

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ ESCUELA
DE POSGRADO**



**LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU APOORTE EN LA
CONFIGURACIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL**

AUTOR

SACHA FÉLIX RIVAS FIGUEROA

ASESOR:

SILVIA ROXANA SOTOMARINO CÁCERES

Setiembre, 2017

RESUMEN

Si se pretende establecer una política de lucha y erradicación de la violencia familiar o doméstica (llamada actualmente: violencia contra los integrantes del grupo familiar), en primer lugar, se debe determinar contra qué se está luchando. Para ello, es importante configurar correctamente a dicha institución a través de sus elementos o presupuestos. Sin embargo, la definición legal de violencia familiar establecida en la Ley N° 26260 y sus modificatorias, es incoherente con el sistema jurídico y no concibe adecuadamente a la institución regulada, ya que comprende en sus supuestos de hecho, conductas dañosas que pueden estar justificadas; adolece además, de criterios de imputación, es decir, de razones por las que se hacen de cargo del “agresor” los efectos sancionadores previstos. Y estos defectos no son exclusivos de dicha ley, pues se presentan, prácticamente, en todas las definiciones de violencia familiar elaboradas por el ordenamiento supranacional, la legislación comparada, la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia. Esto ha dado lugar a algunas decisiones judiciales absurdas o injustas, como considerar agresora a una mujer que se ha defendido legítimamente de su cónyuge violento; o no considerar agresor por violencia familiar a un padre que por negligencia causó un daño a sus hijos, entre otras. En esta tesis, proponemos que la profusa y elaborada teoría de la responsabilidad civil, en su versión extracontractual y subjetiva, puede brindar el sustento doctrinario necesario para desarrollar sus elementos configuradores a una institución relativamente nueva como la violencia familiar. Por lo cual, una vez expuestos los fundamentos de ambas instituciones, con el uso de los métodos exegético, dogmático, el Derecho Comparado y la jurisprudencia, hemos analizado y comparado sus fuentes, fines y funciones, para descubrir aquellos elementos que resultan compatibles. Como la violencia familiar sí tiene como fundamento un acto (o hecho) ilícito, proponemos que los elementos de la violencia familiar son cuatro: El daño, la ilicitud, la relación de causalidad y el criterio de imputación (que incluye a la imputabilidad). De esta manera, creemos que se enriquece la doctrina jurídica sobre violencia familiar y se facilita la labor de los operadores al momento de interpretar y aplicar la ley sobre la materia.

ÍNDICE

	Pág.
Carátula	i
Resumen	ii
Índice	iii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	6
EL DERECHO DE FAMILIA	6
1. Definición	6
2. Naturaleza jurídica	6
2.1 Naturaleza de Derecho Privado	6
2.2 Naturaleza de Derecho Público	7
2.3 Naturaleza de Derecho Mixto o Social	7
3. Características del Derecho de Familia	7
4. Finalidad del Derecho de Familia	8
CAPÍTULO II	10
LA VIOLENCIA FAMILIAR	10
1. Origen de la institución en el Perú	10
1.1 La lucha del feminismo en Latinoamérica	10
1.2 Las conferencias mundiales y los convenios internacionales	11
1.3 La concepción de la violencia contra la mujer como una violación de derechos humanos	12
1.4 La constitucionalización y la legislación	12
1.5 El maltrato infantil y el maltrato a los ancianos	14
1.6 La Ley N° 26260 “Ley de Protección frente a la Violencia Familiar”	15
2. Denominación	17
3. Definición	19
3.1 Definición de violencia	19
3.2 Definición legal	22
3.3 Definiciones de instrumentos internacionales	23
3.4 Definiciones de la legislación comparada	24
3.5 Definiciones doctrinarias y de entidades especializadas	29
3.6 Definiciones jurisprudenciales	30
3.7 Deficiencias de las definiciones de violencia familiar	32
4. Fines de la institución	34
4.1 La erradicación de la violencia (prevención y protección)	35
4.2 La sanción del agresor	38

4.3	La asistencia a la víctima	39
4.4	La reparación (compensación) de la víctima	40
CAPÍTULO III		
LA RESPONSABILIDAD CIVIL		43
1.	Definición	43
2.	Funciones	43
3.	Los regímenes	47
4.	La responsabilidad civil extracontractual o aquiliana	48
5.	Daños en la familia	50
CAPÍTULO IV		
ASPECTOS COMUNES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y LA VIOLENCIA FAMILIAR		53
1.	El acto (o hecho) ilícito como fuente (del sistema subjetivo)	53
2.	Las funciones	57
2.1	Función consolatorio-satisfactiva	58
2.2	Función preventiva	59
3.	La tutela de derechos e intereses	60
CAPÍTULO V		
LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMPATIBLES CON LA VIOLENCIA FAMILIAR		67
1.	El daño	71
1.1	El daño como elemento de la violencia familiar	72
1.1.1	Jurisprudencia	74
1.2	El daño físico	75
1.2.1	Jurisprudencia	75
1.3	El daño psicológico	76
1.3.1	Jurisprudencia	78
1.4	El daño de violencia familiar como daño a la persona o daño moral en sentido amplio	80
1.4.1	Jurisprudencia	81
1.5	El daño en el maltrato sin lesión	82
1.6	El daño en la violencia sexual	84
1.6.1	Jurisprudencia	85
1.7	El daño en las amenazas o coacciones graves o reiteradas	86
2.	La ilicitud	87
2.1	Las situaciones excluyentes	88
2.1.1	La legítima defensa	89
2.1.1.1	Jurisprudencia	90
2.1.2	El estado de necesidad	92
2.1.3	El ejercicio regular de un derecho	94

2.1.3.1	Jurisprudencia	94
3.	La relación de causalidad	97
3.1	Jurisprudencia	99
3.2	Las causas no Imputables	101
3.2.1	El caso fortuito y la fuerza mayor	103
3.2.2	El hecho determinante de tercero	104
3.2.2.1	Jurisprudencia	105
3.2.3	El hecho propio de la víctima	105
4.	El criterio de imputación	106
4.1	La culpa	107
4.1.1	Jurisprudencia	111
4.2	El dolo	114
4.2.1	Jurisprudencia	114
4.3	La imputabilidad	115
4.3.1	Jurisprudencia	117
	Conclusiones	118
	Referencias bibliográficas	121



INTRODUCCIÓN

La violencia familiar¹ es un fenómeno social sumamente dañoso², que afecta a más de la tercera parte de hogares en el Perú³. Entre los múltiples costos sociales y económicos que origina, están los costos directos, es decir, el valor de los bienes y servicios usados en el tratamiento a las víctimas, la captura y sanción a los agresores, además de la prevención de la violencia; así como los costos indirectos, que son los impactos de la violencia en la salud, la economía y la sociedad en general⁴.

A pesar de que la violencia familiar siempre ha existido, en todas partes y en todos los niveles sociales⁵, es recién en las últimas décadas que el Estado y la sociedad han tomando conciencia de su verdadera dimensión, gravedad y de la importancia en erradicarla para que los individuos se desarrollen de manera saludable. Por ello, desde 1993, en nuestro país se ha establecido como política de Estado la “lucha” contra todo tipo

¹ Denominada legalmente de dicha manera, a pesar de la imprecisión que se explicará más adelante. No obstante ello, para los fines de la presente tesis, se la seguirá llamando así.

² En un estudio efectuado por El Banco Mundial en el año 1993, se estimó que anualmente hay 9 millones de años de vida saludable (AVISA) perdidos en el mundo por concepto de violaciones y violencia doméstica, cifra mayor que el total de mujeres víctimas de todos los tipos de cáncer existentes y más de dos veces el número de AVISA perdidos por mujeres en accidentes automovilísticos. (BUVINIC, Mayra (2008). “Un balance de la violencia en América Latina: Los costos y las acciones para la prevención”. *Pensamiento iberoamericano. (in)seguridad y violencia en América Latina. Un reto para la democracia*. Madrid, número 2, segunda época, p. 44. Consulta: 11 de diciembre de 2014. <<https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2014/07/PensamientoIbero2.pdf>>)

³ Según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) aplicada por el INEI el año 2012, aproximadamente, 4 de cada 10 mujeres (37.2%) alguna vez unidas de 15 a 49 años había sufrido alguna vez violencia física y sexual por parte de su esposo o pareja. En el caso de los niños y adolescentes, alrededor de 3 de cada 10 de ellos (32.7%) fue violentado físicamente por su madre (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (2013). *Encuesta demográfica y de salud familiar 2012. Nacional y departamental*. Lima: INEI. Consulta: 16 de enero de 2014. <<http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib1075/index.html>>)

⁴ BUVINIC, Mayra, óp. cit., p. 37. Según un estudio conjunto de los organismos especializados de las Naciones Unidas que trabajan en nuestra región, los efectos socioeconómicos de la violencia pueden clasificarse en: “i) costos directos –referidos a la pérdida de vidas, el valor de los bienes y servicios empleados en el tratamiento y la prevención de la violencia, incluidos los gastos en servicios de salud, judiciales, policiales y en asesorías, capacitación y servicios sociales, asumidos por la propia víctima o por el conjunto de la comunidad–; ii) costos indirectos, entre los que se cuentan las tasas más altas de abortos, las pérdidas de productividad económica y las derivadas de la falta de la participación de las mujeres en los procesos de desarrollo político, social y económico; y iii) costos intangibles –transmisión intergeneracional de la violencia por medio del aprendizaje–, que no se contabilizan debido a la dificultad que supone su medición.” (COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (Coordinadora) (2007). *Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe*. LC/L.2808, p. 74. Consulta: 16 de enero de 2014. <repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2870/1/S2007615_es.pdf>)

⁵ VELOSO VALENZUELA, Paulina (2004). “La violencia doméstica contra la mujer y la débil reacción del Derecho”. En ALVIAR GARCÍA, Helena y otros. *Violencia y Derecho*. SELA 2003. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L. p. 82.

de violencia familiar⁶.

Dada la relevancia de este problema social, diversas ramas del Derecho se han abocado a su estudio y tratamiento. Así, desde una perspectiva constitucional, la violencia familiar es una violación de derechos humanos o derechos fundamentales⁷; desde un punto de vista penal, la violencia familiar es considerada una falta o una circunstancia agravante de delito⁸; y desde un enfoque civil, aquella puede entenderse como una situación jurídica familiar que requiere de mecanismos de protección de naturaleza civil a favor de las víctimas, como la tutela resarcitoria e inhibitoria.

