

**Voces:** DERECHO COMPARADO ~ DERECHO ESPAÑOL ~ ESPAÑA ~ ABORTO ~ DERECHO A LA VIDA ~ PERSONA POR NACER ~ INTERPRETACION ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ DERECHOS HUMANOS ~ MUJER ~ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ~ EMBARAZO ~ DELITO

**Título:** Aborto en Europa. Anteproyecto español de Ley de Protección Integral del Concebido y de la Mujer Embarazada

**Autor:** Medina, Graciela

**Publicado en:** DFyP 2014 (enero), 23/01/2014, 192

**Cita Online:** AR/DOC/4755/2013

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La regulación del aborto en España. 3. Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada. 4. El aborto en Europa. Descripción legislativa de 15 países. 5. Las diez reformas más importantes propuestas por el anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada. 6 Conclusión.

**Abstract:** "Al observar las distintas legislaciones occidentales que rigen el aborto se advierte que la manera de obtener equilibrio entre ambos derechos no se resuelve de manera uniforme en los diferentes países y al mismo tiempo se observa que las soluciones varían con el correr del tiempo, y que existe una tendencia legislativa a despenalizar el aborto y admitir su realización con más flexibilidad, en un número mayor de supuestos y en un plazo mayor de duración del embarazo. En este contexto el anteproyecto de ley española llama poderosamente la atención porque en lugar de seguir la tendencia generalizada de ampliar los supuestos abortistas, los restringe y en vez de disminuir los requisitos para facilitar la interrupción del embarazo los aumenta, proponiendo una legislación más protectora de la persona por nacer y más restrictiva para la libertad de abortar de la mujer embarazada."

### **1. Introducción**

El 20 de Diciembre del 2013 el Consejo de Ministros de España aprobó un Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada.

El propósito de estas líneas es explicar las normas contenidas en el anteproyecto y analizar los cambios propuestos.

Advertimos que el tema del aborto siempre es polémico y que al reglamentarlo se debe equilibrar el derecho a la salud y a la autodeterminación de las mujeres con el derecho a la vida del concebido no nacido.

Al observar las distintas legislaciones occidentales que rigen el aborto se advierte que la manera de obtener equilibrio entre ambos derechos no se resuelve de manera uniforme en los diferentes países y al mismo tiempo se observa que las soluciones varían con el correr del tiempo, y que existe una tendencia legislativa a despenalizar el aborto y admitir su realización con más flexibilidad, en un número mayor de supuestos y en un plazo mayor de duración del embarazo. En este contexto el anteproyecto de ley española llama poderosamente la atención porque en lugar de seguir la tendencia generalizada de ampliar los supuestos abortistas, los restringe y en vez de disminuir los requisitos para facilitar la interrupción del embarazo los aumenta, proponiendo una legislación más protectora de la persona por nacer y más restrictiva para la libertad de abortar de la mujer embarazada

Para entender el Anteproyecto de Ley Orgánica del Protección del Concebido y de la Mujer Embarazada dictado por el Consejo de Ministros de España nos proponemos hacer una breve reseña de la regulación del aborto en España en los últimos 25 años y compararla con otras legislaciones Europeas.

### **2. La regulación del aborto en España**

La despenalización del aborto en España tuvo lugar en 1985 (1) y fue impulsada por el Gobierno socialista de Felipe González para los supuestos de violación (hasta 12 semanas), riesgo de malformaciones en el feto (hasta 22) y riesgo para la salud física y mental de la madre (sin límite).

Diez años más tarde la norma se amplió con un cuarto supuesto, para permitir la interrupción voluntaria del embarazo cuando supusiese a la mujer un conflicto personal, familiar o social.

En 2010 (2) otro ejecutivo socialista, el de José Luis Rodríguez Zapatero, fijó el aborto libre hasta la semana catorce, y hasta la veintidós en caso de riesgo de la vida o salud de la mujer o graves anomalías en el feto, y situó en los dieciséis años la mayoría de edad para decidir sobre la interrupción del embarazo. (3)

A partir del dictado del 2010 (4) con la sanción de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (la llamada 'Ley del aborto'), las interrupciones del embarazo pueden realizarse, por la simple petición de la embarazada, durante las primeras 14 semanas de gestación. En estos casos, debe informarse a la gestante de otras opciones (derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad) y esperar tres días antes de practicar el aborto.

Por otra parte hasta la semana 22, el aborto puede practicarse si existe grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada o bien graves malformaciones en el feto. Asimismo, si se detectan anomalías fetales incompatibles con la vida, puede realizarse un aborto hasta la semana 24, siempre y cuando lo haya autorizado un comité clínico. (5)

### **3. Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los derechos de la Mujer embarazada**

La legislación antes descrita puede cambiar a partir de que el 20 de diciembre por una iniciativa del Ministerio de Justicia el Consejo de Ministros, aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada.

En el Anteproyecto desaparece el aborto libre hasta la semana 14 y sólo se permite abortar en dos supuestos: violación denunciada y grave peligro para la madre.

El anteproyecto por un lado penaliza a quienes practiquen el aborto salvo que se trate de una violación o que el embarazo produzca serios daños a la salud de la embarazada, por otra parte por primera vez despenaliza a la mujer que decide interrumpir la gestación, en todos los supuestos.

Otras de las novedades que contiene el Anteproyecto son: requerir el consentimiento de los padres y curadores para que se practique el aborto en menores de edad y en personas incapaces, regular la objeción de conciencia del personal sanitario y prohibir la publicidad de las clínicas que practiquen abortos.

Cabe poner de resalto que el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido es muchísimo más restrictivo en orden a la posibilidad de abortar que la Ley de Salud sexual y Reproductiva ya que deja de lado tanto la posibilidad de que la mujer pueda interrumpir libremente el embarazo por la simple petición de la embarazada, durante las primeras 14 semanas de gestación, como la opción de practicar un aborto no punible hasta la semana 22, si existe graves malformaciones en el feto, en este supuesto solo se podrá abortar si las graves malformaciones además afectan gravemente la salud de la madre. También se suprime la posibilidad de que las menores de edad aborten sin conocimiento de sus progenitores y se aumenta de 3 a 7 días el plazo para que la mujer de su consentimiento informado después que el médico la haya puesto en conocimiento de las opciones terapéuticas del embarazo.

El Anteproyecto ha suscitado una gran ola de protestas en toda España tanto de los sectores liberales como de los conservadores (6), los unos por considerar que se opone a los derechos de la mujer, los otros por considerar que no protege suficientemente los derechos del concebido.

Así para los grupos "Próvida", encabezados por la plataforma Derecho a Vivir, el anteproyecto no cumple su principal meta: el "aborto cero", aunque lo han celebrado por entender que "es un paso muy importante para conseguir ese objetivo".

Mientras que para los grupos socialistas el anteproyecto constituye un retroceso en los derechos de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo.

### **4. El aborto en Europa**

Desde los años 70, los países europeos han venido reformando sus leyes relativas al aborto. A fin de establecer una comparación legislativa vamos a enunciar brevemente cual es el sistema legal que regula la interrupción voluntaria del embarazo en 15 países europeos.

Previo a ello queremos destacar que las regulaciones sobre el aborto se realizan dentro de dos sistemas diferentes, a saber "sistema de plazo" dentro de los que está permitido abortar libremente y "sistema de supuestos" que establece hipótesis en los cuales se permite abortar lícitamente.

Podemos señalar que en general se permite el aborto libremente dentro del plazo de las 12 semanas y que fuera de este plazo solo se permite abortar en determinados "supuestos".

#### **Alemania (7)**

En Alemania después de la unificación de Alemania Occidental y Oriental se combina un sistema de plazos con otro de indicaciones. En este sentido se permite el aborto en las primeras 12 semanas pero puede llegar a autorizarse abortos después de la doceava semana cuando la embarazada se encuentre en "situación de especial necesidad", siempre que cuente con asesoramiento mínimo tres días antes de la intervención. Cabe señalar que salvo en los abortos por razones médicas, la embarazada debe asistir a una sesión de asesoramiento antes de someterse al aborto en la que se le informa de que el embrión tiene derecho a la vida y se intenta convencer a la mujer de que prosiga con su embarazo. Por otra parte las embarazadas que deben abortar en el último tramo de la gestación por razones médicas también deben someterse a asesoramiento y esperar tres días antes de abortar.

#### **Austria (8)**

Su ley del aborto data de 1974. Esta ley reformó el código penal y permitió la interrupción del embarazo sin límites hasta la semana 12 del embarazo tras una consulta médica. A partir de ese momento, la intervención sólo está permitida cuando existe peligro para la salud física o psíquica de la embarazada o graves malformaciones fetales o si la embarazada tiene menos de 14 años. Se encuentra también regulada la objeción de conciencia.

### Bélgica

El aborto era ilegal hasta el año 1990 que se dictó la ley relativa a la interrupción del embarazo, que modificó los artículos 348, 350, 351 y 352 del Código Penal y derogó el artículo 353 del mismo código.

La Ley establece un sistema mixto, de plazos y causales, que básicamente despenaliza el aborto. [\(9\)](#)

Actualmente, las interrupciones del embarazo son libres hasta la semana 12 de gestación. La mujer debe certificar por escrito que está decidida a someterse al aborto y el médico debe estar convencido de su determinación. Además, la embarazada debe recibir asesoramiento en los seis días previos al procedimiento. Después de las 12 semanas, el aborto sólo puede practicarse si dos médicos coinciden en que continuar con el embarazo pondría en peligro la salud de la mujer o si el niño, de nacer, sufriría una patología especialmente grave e incurable.

### Dinamarca

El aborto se legalizó en 1937 para ciertos casos y, desde 1973, puede practicarse libremente hasta la semana 12 de gestación. A partir de esa fecha, es posible abortar si el embarazo supone un grave riesgo para la vida de la madre o pone en peligro su salud física o psíquica. En otros casos (desde violación hasta inmadurez de la madre), también está permitido si lo autoriza un comité formado por el director del centro donde se va a practicar y dos médicos. En el caso de que la embarazada sea menor, es necesaria notificación paterna. Según el artículo primero de la ley, una mujer residente en Dinamarca tiene el derecho de solicitar que la sea practicada una interrupción voluntaria de embarazo, siempre y cuando esta intervención tenga lugar antes de finalizar la duodécima semana de embarazo. La expresión del deseo de la mujer requiere un procedimiento específico.

En caso de que la vida o la salud, física o mental, de la mujer corra un riesgo justificado médicamente, la IVE puede realizarse sin que se requiera una autorización especial, más allá del plazo establecido de doce semanas.

También la IVE puede practicarse, después del período de doce semanas, con la autorización de una comisión ad hoc (existe una en cada uno de los catorce condados) integrada por un trabajador social y dos médicos, uno de ellos debe ser ginecólogo o cirujano y el otro, psiquiatra o especialista en medicina social. [\(10\)](#)

### Finlandia

En Finlandia el aborto no es libre, pero es posible abortar en caso de violación, si existe riesgo físico o psíquico para la madre, si el feto presenta graves malformaciones o si la gestante alega razones socioeconómicas. También está permitido si la mujer es menor de 17 años o mayor de 40 o si ya tiene cuatro hijos. Dependiendo del supuesto que se trate, la intervención debe ser autorizada por un médico, por dos o por el comité médico estatal. En estos supuestos, las intervenciones están permitidas hasta la semana 12 de la gestación, salvo cuando peligran la salud de la madre que permitirá practicarlo con posterioridad. Además, si la mujer es menor de 17 años o existen "otras razones especiales" podrá abortarse hasta la semana 20. En casos de graves malformaciones, se permite abortar hasta la semana 24.

### Francia [\(11\)](#)

El aborto se liberalizó en 1975 mediante la Ley Veil [\(12\)](#) que lo permitía hasta la semana décima del embarazo. Actualmente es libre hasta la semana 12, de acuerdo al Código de la Salud. La ley exige que la embarazada que va a abortar declare que se encuentra en estado de angustia debido a su situación. Su médico debe además informarle de otras opciones (adopción, ayudas...) y la mujer debe reunirse con un asistente social. Tras estas sesiones, la mujer debe esperar una semana antes de someterse a la intervención. En 2001, se hizo una reforma legal para ampliar el acceso al aborto: se cambió la fecha límite para el aborto sin restricciones en dos semanas más (12 a 14) y se retiró la exigencia de autorización paterna para las embarazadas menores. [\(13\)](#) Ahora, las menores de edad solo deben acudir acompañadas de un adulto de su elección.

### Grecia

Desde 1986, las mujeres griegas pueden solicitar un aborto durante las 12 primeras semanas de embarazo. Cuando afectan a menores o en caso de incesto o violación, el procedimiento es legal hasta la semana 19 de embarazo. En casos de anomalías fetales, es posible interrumpir el embarazo hasta la semana 24. Un médico ajeno a la intervención debe confirmar la existencia de uno de los supuestos en función del momento de la gestación. Además, en el caso de menores es necesario el consentimiento paterno o del tutor legal. Pese a la liberalización, está prohibida la publicidad de clínicas abortistas.

### Holanda [\(14\)](#)

La ley que regula la interrupción voluntaria del embarazo en Países Bajos fue aprobada en 1980, entró en vigor en 1981 y su reglamento de aplicación fue aprobado en 1984. Es una ley de plazos que permite el aborto dentro de las 24 primeras semanas de gestación. En la práctica la mayoría de los abortos se llevan a cabo dentro de las 22 semanas. Solo los abortos por razones médicas se extienden a la semana 24. El médico debe asesorar a la gestante sobre otras opciones y esta debe esperar seis días antes de someterse a la interrupción del embarazo. Desde noviembre de 1984, las holandesas que deseen abortar pueden hacerlo gratuitamente en su sistema nacional de salud.

## Irlanda

Irlanda tendrá a partir del 1 de enero de 2014 su primera ley del aborto. Ella legaliza la interrupción de un embarazo cuando la vida de la madre corre peligro, incluida la amenaza de suicidio. La norma, llamada "Ley de Protección de la Vida durante el Embarazo" sólo permitirá el aborto cuando la vida de la madre corra un peligro "real y sustancial", lo que incluye también la amenaza de suicidio. La ley del aborto, polémica en un país mayoritariamente católico, es la primera que tendrá Irlanda desde su fundación en 1921, en respuesta a un caso que conmocionó al país en octubre de 2012: la muerte de Savita Halappanavar, una irlandesa de origen hindú que murió de septicemia en un hospital debido que los médicos se negaron a practicarle un aborto. (15)

La norma es mucho más restrictiva que en otros países europeos ya que seguirá prohibiendo el aborto en casos de violación, incesto o anormalidad del feto.

## Italia (16)

Italia liberalizó el aborto en 1978. (17) En este país es posible abortar libremente durante los primeros 90 días del embarazo. Tras solicitar el aborto, a la mujer le informarán de otras opciones disponibles y, salvo casos de urgencia, se impone un periodo de reflexión de una semana. Tras el primer trimestre del embarazo, el aborto sólo está permitido para salvar la vida de la madre o cuando su salud física y mental está en peligro, supuesto que también abarca las graves malformaciones fetales. Los médicos pueden acogerse a la objeción de conciencia, lo que en la práctica dificulta el acceso al aborto en algunas zonas. El artículo 12 de la ley requiere el consentimiento de los padres o del tutor cuando la mujer sea menor. "Sin embargo, durante los noventa primeros días de gestación, cuando, por motivos serios, sea imposible o desaconsejable consultar a las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela, o cuando estas personas, luego de ser consultadas, se niegan a prestar consentimiento o expresen opiniones contradictorias", el médico podrá solicitar al juez tutelar que tome la decisión de autorizar o no la interrupción del embarazo. Esta decisión no es apelable.

Cuando exista un peligro grave para la salud de la mujer menor y una intervención de urgencia sea necesaria, la interrupción del embarazo puede ser solicitada por la mujer, sin ser necesario el consentimiento de la persona que ejerza la patria potestad o del tutor y sin acudir al juez.

## Luxemburgo

El aborto no es libre, pero está permitido hasta la semana 12 de embarazo en caso de violación, si pelagra la vida de la madre, su salud física o psíquica o por razones socioeconómicas. A partir de esta fecha, sólo es posible abortar en caso de que corra peligro la vida o la salud de la embarazada o del neonato. Un médico ajeno a la intervención debe certificar que se cumple alguno de estos supuestos. La mujer recibe un folleto informativo con otras opciones y tiene que esperar una semana antes de someterse a la intervención.

## Portugal

En 2007, se legalizó el aborto sin restricciones hasta la semana número 10 de embarazo. (18) A partir de esta fecha, es posible abortar en casos de malformaciones fetales, cuando el embarazo es producto de un crimen contra la libertad sexual o cuando existe riesgo físico o psíquico para la vida de la madre. En caso de que la embarazada sea menor de edad, es necesaria autorización paterna.

## Reino Unido (19)

El aborto está ampliamente permitido por la Ley del Aborto de 1967 (20) y sus modificaciones, que permite la interrupción del embarazo en las primeras 24 semanas. Según la legislación, la IVE debe reunir los siguientes requisitos para no configurar un delito: la solicitud debe presentarse antes de finalizar la vigésimo cuarta semana de embarazo y la presentación de un certificado extendido por dos médicos que exprese que la salud física o mental de la mujer o sus hijos corre peligro en caso de que continúe el embarazo (situación económica, vivienda, etc.) o que estudios médicos prueben que el niño corre el riesgo de nacer con importantes malformaciones o una afección mental grave. Cuando la vida o salud de la madre se vea "gravemente amenazada" o exista un grave riesgo de anomalías fetales, no existe límite. Las británicas pueden someterse gratuitamente a un aborto a través del National Health Service. En lo que se refiere a las menores, la Ley de Reforma del Derecho de Familia (Family Law Reform Act) de 1969 determina que un menor puede consentir, sin autorización de sus padres o su tutor, para la realización de actos médicos, a la edad de dieciséis años.

## Suecia

Una ley aprobada en 1938 ya permitía el aborto en un gran número de supuestos. (21) Actualmente a partir de la reforma del año 2007 es posible abortar libremente hasta la semana 18 de embarazo. Para embarazos de entre 12 y 18 semanas, la gestante debe discutir el tema con una trabajadora social. A partir de este momento de la gestación, solo está permitida la interrupción del embarazo si lo autoriza un comité nacional de salud, normalmente porque corra peligro la salud de la madre. Asimismo, se garantiza la gratuidad del aborto, y sólo las personas que tienen autorización para ejercer la profesión médica las que deban llevar a cabo un aborto o interrumpir un embarazo, según estipula la ley. También se prevé, para antes y después de producirse el aborto o la interrupción del embarazo, ayuda y apoyo psicológico en los hospitales y centros sanitarios autorizados.

## 5. Las diez reformas más importantes propuestas por el Anteproyecto de Ley Orgánica para la

## **protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada**

1. El aborto se permite si existe "menoscabo importante y duradero" para la salud física y psíquica de la mujer o un peligro importante para su vida. El otro supuesto es que haya "delito contra salud o indemnidad sexual" de la mujer (violación). En esencia, se vuelve a la primera ley del aborto, la de 1985 en la que se podía abortar en caso de violación, daño para la vida o salud física o psíquica para la madre y malformación del niño, pero con más garantías y matices para eliminar los problemas de la primera ley.

2. El plazo para el primer supuesto (riesgo para la salud física o psíquica de la mujer) será de 22 semanas de gestación y para el segundo (violación), de 12 semanas. Para poder acogerse a esta segunda posibilidad, será necesario haber denunciado la agresión. De aprobarse el anteproyecto no habrá aborto libre en las primeras 14 semanas como permite la legislación española actual.

3. El riesgo para la salud física o psíquica de la madre deberá "acreditarse de forma suficiente con dos informes motivados emitidos por dos médicos distintos del que practican el aborto". Los facultativos deben ser "especialistas en la patología que genera esa decisión". Después de que los facultativos hayan evaluado a la mujer, esta recibirá información "verbal" de la mano de un "colaborador del sistema público" sobre las alternativas a la interrupción de su embarazo; tras eso está obligada a esperar "al menos siete días" (frente a los tres actuales) para tomar su decisión.

4. Los médicos que realicen la evaluación de la mujer o del feto no podrán trabajar en el mismo centro donde se vaya a practicar la intervención. Se busca que la mujer reciba una información "asistencial, individualizada, verbal, no sólo por escrito", de manos de "médicos y profesionales sanitarios y de servicios sociales que tendrán que ser diferentes de aquellos que practiquen el aborto". Además, "un colaborador del sistema público" ofrecerá "asesoramiento social" sobre las alternativas a la interrupción del embarazo.

5. Cuando el peligro para la salud psíquica de la madre tenga causa en una "anomalía fetal incompatible con la vida", será preciso un informe médico sobre la madre y otro sobre el feto, de forma "que quede probada dicha anomalía". El ejemplo más claro es la anencefalia, una malformación del sistema nervioso que impide el desarrollo del cerebro.

6. Si la anomalía incompatible con la vida no hubiera podido ser detectada clínicamente "con un diagnóstico certero" en las 22 primeras semanas de gestación, el aborto también podrá practicarse después, siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriores.

7. Se permite la objeción de conciencia de todos los profesionales sanitarios que participen o colaboren en el proceso de interrupción del embarazo (diagnóstico e intervención). Para ello, el profesional deberá comunicarlo por escrito al director del centro dentro de los cinco días siguientes a empezar a trabajar en él. Su decisión se incluirá en su expediente personal, que será reservado y confidencial. El ejercicio de este derecho, que no admite modulaciones, se podrá modificar en cualquier momento.

8. Se prohíbe la publicidad de las clínicas que practican abortos. "No es un producto de consumo y esa información solo deben facilitarla los especialistas".

9. El anteproyecto de reforma elimina autorización para abortar sin consentimiento paterno a jóvenes de 16 años. Desaparece así la posibilidad de que las menores puedan abortar por decisión propia, aunque lo hagan acogiéndose a un supuesto legal. Para que el consentimiento de las menores de edad se entienda como "informado y libre", es decir, para que puedan abortar en los supuestos que permite la ley, será obligatoria "la participación de los titulares de la patria potestad", ya sean padres o tutores.

10. Practicar un aborto fuera de los supuestos estipulados no tendrá reproche penal para la mujer. Es la primera vez en la historia de España en que se libera a la mujer de la posibilidad de sufrir cualquier reproche penal en el caso de abortar. Cabe aclarar que si bien el Anteproyecto de Ley propone no criminalizar a la mujer mantiene penas para quienes practiquen el aborto fuera de los supuestos legales.

### **6. Conclusión**

El examen de la legislación europea comparada nos permite distinguir dos grandes sistemas: "sistema de viabilidad de práctica del aborto a partir de la petición de la mujer" también llamado "sistema de plazos" que establece un límite temporal al aborto lícito, y "sistema de indicaciones médicas, sociales o psicológicas" también conocido como "sistema de supuestos", que permite el aborto lícito solo en determinados casos

En lo que respecta a los países analizados en el presente trabajo, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Italia, Países Bajos, Suecia, Portugal y España corresponden al primer grupo y Reino Unido, Finlandia, Luxemburgo e Irlanda, al segundo.

Si se aprueba el Anteproyecto de Ley de Protección Integral del Concebido y de la Mujer embarazada, España, no se limitará a modificar algunos requisitos de su legislación sobre aborto sino que cambiará su sistema de interrupción del embarazo y pasará a formar parte del grupo de países que no aceptan el aborto a sola petición de la mujer.

La reforma proyectada propone un régimen más restrictivo en orden a la posibilidad de abortar que la Ley de Salud Sexual y Reproductiva actualmente en vigencia, ya que deja de lado tanto la posibilidad de que la

mujer pueda interrumpir libremente el embarazo por la simple petición de la embarazada durante las primeras 14 semanas de gestación, como la opción de practicar un aborto no punible hasta la semana 22, si existe graves malformaciones en el feto, en este supuesto solo se podrá abortar si las graves malformaciones además afectan gravemente la salud de la madre. También se suprime la posibilidad de que las menores de edad aborten sin conocimiento de sus progenitores y se aumenta de 3 a 7 días el plazo para que la mujer de su consentimiento informado después que el médico la haya puesto en conocimiento de las opciones terapéuticas del embarazo.

(1) En la Ley Orgánica 9/1985, aprobada el 5 de julio de 1985, se despenalizó el aborto inducido en tres supuestos: riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer embarazada (supuesto terapéutico), violación (supuesto criminológico) y malformaciones o taras, físicas o psíquicas, en el feto (supuesto eugenésico).

(2) El 3 de marzo de 2010 se promulgó la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Esta ley tiene como objeto garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y salud reproductiva establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos. La ley entró en vigor el 5 de julio de 2010.

(3) La Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo finalmente fue aprobada por 184 votos a favor, 158 en contra y una abstención. Apoyaron la ley el PSOE, partido en el Gobierno de España presidido por José Luis Rodríguez Zapatero, con la Ministra de Igualdad Bibiana Aído. Los partidos que apoyaron al Gobierno fueron el PNV, ERC, IU, ICV, BNG, Na-Baiy dos diputados de CiU. El Partido Popular fue el único partido que se opuso a la aprobación de la nueva ley. También se opusieron algunos miembros de otros partidos como Coalición Canaria, UPN, UPyD y siete diputados de CiU. Fuera del parlamento organizaciones de la sociedad civil también mostraron su rechazo: representantes de la Conferencia Episcopal Española de la Iglesia Católica, Asociaciones Pro-vida y el Instituto de Política Familiar (IPF). En 2009 un sondeo sobre la juventud española realizado por el Centro de Investigaciones Sociológicas indicó que un 55% de los jóvenes consideraba que era únicamente la mujer la que debía decidir sobre el tema; uno de cada cuatro consideraba que la sociedad debe poner ciertos límites; mientras que un 15% se manifestaba en contra del aborto en todos los casos.

(4) La Interrupción Voluntaria del Embarazo en España o Aborto Inducido se regula en el Título II de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

(5) Artículos 13 y 14 del Título II de la Ley 2/2010 [Artículo 13. Requisitos comunes. Son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo: Primero. —Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección. Segundo. —Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado. Tercero. —Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. Podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la referida Ley. Cuarto. —En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo. Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer. Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención. 2

(6) La Ley del aborto coloca a España a la cola de Europa <http://www.elmundo.es/espana/2013/12/21/52b578fc22601dbc418b456e.html>, consultado el 23 de Diciembre del 2013, Protestas contra la ley de aborto en España terminan con golpes y detenciones <http://www.eldinamo.cl/2013/12/21/video-protestas-contrala-ley-de-aborto-en-espana-terminan-con-golpes-y-detenciones/> A favor y en contra del aborto, todos disconformes con la nueva ley <http://www.elmundo.es/espana/2013/12/20/52b4754622601d42388b456a.html>

(7) La unificación alemana produjo un gran debate sobre el aborto, dada las diferencias significativas entre las regulaciones de aborto en Alemania occidental y Oriental. Alemania occidental permitía el aborto sólo cuando las consideraciones médicas, éticas, genéticas y sociales estaban presentes y debidamente certificadas por un médico. En los demás casos, aborto seguía siendo un delito en cualquier etapa del embarazo. Por el contrario, Alemania Oriental autorizaba el aborto dentro del primer trimestre del embarazo. El Tratado de unificación introdujo el artículo 143 de la ley básica, que indicó que en los cinco provincias Orientales no fueron aplicable la ley uniforme en los supuestos de aborto. En 1992, el Parlamento alemán aprobó la ley declaró que no es "ilegal" la interrupción del embarazo cuando el aborto fue realizado por un médico autorizado, dentro del primer trimestre del embarazo. Antes del aborto, la mujer embarazada está obligada a someterse a sesiones de asesoramiento obligatorio, que deben ser debidamente certificadas. Por otra parte, después de las sesiones de asesoramiento, la mujer tiene que esperar tres días antes de someterse a un aborto. La ley también delineó el deber de los consejeros, quienes deben subrayar el valor de la vida en desarrollo y alentar a la mujer embarazada para tomar una decisión consciente.

