

PANEL: Las Nuevas Formas de Familia *

Enfoque jurídico: Ricardo Pérez Manrique **

Familia y sociedad.

Vamos a abordar el tema de las formas familiares con un enfoque jurídico. Este es uno de esos temas en los cuales es muy difícil hablar exclusivamente desde una óptica de conocimiento.

Indudablemente el tema de la familia, las formas familiares es un tema mucho mas vasto que el mero conocimiento jurídico, sociológico, social, psicológico, etc.

Tiene que ver fundamentalmente con la forma cómo los hombres y las mujeres se han relacionado, se relacionan y se relacionarán a través de la historia con vista a los fines de la subsistencia y la reproducción, más allá de versiones románticas.

Siempre recuerdo que en 1967 la Dra. Retta escribió un libro que fue su tesis, sobre los delitos contra el orden jurídico familiar y en el prólogo del mismo manifiesta la crisis de la forma familiar que se estaba viviendo en aquel año y la compara con las quejas similares que en el siglo IV a.c. y durante la época del Imperio Romano se producían sobre la crisis de la institución familiar.

Lo que debemos concluir es : primero, hay una absoluta sintonía entre realidad social y económica y formas familiares.

Esa sintonía entre la forma familiar y la forma cómo la sociedad se organiza desde el punto de vista de la producción, de la distribución de sus bienes va a tener repercusiones dentro del orden jurídico y vamos a ver cómo por ejemplo el derecho sucesorio acompaña religiosamente cada forma de organización de la familia.

Entonces, según el bien maspreciado en el momento, el derecho sucesorio va a reconocer una forma de organización familiar que le sea adecuada.

La familia tradicional de la historia -no estoy hablando del siglo XX- cumplía funciones instrumentales; concebía el matrimonio como una institución y en la familia se cumplían finalidades de tipo económico, porque era en sí una unidad de producción de bienes; religiosas: el pater familia muchas veces reviste un carácter religioso, una autoridad religiosa o era la familia el lugar de formación religiosa y política. Esto porque se acumulaba poder político en la familia y la suma de familias generaban - por ejemplo en la Edad Media- el nivel de acumulación de poder necesario para gobernar o imponer determinadas concepciones.

Esta fórmula se caracterizaba por la estabilidad, por lo cual los matrimonios eran verdaderas alianzas entre familias donde quedaba subordinado el factor afectivo y esencialmente la finalidad era la procreación, la supervivencia de la pareja no estaba ligada a cuestiones afectivas.

** Versión desgrabada de las intervenciones, no corregidas por los expositores.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia. Miembro del Consejo Nacional Consultivo de Lucha contra la Violencia Doméstica.

Lo que estudió cualquiera de nosotros en derecho de familia es que el antiguo derecho romano -fuente de las instituciones familiares y en gran parte de todo el derecho que viene a través de la edad media- nos está reflejando esta forma de familia como una institución y con una figura central que es el padre con atributos casi de dueño del sistema familiar. En definitiva era una organización que estaba supeditada a su poder y existía en función de ese poder.

Con la revolución industrial, nos acercamos a la fórmula del Código Napoleón, regularización de la institución familiar de acuerdo a cómo llega a nuestros días. Corre más o menos en paralelo junto con la revolución francesa. La necesidad de que todos sean ciudadanos, menos los pobres, las mujeres y los extranjeros. La función de esa familia en la cual ya el trabajo y la producción salen de la entidad familiar, será la reproducción generacional, el sostén emocional de sus integrantes, la administración de la vida cotidiana y la socialización de los hijos.

Es aquí donde comienza a importar que los hijos estén en condiciones de integrarse a una vida social que se vuelve más compleja y ahí se habla de un matrimonio fusión donde la aspiración de unidad se basa en un ideal individualista más que de tipo institucional, donde está marcada la institución por la satisfacción de intereses propios, donde aparece -y esto me parece muy importante- un concepto de democratización de la familia.

A mi entender el gran instrumento jurídico que coloca a la familia como una institución eminentemente democrática es fundamentalmente la Convención de los Derechos del Niño, y -en parte por los avances que tiene en materia de familia- el pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de DDHH) cuando establece la igualdad de los hijos independientemente de su origen. Eso obliga a que nuestra legislación se modifique estableciendo la igualdad entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y sobre todo la Convención de los derechos de niño que tiene dos o tres grandes normas definitorias.

Una es el Art. 5, cuando establece el deber y el derecho de los padres de proporcionar a los hijos orientación adecuada de acuerdo a la evolución de sus facultades para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención. Los padres tienen la facultad de dar orientación a sus hijos para construir una ciudadanía responsable del ejercicio de sus derechos.

Luego la Convención va a desarrollar en el Art. 18 el principio de la corresponsabilidad, colocando en primer término a la familia como actora fundamental en cuanto a la función de socialización de sus hijos y a la necesidad de que la familia actúe y funcione democráticamente. Que la familia sea un centro de imputación jurídica en la cual rige plenamente el estado de derecho, en el cual se respetan los derechos de cada uno de los integrantes, independientemente de las funciones que éstos cumplan.

La Convención y el derecho posterior van a habilitar la intervención del Estado en la familia cuando ésta no cumpla los roles fundamentales que le están indicados.

Cuando la familia se convierte en un lugar donde se agrede a sus integrantes, donde no se los deja crecer, donde se abusa, donde se afectan los derechos de sus integrantes, ahí es donde se dispara la posibilidad del Estado de intervenir, de una manera restringida para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados. Idea que está absolutamente

contenida en los Art. 117 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia que está cumpliendo 1 año de vigencia en nuestro país.

Democratización y libre albedrío.

A la vez que se da este fenómeno de democratización también hay un proceso muy interesante de reforzamiento del libre albedrío o de la privatización de determinadas instancias familiares. De la misma manera que se habilitan determinadas hipótesis para la intervención del Estado también hay una cantidad de aspectos donde prima la libertad individual, aspectos de una familia moderna, cotidiana, pero que nuestro país incorporó a nuestro sistema jurídico con muchísima antelación y basta hablar del divorcio por sola voluntad de la mujer, del divorcio por mutuo consentimiento donde basta la voluntad de las partes para obtener la disolución del vínculo matrimonial. Sin importar elementos de orden público, porque el principio era la indisponibilidad de todo lo que tenía que ver con el estado civil. De hecho, cuando se está consensuando a través de un divorcio por mutuo consentimiento o permitiendo que uno sola de las partes diga: Yo me quiero divorciar, y que no haya posibilidad de oponerse a ello, se está reivindicando este derecho a la vida privada.

Otra institución jurídica que nosotros tenemos a partir del año 1946, es la posibilidad de acordar libremente entre los cónyuges el régimen matrimonial de bienes. Antes existía un sistema en el cual la mujer al casarse se convertía en incapaz relativa y el marido administraba todos sus bienes y de esto no se podía escapar.

La ley de derechos civiles de la mujer introduce este elemento y hay una cantidad de elementos más que hacen a ese libre albedrío y me atrevería a decir que el Código de la Niñez y la Adolescencia -del cual vamos a ver más adelante otros aspectos- también refuerza este libre albedrío y esta fórmula familiar donde pasa lo individual a tener tanto peso, es una fórmula que reconoce en sí su propia fragilidad. Porque no es aquello de “lo que Dios unió el hombre no lo desuna”. Es lo que los curas repiten en las iglesias, sabiendo que nunca se va a cumplir o excepcionalmente se va a cumplir, porque estamos en una relación de uno a uno entre matrimonios y divorcios.

En estos días se publicó en la prensa algo vinculado con el tema denominado “adulterio técnico” y a mí me hicieron una llamada telefónica y contesté que desde la jurisprudencia el tema ya lo teníamos solucionado hace mucho tiempo, y el diputado que propuso el proyecto de ley se molestó porque la jurisprudencia se le había adelantado y él ni lo conocía. Son cosas que pasan. Objetivamente, ¿qué es lo que pasa cuando yo tengo un derecho que tiene dos siglos? Tengo que ajustar la jurisprudencia a la realidad y la realidad dice que si una persona está separada de hecho hace uno o dos años y sin ninguna posibilidad de reiniciar el matrimonio es una absoluta hipocresía decir que es un adulterio si tiene una relación sexual posterior a la separación. Entonces yo no puedo sentenciar un divorcio por adulterio en esa situación y eso es lo que venimos diciendo hace varias sentencias.

El adulterio técnico es lo siguiente: cuando uno se casa tiene el deber y la obligación de la fidelidad hacia el otro cónyuge. O sea tener relaciones sexuales solamente con la persona con la que uno se casa.

Adulterio técnico se llama cuando se tienen relaciones sexuales con otras personas del otro sexo o del mismo, cuando los cónyuges están separados. Cuando hay separación y no hay

divorcio, la jurisprudencia tradicional decía que aún en ese caso había adulterio. Mas allá de la separación ese deber de fidelidad de por vida se mantenía hasta que se decretaba el divorcio

Se pregunta si la sanción es la misma para el hombre que para la mujer en caso de divorcio por adulterio.

No. Antes había una sanción que era la pérdida de los bienes gananciales del cónyuge adúltero, eso cuando se modificó la legislación de divorcio se suprimió. Lo que pasa es que hoy la mujer tiene lo que podría ser un ejemplo más en cuanto al principio de discriminación positiva que es el siguiente. Se mantiene el viejo art. 183 del Código Civil que establece la posibilidad de que la mujer cuando se divorcia, si tiene diferencias de ingresos con su ex marido o tiene necesidades económicas, puede solicitar una pensión que le suministre lo necesario para equipararse con el nivel de vida que tenía antes o la posibilidad de subsistir, porque muchas veces el divorcio es terminante en cuanto a suprimir esas posibilidades. Este derecho de la mujer solamente se pierde cuando el divorcio se decretó por su culpa o cuando tiene mala conducta notoria. Entonces, en este caso si se decreta el divorcio por adulterio que es una causal que de por sí implica la culpabilidad, la mujer pierde el derecho de reclamarle esa pensión a su ex marido.

Por ejemplo: otro caso muy interesante que también lo tuvimos en el Tribunal de Apelaciones de Familia y que llegó a la Suprema Corte, en el cual un marido alegaba que la mujer de la que él estaba divorciado no tenía derecho a la pensión del art. 183, porque tenía mala conducta notoria, porque había tenido dos concubinos.

Nosotros entendimos que esto no era mala conducta, que tenía derecho a reorganizar su vida familiar después de divorciada y que si en este momento está sola tenía derecho a seguir adelante.

La Corte declaró inadmisibile la oposición, con lo cual confirmó nuestra posición.

Esta fórmula en la cual el libre albedrío va ganando camino, cosa que está bien porque estamos en una sociedad donde se afirma el ser individual por encima del colectivo o pasa a tener importancia el ser individual hay un serio problema que tiene que ver con la necesidad de protección de los mas débiles dentro de la familia que son la mujer y los niños. Porque una fórmula familiar que tiene tantas posibilidades de romperse implica el riesgo de dejar por el camino los derechos y la protección de las personas más vulnerables. El derecho ha construido fórmulas de protección, toda la legislación sobre la mujer tiene que ver con la protección de la mujer en la sociedad, en el trabajo, pero también en la familia.

La Convención de los Derechos del Niño, las legislaciones especiales, tienen por finalidad esa protección. Las leyes de violencia doméstica tienen por finalidad ingresar al seno familiar para proteger a los seres mas débiles porque la violencia es una forma de abuso de poder dentro de la familia.

Formas familiares.

¿Por qué hablamos de formas familiares?

Este es un gran tema, porque no se puede hablar de que hay una familia sino que hay diferentes formas de familia.

Vayamos a los años 50 ó 60 del siglo pasado y nos plantamos en este año 2005. Voy a dar dos notas de la familia que se verá que eran en otra época definatorias y hoy han pasado a

un segundo plano. Uno de ellos, el tema de la cohabitación, -porque indudablemente existe- hay formas familiares sin cohabitación, como en nuestra profesión donde los jueces pasamos la primera etapa de nuestra carrera en el interior y a veces la familia se queda en Montevideo. No quiere decir esto que la familia no exista, sino que tiene otro tipo de organización.

El otro factor y el más contundente, que se ha caído en pedazos en el siglo XXI es el criterio de la familia como una relación heterosexual. En los años 60 hablábamos de esto y éramos unos degenerados. Hoy por hoy uno va a congresos internacionales, yo vengo de uno de derecho de familia del MERCOSUR, en el cual hubo una mesa dedicada a estudiar el matrimonio homosexual, el concubinato de personas del mismo sexo, las distintas soluciones legislativas y las necesidades de prever legislativamente soluciones al respecto.

Un autor habla de qué rol juega el derecho en todo esto. Ya habíamos dicho que el derecho sigue las formas familiares y este autor habla de que el derecho frente a todos estos cambios primero respondió con franca hostilidad porque respondía al sentido social de la época.

