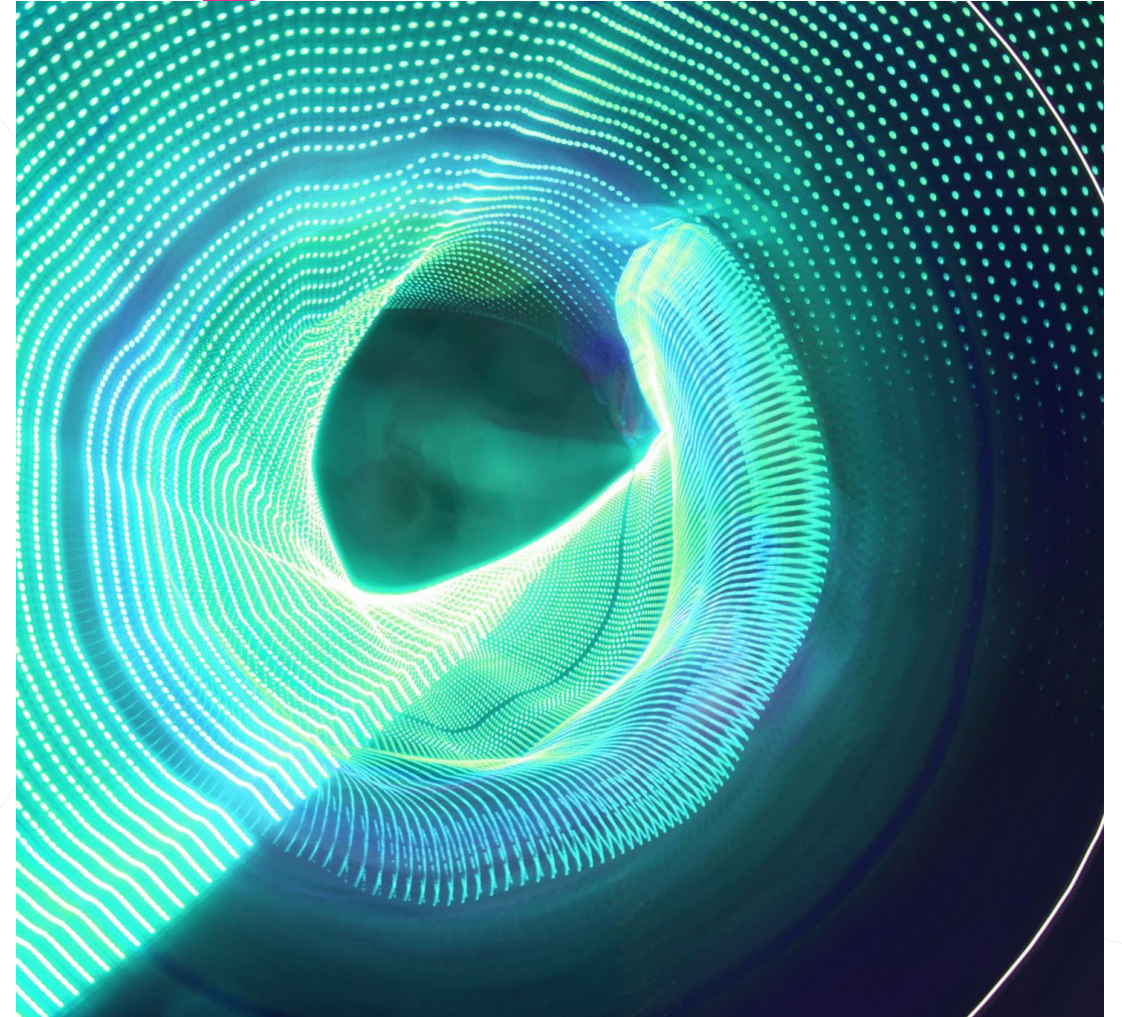
- **(j) La resistencia social a la penalización a ultranza cuando está en juego la libertad de expresión frente a casos graves que quedan impunes o penados levemente**



RESPONSABILIDAD CIVIL



- **art. 1708 del CCyC**
- “Funciones de la responsabilidad.
- Las disposiciones de este Título son aplicables a la **prevención** del daño y a su **reparación”**.





ambas funciones:

(a) no son
incompatibles

(b) una no prevalece
sobre la otra.