(8) AUSTRIA. Ley Federal de 23 de enero de 1974. (Bundesgesetzblatt, N° 60, 1974). Secciones 96, 97 y 98 del Código Penal, adoptado en enero de 1974 como sigue: "Aborto Sec. 96 (1) Cualquier persona que interrumpe un embarazo con el consentimiento de la mujer embarazada, será castigado con pena de prisión de hasta un año, cuando el acto se cometa de manera habitual y para la ganancia ("gewerbsmaessig") con penas de prisión de hasta tres años. Si el autor material del acto no es un médico de la pena será de prisión de hasta tres años; cuando el acto se cometa de manera habitual y pao lo que provoca la muerte de la mujer embarazada, el pena será de prisión de seis meses a cinco años. 1. Una mujer que realiza o permite realizar un aborto a sí misma, será castigado con pena de prisión de hasta un año. Justificación del aborto Sec. 97 (1) Un acto no es susceptible de castigo bajo la Sección. 96:1. Cuando el aborto se lleva a cabo por un médico durante los tres primeros meses desde el comienzo del embarazo después de una consulta médica anterior, o2. Cuando se requiere que el aborto ("erforderlich") para evitar un grave peligro, a no ser evitado por otros medios, para la vida o para el médico o la salud mental de la mujer embarazada, o cuando exista un grave peligro de que el niño puede ser aquejado de un médico grave o defecto mental, o cuando la mujer se convirtió en menos de 14 años de edad, siempre proporcionan la interrupción del embarazo se ha realizado por un médico, o3. Cuando se realiza el aborto para salvar a la mujer embarazada de un peligro inminente para su vida, que no podía ser de otro modo evitó, en circunstancias en que la ayuda médica no estaba disponible en el tiempo. <http://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/Austria.abo.htm> consultada el 25 de Diciembre del 2013.

(9) 1°.- Si lo solicita la mujer en situación de angustia (détresse) y se practica antes de que finalice la 12ª semana de gestación y siempre que se practique en buenas condiciones médicas, por un médico, en un centro donde exista un servicio de información que debe proveer a la mujer de información relativa a los derechos, ayudas y ventajas que la legislación concede a las familias, a las madres (solteras o no) y a los hijos, así como sobre las posibilidades existentes de dar al niño en adopción. También se le ofrecerán consejos sobre los medios existentes para resolver los problemas sociales y psíquicos que le cree su situación. La interrupción del embarazo no podrá tener lugar sino 6 días después de la primera consulta médica. La mujer debe ratificar por escrito, el mismo día de la intervención, su voluntad de proceder a la misma. El médico debe informar a la mujer de los riesgos médicos presentes o futuros derivados de la interrupción del embarazo, de las posibilidades de acogida del nasciturus y de la posibilidad de acudir al personal de ayuda e información citada. Debe asegurarse, asimismo, de la determinación de la mujer a abortar. 2°.- Superado el plazo de 12 semanas, sólo cabe practicar la interrupción voluntaria del embarazo, con las mismas condiciones antes citadas, si: \* La continuación del embarazo pone en grave peligro la salud de la mujer o \* Si es seguro que el niño que nacerá portará una enfermedad de particular gravedad y reconocida como incurable en el momento del diagnóstico. Se requerirá la opinión de dos facultativos.

(10) Ley 350, del 13 de junio de 1973, sobre interrupción del embarazo, modificada. "Aborto Legal en Europa condiciones que permiten su práctica" Dirección de Información Parlamentaria. Congreso de la Nación Argentina. Serie de Documentación Extranjera. <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/publicacion/aborto%20legal%20-%20europa.pdf>, consultado el 24 de Diciembre del 2013

(11) El aborto inducido fue tipificado como delito en Francia con la promulgación del Código Napoleónico o Código Civil de Francia en 1804. Durante la ocupación nazi durante la Segunda Guerra Mundial, el régimen de Vichy hizo que la práctica del aborto fuera castigada con la pena capital. La última ejecución tuvo lugar en 1942. Después de la guerra, la pena de muerte para castigar la práctica del aborto fue abolida así como los

tribunales especiales se crearon para hacer frente a casos de aborto.

(12) La Ley Veil es una ley francesa promulgada el 17 de enero de 1975 que despenalizó el aborto. Recibe su nombre por su impulsora, Simone Veil.

(13) Desde 1982, los abortos se realizan en el sistema de seguridad social francés. La programación de los abortos se realiza, si el límite de 12 semanas lo permite, una semana después de la petición de la mujer embarazada, en caso de estar cercano el límite ese período puede acortarse. Después de la duodécima semana, dos médicos deben certificar que la salud de la mujer está en peligro o hay una alta probabilidad de que el feto sufra una grave enfermedad no curable, de lo contrario, el aborto se considera ilegal. Desde 1994, la ley francesa exige que los centros de diagnóstico multidisciplinario certifiquen que los defectos de nacimiento son lo suficientemente graves como para hacer el aborto después de las 12 semanas.

(14) Marco legal del Aborto en los países Bajos: Código Penal, artículos 82ª y 296 según la modificación de la Ley sobre Interrupción, del Embarazo, de 1981. Ley sobre Interrupción del Embarazo, de 1981, vigente desde el 1º de noviembre de 1984, modificada. Decreto del 17 de Mayo de 1984 reglamentario de la Ley sobre interrupción del embarazo. Aborto Legal en Europa condiciones que permiten su práctica" Dirección de Información Parlamentaria. Congreso de la Nación Argentina. Serie de Documentación Extranjera. <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/publicacion/aborto%20legal%20-%20europa.pdf>, consultado el 25 de Diciembre del 2013.

(15) Savita Halappanavar (1981 - Galway, 28 de octubre de 2012) fue una mujer irlandesa de origen indio, de profesión dentista, que falleció a los 31 años mientras estaba embarazada. Se supuso que su muerte fue debida a la negación de los médicos de practicarle el aborto. El Gobierno de Irlanda y el Hospital Universitario de Galway determinaron que la embarazada murió a consecuencia de una septicemia. Un estudio publicado en octubre de 2013 dio como motivo de la muerte diversos errores debidos a una mala gestión médica de la situación.

(16) Aborto Legal en Europa condiciones que permiten su práctica" Dirección de Información Parlamentaria. Congreso de la Nación Argentina. Serie de Documentación Extranjera. <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/publicacion/aborto%20legal%20-%20europa.pdf>, consultado el 24 de Diciembre del 2013.

(17) En Italia la interrupción voluntaria del embarazo (despenalizadora del aborto en algunos supuestos) está regulada por la Ley nº 194/1978 del 22 de Mayo. Bajo el título "Normas sobre la tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo", recoge una serie de disposiciones, en 22 artículos.

(18) El Aborto en Portugal, es legal desde el referéndum de 10 de abril de 2007 y la posterior publicación de la Ley 16/2007 de 17 de abril de Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez, publicado en el Boletín oficial el 17 de abril del 2007 <http://dre.pt/pdfgratis/2007/04/07500.pdf>

(19) El marco legal del Aborto en el Reino Unido está dado por Marco legal. Ley sobre aborto, de 1967 modificada. Reglamentación de la Ley sobre Aborto de 1991 — Instrumento Legislativo Nº 499 de 1991. 1 Instrumento Legislativo de 2002 Nº 887 Aborto (Modificación) (Inglaterra). Reglamentaciones de 2002.

(20) El aborto inducido es legal desde la aprobación de la Ley del Aborto de 1967 -Abortion Act 1967- que lo autorizó hasta las 28 semanas. Una enmienda de 1990 redujo el cómputo hasta el considerado comienzo de viabilidad a las 24 semanas actuales. El Reino Unido comprende los territorios de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. En Irlanda del Norte no se aplica la ley de 1967 y siguen vigentes la ley de 1861 aplicándose la legislación penal de 1945. En el momento de su aprobación la legislación sobre el aborto fue una de los más liberales de Europa.

(21) Suecia es uno de los países más avanzados del mundo en la despenalización del aborto. Los primeros pasos se remontan a la Ley del Aborto de 1938, que permitió el aborto legal en casos específicos. Dicha Ley sufrió enmiendas a lo largo de los años, despenalizándose gradualmente dicha práctica, hasta llegar a mediados de la década de los 70, cuando se aprueba en 1975, la "Ley del Aborto" actualmente en vigor. La última modificación de la Ley se produjo en 2007.





**Voces:** MATRIMONIO ~ CODIGO CIVIL ~ PROYECTOS DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ RELIGION ~ DERECHO A LA INTIMIDAD ~ AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ~ ESTADO NACIONAL ~ ORDEN PUBLICO ~ ISLAM ~ LIBERTAD DE CULTO ~ PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ~ IGUALDAD ANTE LA LEY ~ DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**Título:** Límites a la autonomía en el Derecho de Familia. La poligamia

**Autor:** Medina, Graciela

**Publicado en:** DFyP 2013 (diciembre), 02/12/2013, 3

**Cita Online:** AR/DOC/4257/2013

**Sumario:** 1. Introducción. Planteo del problema.- 2. Concepto de poligamia.- 3. La Poligamia Musulmana.- 4. Poligamia Mormona.- 5. Algunos fundamentos de la poligamia.- 6. Fundamentos del rechazo de la Poligamia.- 7. Conclusión.

**Abstract:** "La regulación del matrimonio constituye una materia que entra dentro de las competencias legislativas de cada Estado, por ello es que pueden prohibir la poligamia y no están obligados por los Convenios de Derechos Humanos a reconocer los matrimonios poligámicos si los consideran contrarios a su orden público jurídico."

### **1. Introducción. Planteo del problema**

La cuestión que motiva nuestro estudio es la de poder determinar si el Estado en base a los principios de privacidad, autonomía y libertad religiosa está obligado a regular y a aceptar cualquier matrimonio que los contrayentes quieran asumir, sea este monogámico o poligámico.

Para dar respuesta a este interrogante vamos a examinar el problema desde la óptica de los derechos humanos, realizando una comparación con las respuestas dadas al matrimonio entre personas de igual sexo.

El ius connubi (derecho a contraer matrimonio) es un derecho fundamental de la persona, y así se encuentra contemplado en diferentes textos internacionales (art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, (1) art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, (2) art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, (3) arts. 12 (4) y 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y art. 19 de la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos de 1981).

Los tratados de derechos humanos reconocen el derecho a casarse sin especificar el concepto de matrimonio, ni si este se refiere exclusivamente a la unión entre un hombre y una mujer, ni si el matrimonio está limitado a la unión de un solo hombre con una sola mujer.

Esto ha dado lugar a que durante el Siglo XX los países de occidente se plantearan la pregunta relativa a si el matrimonio podía ser celebrado por personas de igual sexo.

Este interrogante ha tenido una respuesta afirmativa en muchas legislaciones y en el siglo XXI, hasta las postrimerías del año 2013, quince países han admitido que el casamiento puede ser contraído válidamente entre personas del mismo sexo, ampliando de este modo la capacidad para celebrar nupcias que tradicionalmente se encontraba limitada a personas que tuvieran diferente sexo. (5)

El principal fundamento para admitir que las parejas de igual sexo puedan contraer matrimonio es el reconocimiento de la existencia de diferentes modelos de familia que deben ser protegidos por el Estado para lograr el desarrollo de la personalidad de los individuos, quienes son libres de organizar su vida afectiva como deseen.

Es decir, que el reconocimiento de los matrimonios entre personas de igual género se funda en el derecho a la libertad y el respeto a la privacidad.

Cabe preguntarse si, aplicando estos mismos fundamentos, el Estado está obligado a respetar, reconocer y organizar cualquier forma de matrimonio o si puede imponer límites fundado en reglas de orden público.

En este sentido, la primera cuestión a dilucidar es si el Estado debe a reconocer el matrimonio poligámico y aceptar su celebración basado en el respeto a la libertad de organizar la vida familiar conforme a las creencias religiosas o a las ideas personales de cada individuo.

La cuestión se centra, por tanto, en determinar si ante la colisión de los derechos a la libertad religiosa y a la vida familiar, por un lado, y el derecho a la igualdad y el principio de la monogamia matrimonial, por otro, los Estados están obligados a dar preferencia a los segundos.

Al respecto, hay que señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si bien admite como constitutivos de "núcleo familiar" diversos vínculos (matrimonios y parejas de hecho), deja en manos de cada Estado el reconocimiento de determinados matrimonios, como los poligámicos y los homosexuales. (6)

El Tribunal de Estrasburgo admite como constitutivos de vida familiar diversos vínculos, tanto jurídicos como fácticos, protegiendo tanto al matrimonio como a las parejas de hecho. Sin embargo, establece que

determinadas modalidades, como los matrimonios poligámicos u homosexuales, dependerán de su reconocimiento en el Estado demandado. Según su razonamiento, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (CEDH) no rechaza la poligamia, que puede entenderse incluida en el concepto de "vida familiar" (art. 8°), pero el Tribunal reconoce la facultad de los Estados de preservar su cultura monógama, por considerarlo un fin legítimo incluido en el de la protección de la moral o los derechos y libertades de otros.

En consecuencia, los Estados no están obligados a reconocer el matrimonio poligámico, pero pueden optar por otorgarle algún ámbito de protección en su ámbito de protección a la familia poligámica.

La regulación del matrimonio constituye una materia que entra dentro de las competencias legislativas de cada Estado, por ello es que pueden prohibir la poligamia y no están obligados por los Convenios de Derechos Humanos a reconocer los matrimonios poligámicos si los consideran contrarios a su orden público jurídico.

Para dar una respuesta más precisa a la aceptación o no de la poligamia, previo a todo hay que determinar qué se entiende por poligamia, para luego ver cuáles serían los fundamentos para la aceptación legal de la poligamia y cuales las causas que fundan su no aceptación.

## **2. Concepto de poligamia**

La poligamia es el régimen familiar que permite al varón tener una pluralidad de esposas, y se encuentra tradicionalmente admitido en los países islámicos, con pocas excepciones. (7)

La poligamia está también aceptada entre los mormones y entre los habitantes de Laos.

## **3. La Poligamia Musulmana**

La poligamia para los musulmanes tiene su fundamento en el propio texto del Corán, en la Sura 4:3: "Entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal". La aceptación tradicional de la poligamia ha encontrado su apoyatura en la primera parte de este versículo -"casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro"- . La segunda parte -"pero si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola"- , sin embargo, ha sido utilizada por autores liberales para mantener una prescripción implícita de la monogamia (¿no será poligamia?), al mantener que no es posible que un hombre trate con imparcialidad a todas sus esposas.

En la forma de matrimonio poligámica es, quizá, donde se produce de manera más gráfica la desigualdad entre los cónyuges, desde la perspectiva de los valores que conforman los derechos humanos de los países occidentales que tienen como base la dignidad de la persona humana.

Para el derecho islámico, sin embargo, la cuestión no se debate como un problema de igualdad entre los cónyuges, sino como una consecuencia de la posición que ostenta cada uno en el matrimonio y de las distintas funciones que asumen: el varón, al ser cabeza de familia y estar obligado a cubrir el sostenimiento económico y la protección de la mujer y de los hijos, cuenta con una serie de prerrogativas, mientras que el rol de la mujer se circunscribe, fundamentalmente, al de esposa y madre, tareas que la limitan de forma mayoritaria al cuidado del ámbito familiar y que la "equiparan" (que no "igualan") con el varón al recibir otras contraprestaciones propias, como es el caso de la obligación de éste (nafaka) de correr con todos los gastos de manutención de su esposa.

Desde esta perspectiva, que es la diferencia de función y de importancia en la participación, es como se justifica la larga lista de tratamientos desiguales que resultan en detrimento de la mujer. Como el impedimento de culto, ciertos impedimentos matrimoniales (que sólo afectan a la mujer, como el de lactancia, la idda o el repudio triple) y la exigencia de un wali en la prestación del consentimiento matrimonial.

Otros impedimentos están relacionados con la disolución del matrimonio, como el repudio (inicialmente prerrogativa única del varón, que le permite de forma unilateral y discrecional poner fin al matrimonio, y ante el cual ni el juez ni la esposa pueden oponerse) y la necesidad de la prueba por parte de la mujer de alguna de las causas de divorcio tipificadas por la Sharia en caso de que ella sea quien lo solicite.

En cuanto al derecho sucesorio, también hallamos diferencias de tratamiento francamente importantes: el marido hereda de su mujer fallecida el doble de lo que ella heredaría de su marido en caso de fallecer éste (arts. 248 del Mudawana, 155 del Estatuto Personal argelino y 119 del Estatuto Personal de Túnez); las hijas, si son herederas agnáticas junto con hermanos, heredan la mitad que éstos (art. 103 del Estatuto Personal de Túnez), y en general, la mujer hereda la mitad que el hombre en su mismo grado de parentesco. A su vez, la filiación sólo se transmite por línea masculina, no teniendo ningún derecho sucesorio los hijos ilegítimos que no sean reconocidos por el padre, puesto que la filiación ilegítima no da lugar a vínculo de parentesco ni, por tanto, a ninguna expectativa sobre la herencia del padre (arts. 83.2 y 228 del Mudawana). Es más, el juez no puede declarar la filiación ni admitir pruebas de paternidad, ni a instancia del hijo ni por petición de su representante. Únicamente podrá confirmar el reconocimiento que haga el padre.

Hay que señalar que la poligamia es hoy una institución que experimenta cierta recesión, (8) tanto por la prohibición de que ha sido objeto en algunos Estados Musulmanes como por las limitaciones que a su ejercicio imponen aquellos que continúan tolerándola. El ejemplo más emblemático del primer grupo de países es Túnez, que con una legislación pionera en el mundo árabe-musulmán en lo tocante a la mancipación (¿o emancipación?) de la mujer prohibió la poligamia en 1956, con la promulgación del Código de Estatuto

Personal. (9)

En el segundo grupo de países destaca Marruecos, donde la última reforma del Código de Familia Marroquí (Mudawana) establece importantes restricciones a la posibilidad de desposar más de una mujer. Entre ellas, la obligación de respetar escrupulosamente la igualdad de trato entre las esposas, el deber de información hacia la esposa actual y la futura, y la autorización judicial para contraer matrimonio poligámico. (10) En esta misma línea limitativa se enmarca Argelia, donde se exige un motivo legal para autorizar la poligamia, como la esterilidad o enfermedad grave de la esposa.

#### 4. Poligamia Mormona

La poligamia también es aceptada por la "Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días" que fue fundada por Joseph Smith el 6 de abril de 1830 en Fayette, Nueva York y es conocida más comúnmente como iglesia mormona.

La base de la doctrina de la "Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días" está constituida por la Biblia, el Libro de Mormón, Doctrina y Convenios y La Perla de Gran Precio, estos dos últimos textos basados en las revelaciones que le fueron hechas a su profeta y fundador Joseph Smith.

Smith declaró que le había sido revelado que la poligamia tenía que ser una de las doctrinas básicas de la nueva Iglesia e incitó a sus seguidores a cumplir con esta enseñanza, al igual que lo hizo el mismo Joseph, quien practicó la poligamia en secreto para evitar la condena penal.

Después de la muerte de Smith, la Iglesia mormona fue liderada por Young quien condujo a los adherentes de la gran Cuenca de (¿o hacia?) Utah, para evitar las condenas a la poligamia.

Perseguidos por sus creencias, los mormones se fueron aislando en pequeñas ciudades donde se sintieron libres para realizar las prácticas religiosas que creían que Dios les había ordenado; entre ellas, la poligamia, que en 1852 fue declarada oficialmente uno de los principios de la Iglesia.

La práctica de la poligamia para los mormones está fundada en cinco razones religiosas

1) para cumplir con el mandamiento de Dios que dijo a Adán y Eva que debían "multiplicarse y henchir la tierra;"

2) para encarnar a la Alianza de Dios con Abraham haciendo que su descendencia fuera abundante como la arena de la orilla del mar;

3) demostrar que la monogamia es simplemente una "excepción histórica";

4) para reformar el mundo moral y social, en contraposición a la monogamia, que invita a la inmoralidad; y

5) reconocer que los hijos espirituales de Dios esperan en la vida terrenal tener una "paternidad noble" que les ayude a "entrar en el Reino de Dios".

Por otra parte los mormones entienden que la razón jurídica que obliga al Estado a reconocer la poligamia es la libertad religiosa reconocida en la Constitución.

La Corte Suprema de USA resolvió la cuestión de si la sanción a la poligamia es contraria al derecho a la libertad religiosa en el precedente "Reynolds v. U.S." En este leading case ocho jueces, juzgaron que la condena de la poligamia no era contraria a la libertad religiosa. (11)

Para llegar a esta conclusión, la Corte distinguió entre creencias y acciones, sosteniendo que el gobierno puede aprobar leyes que restringen las acciones religiosas, pero no las creencias. Así por ejemplo, una persona puede creer que las viudas deben quemarse en la pira funeraria de su marido, y "la ley no le puede impedir" tal "creencia", pero la ley sí puede impedir la práctica de la quema de las viudas en la pira funeraria de su esposo".

Según la doctrina del precedente Reynolds, la ley no puede impedir la creencia en la poligamia, pero la ley sí puede impedir la práctica de la poligamia, por su inmoralidad.

Cabe aclarar que hasta el presente, ni la decisión de la Corte Suprema de USA, ni las condenas a los polígamos han impedido totalmente que se practique la poligamia en las comunidades mormonas.

Lo que ha ocurrido es que los mormones se han aislado en pequeños poblados alejados de los centros urbanos donde siguen practicando la poligamia en forma secreta, obligando a las mujeres a casarse antes de la edad legal y restringiéndoles todo acceso a la información, a la educación y al dinero.

Algunos autores sostienen que ni las resoluciones judiciales, ni la legislación han logrado prevenir los delitos contra mujeres y niños en comunidades de poligamia y, en algunos casos, han solo conducido a que las prácticas sean más secretas. (12) creando situaciones en las que las autoridades son incapaces de investigar y hacer cumplir las leyes penales contra la poligamia, porque al ser cometidas en forma aislada y secreta se dificultan los medios de prueba.

Cabe tener en cuenta que las sectas donde se practica la poligamia exigen estricta observancia de las normas y valores de la comunidad, y a las mujeres se les enseña que si ellos desafían al Profeta, "perderán [su] oportunidad en la vida eterna". Ello trae como resultado que para obedecer al profeta y obtener la vida eterna, las mujeres no tengan ninguna autonomía sexual; estén expuestas al abuso sexual, físico y verbal; tengan acceso limitado a la educación y oportunidades; sean incapaces de ganar o mantener independencia financiera; y

demasiado a menudo, vivan en la pobreza.

Quizás el problema más grave en comunidades poliginias es el matrimonio de menores de edad con hombres mucho mayores que ellas, que ya tienen múltiples esposas. Esta situación no solo es violatoria de la libertad sexual de las niñas y adolescentes sino que origina embarazos de riesgo para ellas. Por otra parte, dado el secreto de estas comunidades y la falta de registro de estos matrimonios es difícil de realizar estadísticas de cuántos existen en la actualidad.

Otro problema muy riesgoso en las comunidades poliginias es el uso de castigos corporales, violencia doméstica y abuso religioso, verbal y emocional en las mujeres y niños, quienes se encuentran dominadas por el hombre.

Por otra parte, como las mujeres y los niños son vistos como propiedad de la iglesia, tienen riesgo de ser reasignados, ya que si un discípulo masculino desobedece al Profeta, sus esposas y los niños pueden ser dados a otra familia.

Además cuando las mujeres consiguen escapar de las comunidades y familias fundamentalistas, muchas veces no obtienen pensión alimenticia, porque sus matrimonios no son legalmente reconocidos y les es muy difícil mantener a sus muchos hijos.

Cabe tener en cuenta que un estudio de familias poliginias reveló que 78.3 por ciento de las esposas tuvo cuatro o más hijos, 43.3 por ciento tenía siete o más hijos y 18.3 por ciento tenía once o más hijos. (13)

Las mujeres que viven aisladas en esas comunidades generalmente no saben cómo conducir automotores ni tienen acceso a vehículos, ello les hace muy difícil que huyan porque las comunidades se encuentran geográficamente aisladas. Por ejemplo, la comunidad de Hildale, en Colorado USA, se encuentra a 12 km del pueblo más cercano y a 45 km de una ciudad con al menos 50.000 personas. (14)

Las mujeres en estas comunidades también tienen un limitado acceso a la educación y las oportunidades de empleo. Generalmente no pueden trabajar fuera del hogar porque no están preparadas ni siquiera para desenvolverse en el servicio doméstico y como no se les permite el control de la natalidad, tienen múltiples hijos.

Para los mormones las responsabilidades primordiales de la mujer es servir a su marido, admitir la convivencia con otras esposas, concebir muchos niños y criar a los hijos para convertirse en miembros obedientes de la religión.

### **5. Algunos fundamentos de la poligamia**

Los apologistas de la poligamia desarrollan diversos argumentos para su justificación. Entre ellos se mencionan los siguientes: que una sola esposa no puede cumplir con sus deberes conyugales (debido a la menstruación y al embarazo, por ejemplo); que puesto que el período de fecundidad de una mujer es más corto que el del hombre, con la monogamia se le estaría privando a éste de su capacidad de procrear, e incluso se alegan razones de tipo humanitario, ya que la poligamia favorece que el hombre no repudie a la mujer anciana, enferma, estéril, etcétera. (15)

Los sostenedores de la poligamia musulmana han llegado a mantener que los no musulmanes también practican la poligamia, con la diferencia de que se trata de una poligamia ilegal y no generadora de obligaciones, aunque sí de hijos naturales, los cuales no pueden ser reconocidos en el Islam.

También se ha dicho que al ser el número de mujeres en la sociedad superior al de los hombres, de eliminarse el principio de la poligamia, cientos de miles de mujeres no encontrarían marido por ellas mismas, y de este modo no tendrían un puesto honorable en la sociedad.

Por otro lado se sostiene que la monogamia como un principio absoluto puede parecer grato a algunos, pero los acontecimientos muestran que no es totalmente practicable en el mundo actual.

