

**"Los de afuera no son de palo"
Legitimación activa y obligación de denunciar en la ley 24417 de "Protección
contra la Violencia Familiar"[1]**

Por María Victoria Famá

Fecha: 15-04-2004

Sumario: I) Introducción. II) Los diferentes supuestos que contempla la ley. III) Casos en los que la víctima de la violencia es mayor de edad y capaz. IV) Casos en los que existen niños o incapaces. V) ¿Quiénes están obligados a hacer la denuncia? VI) Plazo para denunciar VII) Consecuencias del incumplimiento del deber de denunciar. VIII) A modo de colofón

Texto completo

I) Introducción

A lo largo del presente trabajo analizaremos la legitimación activa y la obligación de formular la denuncia de violencia familiar en el marco de la ley 24.417.

Más allá de la definición que ofrece la mentada ley, partiremos del concepto de violencia domestica elaborado por el Consejo de Europa y receptado por prestigiosos autores.

En este sentido, es violencia familiar “toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica, o incluso la libertad de otro de los miembros de la misma familia, que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad”[2].

Consideraremos los diferentes supuestos que presenta el problema. En particular, desarrollaremos las posibilidades que pueden plantearse si la víctima de la violencia es mayor de edad y capaz, y cuando se trata de niños o incapaces.

Examinaremos, finalmente, quiénes se encuentran obligados a formular la denuncia y las posibles consecuencias que puede acarrear el incumplimiento de dicho deber.

II) Los diferentes supuestos que contempla la ley

La ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, que rige dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, distingue dos tipos de denuncias: la voluntaria y la obligatoria.

La denuncia voluntaria está prevista por el art. 1º de la norma, que señala que “toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita...”; y por la segunda parte del art. 2º de la ley, al decir que “el menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público”.

La normativa citada reconoce, entonces, dos clases de denuncias voluntarias: por un lado, la denuncia entablada directamente por el adulto víctima de la violencia ante el juez; por el otro, aquélla formulada de manera indirecta por el menor o por el incapaz, a través del Ministerio Público.

La obligatoriedad de la denuncia surge de la primera parte del art. 2° de la ley, que establece que “cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/ o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor”.

III) Casos en los que la víctima de la violencia es mayor de edad y capaz

Aunque la sanción de la ley 24.417 ha representado un avance para la solución del problema de la violencia doméstica, en algunos aspectos se ha quedado a mitad del camino[3].

En cuanto al tema que nos ocupa es preciso recordar que, cuando se trata de adultos víctimas de violencia, solamente se encuentra legitimado para entablar la denuncia el propio damnificado.

Entendemos que la solución legal es limitada, ya que no da una respuesta adecuada a todos los supuestos que pueden plantearse. Si bien es cierto que, en la mayoría de los casos, la persona adulta se encuentra posibilitada de acceder al Tribunal y formular la denuncia pertinente, no lo es menos que en otros supuestos la víctima no tiene recursos emocionales suficientes para tomar una decisión de tal magnitud.

Puede discutirse si debe respetarse o no la determinación de un adulto plenamente capaz de permanecer inactivo ante el maltrato que sufre cotidianamente. Puede hablarse de “libertad personal” o de “derecho a la intimidad”, sin embargo, estos derechos subjetivos no parecen ser una opción para las víctimas de violencia familiar.

Cecilia Grosman e Irene Martínez Alcorta han señalado que hubiera sido deseable acordar a los familiares de la víctima la posibilidad de reclamar protección judicial, puesto que son ellos quienes muchas veces deben asistir a hechos de violencia que les provocan, asimismo, mortificaciones y perturbaciones físicas o psíquicas[4].

Creemos con las autoras mencionadas que, en ese caso, existe un derecho subjetivo propio y concreto de las personas afectadas por la violencia (aunque sólo sea de manera indirecta), que las legitimaría a pedir la tutela judicial.

Pero creemos también que, en otros supuestos, aún cuando no exista un perjuicio concreto, un tercero ajeno a la situación de violencia (amigo, vecino, etc.) podría formular la denuncia pertinente con la finalidad de proteger a la víctima que, debido a la existencia de imposibilidad física o psíquica, no se encuentre en condiciones de presentarse ante el juez.

Ello requiere, necesariamente, la citación ulterior de la persona que ha sufrido el abuso a los fines de ratificar la denuncia realizada por el tercero que, obviamente, no se constituye en parte del proceso.

Sabido es que las familias donde está presente la violencia se caracterizan por relaciones asimétricas en las cuales uno es el dominador y el otro el dominado. Ello conlleva a sentimientos de miedo, terror, opresión, desvalorización y un deterioro progresivo de la aptitud de la víctima para asumir su propia defensa[5].

Quienes sufren abuso se hallan ubicados en un lugar de subordinación y sumisión que los aísla cada vez más del medio social y los paraliza, impidiéndoles reaccionar y pedir ayuda. Es por ello que, muchas veces, las personas maltratadas no se encuentran preparadas para exigir sus propios derechos.

Los testimonios que surgen de la compulsión de expedientes judiciales muestran que la denuncia es un proceso que necesita tiempo y requiere el apoyo y la contención de una red familiar o social. La familia y las redes barriales constituyen el soporte emocional y material indispensable no sólo para efectuar la denuncia, sino para poder sostenerla[6].