•

VIOLENCIA

- Aunque la violencia familiar debe ser afrontada esencialmente con una mirada *preventiva* y soluciones terapéutico-educativas, “la idea de que las *indemnizaciones* son posibles y justas constituye un elemento relevante en el cambio del imaginario social y tienen un alto valor simbólico como mensaje cultural”
- GROSMAN, Cecilia P., *Responsabilidad civil y violencia en la familia*, 1995 Cita Online: 0029/000021.

- Un sistema judicial que no condene a indemnizar las consecuencias de la violencia doméstica es un sistema ineficaz que fomenta la impunidad y, en alguna medida, contribuye a generar más violencia.
- PASCUALI, María Belén, Reparación del daño en casos de violencia de género, en DEFENSORIA GENERAL DE LA NACIÓN, *Diálogos de la defensa pública : aspectos civiles y penales de la ley 27.363 sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental*, 2019, <http://aulaextendida.com.ar/wp-content/uploads/2017/11/Libro-Dialogos-ley-27.363.pdf>

- Grosman:
- “Pese a la multiplicidad de denuncias que colman los juzgados de familia o juzgados de menores que constatan lesiones físicas, coacciones psíquicas o abusos sexuales que sufren niños y adultos en el hogar, una revisión de la jurisprudencia muestra que en el escenario judicial las demandas por daños y perjuicios son casi inexistentes cuando se trata de actos de maltrato entre familiares”.



- ¿Qué ha pasado en el último cuarto de siglo?

MUCHA AGUA PASÓ DEBAJO DEL PUENTE

Cantidad

Diversidad

Criterios valorativos

- Una mujer quedó con severas secuelas físicas por el disparo que le preopinó su marido -ex policía- y el tribunal distribuyó el 60% de la responsabilidad a la demandada y el 40% a la actora “por *culpa concurrente* entre la víctima y el victimario en razón de que **ésta conocía el perfil peligroso de su marido, asumiendo el riesgo, primero de convivir, y luego de contraer matrimonio**”.
- Cámara 8ª de Apelación en lo Civil y Comercial de Córdoba, **21/12/2000**, Rev. Derecho de Familia, n. 22, 2002, p. 153 y ss.

Pluralidad de normas



* **Reglas generales de la responsabilidad civil (CCyC)**



* **Leyes provinciales**



* **Ley 26485**

art. 35. La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia”.

PRESUPUESTOS PARA LA REPARACIÓN Y PARA LA PREVENCIÓN



prevención

- ANTIJURIDICIDAD
- NO REQUIERE
- RIESGO CIERTO DE DAÑO
- RELACIÓN DE CAUSALIDAD

reparación

- ANTIJURIDICIDAD
- FACTOR DE ATRIBUCIÓN (OBJETIVO O SUBJETIVO)
- DAÑO
- RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Prueba de los presupuestos

DIFICULTADES
PROBATORIAS

CRITERIOS

Prevención

- **A favor** de la medida preventiva o cautelar, especialmente si hay NNA

Reparación

- Criterio estricto
- La escasa prueba producida resulta insuficiente para tener por demostrada la violencia psíquica y física que invoca; ello así, pues de la sola existencia de la orden de prohibición de acercamiento y hostigamiento, o del acta de constatación donde se ingresa a una cuenta de Facebook y mensajes de texto, o del hecho de que el accionado retirara el vehículo de su estudio, no se puede de ningún modo dar por acreditado el daño invocado.
- Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario y Familia San Rafael Mendoza, 03/04/2018, Rubinzal Online Cita: RC J 3588/18.

• DAÑO EXTRAPATRIMONIAL QUE SURGE DE LOS PROPIOS HECHOS

- Escasos e incomparables son los casos en los que el daño moral es tan gravoso
- Los casos de abuso sexual a temprana edad traen consecuencias no solo en el ámbito sexual, sino también en el social, en lo académico, etc.
- Y no se trata sólo de la angustia, el desconsuelo y el intenso sufrimiento que trae aparejado el acto en sí, sino que se ve agravado **por ser el propio padre el autor del hecho**, por lo que incluye también el **quebrantamiento de algo tan vital en vida del ser humano como es la confianza** en el propio padre y, en consecuencia, la pérdida de la relación paterno-filial. El abuso sexual de los niños se considera como trauma de la peor especie ya que los niños están mal preparados para enfrentarse a la traición por parte de los adultos y a la sexualidad prematura del abuso”.
- Cám. Nac. Civ. Sala M, 26/11/2004, LL 2005-B-369.