La elección, para sus sostenedores, no es entre monogamia y poligamia, sino más bien entre la poligamia legítima del Islam y la poligamia ilícita de los pueblos no musulmanes. Este último sistema deja que las mujeres sobrantes lleven vidas de anarquía sexual y destrucción social. El primero, sin embargo, les permite optar por su propia voluntad a un matrimonio con alguien que pueda dar trato justo a más de una mujer.

Por otra parte la poligamia puede ser defendida desde el derecho a la libertad religiosa, porque su organización y aceptación es predominantemente religiosa, ya sea con bases en la religión musulmana o con base en la religión mormona.

Se ha señalado que sería conveniente cambiar la doctrina o holding del precedente de "USA vs Reynolds" donde como ya lo hemos señalado, se sostuvo que la libertad religiosa permite la libertad de creencia pero no la libertad de acciones. En este sentido se ha sostenido que la poligamia podría ser entendida como un derecho, en lugar de una acción y por lo tanto legitimada.

Los sostenedores de la legitimación de la poligamia entienden que lo que hay que condenar son los abusos que se producen como consecuencia de la poligamia, pero no la poligamia en sí, que está incluida en la libertad religiosa. Así se sostiene que hay que condenar y perseguir los casamientos infantiles, los abusos contra las

mujeres y los niños, y toda forma de violencia contra la mujer pero no la poligamia libremente aceptada.

En este sentido se afirma que legalizar la poligamia podría facilitar las pruebas para perseguir y condenar los abusos contra las mujeres al permitir que las comunidades poligámicas se incluyan en la sociedad. (16)

## **6. Fundamentos del rechazo de la Poligamia**

El principal fundamento para rechazar la poligamia es el derecho a la igualdad, que en la relación jurídico-matrimonial se traduce en la idea de que sólo en el matrimonio monógamo se da una relación de valores iguales y equivalencia de bienes.

La posibilidad de compartir simultáneamente el vínculo matrimonial con varias mujeres implica una necesaria situación de desigualdad ya que cuando un varón comparte simultáneamente varias esposas se produce una situación en que cada esposa se entrega plenamente al marido, al tiempo que éste se entrega solo parcialmente a cada una de ellas. (17)

En cuanto a la libertad religiosa cabe sostener que el rechazo al matrimonio poligámico no encierra un desconocimiento a la libertad religiosa, ni una limitación porque el ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad Religiosa y de Culto tiene como límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática. (18)

Por ello cabe manifestar que mientras la libertad para creer es absoluta, la libertad para practicar las propias creencias religiosas admite límites, y al atentar contra el orden público, por vulnerar el derecho a la igualdad de las mujeres, la poligamia no forma parte del contenido del derecho a la libertad religiosa.

## **7. Conclusión**

Desde un punto de vista de justicia, en los países occidentales se debe propugnar el rechazo a la poligamia y su no aceptación por el Estado como una forma legítima de organización familiar, porque vulnera el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres,

Pero esta respuesta no basta para solucionar los problemas que los matrimonios poligámicos contraídos válidamente en países musulmanes plantea a los países de acogida.

Por la globalización, en muchas sociedades occidentales habitan polígamos que se han casado con múltiples mujeres al amparo de la religión musulmana y que plantean situaciones que deben ser solucionadas por ordenamientos jurídicos donde en principio el matrimonio poligámico es contrario a su orden público local, como son las cuestiones relativas al reagrupamiento familiar y a las vinculadas con la seguridad social como pensiones e indemnización por muerte. Se trata de casos en los que deben primar las normas de Derecho Internacional Privado y los principios de equidad.

(1) Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad.

(2) Artículo 231. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

(3) Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

(4) Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

(5) Los países ordenados según la fecha en que aceptaron el matrimonio entre personas de igual sexo son: Holanda (2000) Bélgica (2002) España (2005) Canadá (2005) Sudáfrica (2005) Noruega (2008) Suecia (2009) Portugal (2010) Islandia (2010) Argentina (2010) Dinamarca (2012) Uruguay (2013) Nueva Zelanda (2013) Francia (2013) Inglaterra (2015).

(6) Decisión sobre la admisibilidad 19628/92, R.B. c/. Reino Unido, 29 de junio de 1992, según la cual, los Estados no están obligados por el CEDH a reconocer plenamente los matrimonios poligámicos que son contrarios a su propio orden jurídico QUIRÓS FONTS, A., La reagrupación familiar en España: régimen aplicable y propuestas, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2006, pp. 178 y ss., JUÁREZ PÉREZ, Pilar Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso? Spanish Jurisdiction and Islamic Polygamy: A forced marriage?

(7) El mapa político-religioso del Islam vendría constituido por los siguientes países: península arábiga (Arabia Saudí, Yemen del Norte y del Sur y Estados del Golfo), Emiratos Árabes Unidos, países árabes del norte (Egipto, Siria, Líbano, Palestina, Jordania e Irak), Turquía y los Balcanes (Turquía, Albania, ex Yugoslavia y Bulgaria), Irán, Magreb norteafricano (Marruecos, Argelia, Libia, Mauritania y Túnez), África central (Sudán, Mali, Chad, Níger, Senegal, Gambia y Guinea), Oriente musulmán (Pakistán, Cachemira, Afganistán, Bangladesh, Malasia, Indonesia y Brunei).

(8) Most Islamic nations permit polygyny, but as explained above, its practice may be restricted by requiring a man to obtain permission to take an additional wife. For example, in Syria and Iraq, a man must obtain the consent of a judge; whilst in Pakistan written permission from the arbitration council is required (Jawad, 1998, p. 46). In some cases e.g. in Bangladesh and Pakistan, the individual in question has to prove that taking an additional wife is 'just and necessary' (WLUML, 2006, p. 200). This requirement is not as onerous as it sounds and is often satisfied by informing the court that the first wife has not produced a male child. The second purpose of the consent process is to ensure that the man in question is in a position to provide financial support for an additional spouse and is able to treat all wives equally as the law of Islam requires. As a result of this, the incidence of polygyny in Islamic nations is relatively low in comparison with certain African countries (Stone, 2005, p. 192). The civil law in some jurisdictions (e.g. Egypt) requires a man to obtain the permission of his current wife if he wishes to take a second spouse (Jawad, 1998, p. 46), but it is doubtful whether this formality will enable a woman to prevent her husband from taking another wife, as she may feel compelled to consent or may be divorced if she refuses to do so. WLUML point out that Muslim men may claim that the right to take an additional wife is a religious prerogative and consequently, women who refuse to consent are 'socially condemned as violators of divine law' (2006, p. 199). It will thus be very difficult for Muslim women to withhold consent. Similarly, a woman may be entitled to include a provision in the marriage contract that stipulates that the marriage must be monogamous (See for example, Morocco).

(9) Aprobado el 13 de agosto de 1956, Código suprimió instituciones discriminatorias para la mujer como la poligamia y el repudio, basándose para ello en el principio de *ijtihad*, que propugna una reinterpretación progresista de los textos sagrados.

(10) La autorización judicial constituye una condición del validez del matrimonio (art. 41.4º) y será denegada si el juez estima que su celebración puede provocar un tratamiento injusto entre las esposas (art. 31.4º). P. DIAGO subraya la relevancia de este requisito, señalando que las reformas en el ordenamiento marroquí han otorgado a la poligamia un "carácter cualificado y excepcional, sometida a control judicial ("La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado", Revista Española de Derecho Internacional, núm. LVI, (2) 2004, pp. 1078-1083.

(11) 98 U.S. 145, 164 (1878).

(12) EMILY J. DUNCAN\* The positive effects of legalizing polygamy: "love is a many splendored thing" DUKE JOURNAL OF GENDER LAW and POLICY Volume 15:315 2008 "Yet while these isolated court cases, federal actions, and legislation bring some occasional media attention to polygyny and the crimes that can stem from the practice, such actions have done little to prevent crimes against women and children in polygynous communities, and, in some cases, have only driven the practitioners further underground."

(13) DUNCAN, Emily J., The positive effects of legalizing polygamy: "love is a many splendored thing" Duke Journal Of Gender Law and POLICY Volume 15:315 2008.

(14) DUNCAN, Emily J., The positive effects of legalizing polygamy: "love is a many splendored thing" Duke Journal of Gender Law and Policy Volume 15:315 2008.

(15) LEMA TOMÉ, Margarita, Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España Universidad Complutense de Madrid, Migraciones Internacionales, VOL. 2, núm. 2, julio-diciembre de 2003.

(16) VASQUEZ, Richard A., The Practice of Polygamy: Legitimate Free Exercise of Religion or Legitimate Public Menace? Revisiting Reynolds in Light of Modern Constitutional Jurisprudence, 5 N.Y.U. J. LEGIS. and PUB. POL'Y 225, 240-42 (2001). DUNCAN, Emily J., The positive effects of legalizing polygamy: "love is a many splendored thing" Duke Journal Of Gender Law and Policy Volume 15:315 2008.

(17) IXZQUIEDO TOLSADA, Mariano - CUENA CASAS, Matilde, "Tratado de Derecho de Familia" Volumen I Ed. Thomson Reuters, Madrid 201, p. 767.

(18) JUÁREZ PÉREZ, Pilar, "Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?" REVISTA Electrónica de estudios internacionales (2012) www.reei.org.



**Voces:** VIOLENCIA ~ VIOLENCIA FAMILIAR ~ POLICIA ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ RESPONSABILIDAD PENAL ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ~ INDEMNIZACION ~ PROTECCION DE LA FAMILIA ~ PROVINCIA ~ PROVINCIA DE SALTA ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ HOMICIDIO ~ LESIONES ~ VICTIMA ~ DERECHOS DE LA VICTIMA ~ ACCION PENAL ~ CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER ~ FUERO DE FAMILIA ~ MENOR ~ PROTECCION DEL MENOR ~ FUNCIONARIO PUBLICO ~ DELITO ~ RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PUBLICO ~ VIOLACION DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PUBLICO ~ INHABILITACION PARA EL DESEMPEÑO DE LA FUNCION PUBLICA

**Título:** Responsabilidad del Estado por omisión

**Autor:** Medina, Graciela

**Publicado en:** DFyP 2013 (noviembre), 01/11/2013, 43

**Fallo comentado:** [Corte de Justicia de la Provincia de Salta ~ 2012-10-16 ~ M., J. A. s/rec. de casación s/ recurso de casación](#)

**Cita Online:** AR/DOC/3475/2013

**Sumario:** 1. Los hechos. — 2. La sentencia de primera instancia del Juzgado en lo Correccional y de Garantías Octava Nominación. — 3. La sentencia de la Corte de Salta. — 4. La responsabilidad del Estado por omisión. — 5. Implicancias de la omisión del Estado salteño en su respuesta a la violencia. — 6. La obligación de garantizar los derechos de las víctimas de Violencia familiar. — 7. Las obligaciones del Estado de Salta de acuerdo a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. — 8. Conclusión.

El Estado no garantizó el acceso a justicia a las víctimas de violencia familiar porque al no dar un trámite eficaz a la denuncia no aseguró ni la prevención, ni la investigación de los hechos permitiendo que ésta se agravara hasta llegar a la muerte de tres de las víctimas

#### **1. Los hechos(1)**

Roxana y sus hijos menores, José Nahuel y Rocío Noelia fueron asesinados por su padre luego de varios hechos de violencia familiar. En el evento sobrevivió una de las hijas Vanina quien también sufrió la agresión del padre y recibió severas heridas en su estómago y extremidades, pero a diferencia de su madre y de sus hermanos salvo su vida porque el progenitor la consideró muerta. (2)

La sobreviviente inició una acción por responsabilidad por daños y perjuicios contra Martínez, un miembro del personal policial de la Provincia de Salta y contra el Estado de la Provincia de Salta, fundada en la omisión estatal de hacer respetar la ley de violencia doméstica ya que en el caso se había dictado solo una orden judicial de extracción de fotocopias que no fue oportunamente cumplimentada por personal policial. Reclamó \$1.200.000 un millón doscientos mil pesos en concepto de daños.

El 10/06/2004, Roxana Alderete radica la primera denuncia exaltando la violencia de Yapura de la que era víctima ella y sus hijos.

El 11/06/2004, su amiga Mery Choque Quispe pone en conocimiento de la autoridad policial el mismo hecho de violencia cometido por Yapura hacia Alderete, de los cuales fue testigo y a su vez denuncia hechos de los cuales la misma Sra. Choque fue víctima.

Pasaron casi dos meses sin que se tomara ninguna medida ni se diera intervención al juez de familia, recién el 4 de Agosto de 2004 el juez resuelve que "Pudiendo los hechos denunciados constituir actos de violencia familiar, proceda la preventora a extraer fotocopias de las presentes actuaciones y remitirlas inmediatamente al Defensor de menores e incapaces a los efectos que inicie la presentación que correspondiere por ante el Juzgado de Primera instancia en lo Civil de Personas y Familia (conf. Ley N° 7202/02)".

El 28 de agosto del 2004 sin que se hubieran sacado las fotocopias y sin que el Estado hubiera adoptado ninguna medida de protección el Sr. Yapura mató a dos de sus hijos y a su esposa.

El policía demandado -Martínez- estaba a cargo de la tramitación del Sumario Penal por s/Lesiones y Amenazas, planteado por Roxana Alderete y seguida en c/ José Yapura por la violencia doméstica que el padre sometía a su mujer y a sus hijos, cuando el juez le ordena sacar fotocopias y remitirlo al defensor de menores para que éste inicie la presentación ante el juez de familia.

Al defenderse el Policía Martínez señala que en la Sub-Comisaría de Campo Castañares, Provincia de Salta donde se tramitaba la causa sólo había un oficial por turno (tercios de ocho horas), no contaban con fotocopidora en la dependencia, el trámite para la extracción de copias consistía en llevar las actuaciones a Jefatura de Policía, en donde había una fotocopidora para todo el distrito, por lo que le anotaban en un cuaderno y le asignaban un turno para su extracción y el personal policial no conocía la ley de Violencia Familiar ya que no habían recibido instrucción alguna respecto a la mencionada ley ni por parte del jefe, ni por parte de la escuela de policía, ni por parte de la justicia.

Martínez dejó pendiente el cumplimiento de la orden de extraer fotocopias de la denuncia de violencia, porque según él no podía económicamente afrontarlas. Y al suspender la extracción de fotocopia se suspendió todo accionar tendiente a proteger a las víctimas, y finalmente el padre llega al hecho máximo de violencia y asesina brutalmente a dos de sus hijos y a su esposa, hiriendo gravemente a otra.

La sobreviviente demanda al Estado de Salta y al policía para que le indemnicen los gravísimos daños a los que la inactividad estatal lógicamente contribuyó

## **2. La sentencia de primera instancia(3)del Juzgado en lo Correccional y de Garantías Octava Nominación**

El 3 de Noviembre del 2011 el Juez de grado desincrimina penalmente al policía en orden al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público y condena al Estado de Salta a indemnizar a Vanina Emilse Yapura en la suma de \$1.050.000 más los intereses en concepto de daño material y moral, en virtud de la omisión del deber de cumplir las medidas que prevé la ley de violencia familiar, lo que significó una condición idónea para que se produjera el homicidio de su madre, Rosana Alderete, y sus dos hermanos, José Nahuel y Rocío Noelia, a manos de su padre.

La juez del Juzgado en lo Correccional consideró improcedente condenar a un policía en orden al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, por haber omitido dar cumplimiento a una orden judicial de exclusión del hogar respecto de quien, posteriormente, atacó y asesinó a parte de su familia en tanto no pudo acreditarse que tuviera pleno conocimiento y voluntariedad respecto del retardo de la conducta debida, por ello consideró que debía aplicarse el beneficio de la duda y el principio de inocencia.

## **3. La sentencia de la Corte de Salta**

La Corte de Salta revocó la sentencia en orden a la responsabilidad penal del policía y disminuyó el monto de la indemnización, señalando que si bien a la época del evento dañoso la policía de Salta no estaba especialmente formada en Violencia Doméstica, conocía la ley y sabía que debía darle prioridad, por ello modificó la sentencia recurrida, y condenó al policía Martínez como autor penalmente responsable del delito de incumplimiento a los deberes de funcionario público, previsto y reprimido por el art. 249 del Código Penal, (4) imponiéndole la pena de cinco mil pesos de multa (\$ 5.000) e inhabilitación especial de un año para desempeñarse en funciones propias de la policía de seguridad o prevención.

Por otra parte el Superior Tribunal Salteño disminuyó el monto de la indemnización porque entendió que no puede soslayarse la circunstancia de que el propósito criminal de Alberto Yapura igualmente se podría haber consumado -lo que a la sazón aconteció casi inmediatamente después de formulada la segunda denuncia- aun en el caso de que se hubieran puesto en práctica las medidas legales pertinentes. Por tal razón, los ministros del Superior Tribunal fijaron un monto de condena menor porque consideraron que la indemnización debe determinarse prudencialmente sobre la base de que la omisión estatal podría, a lo sumo, calificarse como una "condición" del lamentable episodio ocurrido y en manera alguna como causa de su producción

## **4. La responsabilidad del Estado por omisión**

La cuestión fundamental es determinar si el Estado tiene, o no tiene, el deber jurídico de no dañar, y si el orden jurídico prevé sanciones para el supuesto que una niña sufra un daño por la omisión estatal de hacer cumplir en debida forma la ley de violencia doméstica; señalamos al respecto que nuestro más Alto Tribunal ha sostenido que el principio "alterum non laedere" posee raíz constitucional y es aplicable al Estado. (5) En cuanto a la posible responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía, en el ámbito jurisprudencial, en nuestro país, desde el "caso Devoto", que marca un hito en la responsabilidad extracontractual del Estado, el desarrollo del tema ha sido incesante. (6)

En esta materia suele recalcarse que para que una conducta omisiva genere responsabilidad, esa omisión debe estar ligada al resultado final dañoso, de modo tal que la abstención pueda ser considerada como factor eficiente de la consumación operada.

La doctrina discute (7) si al Estado le es aplicable el Art. 1074 del CC ya sea que esté incumpliendo una norma legal expresa o implícita. En el tema Cassagne entiende que debe tratarse de una obligación concreta a la cual el Estado puede ser compelido (8) mientras que Barraza admite que pueda ser genérica quedando su concretización y delimitación al prudente criterio judicial. (9)

La cuestión en el caso no es relevante porque la omisión concierne a un mandato expreso y determinado en una regla de derecho, establecido en las disposiciones de la ley de violencia familiar, cuya finalidad por lo demás es de orden público.

Ahora bien la normativa de violencia familiar estructura un sistema de actuación interrelacionada de diversos órganos, que también integran el Estado Provincial.

En el caso la Corte de Salta considera que el juez de instrucción, adoptó las medidas de tramite legales acordes a las circunstancias -al disponer la remisión urgente de copias al Asesor de Menores y la vista fiscal-, pero al igual que el Ministerio Público no pudo hacer operativas sus facultades por la conducta omisiva de la policía quien no extrajo las fotocopias.

Por nuestra parte consideramos que la actuación de los poderes públicos salteños no fue acorde a las circunstancias del caso de acuerdo al relato de los hechos realizados en la sentencia y valorando especialmente las muertes que se produjeron, estimamos que el Estado es responsable por los daños causados y que debe responder en la medida que su omisión contribuyó a causarlos.

En este sentido destacamos la

4.1. Inactividad estatal durante 2 meses y medios frente a una denuncia por violencia doméstica que contribuyó a causar la muerte de dos niños y su madre.

En el mes de junio la madre denunció la violencia, producida por amenazas y lesiones de su marido contra ella y sus hijos. El día posterior una testigo corroboró la situación y denuncia además que Yapura había actuado violentamente contra la testigo.

Después de dos meses y medios de que el Estado es puesto en conocimiento que dos mujeres y tres niños eran lesionados y sufrían amenazas no se toma ninguna medida conducente o idónea. Recién a los dos meses (en el mes de agosto) se ordenó que se sacaran fotocopias y que se enviara a un defensor para que este presentara la denuncia ante otro juez.

Es decir que tras dos meses de inactividad se adopta una medida inconducente que además no se cumple.

Tal desidia contribuye a causar la muerte de dos de los tres hijos y de su madre.

Evidentemente esta tragedia pudo ser evitada si se hubiese adoptado alguna medida idónea que impidiera el contacto del agresor con las víctimas que habían acudido a la justicia para denunciar una situación que no se valorizó en su real medida.

4.2. La falta de fotocopidora o el tedio de tener que hacer cola para sacar fotocopias, no son excusas que puedan ser atendidas para justificar el retardo en la toma de decisiones en violencia doméstica cuando estas producen la muerte de las víctimas.

Ninguna duda cabe que la inactividad estatal favoreció a que se produjera la violencia. Dicho de otro modo si hubiera existido un mínimo de receptividad en la denuncia de lesiones y amenazas se podría haber adoptado medidas que preservaran la seguridad de la madre y de sus hijos y evitaran sus inútiles muertes.

Nada se hizo ante la denuncia de gravísimos hechos; salvo ordenar sacar fotocopias, lo que como ya lo he señalado no es un acto idóneo para impedir la violencia.

Pero lo que es peor, las fotocopias no se sacaron y se aduce como eximente que no había fotocopidora en la seccional y que ir a la central de policía a sacar fotocopias era un acto tedioso y burocrático.

Realmente ni el tedio de un agente, ni la burocracia para obtener copias justifican la inacción del aparato estatal ante la denuncia de violencia contra niños y mujeres que terminan en la muerte de los pequeños y de su progenitora.

Adviértase que el fallecimiento a consecuencia de la violencia se produjo antes de que el policía se dignara a sacar fotocopias o de que el juez ordenara la toma de medidas de protección.

Nótese que un magistrado ya estaba en conocimiento del hecho, que la denunciante contaba con una testigo que había también denunciado las actitudes violentas y agregadas otras de que ella había sido víctima y que no obstante el fehaciente conocimiento que adquiere el magistrado, ninguna medida precautoria se obtuvo del Estado obligado a actuar.

## **5. Implicancias de la omisión del Estado salteño en su respuesta a la violencia**

La omisión y negligencia del Estado salteño por la demora del sistema judicial en responder a la denuncia por abuso de los derechos humanos significó, además de la negación del acceso a justicia a las víctimas, quienes murieron sin tener ninguna respuesta judicial a la gravísima denuncia que realizaron, una perpetuación y tolerancia del Estado y sus agentes con respecto a la violencia doméstica contra las mujeres y los niños que contribuye a que ella en lugar de disminuir se generalice.

## **6. La obligación de garantizar los derechos de las víctimas de Violencia familiar**

Cabe recordar que la Corte de San José de Costa Rica ha dicho que "los Estados Partes tienen la obligación de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. (10)

En el caso el Estado no garantizó el acceso a la justicia de las víctimas de violencia familiar porque no dio un trámite eficaz a la denuncia que asegurara ni la prevención, ni la investigación de los hechos de violencia doméstica permitiendo que esta se agravara hasta llegar a la muerte de tres de las víctimas.

## **7. Las obligaciones del Estado de Salta de acuerdo a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**

Dice el artículo 7° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer:

Deberes de los Estados

Artículo 7°

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

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

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la Mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

### **8. Conclusión**

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

(1) Juzgado Correccional y de Garantías de 8ª Nominación de Salta. M.J.A., 03/11/2011, DFyP, 2012 (abril), 63 con nota de GARRIDO CORDOBERA, Lidia. Cita online: AR/JUR/66620/2011

(2) El caso fue comentado por SCHNEIDER, Mariel V., Responsabilidad del Estado derivada de su incumplimiento al deber de protección de las víctimas de violencia familiar Publicado en: DFyP 2012 (junio), 49.

(3) Salta, 3 de noviembre de 2011. Este Expte. N° COR - 86660 / 10, caratulada "Martínez, José Abraham por Incumpl. de los Deberes Procesales en Perjuicio de Alderete, Rosana Isabel".

(4) Artículo 249. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993).

(5) ALTERINI, Atilio Aníbal, Lesión al crédito y responsabilidad del Estado, p. 77, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

(6) "Devoto c. Gob. Nacional", Fallos: 169:111. Se puede consultar nota crítica de BIELSA, Rafael, en J.A., t. 43, p. 416

(7) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M., La responsabilidad del Estado por omisión, en Responsabilidad

del Estado, 2010, Rubinzal Culzoni.

(8) CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, p. 300 y ss.

(9) BARRASA, Javier, Responsabilidad extracontractual del Estado, cap. VI p. 121 y ss., La Ley.

(10) Corte IDH, Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Párr. 175.

**Voces:** DELITO ~ DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL ~ ABUSO SEXUAL ~ ACCESO CARNAL ~ BANCO DE DATOS ~ REGISTROS PUBLICOS ~ AUTOR DEL DAÑO ~ AUTORIA PENAL ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ INVESTIGACION DEL DELITO ~ VICTIMA ~ LEY ~ DERECHO COMPARADO ~ DERECHO A LA VIDA ~ DERECHO A LA JURISDICCION ~ DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA ~ DERECHO A LA INTEGRIDAD MORAL ~ DERECHOS HUMANOS ~ POLITICA CRIMINAL

**Título:** Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados con delitos contra la integridad sexual

**Autores:** Medina, Graciela Yuba, Gabriela

**Publicado en:** DFyP 2013 (septiembre), 04/09/2013, 175 - LA LEY 22/10/2013, 22/10/2013, 1 - LA LEY2013-E, 1173 - LA LEY22/10/2013, 1

**Cita Online:** AR/DOC/3097/2013

**Sumario:** I. Introducción. II. Antecedentes. III. Sobre la Ley Nacional de RDG vinculados a delitos contra la integridad sexual. IV. Palabras finales.

**Abstract:** "Para que el acceso a la protección judicial y que el acceso a los recursos judiciales sea idóneo, oportuno y efectivo, libre de toda discriminación, se requiere del Estado una acción concreta y activa en su rol de garante de los derechos humanos, a fin de que la justicia cumpla con su objetivo de alteridad, búsqueda de la verdad y reproche de conductas delictivas. La creación del Registro Nacional de Datos Genéticos, constituye entonces, una acción concreta orientada hacia estos fines, con la finalidad de identificar a los responsables de hechos vinculados a delitos contra la integridad sexual."

### **I. Introducción**

El miércoles 3 de julio de 2013 la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación aprobó por amplia mayoría (211 votos afirmativos y uno negativo), la ley que crea el Registro Nacional de Datos Genéticos vinculado a Delitos contra la integridad sexual. (1)

Constituye este Registro, una herramienta fundamental para la Justicia, a fin de poder esclarecer hechos vinculados a delitos contra la integridad sexual (2), brindando a la sociedad en general, los medios para garantizar y promover el derecho a la vida, integridad personal, acceso a la justicia, entre otros.