En mi infancia y en mi primera adolescencia una mujer divorciada era una mujer mal mirada y un hombre divorciado algún defecto tenía que tener.

Los hijos naturales eran mirados con hostilidad.

Ni pensar en aquellos años en que el concubinato iba a tener algún tipo mínimo de reconocimiento, ni en el derecho positivo, ni mucho menos en la jurisprudencia. No obstante muchas veces la jurisprudencia ha sido la primera en reaccionar frente a estos fenómenos. Por ejemplo, algo recogido por nuestro derecho: el derecho real de uso y habitación de la cónyuge superviviente, la que no tenía derechos hereditarios, la que si se moría el marido al otro día venían los hijos del matrimonio anterior y la despojaban de todo. Ese es un caso típico de una familia integrada subsiguientemente donde no tenía ninguna repercusión el derecho por lo que pasaba a ser al día siguiente de la muerte del marido una intrusa dentro de la casa.

Ahora para el hombre y para la mujer rige el mismo derecho real de uso y habitación.

Tiene derecho a quedarse en la casa si es la única que posee, con una serie de condiciones establecidas en el Art. 881 del código civil.

Comento brevemente cuatro formas familiares que me parecen interesantes.

El tema del matrimonio con un cónyuge proveedor y el otro que cuida a los hijos. Se trata de un modelo de familia que ha ido desapareciendo.

Quiero hablar primero de las **familias ensambladas** y recomiendo un libro de la Prof. Grossman de Argentina donde escribe sobre este fenómeno que esencialmente tiene que ver con el hecho de la conformación de las familias sucesivas entre personas que son separadas o divorciadas de relaciones anteriores y tienen hijos. Entonces, las relaciones posteriores que se forman a partir de la ruptura de un vínculo familiar, de la constitución de otro y eventualmente la ruptura de éste.

El otro fenómeno propio de nuestra época es el tema de las **familias uniparentales**, generalmente donde la jefa de hogar es una mujer, fenómeno producido a partir de la maternidad de soltera o sin pareja estable o producido por un tema de separación.

Después tenemos el **concubinato**, cuando dos personas viven juntas sin casarse y con o sin impedimento para hacerlo; también acá demostramos cierta mojigatería de la sociedad

porque desde hace por lo menos 10 años hay proyectos y uno muy recientemente presentado al abrir esta legislatura por cuatro diputadas del partido de gobierno que tiene por finalidad habilitar una forma por la cual dos personas que viven juntas (en el caso del proyecto último de ley se establece que puede tratarse de dos personas del mismo sexo) tengan la posibilidad de inscribirse en un registro y que a partir de allí nazcan determinados derechos sobre los bienes sucesorios, previsionales, de arrendamiento, etc. Se está reconociendo una realidad jurídica de hecho que es incontrastable.

Estos proyectos que son muy tímidos, no han logrado estudio del parlamento; la jurisprudencia desde hace muchos años ha avanzado. Cuando se produce la disolución del concubinato puede existir un crédito a reclamar por la vía del juicio del enriquecimiento sin causa o de una sociedad de hecho de un concubino contra el otro, cuando uno se ha enriquecido a costa del otro. De todas formas es muy difícil ganar estos juicios, por mas que hay una jurisprudencia firme, hay aun ciertas tendencias negativas.

Hay una tendencia jurisprudencial a reconocer como un aporte en efectivo el tema del cuidado del hogar, del cuidado de los hijos, de la atención de determinadas cosas. Si el hombre es el que sale a trabajar o si es la mujer la que sale. Todo lo que les cubre las espaldas y el ahorro del gasto debido a ese concurso. Ese es el enriquecimiento por ahorro de gasto, por omisión de un gasto. Eso se reconoce en la jurisprudencia y lo mas novedoso que hay en esta materia de concubinato, además del enriquecimiento sin causa y la sociedad de hecho es una sentencia de hace dos años del Tribunal Civil de 4to. Turno que reconoció a un concubino del mismo sexo del fallecido el derecho a pedir indemnización por daño moral por la muerte en un accidente de su compañero. Vemos cómo la jurisprudencia ha avanzado al punto de que se les reconoce el derecho de reclamar indemnización.

Quiero agregar el tema de cómo el Código de la Niñez introduce la **familia de hecho** de una manera muy importante. Antes había dos impedimentos que eran totalmente injustos para reconocer hijos habidos fuera del matrimonio. Uno, si los padres eran menores de 18 años los niños se inscribían como hijos de padres desconocidos, sabiendo sin embargo quiénes eran sus padres.

El otro impedimento era que una persona si tenía un hijo fuera del matrimonio no podía reconocerlo. Había que recurrir a la falsedad de inventar un juicio por investigación de paternidad por el código civil, para incorporar los derechos sucesorios de ese hijo al núcleo familiar y los derechos de ese padre que estaba casado. El Código de la niñez y la adolescencia habilita de los 12 y 14 a los 18 años al reconocimiento de los hijos tenidos con esa edad a los casados y a los no casados y por debajo de esas edades permite con autorización judicial también el reconocerlos. No es mas un misterio reconocer a un hijo cuando se es menor de edad.

El segundo y gran avance es que se puede reconocer a un hijo independientemente del estado civil del cónyuge.

Hay otros avances. ¿Cuál es el problema de estas familias constituidas de esta manera?

La falta de cobertura jurídica que tienen los integrantes que no tienen relación de sangre con los otros integrantes de esos núcleos. Concretamente el concubino con respecto a los hijos de la concubina y recíprocamente. El Código de la Niñez y la Adolescencia, establece en uno de sus artículos a los concubinos como obligados subsidiarios. O sea, el subsidio del cónyuge respecto de los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario.

Respecto a la tenencia, el art. 38 dice que la tenencia puede ser solicitada por un tercero y que el juez -basado en el interés superior del niño o del adolescente- puede incluir a otras personas con los que aquel haya mantenido vínculo afectivo estable. Por ejemplo, si estoy casado y mi esposa tiene un hijo que no ve a su padre durante años. Si vivo con ese niño, si asumo una actitud de protección, de responsabilidad y mi esposa fallece, si no hay una norma de este tipo el padre es el único que puede tener la tenencia de ese niño aunque no haya convivido en los últimos 12 años. Esta norma establece la facultad del juez en esos casos de preferir el vínculo afectivo de hecho al vínculo de derecho. Cosa que es un avance ante las nuevas formas familiares.

El caso de un hombre que ha tenido hijos con varias mujeres y éstas como forma de subsistir se han organizado y viven tres mamás juntas con sus hijos. Me parece entonces que hay más de un tipo de familia y esta forma no se reconoce desde el punto de vista de la ley.

Eventualmente pueden hacer un liticonsorcio activo para reclamar la pensión alimenticia, si es que encuentran al padre.

Cuando se habla de **legitimación adoptiva** se permite que los 4 años de matrimonio, puedan ser completados con años de concubinato estable que hayan tenido las partes antes de casarse. Para legitimar adoptivamente hay que tener 4 años por lo menos de matrimonio. Una persona con 1 año de matrimonio y 3 años de concubinato que pueda acreditar cumple con el requisito de los 4 años de matrimonio para poder legitimar adoptivamente. Este también es otro reconocimiento de la familia de hecho.

Me pareció importante dar un pantallazo desde el punto de vista jurídico porque no obstante esa rigidez que yo marcaba en la sociedad se están moviendo las cosas, se están pensando cosas y existe el imperativo que se nos impone a los jueces: la necesidad de arbitrar la justicia. Es decir, de ajustar la justicia al caso concreto. Eso hace que se avance en decisiones jurisprudenciales que son absolutamente novedosas, como éstas del adulterio. Por problemas económicos, etc. se lee poco y nosotros vemos que en el Tribunal se sigue acentuando la tendencia del viejo anuario de derecho de familia publicado en la época de la dictadura con sentencias del año 83 y 84. Sin embargo, todavía hay jueces en Berlín que siguen avanzando respecto a estas nuevas situaciones...

ENFOQUE SOCIOLOGICO: Mariana Paredes *

Diferentes dimensiones del tema.

Voy a tocar algunos puntos a los que se refirió anteriormente el Dr. Pérez Manrique. Estos temas como objeto de estudio son multidimensionales.

Uno hace lo posible por recortar para ordenar pero eso no quiere decir que unos aspectos no se relacionen con otros, se trata de diferentes dimensiones que igual se cruzan.

* Licenciada en Sociología. Master y Doctora en Demografía. Investigadora y docente en el Programa de Población de la Facultad de Ciencias Sociales (UDELAR).

Trataré de sinterizar cuatro dimensiones que vendrían a ser los cambios demográficos, los sociológicos, los culturales y los económicos. Puede que una dimensión, insisto, se cruce con la otra.

¿Qué pasa con los cambios demográficos? El primer cambio demográfico que afecta a la vida familiar es el aumento de la esperanza de vida. Actualmente en Uruguay, tenemos una esperanza de vida al nacer de 74 años para los hombres y 78 años para las mujeres.

Cuando el Dr. Pérez Manrique hablaba de épocas anteriores tenemos que pensar que la gente, cuando estos matrimonios por alianzas existían, se casaba a los 20 años y a los 40 años moría, con lo cual la longitud de la vida era mucho más corta, y en consecuencia era más fácil “aguantar al otro al lado”.

Nosotros ahora tenemos un horizonte que duplica el tiempo de vida y ésta es una cosa que tenemos que tener en cuenta, no solo por la duración de una pareja. En general la edad promedio de contraer matrimonio hoy está en los 25 años. Pensemos que si vivimos 75 años en promedio tenemos unos 50 años de horizonte, tenemos medio siglo de convivencia “hasta que la muerte nos separe”. Este es un dato no menor, el saber el horizonte de la vida que tenemos y eso también repercute en otra cosa que después voy a mencionar que es el tema de que pasamos a convivir con varias generaciones dentro de una familia.

Los abuelos ya no son abuelos sino que son bisabuelos y esto es una cuestión que plantea también un cambio en la dinámica de una población familiar.

El otro tema es el aumento de las tasas de divorcio en Uruguay, estamos hablando de cifras del año 96 .

La demografía tiene esa cosa como de ciencia de la vida. Va estudiando el tema de los nacimientos y de la muerte. Toca momentos de lo que es la vida privada de la gente y sin embargo la toma como algo muy global y esto impresiona un poco.

En la medida en que las relaciones de género se van equilibrando un poco también hay un tema de competencia. Si uno se tiene que ir, el otro también. Si uno viaja el otro viaja. El peso de la vida familiar está empezando a ser más o menos lo mismo para los dos.

Género y generaciones.

El otro tema que también va con esto es el tema de la velocidad de los tiempos, cuestión que me impresiona mucho. Creo que las nuevas generaciones corren cada vez más rápido y hay un tema de la convivencia de las generaciones, el cómo se mantienen los códigos, cómo se comunican las personas de diferentes generaciones, si hay una ruptura generacional o no; si hay una comunicación intergeneracional, todo el tema de las dimensiones entre generaciones.

Creo que hay dos dimensiones claves para el análisis de la vida familiar que son **el género y las generaciones**. Cualquier tipo de análisis tiene que tener estas dimensiones en cuenta,

probablemente los niños de hoy dentro de diez años van a ir más rápido que los de hoy y así sucesivamente.

Para finalizar, el tema de los cambios económicos. Algunos resumen un poco lo que dije y repiten el tema de la separación del lugar de trabajo y del mundo familiar. El tema del cambio del hijo productor al hijo consumidor. La inserción masiva de la mujer al mercado de trabajo, como pasó en Uruguay en el año 75, la mujer es cada vez más parte de la población económicamente activa y eso genera parejas de doble carrera. Hay una racionalidad económica aplicada a la vida familiar, un balance entre costos y beneficios que es continuo y sobre todo se produce más eso en los sectores más altos que son los mismos que están calculando cuánto invierten y cuánto no. Hay una cierta racionalidad económica aplicada a eso.

Hay un tema que está en la agenda social que es el tema del divorcio y el tema de la vulnerabilidad de los hogares monoparentales. Marisa Buchelli y Marta Cabella están estudiando para UNICEF el tema de cuánto afecta el divorcio y el tema de las pensiones alimenticias. Si se cumplen o no. Esta es una cuestión que pasa, los divorcios producen hogares más vulnerables, con jefatura femenina.

Las tareas de cuidado.

Y hay un tema que lo van a ver con Karina Batthyány que se refiere al tema del valor de las tareas del cuidado. El tema es cuánto estamos valorando el tema de las tareas no remuneradas que cada vez valen más. Cada vez escasean más, lo mismo pasa si uno vive en España y le tiene que pagar a una empleada doméstica la tiene que pagar muy cara, lo mismo pasa en EEUU, en Francia, en todos lados es lo mismo.