Por todo lo expuesto, la solución propuesta, que podría ser considerada algo extrema en el contexto de la ley 24.417, se perfila como la nueva tendencia normativa y ha sido receptada en diversas legislaciones provinciales y extranjeras.

En la ley chilena N° 19.325 de 1994, por ejemplo, tratándose incluso de un adulto, la denuncia no sólo la puede formular el propio afectado, sino también sus ascendientes o descendientes, o cualquier otra persona que tenga conocimiento directo de los hechos (art. 3°).

En la ley peruana N° 26.260 de 1993, la denuncia puede ser formulada por los parientes consanguíneos del afectado y por cualquier persona que conozca los actos de agresión.

En el mismo sentido, el art. 8° de la ley 17.514 de Violencia Doméstica de la República del Uruguay establece que “cualquier persona que tome conocimiento de un hecho de violencia doméstica, podrá dar noticia al Juez competente en la materia, quien deberá adoptar las medidas que estime pertinentes de acuerdo a lo previsto en esta ley. Siempre que la noticia presente verosimilitud, no le cabrá responsabilidad de tipo alguno a quien la hubiere dado”.

El art. 7°, inc. c) de la ley 7.586 contra la Violencia Doméstica de Costa Rica prevé, en el supuesto de personas damnificadas mayores de edad, la posibilidad de que un tercero formule la denuncia pertinente si la víctima está imposibilitada por encontrarse grave como producto de una situación doméstica. La norma establece en el art. 8° que, en tal caso, la solicitud presentada por el tercero requerirá autenticación.

El decreto ley 902 de 1996 de la República del Salvador dispone en el art. 13° que “toda persona que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de violencia intrafamiliar, podrá denunciarlo o dar aviso a la Policía Nacional Civil, a los Tribunales competentes y a la Procuraduría General de la República”.

El Decreto ley 97- 96 para “Prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Intrafamiliar” de Guatemala, en su art. 3° señala que la denuncia podrá hacerse por cualquier persona cuando la víctima agraviada sufra de incapacidad física o mental, o cuando la personal se encuentra impedida de solicitarla por sí misma. Asimismo, podrá formularla cualquier miembro del grupo familiar, en beneficio de otro.

También es vasta la legitimación activa en la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar de 1996 de México (art. 12).

Es más restringida, en cambio, la legitimación que propugna la Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia de la República de Venezuela de 1998, que la extiende sólo a los parientes consanguíneos o afines, y no a cualquier tercero, como asimismo al representante del Ministerio Público y la Defensoría Nacional de los Derechos de la Mujer y a las organizaciones no gubernamentales destinadas a la defensa de los bienes jurídicos protegidos en esta Ley, creadas con anterioridad a la perpetración del hecho punible (art. 31).

En nuestro país, la ley 12.569 de la ley de Protección contra la Violencia Familiar de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 3°, establece una legitimación activa para formular la denuncia tan amplia que faculta a hacerlo a todo ciudadano que tome conocimiento del hecho[7].

Con mayor precisión, ley 2.212 de la Provincia de Neuquén dispone en el art.7° que “si la víctima del maltrato o abuso estuviera impedida de hacer la denuncia, cualquier persona que haya tomado conocimiento del hecho deberá comunicarlo al juez competente”. Una disposición similar contiene la ley N° 39 de Tierra del Fuego (art. 2°).

Algo más acotada en cuanto a la extensión de la legitimación, la ley N° 3.042 de la Provincia de Río Negro establece en su art. 12° la obligación de denunciar los hechos por parte de los servicios sociales, asistenciales, educativos, profesionales de la salud y todo agente público en cumplimiento de su labor, no sólo ante la presencia de menores e incapaces, sino también cuando la víctima fuera mayor y estuviera impedida de hacer la denuncia. Preceptos análogos contiene la Ley N° 11.529 de la Provincia de Santa Fe (art. 3°).

Lo que merece ser resaltado de las tres últimas legislaciones mencionadas, es que en ellas se determina que, aún tratándose de víctimas mayores de edad, constituye una obligación presentar la denuncia para los sujetos indicados por la ley.

Las leyes de Río Negro y Tierra del Fuego exigen, en ese caso, que exista un impedimento de hacer la denuncia para los adultos afectados. Si bien ello no resulta expresamente de la redacción de la ley santafesina, se infiere implícitamente del sentido de la norma.

En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, y a pesar de la falta de previsión legal, coincidimos con el criterio que sostiene que, de formularse la denuncia por cualquier tercero siendo la víctima mayor de edad, resulta conveniente que el Tribunal acepte la presentación y cite al damnificado a ratificar los términos de la denuncia entablada[8], procedimiento que, de hecho, suele seguirse en diversos Juzgados de Familia.

La posibilidad de ampliar la legitimación activa en la forma señalada se adecua a la normativa internacional de rango constitucional y, especialmente, al contenido de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (“Convención de Belem do Pará”), aprobada por nuestro país con fecha del 13 de marzo de 1996 mediante la ley 24.632, que entró en vigor con posterioridad a la sanción de la ley 24.417 y que, si bien no goza de jerarquía constitucional, es un tratado internacional con rango superior frente a las leyes internas (conf. art. 31 y art. 75, inc. 22° de nuestra Carta Magna).