Por otro lado, constituye una acción concreta de ayuda a las víctimas de estos delitos (3), ubicando al Estado en su rol de garante de los derechos humanos de una manera concreta y activa. Cabe señalar, que los tratados internacionales de derechos humanos, junto con otros instrumentos tales como las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", "Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos"; y "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos" (4)(5) conforman la plataforma normativa básica para que el Estado en su rol de garante de los derechos reconocidos en dichas convenciones y tratados, asuma plenamente la función indelegable que le cabe, como así también disponga de lo necesario para que la protección, reconocimiento, promoción y defensa de los derechos humanos (y fundamentalmente de las personas vulnerables (6)) no se tornen ilusorios y sean meras declaraciones.

Cabe señalar, que conforme las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" se considera víctima "... toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa...". (7)

Se considera también en condición de vulnerabilidad, "... aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización...". Se destaca, que la vulnerabilidad, puede provenir de las propias características personales o de las circunstancias de la infracción penal, destacándose las víctimas de los delitos sexuales. (8)

La violencia sexual, constituye un flagelo cuyas víctimas, deben enfrentar no solamente la violencia física, sino muchas veces, institucional, motivada por dificultades que obstaculizan o impiden el acceso a la Justicia y a una solución rápida y adecuada para la protección y realización de sus derechos. (9)

Estando comprometidos derechos humanos fundamentales, tales como el derecho a la vida e integridad personal, igualdad, no discriminación, derecho a la honra y dignidad, acceso a la justicia, la creación del Registro constituye un avance en cuanto a la investigación en hechos vinculados a delitos contra la integridad sexual, brindando a las víctimas de esos delitos un medio para la protección y realización de los derechos humanos que han sido vulnerados.

Cabe mencionar, que según establece el Protocolo para la Atención de Personas Víctimas de Violaciones Sexuales (del Ministerio de Salud de la Nación, diciembre 2011), "... las violaciones sexuales abarcan una multiplicidad de modalidades. Son prácticas impuestas a través de la fuerza física o del uso de armas u otras

formas de intimidación (amenazas, chantaje emocional, abuso de poder o de confianza) o el aprovechamiento de situaciones en la cuales la persona no ha podido consentir libremente. Pueden ocurrir en el ámbito doméstico o público; el o los agresores pueden ser familiares, allegados o extraños. La violencia sexual incluye las violaciones, el abuso sexual, el acoso sexual, etc. Y en la gran mayoría, las víctimas son mujeres, siendo la violación una de las formas de violencia de género más extendidas e invisibilizadas...". (10)(11)

Los delitos contra la integridad sexual constituyen un grave problema con múltiples aristas, que plantean desafíos teóricos y prácticos tanto a las instituciones de salud, a la sociedad toda, como en el ámbito judicial. (12)

Dada la complejidad que presenta la situación de la violación sexual, se requieren políticas y estrategias integrales y la complementariedad de diferentes sectores que tengan competencia y responsabilidad. (13)

En cuanto al sistema de salud, por su rol esencial en el abordaje de las víctimas, se ha elaborado un Protocolo que sirve de guía para evitar revictimizaciones en las intervenciones (reiteración de interrogatorios, revisiones médicas forenses, distintas interpretaciones en ámbitos judiciales, policiales, etc.) (14), señalándose también que el rol estratégico del sistema de salud deriva de la constatación de que las consecuencias más frecuentes en las violaciones son los daños a la integridad física, a la integridad psíquica, sexual y reproductiva. (15)

"... La violación es un ataque al cuerpo, a la sexualidad, a la persona en su integridad, dignidad y libertad. Su atención inmediata y reparación es responsabilidad pública...". (16)

Ahora bien, desde el ámbito jurídico, debemos recordar, que a partir de la reforma del año 1994 de nuestra Constitución Nacional, con la incorporación de los tratados internacionales de Derechos Humanos, se impone en el diseño y ejecución de políticas públicas, un enfoque desde los derechos humanos.

Así, se ha dicho que "... el enfoque de derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas...". (17)

De modo que, los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos de exigibilidad y cumplimiento (Abramovich). (18)

En el ámbito internacional, regional como local, el tratamiento de cuestiones sobre la violencia (y especialmente de la violencia hacia las mujeres) (19)(20)(21) ha pasado a ocupar un lugar en la agenda política de los Estados, los que en ejercicio del carácter de garantes de los derechos reconocidos en las Convenciones que ratificaron, generan medidas de acción positivas (22) en pos de la protección y promoción de los derechos humanos.

En este aspecto, la doctrina distingue cuatro niveles de las obligaciones de los Estados respecto de los derechos humanos: la obligación de respetar (se refiere al deber del Estado de no obstaculizar o impedir el acceso, el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho); la obligación de proteger (relacionado con el deber de impedir que terceros interfieran, obstaculicen el acceso a esos derechos); la obligación de asegurar (implica asegurar que el titular del derecho acceda al bien) y la obligación de promover el derecho en cuestión (se refiere al deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien). (23)

Somos protagonistas de la evolución y del impacto que en dichos ámbitos, tiene el tema de los derechos de la mujer y la lucha contra la violencia de género, a partir del dictado de numerosas convenciones internacionales donde, además del reconocimiento de derechos humanos fundamentales para mujeres y niñas, la creación de Tribunales y Comités de seguimiento y contralor del cumplimiento de las convenciones dictadas, permite un monitoreo regional e internacional, a fin de elaborar recomendaciones que servirán de pautas para fijar las políticas públicas acordes con la realidad y lograr la efectiva vigencia del goce y ejercicio de los derechos reconocidos a esta franja vulnerable de la sociedad. Cabe señalar en este punto, que las decisiones y observaciones de los Comités encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados, sirven como pautas interpretativas. (24)

Por otra parte, resulta importante señalar, en cuanto al acceso a la justicia, según el informe de "Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud (25)", que en algunos ámbitos las mujeres víctimas de violencia sexual no tienen un acceso real, efectivo, oportuno a los recursos judiciales, lo que promueve la repetición de estos aberrantes hechos.

Las dificultades en la investigación de los hechos, en la identificación de los autores del delito, hechos vinculados a delitos contra la integridad sexual que quedan impunes, obstaculizan en definitiva, la realización de derechos fundamentales de las víctimas y de la sociedad en su conjunto.

En consecuencia: para que el acceso a la protección judicial y que el acceso a los recursos judiciales sea idóneo, oportuno y efectivo, libre de toda discriminación, se requiere del Estado una acción concreta y activa en su rol de garante de los derechos humanos, a fin de que la justicia cumpla con su objetivo de alteridad, búsqueda

de la verdad y reproche de conductas delictivas.

La creación del Registro Nacional de Datos Genéticos, constituye entonces, una acción concreta orientada hacia estos fines, con la finalidad de identificar a los responsables de hechos vinculados a delitos contra la integridad sexual.

## II. Antecedentes

Existen distintas experiencias en materia de Registro de datos genéticos, tales como en los EE.UU., Francia, el Reino Unido y Canadá. A continuación, señalaremos aspectos relevantes de cada uno de ellos, como así también, jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional de Francia.

### II.1.- EE.UU.

El proyecto en nuestro país ha tomado como base la "Ley Megan" de EE.UU. Esta ley fue dictada en el año 1996, como consecuencia del homicidio de una niña (Megan Kanka) por un delincuente sexual que había sido condenado en anteriores oportunidades por este tipo de delitos. Por medio de aquella, se establece la divulgación de información relevante para proteger al público de la violencia sexual (26) de manera obligatoria. Esta publicación se realiza generalmente por medio de páginas web, diarios, panfletos u otros medios de difusión.

Según la Ley Megan, la información recogida en virtud de un programa de Registro Estatal puede ser revelada para cualquier propósito permitido por leyes del Estado. La Agencia Estatal y cualquier otra agencia local de Policía estatal autorizada dará a conocer la información relevante si es necesaria para la protección del público, concerniente a una persona específica requerida para registrarse bajo la Sección respectiva (27), excepto que la identidad de la víctima de un delito que requiere registro bajo esa sección no se publique.

Esta ley, modificó una anterior, denominada "Ley Wetterling" (28)(29)(30), que establecía la creación de registros de delincuentes condenados por delitos sexuales violentos o delitos contra la infancia, pero su difusión no era obligatoria.

Bajo el título de "Ley de Asociación de Seguridad pública y policía comunitaria, ley 1994", podemos mencionar los siguientes propósitos de la Ley Wetterling:

- 1) Aumentar el número de aplicación de la ley interactuando directamente con miembros de la comunidad ("policía de ronda");
- 2) Brindar capacitación y eficacia en la ley, para mejorar la solución de los problemas, en la interacción con los miembros de la comunidad;
- 3) Fomentar el desarrollo y aplicación de tecnología que permitan ayudar al Estado y policía local en la prevención de la delincuencia;
- 4) Fomentar el desarrollo de nuevas tecnologías para reorientar el énfasis en las actividades de prevención de la delincuencia.

Según la Ley Wetterling, víctima es toda persona contra la que se ha cometido un delito y "delito de violencia o abuso sexual" es un delito en el que se ha hecho uso o intento o amenaza de uso de fuerza física contra la persona o propiedad del otro.

### II.2- Francia

En Francia fue creado el "Fichier National Automatisé des empreintes génétiques" (FNAEG) (31), es decir, el Registro o Archivo nacional de datos genéticos, a partir de la ley del 18 de junio de 1998, que depende del Ministerio del Interior. Se refiere al registro de huellas genéticas útiles para la resolución de investigaciones criminales, respecto de delitos sexuales, siendo ampliado a otros campos de actuación por posteriores leyes. Su funcionamiento está previsto en el Código de Procedimientos penales.

Sobre la ley nro. 98-468 del 17/6/1998.

A los fines de ilustrar sobre las distintas medidas de política criminal en Francia, cabe mencionar, que la ley nro. 98-468 del 17 de junio de 1998, relativa a la prevención y a la represión de infracciones, delitos sexuales y a la protección de menores (32) dispone en el art. 131-36-1 del Código Penal que, en los casos previstos por la ley, el Tribunal puede ordenar una vigilancia socio-judicial. La vigilancia socio-judicial importa para los condenados, la obligación de presentarse, de someterse, bajo la supervisión de un juez de aplicación de penas y por un período determinado por el tribunal de primera instancia, a las medidas de vigilancia y asistencia para prevenir la recurrencia. La duración de la supervisión socio-judicial no podrá exceder de diez años si es condenado por un delito o veinte años si es declarado culpable de un homicidio.

El tribunal de sentencia también fija el plazo máximo de prisión sufrida por el condenado por incumplimiento de las obligaciones impuestas. Esta pena de prisión no puede ser superior a dos años si es condenado por un delito, y cinco años por un delito grave (homicidio). Las condiciones en las que el juez de ejecución de penas puede ordenar, en todo o en parte, la ejecución de la prisión, son fijadas por el código de procedimiento penal.

El presidente del Tribunal, después de la publicación de la decisión, advierte al condenado de las



obligaciones derivadas como también de las consecuencias que traen aparejadas su inobservancia.

Con relación a las medidas aplicables a la persona condenada a la vigilancia socio-judicial (previstas en el art. 132-44 y en el art. 132-45), también el agresor puede estar sujeto a una o varias de las siguientes obligaciones:

- a) Abstenerse de aparecer en cualquier lugar o categoría de los lugares especialmente designados, así como los lugares en los que se encuentran generalmente menores;
- b) Abstenerse de asistir o tomar contacto con determinadas personas o categorías de personas, incluidos los menores, con la excepción, en su caso, de los designados por el tribunal;
- c) No realizar actividad o trabajo voluntario que implique el contacto regular con menores.

Por otra parte, el art. 706-54 (Título XIX "Del procedimiento aplicable a las infracciones de naturaleza sexual y de la protección de menores víctimas") establece, la creación de un registro, o archivo nacional automatizado, destinado a centralizar las huellas genéticas como los datos de ADN de personas condenadas por delitos previstos en el art. 706-47, a fin de facilitar la identificación e investigación de los autores de delitos sexuales.

Este archivo se encuentra bajo la supervisión de un juez. Además, la modalidad de aplicación de este artículo, incluyendo la conservación de la información almacenada, se determina por decreto del Consejo de Estado, previa consulta con la Comisión Nacional de Informática y Libertades.

El ADN (huellas genéticas de las personas) de aquellas personas contra las que existan indicios graves y concordantes que justifiquen el examen por uno de los delitos previstos en el art. 706-47 (33), puede ser objeto, a pedido del juez o procurador de la República, de una comparación con los datos incluidos en la Ficha Nacional o registro. Ellas no siempre pueden ser conservadas allí.

Sobre el art. 706-55 (34): el art. 706-55 del Código de Procedimiento Penal dispone expresamente que el Archivo Nacional automatizado de huellas genéticas, centraliza los rastros y huellas genéticas concernientes a las siguientes infracciones:

1. Los delitos sexuales referidos por el artículo 706-47 del presente Código y el delito previsto en el artículo 222-32 del Código Penal;
2. Crímenes contra la humanidad y crímenes de los atentados voluntarios contra la vida de la persona, la tortura y actos de barbarie de asalto, amenazas de daño a las personas, el tráfico de drogas, atentados o abusos contra la libertad de las personas, tráfico humano individual, el proxenetismo, la explotación de la mendicidad y la puesta en peligro de menores de edad (35);
3. Los delitos de robo, extorsión, fraude, destrucción, daño, daño y amenaza de daño a la propiedad. (36)
4. Con los intereses fundamentales de la nación, los actos de terrorismo, falsificación de moneda y asociación ilícita. (37)
5. Los delitos previstos en los artículos L. 2353-4 y L. 2339-1 a L. 2339-11 Código de la defensa.
6. Los delitos de encubrimiento y lavado del producto de los delitos mencionados en los puntos 1 a 5, en los artículos 321-1 a 321-7 y 324-1 a 324-6 del Código Penal.

Vinculado con el tema de las huellas genéticas, podemos mencionar un antecedente jurisprudencial, del año 2010 del Tribunal de Casación francés y de un tribunal de Burdeos, que invocó el art. 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada, declarando no culpables (absueltos) a los segadores de cultivos de OGM, que habían rehusado someterse a la toma de ADN, pero el Consejo Constitucional no estuvo de acuerdo. (38)

El Consejo Constitucional, en la Decisión nro. 2010-25 QPC de 16/9/2010, emitió dos reservas sobre el FNAGE (Registro Nacional Automatizado de huellas genéticas):

- La ley debe interpretarse como una "limitación de la toma de muestras" de personas sospechosas de ciertos delitos graves o delitos "que se enumeran en el artículo 706-55 del Código de Procedimiento Penal";
- Pide que la retención de datos sea de una duración "razonable", en proporción a la gravedad del delito, y adaptado a la edad del delincuente (menor o mayor). (39)

Jurisprudencia de Corte Europea de Derechos Humanos.

En el ámbito de la Corte Europea de Derechos Humanos, podemos citar los siguientes casos sobre las huellas genéticas (40):

- 1) S. y Marper c. Reino Unido  
04.12.2008 (Gran Sala)

El caso se refiere a la retención indefinida en una base de datos de huellas dactilares y datos de ADN (muestras celulares y perfiles de ADN (41)) de los requirentes —demandantes— después que los procesos penales en su contra fueron terminados en absolución para uno y ninguna acción para el otro.

Decisión: Violación del artículo 8° (derecho al respeto de la vida privada y familiar): La Corte consideró

que la inclusión de la utilización de modernas técnicas científicas en el sistema de justicia penal no se puede permitir a cualquier precio y sin el establecimiento de un cuidadoso equilibrio de los beneficios que pueden derivarse del uso generalizado de estas técnicas, por un lado, y los intereses esenciales vinculados con la protección de la vida privada, por su parte, y que cualquier Estado que alega el rol de pionero en la evolución de nuevas tecnologías tiene "la responsabilidad especial "para encontrar " el justo equilibrio "en la materia. Llegó a la conclusión de que el carácter general e indiferenciado del poder de conservación de las huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN de personas sospechosas de haber cometido delitos, pero no condenados, como que se había aplicado a los demandantes en este caso, no refleja un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados que se encuentran en juego.

2) Bouchacourt c. Francia, Gardel c. Francia y M. B. c. Francia

17.12.2009

El caso se refiere a la inclusión en la base de datos nacional de delincuentes sexuales de tres hombres declarados culpables de violar a menores de edad quince años, por una persona con autoridad.

Decisión: No hay violación del artículo 8° (derecho al respeto de la vida privada y familiar): La Corte opinó que la duración de la retención de datos (hasta 30 años) no era desproporcionada en relación con el objetivo de almacenar la información en beneficio de la prevención de la delincuencia. Se tomó nota de que, la consulta de estos datos sólo estaba disponible para las autoridades (tribunales, la policía y las autoridades) sujetas a un deber de confidencialidad, y en circunstancias determinadas con precisión.

Canadá:

En Canadá, se creó en el año 2004 el Registro Nacional de Delincuentes sexuales, introduciéndose modificaciones en el año 2011.

El 15 de abril de 2011 entró en vigor el proyecto de ley S-2. La adopción de esta ley permite reforzar el Registro Nacional de Delincuentes Sexuales y el Banco Nacional de datos genéticos, gracias a la modificación de distintas leyes (como Código Penal, Ley sobre Defensa Nacional y sobre transferencia de delincuentes sexuales). (42)

En el año 2004 la Ley sobre el Registro Información sobre Delincuentes Sexuales, creó el Registro Nacional de Delincuentes Sexuales.

Este Registro contiene una base de datos nacional, con información sobre los delincuentes sexuales condenados.

Esta base de datos, otorga a la policía el acceso rápido a la información sobre los delincuentes sexuales convictos, para ayudar a prevenir y a investigar los delitos sexuales. (por ejemplo, la policía accede a toda la información relacionada con los delincuentes sexuales condenados, solicitando en el banco de datos, la zona geográfica donde se encuentran, trabajo, si realizan trabajo voluntario, escuela a la que asisten. Puede la policía acceder a datos personales (como fotos, características distintivas que serán útiles para la investigación y prevención de delitos sexuales). Las provincias son responsables de la implementación del proceso de registro en su propia administración, conforme la Ley sobre el registro de información sobre los delincuentes sexuales. La policía local debe introducir los datos y asegurar el cumplimiento de las disposiciones relativas al registro.

En cuanto a la Ley S-2, Ley que protege a las víctimas de delincuentes sexuales, la misma permite aportar los siguientes cambios fundamentales:

- El registro automático de delincuentes sexuales;
- la extracción o toma forzosa de sustancias corporales para el análisis de ADN de delincuentes condenados por un delito sexual;
- el uso proactivo del registro por la policía;
- el registro de los delincuentes condenados en el extranjero;
- la notificación enviada a otras agencias de la ley, cuando un delincuente sexual registrado con un alto riesgo se traslada a otra región;
- los cambios organizativos y administrativos para fortalecer los procedimientos relacionados con el Registro;
- las enmiendas a la Ley de Defensa Nacional.

Reino Unido

En el Reino Unido, se encuentra el Registro de Delincuentes violentos y sexuales (VISOR, siglas en inglés). (43)

Este consiste en una base de datos archivados de aquellos delincuentes registrados, conforme la Ley de delitos sexuales de 2003 (Sexual Offences Act 2003). Pueden acceder a dicho Registro, el Servicio Nacional de Libertad Condicional y el personal del Servicio de Prisión de Su Majestad. La base de datos es gestionada por la Agencia Nacional de Mejoramiento de la Policía, dependiente del Ministerio del Interior.

La Ley de Delitos Sexuales del 2003 (44), prevé distintas figuras de delitos sexuales (violación, actos sexuales con niños, con abuso de confianza, delitos sexuales en el contexto familiar, respecto de personas con trastornos mentales, prostitución, distintas otras ofensas y delitos sexuales).

La ley de 2003, obliga a los delincuentes sexuales a registrarse para notificar a los policías locales detalles o informaciones de carácter personal como: nombre, dirección, fecha de nacimiento, número de seguridad social. Se realiza generalmente, en el inicio, después de la liberación, anualmente o cada vez que exista un cambio en sus datos.

Estos requisitos de notificación constituyen una herramienta importante para las autoridades y brindan un marco sólido para el manejo de los delincuentes en la comunidad.

La protección pública es una prioridad para el gobierno del Reino Unido y existe un trabajo estrecho entre el departamento respectivo y la policía para hacer frente a los delitos sexuales y llevar hacia la justicia a los culpables. (45)

Como dato interesante, podemos mencionar que desde el gobierno del Reino Unido, se elaboró una guía sobre la Ley de delitos sexuales 2003 (46), a fin de optimizar, reforzar la aplicación de la ley como así también brindar la orientación necesaria para la policía y autoridades, en busca de la protección de la comunidad y para evitar los riesgos en la comunidad, frente a la presencia de delincuentes sexuales convictos en la sociedad.

Así, dicha guía incluye orientación sobre los cambios existentes en la legislación, implicando por ejemplo, que será obligatorio para los delincuentes sexuales: notificar a la policía de todos los viajes al extranjero, notificar a la policía su paradero semanal cuando no residan habitualmente o mantenerse en un solo lugar, notificar a la policía sobre información de su pasaporte, cuenta bancaria, de crédito. (47)

Experiencias anteriores en nuestro país.

En nuestro país, sobre el tema de base de datos de ADN, en el año 2004 se dictó la Resolución 415/2004 (48) ante el Ministerio de Justicia, por la Sociedad Latinoamericana de Genética Forense, que dispuso la creación de una base de datos de ADN de criminales en el ámbito de la Policía Federal Argentina. Dos años después no se había puesto en marcha. (49)

Penacino (50) hace referencia a la existencia de la base de datos de ADN en Córdoba, donde "... se denominó inicialmente "Registro de Huellas Genéticas Digitalizadas", y con ese nombre funcionó —aunque sin desplegar todo su potencial— bajo la órbita del Poder Ejecutivo provincial. La nueva norma, además de cambiar el nombre a "Registro Provincial de Perfiles de ADN", transfiere el registro al Poder Judicial...". (51)

### **III. Sobre la Ley Nacional de RDG vinculados a delitos contra la integridad sexual**

La Ley Nacional de Registro de Datos Genéticos, se compone de 13 artículos, siendo complementaria del Código Penal (art. 12).

Dispone lo siguiente:

Creación del Registro: creación de un Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual. El mismo funcionará dentro del ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (art. 1°).

Finalidad y objeto: la finalidad del Registro, es la de facilitar el esclarecimiento de hechos relacionados con delitos contra la integridad sexual (dentro del marco de una investigación judicial), con el objetivo de individualizar a las personas responsables.

El art. 2° prevé expresamente la finalidad del Registro: facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación judicial en materia penal vinculada a delitos contra la integridad sexual, previstos en el libro segundo, título III, capítulo II del Código Penal, con el objeto de proceder a la individualización de las personas responsables.

Información registrada: El artículo 3° establece el contenido del Registro.

Se prevé la inscripción de dos tipos de información:

a) Se almacenará y sistematizará la información genética asociada a una muestra o evidencia biológica que hubiere sido obtenida en el curso de una investigación criminal. Ello se refiere a toda muestra de persona no individualizada, que se obtenga en una investigación judicial criminal, proveniente del cuerpo de la víctima y la que pueda surgir del cuerpo del presunto autor.

b) Información genética de toda persona condenada con sentencia firme por los delitos enunciados en el artículo 2° de esta ley. Es decir: se debe tratar de persona con condena firme por un delito contra la integridad sexual.

Con relación a la persona condenada, se consignarán los siguientes datos:

a) Nombres y apellidos, en caso de poseerlos se consignarán los correspondientes apodos, seudónimos o sobrenombres;

b) Fotografía actualizada;

- c) Fecha y lugar del nacimiento;
- d) Nacionalidad;
- e) Número de documento de identidad y autoridad que lo expidió;

f) Domicilio actual, para lo cual el condenado, una vez en libertad, deberá informar a la autoridad los cambios de domicilio que efectúe.

Información genética: El artículo 4º dispone expresamente que la información genética registrada "... consistirá en el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de genotipos que segreguen independientemente, sean polimórficos en la población, carezcan de asociación directa en la expresión de genes y aporten sólo información identificatoria apta para ser sistematizada y codificada en una base de datos informatizada..."

Secciones del Registro: El Registro contará con dos secciones:

a) Sección destinada a personas condenadas por sentencia firme por la comisión de los delitos previstos en el artículo 2º de esta ley. Encontrándose firme la sentencia condenatoria, el juez o tribunal de oficio ordenará los exámenes tendientes a lograr la identificación genética del condenado y su inscripción en el registro (art. 5º).

b) Sección destinada a autores no individualizados de los delitos previstos en el art. 2º. Constará la información genética identificada en las víctimas de esos delitos y toda evidencia biológica obtenida en el curso de su investigación que presumiblemente correspondiera al autor. Procederá su incorporación por orden del juez, de oficio o a requerimiento de parte. (art. 6º).

Carácter reservado de constancias registrales: Las constancias del registro tendrán carácter reservado, siendo consideradas datos sensibles. Sólo serán suministradas a miembros del Ministerio Público Fiscal, jueces y a tribunales de todo el país en el marco de una causa que investigue delitos comprendidos en el artículo 2º de esta ley. (art. 7º)

Laboratorios habilitados. Conservación de las muestras: El art. 8º dispone que los exámenes genéticos sólo se practicarán en los laboratorios debidamente acreditados por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva o bien por organismos certificantes debidamente reconocidos por ese Ministerio. Asimismo se establece que el Registro dispondrá de todo lo necesario para la conservación de modo "inviolable e inalterable" de los archivos de información genética y de las muestras obtenidas (art. 9º).

Plazo: La ley dispone en el art. 10 que será dada de baja la información registrada, transcurridos cien -100- años desde la iniciación de la causa en la que se hubiera dispuesto su incorporación o por orden judicial. No rigen a este respecto los plazos de caducidad previstos por el art. 51 del Código Penal.

Sobre este punto, las Diputadas María del Carmen Bianchi y Adela Segarra, formularon una disidencia parcial, aludiendo a la imposibilidad física que una persona mayor de edad reincidiera transcurridos los 100 años, mencionando por otro lado, la ley de Chile, nro. 19.970, que disponía la eliminación de las huellas genéticas transcurridos 30 años.

Prohibición: Se establece en forma expresa, en el marco de esta ley la utilización de muestras de ácido desoxirribonucleico (ADN) para cualquier fin que no sea la identificación de personas a los efectos previstos en esta ley.

#### **IV. Palabras finales**

Un recorrido por distintas experiencias en el Derecho Comparado y en nuestro país, para arribar al dictado de la ley nacional que dispone la creación del Registro de Datos Genéticos vinculados a Delitos contra la Integridad Sexual, pone en evidencia la importancia desde el diseño de política criminal y de derechos humanos, de acciones concretas por parte del Estado de medidas tendientes a la seguridad de sus habitantes, donde la prevención constituye también un objetivo a cumplir.

(\*) Cámara de Diputados de la Nación. Orden del N° 2252. Comisiones de Legislación Penal, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y de Presupuesto y Hacienda. Impreso el día 3 de julio de 2013.