No obstante ello, consideramos que en nuestro medio el ámbito civil de la violencia familiar no ha sido valorado ni desarrollado apropiadamente⁹, a pesar de la inobjetable importancia de esta rama del Derecho para regular la vida en sociedad, así como al hecho que, en nuestro país, la violencia familiar no ha sido tipificada como un delito autónomo, y más bien, el espíritu de la Ley N° 26260 “Ley de Protección frente a la Violencia Familiar” (en adelante: “La Ley”) fue sobretodo, brindar medidas de protección de naturaleza civil para las víctimas de la violencia¹⁰; además, no se ha tenido en cuenta que la conducta violenta

⁶ Artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260 “Ley de Protección frente a la Violencia Familiar” modificado por las Leyes 27306, 27982 y 29282 establece que: “Es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar (...)”.

⁷ En la II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que tuvo lugar en Viena el 25 de junio de 1993, se reconoció la violencia contra la mujer como una violación a los derechos humanos. Estos, junto a los derechos de la personalidad, están comprendidos dentro de los derechos fundamentales (AZVALINSKY, Alejandro Marcos (2002). “Derechos personalísimos y violencia familiar”. En CADOCHÉ, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. En: Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 16)

⁸ El 27 de noviembre de 2008 se publicó en El Peruano la Ley N° 29282 que modificó el Código Penal e incorporó como circunstancia agravante del delito de lesiones y de faltas contra la persona, aquella causada dentro del contexto de violencia familiar: Lesiones graves por violencia familiar (art. 121°-B), lesiones leves por violencia familiar (art. 122°-B), violación sexual (art. 170°), falta contra la persona – lesión dolosa (art. 441°), falta contra la persona - maltrato (art. 442°) y falta contra la persona – agresión sin daño (art. 443°).

⁹ Respecto de la literatura jurídica peruana sobre violencia familiar, véase: RAMOS RÍOS, Miguel Ángel (2008). *Violencia familiar. Medidas de protección para las víctimas de las agresiones intrafamiliares*. Lima: IDEMSA; SALAS BETETA, Christian y BALDEÓN SOSA, Teófilo (2009). *Criminalización de la violencia familiar desde una óptica crítica*. Lima: Fondo Editorial Librerías y Ediciones Jurídicas; NUÑEZ MOLINA, Waldo y CASTILLO SOLTERO, María del Pilar (2009). *Violencia familiar. Comentarios a la Ley N° 29282. Doctrina, legislación y jurisprudencia*. Lima: Ediciones Legales; y REYNA ALFARO, Luis Miguel (2011). *Delitos contra la familia y de violencia doméstica*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.; en estos libros, los autores abordan la temática desde el campo penal, procesal y constitucional, incluso sociológico, psicológico y psiquiátrico.

¹⁰ Como lo señaló la congresista Lourdes Flores Nano en el Proyecto N° 18/92-CCD de la que sería la Ley N° 26260: “Que, el énfasis de la ley ha estado hasta la fecha fundamentalmente basado en los aspectos punitivos, en la represión al agresor, debiendo cambiarse el énfasis de la ley para promover una legislación protectora de la ciudadanía (...) el enfoque que se propone se basa en la recomendación del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que marca una tendencia a despenalizar ciertas figuras y abrir un camino diferente desde el punto de vista civil;”. Sobre la función preventiva del Derecho Civil, el procesalista brasileño Luiz Guilherme Marinoni ha escrito que: “cuando se percibe el deber del Estado de dictar normas para proteger los derechos fundamentales – por ejemplo, el deber de proteger al consumidor y el medio ambiente -, las normas jurídicas ‘civiles’ también asumirán *función preventiva*, que hasta entonces era reservada a las normas

es, en esencia, dañosa, y que es el juez de familia¹¹ y no otro, quien en primer término, debe determinar si ha existido o no la situación jurídica de violencia familiar¹².

Es justamente este último hecho, el que será materia de análisis en la presente tesis desde una óptica netamente civil, ya que consideramos que una correcta configuración de la violencia familiar es el punto de partida para el funcionamiento del sistema, y para que los actores involucrados (jueces, fiscales, policías, abogados, peritos, etc.) adecúen su accionar a dichos parámetros. Es decir, si existe una política de Estado de “lucha” contra toda forma de violencia familiar, se debe empezar por establecer qué supuestos deben ser considerados dentro de este concepto y cuáles no, a fin de aplicarles las consecuencias jurídicas que la Ley prevé, medidas jurídicas distintas o ninguna.

Sin embargo, el principal problema que se afronta, es que la definición legal de la violencia familiar, así como las demás, desarrolladas por la doctrina, la legislación comparada, las instituciones encargadas de su estudio e investigación y la jurisprudencia nacional, son demasiado genéricas e imprecisas, ya que incluyen en los supuestos de hecho conductas dañosas que el sistema jurídico permite (como la legítima defensa, el ejercicio regular de un derecho o el estado de necesidad) o no incorporan un criterio de imputación al acto “violento” (como la culpa o el dolo del agresor). En ese sentido, personas que carecen de

penales. Esta función preventiva pasó a ser ejercida a través de normas prohibitivas e *impositivas de conductas*.” (MARINONI, Luiz Guilherme (2008). *Tutela específica de los derechos*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra Editores, p. 44)

¹¹ Como lo señala el artículo 18° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260: “Corresponde el conocimiento de los procesos al Juez Especializado de Familia del lugar donde domicilia la víctima o del lugar de la agresión, indistintamente.”. Como referencia, en el año 2,007 (16 de enero), los Juzgados Especializados de Familia Tutelar de la Corte Superior de Justicia de Lima tenían a su cargo 11,376 procesos de violencia familiar y en los Juzgados Mixtos de los Módulos Básicos de Justicia de dicha corte, los procesos de violencia familiar representaban, aproximadamente, el 70% del total de su carga procesal. (TELLO GILARDI, Janet (2007). “Módulo II: Violencia familiar: Derechos humanos y administración de justicia”. En: PODER JUDICIAL. *Violencia intrafamiliar*. Lima: Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia del Poder Judicial, p. 52. Consulta: 01 de marzo de 2017. <<http://www.repositoriopcncvfs.pe/producto/violencia-intrafamiliar/>>)

¹² El artículo 21° del T.U.O. de la Ley N° 26260 estipula que: “La resolución judicial que pone fin al proceso determinará si ha existido o no violencia familiar: (...)”. El actual artículo 16° de la Ley N° 30364 “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar” dispone que: “En el plazo máximo de setenta y dos horas, siguientes a la interposición de la denuncia, el juzgado de familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sean necesarias. Asimismo, de oficio o a solicitud de la víctima, en la audiencia oral se pronuncia sobre medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión o extinción de la patria potestad, liquidación de régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas. Analizados los actuados, el juzgado de familia o su equivalente procede a remitir el caso a la fiscalía penal para el inicio del proceso penal conforme a las reglas del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957.”. Si bien en la actualidad, el juez de familia ya no emite una sentencia, al tener la atribución de dictar medidas de protección y cautelares a favor de las víctimas en un plazo tan corto, se entiende que para ello, debe haber determinado, previamente, que se encuentra ante un caso de violencia contra la mujer o los integrantes del grupo familiar (cuya gran mayoría de casos lo constituye la violencia familiar). Después de eso, remite el caso al fiscal penal para que verifique este si hubo algún ilícito de naturaleza penal.

discernimiento (como los infantes y algunos enfermos o débiles mentales) o mujeres que se defienden legítimamente de su cónyuge violento, podrían ser considerados, de manera irrazonable e injusta, como “agresores” por actos de violencia familiar¹³.

Pero ¿Se debe sentenciar o sancionar civilmente por violencia familiar a una persona que causó daños en legítima defensa, en el ejercicio regular de un derecho o en estado de necesidad? ¿O a quién lo hizo sin dolo ni culpa? Obviamente, la respuesta a estas interrogantes debería ser: No.

Lamentablemente, a pesar de que la Ley es incoherente con el sistema jurídico, casos como esos se denuncian, demandan, se sentencian o se resuelven como violencia familiar, es decir, en mérito al desconocimiento de la institución y del sistema jurídico por parte del legislador, a su deficiente técnica legislativa y al insuficiente espíritu crítico de los operadores de justicia, se han dictado decisiones absurdas y se están cometiendo algunas injusticias.

Y el problema mencionado, se repite en la Ley N° 30364 “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, publicada en el diario “El Peruano” el 23 de noviembre de 2015, pues los artículos 5° y 6°, que definen la violencia contra la mujer y contra los integrantes del grupo familiar, respectivamente, tampoco contienen “situaciones excluyentes” ni criterios de imputación. De manera similar a la Ley N° 26260, esta ley también contempla una etapa de tutela civil ante el juez de familia y otra etapa sancionadora ante el juez penal.

Al respecto, consideramos que gran parte de las deficiencias planteadas se superarían, si en principio, se establecen cuáles son los elementos o presupuestos que configuran la violencia familiar (ahora comprendida dentro de la denominada violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar), más allá de los cambios en las definiciones legales, es decir, si fijamos qué aspectos esenciales forman parte de su estructura jurídica.

Queremos aclarar, que el descubrimiento de sus elementos básicos no significa que, necesariamente, nos hallemos ante una situación de violencia familiar, sino más bien, que contamos con los medios para efectuar una posterior evaluación de la pertinencia de calificar un caso concreto como violencia familiar (por ejemplo: un enfoque de género o el principio del *minimis*); sin embargo, esto último no será materia de la presente tesis.

Ahora bien, debido a que la violencia familiar es una institución relativamente reciente y con deficiente desarrollo jurídico-civil, para poder inferir o deducir sus elementos se necesita del aporte de una teoría similar, compatible y sumamente elaborada, como la que ofrece la responsabilidad civil en su versión de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana. La vida familiar no está pues, fuera de sus alcances o efectos, por lo que se plantea utilizar los fundamentos de esta institución, en lo que resulte razonable, para perfeccionar la definición de violencia familiar y poder calificar correctamente las conductas a las que se aplicarán la normatividad especial.

¹³ Es recurrente que en situaciones de violencia familiar la víctima trate de defenderse de su agresor y también le cause un daño (lesiones físicas).