En particular, la Convención citada, en su art. 7°, inc. f) establece el deber de los Estados parte de “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyen, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”.

No hay acceso efectivo a la justicia mientras se adopte un sistema legal que conceda legitimación activa para denunciar sólo a la víctima del abuso, aún cuando medie imposibilidad física o psíquica de promover la denuncia.

IV) Casos en los que existen niños o incapaces

Hemos señalado que la ley 24.417 determina la obligatoriedad de denunciar cuando los damnificados son menores o incapaces, ancianos o discapacitados.

Mucho se ha hablado de las imprecisiones terminológicas de la norma. Sabido es que los ancianos no son incapaces y, por lo tanto, no tienen representante legal. Tampoco el discapacitado es necesariamente un incapaz.

Estos casos se encuentran, entonces, incluidos en el ámbito de aplicación del art. 1° de la ley, que dispone la voluntariedad de la denuncia. Sin embargo, es en estos supuestos en los que puede darse con mayor frecuencia una imposibilidad física o psíquica que paralice al damnificado para realizar la denuncia pertinente. Es por ello que es preciso modificar la ley a los fines de admitir la legitimación del tercero para denunciar, en los términos desarrollados en el punto precedente.

Aclarada esta cuestión, debe interpretarse que el art. 2° de la ley 24.417 se refiere exclusivamente a la obligatoriedad de denunciar cuando se trata de menores o incapaces.

Consideramos que dentro de esta categoría se incluyen dos supuestos: aquéllos en los que los niños o incapaces son las víctimas directas de la violencia; y aquellos casos en los que los niños o incapaces son testigos de situaciones de violencia provocadas en el seno de su familia.

Afirmamos que, en ambos casos, la denuncia debe ser obligatoria y ello porque, tanto en uno como en otro contexto, el niño es víctima de maltrato. Piénsese por ejemplo, en el caso frecuente de niños que presencian escenas de violencia y que por esta razón corren el riesgo de repetir, en el futuro, el modelo familiar de abuso. En este supuesto, la

visión de tales escenas representa para el niño un maltrato psíquico frente al cual el reclamo de protección resulta necesario y justo[9].

Obviamente, cuando se trata de menores e incapaces, es conveniente admitir la obligación de toda persona que tome conocimiento de los hechos de violencia de formular la respectiva denuncia, sin que ello signifique, como adelantáramos, constituirse en parte del proceso.

El bien jurídico protegido es la integridad psíquica, física, sexual y patrimonial de los niños e incapaces, derechos que poseen jerarquía constitucional.

En este caso, a diferencia del supuesto donde sólo hay adultos involucrados, el compromiso de los terceros es mayor, ya que es mucho menor la posibilidad de defenderse de las víctimas del maltrato.

La solución propuesta es la que más se ajusta a la normativa constitucional vigente luego de la reforma al art. 75 inc. 22° de nuestra Carta Magna y, en particular, a la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo preámbulo nos recuerda que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, y cuyo art. 19 establece que “los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Es obligación del Estado, entonces, procurar por todos los medios la protección de los niños víctimas de maltrato de cualquier tipo; protección que debe extenderse a los incapaces en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, ya que la ley 448 reconoce a todas las personas en su relación con el sistema de salud mental los derechos que integran la Convención de los Derechos del Niño.

La obligación estatal implica, como primera medida, legislar de manera tal de brindar las herramientas necesarias para hacer efectivo dicho amparo. Facilitar los caminos para tomar conocimiento de una situación de violencia o abuso parece ser una de las vías idóneas para cumplir tales objetivos.

La solución propuesta ha sido receptada en nuestro país por la ley de la Provincia de La Rioja, N° 6.580 que en su art. 7°, inc. c) establece la obligación de efectuar la denuncia de “toda persona que fehacientemente tome conocimiento expreso de los hechos de violencia...”.

Es valiosa la extensión contenida en dicha norma, ya que satisface la filosofía de las leyes que regulan la violencia familiar, que se traduce en la conveniencia de promover

el compromiso de toda la comunidad de terminar con políticas abstencionistas cuando las víctimas se encuentran en condiciones de desvalimiento[10].

Es preciso destacar que, en el marco de la ley 24.417, cuando se trata de menores e incapaces, es posible que cualquier ciudadano formule la denuncia ya que, si bien la ley no lo autoriza expresamente, tampoco lo prohíbe. Además, tal postura resulta coherente con la finalidad tuitiva de la norma y con las disposiciones del art. 234 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial relativas al proceso de protección de persona[11]. La presentación podrá evacuarse por ante el Ministerio Público quien, ante la recepción de la denuncia, deberá verificar mínimamente su verosimilitud antes de dar intervención a la justicia.

V) ¿Quiénes están obligados a hacer la denuncia?

Conforme señaláramos precedentemente, según el art. 2º de la ley 24.417, cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales, el ministerio público, los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor.

Las personas, instituciones y/ u organismos mencionados son los únicos obligados legalmente a realizar la denuncia ante la detección de un caso de violencia familiar. No se encuentran obligados los terceros que, sin ser representantes legales del damnificado, tomen conocimiento de la existencia de violencia.

Ello no obsta, reiteramos, a que cualquier persona pueda acercarse a la Defensoría de Menores e Incapaces y realizar la denuncia pertinente. En ese caso, el menor o el incapaz será representado por el Ministerio Público, quien deberá elevar las actuaciones al Juzgado de Familia que corresponda.