(1) En adelante "RNDG".

(2) Código Penal: Título III "Delitos contra la integridad sexual": arts. 119 a 133.

(3) Mujeres, niñas, adultos y niños varones. Conf. Protocolo para la atención integral de víctimas de violaciones sexuales. Ministerio de Salud. Presidencia de la Nación. Agosto 2011. [http://www.msal.gov.ar/saludsexual/downloads/guias%20y%20cuadernillos/Protocolo\\_Violencia\\_Sexual.pdf](http://www.msal.gov.ar/saludsexual/downloads/guias%20y%20cuadernillos/Protocolo_Violencia_Sexual.pdf). Fecha de consulta: 8/7/2013. Se incluye a violaciones contra mujeres y niñas. Adultos y niños varones también son víctimas de violaciones perpetradas por otros hombres. Este Protocolo contempla la atención de todas las personas víctimas de violación. Se aclara que las indicaciones sobre anticoncepción que figuran en el mismo son específicas para las mujeres.

(4) Aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005.

(5) Res. P.G.N. nro. 59/09, del 2/6/2009.

(6) Art. 75 inc. 23 CN.

(7) 100 Reglas de Brasilia, Capítulo I Preliminar. Sección 2: Beneficiarios de las Reglas, punto 5: Victimización.

(8) Ídem cita anterior.

(9) Vinculado también con el esclarecimiento de los hechos delictivos e identificación de los autores, partícipes y obtener la condena que corresponda.

(10) Causa D29.746/02 RSD 17/12 del 27/03/2012 "RMC c/EMT"; Mag. Vot.: Bialade-Cabrera de Carranza (G). Citar: elDial.com - SICOE. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial.

(11) Protocolo para la atención integral de personas víctimas de violaciones sexuales. Ministerio de Salud. Presidencia de la Nación. Agosto 2011.

(12) Ídem cita anterior.

(13) Conf. Protocolo de Atención... ídem cita anterior.

(14) Ídem cita anterior.

(15) Ídem cita anterior, p. 10.

(16) Ídem cita anterior. Protocolo de atención... p. 25.

(17) ABRAMOVICH, Víctor, Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales, publicado en obra de ABRAMOVICH, V.; BOVINO, A. y COURTIS, C. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década. Editores del Puerto, Provincia de Buenos Aires, abril 2007, 217.

(18) Ídem cita anterior.

(19) Reiteramos que cuando nos referimos a víctimas de delitos contra la integridad sexual, nos referimos a TODAS las personas que pueden ser víctimas (mujeres, niñas, adultos y niños varones).

(20) Sobre el tema de la lucha contra la violencia hacia las personas LGBT, se sugiere la lectura de "Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos". <http://acnudh.org/2013/02/nacidos-libres-e-iguales-orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-en-las-normas-internacionales-de-derechos-humanos/>. (Nueva York, Ginebra, 2012). Fecha de consulta: 5/6/2013.

(21) Sobre la lucha contra la violencia hacia los niños se sugiere la lectura del trabajo de YUBA, Gabriela, El derecho del niño a estar libre de toda forma de violencia. Observación General nro. 13 ( 2011) sobre el artículo 19 de la Convención sobre los derechos del niño". RDFyP, 2011, mayo, p. 17, La Ley.

(22) Art. 75 inc. 23 de nuestra Constitución Nacional.

(23) La doctrina en este punto, se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, como a los derechos civiles y políticos. Conf. GHERARDI, Natalia, La administración pública y el acceso a la justicia: una oportunidad para la materialización de los derechos sociales, publicado en La revisión judicial de las políticas

sociales, de ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura, Editores del Puerto, Buenos Aires, mayo 2009, 246.

(24) Conf. CSJN, "FAL s/med. Autos.", 13/3/2012. Cita: AR/JUR/1682/2012. La Ley.

(25) [www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/VIOLENCIASEXUAL](http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/VIOLENCIASEXUAL). OEA/Ser.L./V/II. Doc.65. 28 diciembre 2011. Fecha de consulta: 20/06/2012.

(26) Public Law 104—145. 104th Congress. Mayo 17, 1996.

(27) Section 170101(d) of the Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994 (42 U.S.C. 14071(d)).

(28) Ley Jacob Wetterling de Registro de Delincuentes por Delitos Contra la Infancia y Sexualmente Violentos.

(29) EE.UU. Jacob Wetterling. Act. 1994. VIOLENT CRIME CONTROL AND LAW ENFORCEMENT. ACT OF 1994. [As Amended Through P.L. 112-189, Enacted October 5, 2012]. AN ACT To control and prevent crime. Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, SECTION 1. SHORT TITLE. This Act may be cited as the "Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994".

(30) Para acceder a la información sobre la "Ley Megan" y "Wetterling", visitar la siguiente carpeta bajo el título "AAA-REGISTRO ABUSADORES SEXUALES - LEGISLACION EXTRANJERA" ubicada en la red de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, a saber; L:\publica\AAA-REGISTRO ABUSADORES SEXUALES - LEGISLACION EXTRANJERA. (Fecha de consulta: 4/7/2013).

(31) Fichier National Automatisé des empreintes génétiques (FNAEG). Siglas en francés. ([https://fr.wikipedia.org/wiki/Fichier\\_national\\_automatis%C3%A9\\_des\\_empreintes\\_g%C3%A9n%C3%A9tiques](https://fr.wikipedia.org/wiki/Fichier_national_automatis%C3%A9_des_empreintes_g%C3%A9n%C3%A9tiques))

(32) [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=47404079AD6755546AA1E2A5949E501F.tpdjo01v\\_3?cidTexte=JORFTEXT000000556901andcategorieLien=id](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=47404079AD6755546AA1E2A5949E501F.tpdjo01v_3?cidTexte=JORFTEXT000000556901andcategorieLien=id). Fecha de consulta: 10/7/2013. JORF n° 0139 du 18 juin 1998 page 9255. LOI. Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. NOR: JUSX9700090L (versión en vigor en julio 2013). Versión original: francés. Traducción a cargo de la Dra. Gabriela Yuba.

(33) Art. 706-47.- Las personas procesadas por homicidio o asesinato de un menor precedido o acompañado de violación, torturas o actos de barbarie o de las infracciones mencionadas en los artículos 222-23 a 222-32 y 227-22 a 227-27 del Código Penal deben estar sujetas antes de su juzgamiento sobre el fondo, a una evaluación, examen médico. El experto es interrogado sobre la pertinencia de una orden de atención bajo un sistema de vigilancia socio-judicial. Esta evaluación se puede pedir a la etapa de la investigación por el fiscal. Esta evaluación, o examen se comunica a la cárcel en caso de condena a una pena de prisión, para facilitar el tratamiento médico y psicológico en prisión en virtud del artículo 718.

(34) <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006577736andcidTexte=LEGITEXT000006071154anddateTexte=20130710andoldAction=rechCodeArticle> Fecha de consulta: 10/7/2013. Artículo 706-55 del Código de Procedimiento Penal francés. (traducción a cargo de las autoras). Art. 706-55. Mediante la Ley N° 2003-239, de 18 de marzo de 2003 - art. 29. Modificado por la Ley N° 2005-1550, de 12 de diciembre de 2005 - art. 18 Diario Oficial de 13 de diciembre 2005.

(35) En los artículos 221-1 a 221-5, 222-1 a 222-18, 222-34 a 222-40, 224-1 a 224-8, 225-4-1 a 225-4-4, 225-5 a 225-10, 225-12-1 a 225-12-3, 225-12-5 de 225-12-7 y 227-18 a 227-21 del Código Penal.

(36) En los artículos 311-1 a 312 a 9,313 a 311-13, 312-1 -2 y 322-1 a 322-14 del Código Penal.

(37) En los artículos 410-1 a 442-5 de 413-12, 421-1 a 421-4,442-1 y 450 -1 del Código Penal.

(38) Sobre el tema, se sugiere consulta de: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-qpc/decision-n-2010-25-qpc-du-16-septembre-2010.49343.html>(Fecha de consulta: 14/7/2013). Décision nro. 2010-25 QPC du 16 septembre 2010. M.Jean-Victor C. (Fichier empreintes génétiques). Communiqué de presse: "... D'autre part, le Conseil constitutionnel a formulé deux réserves d'interprétation fondées sur l'article 9 de la Déclaration de 1789 qui, en matière de procédure pénale, proscrie «toute rigueur qui ne serait pas nécessaire». La première de ces réserves concerne les infractions permettant un prélèvement d'empreintes génétiques aux fins de rapprochement avec les données du fichier (3ème alinéa de l'article 706-54 du CPP). Le Conseil a spécifié que la loi devait s'interpréter comme limitant ce prélèvement à l'égard des personnes soupçonnées d'avoir commis les crimes ou délits énumérés à l'article 706-55 du CPP. Du fait du principe de proportionnalité, la commission d'une simple contravention ou d'un délit non visé par cet article ne peut donc, par exemple, conduire à un tel prélèvement aux fins de rapprochement. La seconde de ces réserves porte sur la fixation de la durée de conservation des empreintes au fichier. Le Conseil constitutionnel a jugé que cette durée, qui doit être fixée par décret, doit être proportionnée à la nature ou à la gravité des infractions concernées, tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs. Des durées excessives seraient sanctionnées par le juge du décret..."

(39) Ídem cita anterior. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-qpc/decision-n-2010-25-qpc-du-16-septembre-2010.49343.html>

(40) [http://echr.coe.int/Documents/FS\\_New\\_technologies\\_FRA.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_New_technologies_FRA.pdf)Fecha de consulta: 10/7/2013.

(41) Los perfiles de ADN son datos digitales que se almacenan electrónicamente en la base de datos de ADN del Reino Unido con información sobre la persona a la que se refieren los datos.

(42) <http://www.securitepublique.gc.ca/prg/cor/tls/soir-fra.aspx#soir-04>Fecha de consulta: 14/7/2013.

(43) [http://es.wikipedia.org/wiki/Registro\\_de\\_delincuentes\\_sexuales](http://es.wikipedia.org/wiki/Registro_de_delincuentes_sexuales)Fecha de consulta: 15/7/2013.

(44) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>Fecha de consulta: 15/7/2013.

(45) <https://www.gov.uk/government/publications/sexual-offences-act-2003-notification-requirements-england-and-wales-regulations-2012>Fecha de consulta: 15/7/2013. Sexual Offences Act 2003 (Notification Requirements) (England and Wales) Regulations 2012. (traducción a cargo de las autoras).

(46) <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-part-2-of-the-sexual-offences-act-2003>  
Fecha de consulta: 5/7/2013.[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/117551/sexual-offences-act-2003.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117551/sexual-offences-act-2003.pdf) GUIDANCE ON PART TWO OF THE SEXUAL OFFENCES ACT 2003. August 2012.

(47) [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/117551/sexual-offences-act-2003.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117551/sexual-offences-act-2003.pdf) Fecha consulta: 5/7/2013.

(48) Norma: RESOLUCION 415/2004. Emisor: MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS(M.J.S. y D.H.). Sumario: Registro de Huellas Digitales Genéticas - Constitución sobre la base de la huella digital genética determinada por un análisis de ADN y obtenida en el curso de la instrucción de un proceso criminal-. Objeto - Información que contendrá el registro... Fecha de Emisión: 21/05/2004. Publicado en: Boletín Oficial 2004/05/28.VISTO el Expediente N° 141.989/04 del Registro de este Ministerio, la Ley 25.326 y su Decreto Reglamentario N° 1558 del 29 de noviembre de 2001, la Ley 24.660, sus reglamentaciones y complementarias, y CONSIDERANDO: Que para fortalecer la actividad del Estado destinada al esclarecimiento de los ilícitos penales es necesario otorgar a los órganos de persecución penal una herramienta de alta eficacia en el cumplimiento de la penalización y prevención del delito. Que en este sentido resulta imprescindible aprovechar al máximo las herramientas que ofrece la tecnología de vanguardia, como lo

es la determinación de ADN para la construcción de la huella genética, cuyo particular nivel de confiabilidad permitirá obtener prueba contundente para culpar o exculpar a personas sindicadas como responsables, no sólo de delitos contra la integridad sexual sino de otros delitos, en el curso de los cuales se hubieran dejado muestras biológicas como rastros. Que, en consecuencia, se ha decidido crear el REGISTRO DE HUELLAS DIGITALES GENETICAS el cual será instrumentado como una base de datos que consigne toda huella genética asociada a una evidencia obtenida en las distintas escenas del crimen o en las prendas de las víctimas, o provenga de los perfiles genéticos efectuados en el curso de procesos judiciales por orden de los tribunales intervinientes o del Ministerio Público. Que, tratándose de la creación de una base de datos pública, esta disposición general debe cumplir con los requisitos establecidos en el inciso 2° del artículo 22 de la ley 25.326, estableciéndose así el carácter confidencial de la información contenida y el deber de reserva en la cadena de custodia de la información recabada. Que el artículo 23 inciso 2 de la norma citada aclara que el tratamiento de datos personales sin el consentimiento de los afectados por parte de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o inteligencia queda limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a los mismos para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos. Que el tratamiento de datos personales como el de las huellas genéticas con miras a la prevención del delito se halla comprendido dentro de la excepción del Art. 23 inc. 2) de la Ley 25.326 posibilitándose su registro por parte de la División Laboratorio Químico de la Policía Federal. Que la Ley 24.660, en sus artículos 13 y 144 contempla que se le realicen diversos estudios médicos al condenado que esté cumpliendo una pena privativa de libertad en un establecimiento penitenciario. Que ha tomado intervención el servicio permanente de asesoramiento jurídico de este MINISTERIO. Que la presente se dicta en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 4°, inc. b), apartado 9, de la Ley de Ministerios -t.o. 1992-, sus modificatorios y complementarios y el Decreto N° 1210/02. Por ello, EL MINISTRO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS RESUELVE: Artículo 1° - Créase el REGISTRO DE HUELLAS DIGITALES GENETICAS, -en adelante "el REGISTRO"-, en el ámbito de la DIVISION LABORATORIO QUIMICO de la POLICIA FEDERAL ARGENTINA, constituido sobre la base de la huella digital genética determinada por un análisis de ADN (ácido desoxirribonucleico) y obtenida en el curso de la instrucción de un proceso criminal. Art. 2° - Para los efectos de esta norma, se entenderá por huella digital genética el registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de genotipos que segreguen independientemente, sean polimórficos en la población, carezcan de asociación directa en la expresión de genes y aporten sólo información identificatoria. Art. 3° - El REGISTRO tendrá por objeto exclusivo obtener y almacenar información genética asociada a una muestra biológica, para facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación criminal, particularmente en lo relativo a la individualización de las personas responsables sobre la base de la identificación de un perfil genético del componente de ADN no codificante. Art. 4° - El REGISTRO DE HUELLAS DIGITALES GENETICAS deberá, a su vez, estar inscripto en el REGISTRO creado a tal efecto por la Ley 25.326 en la DIRECCION NACIONAL DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES para su efectivo contralor. Art. 5° - La información contenida en el REGISTRO tendrá carácter reservado y será de acceso restringido a las autoridades públicas competentes en materia de prevención y represión de los delitos. En ningún caso podrá solicitarse o consultarse la información contenida en éste para otros fines o instancias. Bajo ningún supuesto, el REGISTRO podrá ser utilizado como base o fuente de discriminación, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna. Art. 6° - El REGISTRO contendrá: a) Huellas genéticas asociadas a una evidencia que hubiere sido obtenida en el curso de una investigación policial o en un proceso penal y que no se encontraren asociadas a una persona determinada. b) Huellas genéticas de las víctimas de un delito obtenidas en un proceso penal o en el curso de una investigación policial en la escena del crimen. c) Huellas genéticas que se encontraren asociadas a la identificación de persona imputada, procesada o condenada en un proceso judicial penal. Art. 7° - La obtención de las muestras que posibiliten la elaboración de las huellas genéticas referidas en el artículo anterior, se realizará por orden de autoridad competente en el curso de la investigación policial o de un proceso penal. Art. 8° - Los exámenes de ADN -no codificante- sobre las muestras biológicas extraídas, se practicarán en el LABORATORIO QUIMICO de POLICIA FEDERAL ARGENTINA o en los organismos públicos autorizados al efecto con los cuales se celebrarán los convenios necesarios. Art. 9° - El REGISTRO, incorporará las huellas digitales genéticas que se hayan elaborado en el curso de los procesos judiciales, cuando el tribunal interviniente o el Ministerio Público así lo dispusieren. Art. 10. - En oportunidad de realizarse los estudios médicos establecidos por los artículos 13 y 144 de la Ley N° 24.660 se extraerán las muestras necesarias que permitan obtener las huellas digitales genéticas de las personas que con anterioridad al dictado de esta Resolución hubieran sido condenadas por delitos que atentaron contra la integridad sexual o contra la vida y se encontraren actualmente cumpliendo su condena en establecimientos dependientes del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL con miras a ser incluidas en este REGISTRO. Art. 11. - Es responsabilidad del REGISTRO: a) Organizar y poner en funcionamiento un archivo de datos que registre las huellas digitales genéticas sobre la base de lo establecido en los artículos 1° y 3°. b) Proceder a la extracción de las muestras biológicas que fueren útiles para la determinación de la huella digital genética. c) Producir los exámenes de



ADN -no codificante- sobre las muestras biológicas extraídas con el objeto de determinar las huellas digitales genéticas, o hacerlos producir con el mismo objeto por organismos especializados con los cuales se tengan convenios. d) Conservar las muestras y los resultados que de ellas se obtengan, mientras se realiza su procesamiento, velando en todo momento por que no sea violada ni interrumpida la cadena de custodia. e) Conservar muestras con el objeto de poder elaborar contrapruebas. f) Remitir los informes solicitados por el Tribunal o por el representante del Ministerio Público respecto de los datos contenidos en la base. g) Mantener estricta reserva respecto de la información comprendida en el Registro, obligación que se extiende a todos aquellos que en razón de su función tomen conocimiento de su contenido. Art. 12. - El incumplimiento de la obligación de reserva establecida en el artículo anterior conllevará las sanciones penales, administrativas y civiles que correspondan. Art. 13. - Aquél que sin estar autorizado acceda al Registro o extraiga datos contenidos en él, o muestras o exámenes de ADN que se hayan obtenido, se le aplicarán sanciones administrativas, civiles o penales, según corresponda. Igual sanción se aplicará a quien usare o divulgare indebidamente dichos antecedentes o informaciones. Art. 14. - A los fines del cumplimiento del Art. 11 inc. c) se reconoce al BANCO NACIONAL DE DATOS GENETICOS. El REGISTRO podrá celebrar convenios con organismos públicos nacionales, provinciales o municipales. Art. 15. - Se invita a las Policías Provinciales a aportar la información pertinente con el objeto de ampliar el REGISTRO y posibilitar la interconsulta de datos. Art. 16º - Comuníquese, publíquese, dése a la DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese. - Gustavo Beliz. Publicado en: <http://www.slagf.org.ar/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRAandcampo=htm0066andext=htmandcodcontenido=83andaplicacion=pak004andcnl=19andopc=15> Fecha de consulta: 15/7/2003. Creación de una base de datos de criminales en Argentina: propuesta presentada por nuestra sociedad ante el Ministerio de Justicia el 17/06/2003, concretada el 21/05/2004. Ver página: <http://www.slagf.org.ar/a2/index.cfm?aplicacion=pak004andcnl=19andopc=15> Fecha de consulta: 15/7/2013.

(49) Análisis de ADN en la investigación de delitos sexuales, PENACINO, Gustavo A. La Ley, Sup. Act 18/05/2006, 1.

(50) PENACINO, Gustavo A. El Registro Provincial de Perfiles de ADN de Córdoba. DJ, 27/04/2011, 101, , 2011 (diciembre), 1183.

(51) Ídem cita anterior. Se sugiere la lectura del comentario citado, para mayor información.

**Voces:** RESPONSABILIDAD CIVIL ~ IGLESIA CATOLICA ~ MINISTRO DE CULTO ~ RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL DEPENDIENTE ~ RELIGION ~ ABUSO SEXUAL ~ DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL ~ MENOR ~ DERECHOS DEL MENOR ~ PROTECCION DEL MENOR ~ ENFERMEDADES ~ ENFERMEDAD CONTAGIOSA ~ SIDA ~ AUTOR DEL DAÑO ~ PERSONA JURIDICA ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ CULPA IN VIGILANDO ~ PROGENITORES ~ RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES ~ EXIMICION DE RESPONSABILIDAD ~ LIMITACION DE RESPONSABILIDAD

**Título:** Responsabilidad por abuso sexual de un religioso a un menor

**Autor:** Medina, Graciela

**Publicado en:** LA LEY 24/09/2013, 24/09/2013, 4 - LA LEY24/09/2013, 4 - LA LEY2013-E, 301 - DFyP 2013 (octubre), 07/10/2013, 2013

**Fallo comentado:** [Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, sala II. V., B. C. c. Obispado de Quilmes. 2013-04-09](#)

**Cita Online:** [AR/DOC/3514/2013](#)

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El caso. Los hechos. 3. La defensa de la Iglesia Católica. El obispado de Quilmes. 4. La sentencia. 5. La sentencia de Cámara. 6. La iglesia como persona jurídica no estatal. 7. ¿Por qué debe responder la Iglesia Católica por los abusos deshonestos de sus sacerdotes, cuando evidentemente al realizarlos actúan fuera de los mandatos dados por la Iglesia?. 8. Límites a la responsabilidad de la Iglesia por el hecho de los sacerdotes. 9. Los eximentes de responsabilidad de la iglesia por los hechos de los sacerdotes. 10. Conclusión

(1)

## 1. Introducción

En estos últimos años las noticias sobre abusos sexuales a niños cometidos por miembros del clero perteneciente a la Iglesia Católica han sacudido a la opinión pública y motivado el repudio de la Santa Sede. (2)

Los abusos no han sido ni propios ni exclusivos de nuestro país, sino que por el contrario, casi todos los países de mayoría católica dan cuenta de estas aberrantes conductas.

Es de destacar el caso de Irlanda donde el Gobierno constituyó una Comisión de Investigación sobre el abuso infantil, (3) que tras largos años de investigación concluyó en responsabilizar a la jerarquía católica por no hacer lo necesario para evitar y erradicar los abusos.

Uno de los países en donde estos casos han llegado con más frecuencia a la Justicia ha sido Estados Unidos en donde algunas diócesis han tenido que pagar cuantiosas sumas en indemnizaciones a las víctimas.

Según un estudio de la Junta Nacional de Revisión National Review Board, un total de 4392 sacerdotes fueron acusados del abuso sexual de 10.667 menores entre 1950 y 2002. De ese total, aproximadamente 6700 casos presentaron suficientes pruebas, otros 3300 no fueron investigados porque los sacerdotes ya habían fallecido y otros 1000 no presentaron pruebas fiables para justificar una investigación.

Uno de los informes indicó que los costes relacionados con estos problemas superaron los 570 millones de dólares en concepto de gastos legales, indemnizaciones, terapia para las víctimas y tratamiento para los infractores. Esa cifra no incluye los 85 millones de dólares que pagó la arquidiócesis de Boston para resolver algunas de las demandas presentadas por las víctimas. (4)

En Argentina, comparativamente con el resto del mundo, los casos son cuantitativamente menores, solo han existido algunos causas penales contra sacerdotes y obispos que en general, han terminado en sentencias anuladas o rechazadas. Así, por ejemplo, el caso del ex arzobispo de la Provincia de Santa Fe, monseñor E. S., que en el año 2009 fue condenado a ocho años de prisión por abusar sexualmente a un seminarista en 1992. Pero luego, en 2011, la Cámara de Apelación Penal de Santa Fe declaró la nulidad de esa sentencia.

Otro caso muy conocido es el del sacerdote católico J. C. G. (fundador de la Fundación Felices los Niños, quien en el año 2002 luego de una investigación periodística, fue procesado por abuso de menores y en 2009 se le condenó por ese delito a 15 años de cárcel. (5)

Dentro del contexto de precedentes judiciales por abusos infantiles realizados por miembros del clero éste es el primer caso argentino, que conocemos, donde se juzga la responsabilidad civil y no la penal de la Iglesia Católica y además es el primero de que tenemos noticia donde hay una condena firme a indemnizar daños y perjuicios a la víctima del ilícito de abuso sexual cometido por un sacerdote de la Iglesia Católica.

La novedad del precedente es lo que mueve nuestro interés en su análisis, ya que así como en los Estados Unidos de América los reclamos económicos contra la Iglesia Católica por abusos sexuales de sus sacerdotes son normales, en nuestro país, por el contrario, no se conocen casos como el comentado.

## 2. El caso. Los hechos

Una familia compuesta por la madre y dos hijos varones vivían muy cerca de la Casa de Formación de la Iglesia Católica, dependiente de la parroquia San Cayetano de Berazategui, la que a su vez dependía del

obispado de Quilmes, donde residía el sacerdote P.

La mujer trabajaba en el Instituto Católico Manuel Belgrano, también dependiente del Obispado de Quilmes.

En razón de su trabajo la madre tenía mucha relación con el sacerdote Pardo, a quien invitó a su casa y le solicitó orientación para la educación de sus hijos G. E. y C. G..

El 14 de agosto del año 2002 el sacerdote concurrió a la casa familiar, habló con los adolescentes y le solicitó autorización a la madre para que dejara ir a uno de los hijos -C. G.- a la casa parroquial a dormir, a fin de continuar con su orientación.

Con el consentimiento de su madre el adolescente de 15 años concurrió a la casa parroquial donde fue sometido a toqueteos y caricias por el sacerdote quien se masturbó en su presencia, sin llegar a penetrarlo, afortunadamente porque el cura era portador de HIV.

Cuando el clérigo se durmió, el joven pudo huir del acoso sacerdotal y volvió a su casa donde le refirió a su madre lo acontecido.

En el año 2004 la progenitora denunció el hecho a las autoridades eclesiásticas. Con posterioridad el obispo S., le manifestó que P. había reconocido su falta, dando muestras de arrepentimiento y que tendría una sanción acorde al suceso.

Es de destacar que la Congregación de Los Camilos Religiosos a la que pertenecía P. tenía noticia de la conducta del clérigo, que había provocado su traslado de una congregación a otra, ya que según afirmaciones de sus superiores el sacerdote no reunía las condiciones para vivir en comunidad religiosa.

Como el tiempo pasó sin que se advirtiera que el sacerdote fuera sancionado, la madre denunció el hecho ante la fiscalía pertinente y el 15 de noviembre del 2003 se constituyó en la causa, como particular damnificada en representación de su hijo y dos años después, el 30 de noviembre de 2005, inició la acción de daños contra el autor del abuso y contra el obispado de Quilmes, reclamando la reparación de la incapacidad psíquica y daño moral sufrido por el adolescente y su propia incapacidad psíquica y daño moral.

Al tiempo de planteada la demanda, muere el sacerdote víctima de SIDA y se clausura la causa penal por sobreseimiento definitivo; en cuanto a la acción civil, continua contra el obispado de Quilmes.