Con base en lo expuesto, los objetivos de la presente tesis son desarrollar los fundamentos doctrinarios que justifiquen la aplicación de parte de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual a los casos de violencia familiar y el alejamiento de las categorías propias del Derecho Penal; identificar los elementos o presupuestos que constituyen la violencia familiar teniendo en cuenta las disposiciones normativas, la doctrina sobre la materia y lo expuesto por la teoría de la responsabilidad civil en cuanto fuere compatible; extraer las disposiciones normativas de la responsabilidad civil aplicables a la violencia familiar teniendo en consideración la orientación teleológica de la Ley N° 26260¹⁴ y la particular situación jurídica que implica esta última; brindar a los operadores jurídicos criterios orientadores para la calificación de los actos (acciones u omisiones) que ocasionan daños entre sujetos con vínculo familiar; y finalmente, formular principios orientadores en la aplicación e interpretación de las normas sobre violencia familiar por parte de jueces y fiscales de familia.

Para ello, la metodología consistirá en el uso del método exegético orientado al estudio inicial de los textos normativos aplicables, para luego aplicar el método dogmático recurriendo al análisis de la doctrina nacional y extranjera; también al Derecho Comparado y a la jurisprudencia, según corresponda. Cabe acotar que, de la búsqueda bibliográfica efectuada, no existen investigaciones similares, no obstante la trascendencia de la problemática.

Respecto a los problemas que se presentaron para el desarrollo de la investigación, estos consistieron en la escasa teoría jurídica sobre violencia familiar, por lo que muchas veces, se tuvo que trabajar con teorías elaboradas por otras ciencias, como la psicología, la sociología o especialidades interdisciplinarias; otro problema fue, la copiosa y disímil teoría sobre la responsabilidad civil.

Finalmente, se precisa que esta tesis no pretende ahondar en los debates doctrinarios de los diversos tópicos de la responsabilidad civil, que son inacabables, sino en el valioso aporte que puede brindar esta rica institución para el desarrollo de otra reciente.

¹⁴ Fines que se repiten en la Ley N° 30364: "Artículo 1°. Objeto de la Ley.- La presente Ley tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad. Para tal efecto, establece mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención y protección de las víctimas así como reparación del daño causado; y dispone la persecución, sanción y reeducación de los agresores sentenciados con el fin de garantizar a las mujeres y al grupo familiar una vida libre de violencia asegurando el ejercicio pleno de sus derechos.

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE FAMILIA

1. Definición:

La familia es un instituto natural y cultural del ser humano. Como tal, sus estados, situaciones y relaciones, se encuentran, por lo general, fuera de los alcances del Derecho. Sin embargo, cuando algunos de estos aspectos ocasionan conflictos sociales o se encuentran en la potencialidad de crearlos, interviene el Derecho para regularlos, y hasta cierto punto, estructurarlos¹⁵. Surge así el Derecho de Familia, como “el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares”¹⁶ o más específicamente, como “aquella rama del Derecho que se encarga de normar las relaciones existentes entre aquellas personas que se encuentren unidas por medio de vínculos sanguíneos, de afinidad, afectivos o creados por ley.”¹⁷

2. Naturaleza jurídica:

Tradicionalmente, se ha concebido al Derecho de Familia como parte del Derecho Civil, y por tanto, como Derecho Privado. Luego de la segunda mitad del siglo XX, el jurista italiano Antonio Cicu cuestionó esta posición afirmando que el Derecho de Familia se aproximaba más al Derecho Público que al Derecho Privado¹⁸. En la actualidad, existen tres teorías preponderantes acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia. La tesis del Derecho Privado, la tesis del Derecho Público y la tesis del Derecho Mixto o Social.

2.1 Naturaleza de Derecho Privado:

Esta concepción, parte de la premisa que en el Derecho de Familia, prima la libertad y la autodeterminación de la persona. Se señala que no hay nada más privado que la vida familiar y que, por tal razón, estos intereses particulares son regulados por el Derecho de Familia como parte del Derecho Civil. Si bien el Derecho de Familia contiene preceptos de orden público, como toda rama del Derecho, no se identifica necesariamente con el Derecho Público. La privatización del Derecho de Familia se verifica con las tendencias actuales que brindan una mayor libertad a los sujetos para crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas familiares, como el reconocimiento de las uniones de hecho, de las familias ensambladas o reconstituidas, la igualdad de género, las separaciones y divorcios administrativos o consensuados, entre otras¹⁹.

¹⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, p. 98.

¹⁶ BELLUSCIO, Augusto César (1967). *Nociones de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Bibliográfica OMEBA, p. 23.

¹⁷ VARSÍ, Enrique, óp. cit., p. 100.

¹⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1998). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, séptima edición revisada y puesta al día. Madrid: Editorial TECNOS S.A., p. 36.

¹⁹ VARSÍ, Enrique, óp. cit., pp. 102 y 103.

2.2 Naturaleza de Derecho Público:

Esta tesis se basa en la premisa que las relaciones familiares dependen exclusivamente del poder del Estado. Por interés público, las normas referidas al Derecho de Familia limitan la autonomía de la voluntad, son de interpretación restrictiva y contienen derechos indisponibles. Las relaciones jurídicas familiares se caracterizan por la subordinación, jerarquía y obediencia, por tanto, no se condicen con las reglas del Derecho Privado²⁰.

2.3 Naturaleza de Derecho Mixto o Social:

Bajo una perspectiva ecléctica, un importante sector de la doctrina considera al Derecho de Familia como un Derecho Mixto o Social. Se concibe a aquel como el Derecho que, inspirado por un interés social, regula las relaciones familiares. Para ello se crea una categoría intermedia e independiente que permite la libertad, pero sujeta a las disposiciones normativas. La autonomía de la voluntad configura el acto jurídico familiar, pero una vez creado este, la ley impondrá sus efectos. Es el punto medio entre las dos concepciones precedentes²¹.

Si bien el profesor Enrique Varsi se inclina por esta última posición, citando al jurista brasileño Rolf Madaleno, indica que la doctrina, casi universalmente reconoce el carácter privado del Derecho de Familia, sobre todo cuando esta disciplina defiende la igualdad del ejercicio del derecho y pretende dar mayor libertad y autonomía a los integrantes de las relaciones jurídicas familiares²².

3. Características del Derecho de Familia:

Como una disciplina autónoma del Derecho Civil, el Derecho de Familia contiene características específicas, producto de la influencia de conceptos jurídicos y extrajurídicos como la religión, la moral y la ética²³.

Siguiendo al profesor Alex Plácido²⁴, diremos que las características del Derecho de Familia son las siguientes:

- La influencia de ideas morales y religiosas en la respuesta a su problemática y la necesidad de una correspondencia entre sus normas y la realidad social. Los profesores Díez-Picazo y Gullón, precisan que esta es la razón por la que en el Derecho de Familia hayan preceptos sin sanción o con sanción atenuada, así como

²⁰ Ídem., pp. 103 y 104.

²¹ Ídem, pp. 104 y 105.

²² Ídem, pp. 102 y 103.

²³ ídem, p. 127.

²⁴ PLÁCIDO V., Alex F. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 21 y 22.

obligaciones incoercibles, interviniendo el Derecho solo cuando existe una grave crisis o cuando la convivencia se torna imposible²⁵.

- Los derechos subjetivos familiares implican un deber correspondiente, por lo cual se los llama derechos-deberes o poderes-funciones²⁶. Como deberes que son, también importan un posible daño por culpa.
- El rango superior de las relaciones familiares organizadoras de la familia por sobre las relaciones jurídicas familiares reguladoras de los efectos patrimoniales de dicha organización.
- Una mayor restricción de la autonomía privada que en otras ramas del Derecho Civil, puesto que casi todas sus normas son de carácter imperativo. Dicha imperatividad está destinada a satisfacer el interés familiar²⁷. Sin embargo, consideramos que la imperatividad de las normas debe estar subordinada a los principios del Derecho de Familia ya expuestos, atendiendo al caso concreto.
- La participación de órganos estatales en los actos de emplazamiento en los procesos de estado de familia y determinadas autorizaciones. En los casos de violencia familiar, el Ministerio Público está legitimado para interponer la demanda²⁸ y ser parte en el proceso. Otras posiciones procesales que esta entidad puede ocupar son la de tercero coadyuvante - cuando haya sido subrogado como parte por la víctima – (artículo 18° del Reglamento de la Ley) y dictaminador (artículo 19° del Reglamento de La Ley).

4. Finalidad del Derecho de Familia:

La finalidad del Derecho de Familia es “normar las relaciones interpersonales y patrimoniales entre todos aquellos que conforman una entidad familiar”²⁹; sin embargo, para dicho fin, debe adecuarse a los continuos cambios que aquella experimenta y a sus actuales exigencias sociales. Como ya se ha dicho, la familia es un instituto natural y cultural del ser humano, por lo tanto, el derecho que se encarga de regularlo no debe

²⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, óp. cit., p. 42.

²⁶ Al respecto, el profesor Eduardo Zannoni indica que: “Las relaciones jurídicas familiares determinan facultades o poderes para la satisfacción de intereses propios del titular del derecho, pero también facultades o poderes para la protección de intereses ajenos (...) De allí que podamos concluir que los derechos subjetivos familiares que se ejercen en protección de intereses ajenos, son *derechos-deberes*; o sea, prerrogativas impuestas en interés ajeno - y por eso deberes -, pero cuyo ejercicio mismo es un derecho o potestad oponible en cuanto tal”. (ZANNONI, Eduardo A. (1998). *Derecho de Familia*. Tomo I, tercera edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: ASTREA, p. 51).

²⁷ Sin embargo, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón señalan que: “...las corrientes modernas van permitiendo un mayor ámbito de acción de la autonomía de la voluntad en el campo jurídico-familiar”. (DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, óp. cit., p. 44)

²⁸ Art. 16° de la Ley: “Culminada la investigación, el Fiscal, además de haber dictado las medidas de protección inmediatas, interpondrá demanda ante el Juez de Familia, la que se tramitará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18 de la presente Ley”.

²⁹ VARSÍ, Enrique, óp. cit., p. 133.

contradecir su esencia ni su constante evolución. En esa misma línea de pensamiento, explica el profesor Enrique Varsi: “El Derecho de Familia busca la protección de la institución familiar entendida como el conjunto de individuos que comparten una vida bajo semejante escala de valores en los que el afecto es su principal razón de integración. La familia, como base estructural de la sociedad y el medio natural en la que el hombre encuentra felicidad, desarrollo y medio de vida, requiere de un Derecho que responda realmente a sus expectativas, finalidades y exigencias”³⁰.