Pero no acá. ¿ Por qué?

Porque esa gente cumple con las tareas de cuidado, que realmente son cada vez máspreciadas y que tienen un valor económico por más que no se vea y no quede tan claramente planteado en la vida. No está tan claro que una mujer que se queda en su casa a cuidar a sus hijos está trabajando y que ese trabajo vale, y vale en tiempo y es un trabajo sumamente difícil.

Respecto a lo que se plantea si en los cambios estructurales de la familia hay comunicación o cultura generacional, creo que cultura generacional hay siempre porque se pertenece a un círculo social que produce esa cultura con los cambios generacionales. Todas las culturas se viven también en términos de generaciones, incluso la literaria, la artística, etc.

Si yo me pregunto si hay comunicación o cultura generacional, creo que hay comunicación en base a cultura y que eso ha cambiado notoriamente en los últimos tiempos. Si yo pienso en la comunicación que tuve con mis padres, con la cultura que regía en ese momento, por ejemplo en el planteo de la sexualidad de los jóvenes, es francamente diferente a la que yo sostengo con mi hijo.

Estos son cambios producidos por una cultura distinta, seguida por el ambiente que te rodea, más que de una familia que generó un ser distinto con otras pautas morales o como quieran llamarles sobre forma de vida.

En cuanto a la dimensión de género y las generaciones, es cierto que por ejemplo

la generación de los años 70 rompió con una cantidad de cánones. Contra la familia, contra los padres. Cuando nos fuimos a vivir solas, porque había trabajo y eso cambió la mentalidad. Después las relaciones de pareja y después vino el planteo de no tener hijos. El planteo de no tener hijos es una cuestión relativamente nueva como legítima. En Uruguay si uno toma la trayectoria evolutiva de la gente y le pregunta a los 50 años qué gente no tuvo hijos, son un 10% de las mujeres uruguayas por ahora las que terminaron la trayectoria sin tener hijos. Vamos a ver qué pasa en los próximos 20 o 30 años. Habría que ver si esa tendencia es creciente, porque siempre hubo una franja de mujeres sin hijos. Ahora también hay mujeres que se animan a tener hijos sin casarse.

Respecto al problema de la pertenencia a la familia en caso de padres divorciados, cuando el divorcio se lleva a cabo en buenos términos, el problema de la pertenencia está claro, el chico sabe a qué familia pertenece, y cuando dice “voy a casa” se refiere al lugar donde duerme, donde vive. El tema que les hace daño es cuando hay puja entre los padres, uno arrebatando al otro al niño, vive un tiempo acá y otro tiempo allá.

Frecuentemente hay problemas respecto a la tenencia, y la responsabilidad mayor les cabe a los padres en cuanto a evitar los daños y, por el contrario, mantener una relación de armonía entre el niño y su madre y padre, sin que importe la forma de familia de que se trate.

PANEL : VIOLENCIA DOMESTICA (APLICACIÓN DE LA LEY No. 17.514 Y DEL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA). *

Intervención de la Dra. Martha Scarpitta **

Vamos a tratar las bondades de la ley No. 17.514 de 18/6/02 en líneas generales. Ella aborda el problema de la violencia doméstica a partir del supuesto básico de que la violencia doméstica constituye una violación a los derechos humanos.

Es a partir de la promulgación de esta ley que existe la posibilidad de que la intervención judicial no se limite a la jurisdicción penal, sino que puedan intervenir los jueces de familia y de adolescentes, en Montevideo en los juzgados especializados. Es una ley de carácter integral, atiende tanto a la unidad de la persona como a la de la familia y por otro lado organiza la protección de los correspondientes derechos, a partir de la conceptualización de la familia que le otorga la doctrina internacional más recibida.

Obliga al Estado a tomar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica y fomentar el apoyo integral a la víctima.

Organiza un sistema de protección integral de la persona y de la familia, que va más allá de las medidas cautelares de protección que el juez debe tomar para entender en una situación de riesgo que se le plantee.

El artículo 24 crea en la órbita del Ministerio de Educación y Cultura -que actualmente ha pasado al Ministerio de Desarrollo Social-MIDES- el Consejo Nacional Consultivo de Lucha contra la Violencia Doméstica, con competencia nacional, que tiene entre sus fines diseñar y organizar los planes de lucha contra la violencia doméstica y velar por el cumplimiento de la ley y su implementación. Debe elaborar un plan para atender la violencia en forma integral orientado a la prevención, atención y rehabilitación de todas las personas involucradas, proponiendo acciones para –entre otras cosas- favorecer la especialización de las instituciones y operadores cuya intervención es necesaria para la prevención y erradicación de la VD.

El 25/11/2003 se presentó el “Plan Nacional de lucha contra la VD: 2004-2010”, el cual aun no se ha puesto efectivamente en práctica.

En este marco se firma el 29/8/05 con el Ministerio del Interior un acuerdo por el cual se establece como objetivo que dichas instituciones acuerdan llevar adelante procesos de cooperación recíproca a los efectos de proporcionar a las y los funcionarios de las comisarías de la mujer de Montevideo y San José los cursos de capacitación que conjuntamente determinen. Ello es sumamente importante porque tenemos que tener presente que las denuncias de violencia doméstica muchas veces son recepcionadas por la autoridad administrativa en las seccionales policiales o en las comisarías de mujeres.

Es el primer encuentro que tiene la víctima de violencia con un funcionario policial, es entonces muy importante la capacitación que tengan esas personas para poder brindarle la asistencia. En general, siempre han recibido capacitación, están siempre muy dispuestos a recibirla desde que se implementó el programa de seguridad ciudadana.

En el año 2004, se presentaron en la comisaría de la mujer 1382 denuncias escritas, y 390 verbales. A raíz de estas denuncias fueron detenidos: 1342 hombres, y 213 mujeres.

* Versión desgrabada, no corregida por los/as participantes.

* *Abogada, Asesora del Instituto Mujer y Sociedad, Responsable del área jurídica de la Comuna Mujer de Paso de la Arena, integrante de CLADEM.

Hombres procesados con prisión: 24, sin prisión: 29. Mujeres procesadas con prisión: 1; sin prisión: 3. En el total del país murieron 57 personas en el año víctimas de la violencia doméstica, lo que equivale a una persona cada 5 días. Se estima que es 1 cada 10.9 días en el caso de las mujeres; hombres: 1 cada 13.6 días.

El hombre luego que mata a la mujer se autoelimina. Niños y adolescentes se estima que son víctimas 1 cada 65 días.

Me comunicaron que no tenían las cifras de este año pero que eran superiores. Este año (2005) tenemos que agregarle las denuncias que se han incrementado muchísimo en los juzgados de violencia doméstica, que son bastante importantes para la población que tenemos.

Esto es en líneas generales lo que establece la ley, lo que prevé.

Operativización de la aplicación de la ley.

Luego la Suprema Corte fue operativizando la aplicación de la ley a través de **Acordadas**. La Acordada 7457 de setiembre del 2002 que organizó la competencia y el régimen de turnos en Montevideo y en el interior. En la capital ordena que luego de tomadas las medidas de urgencia y realizada la audiencia evaluatoria por el juzgado de turno, éste debe remitir las actuaciones a la oficina de redistribución de turnos para que se le asigne un juzgado competente. Si ya hay un antecedente se va a enviar al juzgado de familia que tenga antecedentes en el caso.

Esto es muy importante porque una vez que se redistribuye vemos que muchas sedes, dada la complejidad del caso que les llega, vuelven a citar a audiencias para evaluar la situación. O sea, se hizo ya la audiencia en el juzgado de V.D, se tomaron las medidas y se hizo la audiencia evaluatoria y luego en la sede de familia se vuelve a citar y evaluar la situación. Se trata de ver si se cumplen las medidas.

También por ejemplo en el caso de visitas que no se estaban cumpliendo se ha citado a los niños y adolescentes, se les ha escuchado. También se han modificado resoluciones independientemente de los trámites que se pueden seguir, de pensión, visitas o divorcio. No es en todas las sedes, también depende de la gravedad de los casos, pero permite tener un seguimiento de éstos. No tratarlo como algo aislado, compartimentado, sino que hay una mirada controlando la situación.

Anteriormente se disponía que en Montevideo el diagnóstico de la situación estaba hecho por el Instituto Técnico Forense; luego con la creación de los juzgados especializados lo hacen los equipos interdisciplinarios.

La Acordada N° 7461, de 4/9/02 establece que a partir de esta Acordada el juzgado penal o de adolescentes debe remitir las actuaciones al juzgado con competencia en materia de V.D que esté de turno al momento del envío. Porque la acordada anterior establecía que era al

momento de la ocurrencia de los hechos. Entonces, en la práctica, el juzgado de familia estaba permanentemente de turno, lo que se solucionó con esta disposición.

La Acordada N° 7499 de 5/12/03 habilita la intervención simultánea del juez penal y de familia, cada uno en la materia de su competencia mediante la doble comunicación de la autoridad administrativa a cada uno de los Magistrados.

En los hechos la autoridad administrativa tiende a comunicar primero al juzgado penal y después comunica al juzgado con competencia en violencia o en familia; todavía nos cuesta lograr que se comunique primero al juzgado de familia.

La Acordada No. 7516 de 10/06/04 organiza la coordinación de actuaciones.

La Acordada N° 7522 dispone que las sedes penales y las sedes con competencia en violencia se remitan mutuamente las comunicaciones.

Existen también Circulares de la Suprema Corte de Justicia.

La Circular No. 5 de 21/2/03 es importante porque dice: “De conformidad con el Art. 8 de la Ley, ante noticia de un tercero, la justicia debe actuar, con más razón debe hacerlo por denuncia de la víctima, adoptándose posteriormente las medidas pertinentes para obtener la asistencia profesional que corresponda”.

Desde mi experiencia lo que pasaba es que a veces hacíamos la denuncia o hacía la víctima la denuncia, y la sede judicial -no todas, pero sí algunas- no convocaba a una audiencia. Se archivaba porque no había mérito o se enviaba a la fiscalía. El expediente pasaba en la fiscalía diez, quince o veinte días y después recién cuando llegaba al Juzgado teníamos la primera audiencia a los tres meses. Aclaro que no era en todas las sedes; por ejemplo, en el interior nosotros como patrocinantes lo que hacíamos era elegir antes el turno en que presentábamos la denuncia. De acuerdo al juez que estuviera de turno esperábamos un poco si era posible.

En los juzgados de V.D, la experiencia que he tenido hasta ahora ha sido en general muy buena.

Las Acordadas pueden consultarse en la Suprema Corte; se publican también en el diario oficial.

Juzgados especializados en Violencia Doméstica.

El 13 de diciembre de 2004, se ponen en funcionamiento los juzgados especializados en V.D, niñez y adolescencia, dando cumplimiento así a la Ley 17707; a través de la acordada N° 7535, la Suprema Corte operativizó la Ley.

Desde mi punto de vista creo que hemos mejorado mucho. Ya inicialmente, tenemos un lugar concentrado donde hay cuatro Jueces especializados en VD.; los Defensores de Oficio son 8, actúan solo en VD. Se encuentran en la sede de los Juzgados para asesorar, formular denuncias y patrocinar en las audiencias.

Hay también dos equipos técnicos integrados por un médico psiquiatra, un médico forense, un licenciado en psicología y un licenciado en trabajo social, y su función es asesorar a los Jueces especializados en las competencias tanto de V.D, como de urgencia en la aplicación del Código de la Niñez y Adolescencia.

Realizan informes que están orientados al relevamiento de la situación social, familiar, psiquiátrica de las personas y núcleos familiares o convivencias sometidas a decisión jurisdiccional y actúan mediante un informe multidisciplinario por escrito. También este equipo va a estar a disposición del Magistrado, éste puede llamarlos para aclarar la situación, actúan en turno permanente. Los feriados, sábados y domingos también, de 9 a 11 hs., así lo dispone la acordada N° 7457.

Las vías para llegar a la jurisdicción competente actualmente son:

- por la vía administrativa (seccionales de Policía)
- por la vía de los Juzgados Especializados en Montevideo.
- Mediante demanda escrita ante los Juzgados Letrados departamentales o Juzgados de Paz en el interior de la República.
- Por remisión de los Juzgados Letrados Penales o de Adolescentes.

Conclusiones.

Yo diría que el aporte de la Ley 17.514, desde mi punto de vista, ha sido muy positivo porque establece una definición de lo que es la V.D. Si bien antes la teníamos, aquí se visibiliza de otra manera. Se sabe ante quién se puede acudir y quiénes están obligados a dar una respuesta; con la creación de una competencia de urgencia en V.D. se brinda un rápido acceso de las víctimas a la justicia y se evitan así formalismos.