### **3. La defensa de la Iglesia Católica. El obispado de Quilmes**

En un primer momento la Iglesia Católica negó todos los hechos alegados por la accionante, luego planteó excepción de prescripción, porque consideró que atento que el hecho se habría cometido en agosto del año 2002, la acción debió ser interpuesta antes de las 2 primeras horas del 15 de agosto de 2004. Finalmente, cuestionó la legitimación pasiva del obispado de Quilmes para ser demandado porque entendió que el presbítero Pardo, dependía de la Parroquia San Cayetano de Berazategui, para la cual había sido designado con el cargo de Administrador Parroquial. En ese orden, se destacó que tanto el Obispado como la Parroquia eran personas jurídicas independientes, autónomas, contando cada una con su propia personería jurídica, era la Parroquia la que debe responder por la falta del sacerdote y no el Obispado de Quilmes

### **4. La sentencia**

La juez de primera instancia tuvo por probado los hechos relatados por la actora con las constancias de la causa penal, la que finalizó por sobreseimiento definitivo por fallecimiento del imputado P..

Por otra parte, rechazó la excepción de prescripción porque su curso se encontraba suspendido mientras duró el proceso penal y el plazo no había fenecido teniendo en cuenta que el hecho se produjo el 14 de agosto de 2002, que el 15 de noviembre del 2003 la madre de la víctima se constituyó como particular damnificada en la causa penal, expediente que concluyó el 10 de junio de 2005 por sobreseimiento total, por extinción de la acción penal por muerte del sacerdote P.. Lo que implica que cuando se inició la acción civil, el 30 de noviembre de 2005, la acción no estaba prescripta, ya que el curso de la prescripción se encontraba suspendido por la constitución de la madre como particular damnificado, la que debe equipararse a la querrela criminal mencionada en el artículo 3982 bis. De allí que la defensa de prescripción fue correctamente rechazada por la juez interviniente.

Luego, el magistrado, Dr. Hernán Señaris, rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva, porque entendió que aunque el Obispado y la Parroquia eran personas jurídicas diferentes, el primero debía responder por los daños causados por el párroco dependiente del segundo, ya que Obispado y Parroquia no tenían independencia en tanto el Obispo tiene la obligación general de vigilancia en su diócesis (canon 392), para la que cuenta con la ayuda ordinaria de sus colaboradores y con el instrumento cualificado de la visita canónica (cc. 396-398). Así, como a la época de los sucesos el obispo de Quilmes sabía que el párroco, a quien habían trasladado en múltiples oportunidades, no reunía las condiciones para desempeñar su ministerio, concluyó en que éste había obrado con culpa "in eligendo" y posterior "in vigilando", por lo que debía responder por los daños causados por el abuso deshonesto al que el sacerdote sometió al menor en ocasión de sus funciones.

Por otra parte, en la resolución de condena se señaló que la necesidad de los obispos de extremar la

diligencia en el cumplimiento de todos estos deberes fue urgida por Juan Pablo II en la Exhortación apostólica Pastores Gregis (16/10/2003).

Además el Juez Hernán Señaris recordó las prescripciones que el Código canónico establece dirigidas al Obispo para que asegure la idoneidad de los aspirantes a entrar en el seminario mayor (canon 241 1°), vele por la formación que en él reciban, con indicación expresa de la preparación a observar el celibato (canon 247), valores de idoneidad para recibir el orden sagrado (canon 1029) y, por último, para que establezca normas concretas y emita un juicio en casos particulares sobre el cumplimiento del celibato (canon 277 3°). Igualmente antes de conferir un oficio, por ejemplo, el de párroco, hay que comprobar que el elegido reúne una serie de cualidades (canon 521 2°) y es necesario que al Obispo le conste con certeza su idoneidad (canon 521 3°).

En definitiva, condenó a pagar el daño sufrido por la víctima y por su madre.

#### **5. La sentencia de Cámara(6)**

El Obispado apeló la sentencia por tres motivos fundamentales:

\* en primer lugar porque entendió que el obispado no tenía legitimación activa por ser una persona jurídica diferente de la parroquia donde se desempeñaba el sacerdote,

\* en segundo lugar porque sostuvo que no había culpa in vigilando de parte de la Iglesia porque los hechos habían acontecido a la noche lo que no permite presumir que ocurrieron en ocasión de servicio.

\* en tercer lugar porque estimó que la madre del menor era responsable del hecho dañoso por haber dejado ir a su hijo a la casa parroquial en horario nocturno.

Los magistrados de la Sala 2da. de la Cámara Civil y Comercial de Quilmes confirmaron la sentencia apelada porque entendieron que el Obispado poseía legitimación pasiva para estar en juicio en una acción por daños y perjuicios derivados de una conducta sexual reprochable atribuida a un clérigo, cuando en la época de la designación conocía que éste no reunía las condiciones necesarias para llevar a cabo su tarea. Ello así, debía responder por la culpa "in eligendo" y posterior "in vigilando" (sin perder de vista la violación a los cánones emergentes del Código Eclesiástico, los que si bien no son de aplicación en instancia judicial, colocan al Obispado como "principal" de las personas que designan para profesar activamente la religión católica, merced lo establecido en los arts. 43 y 1113 del Digesto Civil. (7)

Por otra parte, el Magistrado preopinante Dr. Manzi, señaló que si bien la entidad conocida en el derecho canónico con el nombre de "parroquia" gozaba de personalidad jurídica (canon 515-3), tal personalidad poseía sus propias y particulares características, a punto tal que quien en definitiva y en última instancia tenía a su cargo el gobierno de la parroquia no era el cura párroco sino el obispo, con plena potestad legislativa, ejecutiva y judicial (CDC canon 391-1); circunstancia que también se observaba en la lectura del canon 515-1, que define la parroquia como "... una determinada cantidad de fieles constituida de modo estable en la iglesia particular, cuyo cuidado pastoral, bajo la autoridad del obispo diocesano, se encomienda a un párroco, como su pastor propio". La Parroquia es una organización que se halla bajo la dirección, control y administración de otra, el Obispado, con quien mantiene una relación de cabal, clara y prácticamente total subordinación, que obliga a desechar la excepción de falta de legitimación en una demanda por abuso sexual de un párroco, habida cuenta la situación de plena dependencia del sacerdote que designó y bajo cuya dependencia se hallaba.

En cuanto a la culpa in vigilando, el Obispado había sostenido que los hechos no ocurrieron en horario que permitiera presumir que fueron en ocasión de servicio y los señores camaristas, con fundamento en el derecho canónico (canon 529-1), desestimaron el planteo resaltando que el servicio del sacerdote no tiene horario.

En efecto, el sacerdote debe ayudar a enfermos, moribundos, y que tales pautas de labor pastoral le impiden negarse prestar asistencia a un moribundo, a brindar una extremaunción o dar apoyo y caridad a un enfermo; sea cual fuere el día y el horario en que tales servicios le sean requeridos, ya que el sacerdocio no es simplemente una ocupación entre muchas otras. Citando al Cardenal Piacenza, se expresó: "Es una forma de vida elegida por alguien que ha abandonado sus sueños terrenales para seguir el llamado de Dios. Alguien cuya vocación de cura se ejercita todos los días de la semana, a toda hora; alguien que no puede decir que no puede atender, porque ya terminó su horario de trabajo".

En cuanto a la atribución de responsabilidad materna por haber dejado pernoctar al adolescente en la parroquia el Tribunal concluyó que "No debe imputársele culpa concurrente al progenitor del menor víctima de conductas sexuales reprochables de un clérigo, en razón de haber autorizado a su hijo a dormir en el dormitorio particular de un sacerdote, pues la responsabilidad refleja del art. 1114 del Código Civil alcanza a los padres por los daños causados por el hecho de sus hijos, pero no por los daños sufridos por estos últimos de resultas del hecho de un tercero".

#### **6. La iglesia como persona jurídica no estatal**

Como primer paso para determinar por qué debe responder el Obispado de Quilmes por un abuso de una persona que actúa en contradicción con las enseñanzas de la Iglesia, hay que empezar por determinar la naturaleza jurídica de la Iglesia Católica. A este fin hay que tener en cuenta que el artículo 33 del Código Civil clasifica las personas jurídicas nacionales, distinguiendo en primer lugar las que tienen carácter público de

aquellas que son de carácter privado.

El artículo 33 de nuestro Código Civil se limita a mencionar que: "...Tienen carácter público: 1) El Estado Nacional, las provincias y los municipios; 2) Las entidades autárquicas; 3) La Iglesia Católica...".

La primera distinción a realizar en la clasificación de los entes públicos, es la determinación de si pertenecen o no al Estado, porque en nuestro Derecho no todo lo que es público es necesariamente estatal. Existen instituciones públicas distintas del Estado, como lo reconocen la doctrina administrativa y la jurisprudencia actual. En este sentido, no cabe duda que la Iglesia católica es una persona pública no estatal, categoría de la que no gozan otras iglesias.

Esto nos lleva a preguntarnos ¿Por qué la Iglesia Católica, es una persona de derecho público y otras iglesias no lo son?

La naturaleza jurídica de la Iglesia católica viene dada porque en nuestro Derecho tiene jerarquía constitucional, en virtud del vínculo espiritual permanente que la liga a la Nación Argentina, que la convirtió en uno de los pilares fundamentales de nuestra organización constitucional, asentada en las convicciones religiosas de la mayoría de los habitantes.

Por ello el artículo 2º de la Constitución Nacional establece que "el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano".

Por otra parte hay que señalar que las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado Nacional se rigen por el Concordato celebrado en el año 1966 y que la organización de la Iglesia como persona jurídica surge del Código de Derecho Canónico, cuyo artículo 113 dice que: "1. La Iglesia Católica y la Sede Apostólica son personas morales por la propia ordenación divina".

La personalidad jurídica reconocida a la Iglesia Católica se extiende a cada una de sus extensiones territoriales -diócesis, parroquias- manteniendo éstas el mismo carácter público, de conformidad con lo que expresa Vélez Sársfield en la nota del artículo 41, al hacer referencia a la Constitución de Constantino del año 321.

Esto explica porque tanto el obispado demandado como la parroquia son personas jurídicas de carácter público no estatal.

Las corporaciones religiosas, en cambio, tienen carácter privado, pudiendo organizarse como personas jurídicas (art. 33, 2º parte, Cód. Civ.), o como simples sujetos de derecho (asociaciones no reconocidas; art. 46).

La consecuencia fundamental del reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia católica, de la parroquia y del obispado es que por esa razón son sujetos de derecho distintos de quienes las constituyeron, sean individuos u otras personas jurídicas, así como de los miembros que actúen en ellas, en su caso. Por tanto, la personalidad de unas y otras no puede confundirse; cada una es titular de sus propias relaciones jurídicas y de su propio patrimonio. Se aplica en todo su rigor el principio lógico de identidad.

El principio fundamental de identidad de las personas jurídicas está expresado en el Código Civil, cuyo artículo 39 dispone que: "Las corporaciones, asociaciones, etcétera, serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores o mancomunado con ella.

#### **7. ¿Por qué debe responder la Iglesia Católica por los abusos deshonestos de sus sacerdotes, cuando evidentemente al realizarlos actúan fuera de los mandatos dados por la Iglesia?**

La Iglesia católica, como toda persona jurídica actúa sólo por representación, y carece en su estructura ideal de todo componente que permita imputarle dolo o culpa y es evidente que no tiene aptitud para serle imputada en forma directa las responsabilidades por los daños ocasionados en su accionar.

En esta materia debe precisarse la naturaleza de la representación mediante la cual actúa la Iglesia en tanto persona jurídica pública no estatal. Sobre el tema debemos partir de un principio fundamental que es que: el mandato conferido a los representantes de la Iglesia no puede contemplar jamás la comisión de actos antijurídicos, pues se aplican las reglas generales (art. 1891), y en consecuencia, cualquier daño que los miembros del clero causen será atribuido directamente a ellos, y no a la Iglesia.

El problema, al menos en cuanto a la responsabilidad civil por hechos ilícitos, consiste en dilucidar si la Iglesia Católica puede ser responsabilizada indirectamente por los daños causados por sus sacerdotes, clérigos u obispos y en caso afirmativo, en qué medida.

En el régimen general de nuestra ley, la responsabilidad directa siempre tiene como factor de imputación el dolo o la culpa, y estos factores subjetivos son predicables respecto de las personas físicas, exclusivamente. Ni las personas jurídicas existen en el orden psíquico, para atribuirles dolo o culpa, ni la vinculación orgánica supone el desplazamiento del dolo o culpa de la persona física hacia las entidades cuya organización integran.

De allí que la Iglesia católica en tanto persona jurídica pública no estatal sólo tiene una responsabilidad indirecta.

Ahora nos corresponde determinar porque debe responder la Iglesia católica, y en su caso, el obispado por los abusos deshonestos de sus sacerdotes.

Descartados los factores subjetivos de imputación -dolo o culpa en la comisión del hecho dañoso- la responsabilidad de la Iglesia debe encontrarse en otros factores.

La sentencia en comentario encuentra el factor de imputación de responsabilidad indirecta en una presunta culpa in eligendo o in vigilando de la Iglesia respecto de los sacerdotes.

Esta era la teoría que sostenía Llambías, quien decía que la responsabilidad quedaba justificada por la culpa del principal por la elección del dependiente o la vigilancia del mismo, pudiendo concurrir ambas circunstancias: "Lo que importa es que él hubiera podido elegir mejor, o vigilar mejor".

Pero la negligencia de la Iglesia católica en la elección o vigilancia de sus párrocos o sacerdotes no es más que la negligencia de algunas personas físicas que la componen en el desempeño de sus atribuciones institucionales. Esta culpa pudo haber ocurrido en el caso de quien conocía las características de Pardo y no lo removió de sus funciones. Pero no es válido predicar estas culpas directamente de la Iglesia pues ésta, en tanto persona jurídica, no puede tenerlas; las culpas o las negligencias son de alguien que actúa en ella.

Por ello, se aprecia fácilmente que buscando una culpa de segundo grado, es decir una culpa in eligendo o in vigilando, para atribuir la responsabilidad por la de primero, no se resuelve el problema, porque de última la culpa en la elección o en la vigilancia será del obispo tal o del superior cual pero no de la Iglesia Católica.

En el sentido que venimos afirmando sostiene Guido Alpa con respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas en general que "... el único fundamento de esta responsabilidad, hoy en día, es que el comitente tiene un deep pocket y está -respecto de otros potenciales responsables- en mejor condición de resarcir el daño". (8)

Por su parte Bueres señala que "De ahí que la culpa del dependiente no es necesaria como presupuesto de responsabilidad en análisis, dado que resulta suficiente que el empleado realice un acto dañoso sin justificar... la estructura de la imputación está dada por la relación de encargo que une al principal con el dependiente...". (9)

Para nosotros la Iglesia Católica debe responder por los ilícitos cometidos por los sacerdotes, no por una "culpa in vigilando" o "in eligendo" que pudo bien no existir, sino por una obligación tácita de garantía que la Iglesia en tanto personas jurídica pública no estatal, asume frente a la sociedad, fundamentada en razones de confianza. Piénsese que la confianza y fe pública que genera la Iglesia católica hace que los fieles le entreguen el "alma" y que el Estado la jerarquice como persona de derecho público no estatal, ello así, la Iglesia debe garantizar la conducta de sus miembros realizada en ocasión de sus funciones.

Es justamente por la obligación tácita de seguridad que la responsabilidad de la Iglesia católica no puede limitarse a los daños provocados por los miembros del clero en el ejercicio regular de sus funciones, sino que se extiende a los supuestos en que ha mediado abuso o cumplimiento irregular de las tareas de quienes cumplen la misión sacerdotal.

Esta responsabilidad es objetiva, porque se imputa sin más investigación que la relación del autor con la entidad, aunque requiera culpa o dolo de dicho autor, de conformidad con las reglas generales; y por ello es inexcusable.

Es además una responsabilidad indirecta, por hecho ajeno cuyas consecuencias dañosas se han asumido, porque el deber de reparar recae en un sujeto distinto del autor del daño. (10)

#### **8. Límites a la responsabilidad de la Iglesia por el hecho de los sacerdotes**

Tenemos que tener en cuenta que así como no todo hecho de un dependiente involucra o compromete la responsabilidad del empleador; no todo hecho de un sacerdote va a comprometer la responsabilidad del obispado.

Se requiere que entre el daño y la función encomendada exista una relación, una vinculación, desde que es obvio que una persona que presta servicios a otra no se encuentra sometida a ésta en todo momento, sino únicamente en el marco de la función. (11)

En general no es fácil determinar cuáles son los límites demarcatorios de esa vinculación, dónde concluye: o sea, hasta dónde llega el límite de atribución al principal de los actos ejecutados por su dependiente; esta dificultad se presenta más marcada en el caso de los sacerdotes y de la responsabilidad de la Iglesia.

Lo cierto es que siempre la solución del conflicto va a depender de las circunstancias fácticas de cada caso las que deben ser cuidadosamente analizadas, siendo difícil encontrar dos casos exactamente iguales. Así, por ej., las agresiones sexuales, en algún caso pueden no tener razonable relación con la función y en otras sí. (12)

Consideramos fundamental insistir en que en la responsabilidad por el hecho del sacerdote la relación de dependencia no tiene sustento exclusivo en la posibilidad de vigilancia o control, sino, fundamentalmente, en la de dar órdenes (con total independencia del contenido de las mismas) y la de organizar la actividad eclesial; en otros términos, en la posibilidad de tener injerencia o pertenencia en la organización económica de la Iglesia; se trata, en suma, de supuestos en los que una persona física o jurídica amplía la propia esfera de acción. (13)

Lo que resulta indiscutible es que para que responda la Iglesia por el hecho del sacerdote este tiene que

haber sido realizado en ocasión de las funciones.

En este aspecto es importante recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de La Nación en el caso Furnier sobre la extensión de los daños causados por el dependiente "en ocasión" de las funciones, donde afirmó "Basta que la función desempeñada haya dado la ocasión para cometer el acto dañoso para que surja la responsabilidad del principal, pues es obvio que el accidente no se habría producido de no haberse suministrado al agente de policía el arma en cuestión". (14)

Por otra parte el Máximo Tribunal de nuestro país también ha señalado que "El principal responde no sólo por los hechos de los dependientes realizados en el desempeño de las tareas a su cargo, sino también por aquellos actos practicados con abuso de la función, sea que el subordinado haya contratado expresas instrucciones, sea que haya asumido tareas que podrían considerarse no comprendidas en el encargo, o que haya violado disposiciones reglamentarias, toda vez que ello no resulta decisivo para negar la responsabilidad del principal, en virtud de que tal infracción no puede obrar en perjuicio de terceros si no se han adoptado medidas adecuadas para hacerlas cumplir o, en su caso, ha faltado control. (15)

En definitiva, para que la Iglesia católica responda por el hecho del sacerdote la función debe constituir la condición necesaria para que el evento dañoso acaezca y que de no haber mediado no habría sucedido. (16)

Coincidimos con Parellada en que "parece razonable que la responsabilidad se extienda toda vez que la función haya sido un medio sin el cual el daño muy probablemente no hubiera sobrevenido". (17)

### **9. Los eximentes de responsabilidad de la iglesia por los hechos de los sacerdotes**

En primer lugar queremos aclarar que la Iglesia no se exime de responsabilidad demostrando que no ha existido negligencia en la elección del sacerdote, ni en su control.

En términos generales para eximirse de responder por el hecho de un sacerdote el obispado debería probar:

9.1. Que la acción no ha sido antijurídica (entendida la antijuridicidad como conducta dañosa no justificada), como por ejemplo por el consentimiento de la víctima

9.2. Que no se ha producido un daño.

9.3. Que no ha existido culpa o dolo del sacerdote.

9.4. El hecho de un tercero ajeno.

9.5. La culpa de la víctima.

9.6. El caso fortuito o la fuerza mayor.

9.7. Que no medio relación entre la función y el daño.

### **10. Conclusión**

La violencia sexual contra los niños es una grave violación de sus derechos, que puede tener consecuencias físicas, psicológicas y sociales graves a corto y largo plazo, no sólo para las niñas o niños, sino también para sus familias y comunidades. Esto incluye los riesgos de padecer enfermedades, trastornos psicológicos, estigmatización, discriminación y dificultades en la escuela.

Hay pruebas importantes que indican que la violencia, la explotación y el abuso podrían afectar la salud física y mental del niño a corto y largo plazo, influyendo en su capacidad para aprender y socializar, e influir en su transición hacia la edad adulta con consecuencias adversas en la vida. La verdadera magnitud de la violencia sexual está oculta, debido a su naturaleza sensible e ilegal. La mayoría de los niños y las familias no denuncian los casos de abuso y explotación a causa del estigma, el miedo y la falta de confianza en las autoridades. La tolerancia social y la falta de conciencia también contribuyen que no se denuncien muchos de los casos.

Cuando uno de estos casos llega a conocimiento de los jueces y se encuentra totalmente probado el hecho, hay que tratar de indemnizar el daño lo más rápidamente posible para morigerar las consecuencias. (18)

Cuando un sacerdote abusa de un menor en la parroquia, consideramos imposible que la Iglesia se exima de responder porque evidentemente el hecho es antijurídico, necesariamente ha sido causado con dolo o con culpa, es inadmisibles pensar que no causa daño e insostenible sostener que el niño pudo haber dado su consentimiento para la agresión sexual la que teniendo lugar en la parroquia lleva a sostener que existe relación entre la función y el daño.

(1) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, sala II ~ 2013-04-09 ~ V., B. C. c. Obispado de Quilmes Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 2 de Quilmes ~ 2012-10-03 ~ V., B. C. c. Obispado de Quilmes s/daños y perjuicios con nota de HERSALIS, Marcelo: Un fallo novedoso respecto de la responsabilidad del dependiente Publicado: SJA 2013/07/17-7; JA 2013-III, con nota de BALIAN, Eduardo Néstor, El abuso sexual y la responsabilidad civil de los obispos, LA LEY 02/07/2013, 6.

(2) El Papa Francisco pidió a la Congregación para la Doctrina de la Fe que, en la línea de lo iniciado por su predecesor Benedicto XVI, se actúe con decisión en todo aquello que se refiera a los casos de abuso sexual, promoviendo medidas de protección a los menores y ayudando a los que han sufrido algún tipo de violencia.

También señaló la necesidad de aplicar las medidas debidas hacia los culpables. El Vaticano Today <http://www.news.va/es/news/francisco-actuar-con-decision-ante-los-abusos-sexuales> consultado el 22 de agosto del 2013. Además, según el periódico italiano *il Fatto Quotidiano*, Francisco, durante una visita a la Basílica de Santa María la Mayor de Roma en 2013, ordenó expulsar al ex arceobispo, el cardenal estadounidense Bernard Francis Law, como condena por su presunto encubrimiento de más de 5.000 casos de pederastia. *Diario el Mundo* <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/03/15/internacional/1363338699.html> consultado el 22 de agosto del 2013

(3) <http://www.childabusecommission.ie/>  
<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/20/internacional/1242830287.html>

(4) [http://es.wikipedia.org/wiki/Casos\\_de\\_abuso\\_sexual\\_cometidos\\_por\\_miembros\\_de\\_la\\_Iglesia\\_cat%C3%B3lica](http://es.wikipedia.org/wiki/Casos_de_abuso_sexual_cometidos_por_miembros_de_la_Iglesia_cat%C3%B3lica)

(5) Las partes querellantes apelaron el fallo y el 14 de septiembre de 2010, la Cámara de Casación Penal bonaerense rechazó todos los recursos presentados. La Suprema Corte de Buenos Aires con fecha 18 de Septiembre de 2013 rechazó los recursos confirmando la sentencia de Casación.

(6) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, sala II, 09/04/2013: V., B. C. v. Obispado de Quilmas, con nota de HERSALIS, Marcelo, "Un fallo novedoso respecto de la responsabilidad del dependiente" Publicado: SJA 2013/07/17-7; JA, 2013-III, Citar Abeledo Perrot N°: AP/JUR/315/2013.

(7) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, sala II, 09/04/2013: V., B. C. v. Obispado de Quilmas, con nota de HERSALIS, Marcelo: "Un fallo novedoso respecto de la responsabilidad del dependiente" Publicado: SJA 2013/07/17-7; JA 2013-III, Citar Abeledo Perrot N°: AP/JUR/315/2013.

(8) ALPA, G., "Nuevo tratado de la responsabilidad civil", Jurista, Lima, 2006, p. 851.

(9) BUERES, Alberto J., "El fundamento de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente", en "Responsabilidad del principal", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 19.

(10) Las Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín en 1990 el despacho A -de la mayoría- de la Comisión 2, expresó que "la responsabilidad por el hecho del dependiente (art. 1113, párr. 1°, Cód. Civil) es indirecta y objetiva. El fundamento es la garantía". Participan de esta postura de la responsabilidad refleja, entre otros, los siguientes autores: TRIGO REPRESAS, Félix, "Ejercicio u ocasión de las funciones como requisito de la responsabilidad refleja del principal por los hechos de sus dependientes", LA LEY, 1982-B, 423; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", p. 361, N° 927, Abeledo Perrot, 7ª, ed., Buenos Aires, 1992; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Responsabilidad civil por el hecho ajeno", p. 89, Ed. Lex, La Plata, 1987, LLAMBIAS, Jorge A., "Elementos constitutivos de la relación de dependencia", JA, 29-1975 (sec. doctrina) 647; BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. II, p. 276; Perrot, 7ª ed., Buenos Aires, 1994, BREBBIA, Roberto H., "Problemática jurídica de los automotores", t. 1, p. 207, Astrea, Buenos Aires, 1982.

(11) Ver, entre muchos, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, N° 948; Zavala de González, "Responsabilidad por el hecho de dependientes", Rev. Iuris, t. 97-A, N° 295, p. 10.

(12) Ver, por ej., fallo de la CNTrab., sala VII, 13/3/1995, T.M.N. c. Elma, comentado por POSE, Carlos, "Responsabilidad empresarial por un acto de agresión sexual dentro de comunidad marítima", Doc. Laboral, dic. 1995, n° 124, p. 995.

(13) Conf. PARELLADA, Carlos, "Responsabilidad y dependencia", "Derecho de Daños en homenaje al doctor Jorge Mosset Iturraspe, 1989, p. 467; conf. MÁRQUEZ, María, "Responsabilidad por hecho ajeno", JA, 1996-II-863.

(14) CS, 27/9/1994, Furnier c. Provincia de Buenos Aires, LA LEY, 1996-C, 557, con nota de GALDÓS,



Jorge M., "La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado como principal, por el hecho del policía").

(15) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/03/1994, Estado nacional (Fuerza Aérea Argentina) c. Provincia de Río Negro., LA LEY, 1994-C, 309, DJ 1994-2, 772, AR/JUR/56/1994.