³⁰ *Ibíd.*

CAPÍTULO II LA VIOLENCIA FAMILIAR

1. Origen de la institución en el Perú:

Si bien la violencia familiar no es un problema nuevo, sino que ha formado parte de nuestra cultura, su “visibilización”³¹ y conceptualización es relativamente reciente. Los progresos en el conocimiento de la violencia social, en general, adquiridos durante los últimos cuarenta años, propiciaron el conocimiento de la violencia familiar y conyugal³².

En este punto, ha sido el grupo social con mayores víctimas, es decir, las mujeres, las que han impulsado los grandes cambios sociales y jurídicos con relación a la violencia familiar en estos últimos tiempos³³. Los movimientos sociales, conformados mayoritariamente por mujeres, participaron en actividades de feminismo social y protagonizaron hechos de desobediencia civil que impulsaron la actividad académica de profesionales mujeres, las que empezaron a producir numerosas publicaciones respecto al tema que pasaron a formar parte de bibliotecas y de centros de investigación³⁴. Por otro lado, nuevos objetos de estudio como la historia de la familia, la historia de la vida privada y la vida cotidiana, promovieron la “visualización” de la violencia doméstica³⁵.

Las activistas sociales feministas, también apostaban por la construcción de una “cultura de paz”, la creación de asociaciones nacionales e internacionales y de legislación, que defiendan los derechos humanos³⁶.

1.1 La lucha del feminismo en Latinoamérica:

Como ya se indicó, en las décadas de los setentas y ochentas del siglo pasado, comenzó a “visibilizarse” la violencia contra las mujeres y a considerarse progresivamente en la agenda pública, a partir principalmente, de las actividades de los movimientos de mujeres y feministas³⁷.

³¹ La “invisibilización”, junto a la naturalización, la insensibilización y el encubrimiento, son las principales dificultades para reconocer el maltrato en la familia (RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia (2010). “Tutela penal de las víctimas de violencia doméstica”. En RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia (Coordinadora). *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. Madrid: Editorial DIKINSON S.L., p. 167)

³² SUAREZ, Teresa (2002). “Violencia familiar. Una visión histórica”. En CADOCHÉ, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 294.

³³ BOLAÑOS MEJÍAS, Carmen (2010). “La evolución del tratamiento jurídico de la violencia doméstica”. En RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia (Coordinadora). *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. Madrid: Editorial DIKINSON S.L., pp. 14 y 15.

³⁴ SUAREZ, Teresa, loc. cit.

³⁵ Ibídem.

³⁶ Ibídem.

³⁷ Si bien advierte la existencia de varias corrientes dentro del feminismo, según la feminista Alda Facio, este es “un movimiento social y político y también una teoría que parte de la toma de conciencia de las mujeres como colectivo humano oprimido, explotado y dominado por el colectivo de hombres en el patriarcado bajo sus distintas fases históricas, conciencia que nos lleva a luchar por la liberación de nuestro sexo a través de las transformaciones de la sociedad que ésta requiera.” (FACIO MONTEJO,

A fines de la década del 70, aparecen los primeros organismos no gubernamentales (ONG) que incluyen en sus programas de trabajo la violencia contra las mujeres. Estas organizaciones, empezaron a denunciar y a difundir esta problemática con el objeto de llamar la atención de la sociedad y los gobiernos. Además, realizaron acciones de distinto tipo, entre ellas, actividades de capacitación y educación, investigación y asistencia jurídica y psicológica a las víctimas³⁸.

En la década del 80, se fueron consolidando y replicando las respuestas sociales frente a la violencia contra la mujer mediante acciones que combinaban la capacitación en derechos, la creación de servicios de atención a las víctimas de violencia y el desarrollo de recursos comunitarios para prevenir la violencia contra la mujer³⁹.

1.2 Las conferencias mundiales y los convenios internacionales:

A partir de la década del setenta del siglo pasado, las mujeres lograron atraer la atención de los organismos internacionales y se llevaron a cabo conferencias mundiales dirigidas a alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres⁴⁰: Las conferencias mundiales sobre la mujer de México en 1975, de Copenhague en 1980, de Nairobi en 1985 y de Pekín en 1995; la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993; y la III Conferencia Europea sobre la Igualdad entre Mujeres y Hombres de Roma en 1993.

En la II Conferencia Mundial sobre la Mujer de Copenhague se adopta la resolución: “La mujer maltratada y la violencia en la familia”, mientras que en la III Conferencia Mundial sobre la Mujer de Nairobi se establece como prioridad la eliminación de la violencia contra la mujer y la familia en la sociedad⁴¹.

Las conferencias mundiales dieron como resultado la celebración de acuerdos internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en 1979 (CEDAW, por sus siglas en inglés), la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en 1993 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de *Belém do Pará* en 1994⁴².

Alda (1996). “Maltrato hacia la mujer en la pareja”. En FACIO, Alda y otras. *Violencia contra la mujer: reflexiones desde el Derecho*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, p. 15)

³⁸ GUERRERO CAVIEDES, Elizabeth (2002). *Violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe español 1990-2000: Balance de una Década*. Santiago de Chile: Isis Internacional – Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, p. 6. Consulta: 06 de febrero de 2014. <<https://studylib.es/doc/7269949/violencia-contra-las-mujeres-en-america-latina-y-el-carib...>>

³⁹ Ídem, pp. 6-8.

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Ibídem.

⁴² BOLAÑOS, Carmen, óp. cit., p.16.

Estos logros generan el escenario y la sensibilidad de la comunidad internacional que propicia la incorporación del tema de la violencia contra las mujeres en las agendas de los gobiernos⁴³.

1.3 La concepción de la violencia contra la mujer como un asunto de violación de derechos humanos:

Las organizaciones de mujeres y feministas continuaron jugando un papel central en relación a la denuncia y sensibilización de la violencia contra la mujer como un asunto de derechos humanos y como un obstáculo para el desarrollo⁴⁴, y finalmente, en junio de 1993 se llevó a cabo en Viena la II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, que tuvo como uno de sus mayores logros para las organizaciones de mujeres, el considerar la violencia contra la mujer como una violación a los derechos humanos⁴⁵.

1.4 La constitucionalización y la legislación:

En general, el clima creado por las Naciones Unidas a raíz de las conferencias mundiales realizadas y las recomendaciones que surgieron de estas; la ratificación de los instrumentos internacionales sobre la materia por los Estados de la región, especialmente, la “CEDAW” y la Convención de “*Belém do Pará*”; la presencia de mujeres parlamentarias y en puestos de decisión sensibles al tema; así como la presión de las organizaciones de mujeres de cada país, propiciaron la constitucionalización y la legislación sobre la violencia familiar⁴⁶.

Así, en el año 1988, Brasil incorpora una disposición constitucional en la que se compromete a crear mecanismos para cohibir la violencia en el ámbito de las relaciones familiares (artículo 226°). Le sigue Colombia, cuya constitución de 1991 reconoció que la violencia producida al interior de la familia es destructiva de su armonía y unidad, y por lo tanto, sancionable conforme a ley (artículo 42°). En el año 1992, Paraguay establece en la constitución del mismo año, que el Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas que atenten contra su solidaridad (artículo 60°). Poco tiempo después, nuestro país, en la Constitución de 1993, reconoce el derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física (artículo 2°, inciso 24) literal h)⁴⁷⁴⁸.

⁴³ GUERRERO, Elizabeth, loc. cit.

⁴⁴ Ídem, p. 9.

⁴⁵ Ídem, p. 11. Este hito es importante porque el derecho de la mujer a no ser víctima de violencia es una obligación de los Estados y una garantía para aquella. Este derecho fue recogido en el artículo 3° de la Convención de “*Belém do Pará*”: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.”

⁴⁶ Ídem, pp. 6-8.

⁴⁷ Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

Paralelamente a la incorporación de normas constitucionales relacionadas a la violencia familiar y a la igualdad entre hombres y mujeres, se empiezan a promulgar leyes que tratan explícitamente la violencia familiar y se modifican los códigos penales. Las leyes especiales que se emiten, pretenden brindar medidas de protección a las víctimas y sancionar a los agresores luego de un juicio o procedimiento⁴⁹.

En Latinoamérica, el primer país en contar con una ley sobre la materia, fue Puerto Rico, que en 1989 dictó la Ley N° 54 “Ley para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica”⁵⁰. Nuestro país se convierte en el segundo en dictar una ley similar, y en 1993, promulga la Ley N 26260 “Ley de Protección frente a la Violencia Familiar”.

Posteriormente, otros países de la región han dictado leyes sobre violencia familiar en la década de los noventa. Entre ellos, Chile en 1994 (Ley N° 19.325 “Violencia Intrafamiliar”⁵¹); Argentina, ese mismo año (Ley N° 24.417 “Ley de Protección contra la Violencia Familiar”)⁵²; Panamá (Ley N° 27 “Ley de Violencia Familiar y Maltrato a Menores”), Uruguay en 1995 (Ley N° 16707 “Ley de Seguridad Ciudadana”⁵³), Ecuador (Ley N° 103 “Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia”) y Bolivia (Ley N° 1674 “Ley contra la Violencia en la Familia o Doméstica”) en 1995. En 1996 Costa Rica (Ley N° 7586 “Ley contra la Violencia Doméstica”), el Distrito Federal de México (“Ley de Asistencia y de Prevención de la Violencia Intrafamiliar”⁵⁴) y Colombia (Ley N° 294 “Por la cual se desarrolla el artículo 42° de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”⁵⁵) legislan sobre el tema. Otros países continuaron sancionando sus primeras leyes especiales sobre violencia familiar, siendo Brasil el último que lo hizo (Ley 11.340/06 “Ley María da

(...)

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

⁴⁸ GUERRERO, Elizabeth, óp. cit., pp. 20-22.

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ Ibídem.

⁵¹ El año 2005 Chile derogó la Ley N° 19.325 y en su lugar promulgó la Ley N° 20.066 “Establece Ley de Violencia Intrafamiliar”.

⁵² Aunque en 1992 la provincia de Tierra del Fuego sancionó la Ley N° 39 “Violencia Familiar: Creación de un Procedimiento Especial para la Protección a Víctimas de la misma”.