The background features a large, light pink circle on the right side, partially overlapping a white circle on the left. A thin grey line is visible at the top and bottom edges. A small pink dot is located in the upper left quadrant, and a small black dot is in the lower right quadrant.

EL POR QUÉ DE LAS DIFERENCIAS



RESPONSABILIDAD DEL AUTOR DEL DAÑO



- “El ex cónyuge debe resarcir los daños causados en razón de los episodios de violencia doméstica protagonizados durante la convivencia y luego de la separación, porque los actos llevados a cabo por el demandado encuadran en los previstos en la ley 26.485 que los califica de violencia de género, ya que con sus conductas humilló y deshonoró a la actora, denigrándola y afectando sus justas susceptibilidades, manipulándola y desequilibrándola con llamados telefónicos que le infundieron temor”.
- Trib. Coleg. Fam., N° 5, Rosario, 14-12-2016, Derecho de Familia, 2017-I-101, comentado por Delia B. Iñigo: *Indemnización por daños y perjuicios concedida.*



SITUACIONES ESPECIALES



Violencia que causa embarazo

- Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, Santa Fe, 5ta. circ., 25-sep-2018, Cita: MJ-JU-M-114823-AR | MJJ114823.

- **Daño psicológico**
- La angustia y stress postraumático causan “inevitables gastos de psicoterapia a fin de reparar ese daño psíquico que supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente”
- **Daño patrimonial**
- “La falta de reconocimiento de la paternidad genera un sinnúmero de situaciones en las que la falta de aporte incide en los intereses económicos de la familia

Omisión de reconocimiento de un hijo.

Regla general: legitimación por ataque al derecho a la identidad: el hijo

La madre. Excepciones abiertas a través de la violencia económica y psicológica



- “La conducta del demandado, quien omitió colaborar en los procesos en su contra y se sustrajo a sus deberes como progenitor de un niño *con discapacidad*, colocándose en una posición de poder respecto de la madre aun antes del nacimiento del niño y aprovechándose de esa circunstancia para perpetuarse en la omisión de toda asistencia, hasta el día del fallecimiento del hijo, configura *violencia de género* hacia quien no podía actuar de otro modo, pues las necesidades del niño le imponían el rol de única responsable, y ello habilita la acción resarcitoria (art. 35, ley 26.485)”.
- Cám. Civ. y Com. Necochea, 21/02/2017, Cita Online: AR/JUR/681/2017;

- **Impedimento de contacto. Violencia psicológica.**

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 12/02/2019,

- LA LEY 2019-B, 134, RCyS2019-V, 146 y DFyP 2019 (agosto) 52, Cita Online: AR/JUR/234/2019.

- “Resulta decisivo lo relatado por las Asistentes Sociales que presenciaron los encuentros entre progenitor e hijo. Lo descrito se muestra como una versión experta e imparcial de lo sucedido cuando el actor pretendía estar con su hijo y el obrar censurable de la madre. Incluso, cabe referir que los contactos entre padre e hijo siempre fueron en el marco de las actuaciones judiciales, ya sea las penales o la civil.
- La descripción pormenorizada de lo sucedido en las distintas ocasiones descubre que la actitud de la señora D. ha sido contraria a que el señor F. pudiera tener un contacto saludable y armónico con su hijo
- Sostener que su padre era su pareja, decir que los juguetes que le daba su padre eran robados, por lo que se los sacaba o los rompía, tratar al hijo de traidor por querer estar con su padre, alegar dolencias para que D. no saliera del hogar cuando las expertas no lo notaban enfermo y tampoco había un certificado médico que lo acredite, son escollos al contacto entre el padre y su hijo, lo que ella como progenitora conviviente debía asegurar”.

Daños causados por denuncias infundadas.