(16) Se propaga al principal la actuación imputable al encargado tanto a título subjetivo como objetivo CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Responsabilidad civil por el hecho ajeno", cit. p. 146; PARELLADA, Carlos A., "Responsabilidad y dependencia", cit. p. 459; ZABALA DE GONZALEZ, Matilde, "Personas, casos y cosas en el derecho de daños", cit. p. 110; RACCIATTI, Hernán, "Responsabilidad colectiva y el hecho del dependiente" en anotación a fallo, LA LEY, 1987-D, 455; CNCiv., sala D, 18/3/92 "Aguirre c. Silva", voto doctor Bueres cit. supra nota 4, JA, 1992-III-242 con nota aprobatoria de VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A.

(17) PARELLADA, Carlos A., "Responsabilidad y dependencia", en "Derecho de Daños", Homenaje al prof. doctor Jorge Mosset Iturraspe". Directores Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz ob. colectiva, p. 471.

(18) Como parte del compromiso de UNICEF con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de Río de Janeiro y el Llamado a la Acción para Prevenir y Eliminar la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes, UNICEF trabaja para prevenir y responder a la violencia sexual incorporando a diferentes sectores del gobierno -la justicia, el bienestar social, la educación y la salud-, así como los legisladores, la sociedad civil, los líderes comunitarios, los grupos religiosos, el sector privado, los medios de comunicación, las familias y los propios niños. [http://www.unicef.org/protection/World\\_Congress\\_III\\_against\\_Sexual\\_Exploitation\\_of\\_Children\\_and\\_Adolescents\(1\).pdf](http://www.unicef.org/protection/World_Congress_III_against_Sexual_Exploitation_of_Children_and_Adolescents(1).pdf).

**Voces:** DAÑOS Y PERJUICIOS ~ VIOLENCIA ~ VIOLENCIA FAMILIAR ~ VIOLENCIA MORAL ~ VIOLENCIA DE GENERO ~ PROTECCION DE LA FAMILIA ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ RESPONSABILIDAD PENAL ~ ESTADO NACIONAL ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ~ INDEMNIZACION ~ REPARACION INTEGRAL ~ ANTIJURICIDAD ~ DENUNCIA PENAL ~ CULPABILIDAD ~ FACTOR DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD ~ DERECHO COMPARADO ~ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS ~ CONSENTIMIENTO ~ RELACION DE CAUSALIDAD ~ VICTIMA ~ CULPA DE LA VICTIMA ~ MENOR ~ PROTECCION DEL MENOR ~ ABUSO SEXUAL

**Título:** La responsabilidad por daños derivados de la violencia sexual y violencia familiar

**Autor:** Medina, Graciela

**Publicado en:** DFyP 2013 (septiembre), 04/09/2013, 3

**Cita Online:** AR/DOC/2289/2013

**Sumario:** 1. Introducción y límites de nuestro estudio. 2. Carácter de la responsabilidad. 3. La Antijuridicidad. 4. Relación de causalidad. 5. Factor de atribución. 6. Los diferentes culpables. 7. La responsabilidad por la culpa personal. 8. Los medios de defensa. 9. El consentimiento de la víctima. 10. El consentimiento en derecho penal. 11. El consentimiento en el derecho civil. 12. El problema de los abusos iniciados cuando la víctima era menor y continuados en la mayoría de edad. 13. La defensa de la inmunidad conyugal. 14. La omisión del deber de denuncia. 15. La prescripción extintiva. 16. La jurisprudencia de la Corte de derechos Humanos de Europa. 17. Conclusión.

**Abstract:** "No basta con sancionar penalmente, ni con impedir civilmente la continuidad de la violencia, sino que es imprescindible que tanto los dañadores como quienes contribuyen con su conducta a agravar el daño o a prolongarlo en el tiempo deben responder por los perjuicios sufridos por las víctimas de violencia sexual o doméstica de una manera integral y eficaz. En tal sentido, los Estados que no garanticen el acceso a esta indemnización también deben responder frente a las víctimas."

### **1. Introducción y límites de nuestro estudio**

En el presente trabajo nos abocaremos al tratamiento del tema de la responsabilidad por los daños sufridos por las víctimas de violencia sexual y familiar.

Nuestro estudio comprenderá tanto a las víctimas de violencia doméstica como a las víctimas de violencia sexual aunque esta hubiera sido cometida fuera de la familia.

Motiva nuestra labor el tratar de averiguar por qué a la víctima generalmente no se le indemniza el daño sufrido.

Advertimos que día a día el número de casos de denuncia de violencia doméstica aumenta, mientras que el número de expedientes donde se solicita la reparación del daño es inexistente o irrelevante comparado con el de las denuncias de daños.

Creemos que algunos de los motivos por los cuales no se solicita la indemnización son: (i) los exiguos plazos de prescripción, (ii) el desconocimiento de que existen diversidad de legitimados contra quien reclamar o dicho de otra forma, que existen múltiples obligados a reparar (iii), la relación de parentesco entre la víctima y el dañador, (iv) el convencimiento que el consentimiento quita ilicitud al acto, (v) la ignorancia que el daño actual es consecuencia de la violencia sufrida en otra época, y (vi) la limitación de los legitimados indirectos para reclamar daño moral. [\(1\)](#)

Por ejemplo, puede ocurrir que un hombre en la edad adulta sea impotente y no relacione este mal con una violación sufrida de niño, o que una mujer sea frígida y no sepa que la causa de su estado es la violencia recibida en su infancia, y que en ambos casos, pasen muchos años hasta que descubran la relación de causalidad entre su patología y la agresión sufrida y cuando quieran reclamar, consideren que los plazos de prescripción están largamente vencidos y deciden no demandar.

Entendemos que una forma de lograr que las víctimas sean indemnizadas es abordar con especificidad el tema de la prescripción en los casos de violencia sexual y familiar, para determinar desde cuándo y cómo se cuentan los plazos de la prescripción liberatoria en el sistema vigente y proponer que en una futura reforma se amplíe el plazo de prescripción liberatoria para el supuesto de daños por agresiones sexuales infringidas a personas incapaces y que su computo comience a partir del cese de la incapacidad.

Pensamos que también va a contribuir a dar indemnidad a las víctimas el hecho de que se conozca quiénes deben responder por los daños sufridos. En este tópico, queremos advertir que no solo el agresor es el legitimado pasivo en las acciones de responsabilidad por daños derivados de la violencia sexual, sino que existe multiplicidad de obligados a responder en tanto y en cuanto su conducta haya agravado la lesión o permitido la ocurrencia del daño. Por ello, hay que estudiar claramente quiénes incurrir en conductas culpables con respecto a la violencia, así como también quienes están obligados a denunciar las agresiones y cuál es la relación de la omisión de la denuncia con la obligación de reparar el daño.

Por ejemplo, puede ocurrir que un niño sea agredido sexualmente por el compañero o conviviente de su

madre y que tanto los maestros de la escuela como los médicos que lo atienden lo sepan. Llegado a la edad adulta, el niño se encuentra con que su agresor es pobre y carece de la capacidad económica para indemnizar sus lesiones, por lo que decide no reclamar la reparación sin advertir que la madre también es responsable por la falta de sus deberes de protección y asistencia, como también, y en distinta medida, lo son los médicos y maestros que con su silencio contribuyeron a que el daño perdurara en el tiempo y se agravara.

Estamos convencidos de que la reparación no solo tiene una función indemnizatoria sino también disuasoria y que el conocimiento de los requisitos, eximentes y legitimados de la responsabilidad por daños derivados de la violencia doméstica y de la violencia sexual va a generar nuevos patrones socio culturales que contribuyan a disminuir la violencia contra los niños, niñas, adolescentes, incapaces y mujeres. (2)

Organizaremos el tratamiento del tema comenzando por la determinación del tipo de responsabilidad de que se trata, para luego abocarnos al estudio del factor de atribución y de los eximentes de la responsabilidad. Tras ello procederemos a estudiar los eximentes, analizar el daño y describir las cuestiones relativas a la prescripción. Finalmente, analizaremos algunos casos jurisprudenciales locales y enunciaremos algunos casos de la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa.

## **2. Carácter de la responsabilidad**

Nuestro sistema jurídico admite un régimen dual de responsabilidad: la contractual y la extracontractual, cuyos efectos y características son diferentes sobre todo en el relativo al plazo de prescripción.

La mayoría de la doctrina nacional se inclina en la actualidad por unificar el sistema de responsabilidad contractual y extracontractual (3), pero en el régimen vigente siguen subsistiendo diferencias que justifican la determinación del carácter de la responsabilidad que obliga a responder por los daños provocados por violencia sexual y por violencia familiar para poder establecer, entre otras cuestiones, cuál va a ser el plazo de prescripción de la acción.

### **2.1. Responsabilidad contractual**

Cuando media un vínculo obligacional que tiene como fuente un contrato previo entre la víctima y el agresor la responsabilidad por los hechos de violencia sexual son de naturaleza contractual, como por ejemplo, en los supuestos en que el agresor fuera el médico que atendiera a su paciente.

No puede compararse ni debe confundirse la genérica obligación de no dañar a otros o ruptura del deber genérico de no dañar a los semejantes, en que no existe obligación previa, con el incumplimiento de la obligación específica de no dañar al paciente, que es acreedor de diversas prestaciones apropiadas a las circunstancias, ósea de una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente, cuyo incumplimiento da lugar a la apertura de la responsabilidad llamada contractual.

En la relación entre la víctima y los prestadores del servicio de salud hay un vínculo obligacional previo, cualquiera que sea la fuente de éste, que está integrado en una relación en la cual hay un acreedor de prestaciones consistentes en conductas apropiadas a las circunstancias.

### **2.2. Responsabilidad extracontractual**

En los restantes casos los daños y perjuicios derivados de la violencia de género son de carácter extracontractual, porque que se viola el deber genérico de no dañar a otro o naeminem laedere.

Además, cabe recordar que la responsabilidad extracontractual es más favorable para la víctima, particularmente desde el punto de vista de la extensión del resarcimiento. De allí que no resulte conveniente elongar excesivamente el ámbito de la responsabilidad contractual, incluyendo dentro del mismo supuestos que razonablemente deberían tener cabida en el ámbito aquiliano (4)".

## **3. La Antijuridicidad**

Ninguna duda cabe de que los hechos constitutivos daños por violencia de género sea sexual o doméstica, son hechos antijurídicos porque el ordenamiento jurídico argentino ha aceptado como principio de derecho el *alterum non laedere*, que prohíbe dañar a otro sin justa causa y la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha asignado a este principio jerarquía constitucional. (5)

El Proyecto de reforma a los Códigos Civil y Comercial 2012 establece en su artículo 1717 el concepto diciendo que: - Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

En cuanto a la Asunción de Riesgos, en el sistema proyectado se establece que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

## **4. Relación de causalidad**

La relación de causalidad cumple una doble función como presupuesto de la responsabilidad.

En un primer momento, aparece vinculada directamente a la conducta dañosa, que en alguna medida integra. Es que la autoría no puede concebirse —en el derecho civil— aislada del daño, el que ha de haber sido causado,

como decíamos, por esa conducta. Hay pues un punto de contacto entre la conducta y el daño que permite atribuir la autoría.

En los daños producidos por la violencia doméstica lo que ocurre es que muchas veces las víctimas ignoran que el daño actual es el producto de la agresión pasada y ello entorpece el curso de los reclamos, porque cuando advierten la causa del daño, ha vencido el plazo de prescripción para reclamar.

En el segundo momento, la relación de causalidad permite mensurar la extensión de la reparación, atribuyendo al autor responsabilidad por las consecuencias que son atribuibles a su conducta antijurídica.

En esta segunda función, no cabe duda que la relación de causalidad constituye un presupuesto autónomo de la responsabilidad como lo propugna la mayor parte de la doctrina nacional. (6)

Cabe entonces analizar como el derecho civil atribuye al autor de una conducta antijurídica imputable las consecuencias de esa conducta.

En este punto, resulta capital la noción de causalidad adecuada que propone que el juez se retrotraiga mentalmente al momento de la acción para formular allí el juicio acerca de la idoneidad o no de la acción del dañador para producir el daño que reclama la víctima.

El juicio se hace entonces en abstracto y consiste en un juicio de probabilidad: causa del daño. La lesión por violencia que se indemniza es únicamente la condición que normalmente, según el curso ordinario y natural de las cosas, es idónea para producir el resultado dañoso.

Esto implica que no basta establecer que la acción era en general idónea para producir el daño, sino que también es necesario que las circunstancias intermedias hayan sucedido normalmente, sin la intervención de factores anómalos o extraordinarios.

Cuando el proceso intermediario está incidido por factores anómalos o intermediarios o extraordinarios, se produce la denominada interrupción del nexo causal o proceso causal atípico o inadecuado.

La interrupción del nexo causal excluye la responsabilidad del agresor. En este sentido, cabe señalar que por regla general interrumpen la relación causal el caso fortuito, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por el que no se debe responder.

### **5. Factor de atribución**

El factor de atribución debe ser necesariamente el dolo o la culpa.

En los casos de violencia doméstica producida durante el matrimonio un sector de la doctrina requiere la gravedad de la culpa para ser factor de atribución, señalando que sólo corresponde hacer lugar a la reparación por daños y perjuicios derivados de la violencia familiar cuando los hechos tienen una fuerza dañadora muy punzante en el prestigio, en las creencias? esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico, que provoquen una lesión al bien extrapatrimonial que debe ser compensada con carácter autónomo. Por ejemplo, el insulto en público con un verdadero escándalo, el adulterio desembozado, que produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge; los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves.

Entiende Cifuentes que para hacer lugar a la reparación el juzgador tiene que tener en cuenta la índole dolorosa y acentuada del ataque, que sobrepasa la mera relación matrimonial en sus implicancias, culpas y quiebras. (7)

En este sentido, podría sostenerse que no cualquier hecho de violencia en el matrimonio merece el amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra es menester requerir una fuerza dañadora muy punzante, una trascendencia de la ofensa fuera de lo común. Así, por ejemplo, será materia de reparación el daño extrapatrimonial a favor del esposo o esposa que ha sufrido la violencia verbal del otro, la actitud insultante del otro francamente insufrible, y no la violencia verbal aislada constituida por un exabrupto ocasional.

### **6. Los diferentes culpables**

La acción por responsabilidad civil extracontractual por violencia sexual o conyugal muchas veces no se intenta y ni siquiera se piensa, por la insolvencia del agresor.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la acción no solo puede ser seguida contra el agresor sino que también se puede intentar contra otras personas que resulten obligados indirectos porque con su comportamiento han permitido que los hechos de violencia tuvieran lugar o han contribuido a que el perjuicio de la víctima se agravara. Así, por ejemplo, no sólo se puede demandar a quien violenta sexualmente a un niño, sino que también se puede dirigir la acción contra los profesionales que en forma negligente han incumplido con la obligación de denunciar, o contra el padre no agresor que ha ocultado la agresión que su conviviente infería al menor y que de esta forma ha fallado en su deber de proteger al niño.

También deben ser considerados culpables de los daños que sufren las víctimas de violencia sexual por no cumplir con el deber de protección de las personas a su cuidado tanto las autoridades como las instituciones de protección de la infancia, los establecimientos educativos y hospitalarios, las autoridades penitenciarias o las policiales.

Los directores o autoridades de los servicios antes enumerados pueden ser demandados por su culpa personal o por la culpa de sus dependientes y también puede demandarse a los padres por la agresión cometida por sus hijos menores.

Al darle a la víctima la posibilidad de demandar tanto a quienes le causen directamente el daño como a los obligados a brindarle seguridad se le otorga una mayor posibilidad de que el daño no quede sin reparación por la insolvencia del agresor.

### **7. La responsabilidad por la culpa personal**

Muchas personas responden por su culpa personal con respecto a los daños de las víctimas de violencia. Por una parte, el agresor es responsable de las consecuencias de sus actos abusivos, pero otras personas también pueden ser responsables por no haber cumplido con su obligación de denuncia y de protección.

### **8. Los medios de defensa**

Entre las defensas que los demandados pueden invocar se encuentran el consentimiento de la víctima y la inmunidad conyugal.

### **9. El consentimiento de la víctima**

Uno de los medios de defensa más habituales de los accionados es la invocación del consentimiento de la víctima con el acto sexual, como eximente de la responsabilidad.

Hay que tener en cuenta que el consentimiento de la víctima, solo puede ser invocado en derecho penal, después de determinada edad, porque antes de ella no se puede concluir en la existencia de un verdadero consentimiento y en el derecho civil el consentimiento de la víctima debe ser libremente prestado, es decir, el consentimiento debe estar exento de explotación de la autoridad.

La asunción de riesgos por parte de la víctima solo puede eximir de responsabilidad si interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

### **10. El consentimiento en derecho penal**

El consentimiento de la víctima no puede ser invocado en los menores de 13 años de acuerdo al artículo 119 del Código Penal, que dice que será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

Si el niño tiene entre 13 y 16 años, el consentimiento puede ser invocado si el demandado tiene la misma edad y no está en una posición de autoridad sobre la víctima (art. 120 Cód. Penal) y el consentimiento entre los 16 y los 18 años es admitido como defensa siempre y cuando no se aproveche una situación de convivencia, dependencia con la víctima.

Por otra parte, el consentimiento es válido como eximente, si no ha mediado violencia, amenaza o abuso coactivo o de poder.

Algunos autores sostienen que el consentimiento no está nunca permitido como defensa en los casos de incesto para evitar la explotación en razón a la relación de autoridad que une al agresor con la víctima.

### **11. El consentimiento en el derecho civil**

Todos los motivos por los cuales el consentimiento del acto sexual no se considera válido en el derecho penal, son también pertinentes en el derecho civil, donde también se duda que exista libertad para consentir en un niño o en un adolescente frente a su padre.

El consentimiento no puede considerarse libremente prestado si se obtiene a través del aprovechamiento de una situación de dependencia de la víctima, como por ejemplo, si una drogadicta es abusada sexualmente por su médico a cambio del suministro de drogas, ya que en este caso no hay libertad en la toxicómana, que acepta tener relaciones sexuales en virtud de su dependencia.

### **12. El problema de los abusos iniciados cuando la víctima era menor y continuados en la mayoría de edad**

Hay ciertos casos en que las relaciones sexuales comienzan cuando la víctima es un niño y continúan en la adolescencia y en la mayoría de edad. En estos casos es difícil determinar si ha existido libertad en el consentimiento. No cabe duda que se debe responder por los daños causados durante la niñez, donde no se puede aceptar ningún tipo de consentimiento para eximir de responsabilidad. Cuando se llega a la mayoría de edad el consentimiento del adulto debe ser apreciado teniendo en cuenta la relación de la víctima con el agresor, ya que si la víctima se encuentra en posición de inferioridad física, psicológica o económica, su consentimiento con el acto sexual puede estar viciado.

### **13. La defensa de la inmunidad conyugal**

La existencia de matrimonio entre las partes no impide que la mujer demande al marido, porque lo contrario sería reconocer un derecho de corrección del marido sobre la esposa que resulta inadmisibles. [\(8\)](#)

## 14. La omisión del deber de denuncia

La ley de protección contra la violencia familiar 24.417, establece la obligación de denunciar los hechos de violencia sobre, menores, incapaces, ancianos o discapacitados a los servicios asistenciales, sociales o educativos públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor (Art. 2º). Por otra parte la ley 26.061, establece la obligación de denunciar a todos los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión (art. 31).

Por su lado, la Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres 26.485, establece la obligación de denunciar los actos de violencia en el artículo 18, que dice que las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomen conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito.

Cabe preguntarse si los profesionales podrían negarse a denunciar amparándose en el secreto médico establecido en el artículo 156 del Código Penal, que sanciona la divulgación sin justa causa por parte del médico tratante de los secretos confiados por su paciente —relativos a su salud— o de cualquier dato médico obtenido por el profesional en el marco de la consulta y tratamiento con una sanción de tipo penal (artículo 156 del Código Penal).

Por otra parte, el artículo 177 del referido cuerpo legal de forma establece que: "tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional."

Cabe señalar que el deber del médico de guardar el secreto profesional representa para el paciente la garantía de poder confiar detalles relativos a su vida íntima en relación a su salud con la seguridad de saber que lo que exprese en el marco de la relación médico-paciente no podrá ser divulgado, por este mandato tácito que referíamos al comenzar el trabajo.

¿Por qué el profesional del arte de curar que debe guardar el secreto médico al mismo tiempo debe denunciar la violencia sexual o de cualquier otro tipo sufrido por las mujeres, los niños, los discapacitados y los ancianos?

Estamos convencidos de que la ley le impone a los médicos la obligación de denunciar este tipo de violencia porque la denuncia es el camino más idóneo para permitir visibilizar el problema que suele caracterizarse por dos fenómenos simultáneos: 1) la esfera de intimidad en la que se desarrollan los hechos de violencia y 2) la repetitividad de los hechos (por acción u omisión) que lleva a cabo el violento hacia uno o varios de los integrantes del grupo familiar; y modo como se operacionalizan entre sí, concluyen en muchos casos con la víctima de violencia muerta o —en el mejor de los casos— con lesiones severas, ya sea físicas o psíquicas con el agregado que implica reconocer que el autor de los hechos violentos resulta ser un miembro del grupo familiar con el que hay —o hubo en algún momento— un lazo basado en el afecto y el cariño. (9)

Con la obligación de denunciar se intenta beneficiar tanto a la víctima como al grupo familiar, pues a través de la denuncia que realice el médico, se podrá visibilizar la problemática cotidiana que vive y sufre y asimismo, activar los mecanismos judiciales pertinentes para protegerla y contenerla, evitando su revictimización y protegiendo el entorno familiar.

Cabe preguntarse ¿cuál es la responsabilidad civil que le cabe al profesional que no denuncia frente a los daños sufridos por la víctima? Evidentemente el daño lo produce el agresor, pero la conducta de quien incumple la obligación de denunciar agrava el daño o no lo impide y debe responder por el agravamiento de la lesión o por su continuidad en el tiempo según las circunstancias del caso.

Cabe recordar que el Proyecto de Código Civil 2012 establece expresamente la obligación de prevención en el art. 1710 que dice "Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; c) no agravar el daño, si ya se produjo".

## 15. La prescripción extintiva

### 15.1. El Problema

Las víctimas de violencia sexual y de violencia familiar, muchas veces se encuentran tentadas de olvidar sus experiencias traumatizantes y muchas otras son incapaces de considerarse como víctimas y las más de las veces se encuentran imposibilitadas de hablar, aún después de haber cesado la violencia.

Pueden pasar muchos años antes de que ellas mensuren el perjuicio sufrido o se lo confiesen a alguien, en

estos casos, si ellas quisieran intentar una acción de reparación del perjuicio de manera judicial, se encontrarán entre otros obstáculos, con el de la prescripción extintiva. (10)

En efecto, la prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual es de dos años y este plazo corre contra los incapaces que tuvieran representantes legales (art. 3966 del C.C.).

Si bien es cierto que la prescripción no corre entre los cónyuges, aunque estén separados de bienes y aunque estén divorciados por autoridad competente, ésta limitación no se aplica a los concubinos, ni a las personas unidas de hecho.

Advertimos que el brevísimo término de dos años establecido para la prescripción liberatoria constituye un obstáculo serio para que las víctimas obtengan una reparación por el perjuicio resultante de la violencia sexual o familiar. Esto constituye una explicación parcial de la cuasi inexistencia de reclamaciones de este tipo en la Argentina.

#### 15.2. Los principios generales de la prescripción extintiva

Antes de tratar de qué manera la noción de la prescripción puede ser adaptada a la realidad de las víctimas de violencia sexual y conyugal, es necesario comprender los fundamentos de la prescripción y repasar los mecanismos que la tornan menos severa.

#### 15.3. Los fundamentos de la prescripción extintiva. La protección del orden público

Toda la doctrina autoral argentina justifica la prescripción extintiva en razones de orden público, explicando que el orden público está interesado en la desaparición de las obligaciones después de una larga inacción de los acreedores.

La prescripción aparece como una institución destinada a introducir la seguridad dentro de las relaciones jurídicas ante la falta de diligencia del demandante, evitando que sobre el deudor penda eternamente una espada de Damocles por persecuciones tardías.

Por otra parte, la inacción del acreedor genera una presunción de pago o de falta de interés que justifica el efecto de la prescripción.

Este razonamiento en general no es válido con respecto a las víctimas de violencia sexual o doméstica. En estos casos no se puede presumir que la víctima no accione porque no tiene interés en ser indemnizada, lo que ocurre es que en las más de las veces no acciona porque no puede. O bien porque tiene miedo de que si reclama reaparezca la violencia o bien porque ignora que el daño causado tiene relación de causalidad con la violencia que antaño sufriera.

#### 15.4. La suspensión y la interrupción

Si bien la prescripción se funda en razones de orden público, la suspensión y la interrupción también tienen el mismo fundamento porque de no existir ellas, algunos ciudadanos nunca podrían tener acceso a la justicia.

La suspensión de la prescripción consiste en la paralización de su curso por la existencia de causas concomitantes o sobrevinientes a su inicio, establecidas por ley.

Dicha suspensión constituye un beneficio de excepción que la ley acuerda en consideración a motivos de carácter especial.

Por otra parte, el art. 3981 del C.C. dice que el beneficio de la suspensión de la prescripción no puede ser invocado sino por las personas, o contra las personas, en perjuicio o a beneficio de las cuales ella está establecida, y no por sus cointeresados o contra sus cointeresados.

El Código Civil reconoce cinco situaciones suspensivas de la prescripción. Ellas son: a) la suspensión entre cónyuges (Art. 3969); b) la que opera a favor del heredero beneficiario respecto del crédito contra la sucesión (Art. 3972); c) entre padres, tutores y curadores y sus respectivos hijos, pupilos o curados; d) la interpretación del deudor en forma auténtica (Art. 3986); e) la deducción de querrela criminal. De todas ellas, a los fines de la violencia, resultan importantes la primera, la tercera y la quinta.

##### 15.4.1. La suspensión de la prescripción por vínculo matrimonial

La relación matrimonial genera dos situaciones suspensivas distintas, la primera está prevista en el artículo 3969 y la segunda en el 3970.

El artículo 3969 establece que la suspensión de la prescripción se mantiene aunque estén divorciados por autoridad competente. La mayoría de la doctrina entiende que esto no se aplica una vez disuelto el matrimonio por divorcio vincular. Por nuestra parte, pensamos que es importante que esta suspensión se mantenga para que las víctimas de violencia doméstica puedan demandar los daños y perjuicios producidos durante el matrimonio y a su disolución, ya que el divorcio no hace cesar de ninguna manera la violencia familiar como lo demuestran las estadísticas realizadas por la Oficina de Violencia Doméstica (OVD), que muestran que se producen después del dictado de la sentencia de divorcio. (11)

Por su parte el artículo 3970 establece que la prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de uno de los cónyuges hubiere de recaer contra el otro, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses.