Es probable que exista en los terceros ajenos a la situación cierta resistencia a tomar partido. Es que la familia es vivida como un espacio de privacidad en el cual no se debe intervenir. Se incluye, dentro de ese concepto de privacidad, el derecho de los padres a criar a sus hijos de acuerdo a su buen saber y entender, criterio que conduce a una privatización de la persona del niño como si fuese un objeto[12].

Para favorecer la obligación de denunciar malos tratos, el legislador debería proteger expresamente al denunciante de buena fe, brindándole indemnidad e inmunidad civil y penal contra las acciones legales de los victimarios tendientes a presionarlos, perseguirlos, atacarlos o intimidarlos[13].

Experiencias como la holandesa han mostrado su eficacia. Allí se han habilitado servicios sociales y administrativos denominados “Consultorios de Médicos de Confianza en Materia de Maltrato de Menores”, a las cuales puede acudir cualquier persona para revelar un hecho o sospecha de maltrato infantil, sin necesidad de mencionar el nombre del informante. El consultorio funciona las veinticuatro horas de día y posee medios propios para investigar y verificar el hecho denunciado. Comprobada la situación de abuso, se interviene en la familia. Si la intervención es

rechazada y el caso es grave, se lo deriva al Consejo de Protección dependiente del Ministerio de Justicia. Recién si fracasa esa instancia, se acude al Juzgado de Menores para que dicte las medidas de amparo[14].

En nuestro país, tomando en cuenta la frecuente resistencia a denunciar de quienes se hayan legalmente obligados, algunas leyes provinciales admiten la reserva de la identidad del denunciante. Es el caso, por ejemplo, de las leyes de Neuquén y Santa Fe. Esta última, establece en particular la reserva de identidad de los funcionarios públicos obligados.

La ley neuquina es más amplia. Dispone en el art. 8° que “por razones de seguridad los organismos que reciban las denuncias por violencia familiar y los que intervengan en la sustanciación del proceso, mantendrán en reserva la identidad del denunciante”.

En la Ciudad de Buenos Aires, y en cuanto al deber que compete a los funcionarios públicos, la ley 710 del 29 de noviembre de 2001, reglamentaria de la ley 24.417, prevé en su art. 1° que “el agente público, que en razón de su labor se encuentre obligado a asistir, diagnosticar, peritar o efectuar denuncia por violencia intrafamiliar o abuso sexual (...), puede solicitar asesoramiento a la Procuración General de la Ciudad, quien debe prestarlo al sólo requerimiento”.

El art. 2° de la norma citada contempla la posibilidad, para tales agentes, de requerir el patrocinio de la Procuración General si fueran demandados civilmente en cumplimiento de la obligación prevista por el art. 2° de la ley 24.417. La Procuración General designará un abogado para que asesore legalmente al obligado dentro del segundo día de notificada de las necesidades de practicar pericias o efectuar denuncias (conf. art. 3°).

Las funciones establecidas a la Procuración General por la ley 710 son de carácter transitorio, a regir por el término de un año hasta la creación del Servicio de Asesoramiento Jurídico Integral en temas de violencia intrafamiliar y/ o abuso sexual.

La finalidad última de la ley citada es la de promover las denuncias por parte de las personas obligadas legalmente, proporcionándoles asesoramiento y patrocinio gratuito en caso de ser demandadas civilmente.

VI) Plazo para denunciar

El art 4° del decreto 235/96, reglamentario de la ley de Protección contra la Violencia Familiar, establece que “la obligación de denuncia a que se refiere el art. 2° de la ley 24.417, será cumplida dentro de un plazo máximo de 72 horas, salvo que, consultado el programa previsto en el tercer párrafo del art. 2° de esta reglamentación surja que el caso se encuentra bajo atención o que, por motivos fundados a criterio del denunciante, resulte conveniente extender el plazo”.

Como bien señala Aída Kemelmajer de Carlucci, aunque no se lo explicita, es evidente que la segunda opción rige sólo si el denunciante es persona capaz. Si es incapaz, y la cuestión no está bajo tratamiento de los organismos especializados, la denuncia debe ser

elevada al juez, quien resolverá si es conveniente o no suspender el dictado de las medidas reguladas en la ley[15].

Se ha dicho en reiteradas ocasiones que el plazo previsto por la ley puede resultar exiguo en algunos supuestos. Es preciso tener en cuenta que no siempre es conveniente la judicialización inmediata de los casos que están siendo atendidos por los servicios sociales o por profesionales de la salud.

Si el error por la no detección del problema puede redundar en consecuencias fatales para la víctima, no es menos cierto que, aunque poco frecuente, no dejan de tener consecuencias dañosas para la integridad familiar las denuncias infundadas. Éstas constituyen una forma de violencia familiar que puede perturbar o dañar al niño o el incapaz por otras vías[16].

Por ello, en numerosas ocasiones y salvo la existencia de flagrante delito, antes de derivar el caso a la justicia se lleva a cabo una valoración interprofesional (incluso con la participación del Ministerio Público o de las Defensorías Zonales), de manera de intervenir en beneficio del grupo familiar y determinar el camino a seguir y las medidas a adoptar.