Ahora la víctima va directamente al juzgado especializado y se le recibe la denuncia o puede ser ante las autoridades administrativas. Se conoce cuáles son las medidas concretas que se puede demandar y obtener. Se tiene derecho a una asistencia legal obligatoria tanto la denunciante como el denunciado. Esto es muy importante y en Montevideo se cumple cabalmente; en el interior no se da de la misma manera porque hay muchos lugares donde no hay defensores de oficio o están en otro pueblo y van una vez por semana o están realmente sobrecargados de trabajo.

En Montevideo existe la posibilidad de recurrir a las diferentes vías, la penal o la de los juzgados especializados, de acuerdo a la entidad del daño es que uno concurre a una vía o a otra.

Se sabe también que el Estado está obligado a tomar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia fomentando el apoyo a la víctima. Se pasa de una legislación punitiva que teníamos (delito de violencia doméstica) a una legislación preventiva. Se organiza un proceso sumario que tiene como propósito una rápida protección a las víctimas, luego hay posibilidades de revisar ese proceso ya sea en una audiencia evaluatoria de acuerdo a los informes que se presenten o posteriormente.

La Ley nos permitió un primer paso para el reconocimiento formal de los derechos de las víctimas, que ese reconocimiento formal pasara a ser un disfrute real y efectivo de las víctimas que hasta este momento no lo tenían.

La finalidad de la ley es la protección de bienes jurídicos tan valiosos como la vida, la seguridad personal, la integridad física y psíquica, la libertad, así como la integridad patrimonial de las personas ubicadas en la especial situación que la normativa describe.

Algunos límites de la aplicación de la ley.

Los límites a la aplicación consisten en la permanencia del resto del país en una situación de desatención y carencia; una excesiva carga procesal que se ve en el interior y se ve ya en los juzgados especializados. El primer día en que abrieron presenté en el juzgado de segundo turno la primera denuncia de violencia. Ese mismo día se decretó, la jueza tomó la declaración de la víctima y se convocó a una audiencia para el otro día. Hoy eso es imposible porque están desbordados.

Hay un gran desconocimiento de las mujeres de ser sujetos de derecho a nivel nacional e internacional.

Existe una falta: *no tenemos protocolo de atención los operadores jurídicos, ni los técnicos, ni en V.D, ni en violencia sexual.*

Esto es algo que nos está faltando ya que todos tenemos patrones socio-culturales discriminatorios muy incorporados. Sería muy bueno contar con esos protocolos.

Otro debe es la *creación de fiscalías especializadas.*

Hay una *falta de asignación de recursos al Poder Judicial* para poder establecer mecanismos también de seguimiento y evaluación en estos procedimientos, para dar continuidad.

Hay una *falta de sensibilización y capacitación de muchos operadores sociales y especialmente jurídicos*, entendiéndose sensibilización y capacitación como parte de un proceso, no como capacitación aislada sino continua.

Existe una ausencia de capacitación y de manejo de la legislación internacional y nacional en materia de DDHH.

Tenemos que tener presente que los derechos no son algo dado sino que son una construcción cultural. De la misma manera las violaciones a esos derechos, las exclusiones, las discriminaciones son un construido histórico que debe ser urgentemente desconstruido. Hay que asumir el riesgo de romper con la cultura de la naturalización, la desigualdad y la exclusión social que en cuanto construidos históricos no componen de forma inexorable el destino de nuestra humanidad.

Intervención de la Dra. María del Pino de Vega *

Voy a hablar del tema de la violencia pero referido a lo positivo. Así como ha sido positivo y tiene bondades la Ley de V.D, lo mismo pasa con el Código de la niñez y adolescencia.

La Ley de V.D tiene todas esas bondades de que se ha hablado y ha sido un gran avance en nuestro país. Se asumió que había un problema, se está tratando, pero lo que falta es el seguimiento, el sostén que tiene que tener la víctima para mantenerse en una situación de superación del problema.

El Código de la Niñez y Adolescencia fue aprobado en setiembre del 2004 y si bien también como en el área de V.D tiene cosas que mejorar, ha significado un gran avance.

Primero, ha consagrado los principios para niños y adolescentes que estaban sancionados en la Convención de los Derechos del Niño. Están todos esos principios, que si bien teníamos en la Convención ahora están ordenados en un cuerpo normativo.

Los principios generales se encuentran desde el Art. 1 al 12. Primero que todo niño y adolescente es **sujeto de derecho**. Es un poco lo que pasaba con las mujeres, había como una disminución en los derechos, no se consideraban sujetos de derecho. Acá hay un pronunciamiento de que **todo niño es sujeto de derecho y goza de todas las garantías como cualquier habitante de la República**.

Otro principio que está consagrado es que no sólo la familia es responsable del niño, sino también el Estado, y que **los niños tienen que ser objeto de protección especial porque son sujetos en desarrollo**. El niño y el adolescente tienen que ser objeto de una protección especial por ese mismo motivo.

* Jueza Letrada de Familia de 6°. Turno.

El gran principio -que también estaba en el CGP (Código General del Proceso) y acá está desarrollado- es que todas las soluciones que se tomen en materia de niños y adolescentes tienen que atender al **interés superior del niño**. ¿En qué consiste esto? Es algo muy vago, se podría tomar cualquier decisión y poner: por el interés superior del niño, y no

tener nada que ver con el verdadero interés del niño. Tratando de darle algún contenido a esa expresión, el Código (y la doctrina y jurisprudencia)

-respecto a cuál es el interés superior del niño- lo refiere a la satisfacción plena de todos sus derechos, el derecho a vivir plenamente, a la educación, al juego, a la diversión y también a ayudarlos a ejercer esos derechos.

En el Código hay un cambio.

Hay una discusión actualmente con un Fiscal que tiene la posición de que se terminó la patria potestad en este Código y no es así; además de que hay un capítulo expreso sobre esto, sobre la pérdida y la suspensión de la Patria Potestad.

Lo que hay sí, es un cambio de concepto de lo que es la patria potestad, porque era mas

bien en el Código Civil un concepto de “padre con derechos” pero no había una

contrapartida estipulada de obligaciones del padre. Era un concepto mas bien como del

Derecho Romano, del padre con un poder sobre el hijo, como el esclavo en la antigüedad.

Modernamente en este código -y la jurisprudencia y doctrina lo reconocen- **no es que no exista la patria potestad sino que está concebida como un conjunto de derechos y deberes.** Estos deberes de los padres están concebidos en interés del niño.

Esto viene por el tema del Art. 8 y de ahí la posición del fiscal que dice que no existe más la patria potestad. Porque el Art. 8 habla de que “todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales.(...)”. Es la idea de que se trata de un ser humano en desarrollo y cada vez puede ir teniendo más autonomía en el ejercicio de su voluntad. El mismo artículo agrega: “En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida”. Y establece que podrá acudir a los Tribunales, con asistencia letrada.

Dice el Código que el Juez ante quien acuda el niño tiene el deber de designarle curador, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

Si se toma declaración a un niño sin la presencia de un defensor, ello no solo acarrea la responsabilidad del Juez sino la nulidad de las actuaciones.

Este tema del defensor del niño es muy importante. En la experiencia que hemos tenido designábamos anteriormente defensores para los niños, pero ahora es preceptivo y en la práctica nos ha dado excelentes resultados.

En general se designa después de la contestación de la demanda y el defensor asume una actitud de expectativa.

El defensor lo que hace es comunicarse -antes de la audiencia- con el niño. Habla con él, lo observa en su casa con total libertad y ya viene a la audiencia con la real opinión del niño y puede ser, para la satisfacción de los derechos, el verdadero rol.

Hubo un caso hace poco de una tenencia, con maltrato hacia el niño. Se había solicitado la tenencia provisoria pero se dilató. Designamos defensor, éste habló con el niño, presentó

un escrito evaluando todo lo que estaba dicho en el expediente e inmediatamente para la satisfacción de los derechos del niño se dispuso una tenencia provisoria.

Hay conflictos de intereses entre los padres, en los juicios de visitas, de tenencia y debe el niño tener un defensor. Porque toda esa situación constituye violencia familiar; no solo la violencia física sino también la psicológica que producen esas situaciones antes, durante y post divorcio y pueden llegar a enfermar psíquicamente al niño.

Quiero concluir lo de la patria potestad: que se nombre un defensor no quiere decir que el padre no ejerza más la patria potestad. El padre la sigue ejerciendo; en el momento del conflicto de intereses es que se designa un defensor. Como decía Locke hace 300 años el hijo no pertenece a sus padres como el esclavo a su dueño. El poder paternal ha sido dado no para dominar a los hijos, sino para velar por ellos, educarlos y hacerlos hombres libres y hombres con pensamiento y con razón.

Hay un cambio en el concepto de la paternidad que es un cambio a mi entender positivo en relación a los niños.

En referencia a esa violencia familiar que se da sobre todo en las visitas ¿en qué se expresa? Primero se fijan visitas, y hay dos casos posibles: uno, cuando el padre no las cumple. Porque el derecho fundamental del niño es tener relación con ambos padres, por más que estén separados. Hay que tratar que después de la separación de los padres los niños respecto a ellos tengan la misma frecuencia de comunicación que cuando vivían juntos. Evidentemente que no se da, por infinidad de motivos. Puede darse el caso de que se fijen visitas y el padre no las cumpla y *eso es una forma de violencia porque el niño se siente abandonado.*

El otro caso se da cuando se fijan visitas y permanentemente el tenedor del niño/a obstaculiza las visitas. Todos los abogados lo saben y también los asistentes sociales, los psicólogos, lo tremendo que es eso y que además el niño o el preadolescente percibe toda esa situación de tensión entre los padres y eso es una forma de violencia familiar.

El Código ha dado una solución muy positiva en el Art. 43 donde dice: “El incumplimiento grave o reiterado del régimen de visitas homologado o fijado judicialmente podrá originar la variación de la tenencia si ello no perjudicara el interés del niño o adolescente, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias que fije el Juez a instancia de parte o de oficio, cuyo producido será en beneficio de aquél”.

También es violencia *el no pago de la pensión alimenticia* y es también un ataque a los derechos humanos de ese niño de ser bien alimentado por ambos padres, y educado.

En esto todavía en este código nos queda un debe porque seguimos teniendo el eterno problema de que cuando los padres no tienen trabajo fijo no hay cómo retenerles la suma que deben aportar como pensión alimenticia.

También hay veces que dejan los trabajos, dejan de hacer horas extras, eso todavía no tiene solución concreta.¹ Ha habido una solución en cuanto al concepto de alimentos que se amplió. Porque antes se discutía y había una discusión en jurisprudencia que era sobre los militares que viajan en servicio oficial al exterior; se dispuso que esa remuneración era excepcional y nos se les podía retener para la pensión. Eso se modificó en el código y

¹ Posteriormente, en 2006, se aprobó la ley No. 17.957 que creó el Registro de deudores alimentarios.

ahora es por todo concepto y está muy bien que sea así porque si ese niño viviera con su padre disfrutaría de este dinero. Entonces, ¿por qué no beneficiarse con lo mismo aunque estén separados los padres?

Cuando hay incumplimiento de la pensión y nosotros los jueces mandamos los expedientes a los juzgados penales, el Juez Penal nos dice que el delito de omisión de asistencia es un conjunto de omisiones, no solo que no pase la pensión. Entonces, no pasa nada y los padres lo saben, que no pasa nada respecto a la omisión de cumplir con la pensión alimenticia fijada.

Hay otra cosa que está bien en el Código: hay una disposición que dice que puede distinguirse ante la imposibilidad de pagar cuando es real, porque también está esa otra cara en la que realmente el padre está sin trabajo y se le hacen intimaciones para fastidiarlo.

Respecto a la *tenencia compartida*, los Jueces no somos en general tan favorables a ella. Porque para que eso funcione, y he tenido casos, tiene que haber un muy buen relacionamiento entre los padres, y los niños tienen que tener todo muy bien organizado en cada casa. Porque si no puede significar que no saben dónde están, van y vienen. Hay casos en los que ha funcionado muy bien, pero es difícil.

Respecto a la edad en que puede autorizarse esto, si es la voluntad de los padres y vemos que no es un perjuicio para el niño, no hay edad. En este código hay una limitación, que es una variante respecto al Código Civil. El Código Civil determina que la madre tenía que tener la tenencia hasta los 5 años del niño: ahora este código lo cambió hasta los 2 años y eso está muy bien porque los padres son tan capaces como las madres. Las mujeres y los hombres somos iguales en eso, y salvo en el período de amamantamiento nada impide que el padre ejerza la tenencia.

¿Cuándo traemos a un niño al juzgado?

A partir de los 7 u 8 años, por eso es importante la presencia del defensor.

Hace poco terminé de dictar una sentencia respecto de un niño de un año y pico, que estaba sometido a severos maltratos y ahí la defensora justamente jugó el rol. No es parte el niño pero ejerce sus derechos a través del defensor.