En el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial 2012 se establece que el curso de la prescripción se suspende: a) entre cónyuges, durante el matrimonio; b) entre convivientes, durante la unión convivencial; c) entre las personas incapaces y con capacidad restringida y sus padres, tutores o curadores, durante la responsabilidad parental, la tutela o la curatela.

Advertimos que a diferencia del sistema actual en el sistema proyectado se suspende el plazo de prescripción durante el concubinato y la suspensión perdura mientras se encuentre el matrimonio y la unión convivencial.

Esto quiere decir que para el Código Civil y Comercial unificado después del divorcio las acciones de reclamación por los daños producidos por agresiones entre cónyuges tienen un plazo de prescripción de tres años que se cuenta desde que el divorcio se produce o desde el hecho dañoso si este tuviere lugar después del divorcio.

#### 15.4.2. El plazo de la prescripción corre para los incapaces.

En nuestro sistema, la prescripción corre contra todos los incapaces (12), incluidos los dementes.

Es decir que si un niño es agredido sexualmente por un sacerdote el plazo de prescripción corre contra el niño, si tiene representante.

Contra los incapaces que tienen representación, la prescripción corre porque nada impide al representante, que entre sus obligaciones, tiene el deber de realizar actos conservatorios de los créditos del representado.

Precisamente porque por más incapaces que sean, sus representantes no lo son, es que la prescripción no se suspende contra este tipo de personas.

El pobre incapaz, si es que su representante dejó prescribir su crédito, no queda totalmente desprotegido: puede accionar por daños y perjuicios contra el tutor o curador negligente.

La prescripción también corre contra el otro grupo de incapaces, los que no tienen representantes.

Esto es lo que claramente dice el art. 3966 CCiv. A pesar de que comienza diciendo "La prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales..." luego dice que "Si carecieren de representación se aplicará lo dispuesto por el art. 3890". Es decir que, pese a que una primera lectura pareciera indicar que la prescripción solo corre contra los que tuvieren representantes, lo cierto es que corre contra ambos tipos de incapaces.

"En nuestro sistema, se aplica en forma parcializada la máxima contra non valentem agere non currit praescriptio, sobre todo después de la reforma de la ley 17.711. No se aplica en forma total, porque la prescripción no se suspende contra ningún tipo de incapaces."

"La protección que tiene el incapaz sin representante, es que una vez que lo tenga, el tutor o curador tiene tres meses para pedir la dispensa". (13)

#### 15.4.3. El plazo de prescripción por agresiones sexuales a menores en el sistema del Código Civil y Comercial 2012

El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 establece en su artículo 2561 que el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres -3- años y determina un plazo especial de prescripción para el reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces de diez -10- años estableciendo que cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad.

#### 15.4.4. Suspensión de la prescripción por vínculo de la potestad

Si bien la ley solo se refiere a los tutores y curadores, se ha entendido pacíficamente que la prescripción también se suspende hasta que legalmente concluye el vínculo de potestad. Esto implica que hasta los 18 años no corre el curso de la acción prescripción por los daños producidos de los padres a sus hijos, pero no ocurre lo mismo contra el concubino de la madre o contra los otros parientes colaterales o por afinidad que abusan o violentan a los menores.

En el Proyecto de Código Civil Unificado se menciona que la prescripción no corre "entre las personas incapaces y con capacidad restringida y sus padres, tutores o curadores, durante la responsabilidad parental, la tutela o la curatela", mientras que en el actual Código, en el art. 3979 sólo se menciona a los tutores y curadores y la extensión a los padres fue obra de la doctrina. (14)

#### 15.5. Momento en el que empieza a correr el curso de la prescripción

Si bien el Código Civil no establece el momento en que comienza a correr el plazo de la prescripción de indemnización por daños y perjuicios, es claro que en principio es el del hecho generador del daño. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que "la prescripción del art. 4037 empieza desde que el titular de la pretensión toma conocimiento de que la acción indemnizatoria quedó expedita a su favor, cómputo que no se interrumpe para el heredero por la muerte de aquél" (CSJN, 21/10/82, ED, 104-258).

#### 15.6. La dispensa de los efectos de la prescripción cumplida

El artículo 3980 del Código Civil establece que cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho,



se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a librar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos inmediatamente."

La posibilidad de solicitar al juez la dispensa de la prescripción cumplida se mantiene en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 (15) aunque cabe señalar algunos cambios: a) El plazo se eleva de tres a seis meses, desde que se cumplió la prescripción. b) Se sigue hablando de dificultades de hecho, y no se mencionan las dificultades "de derecho", por lo que la polémica sobre su invocabilidad continuará (16), c) En cuanto a las maniobras dolosas, el actual art. 3980 dice que son "del deudor". El Proyecto sólo dice "maniobras dolosas". La duda es esas maniobras dolosas, vista la intencional supresión, podrán ser de alguien que no sea el deudor y que le impidan al deudor actuar sobre el vencimiento del plazo de prescripción.

Para que se produzca la dispensa de la prescripción debe existir una grave dificultad que obstaculice el ejercicio de la acción; se advierte en esto una fuerte aproximación con la fuerza mayor.

Creemos que la víctima de violencia doméstica o violencia sexual, mientras que esté sometida a las consecuencias de la violencia, es decir, mientras que no pueda reconocerse a sí misma como víctima o se encuentre imposibilitada de hablar, sufre una imposibilidad de accionar y por lo tanto puede ser dispensada de la prescripción. Lo mismo ocurre cuando aun existiendo la posibilidad de accionar por violencia, tal acción pudiera entrañar un grave riesgo para su persona o para sus bienes.

#### 15.7. La manifestación gradual del perjuicio

Las manifestaciones de los perjuicios de las víctimas no se producen de una sola vez sino de manera gradual y los daños se prolongan en el tiempo. En estos casos, el punto de partida de la prescripción no puede ser el de la aparición del primer perjuicio sino del último daño.

#### 15.8. Jurisprudencia de Quebec. El Caso L'affaire Gagnon c. Béchar (17)

En la jurisprudencia de Quebec se registra un caso sobre la prescripción extintiva en materia de agresión sexual.

Dos chicos en edad escolar fueron víctimas de abuso sexual por uno de sus preceptores. Sus padres iniciaron una acción por daños y perjuicios psicológicos después de vencido el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por daños que en Quebec es de un año. En primera instancia el juez rechazó la acción, haciendo lugar a la excepción de prescripción; En segunda instancia la Cámara, aplicó otro plazo de prescripción e hizo lugar a la demanda, sin tratar si había una imposibilidad de obrar que excusara la prescripción corrida, tal como había sido planteado.

Creemos que en el caso debió haberse tenido en cuenta la situación de los niños víctimas que tenían miedo del demandado y también del estigma de hablar.

Estos mismos principios se deben aplicar en el caso de las mujeres víctimas de violencia doméstica, cuando ellas sufren del síndrome de la mujer golpeada. En todos estos casos se produce una imposibilidad de accionar que permite la dispensa de la prescripción corrida.

Pero también hay que tener en cuenta que La dispensa de la prescripción cumplida, por reglar situaciones de carácter excepcional, es de interpretación restrictiva y la facultad conferida a los jueces debe ser ejercida con la máxima prudencia, debiendo ponderarse las "dificultades o imposibilidades de hecho" con relación a la persona misma del demandante. (18)

#### 15.9. El caso M (K) c M (H) — Notario (19)

En este caso la víctima a la edad de 28 años intentó una acción contra su padre, 12 años después de producidos los hechos. Las violaciones habían tenido lugar entre los 8 y los 16 años. El juez de primera instancia rechazó la acción porque se encontraba vencido el plazo de 4 años para intentar la acción. Para así decidir el magistrado de primera instancia tuvo en cuenta que a los 16 años la joven había confesado los abusos a los que la sometía su padre a un consejero estudiantil y consideró que a partir de ese momento ella se encontraba en condiciones de accionar y como la adolescente no accionó dentro de los cuatro años siguientes, estimó que el plazo se encontraba vencido.

La Cámara de Apelaciones confirmó el referido decisorio y la Corte Suprema lo revocó porque entendió que la víctima sufría el "síndrome del incesto" y que por lo tanto no podía accionar dentro de los cuatro años de ocurrido el hecho y que solo podía demandar a partir de que dejara de sufrir el síndrome del incesto.

En este orden de ideas cabe señalar que las víctimas de incesto sufren perjuicios que aparecen muchos años después que cesa el hecho, porque la agresión incestuosa se mantiene latente en la víctima durante la edad adulta y cuando los perjuicios se manifiestan la víctima ignora la relación de causalidad que existe entre los hechos incestuosos y sus problemas psicológicos. Solamente la terapia le permite a la víctima reconocer el nexo que existe entre sus problemas psicológicos y la agresión sufrida, y es recién allí cuando la agredida está en condiciones de accionar. (20)

En nuestro derecho para solucionar una situación como la descripta se debería aplicar la dispensa de

prescripción porque la víctima se encontraba imposibilitada de accionar.

#### 15.10. La evaluación de la imposibilidad de accionar

Para evaluar la posibilidad de accionar de la víctima los jueces deben valerse de la opinión de los expertos, porque no se puede recurrir al estándar de la persona razonable o al del buen padre de familia para determinar cómo una persona se comporta, cuando atentan contra su integridad física o psicológica.

### **16. Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. (21) Sobre Violencia contra las mujeres**

#### 16.1. Kontrovà c. Slovaquie (demanda n° 7510/04). (31.5.2007)

El 2/11/2002, la actora presentó una denuncia penal contra su marido, acusándolo de haberla agredido y golpeado con un cable eléctrico. La policía la ayudó a retirar la denuncia cuando fue a la comisaría acompañada por su marido. El 31/12/2002 el marido mató a sus dos hijos (nacidos en 1997 y 2001). La accionante no recibió ninguna reparación.

La Corte Europea consideró que la República de Eslovaquia violó el art. 2° (derecho a la vida de la Corte Europea de Derechos Humanos), por la falta de las autoridades del cumplimiento de su obligación de proteger la vida de los niños y el art. 13 (derecho a un recurso efectivo), para la madre, debido a la imposibilidad de la misma en obtener una reparación.

En el caso se condenó a pagar 25.000 euros en concepto de daño moral y 4.300 euros en concepto de gastos, es decir un total de 29.300 EUR, que fueron pagados el 03/12/2007. (22)

#### 16.2. Bevacqua y S. c. Bulgarie (demanda n° 71127/01). (12.6.2008)

La primera demandante era golpeada regularmente por su marido, lo deja y demanda el divorcio, llevándose con ella a su hijo de tres años de edad (segundo demandante). Según ella, su marido la seguía golpeando. Estuvo durante cuatro días en un refugio de mujeres con su hijo, pero fue advertida por la policía que podía ser procesada por secuestro del niño. Posteriormente, arribaron, con su marido a un acuerdo de custodia alternado, que el marido no cumplió. Las acusaciones que presentó en contra del mismo, provocaron nuevos hechos de violencia. Sus demandas para obtener la custodia de su hijo no fueron tratadas prioritariamente, obteniendo la misma una vez que el divorcio fuera decretado, un año más tarde. Al año siguiente fue nuevamente golpeada por su marido y las denuncias penales fueron rechazadas por considerar que se trataba de un "asunto privado o particular".

La Corte consideró que se violó el art. 8° sobre el derecho al respeto de la vida familiar, no habiendo las autoridades búlgaras adoptado las medidas necesarias para sancionar y controlar al marido de la demandante. La Corte Europea señaló igualmente que el hecho de considerar el conflicto entre la demandante y su marido, un "asunto particular", no se concilia con la obligación de las autoridades de proteger la vida familiar de sus demandantes. (La ejecución de esta sentencia está en curso).

La Corte condena a que le indemnicen 4.000 euros (EUR) por el daño moral y 3.000 EUR por los gastos. (23)

#### 16.3. Branko Tomašić et autres c. Croatie (n° 46598/06). (15.1.2009).

Los demandantes son los parientes de un bebé y su madre, muertos ambos por su marido y padre (quien luego se quitó la vida), un mes después de salir de la prisión donde había estado encarcelado, por haber amenazado de muerte a su mujer e hijo.

En el inicio, había recibido la orden de someterse a un tratamiento psiquiátrico durante su encarcelamiento y posteriormente si resultaba necesario, pero el Tribunal de Apelación ordenó el cese del tratamiento al momento de su liberación.

La Corte concluyó que se violó el derecho a la vida (art. 2°) ante la muerte de la madre e hijo. Las autoridades croatas no aplicaron la orden de exigir el mantenimiento del tratamiento psiquiátrico y el Gobierno no probó que el marido haya seguido dicho tratamiento durante su detención, como tampoco si fue examinado por un psiquiatra antes de ser liberado (la ejecución de la sentencia está en curso, pendiente).

La Corte condenó a pagar a los demandantes en forma conjunta la suma de 40.000 euros (EUR) por daño moral y 1300 EUR por gastos. (24)

#### 16.4. Opuz c. Turquie (n° 33401/02). (9.6.2009)

La demandante y su madre fueron agredidas y amenazadas durante años por el marido de la demandante, H. O., a quien le infringió numerosas heridas graves. En una sola excepción, los procesos en su contra fueron abandonados, desistidos, porque las dos mujeres, habían retirado sus demandas, aunque ellas habían explicado que H.O. las había acosado para ello, amenazándolas con matarlas si ellas mantenían sus denuncias. Posteriormente, el interesado H.O. recibió una multa de alrededor de 385 euros a pagar en varias veces por haber apuñalado a su esposa en siete oportunidades. Las dos mujeres plantearon numerosas denuncias, sosteniendo que sus vidas estaban en peligro. H. O. fue interrogado y posteriormente liberado. Finalmente, mientras que las dos mujeres intentaban partir, H. O. mató a su suegra, alegando que la misma había atentado contra su honor. Él fue condenado a cadena perpetua por asesinato, pero quedó en libertad, a la espera del

examen de su recurso, mientras que su esposa afirmaba que él continuaba amenazándola.

La Corte consideró que se violó el art. 2º (derecho a la vida), respecto a la muerte de su suegra y que vulneró el art. 3º (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) concerniente a la falta del Estado de proteger a la demandante. Turquía falló en su obligación de ejecutar y aplicar de manera efectiva un dispositivo apropiado para reprimir la violencia doméstica y de proteger las víctimas. Las autoridades no han aplicado los recursos y medidas de protección que ellos tenían y pusieron fin a los procesos bajo el pretexto que se trataba de "un asunto de familia", sin saber por qué fueron retiradas las demandas. El marco jurídico debería permitir continuar los procesos penales, aún en caso de retiro de denuncias.

La Corte también constató —por primera vez en un caso de violencia doméstica—, violaciones de los artículos 14 (prohibición de discriminación) combinado con los arts. 2 y 3. La violencia sufrida por las dos mujeres, estaba ligada a su género, a su sexo. En efecto, la violencia doméstica afecta principalmente a las mujeres y la pasividad generalizada y discriminatoria de las jurisdicciones turcas, crean un ambiente propicio para ese tipo de violencia. La indiferencia que la justicia muestra generalmente en la materia y la impunidad de los agresores, revela una falta de determinación de las autoridades turcas, sobre las medidas apropiadas que deben tomar para encarar el problema: los policías convencen a las mujeres de retirar sus demandas, los retrasos son frecuentes y los tribunales atenúan el rigor de las penas en nombre del honor y las tradiciones.

En cuanto a los daños morales, el Tribunal consideró que la solicitante ha sufrido, sin duda, angustia y sufrimiento a causa de la muerte de su madre y el fracaso de las autoridades para adoptar las medidas suficientes para prevenir la violencia doméstica perpetrada por su marido y darle castigo disuasivo y por tal motivo condenó a Turquía a pagar la suma EUR 30.000, con más las costas y gastos.

16.4. E.S. et autres c. Slovaquie (nº 8227/04). (15.9.2009).

En 2001, la denunciante deja a su marido y seguidamente presenta demanda contra el mismo, alegando que la maltrataba, a ella y a sus hijos, y que había abusado sexualmente de una de sus hijas. Dos años más tarde, el interesado fue condenado a cuatro años de prisión por violencia y abuso sexual. La demanda de la denunciante de que se ordenara al marido dejar el domicilio conyugal fue rechazada por el tribunal, considerando que no tenía el poder de restringir el acceso al domicilio del marido (ella no podía poner fin al contrato después del divorcio). Los denunciantes tuvieron que dejar su domicilio, la familia y sus amigos.

La Corte, consideró que Eslovaquia falló en otorgar a los denunciantes la protección inmediata necesaria contra la violencia de su marido y padre, violando los arts. 3 y 8 (prohibición de tratamientos inhumanos y degradantes y el derecho al respeto de la vida privada y familiar). La ejecución de la sentencia está pendiente.

16.5. A. c. Croatie (nº 55164/08). (14.10.2010).

Según la denunciante, su ex marido (quien sufre de graves problemas mentales, entre ellos angustia, paranoia, epilepsia y stress post-traumático), la sometió durante muchos años y de manera reiterada a violencia psíquica y a amenazas de muerte, generalmente delante de su hija. Después de estar refugiada en un lugar mantenido en secreto, la denunciante solicita una medida de protección suplementaria, para prohibir a su ex marido que la acose y la persiga. Fue desestimado, porque no pudo probar que su vida estaba directamente amenazada.

La Corte consideró que se violó el art. 8º (derecho al respeto a la vida privada y familiar), por cuanto las autoridades croatas fallaron en tomar numerosas medidas ordenadas por los tribunales para proteger a la denunciante o para curar, atender los problemas psiquiátricos de su ex marido (aparentemente eran el origen de su comportamiento violento). Además, no se sabe con certeza si él siguió algún tratamiento psiquiátrico.

La corte dijo que Croacia debe pagar a la solicitante 9.000 euros (EUR) por daños morales y EUR 4 470 para costos y gastos. [\(25\)](#)

16.6. Hajduová c. Slovaquie (nº 2660/03). (13.11.2010).

El ex marido de la denunciante fue hospitalizado en un establecimiento psiquiátrico después que la agrediera en público, profiriendo amenazas de muerte. Con heridas leves y temiendo por su vida y su seguridad, la denunciante buscó refugio en una ONG con sus hijos. Su marido fue liberado sin haber seguido un tratamiento y reiteró sus amenazas. La demanda de la denunciante respecto de que continúe su ex marido el tratamiento, fue rechazada.

La Corte recordó que Eslovaquia tiene la obligación de proteger la integridad física y mental de las personas, en particular, cuando se trata de personas vulnerables, víctimas de violencia familiar. La Corte consideró que se violó el art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), incluso si las amenazas del ex marido no se traducen en actos concretos de violencia a la salida del hospital, los temores de la interesada sobre las amenazas del agresor estén fundados y las autoridades hayan fallado en su obligación de ordenar su internación para un tratamiento psiquiátrico. Respecto a la reparación satisfacción, la corte dijo que la Eslovaquia debe pagar al solicitante 4.000 euros (EUR) por daños morales y 1.000 euros para costos y gastos.

## 17. Conclusión

Las víctimas de violencia sexual pocas veces reciben indemnización por sus perjuicios, menos aún si

provienen de abusos incestuosos producidos durante la infancia.

Si bien las medidas civiles pueden llegar a poner fin a la violencia y la existencia de sanciones penales puede proporcionar cierto efecto disuasorio, ni las medidas civiles ni las sanciones penales ayudan a compensar a las víctimas por las tremendas lesiones psicológicas físicas y emocionales sufridas.

Las víctimas de violencia requieren de costosos tratamientos psicológicos y médicos para superar los efectos debilitantes de la violencia; flagelo que además les produce grandes daños materiales, entre ellos la pérdida de días de trabajo y de posibilidades de estudio y producción. Estos daños en general no se reparan.

Entendemos que no basta con sancionar penalmente, ni con impedir civilmente la continuidad de la violencia, sino que es imprescindible que tanto los dañadores como quienes contribuyen con su conducta a agravar el daño o a prolongarlo en el tiempo deben responder por los perjuicios sufridos por las víctimas de violencia sexual o doméstica de una manera integral y eficaz. En tal sentido, consideramos que los Estados que no garanticen el acceso a esta indemnización también deben responder frente a las víctimas, tal como lo ha ordenado en múltiples oportunidades la Corte de Derechos Humanos de Europa.

(1) Por ejemplo puede ocurrir que un hombre en la edad adulta sea impotente y no relacione este mal con una violación sufrida de niño o que una mujer sea frígida y no sepa que la causa de su estado es la violencia recibida en su niñez.

(2) Sobre el tema de Violencia de Género y Patrones Socio Culturales, ver DEL MAZO, Gabriel, "La violencia de género contra las mujeres y la influencia de los patrones socioculturales", DFyP, 2012 (enero-febrero).

(3) CASIELLO, J. J. Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil, LA LEY, 1989-B, 911; ALTERINI, Atilio - LOPEZ CABANA, Roberto. Temas de responsabilidad Civil, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 11 y siguientes; ALTERINI, Atilio. Responsabilidad civil., cit. Cap. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992; GOLDENBERG, Isidoro, Indemnización por daños y perjuicios, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 103 y siguientes; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría General de la responsabilidad Civil., Abeledo Perrot, 1993, p. 94 y siguientes, citados por FERRER, Francisco, Daños resarcibles en el divorcio, Abeledo Perrot, 1997, p. 57.

(4) PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, t. 2, Hammurabi, 1999.

(5) CSJN 5-8-86, Santa Coloma, Luis F. y otro c. Ferrocarriles Argentinos, JA, 1986-IV-624.

(6) RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Abeledo Perrot, 1995, p. 494.

(7) CIFUENTES, Santos. El divorcio y la responsabilidad por daño extrapatrimonial LA LEY, 1990-B, 805.

(8) MEDINA, Graciela. "Daños en el derecho de Familia", Rubinzal. p. 101.

(9) GONZALES MAGAÑA, Ignacio, Los límites del secreto profesional frente a la obligación de denunciar que la ley 24.417 impone a los profesionales de la salud en RFDyP mayo 2013. "Los límites del secreto profesional frente a la obligación de denunciar que la Ley N° 24.417 impone a los profesionales de la salud" Cita: IJ-LXVII-831, 8/05/2013.

(10) En el Código Civil Argentino, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por daños y perjuicios, derivados de la responsabilidad civil extracontractual, prescribe a los dos años. Art. 4027 del C.C.

(11) MEDINA, Graciela, "Crecimiento de las denuncias de violencia doméstica en la Capital Federal". DFyP Marzo 2011, p. 20.

(12) Vélez Sársfield se apartó de la fuente que fue el antiguo art. 2252 del código Civil francés, que decía que la prescripción se suspendía contra los menores. Siguió a Durantón (DURANTON, M., Cours de droit civil français, t. XXI, Thorel, Paris, 1837, p. 481, nro. 290) y explicó en la nota que "el menor, representado por su tutor, no es igual al mayor de edad. En cuanto al menor emancipado, podemos decir que siendo la prescripción,

una vía indirecta para enajenar, no podría enajenar por este medio sus bienes inmuebles, cuando por las disposiciones del título "De los menores", no puede vender ni enajenar sus bienes raíces. Por iguales prohibiciones que en ese título, los menores emancipados no podrían por la prescripción causar la liberación de un deudor suyo de cantidad de pesos". La doctrina nacional criticó duramente el precepto. Así Spota decía que "si el fundamento de la prescripción es el de afianzar la paz jurídica, propendiendo a la estabilidad de las situaciones jurídicas y a la seguridad del tráfico, no siempre se justifica que el legislador observe un criterio amplio al establecer las causales que suspenden la prescripción. Ello vale, también para la usucapión, con el fin de tornar segura la adquisición del dominio y de otros derechos reales que pueden quedar sometidos al hecho adquisitivo. De ahí que, frente al incapaz o al ausente la prescripción debe correr". SPOTA, Alberto G., Tratado. Parte general, Parte general, vol. 38 -10- Prescripción y caducidad, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 272. La suspensión establecida en beneficio de los incapaces prolongaba en demasía las situaciones de incerteza, provocando que nadie pudiera saber con seguridad que su derecho no iba a ser atacado, además de que por una sucesión de minoridades, la prescripción se podría alargar un tiempo demasiado largo. CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., Derecho de las obligaciones, t. III, t. I, Platense, La Plata, 1975, p. 543. Algunos autores dicen que en ciertos casos esta suspensión llegó a durar sesenta años. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Prescripción, Advocatus, Córdoba, 24, p. 41.

(13) LÓPEZ HERRERA, Edgardo "Dispensa de la prescripción a favor de un incapaz sin representación" LLC, 2009 (mayo), 359. RCyS, 2009-VI, 45. DJ 16/09/2009, 2579.

(14) LOPEZ HERRERA, Edgardo, "La prescripción liberatoria y la caducidad" p. 1129 en "Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" Dirigido por Rivera, Julio Cesar, Medina, Graciela.

(15) Art. 2550 "El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los SEIS (6) meses siguientes a la cesación de los obstáculos." "En el caso de personas incapaces sin representantes el plazo de SEIS (6) meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante.

(16) El mismo Vélez en la nota al art. 3980 ejemplificaba con una imposibilidad de derecho.

(17) Gagnon c. Béchar, [1993] R.J.Q. 2019 (C.A.), VÉZINA, Natalie "Préjudice matériel, corporel et moral: Variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité" [http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume\\_24/24-1-vezina.pdf](http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_24/24-1-vezina.pdf) consultado el 3 de Junio del 2013.

(18) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/08/1991, Olaverria, Armando N. c. Provincia del Chaco. • LA LEY, 1992-A, 43, DJ, 1992-1, 400, ED, 145-125, AR/JUR/40/1991.

(19) M.(K.) v. M.(H.): Supreme Court Canada Judgments 1992-10-29 Report citation: [1992] 3 S.C.R. 6 Case number: 21763 Judges: La Forest, Gérard V.; L'Heureux-Dubé, Claire; Sopinka, John; Gonthier, Charles Doherty; Cory, Peter de Carteret; McLachlin, Beverley; Iacobucci, Frank.

(20) Lamm Jocelym B Easing Access to the Courts for Incest Victims: Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule. May, 1991, 100 Yale L.J. 2189 <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=100+Yale+L.J.+2189&srctype=smi&srcid=3B15&key=ef659f464e5ee05464685cc6f65bcaa1>, Consultado el 3 de Junio del 2013.

(21) Fuente: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) Fecha de consulta: 3/06/2013. Ficha temática: Violencia contra las mujeres. (versión en francés).

(22) [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?{"itemid":\["001-104346"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?{)

(23) <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2388402-2578593>, consultado el 3 de junio del 2013.

(24) [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-ress/pages/search.aspx#{ \"display\":\[\"1\"\],\"dmdocnumber\":\[\"845540\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-ress/pages/search.aspx#{\)

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-ress/pages/search.aspx#{\)

(25) [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-ress/pages/search.aspx#{ \"display\":\[\"1\"\],\"dmdocnumber\":\[\"875657\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-ress/pages/search.aspx#{\) consultado el 3 de Junio del 2013.