Sin embargo, y a los fines de evitar dilaciones, sería conveniente incorporar al texto legal un plazo máximo improrrogable para efectuar la denuncia, mucho más extenso que el fijado actualmente. Pensamos que un lapso adecuado sería el de 30 días, período en el cual puede realizarse cómodamente una intervención activa en la familia y evaluar la situación de riesgo para determinar la conveniencia o no de dar intervención judicial.

VII) Consecuencias del incumplimiento del deber de denunciar

Ni la ley 24.417 ni su decreto reglamentario establecen sanción alguna ante el incumplimiento del deber de denunciar que compete a las personas enumeradas en el art. 2° de la ley.

La omisión normativa probablemente se relacione con diversos factores, a saber:

a) el secreto profesional (Dispone el art. 156 del Código Penal que “será reprimido con una multa e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar un daño, lo revelare sin justa causa”);

b) lo dispuesto por art. 34 inc. 4° del Código Penal, que determina que no es punible “el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo...”;

c) el principio sentado en el art. 1071 del Código Civil, que establece que “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.

Respecto del secreto profesional, no parece posible invocarlo como una justificación ante el incumplimiento del deber legal de informar. Y ello por cuanto en el presente caso no se dan los elementos configurativos del tipo penal.

En primer lugar, es preciso señalar que la revelación del “secreto” cuando se trata de violencia familiar siempre obedece a una justa causa. Es justa causa proteger la integridad física y psíquica de un niño o un incapaz que se ve sometido a una situación de violencia doméstica. Es que la vida y la seguridad de un niño o un incapaz constituyen una cuestión de interés social de tal magnitud que autoriza el suministro de tal información[17].

En segundo lugar, cabe resaltar que no queda configurado el tipo legal del secreto profesional si observamos que, en el caso, de lo que se trata es de amparar al menor o incapaz víctima de maltrato. El art. 156 del Código Penal describe la situación en la que podría encontrarse un profesional que, en virtud del cumplimiento de su tarea, debe prestar atención de cualquier tipo al propio autor del delito, no a la persona damnificada.

Las víctimas, en principio, no pueden verse perjudicadas por la revelación que hace el obligado a guardar el secreto. Dicha obligación no puede afectarlo, sino todo lo contrario[18], se deja de lado con miras a garantizarle una adecuada protección.

En cuanto a la inimputabilidad determinada por el art. 34 inc. 4º del Código Penal, nunca puede funcionar como causal de exención del deber de informar, por las mismas razones expuestas precedentemente.

Finalmente, y respecto del principio sentado en el art. 1071 del Código Civil, no es posible olvidar la excepción que ese mismo artículo establece en su segunda parte: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

Pensamos que resguardarse de las consecuencias del incumplimiento del deber de denunciar invocando los principios sentados constituye un ejercicio abusivo del derecho que se opone claramente los fines que el legislador tuvo en cuenta al incorporarlos al ordenamiento jurídico.

La falta de sanción en la ley 24.417 refleja la resistencia que todavía existe en la sociedad, más específicamente entre los profesionales de la salud y los funcionarios públicos, de hacer conocer los hechos de violencia a la justicia.

A pesar de la omisión legal, es indudable que se aplican al caso las normas del Derecho Penal, las normas de la Administración Pública, y las normas generales sobre Responsabilidad Civil.

El incumplimiento del deber de denunciar la violencia o abuso puede configurar delito de abandono de personas, tipificado en los arts. 106 y ss. del Código Penal, a saber:

-“el que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que

deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de seis meses a tres años...” (art. 106);

-“será reprimido con una multa el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad” (art. 108).

En particular, y en cuanto al incumplimiento de los deberes de funcionario público, el art. 248 establece que “será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por el doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

Asimismo, en este supuesto, y de encontrarse el funcionario en ejercicio de sus funciones, serán de aplicación las sanciones administrativas correspondientes: apercibimiento, multa, suspensión, cesantías, etc..

En cuanto a la normativa civil, el incumplimiento del deber de denunciar constituye un ilícito (conf. art. 1074, Código Civil) que genera en cabeza de quien lo viola la carga de reparar el perjuicio que sufra la víctima y toda persona que por ello se hubiera visto afectada (conf. arts. 1077; 1078; 1080 y 1109, Código Civil).

Es preciso destacar que tanto las normas penales como la normativa general sobre responsabilidad civil, son aplicables una vez producido el daño y comprobada la relación de causalidad adecuada entre el obrar antijurídico y el perjuicio provocado.

Hubiera sido deseable contemplar la posibilidad de establecer sanciones aún en caso de no producirse un daño concreto. Ello nos permite actuar en la faz preventiva de la violencia familiar y proporciona herramientas eficaces para inducir a las personas legalmente obligadas a realizar la denuncia pertinente.

A diferencia de otros autores, sostenemos que la obligación de denunciar el episodio de violencia debe incluir el nombre del responsable del hecho, ya que ésta es la única manera posible de abordar un tratamiento efectivo de la problemática familiar.

En algunas legislaciones latinoamericanas se han previsto específicamente sanciones ante el incumplimiento del deber de denunciar. Así se ha hecho en la legislación de Puerto Rico, en la que se han establecido multas y/ o penas privativas de la libertad. También en Guatemala, cuyo decreto ley 97- 96 prevé expresamente las sanciones previstas por el Código Penal para quien omitiere hacer la denuncia (art. 10°).