Si la madre percibe que la tenencia no es cumplida adecuadamente por el padre, un defensor puede indagar en el niño y puede iniciar un caso de modificación de tenencia, con una demanda, solicitando una pericia. Si las partes están de acuerdo y el fiscal no se opone, el Juez homologa el acuerdo. En el caso en que hay una persona que no está de acuerdo puede dar lugar a una modificación.²

Intervención de la Dra. Elvira Regueiro *

² La Dra. Scarpitta agrega que en los Juzgados especializados los abogados han hecho uso de la medida de “llamado de atención” por parte del Juez a la parte que no está cumpliendo correctamente sus deberes.

* Abogada, Defensora de Oficio en los Juzgados de Familia especializados.

Voy a tomar elementos de las dos Leyes: del Código y de la Ley de V.D y les voy a transmitir desde mi óptica -como defensora- cómo en la práctica se aplica esto.

Me gustaría leer primero el Art. 1 de la Declaración Universal de DDHH, que dice que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Me parece una frase importante porque tanto en una Ley como en la otra estamos tratando los DDHH. A veces en la práctica nos olvidamos, pero es así. Nos olvidamos de las palabras DDHH cuando volamos un poco y nos despegamos de la tierra, del contacto con la gente, de las cosas que tocamos, nos damos cuenta qué importante es para los defensores y operadores del derecho el tema de los DDHH.

No sé si ya se ha hablado del tema de la estructura de la Ley en cuanto que me gustaría explicarles un poco la estructura en base a lo que es mi trabajo.

Soy una de los 8 defensores de oficio de los juzgados de familia especializados, somos 8 defensores y somos 2 asignados a cada juzgado.

Después de presentada la denuncia de violencia, se hace la audiencia, pero generalmente el Juez ya tomó medidas porque son medidas cautelares anteriores y hacemos la audiencia de partes y en ese caso el Juez ya llama a los dos defensores. Uno para defender a la víctima y otro para defender al agresor.

Generalmente los defensores de oficio lo hacemos indistintamente, tratamos de no quedarnos siempre uno con la víctima y otro con el agresor, por aquello de que las cosas se diversifiquen entre nosotros mismos. En ese caso de denuncia policial, el Juez/a nos llama a los dos, nosotros tomamos contacto a veces un ratito antes con la denuncia y hasta con las personas y ahí vemos de qué se trata, si me toca asistir a la víctima vemos qué es lo que la denunciante quiere.

Lo primero que hacemos es preguntarle a la persona si desea declarar con la presencia de su pareja, su esposo; muchas no tienen ningún problema. Manifiestan que quieren que escuche lo que ellas van a decir. En cambio hay otras que vienen un poco más asustadas o prefieren que él no se entere en principio de lo que ellas están diciendo.

Otras veces al Juez le llega la denuncia por intermedio de una demanda escrita que va a llevar las formalidades de cualquier demanda. O sea, por escrito, con firma letrada, ya sea de abogados particulares o de los propios defensores que tenemos también la consulta de la persona que vino a la Defensoría.

En este caso generalmente la denunciante es la mujer, que nos manifiesta cuál es el problema que tiene y ahí ya iniciamos lo que es la denuncia para elevarla al Juez y se cita al agresor para que esté en la audiencia.

Respecto a la estructura de la Ley, que consta de 7 capítulos, el más importante y el que más trabajamos es el capítulo 1º, que es el que nos da la pauta de si corresponde o no formular denuncia de V.D. Para eso nos vamos a remitir al Art. 2º, que define a la VD como “toda acción u omisión, directa o indirecta, que por cualquier medio menoscabe, limitando ilegítimamente el libre ejercicio o goce de los derechos humanos de una persona, causada por otra con la cual tenga o haya tenido una relación de noviazgo o con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva basada en la cohabitación y originada por parentesco, por matrimonio, o por unión de hecho.”

¿Que quiere decir? Tenemos que ver qué se descarta. Hay cosas que ingresan en la Ley y hay cosas que hay que descartar para hacer la denuncia. En principio tuvo que existir una relación afectiva, basada en la cohabitación, salvo en el caso de noviazgo donde en general

se entiende que no es necesaria la cohabitación, y que la cohabitación esté originada por parentesco, matrimonio o unión de hecho. Quiere decir que si en un hogar vive un anciano que no tenga una relación de parentesco con el agresor, la Ley de V.D no es aplicable ; habría que ver ante la justicia penal u otra sede competente, pero no es V.D porque están faltando algunos de los elementos que establece el Art. 2°.

Después hay que ver las manifestaciones de quien denuncia, si se trata de violencia física u otro tipo de violencia. Como tenemos el equipo técnico junto a la defensoría, si la víctima viene con lesiones, previo a entrar se hace ver por el médico forense, eso lo vemos en el acto. Ese tipo de casos se resuelve allí.

Violencia psicológica es la más difícil de determinar pero de todas formas hacemos el relato de lo que nos cuenta la denunciante. Generalmente las señoras de más edad son las que vienen padeciendo hace muchos años episodios de violencia, el marido alcoholizado, etc. Toda esa historia que ellas traen y tienen miedo de presentarse y un día se animaron o alguien las acompañó y vienen a la defensoría.

La violencia psicológica o emocional es de difícil prueba, pero para eso nos armamos cuando defendemos a las mujeres, de un artículo que nos da pie a que la Ley las proteja porque establece que la prueba se rige por las normas generales del Código General del Proceso. Acá tenemos un plus de protección, en este caso sobre todo, porque dice que debe considerarse especialmente que los hechos constitutivos de la V.D a probar constituyen en general situaciones vinculadas a la intimidad del hogar.

Quiere decir que cuando el hombre viene y dice: “ Pero no, ella está con psiquiatra, tiene otro...” nosotros tratamos de que esta norma sirva, porque la mujer no tiene muchas veces cómo probar la violencia. De todos modos hacemos muchas veces una pericia psicológica o emocional. Pero como son situaciones vinculadas a la intimidad del hogar y dice: “cuyo conocimiento radica en el núcleo de personas afectadas por los actos de violencia” nos basamos en ese artículo.

Generalmente son casos que suceden entre la pareja, no hay terceros, no hay testigos porque el agresor siempre dice: “Bueno, que traiga testigos” y nosotros sabemos que la denunciante no los tiene. Tenemos que ir devanando el caso de acuerdo a la personalidad que salta a la vista o de cómo se presenta el denunciado frente al Juez y luego tenemos la posibilidad de pedir pericia.

Pero hay que tomar medidas, no podemos estar esperando que se pruebe que hay violencia psicológica para decir que vuelvan después de las pericias. Hay que tomar las medidas.

De violencia sexual también hemos tenido casos. Las mujeres lo dicen, los hombres lo niegan y también ocurre como en la violencia psicológica: hay que ir dando la vuelta a través de preguntas y también de la participación del Juez que siempre está presente.

La violencia patrimonial también existe; generalmente son elementos que se van juntando, vamos sacando de un lado y de otro y vamos viendo qué tipo de violencia es la que tenemos en el caso específico.

De acuerdo al Art. 20 existe la obligación de asistencia letrada a la víctima. Como hay dos defensores el agresor va a ser atendido también por un defensor de oficio en la primera audiencia; luego, muchas veces el agresor pone un abogado particular. Pero la víctima tiene la asistencia letrada obligatoria.

En cuanto a la jurisdicción y competencia creo que quedó claro cuáles son los Juzgados que intervienen, estos Juzgados son especializados en VD.

¿Quiénes pueden hacer la denuncia? Es decir, quién tiene “legitimación”. El Art. 8 dice que la denuncia la puede hacer la víctima como también los terceros. Generalmente, no sucede eso en el proceso civil, donde el interesado es el que hace la denuncia y se exige determinada legitimación. Aquí pueden hacerla terceras personas y se estila mucho por ejemplo en el caso de personas mayores, en el caso de violencia entre hermanos, entre familiares que conviven en un mismo hogar (tíos, padres con hijos, etc.) y que no son pareja. Y también se puede llamar a declarar por el Juez a terceras personas en el juicio, en cualquiera de los casos.

Una vez planteada la denuncia, sea en forma escrita o ya como viene en el parte policial, nos enfrentamos a qué es lo que le vamos a pedir al Juez, porque el tema pasa por eso. Qué es lo que nosotros queremos como medida de protección para esa mujer o esa persona denunciante o para los ancianos y ahí tenemos las medidas de protección que están establecidas en el Art. 10.

La más fuerte y la más resistida en general por los agresores es la primera: Disponer el retiro del agresor de la residencia común y entrega inmediata de sus efectos personales, (generalmente no se los quieren llevar porque quieren volver), y en presencia del alguacil se elabora un inventario de los bienes que retira y de los que quedan en el hogar. O sea, ésta sería la primera medida, la más fuerte, cuando al hombre le dicen: Señor, Ud. tiene que retirarse. Se da en los casos que la mujer viene lesionada, o se nota que no es posible mantener la convivencia porque él niega todo pero a la vez está evidenciando que hay violencia.

Así pues tenemos en el caso de los matrimonios o en uniones de hecho el retiro del hogar.

Después también tenemos “el reintegro al domicilio” porque muchas veces la mujer se tiene que ir, agarra los chiquilines y se va porque él estaba ebrio, le pegó a ella o la amenazó con los niños en el medio y entonces ella se va para la casa de la madre. Entonces viene a pedir la medida de protección la mujer con sus niños que quiere reintegrarse al domicilio. Eso también se nos da y entonces se dispone el reintegro, es decir el hecho de que el agresor se tiene que retirar.

Prohibir, restringir o limitar la presencia del agresor en el domicilio, residencia o lugares de trabajo, estudio u otros que frecuenta la víctima, son otras de las medidas.

Estas son las medidas más comunes, o bien cuando conviven y se produce el retiro o bien cuando ya están separados, y hay régimen de visitas, por aquello de que “te llamo o voy a buscar a los chiquilines y ya que estoy entro”... Todo eso hace que esta medida se disponga muy frecuentemente; en general no es resistida y además generalmente el defensor de él también pide que sea recíproca.

O sea que así como se pide por la mujer, el defensor del agresor pide que sea recíproca, porque muchas mujeres -que en general somos las que denunciamos- somos muy astutas. Entonces, ella lo invita a entrar a la casa y después le hace la denuncia y el pobre hombre, desacato mediante, va al juzgado penal. Entonces, tratamos de advertir al hombre y darle esa protección al agresor también, porque realmente ahí se tiene que empezar a cuidar él.

La prohibición de comunicarse, esto es ya sea relacionarse, entrevistarse, desarrollar cualquier tipo de conducta. Puede ser con las personas afectadas, testigos o denunciantes. Acá no solamente se protege a la víctima sino en muchos casos puede ser a los hijos, a algún familiar o a alguna vecina que fue la que llamó a la policía porque vio que le estaban pegando a la mujer, al niño o a cualquier otra persona.

Nosotros tratamos de fusionar las dos leyes. Tratamos de buscar eso. Cuando tenemos los niños en la casa y se dan las situaciones de V.D tratamos de hacer ingresar las normas del código de la niñez en V.D y le damos un plus de protección a los niños y por ende a la mujer que está a cargo de esos niños. Entonces, tratamos muchas veces de complementar las dos leyes para que las medidas de una ley se refuercen con las medidas de la otra. Muchas veces ocurre que el adolescente se quiere desgajar del hogar y no quiere que los padres se comuniquen con él porque hubo violencia; entonces, ahí tratamos de que se le aplique las medidas de protección de la ley de violencia.

Otra medida: Obligación de fijar una pensión alimenticia provisional a favor de la víctima. Tuvimos un caso en que se dispuso a favor de la víctima que era una Sra. muy mayor que denunciaba por V.D a su esposo, también muy mayor; había un hijo, un hombre de unos 50 años que estaba más a favor del padre que de su madre. Se determinó en definitiva que la señora tenía muchos problemas psiquiátricos. Ella estaba en la casa de una hermana y se determinó que ella permaneciera donde estaba, pero se dispuso -solicitado por la fiscalía- que se le sirviera a la madre por parte del hijo (porque el esposo no lo podía hacer por falta de recursos), una pensión alimenticia.

O sea, que ahí la fiscalía sugirió y en definitiva fue lo que se dispuso que el hijo le sirviera alimentos a su madre que quedaba fuera de la casa, en la casa de la hermana pero sin ningún tipo de asistencia económica, porque el esposo tampoco estaba en condiciones y existe una obligación de los hijos hacia los padres.

También se estila mucho, en los casos de las mujeres mayores de edad que generalmente nunca trabajaron, fijar una pensión alimenticia provisoria, después en los juzgados de familia comunes van a iniciar una pensión alimenticia de cónyuge.