(el síndrome de alienación parental)

Cám. 1° Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 19/09/2006, Rev. de Derecho de Familia 2007-II-71

Fundamentos



- (i) en sede penal, se había establecido la **inexistencia del abuso**, por lo que este tema no podía ser revisado;
- (ii) el daño y la relación de causalidad que lo liga a la falsa denuncia han sido probados;
- (iii) la mera desestimación de la denuncia penal no es suficiente para la procedencia de la acción resarcitoria, pero las constancias de la causa llevan a la íntima convicción en cuanto a que hubo dolo o al menos culpa en el accionar de la denunciante;
- **(iv) Cabe descreer del relato del niño, influenciado por su madre;**
- (v) el pediatra del niño había descartado la existencia de abuso sexual, la patología detectada podría haber tenido otra fuente de contagio distinta de la sexual y falta de concordancia del relato con los exámenes realizados, pues algunos testimonios habían dado cuenta del deseo del niño de vivir con su padre

- **El delito de daños y la violencia económica o patrimonial**

- El Sr. D. E. C. tiró al suelo una motocicleta de su ex pareja, C. N. A., para luego arrojar sobre ella, tres sillas de plástico y una mesa del mismo material y colocar un encendedor cerca de la nafta, prendiendo fuego la mencionada moto, causando su destrucción total, para posteriormente efectuar un golpe de puño a la vidriera del comercio de la víctima y dañar los vidrios”.
- ORTIZ, Diego O., *Las fronteras del delito de daño en contexto de violencia familiar y su implicancia con el derecho de daños*, Revista Jurídica de daños n° 6, julio 2013, 31-7-2013, cita IJ-LXVIII-616.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

- **EL PUNTO DE PARTIDA**
- Pluralidad de leyes que, de algún modo, “reglamentan” algunos tratados internacionales que establecen la obligación de prevenir y reparar daños, especialmente frente a las personas vulnerables (mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidad, etc.) y la consecuente responsabilidad del Estado .
- Influencia sobre la ley 26.944

- El servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros.
- Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado.
- Por lo demás, sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger.

- En suma, “no puede afirmarse que exista un deber de evitar todo daño, **sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables**

- Reglas básicas formuladas por la Corte IDH.

1. La *violencia* contra la mujer es una **forma de discriminación** que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.
2. No solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es una **ofensa a la dignidad** humana y una **manifestación** de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que 'trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases.

- 3. El solo hecho de que una o varias mujeres hayan sido víctimas de hechos atentatorios de derechos humanos no significa que tales conductas, en sí mismas, sean discriminatorias en perjuicio de las mujeres. Dicho en otras palabras, no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Es menester que la condición de *especial vulnerabilidad* por el hecho de ser mujer haya sido *el presupuesto de esa transgresión*.

- 4. La definición de la discriminación contra la mujer "incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque
 - (i) es mujer o
 - (ii) la afecta en forma desproporcionada".

- 5. El **estereotipo de género** se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. La subordinación de la mujer está asociada a prácticas basadas en estereotipos de género, socialmente dominantes y persistentes, agravada cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el **razonamiento** y el **lenguaje** de las autoridades.
- La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.

- 6. Los derechos reproductivos integran los derechos humanos: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear.

- El derecho a la salud de la mujer presenta peculiaridades por su capacidad reproductora. La mujer no es un útero, pero tiene útero, por lo que ser mujer tiene implicaciones especiales en materia de salud. Independientemente de su salud reproductiva, no puede negarse que el cuerpo de la mujer presenta peculiaridades con amplia incidencia en el ámbito de la salud.

- 7. Las leyes que regulan la interrupción del embarazo tienen que ser coherentes con la regla de que el embrión no tiene derechos absolutos; de allí que viola la Convención una prohibición total y absoluta de la interrupción del embarazo que no atienda a otros derechos en conflicto titularizados por la mujer.

- 8. Una cultura cuya piedra angular es la inferioridad de las mujeres, fuertemente arraigada en estereotipos, **no** se modifica de la noche a la mañana. El cambio de patrones culturales **es una tarea difícil** para cualquier gobierno; los problemas emergentes de la sociedad (alcoholismo, drogadicción, tráfico de drogas, pandillerismo, turismo sexual, etc.), contribuyen a agudizar la discriminación que sufren los sectores de la sociedad que ya se encontraban en una situación de desventaja, como es el caso de las mujeres, niñas e indígenas. •

- 9. El Estado *no* puede ser responsable por *cualquier* violación de derechos humanos cometida *entre particulares*; los deberes de adoptar medidas de prevención y protección están condicionados *al conocimiento* de una situación de *riesgo real e inmediato* para una persona o grupo de personas determinadas y *a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo*.