En igual sentido, el art. 23° de la ley venezolana dispone la fijación de una multa por el tribunal a quien corresponda el conocimiento de la causa, de conformidad con la gravedad de los hechos y la reincidencia en el incumplimiento de esta obligación.

En nuestro país, casi no existen leyes provinciales que impongan sanciones para quienes incumplen la obligación de informar. Encontramos una excepción en la ley 12.569 de la Provincia de Buenos Aires, que establece en su art. 4° que el juez o tribunal debe citar

de oficio a los que no han acatado dicho deber y puede fijarles una multa y, en su caso, remitir las actuaciones a la justicia penal. De igual modo procederá respecto del tercero o superior jerárquico que por cualquier medio, obstaculizara o impidiera la denuncia.

Constituye otra excepción la ley tucumana sobre violencia familiar N° 6.518, que prevé expresamente las consecuencias y sanciones que amerita el incumplimiento de los deberes de funcionario público ante la omisión de denunciar los hechos de violencia de que se tenga conocimiento (conf. art. 5°).

Crear mecanismos eficaces para promover la denuncia por parte de quienes se encuentran obligados legalmente tiene gran importancia, si se repara en que la mayoría de las veces ésta es la única manera de tomar conocimiento de hechos de violencia contra menores de edad o incapaces.

El sector educación ha demostrado ser un buen canal de detección de la violencia ejercida contra los niños. Sin duda ello responde a que estos viven gran parte de su tiempo en el ámbito escolar. Sin embargo, la escuela no resulta ser una vía de derivación efectiva. Para asegurar su eficacia, debería revisarse el funcionamiento de las redes interinstitucionales y mejorar los canales de derivación.

Los servicios sociales detectan mayormente el abandono físico; los hospitales, el maltrato físico y el abuso sexual, pero justamente los docentes por compartir mayor tiempo con los niños pueden acceder a una visión más completa de lo que les acontece a los mismos[19].

Es preciso destacar que, en muchos casos, existe una fuerte desconfianza por parte del denunciante hacia la derivación, por temor de encontrarse enredado en una situación judicial o recibir amenazas o afrentas por parte de los familiares de la víctima.

En este contexto parece razonable, por ejemplo, incorporar en la ley sanciones diversas como apercibimientos, multas, suspensión o inhabilitación en el ejercicio de tareas o funciones, etc., que sean vistas como una “presión” frente a la reacción ambivalente de quienes se encuentran obligados a denunciar la violencia.

Más allá de las sanciones legales, las políticas públicas deberían contemplar de una manera más realista esta problemática y establecer los servicios y canales de derivación que la gravedad del problema requiere[20].

Sabemos que la detección precoz de la violencia es fundamental, ya que favorece el pronóstico e impide el desarrollo de cuadros a veces muy severos con pocas posibilidades de recibir tratamiento adecuado.

En este sentido, la denuncia oportuna funciona como preventiva de ulteriores patologías, evitando futuras internaciones psiquiátricas, delincuencia juvenil, abuso sexuales, etc. que obligarían a intervenciones judiciales sumamente dificultosas y con escaso éxito[21]. Cuanto antes se descubra un estallido de violencia familiar, mejores serán las condiciones para implementar las medidas previstas por la ley.

La detección y tratamiento de la violencia familiar exige una actuación interdisciplinaria entre los profesionales de la salud, trabajo social, justicia, policía, educación, etc. que,

para ser eficaz, tiene que ser coordinada con máxima rentabilidad de los recursos existentes[22].

Para ello es necesaria la implementación de programas dirigidos a la sensibilización y capacitación de los profesionales de las distintas disciplinas, como también el asesoramiento y difusión de los recursos muchas veces desconocidos en las escuelas, hospitales, comisarías, organismos públicos y privados y medios masivos de comunicación[23].

VIII) A modo de colofón

Tal como señala Aída Kemelmajer de Carlucci, hasta hace algunos años era aceptada doctrinaria y jurisprudencialmente la postura que sostenía que, mientras el derecho público, cuya fuente principal es la Constitución Nacional, rige la situación del individuo frente al Estado; el derecho privado, y por tanto el Código Civil, regula las relaciones entre los particulares[24].

Este paradigma se construía sobre la base de una diferencia: los derechos civiles y políticos de los individuos se situaban en la vida pública, por lo cual la violación de estos derechos en la esfera privada de las relaciones familiares era ajena a la intervención del Estado.

Esta visión “separatista” ha cesado por diversas razones, cuyo análisis excede el ámbito del presente trabajo. Basta señalar que el transcurso del tiempo y la sucesión de diversos acontecimientos políticos, sociales y culturales, han generado una nueva visión que tiende a dejar de lado la separación estricta entre Estado y sociedad y a equiparar la naturaleza de los derechos independientemente de quién sea el obligado a cumplirlos.

El tema específico que nos ocupa nos lleva a la necesidad de señalar las transformaciones que ha sufrido el Derecho de Familia en nuestro país en los últimos tiempos y, particularmente, la incidencia que ha tenido sobre él la reforma constitucional de 1994.

Dicha reforma produjo algunas modificaciones a conceptos arraigados en nuestra doctrina y jurisprudencia, provocando un desplazamiento de la interpretación de los derechos consagrados en los tratados internacionales, que ya venía perfilándose en el marco del art. 33 de la Constitución Nacional.