Otra medida: Disponer asistencia obligatoria del agresor en programas de rehabilitación, esto generalmente se dispone que sea en Alcohólicos Anónimos que es lo más frecuente; se impone la obligación y se le impone la obligación en una nueva audiencia evaluatoria de acreditar que están concurriendo a ese programa. En otros casos también se puede disponer terapias de tipo psicológica o rehabilitación por drogas.

Respecto a las Pensiones alimenticias de los hijos, el Art. dice: "Si correspondiere" (acá depende de los Jueces y sus criterios, hay cuatro Jueces en los Juzgados especializados y hay cuatro criterios generalmente). Personalmente solicito tenencia, pensión provisoria y también tratamos de resolver provisoriamente el tema de las visitas. Porque éstas llevan muchas veces a situaciones violentas; entonces tratamos de descomprimir esa situación.

Estimo que el inciso 8 del Art. 10 se aplica y trato por todos los medios de que la mujer se vaya con la seguridad de una tenencia provisoria, que lleve algo resuelto de la pensión que sale muy rápido porque el oficio sale al otro día para comenzar a cobrarla enseguida. Después ellas mismas van al juzgado de familia y tramitan la pensión definitiva

En cuanto a la fijación de la audiencia, depende de los Juzgados. En general el plazo es de una semana. Pero hay casos en que se presenta la demanda y tiene que hacerse enseguida la audiencia.

Respecto a la efectividad de las medidas (que la mujer no siga siendo víctima de violencia) se trata de algo muy complejo. Hay mujeres que realmente toman la decisión y lo tienen claro, y ya están en contacto con una Comuna Mujer o con la Casa de la Mujer de la Unión, o buscan otro apoyo.

Ya buscan ellas las formas de lograr apoyo y nosotros se lo sugerimos. Normalmente se le sugiere a la mujer que busque ese apoyo, porque hay una vida, hay una historia, hay hijos, hay presiones, hay una situación económica en que ellas dependen muchas veces de los hombres. Es difícil, nosotros trabajamos el derecho pero en el derecho las medidas que se toman buscamos que sean las que protejan mejor.

Pero el riesgo se mantiene, eso es cierto. Hace poco una chica salió del juzgado y a los 5 minutos ya había subido las escaleras y estaba al lado mío. Recién había salido con las medidas. Decretadas. Él la siguió y le hablaba, le decía cosas y ella volvió y ya presentamos el escrito porque ya se había dado incumplimiento a los dos pasos que dió al salir del juzgado.

Se le explica a cada uno más o menos cómo es el caso pero la vida continúa. El Poder Judicial no tiene la posibilidad de seguir a las personas a la casa, ni debe hacerlo.

Porque esa ingerencia no corresponde, ahí es donde es necesario el apoyo a los dos. Es importante tener claro que también la Ley lo dispone, está dentro de las previsiones pero qué importante es que al agresor no solamente se le asista sino que también él lo acepte. Muchos tienen resistencia, pero hay muchos que reconocen que podrían cambiar si tuvieran una asistencia.

Ayer mismo tuvimos una audiencia muy interesante, él era un ex empleado de un Banco, con 24 años de trabajo y había quedado desempleado hacía 2 años. La Sra. salió a trabajar, o sea, cambiaron los roles, él pasó a quedarse en la casa. No podía prácticamente salir de la casa porque tenían niños chicos. Entonces, en algún momento se desencadenó la violencia en una pareja muy estable, muy sólida. Castigó a la esposa y ésta presentó la denuncia en la seccional. De todas formas tenían 16 años de casados, tenían dos niños y la señora aceptó que permaneciera en el hogar si se sometían ambos a terapia familiar para tratar el tema, y él dijo que estaba dispuesto porque consideraba que su familia era muy importante. Que nunca les había faltado nada, pero se daba cuenta de que estaba muy mal por el hecho de quedarse sin trabajo y a la vez le afectaba ese cambio de roles tan abrupto. No se tomaron medidas, sino que ellos decidieron por su parte hacer una terapia.

No en todos los casos se deriva al equipo técnico. Este equipo interviene bastante, pero hay casos en los cuales no da mérito para eso.

Entonces no se lo desgasta, sino que lo que se hace es -en muchos casos,- de acuerdo con lo que dispone el Art. 15, una vez adoptadas las medidas cautelares se ordenará realizar un “diagnóstico de situación”.

A veces, sin adoptarse las medidas, como cuando se nos plantean dudas sobre todo en el tema de la violencia psicológica, pedimos que previo a ver si se configura o no la V.D las partes sean evaluadas por el equipo técnico, y el equipo aconseja y se vuelve a hacer una nueva audiencia o el mismo día se hace un paréntesis, se siguen tomando audiencias, los ve

el equipo y según como sea la urgencia se determina de acuerdo a lo que los técnicos nos dicen cuál es el camino a seguir con esa pareja. Se les aconseja hacer alguna terapia, muchas veces el retiro del hogar depende de lo que la evaluación del equipo técnico nos sugiere; no quiere decir que el Juez esté obligado, pero generalmente es tomado en cuenta, es una evaluación y es tomada en cuenta.

¿Qué pasa cuando el hombre o la mujer o la hija o la hermana, no cumplen? Está previsto por la Ley en el Art. 11 el incumplimiento. Dice: que si las medidas dispuestas no se cumplen el Juez ordenará el arresto del agresor por un plazo máximo de 48 hs. Sin perjuicio de lo establecido en el Art. 374 del código general del proceso.

Que pasa? La prohibición de comunicarse, de contacto, generalmente se establece por el Juez una prohibición de contacto por un plazo de 30 o 60 días en forma cautelar y por una distancia de 100 a 300 metros, según como haya sido la situación; se ponen por determinado período o a veces no se fija un plazo. Si no se fija un plazo, como es cautelar, en general se entiende que podrían ser 30 días que es lo que se fija para las medidas cautelares.

De todas formas se produce incumplimiento, sobre todo en lo que tiene que ver con la prohibición de contacto o de comunicarse. La prohibición de comunicarse es vía telefónica, por e-mail, celular, etc. Entonces el Art. hace una remisión al código general del proceso cuyo Art. 21 dice que las decisiones del tribunal tienen que ser acatadas por todo sujeto público o privado. Para lograr la efectividad el tribunal podrá utilizar el auxilio de la fuerza pública, imponer compulsiones o conminaciones económicas (que son multas periódicas), o personales (que es el arresto).

El Art. 374 del CGP al que se remite este Art. 11 habla de que frente al incumplimiento se puede imponer conminaciones económicas, es lo que se llama "astreintes". Que por cada día de incumplimiento se le impone equis cantidad de U.R o equis cantidad de dinero que deberá de pagar y si no cumple con eso, hay todo un trámite para incluso llegar al embargo genérico o hasta concreto por el juzgado. Son medidas que no son habituales.

Las conminaciones personales pueden consistir en el traslado al tribunal por la fuerza pública de quien no concurre espontáneamente una vez convocado, incluso los testigos y también se prevé el arresto por 48 hs. O sea que existen posibilidades de hacer cumplir las medidas e inclusive está la vía penal. El incumplimiento de una orden judicial es un desacato y por lo tanto se puede pedir, y en los hechos lo hacemos, la remisión de las actuaciones en testimonio a la vía penal.

Hay un capítulo especial en la ley que es el 7º, que habla de la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la V.D y fomentar el apoyo integral a la víctima y la rehabilitación e inserción social del agresor. Esto es fundamental, es una de las cosas que uno pretende que se vayan haciendo.

La misma historia nos está pasando con el código de la niñez y el adolescente, mas que en V.D

Mi experiencia es que en V.D se está trabajando muy bien, tenemos en el juzgado con el que trabajo (2º. Turno) unos 1200 expedientes, en lo que va del período del 13 de diciembre 2004 hasta ahora (Set. 2005). Los juzgados todos andamos más o menos en esa cantidad de 1200, 1300 expedientes. El 80 % es de V.D, es muy poco el porcentaje que tenemos por

incumplimiento de visitas, y el resto es Código de la niñez que cada día se nos va sumando más.

Respecto al Art. 117, es muy importante la coordinación con la Ley de V.D. También - como ya se señaló- el código de la niñez y adolescencia establece en su Art. 8 la designación de defensor de oficio, eso es preceptivo. Una vez que nos designan defensores, muchas veces ocurre que es una situación de V.D en que hay un niño, entonces se llama a un tercer defensor que viene a sala y se entrevista con el niño. Generalmente lo que hacemos es sacar al niño de sala, en el caso de los adolescentes nos vamos a una sala aparte y ahí tratamos de explicarles que somos los abogados que los vamos a defender. Eso ya los pone en una situación de tranquilidad inmediata. Ahí mantenemos una conversación con el niño, a veces el niño no quiere hablar y en esos casos pedimos asistencia al equipo técnico. El equipo muchas veces viene a sala, puede ser la psicóloga o la asistente social o ambas o en otros casos los derivamos.

Seguimos con las audiencias y los técnicos mantienen entrevistas y ya nos dan la evaluación de acuerdo al perfil del niño. Los niños que en principio no quieren hablar, después que hablaron con el equipo se abren más fácilmente a conversar.

En el caso de los adolescentes -que muchas veces tienen las cosas más claras- entrelazamos las medidas cautelares, de amparo de la Ley de V.D se toman algunas. Por ejemplo, la obligación del padre de servirle pensión, la prohibición a veces de que el padre tenga un contacto porque muchas veces están tan hostigados que por un tiempo no quieren tener contacto con el padre o con ninguno de los dos.

Ahí hacemos un corte y tratamos de ver todas estas medidas que se establecen en el Art. 119 sobre todo con lo que tiene que ver con el "llamado de atención". Muchas veces queda en eso: ponemos las medidas de la Ley de V.D más lo que dice el Art 119 que es un llamado de atención del Juez a los padres a los efectos de evitar la amenaza o violación de los derechos de los hijos a su cuidado. Muchas veces parte todo esto del desconocimiento que tienen los progenitores de que sus hijos son sujetos de derecho.

Después tenemos todo lo que tiene que ver con la coordinación con INAU, que por ahora estamos bastante descoordinados. Estamos tratando de tener muchas reuniones y de conversar y de ver cómo nos conocemos. Porque hay muchas cosas del INAU que no conocemos y por eso estamos haciendo distintas reuniones para saber qué servicios tiene, dónde internamos a los menores, cómo se maneja eso.

En los Juzgados de Familia en general se asume competencia, se notifica a domicilio y luego se da vista fiscal. A veces se hace una audiencia evaluatoria, y si todo está bien, se archiva, y si no, se sigue el expediente.

Eso es muy importante porque lo que hacen estos juzgados especializados es actuar en la urgencia. ¿Que quiere decir? Una vez tomadas las medidas de protección se tiene que pasar a los juzgados de familia que seguirán los casos.

También es muy importante, y en ese caso uno como defensor trata de que así sea, que el niño sea oído, que se manifieste, después se les hace alguna pregunta en la medida que sea un niño o adolescente que esté abierto al diálogo. Tratamos de que el ambiente, sea lo más cordial de parte de todos los que estamos operando en ese momento para que el niño o adolescente se sienta cómodo.

Se entiende fundamental que puedan hablar sin la presencia de los padres. Los abogados se quedan en la sala por las garantías del debido proceso, porque tiene que haber un contralor. Pero si el niño o adolescente pide reserva, los defensores deben guardar la reserva del caso.

Ana LIMA: Textos de sentencias y comentarios relativos a la exposición: Violencia sexual. Jurisprudencia y realidad (pág. 137)

El art. 272 inc. 2 del Código Penal.

A propósito de la modificación del art. 272 del Código Penal en su inciso 2º por imperio de la Ley de Seguridad Ciudadana de 1996, N° 16.707, que estableció la admisión de prueba en contrario en aquellas situaciones en que la víctima tuviere 12 años cumplidos, obedece a prejuicios y exigencias de moral sexual a las mujeres, en la que la connotación de sexualmente inexperta con el de la honestidad es evidente.

Véase las consideraciones del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. turno en 1992, integrado entonces por Guillot, Hansen (Irma Alonso en discordia) en lo que refiere a una adolescente de 14 años que había mantenido relaciones con un hombre mayor, casado, con quien tenía un vínculo de confianza por ser su dentista.

Cabe resaltar que esta concepción sostenida por el Dr. Guillot previa a la sanción de la Ley N° 16.707 implicaba que la presunción respecto a menores de 15 años no era absoluta, modificando al interpretar la ley, una regla claramente establecida, en evidente perjuicio de las mujeres como se verá en el caso. (La sanción de la ley vino a consagrar la tesis de Guillot y a admitir la prueba en contrario cuando la víctima sea mayor de 12 años y menor de 15, tal como expresamente se sostiene por el TAP de 2º Turno en sentencia N° 126/96).