- 10. La *impunidad* de la violencia contra la mujer envía a la sociedad el mensaje de que ésta es tolerada, circunstancia que favorece:
 - (i) la aceptación social del fenómeno;
 - (ii) su perpetuación;
 - (iii) el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres;
 - (iv) una persistente desconfianza de ellas en el sistema de administración de justicia.



**LA SITUACIÓN REAL EN LA ARGENTINA Y EN
OTROS PAÍSES**

- En enorme cantidad de países, los pedidos de auxilio de las víctimas de la violencia no son escuchados por el Estado.
- En la Argentina, según informe de la Corte Suprema, en el año 2016, el 25% de las causas que terminaron en muertes por violencia de género tuvieron como característica común que, con anterioridad al deceso, se habían registrados varias denuncias previas a las autoridades,



Algunas reglas jurisprudenciales de la Argentina

- 1. Imposibilidad de un control o seguimiento particularizado de cada medida dispuesta.
- Por eso, la regla es: la mera existencia del poder de policía de seguridad y del servicio de justicia no son suficientes —por sí solos— para atribuir *a priori* responsabilidad al Estado, ya que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos y a la prestación del servicio de justicia pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas con motivo de hechos extraños a su *intervención directa*

- No obstante, para evitar desenlaces fatales, el Estado debe poner mayor énfasis en casos cuyas circunstancias hacen presumir la gravedad de la cuestión, pues si se proporciona idéntico tratamiento deficitario a todas las denuncias, podrían generarse mayores riesgos para aquellas personas que acuden al sistema en busca de protección.

Pautas para verificar si existe o no control razonable

"(i) Existencia o no de un *vínculo más estrecho* entre la víctima y el deber de seguridad, que el que tiene cualquier ciudadano que padece un delito;

(ii) Existencia o no de *medios a disposición* para evitar el hecho dañoso, pauta que se vincula a si se trata o no de personas individualizadas;

(iii) Si la posibilidad de comisión del delito compete a *cualquier persona* de la sociedad o a uno sobre el que el Estado *tiene control administrativo*;

(iv) Grado de *previsibilidad* del daño, entre cuyas pautas están denuncias previas, condición policial del sujeto, acceso a armas, etc.

Un ejemplo.
Corte de Justicia de la Provincia
de Salta, 16/10/2012, Cita
Online: [AR/JUR/78868/2012](https://www.argentina.gob.ar/jurisprudencia/AR/JUR/78868/2012)

MUERTE DE LA MADRE Y DE DOS HERMANOS A MANOS DEL PADRE.



- Diferenciar:
- Acciones/
- Omisiones

- * si son relativas a mandatos **expresos y determinados** en una regla de derecho (en los que puede identificarse una clara falta del servicio), de los casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un **modo general e indeterminado**.

- En el caso:
 - (i) la omisión concernía a un mandato expreso y determinado fijado en una regla de derecho (las disposiciones de la ley de violencia familiar, que son de orden público);
 - (ii) hubo un requerimiento específico en sede policial tendiente a la protección de la vida y la integridad física y el policía que debía actuar no lo hizo, frustró la instrumentación de medios que plausiblemente habrían contribuido a disminuir el riesgo cierto y latente que surgía de las denuncias.



Palabras provisionarias de cierre





EL JUEZ, INSTRUMENTO DEL CAMBIO SOCIAL



- *“Mujer, si te han crecido las ideas, de ti van a decir cosas muy feas: que no eres buena, que si tal cosa; que cuando callas te ves mucho más hermosa*
- *Mujer, semilla, fruto, flor, camino, pensar es altamente femenino”.*
- Versos de la canción “Mujer” de Gloria Martín; aconsejo la versión de la cantante mexicana Amparo Ochoa (<https://www.youtube.com/watch?v=57neSrYUJpw>).