⁵³ Con la aprobación de esta ley se creó el delito de violencia doméstica. En el año 2002 Uruguay emitió la Ley 17.514 que estableció un marco jurídico específico para la prevención e intervención en violencia doméstica dentro del ámbito del Derecho de Familia.

⁵⁴ Si bien algunos estados mexicanos ya contaban con leyes sobre la materia, recién en el año 2007, la Federación de dicho país decretó la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

⁵⁵ El caso de Colombia es *sui generis*, puesto que esta ley fue parcialmente reformada en 2008 por la Ley N° 1257 que reguló de manera especial la violencia contra la mujer.

Penha⁵⁶ de 2006), con excepción de Cuba, que hasta la fecha no tiene una legislación especial⁵⁷.

A pesar de que fueron particularmente, las mujeres quienes promovieron desde diversos campos la dación de estas leyes, en la actualidad, solo 5 países consideran, de manera específica, la violencia contra la mujer en aquellas disposiciones (Ecuador, Honduras, Venezuela, México y Brasil) integrando a la concepción de la violencia la relación de género entre las partes. Asimismo, gran parte de las leyes contemplan como manifestaciones de la violencia, la violencia física, psicológica y sexual. Solo algunas incluyen la violencia económica o patrimonial.⁵⁸

1.5 El maltrato infantil y el maltrato a los ancianos:

Como señalan los juristas españoles Ganzenmüller, Escudero y Frigola: “el maltrato infantil no es un fenómeno moderno, al contrario, quizás hoy, la infancia se encuentra rodeada de las mejores condiciones objetivas de vida que nunca tuvo.”⁵⁹. Efectivamente, recién desde el siglo pasado, se comenzó a “visualizar” los malos tratos a los menores de edad y a considerarlos como titulares de derechos específicos.

Tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, en el año 1959, la asamblea de las Naciones Unidas dictó la Declaración de los Derechos del Niño. El problema de maltrato infantil aún no recibía gran atención hasta que en 1962, el doctor Henry Kempe publicó un trabajo de gran trascendencia: “El Síndrome del Niño Golpeado” (*The Battered Child Syndrome*), que caracterizó las manifestaciones clínicas del maltrato físico grave en niños pequeños⁶⁰. Sin embargo, al hablar de malos tratos a los niños, todavía se habla solo del maltrato físico, como golpes, quemaduras, fracturas, arrancamiento de pelos, entre otros, antes diagnosticados como accidentes domésticos⁶¹.

Posteriormente, en la década del setenta del siglo pasado, se incluyeron como maltrato infantil, la negligencia, el abuso sexual y el maltrato emocional. En la actualidad, la tipología se ha ampliado bajo la genérica denominación de ‘formas

⁵⁶ Denominada así por el nombre de una víctima de un caso paradigmático de violencia familiar de ese país que llegó a instancias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵⁷ GUERRERO, Elizabeth, loc. cit.

⁵⁸ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), óp. cit., pp. 76 y 77.

⁵⁹ GANZENMÜLLER ROIG, C., ESCUDERO MORATALLA, J. F. y FRIGOLA VALLINA, J. (1999). *La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*. Barcelona: Editorial Bosch, S.A., p. 110.

⁶⁰ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington D.C.: OPS., p. 65. Consulta: 13 de febrero de 2014. <http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/violencia/sivig/doctos/imsvcompleto.pdf>

⁶¹ BRINGIOTTI, María Inés (2002). “Violencia familiar y maltrato infantil hoy en Argentina”. En CADOCHE, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 62.

de malos tratos hacia los niños⁶².

Un hito en cuanto a medidas para eliminar el maltrato infantil lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que es el primer tratado que articula todos los derechos de la infancia y el primero también en reconocer de forma explícita a los niños como titulares activos de sus propios derechos. Ha sido ratificado por 193 países, con excepción de Somalia y Estados Unidos⁶³.

Con relación al maltrato a los ancianos, la primera referencia que se tiene es de 1975, cuando el doctor Bruston en Estados Unidos decía en un informe que el maltrato a las personas de la tercera edad era un síndrome tan frecuente como el maltrato infantil⁶⁴. Si bien a partir de dicho momento empezó a “visibilizarse” el maltrato a este grupo humano, todavía los adultos mayores no cuentan con una norma específica de carácter supranacional que promueva sus derechos y la legislación estatal.

1.6 La Ley N° 26260 “Ley de Protección frente a la Violencia Familiar”

En nuestro país, la Constitución Política de 1979 es la primera disposición jurídica que reconoce la igualdad entre hombres y mujeres y prohíbe la discriminación por razón de sexo. Luego de su entrada en vigencia, empezaron a derogarse todas aquellas normas que representaban un trato discriminatorio hacia las mujeres. En 1984, se aprobó el Código Civil, que reconoce la igualdad de derechos de mujeres y hombres dentro del matrimonio. Por su parte, en 1991 entró en vigor el Código Penal, que por primera vez, sancionó la violación sexual dentro del matrimonio.

Producto de la iniciativa de organizaciones feministas⁶⁵, el 24 de diciembre de 1993 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 26260 – Establecen Política del Estado y de la Sociedad frente a la Violencia Familiar, que recogía el Proyecto N° 18/92-CCD presentado el 05 de enero de 1993 por la congresista Lourdes Flores Nano. La propuesta abogaba por un tratamiento civil y tuitivo de la violencia familiar⁶⁶, paralelo a la vía penal, hasta entonces, preferida en el

⁶² *Ibíd.*

⁶³ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF) (2009). *Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Traducción de Carlos Perellón. Nueva York: UNICEF, p. 2. Consulta: 13 de febrero de 2014. <http://www.unicef.org/spanish/publications/files/SOWC_Spec_Ed_CRC_Main_Report_SP_1201009.pdf>

⁶⁴ RIVERO, María Rosa (2002). “Maltrato hacia los Ancianos”. En CADOCHÉ, Sara Noemí (Directora). *Violencia Familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 294.

⁶⁵ Como señala la propia autora del proyecto de ley: “Tuvieron participación en el impulso de la Ley 26260 las abogadas del Movimiento Manuela Ramos, Flora Tristán y Demus” (FLORES NANO, Lourdes (1996). “Protección jurídica frente a la violencia familiar”. En FACIO, Alda y otras. *Violencia contra la mujer: Reflexiones desde el Derecho*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, p. 41)

⁶⁶ Como indica la propia promotora del proyecto: “La Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aporta al ordenamiento peruano dos aspectos significativos respecto del problema que nos ocupa: a) La necesidad de adoptar decisiones de política por parte del Estado y de la sociedad (Art. 3°); b) La consagración de mecanismos civiles de protección frente a la violencia en el hogar, complementarios y no

Derecho Comparado.

El texto original y pertinente de la Ley, decía en su artículo 2° lo siguiente:

“Constituyen manifestaciones de violencia familiar los actos de maltrato físico y psicológico, entre cónyuges, convivientes o personas, que hayan procreado hijos en común aunque no convivan y, de padres o tutores a menores de edad bajo su responsabilidad.”

Según sabemos, la iniciativa legal tuvo como fuentes de inspiración a la Ley N° 54 para la Prevención e Intervención con (*sic*) la Violencia Doméstica de Puerto Rico, a los proyectos de ley sobre violencia doméstica que se debatían en Argentina⁶⁷ y Chile, al proyecto de la Declaración de Eliminación de Toda Forma de Violencia contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas y al artículo 30° de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer de Costa Rica⁶⁸, las cuales recogían la novedosa tendencia de brindar medidas de protección de carácter civil a las víctimas.

La Ley N° 26260 ha sido modificada seis veces⁶⁹ (Ley N° 26763 de 1997, Ley N° 27306 de 2000, Ley 27398 de 2001, Ley N° 27982 de 2002, Ley N° 29282 de 2008 y la Ley N° 29990 de 2013) y reglamentada en una oportunidad (Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar aprobado por Decreto Supremo N° 002-98-JUS). Los cambios han dado lugar a la ampliación del concepto de violencia familiar, al haberse variado el término “maltrato” por la frase “acción u omisión que cauda daño” y haberse incluido dentro de su configuración a la violencia sexual y a las amenazas y coacciones graves y/o reiteradas.

En el presente siglo, académicos de ambos sexos, continúan teorizando sobre la violencia familiar y la violencia contra la mujer, si bien siguen siendo, principalmente, las organizaciones de mujeres las que realizan acciones para modificar las leyes. Así, en varios países prosigue el debate para mejorarlas teniendo en cuenta las lecciones aprendidas en la etapa anterior. Es el caso de Brasil, Chile, Costa Rica, México y Venezuela que han emitido lo que se denomina “leyes de segunda generación” en materia de violencia familiar, y más específicamente, en violencia contra la mujer, con el

excluyentes de las existentes sanciones penales (art. 4°)” (Ídem, p. 42)

⁶⁷ Llamado “Proyecto Brasesco” en honor al senador argentino que presentó la iniciativa. Este proyecto no llegó a ser sancionado por la cámara de diputados y en su lugar se promulgó la Ley Nacional N° 24.417 –Ley de Protección contra la Violencia Familiar el 28 de diciembre de 1994.

⁶⁸ No se ha tenido acceso a los proyectos nombrados, pero sí a esta normatividad, una vez aprobada o promulgada.

⁶⁹ Cabe acotar, que en aquellos tiempos ya se afirmaba que “La Ley” era vaga y no definía adecuadamente a la violencia familiar (VILLANUEVA FLORES, Rocío (1996). “Notas sobre interpretación jurídica (A propósito de la Ley 26260 y la violencia familiar)”. En FACIO, Alda y otras. *Violencia contra la mujer: Reflexiones desde el Derecho*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, p.95)

objeto de que se evite la impunidad⁷⁰.

2. Denominación:

Como sabemos, las víctimas de la violencia familiar pueden ser mujeres y hombres adultos, niños o adolescentes, ancianos o personas con discapacidades físicas o psíquicas. En el caso de los niños y ancianos, la tasa de maltratadores es superior en las mujeres, pues por lo general, son estas las que cuidan de aquellos, y por lo tanto, la interacción es mayor con aquel tipo de víctimas⁷¹.