Sostuvo el Tribunal:

“ VI) Refiriendo las ideas expuestas al caso concreto de autos, si bien la menor V. fue seducida por S., no resulta en absoluto que no haya prestado su consentimiento lúcido al amplexo con cabal conocimiento de la trascendencia del acto personal que iba a otorgar, iniciando una aventura adulterina.

V. es una hermosa joven, alta, de apariencia física de mayor edad que la que realmente tiene, es estudiante liceal, profesora de piano y solfeo, y cuenta con un nivel intelectual normal alto (fotografía de fs. 100, pericia médica de fs. 99).

Sin que lo que haya de exponerse a continuación implique arrojar la menor sombra de sospecha sobre la conducta y la honestidad de V., es de señalar que no se trata de una niña incauta, criada en el recato de un convento sin contacto con el mundo exterior, absolutamente inexperta, cuya ingenuidad le impidió calibrar con plena conciencia y voluntad la real magnitud y consecuencias de entregarse sexualmente al hombre que amaba. Sobre el punto, se comparten las consideraciones que vierte la Defensa a fs. 71 y 75.

Sostiene el fallo recurrido: "La menor, por su parte, no registra antecedentes de conducta disipada o promiscua, siendo profusamente controlada por su madre en cuanto a salidas y relaciones" (fs. 50 v.). No se pone en tela de juicio que V. llevara una vida disipada o promiscua, pero en cuanto al control que su madre ejercía sobre ella, de autos resulta plenamente probado precisamente lo contrario de lo que sostiene el Sr. Juez "a quo". A los doce años V. concurría sola, con el consentimiento de su madre, a pasar los fines de semana en P. con su novio, una relación anterior a la de S., sin otro control sobre su conducta que el que ella

misma y su novio dispusieran; su madre jamás verificó la realidad de la red de mentiras y subterfugios de que se valió V. para ocultar los encuentros furtivos con su amante, tampoco se controló su estadía de varios días en el lejano departamento de S. donde mantuvo una suerte de "luna de miel" con S., en compañía de otra pareja de enamorados. En tales condiciones, se concluye que si bien V. fue seducida, lo fue con total conciencia madura, prestando un consentimiento válido, tomando precauciones contra el embarazo mediante ingestión de anticonceptivos; actitudes todas de una joven realmente liberal, que sabe muy bien lo que hace.

VII) Como consideraciones finales, y para evitar interpretaciones erróneas de la tesis que sustenta este pronunciamiento, la mayoría de la Sala habrá de formular algunas precisiones.

No es opinión del Cuerpo que en todo caso de trato sexual consentido el agente quede exonerado de responsabilidad penal, cualquiera sea la edad de la víctima, aun si se trata de una niña de menos de doce o diez años de edad. Así, ha expresado la Sala en sentencia No. 84/88 "La presunción que edicta el a. 272 No. 1 C.P. es sólo relativa, "juris tantum" y por ende, desvirtuable mediante sólida prueba en contrario. En la especie, si bien la menor expresa que accedió al amplexo por propia voluntad, tiene sólo once años de edad. En tales condiciones, sin haber siquiera llegado a la pubertad, carece de capacidad para prestar su consentimiento válido al amplexo al que fue captada por su cuñado; un hombre de veinticuatro años que obviamente de alguna manera se prevaleció de la relación familiar para lograr su propósito libidinoso."

"En conclusión, no se ha rendido la necesaria prueba en contrario para hacer caer la presunción de violencia; o falta de consentimiento; como para excluir el medio típico y desvirtuar el ilícito penal." Como se ve, el Tribunal en mayoría, cumple estrictamente con la letra y el espíritu de la ley; no la interpreta según pautas de política criminal conforme a su particular criterio, usurpando así las funciones del legislador, según opinión de la distinguida representante del Ministerio Público, que sigue la huella jurisprudencial de los calificadísimos integrantes de la Sala de 3er. Turno (fs. 83).

Este Tribunal entiende -conforme marca la ley- que todo trato sexual con menor de quince años se presume compelido mediante violencia o amenaza y pondera con riguroso criterio la prueba de descargo que desvirtúe la presunción legal. Y solamente en caso de configuración irrefragable como en el presente de haberse prestado un consentimiento válido, habrá de excriminar la conducta del agente por no darse los presupuestos del tipo legal. Naturalmente que la casuística infinitamente variada que presentan las relaciones humanas, habrá de poner al intérprete ante situaciones límites donde será menester ingresar en senderos espinosos, plagados de dudas y vacilaciones para descubrir la verdad y hacer realmente justicia.

Pero estas dificultades, que incluso pueden llevar a la angustia, son harto preferibles al camino seguro y fácil de una interpretación ciega de los guarismos aritméticos de la ley que, en el fondo, están desconociendo el auténtico precepto que yace en ella, manifestado en su texto claro e inequívoco.

Y eso, es el verdadero desafío que con su honesto y mejor leal saber y entender, debe afrontar el verdadero Juez.

Por estos fundamentos, el Tribunal FALLA:

Revócase el procesamiento apelado, y en su lugar, decrétase la clausura y archivo de las actuaciones. Oportunamente, devuélvase. Guillot Martínez – Hansen.

Alonso Penco, DISCORDE: La diferente solución a la aplicación del apdo. 1o. del art. 272, deviene de la opuesta interpretación de la presunción establecida en dicha norma legal buscando "el pensamiento contenido en la ley" (Jiménez de Asúa).

Esta interpretación de la ley, emanada en primer lugar del propio texto, su concordancia con las otras normas legales y después del valor innegable de las notas explicativas del propio codificador, forman el primer e insoslayable escaño al Juez que al decir de Montesquieu es "la bouche que prononce les paroles de la loi". Y por eso concluimos, con Jiménez de Asúa, que puede aceptarse "el complemento de las normas de cultura pero obligando al Juez a que respete las reglas objetivas", "Tratado de Derecho Penal", T. II, pág. 438, ed. 1958.

Siguiendo ese orden interpretativo, entendemos que la norma dice: "La violencia se presume..." y es norma general que las presunciones en derecho Penal no son absolutas, salvo que el legislador así lo haya establecido en el texto legal, como lo admite en este caso desde siempre la valiosa jurisprudencia de grandes magistrados que nos precedieron y la mayoría de las Salas actuales penales.

El propio legislador segunda etapa de interpretación; ha dicho: "las presunciones juris et de jure, no son de recibo en materia penal" en sus comentarios al art. 26.

Pero cuando entramos al estudio del art. 272 en sus diversos incisos, y pretendemos entender la calidad de la presunción indicada, debemos llegar a la interpretación armónica de las disposiciones del Código, sin evadirnos de la letra de la ley, aunque entendamos que los elementos culturales están evadiéndose de los límites que se habrán impuesto en 1934, que significa un afán de modificar las normas pero por la vía legislativa que corresponde y no por medio de la interpretación judicial. El Código Italiano, modelo del nuestro, también comprende los casos taxativamente enumerados de violación presunta basada, al decir de Maggiore en el argumento "velle non potuit, ergo noluit" (no pudo querer, luego no quiso)... Puede faltarles la capacidad del consentimiento jurídico, no la del consentimiento natural;... Sin embargo a pesar de esta capacidad, a lo menos en algunos casos, la ley no sólo presume sino que supone violento, sin más acá ni más allá, el ayuntamiento carnal con aquellas personas por el amparo especial que se les debe y por la mayor perversidad que muestra el que abusa de esos infelices. Se trata más que de una presunción juris et de jure, de una ficción, verdadera y propia, en interés del orden jurídico" (T. IV, págs. 62 209;63).

Por esto Manzini ha dicho que no se presume como inválido el consentimiento, sino que la ley impone el deber absoluto de abstenerse de la unión carnal con personas que ella tiene como carnalmente inviolables, aunque den su consentimiento.

Esa presunción absoluta responde entonces a razones sociales y como excepción a los principios de derecho penal. Así el inc. 1o. basado en la falta de un discernimiento suficiente por inmadurez intelectual para valorar esa conducta sexual y que escape al valor de los sentidos; el inc. 2o. en la ausencia de discernimiento por razones físicas o psíquicas; en el inc. 3o. como una forma de preservar la libertad moral de los encausados ante el abuso de funciones o de situación por los carceleros; y en el 4o. por el engaño doloso.

Aun cuando la sociedad ha evolucionado, la protección a los menores debe acentuarse aun contra la conducta "descuidada" de los padres, o irresponsabilidad de los mismos y sin perjuicio de la necesaria reforma legislativa que comparto, pero que no entra en las funciones del Juez.

Existe además una real concordancia entre esta norma y las restantes del Código Penal, en cuanto la conducta referida a una víctima mayor de quince años y menor de dieciocho, o de veinte, en los arts. 274 y 275, valorando ya la relativa voluntad de la víctima, de tal forma que siendo ésta menor de quince no puede traducirse en corrupción; como lo ha sostenido la mayoría de esta Sala; en abierta contradicción con un claro texto legal. Es violación o corrupción según el sujeto pasivo de la conducta del agente.

Pero, aun cuando se admitiera el carácter relativo de la presunción, de autos surge suficiente prueba de la conducta dolosa, engañosa del seductor que atento a la edad de la víctima se transforma en violador.

En efecto, estamos ante un caso semejante, el "estupro por seducción" en el concepto de Carrara, pues la debilidad mental y su inconciencia de toda la importancia del mal a que es llevada, dan buen motivo para imputarle al culpable sus artificios, que han consistido precisamente en aprovecharse de esa debilidad; la mujer ha prestado consentimiento aparente, por no conocer el mal que hacía, de la misma manera que no lo conoce la mujer que consiente a causa del engaño que constituye la seducción verdadera". "Programma" Vol. II, págs. 219, 209,220.

Existe prueba de un verdadero trabajo intelectual, doloso, agresión moral, presión psicológica ante una niña de 13 años; con apariencia física de mayor; no desflorada, ilusionada ante un sentimiento aparentemente compartido.

La declaración de la víctima, sinceramente "encandilada", revela ese "proceso de encantamiento" o de voluntad a que fue sometida por S. ; casado cuya esposa esperaba un hijo a la fecha de la demanda; que traduce el engaño que manejó dolosamente desde el comienzo de esa relación, tratando de limar toda resistencia de la menor.

V.L.S. nació el 2 de marzo de 1975 (fs. 1) y comienza sus "devaneos" en junio o julio de 1988, teniendo la niña, apenas 13 años y tres meses de edad. Tenía físico desarrollado, pero era virgen y cursaba segundo año liceal. Cuando se le hace un examen psicológico en enero de 1990, o sea un año y medio después, se expresa: "Durante la entrevista se angustia y manifiesta sentirse observada, duda de la relación con sus compañeros. Relata haber tenido un cambio en su personalidad desde que comenzaron sus relaciones. Dice: "Dejé de ser niña". Puede verse la ambivalencia de un físico correspondiente a una niña de mayor edad, con un nivel emocional de la edad cronológica".

Luego de un año y medio, este informe revela hasta qué punto, la personalidad moral de la víctima ha sido agredida por el accionar consciente doloso, para satisfacer su propio ego de Don Juan con personalidad psicopática (fs. 98). Todo comenzó con un diálogo fluido (fs. 11) entre la paciente de 13 años y el profesional de 25 años. Historia de infelicidad conyugal, ya conocida, del matrimonio obligado que sin embargo continúa y cuya esposa espera un hijo a la fecha de la demanda. Luego, discordia con el noviecito con el cual no había mantenido relaciones y juegos con el odontólogo, inocentes (tirada de agua), consultas fijadas cada vez a horas más tardías, hasta en la noche. Un beso en la boca, invitación a salir, entrevistas consentidas por la menor, resistencia luego a relaciones íntimas entre

llantos y gritos, disminuyendo la resistencia hasta la concreción de relaciones íntimas facilitadas por el escaso contralor de la madre y connivencia de amigos de S. La menor lo traduce: "Iba a caer con él ya que sabrá que significaba algo para mí" (fs. 12).

No es posible exigir la resistencia psicológica de una niña de trece años, sin experiencia sexual, ante besos y manoseos cada vez más pronunciados. Esa voluntad carece de fuerza suficiente y de ahí la protección legal a los menores de quince años de manera de evitar el asedio o la ofensa con los resultados que constata el Médico Psiquiatra a fs. 99. Dice la niña: "...yo estaba enamorada de P., le entregué todo lo que tentó..." (fs. 14v.).

S. reconoce esa iniciación de juegos, su iniciativa a verse fuera del consultorio (fs. 18); "por enero o febrero me dijo que tenía catorce años" (fs. 19), pero continuó las relaciones pese a que con "su señora se lleva perfectamente bien" (fs. 20), "solamente era una relación sin importancia" (fs.20v.). Se afirma la existencia de una ficha, usual en el consultorio, desde el inicio con la edad de la paciente (fs. 24).