Tal como afirma Germán Bidart Campos, la trama temática que puede tejerse en la relación de los derechos humanos con la familia cobra actualmente tal amplitud y elasticidad que casi no quedaría fuera ningún área del mundo jurídico ni de las interdiscipliniedades que lo ligan a otros campos y ciencias: bioética, sociología, ciencia política, ciencias de la salud, economía, etc.[25].

Es que los derechos humanos tienen en la actualidad un papel expansivo, en la medida en que al ser uno de los ejes del sistema constitucional, las restantes instituciones jurídicas se ven incididas y eventualmente modificadas por su presencia[26].

Esto ha sucedido indudablemente en el ámbito de las relaciones familiares, donde los derechos humanos no sólo han tenido un fuerte impacto y se han tornado directamente aplicables, sino que, además, se han constituido en el principal motor de la evolución del Derecho de Familia; evolución en la que los jueces han jugado un rol destacado[27].

Si se acepta que las normas constitucionales son operativas, de modo que devienen “un imperativo mandato cursado por el constituyente al legislador”[28], y que en la cúspide del ordenamiento jurídico representan un sistema axiológico que se apoya en la dignidad de la persona humana, se puede comprender por qué la concepción de los derechos fundamentales ha sufrido trascendentes transformaciones[29].

Tal trayectoria ha producido un ensanchamiento del plexo de derechos fundamentales, abriendo paso a diversas categorías no sólo de derechos, sino de titulares de esos derechos, que exige reformular los deberes y obligaciones a cargo del Estado para lograr su concreción progresiva[30].

De ello se desprende que no basta con una mera enumeración de los derechos reconocidos, sino que es preciso buscar los caminos para que estos se hagan efectivos; es decir, para garantizarlos, tanto desde el punto de vista asistencial, como de su protección jurisdiccional.

En este contexto, y tal como señala Cecilia Grosman, el maltrato infantil debe ser ubicado como un problema social cuya prevención y tratamiento interesan a toda la comunidad. Si una madre o un padre golpea a su hijo no estamos en presencia de un conflicto privado que sólo interesa a la familia, sino que es una cuestión de orden público, ya que afecta derechos humanos fundamentales del niño: el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la salud, a la libertad y a la dignidad. Es decir, atenta contra la organización social basada en los derechos humanos que pone límite al ejercicio de poderes arbitrarios, tanto en el mundo público como en el privado[31].

El maltrato infantil compromete el destino mismo de la sociedad puesto que una socialización edificada sobre la coacción y el miedo engendrará hombres que reproducirán este modelo de convivencia en su vida privada y en la acción pública, con el consiguiente deterioro del bienestar y la calidad de vida de los seres humanos[32].

Otro tanto creemos que sucede en los supuestos en que la violencia se manifiesta entre adultos. Aunque no existan niños o incapaces en la familia, la violencia sigue siendo un problema social y político, y no individual.

El interrogante que se plantea en estos supuestos es cómo intervenir y hasta dónde[33]. ¿Qué se hace con la privacidad y el derecho a la autonomía de una familia en la que no hay niños o incapaces?. La respuesta no es simple. Nos muestra la constante tensión que existe entre lo público y lo privado, entre el respeto a la intimidad por un lado y las responsabilidades del Estado por el otro; tensión que, por cierto, resulta uno de los problemas más arduos de resolver en las cuestiones de Derecho de Familia.

En el plano institucional, dada la estructuración jurídica y cultural de la sociedad, existen barreras para que el Estado penetre y actúe en el ámbito “privado” de la familia. Sin embargo, como dijimos, las nuevas tendencias apuntan a dejar de lado la separación estricta entre Estado y familia. El desafío es mantener un equilibrio entre la necesidad

de proteger la privacidad y la intimidad familiar (explicitando los límites de la intervención pública)[34] y la obligación estatal de garantizar el goce efectivo de los derechos humanos fundamentales.

La violencia doméstica en sus diversas manifestaciones es, indudablemente, una violación a los derechos humanos básicos. Es por ello que es obligación del Estado intervenir de manera tal de prevenir, tratar y erradicar la violencia familiar en todas sus formas. Para ello es preciso redefinir la antigua distinción entre lo público y lo privado, distinción simbólica e ideológica, pero no práctica[35].

La urgencia consiste en tornar efectiva la obligación afirmativa del Estado de proteger los derechos humanos básicos de sus ciudadanos, aunque éstos sean violados en el ámbito privado de la familia[36]. Para ello es necesario promover cambios legislativos de tal magnitud que proporcionen las herramientas y medios necesarios para facilitar la tarea estatal y provean a las víctimas de la violencia familiar soluciones inmediatas y efectivas.

[1]Este artículo es una versión actualizada de un trabajo realizado en el marco del Seminario de Investigación sobre “Protección contra la violencia familiar. Operatividad de la Ley”, de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, U.B.A., dictado por la Dra. Cecilia Grosman, año 2002.

[2]Consejo de Europa, Rec. N° R (85) 4, 26, 5, 1985, citada por Grosman, Cecilia P., Mesterman, Silvia y Adamo, María T. en *Violencia en la Familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, Ed. Universidad, Bs. As., 1992, p. 68; y por Lloverás, Nora, en “Violencia Familiar”, *Revista JA*, 10/2/99, N° 6128, p. 2.