El sintagma “violencia familiar”⁷² es equivalente a “violencia doméstica”, “violencia intrafamiliar”, “violencia en la familia” o “violencia contra los integrantes del grupo familiar”, y alude a la violencia que se produce en el ámbito familiar, que es lo que la caracteriza⁷³. Lourdes Flores Nano señala que, por violencia familiar, debe entenderse “la violencia al interior del hogar o bajo algún tipo de relación conyugal, de convivencia paternal o de dependencia.”⁷⁴, es decir, sería la que ocurre entre los miembros de la familia amplia y pluriparental (cónyuges, hijos, tíos, abuelos, ahijados, prohijados, etc.)⁷⁵.

Sin embargo, en la actualidad dicha afirmación es inexacta, pues incluso comprende a quienes han dejado de ser familia (entre los ex cónyuges y ex convivientes).

Si bien se ha dicho que “dentro del amplio concepto de ‘violencia doméstica’ encontramos subtipos de la misma como pueden ser la ‘violencia de género’ o la ‘violencia institucional’. Además se dice que hay ‘violencia infantil’ cuando las víctimas son menores de temprana edad y ‘violencia intergeneracional’ cuando la víctima y persona agresora pertenecen a generaciones diferentes como abuelos, padres, hijos, nietos, etc.”⁷⁶, esto tampoco es del todo cierto, por cuanto la “violencia de género” no solo se produce en el ámbito privado (como la familia, el hogar), sino también en el ámbito público (espacio laboral, los medios de comunicación, espacios institucionales, la comunidad, etc.), en el que la víctima, muy probablemente, no tendrá vínculo alguno

⁷⁰ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), loc. cit. En nuestro país, el 23 de noviembre de 2015 se publicó en el diario “El Peruano” la Ley N° 30364 “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”. La distinción conceptual entre violencia contra la mujer y violencia contra los integrantes del grupo familiar se explicará a continuación.

⁷¹ RODRÍGUEZ, Alicia, óp. cit., p. 164.

⁷² También se utilizan las expresiones: “malos tratos familiares”, “malos tratos en el ámbito familiar”, “maltrato en el seno del hogar”, entre otros. (BOLAÑOS, Carmen, óp. cit., p. 19).

⁷³ RODRÍGUEZ, Alicia, óp. cit., p. 168.

⁷⁴ FLORES, Lourdes, óp. cit., p. 33.

⁷⁵ La familia amplia o extensa es la que “se encuentra conformada por personas unidas por vínculos de parentesco, afinidad y otras relaciones de afecto” (VARSI, Enrique. Óp. cit., p. 65). La familia pluriparental, también llamada ensamblada, agregada, recompuesta, reconstituida o mosaico, *stepfamily* o familiastra es aquella en la que uno o ambos miembros de la pareja tuvieron un compromiso previo y cuentan con hijos propios y comunes (Ídem, p. 71)

⁷⁶ RODRÍGUEZ, Alicia, óp. cit., p. 169.

con el agresor.

Por dicha razón, se ha definido de manera general a la “violencia de género” como: “todo acto que se defina como violento y que va dirigido a la mujer por la simple razón de serlo.”⁷⁷

Entendiendo que la especial situación de la violencia contra las mujeres es consecuencia del orden de género que establece la sociedad, el cual determina una jerarquía y poder distintos para ambos sexos y considera a la violencia como manifestación de ese poder de los hombres sobre las mujeres,⁷⁸ también se ha definido la violencia de género como: “todos los actos de agresión física, sexual y emocional, que se desarrollan en un contexto de desequilibrio de poder basado en la manera como se construyen los géneros en nuestra sociedad, a través de los cuales quien detenta el mayor poder busca doblegar la voluntad del otro u otra para mantener el ejercicio de ese poder cuando encuentra resistencias. Dado que por razones sociales y culturales existen relaciones asimétricas de poder favorables a los varones, la violencia mayormente ha sido dirigida en contra de las mujeres, y también, aunque en menor medida, contra varones considerados más débiles, los cuales se alejan del estereotipo hegemónico del varón heterosexual.”⁷⁹

En base a esta concepción debe asumirse que cuando se habla de “violencia contra la mujer” se está haciendo referencia a la “violencia de género”. Así, el artículo 1° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “*Convención de Belém do Pará*” define la violencia contra la mujer de la siguiente manera:

“Para los efectos de esta Convención deba entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado.”

Como se advierte, la “violencia de género” o “violencia contra la mujer” puede materializarse en espacios distintos al doméstico o privado, por lo que en ocasiones, la “violencia familiar” puede divergir con aquella.

En cuanto a la denominación de las leyes, la mayor parte de los países latinoamericanos usa los sintagmas adjetivales: “violencia familiar”, “violencia doméstica” o “violencia intrafamiliar”. Al respecto, consideramos que la mejor

⁷⁷ FERNÁNDEZ SANTIAGO, Pedro (2010). “Las víctimas y la perspectiva social de la violencia en la familia”. En RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia (Coordinadora). *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. Madrid: Editorial DIKINSON S.L., p. 35.

⁷⁸ GUERRERO, Elizabeth, óp. cit., pp. 4 y 5.

⁷⁹ RAMOS PADILLA, Miguel Ángel (2006). *Masculinidades y violencia conyugal. Experiencias de vida de hombres de sectores populares de Lima y Cusco*. Lima: FASPA-UPCH, p. 15. Consulta: 13 de febrero de 2014.

http://www.academia.edu/25841092/Masculinidades_y_Violencia_Conyugal._Experiencias_de_vida_de_hombres_de_sectores_pópulares_de_Lima_y_Cusco

denominación de la institución sería: “violencia intrafamiliar”, puesto que resulta más preciso, al referirse expresamente a la violencia que se produce dentro de la misma familia (amplia o extensa), a diferencia de lo que ocurre con el sintagma “violencia familiar”, que puede dar a entender una violencia entre distintas familias, como la que sucedía en la obra “Romeo y Julieta”. En el caso de los términos “violencia doméstica”, estos aluden a la violencia que ocurre en el hogar o en la casa, al lugar donde habitualmente se despliega; sin embargo, esto no siempre es así, pues “La Ley” comprende a muchos individuos que no viven juntos (abuelos, tíos, sobrinos, hermanos mayores, cónyuges separados, ex convivientes, etc.).

No obstante ello, dada la moderna ampliación y subsiguiente dilución del concepto de familia, así como el fin protector e inclusivo de la institución, cualquier denominación que se elija será insuficiente para alcanzar a todos los sujetos y tipos de violencia que regula. Como señala Carmen Bolaños: “Si bien es cierto que todas estas denominaciones giran en torno al parentesco y al lugar de residencia del grupo familiar, aún no se ha conseguido que una denominación única transmita la multiplicidad de bienes jurídicos dañados por causa de los malos tratos infligidos.”⁸⁰

3. Definición:

El significado del concepto de ‘violencia doméstica’ o violencia en la familia es relativamente moderno⁸¹. Al ser una institución estudiada por especialistas de diversas ciencias y disciplinas, como la sociología, psicología, medicina y el Derecho, entre otras, toda definición carecerá de completitud, conllevará un determinado enfoque o, en el peor de los casos, tendrá un sesgo cognitivo propio de la especialización del conocimiento. A los fines de la presente tesis, no trataremos de dar una definición jurídica de la institución, sino que repasaremos las definiciones de violencia familiar contenidas en la normatividad y las elaboradas por la doctrina y los especialistas en la materia para demostrar que todas carecen de algunos elementos necesarios para configurarla apropiadamente.

Debido a que la institución contiene un concepto extrajurídico como la violencia, previamente revisaremos esta definición a fin de contar con una mejor comprensión del tema.

3.1 Definición de violencia:

Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra “violencia” significa: “Acción y efecto de violentar o violentarse”⁸². Por su parte, “violentar”, denota en su primera acepción: “Aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer

⁸⁰ BOLAÑOS, Carmen, loc. cit.

⁸¹ RODRÍGUEZ, Alicia, óp. cit., p. 163

⁸² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo segunda edición. Consulta: 02 de febrero de 2014. <<http://lema.rae.es/drae/?val=violencia>>

su resistencia”⁸³. Así las cosas, no se puede obtener mayores alcances del contenido del término en el lenguaje común dada su significación circular.

La psicóloga Alicia Fainblum indica que el término “violencia” deriva de la raíz latina *vis* que significa: vigor, poder, maltrato, violentación, forzamiento, la cual deriva, a su vez, del vocablo latino *violo*, que remite a los significados de: “profanar, ultrajar, deshonorar”. La autora entiende que, por tanto, la violencia debe entenderse como un abuso de poder⁸⁴. Citando a Jean-Marie Domenach, se ha definido la violencia como: “el uso de una fuerza, abierta u oculta, con el fin de obtener de un individuo o de un grupo lo que no quieren consentir libremente”⁸⁵, o como “el ejercicio de la fuerza con el potencial de causar daño”⁸⁶. Haciendo hincapié en que se refiere a la violencia intencional, esta se ha definido como el “uso, o amenaza de uso, de la fuerza física, con la intención de hacer o hacerse daño”⁸⁷.

Pero existe otra concepción de la violencia sustentada en estudios antropológicos y biológicos. En esta, la violencia se distingue de la agresión y es considerada como un fenómeno cultural, innecesario y destructivo. Por el contrario, la agresión sí se considera innata al ser humano y además necesaria para la supervivencia⁸⁸.

Así, citando al filósofo español, José Sanmartín Espulgues, se ha dicho que:

“(…) La **agresividad** es un rasgo biológico innato que podemos encontrar en todos los animales. Es útil para incrementar la eficacia de la especie, por ejemplo, los animales matan para comer y sobrevivir y en general las peleas intraespecie no llegan a la muerte. La agresividad no es una característica negativa, es necesaria para la supervivencia y la evolución. En este sentido, el ser humano es agresivo por naturaleza. En cambio, **la violencia** es una característica específicamente humana producto de la cultura y de la socialización. Es decir que es aprendida y se utiliza con una intencionalidad, está destinada a obtener el dominio y el control. Por ello, **‘el ser humano es**

⁸³ Ídem. <<http://lema.rae.es/drae/?val=violentar>>

⁸⁴ FAINBLUM, Alicia (2002). “Violencia y discapacidad”. En CADOCHE, Sara Noemí. *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 121.

⁸⁵ GROSMAN, Cecilia, MESTERMAN, Silvia y ADAMO, María (1989), *Violencia en la familia. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 67.