Esta presunción de incapacidad de consentir, o de irrelevancia del consentimiento, es una valla tan cierta como la inimputabilidad penal hasta los 15 años que con tanto calor defendemos en los Tribunales, por entender la falta de madurez al delito. La existencia de un "noviecito", la permisibilidad materna, no son elementos distorsionantes de la voluntad legal de protección a la minoridad, sino por el contrario, justifican la vigencia de una norma prohibitiva, sin entrar a una extensión analógica y aplicándola en su correcto alcance.

Aplicación analógica resulta de considerar en algunos casos, como típica conducta de corrupción siendo la víctima menor de quince años cuando el texto legal precisa con claridad los componentes del tipo (sujeto pasivo: mayor de quince y hasta dieciocho años). Correlativamente las relaciones sexuales con menores de quince años o son atentado violento al pudor o violación real o presunta. Llegar a determinar jurisprudencialmente el tope de edad diferente al fijado en la norma, como límite de impunidad o culpabilidad, es tarea del legislador y no de quien aplica la ley. La realidad social podrá llevar a una necesaria reforma legal, pero ello escapa a la labor del Juez que es "la boca que pronuncia las palabras de la ley" y no la mano que la crea.

La SCJ casó la sentencia del Tribunal y mantuvo el procesamiento.

¿Cuáles son los medios de prueba que permite la ley? Todos: declaración, pericia, testimonio técnico, inspecciones, registros, etc.

¿Con cuáles contamos en casos de abuso sexual o violación? Básicamente con la evidencia del cuerpo de la víctima, del agresor y me permitirán que hable de agresor porque la realidad, los números, muestran que es mayor el número de agresor varón, que mujeres, niños/ñas, en consecuencia son las mujeres, los niños/ñas las víctimas, y las declaraciones de ambos.

Nadie conoce mejor la situación que el agresor y la víctima.

Dice un tribunal penal en Nicaragua: "la declaración de la ofendida en contra del indiciado constituye presunción pues, salvo casos excepcionales, la ofendida siempre acusa a su verdadero ofensor.

No hay ninguna lógica natural, ni jurídica, ni ningún móvil o motivo que tenga, por ejemplo una hija para acusar a su padre de un hecho tan reprochable.

La sana crítica, criterio de valoración de la prueba en nuestro derecho, se apoya sobre dos pilares: la lógica, la razón y las máximas de experiencia, sin embargo la voz de los menores no tiene valor para probar un delito, sí tiene para consentir que lo cometan y las mujeres provocan las violaciones o los castigos o sus razonamientos son subjetivos.

En el ámbito forense se dice: “es palabra contra palabra”, y en esta balanza la voz del menor, del niño/ña vale menos que la del adulto, la de la mujer menos que la del hombre.

O se procura una prueba testimonial de los hechos, es común que los testigos son otros niños/ñas, los hermanos/as, y esa declaración también está suspeditada al disvalor de la minoridad

O se busca lesiones, es común que en los delitos de atentado violento, la defensa diga que el certificado médico forense no arrojó signos de lesiones, lo que es lógico, porque no tienen porqué existir. Sin embargo cuando hay lesiones, pongo el ejemplo de un varón que llegó al centro hospitalario por un accidente de tránsito y los médicos constataron desgarró anal profundo, la cuestión se traslada a quien es el autor. En este caso se trataba del padre quien fuera abusado por su madre (cuestión interesante: cuando quien perpetra el abuso es la mujer más difícil es aceptar por los operadores).

El niño, de 10 años de edad, fue interrogado por su psicóloga a través de cámara Gessel, observado por el Tribunal, en presencia de Fiscal y defensor del imputado y realizado un informe por técnica del ITF, en términos de avalar las técnicas utilizadas y sus declaraciones. El niño escribió, al ser preguntado sobre quien lo agredió sexualmente, “UEF IM APAP” “Fue mi papá”. El Tribunal Penal de Primer Turno (año 2002) mantuvo al procesamiento, pero exigió, a la hora de condenar, mayores pruebas y dijo, al revocar el fallo condenatorio de primera instancia, que no podía considerarse que el niño había prestado una declaración válida.

El otro medio probatorio en el que se advierten dificultades es el peritaje Ej.: en sentencia N° 30/03 (año 2003) de Juzgado de 17° Turno se sostuvo que: “En relación a la prueba pericial invocada, tanto en el auto de procesamiento como en la acusación fiscal, la suscrita estima que las mismas no cumplen con las pautas legales del art. 187 del CPP, por lo que serán descartadas, por carecer de los requisitos de validez y eficacia probatoria” y agrega: “Sin ser necesario introducirse en el análisis de la capacitación técnica y objetividad de los psicólogos dependientes de una autoridad policial (no judicial), no resulta ajustado a Derecho, que, mediante su operativa, se consiga sustituir otro medio de prueba, cuando éste, precisamente, en el caso, no es posible obtener ni jurídica ni fácticamente”. Entonces, ¿si no es posible obtener el testimonio de una menor de cuatro años de edad, o no es posible aseverar, en función de su edad, directamente, el grado de veracidad del mismo, resulta legítimo reemplazar esas circunstancias no presentes con la implementación de pericias y con las opiniones conclusivas de terceros expertos y acerca de ello? A juicio de la sentenciante, la respuesta a dicha interrogante es NO, ya que ello no es jurídicamente válido ni eficaz como material probatorio.” Esta sentencia publicada en “Estado de Derecho” de 14 de mayo de 2003, se funda en otra del TAP primer Turno N° 240/02 de 23 de octubre de 2002 con iguales conclusiones respecto a lo que llamaron valoración de la labor pericial.

El fallo fue revocado por sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno, sentencia de fecha 26 de abril de 2004 (no publicada) en la que se sostuvo: “El conocimiento que aportan las ciencias psicológicas sobre este concepto deben, necesariamente, integrar el acervo cultural del Juez para ejercer la función. La sentencia confunde y descalifica en función de esa primaria y palmaria confusión (se refiere a las declaraciones de la niña en entrevista filmada). Tal como enfatiza la Sra. Fiscal (Dra. Mirta Guianze) no se sustituyó la declaración de la menor y para comprobarlo suficiente resulta observar y escuchar la videograbación”. En el caso que se analiza, por auto 02581 la señora Juez instructora (distinta a la sentenciante) dispuso: “practíquese entrevista por técnicos de UATJ en el que por circuito cerrado se recibirán declaraciones de la menor L.R.” “Legítimamente, la Sra. Juez decidió que esa declaración fuese recibida por técnicos a efectos de lograr mayor eficacia, que si hubiere sido obtenida por un receptor o por adultos en una habitación de un juzgado, sin clima adecuado para una niña de cuatro años de edad: con plenas garantías del debido proceso, en tanto, la declaración era recibida con la presencia de la directora del proceso, de la señora fiscal y del señor defensor.” (subrayado del Tribunal). “La declaración que obra en videocasette agregada a la causa por cuerda, integra el elenco probatorio sobre el que se edifica la demanda. Y la confusión radica en valorar esa declaración, función exclusiva del órgano jurisdiccional, con valorar las conclusiones a la que arribaron los técnicos sobre aquella”. Y mas adelante: “las conclusiones a las que arribaron los técnicos puede no compartirse íntegramente, pero con más razón, se valora de acuerdo con la sana crítica por el Juez (en este caso por el Colegio) independientemente de aquellas.” “La sentenciante parte de un punto equivocado y construye la superestructura erróneamente: descalifica la validez y eficacia de los informes y con ella, no solo lo hace con la declaración de la menor, sino que, peor aun, no la analiza porque, insistimos, el testimonio existe indiscutiblemente”.

Resulta interesante otra sentencia en la que el TAP 2º Turno, para apoyar su posición respecto a que el consentimiento no era válido, en el caso de un hombre de 50 años y una niña que sufrió abuso desde los 9 años y lo contó a los 15 años, sostuvo: “La voluntad dirigida a la sexualidad, a los nueve años de edad, se encuentra imbuida por el instinto, por la curiosidad, pero jamás por el erotismo, por el deseo carnal”. “Si bien puede aceptarse la potestad del hombre de hacer uso de su función sexual, debemos reconocer que cuando ello no resulta de un pleno conocimiento de la pareja, debe ser sancionada porque es violación de la libertad y potestad indicada”.

El conceptualizar estos delitos como conductas lesivas para el honor, la familia y las buenas costumbres, lleva a los juzgadores a formarse una apreciación moral del carácter de la víctima, entrando en escena todos los mitos de la violación: una mujer honesta resiste hasta la muerte para defender su honor y su virtud.

A la hora de juzgar el consentimiento, puede sintetizarse la exigencia de nuestros Tribunales en encontrar elementos que muestren un presunto acuerdo, en el que la resistencia se convierte en un indicio de ese acuerdo y fundamentalmente en la existencia de datos clínicamente objetivables para la pericia forense. Como si el miedo, los riesgos, las desventajas evidentes no tuvieran relevancia. Como dice Silvia Chejter: “la valoración de la resistencia de una víctima es más consecuencia de la incapacidad de un agresor para proceder sin dejar huellas que un índice

confiable de la voluntad de la víctima de consentir una acción que la repugna” (Silvia Chejter, La voz tutelada).

De la misma manera que el ladrón busca apropiarse, el agresor se apropia del cuerpo, la invasión física es su propósito, a ninguna víctima se le pide que defienda su cartera, sin embargo, siempre es cuestionada respecto a cuánto y cómo resistió la agresión sexual.

Los jueces suponen que es poco probable que entreguemos nuestro dinero, en cambio en relación con las víctimas de violación, hay dificultades para distinguir entre un acto sexual mutuamente consentido y una relación sexual forzada. Los Tribunales tienen dificultad para captar el miedo, precisamente porque es una reacción psicológica, no objetivable, que pueda medirse meses después.

La tradición ha otorgado a la violación y a las agresiones sexuales un lugar preeminente a la violación vaginal, como si las otras invasiones no fueran agresiones, humillaciones, que deben ser vistas por el derecho como violaciones.

En las sentencias se advierte una búsqueda pormenorizada sobre si hubo o no acople sexual, penetración, eyaculación, al punto que hubo de imponerse una posición jurisprudencial que entendió que no era necesaria la eyaculación para configurar violación, o la penetración. Sin embargo es mayoritaria la jurisprudencia que exige la penetración para configurar el delito de violación. El cuerpo que atiende el discurso jurídico es un cuerpo fragmentado, yo diría, pensado en función de la maternidad, no se considera allí el dolor espiritual, la humillación o cualquier otro sentimiento bajo el pretexto de la objetividad y la imparcialidad. Despojados de afectos y de contextos, si hubo o no violación es una cuestión mecánica, instintiva, basada en la idea del varón que posee y la mujer que es propiedad, que atenderá exclusivamente a saber si hubo o no conjunción carnal.

Al respecto señalo dos pronunciamientos judiciales, uno, en los que TAP 2º Turno revocó un procesamiento por el cual se procesó a un hombre que bajo seducción, promesas de pago, lograba que una niña de 12 años le mostrara la vagina. El TAP consideró que esa exhibición no es un tocamiento o manoseo como exige el Código Penal.

En síntesis: observamos que la jurisprudencia sigue atendiendo al concepto de la honestidad de la víctima como cuestión vinculada a la inexperiencia sexual; sigue investigando la historia personal de la víctima, las sentencias se extienden en consideraciones sobre la víctima y su entorno, no sobre el victimario; sigue siendo un elemento significativo cuánto demoró la víctima en denunciar el hecho, en una clara demostración del desconocimiento de las consecuencias devastadoras de la agresión sexual.

Resulta pues indispensable repensar, reconceptualizar estos delitos, empezando por cambiar el bien jurídico protegido, eliminando los conceptos de honestidad y honor, incorporando las cuestiones de afecto, de maduración de las relaciones, incorporando el concepto del cuerpo como un todo, para eliminar las concepciones mecanicistas.

En ese sentido, seguir las incorporaciones que ha hecho el Estatuto de Roma, especialmente en lo que tienen que ver con las reglas del procedimiento y la tipificación de los delitos en tanto 1) no se debe recibir ninguna evidencia relacionada con la conducta sexual anterior de la víctima; 2) no se debe requerir ninguna corroboración del testimonio de la víctima y 3) cuando existan circunstancias coercitivas, incluyendo fuerza, coerción, amenaza sobre la víctima

o terceras personas, no será aceptable el argumento del consentimiento. Incorporar también el principio que impida interpretar la ley de manera que tenga un impacto adverso por razones de género.

En Argentina la Ley N° 25.087 de 1999 dio cumplimiento a los Tratados Internacionales e introdujo el concepto de abuso sexual a diferencia de abuso deshonesto, reconceptualizó el delito de la violación, etc.

Otra cuestión importante es incorporar un protocolo de atención y no puedo dejar de insistir con la capacitación a las y los operadores del derecho.