[3]Ver Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, “Una ley a mitad del camino. La ley de protección contra la violencia familiar”, *LL*, t. 1995-B, p. 851.

[4]Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, ob. cit., p. 857.

[5]Bertelli, María Cristina, “La violencia familiar en el contexto social actual”, en *Revista Asociación Argentina de Prevención contra la Violencia Familiar*, Bs. As., 1998, p. 5.

[6]Birgin, Haydeé, “Una investigación empírica: imagen y percepción de la ley de Protección contra la Violencia Familiar (ley 24.417)”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 13, dirigida por Cecilia Grosman, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As., 1998, p. 355.

[7]Ver Di Lella, Pedro y Di Lella, Pedro (h), “La ley de Protección contra la Violencia Familiar de la Provincia de Buenos Aires”, *Rev. JA*, 2/5/01, N° 6244, p. 2.

[8]Lamberti, Silvio y Sánchez, Aurora, “Régimen jurídico de la violencia familiar. El sistema de la ley 24.417 y su decreto reglamentario 235/96”, en *Violencia Familiar y abuso sexual*, Ed. Universidad, Bs. As., 1998, p. 65.

[9]Grosman, Cecilia P., y Martínez Alcorta, Irene, ob. cit., p. 857.

[10]Lamberti, Silvio y Viar, Juan Pablo M., “Obligación de denunciar en violencia familiar”, en *Minoridad y Familia, Revista Interdisciplinaria sobre la problemática de la niñez- adolescencia y el grupo familiar N° 14*”, dirigida por Arsenio Mendoza, Delta Editora, Paraná, Entre Ríos, 2000, p. 47.

[11]Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, ob. cit., p. 859.

[12]Grosman, Cecilia P., “El maltrato infantil en la familia”, en *Violencia Familiar*, dirigido por Sara Noemí Cadoche, Rubinzal- Culzoni Editores, Bs. As., 2002, p. 181.

[13]Lamberti, Silvio y Viar, Juan Pablo M., ob. cit., p. 42.

[14]Grosman, Cecilia P., ob. cit., p. 180.

[15]Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar”, *JA*, t. 1998-III, p. 701.

[16]Romano, Esther, “La denuncia de violencia familiar desde la escuela”, en *Revista de Victimología N° 18, Centro de Asistencia a la víctima del delito del Ministerio de Asuntos Institucionales y Desarrollo Social del Gobierno de la Provincia de Córdoba*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1999, p. 197.

[17]Grosman, Cecilia P. y Martínez Alcorta, Irene, ob. cit., p. 859.

[18]Lamberti, Silvio y Viar, Juan Pablo M., “La obligación de denunciar en la ley 24.417. Sistema actual. Crítica y propuestas”, en *Violencia Familiar y abuso sexual*, Ed. Universidad, Bs. As., 1998, p. 93.

[19]Bringiotti, María Inés, *Investigaciones epidemiológicas en niños maltratados*, Ed. Paidós, Bs. As., 2000, p. 106.

[20]Bringiotti, María Inés, ob. cit., p. 112.

[21]Lamberti, Silvio y Viar, Juan Pablo M., ob. cit., p. 42.

[22]Gómez de Terreros, Ignacio, *Los profesionales de la salud ante el maltrato infantil*, Ed. Granada, España, 1995, p. 209.

[23]Grosman, Cecilia P., ob. cit., p. 180.

[24]Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Alberdi, precursor de la constitucionalización del Derecho de Familia”, en *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ciudad de Córdoba, 2002, t. II, p. 219.

[25]Bidart Campos, Germán J., “Familia y derechos humanos”, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci, Ed. Rubinzal- Culzoni, Bs. As., 1998, t. I, p. 29.

[26]Corti, Horacio G., “El régimen jurídico- constitucional de la ley de presupuesto, la familia y el carácter expansivo de los derechos humanos”, publicado en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 22, dirigida por Cecilia P. Grosman, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As, 2002, p. 18.

[27]Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Derechos Humanos y Derecho de Familia*, (inédito), p. 3.

[28]Pettigiani, Eduardo Julio, “Protección constitucional de la familia”, en *Enciclopedia...*, Lagomarsino, Carlos y Salerno, Marcelo, t. III, Ed. Universidad, Bs. As., 1994, p. 314.

[29]Cayuso, Susana Graciela, “El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación”, en *Salud, Derecho y Equidad. Principios constitucionales. Políticas de Salud. Bioética, alimentos y desarrollo*, dirigido por Gladys Mackinson, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2001, p. 29.

[30]Cayuso, Susana Graciela, *ob. cit.*, p. 32.

[31]Grosman, Cecilia P., *ob. cit.*, p. 166.

[32]Grosman, Cecilia P., *ob. cit.*, p. 166.

[33]Ver Teubal, Ruth, “Abordando la violencia: reflexiones y pautas para una intervención mínima”, en *Violencia Familiar, trabajo social e instituciones*, Ed. Paidós, Bs. As., 2001, p. 213.

[34]Jelin, Elizabeth, *Pan y afectos. La transformación de las familias*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 1998, p. 130.

[35]Jelin, Elizabeth, *ob. cit.*, p. 122.

[36]Jelin, Elizabeth, *ob. cit.*, p. 123.