⁸⁶ RIVERA RAMOS, Efrén (2003). “Reflexiones bajo el influjo de una violencia extrema”. En *Violencia y Derecho*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., p. 4.

⁸⁷ LONDOÑO, Juan Luis y GUERRERO, Rodrigo (1999). *Violencia en América Latina. Epidemiología y costos*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo (BID), p. 10. Consulta: 16 de febrero de 2014. <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr91finaldraft.pdf>>

⁸⁸ “En oposición a la agresividad la violencia es siempre innecesaria y aberrante. (...) Lejos de ser útil para el progreso del ser humano pone en riesgo su existencia futura. Es la forma más brutal de agresión humana, y para que aparezca se necesita siempre un agresor y un agredido, una víctima y un victimario.” (NAVAS TEJEDOR, Marta y GARCÍA-PARAJÚA, Pedro (2010). “Violencia intrafamiliar. Perspectiva psiquiátrica”. En RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia. *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. Madrid: Editorial DYKINSON S.L., p. 71)

agresivo por naturaleza, pero pacífico o violento por la cultura”⁸⁹

Como se aprecia, la violencia no es una manifestación instintiva, es producto de la cultura. El ser humano, como cualquier otro animal, presenta características biológicas que lo impulsan a la agresividad. La cultura hipertrofia esta agresividad y la convierte en violencia. Esta no es una conducta para la supervivencia, es selectiva (ya que el agresor elige a la víctima) y constituye un ejercicio de poder. En una situación de violencia familiar el rol de agresor lo ejecuta quien ostenta mayor poder, por lo general, el hombre sobre las mujeres, los niños y los ancianos⁹⁰.

Debido al aspecto cultural de la violencia, la Organización Mundial de la Salud ha dicho que “es un fenómeno sumamente difuso y complejo cuya definición no puede tener exactitud científica, ya que es una cuestión de apreciación. La noción de lo que son comportamientos aceptables e inaceptables, o de lo que constituye un daño, está influida por la cultura y sometida a una continua revisión a medida que los valores y las normas sociales evolucionan.”⁹¹. De este modo, el castigo físico que generaciones atrás propinaban los padres a sus hijos eran vistos con normalidad, como un ejercicio legítimo del deber de corrección; sin embargo, hoy no parece admisible tal clase de proceder y se sancionaría al padre que comete tal acto.

De todos modos, luego de hacer dicha advertencia, la Organización Mundial de la Salud, define la violencia como “el uso deliberado de la fuerza o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones,

⁸⁹ QUINTEROS, Andrés y CARBAJOSA, Pablo (2010). “Intervención psicosocial con personas que ejercen violencia de género”. En MARCHORI, Hilda (Directora). *Victimología 8. Violencia familiar-conyugal*. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, p. 60. También se ha dicho con relación a la agresividad que: “Se puede presentar en el nivel físico, como lucha con manifestaciones corporales explícitas. En el nivel emocional puede presentarse como rabia o cólera, manifestándose a través de la expresión facial y los gestos o el cambio del tono y volumen en el lenguaje. Desde un nivel cognitivo puede estar presente como fantasías destructivas, elaboración de planes agresivos o ideas de persecución propia o ajena. En nivel social es el marco en el cual, de una manera o de otra, toma forma concreta la agresividad. La pulsión agresiva es tan innata en el ser humano como el hambre, la sed o la sexualidad. La agresividad es necesaria para la conservación de las especies, (...)” (NAVAS TEJEDOR, Marta y GARCÍA-PARAJÚA, Pedro, óp. cit., p. 70)

⁹⁰ BRAVO GÓMEZ, Alberto (2009). “Violencia y desarrollo afectivo en el contexto social”. En RÍOS GONZALES, José Antonio (Director). *Personalidad, madurez humana y contexto familiar*. Madrid: Editorial CCS, p. 584. En ese mismo sentido: “El instinto a la agresión presente en la especie humana es regulado, fundamentalmente, a través de las normas culturales existentes en la sociedad. Es a través de la cultura y las normas religiosas de diversa índole, como las diferentes sociedades regulan esa tendencia a la agresión. Por eso es tan importante conocer las actitudes y las normas sociales según como las perciben los diferentes integrantes de una sociedad.” (LONDOÑO, Juan y GUERRERO, Rodrigo, óp. cit., p. 34)

⁹¹ Organización Panamericana de la Salud (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud: Resumen*. Washington D. C.: OPS., p. 4. Consulta: 10 de diciembre de 2013. <http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf>

muerte, daños psicológicos, trastorno del desarrollo o privaciones.”⁹².

Como se aprecia, de las definiciones de violencia dadas hasta el momento, estas aluden al uso de la fuerza o el abuso de poder dirigido a causar un daño.

3.2 Definición legal:

Luego de ser modificada por la Ley N° 26763 en 1997 y de ser reordenada por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, la Ley N° 26260 fue modificada nuevamente por las leyes N° 27306 del 2000 y N° 29282 del 2008, quedando redactado el artículo 2° la siguiente manera:

“A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzcan entre:

- a) Cónyuges.
- b) Ex cónyuges.
- c) Convivientes.
- d) Ex convivientes.
- e) Ascendientes.
- f) Descendientes
- g) Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
- h) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.
- i) Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.
- j) Uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho”.

Analizando la disposición normativa, notamos que la definición legal de violencia familiar elaborada en nuestro país carece de algunos elementos o presupuestos necesarios para una correcta configuración de la institución regulada, ya que comprendería algunos supuestos de hecho que el sistema jurídico admite y permite, como la legítima defensa o el ejercicio regular de un derecho, otros donde el dañador actuó sin dolo ni culpa o incluso cuando aquel es un infante.

Nos referimos específicamente a la expresión: “cualquier acción u omisión que cause daño”. A diferencia de los términos: “maltrato sin lesión”, “amenaza”, “coacción” y “violencia sexual” que contienen las demás hipótesis, aquel sintagma carece de criterios de imputación y de referencia a la ilicitud (o a situaciones de exclusión de violencia familiar), además, tampoco tiene una “carga

⁹² Ídem, p. 5.

emotiva” desfavorable - como se mostrará más adelante - lo que dificulta una interpretación que pueda salvar el problema.

Dichas deficiencias de “La Ley”, no facilitan la comprensión jurídica de la institución estudiada y derivan, algunas veces, en sentencias judiciales erróneas, injustas o absurdas⁹³.

A continuación revisaremos las demás definiciones brindadas por los instrumentos internacionales, la legislación comparada, la doctrina y la jurisprudencia, a fin de verificar si las deficiencias acotadas se repiten o no.

3.3 Definiciones de instrumentos internacionales:

Las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales ratificados o suscritos por el Perú (tratados, convenios, acuerdos, declaraciones), están enfocadas en sujetos específicos víctimas de violencia como la mujer y los menores de edad; pero como por lo general, la violencia contra aquellos ocurre en el ámbito familiar o doméstico, comparten una amplia zona común⁹⁴.

Con relación a la violencia contra la mujer, el artículo 1° de la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer de 1993, que como se advierte, inspiró a nuestros legisladores, establece que por violencia contra la mujer:

“(…) se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”

De manera similar, el artículo 1° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de *Belém do Pará*” aprobada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 26583 de 1996, define la violencia familiar contra la mujer de la siguiente manera:

“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Por su parte, si bien la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989 (aprobada por el Congreso de la República por Resolución Legislativa N° 25278 de 3 de agosto de 1990) no define expresamente a la violencia contra los niños, niñas y adolescentes (maltrato infantil), enumera las situaciones que pueden

⁹³ Que serán analizadas en el capítulo V.

⁹⁴ BOLAÑOS, Carmen, óp. cit., p. 17.

considerarse dañinas para aquellos. Así, el artículo 9° de la convención estipula 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 encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

Según se observa, las leyes que se dictaron con posterioridad se inspiraron en las definiciones que brindaban estos instrumentos internacionales.

3.4 Definiciones de la legislación comparada:

En cuanto a la legislación comparada, el artículo 1.3 de la Ley N° 54 “para la Prevención e Intervención con la Violencia Doméstica” de Puerto Rico de 1989 - que también sirvió de inspiración a nuestros legisladores – indica que la violencia doméstica:

“Significa un patrón de conducta constante de empleo de fuerza física o violencia psicológica, intimidación o persecución contra una persona por parte de su cónyuge, ex cónyuge, una persona con quien cohabita o haya cohabitado, con quien sostiene o haya sostenido una relación consensual o una persona con quien se haya procreado una hija o hijo, para causarle daño físico a su persona, sus bienes o a la persona de otro o para causarle grave daño emocional”.

De manera más concisa, el artículo 1° de la Ley Nacional N° 24.417 “Ley de Protección contra la Violencia Familiar” de Argentina de 1994, 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 ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta Ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho”.

Esta ley fue parcialmente derogada por la Ley 26.485 “Ley de Protección Integral a las Mujeres” de 2009, la cual indica en su artículo 4°:

“Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.”

Por su parte, la Ley N° 103 ecuatoriana de 1995, “Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia” precisa en su artículo 2°:

“Se considera violencia intrafamiliar toda acción u omisión que consista en maltrato físico, psicológico o sexual, ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar.”

La Ley N° 1674 “Ley contra la Violencia en la Familia o Doméstica” de Bolivia de 1995, establece en su artículo 4° que:

“Se entiende por violencia en la familia o doméstica la agresión física, psicológica o sexual, cometida por:

1. El cónyuge o conviviente;
2. Los ascendientes, descendientes, hermanos, parientes civiles o afines en línea directa y colateral;
3. Los tutores, curadores o encargados de la custodia.”

Al igual que en Argentina, esta ley fue parcialmente derogada por la Ley 348 “Ley Integral para garantizar a las Mujeres una Vida libre de Violencia” de 2013. El artículo 6° de la nueva ley define a la violencia y a la “situación de violencia” de la siguiente forma:

“1. Violencia. Constituye cualquier acción u omisión, abierta o encubierta, que cause la muerte, sufrimiento o daño físico, sexual o psicológico a una mujer u otra persona, le genere perjuicio en su patrimonio, en su economía, en su fuente laboral o en otro ámbito cualquiera, por el sólo hecho de ser mujer.

2. Situación de Violencia. Es el conjunto de circunstancias y condiciones de agresión en las que se encuentra una mujer, en un momento determinado de su vida.”

La Ley N° 294 “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar” de Colombia de 1996, dispone genéricamente en el artículo 4°:

“Toda persona que en el contexto de una familia sea víctima de daño físico o psíquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, pedir al juez de familia o promiscuo de familia,

promiscuo municipal o civil municipal, si faltare el de familia, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente.”

La ley anterior fue reformada por la Ley N° 1257 “Por la cual se dictan Normas de Sensibilización, Prevención y Sanción de Formas de Violencia y Discriminación contra las Mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones” de Colombia, de 2008, indica en el artículo 2°:

“Artículo 2°. Definición de Violencia contra la Mujer.- Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, en las laborales o en las económicas.”

De forma más explícita, el artículo 2° de la Ley N° 7586 “Ley contra la Violencia Doméstica” de Costa Rica de 1996 estipula que:

“Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones:

- a) Violencia doméstica: Acción u omisión, directa o indirecta, ejercida contra un pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho o por una relación de guarda, tutela o curatela y que produzca como consecuencia el menoscabo de su integridad física, sexual, psicológica o patrimonial. El vínculo por afinidad subsistirá aún cuando haya finalizado la relación que lo originó.
- b) Violencia psicológica: Acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.
- c) Violencia física: Acción u omisión que arriesga o daña la integridad corporal de una persona.

- d) Violencia sexual: Acción que obliga a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales, mediante el uso de la fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará violencia sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.
- e) Violencia Patrimonial: Acción u omisión que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos y recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas mencionadas en el inciso a) anterior.

(...)

Las definiciones comprendidas en los incisos b), c), d), e) y f) no serán restrictivas.”

Por su parte, la Ley N° 17.514 “Violencia Doméstica. Decláranse de Interés General las Actividades Orientadas a su Detección Temprana, Atención y Erradicación” de Uruguay de 2002 precisa en el artículo 2°:

“Constituye violencia doméstica toda acción u omisión, directa o indirecta, que por cualquier medio menoscabe, limitando ilegítimamente el libre ejercicio o goce de los derechos humanos de una persona, causada por otra con la cual tenga o haya tenido una relación de noviazgo o con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva basada en la cohabitación y originada por parentesco, por matrimonio o por unión de hecho.”

La Ley Orgánica española 1/2004 “Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, de 28 de diciembre de 2004, indica de manera muy concisa, en su artículo 1°.3 del Título Preliminar:

“La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

La Ley chilena N° 20.066 “Establece Ley de Violencia Intrafamiliar” emitida el 2005 y modificada por la Ley N° 20.427, prescribe en su artículo 5° lo siguiente:

“Violencia Intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.”

Por otro lado, la Ley brasileña 11.340/06 “Ley María da Penha” de 2006, dispone en el artículo 5° que:

“A los efectos de esta Ley, configura violencia doméstica y familiar contra la mujer cualquier acción u omisión basada en el género que le cause la muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual o psicológico y daño moral o patrimonial:

- I. En el ámbito de la unidad doméstica como el espacio de convivencia permanente de personas, con o sin vínculo familiar, inclusive aquellas esporádicamente agregadas;
- II. En el ámbito de la familia, entendida como la comunidad formada por individuos que son o se consideran aparentados, unidos por lazos naturales, por afinidad o por voluntad expresa;
- III. En cualquier relación íntima de afecto, en la cual el agresor conviva o haya convivido con la ofendida, independientemente de cohabitación.

Párrafo único. Las relaciones personales enunciadas en este artículo son independientes de la orientación sexual.”⁹⁵

El país de Venezuela, en el artículo 14° de La Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de 2006, define la violencia contra las mujeres de esta manera:

“Definición. La violencia contra las mujeres a que se refiere la presente Ley, comprende todo acto sexista o conducta inadecuada que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, emocional, laboral, económico o patrimonial; la coacción o la privación arbitraria de la libertad, así como la amenaza de ejecutar tales actos, tanto si se producen en el ámbito público como en el privado.”

Respecto de México, el artículo 323° ter de su Código Civil modificado en 1997 prescribe que:

⁹⁵ SECRETARÍA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA LAS MUJERES DEL GOBIERNO FEDERAL DE BRASIL (2006). *Ley María da Penha. Ley número 11.340 del 7 de agosto de 2006. Cohíbe la violencia doméstica y familiar contra la mujer*. Brasilia: Secretaría Especial de Políticas para las Mujeres. Consulta: 07 de febrero de 2014. <<http://www.mercosurmujeres.org/userfiles/file/files/ley%20maria%20penha%20espanol.pdf>>

“Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar. Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.”

Por su parte, el artículo 7° de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de México de 2007, define a la violencia familiar así:

“Violencia familiar: Es el acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a las mujeres, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato o mantengan o hayan mantenido una relación de hecho.”

Estas son pues, las definiciones legales de violencia familiar y de violencia contra la mujer de los principales países de Hispanoamérica y Brasil.

3.5 Definiciones doctrinarias y de entidades especializadas:

Ahora, revisaremos las diversas definiciones elaboradas por la doctrina con relación a la violencia familiar a fin de evaluar si aportan soluciones al problema.

Los españoles Carlos Ganzenmüller, José Escudero y Joaquín Frigola, sostienen que la violencia doméstica es “toda acción u omisión física, psíquica o sexual practicada sobre los miembros más débiles de una comunidad familiar, fundamentalmente las ejercidas sobre los menores, mujeres y ancianos, así como las derivadas de la ruptura de la convivencia o relación afectiva, que cause daño físico o psicológico o maltrato sin lesión”.⁹⁶

Por su parte, la doctora Alicia Rodríguez, afirma someramente que la violencia doméstica es “cualquier tipo de violencia física, psíquica o de otra índole producida por cualquier medio o instrumento que tiene lugar en el ámbito de la convivencia familiar sin que en algunos casos esa convivencia signifique vivir en el mismo espacio físico.”⁹⁷

La doctora argentina Graciela Medina explica que “La violencia familiar es entendida como los actos de agresión de una persona hacia un habitante de la vivienda familiar. Normalmente se manifiesta en forma de agravios verbales o abusos físicos entre los esposos. También puede darse lugar a través de actos

⁹⁶ GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO, J. y FRIGOLA, J., óp. cit., pp. 14 y 15.

⁹⁷ RODRÍGUEZ, Alicia, óp. cit., p. 170.

de poder y ejercicio de control que provocan sobre la víctima profundos trastornos emocionales y psicológicos”⁹⁸.

Citando a las sociólogas españolas Inés Alberdi y Natalia Matas, la doctora Carmen Bolaños, sostiene que “se entiende por violencia doméstica los malos tratos o agresiones físicas, psicológicas, sexuales o de otra índole, infligidas por personas del medio familiar y dirigida generalmente a los miembros más vulnerables de la misma: niños, mujeres y ancianos.”⁹⁹; y tomando la definición que se propuso en el I Congreso de Organizaciones Familiares de Madrid de 1987, señala que la violencia familiar es: “toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que da lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma”¹⁰⁰.

El profesor argentino Eduardo Sambrizzi, citando a Jorge Corsi, sostiene que la violencia doméstica “alude a todas la formas de abuso que tienen lugar en las relaciones entre los miembros de una familia, debiendo ese abuso ser crónico, permanente o periódico, por lo que no estarían incluidas las situaciones de maltrato infrecuentes o esporádicas que constituyen la excepción y no la regla dentro de las relaciones familiares”¹⁰¹.

Por otro lado, en la Recomendación (85) 4, 26, 5 de 1985, el Consejo de Europa ha definido la violencia familiar como: “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”¹⁰².

Finalmente, la Organización Panamericana de la Salud (OPS-OMS) enseña que: “la violencia en la familia es la agresión física, psicológica o sexual cometida por el esposo o conviviente, abuelos, padre, hijos, hermanos, parientes civiles u otros familiares. También comprende a los tutores o encargados de la custodia. Afecta a todas las familias sin distinción de raza, edad, educación o condiciones socioeconómicas”¹⁰³.

3.6 Definiciones jurisprudenciales:

En cuanto a la jurisprudencia nacional emitida sobre violencia familiar en la Corte Suprema de Justicia de la República, esta es escasa, y en las contadas ocasiones que ha tenido que pronunciarse, la Sala Civil Transitoria se ha remitido a la ley y ha definido la violencia familiar de las siguientes formas:

⁹⁸ MEDINA, Graciela (2002). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 103.

⁹⁹ BOLAÑOS, Carmen, loc. cit.

¹⁰⁰ Ídem, p. 21.

¹⁰¹ SAMBRIZZI, Eduardo (2001). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley S.A., p. 239.

¹⁰² GROSMAN, Cecilia, MESTERMAN, Silvia y ADAMO, María, óp. cit., p. 68.

¹⁰³ PROMUDEH – ÓPCIÓN (2000). *Violencia familiar desde una perspectiva de género: Consideraciones para la acción*. Lima: Laymar, p. 122.

“SEXTO.- Que, con relación al concepto de Violencia Familiar debe tenerse en cuenta que según el artículo 2 inciso a) del Decreto Supremo 006-97-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley número 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, se entiende por Violencia Familiar: cualquier acción u omisión que causa daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual que se produzcan entre cónyuges.”¹⁰⁴

“Cuarto.- Que, a su vez el artículo 1 de la Ley 26260, modificada por Ley número 26763, publicada el veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, establece que "A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre: a) Cónyuges, b) Convivientes, c) Ascendientes, d) Descendientes, Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o f) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, entendida la lesión física como aquella en donde se afecta la integridad del cuerpo físico y que es determinada por certificación de médicos legistas, la violencia psicológica en cuanto se afecta la subjetividad, la identidad, los sentimientos, la autoestima de quien los padece dificultando la coexistencia armoniosa en sociedad y la violencia sexual que constituye una afectación tanto física, anímica como moral";”¹⁰⁵

Por el contrario, la jurisprudencia de las Salas Especializadas de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima sobre violencia familiar es mucho más copiosa, y por lo general, definen la violencia familiar así:

“Segundo: La Violencia Familiar se configura a través de la comisión de cualquier acto u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual que se produzca entre cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.”¹⁰⁶

“Primero: La violencia familiar se configura a través de la comisión de cualquier acto u omisión que cause daño físico o psicológico entre cónyuges,

¹⁰⁴ Casación 532-2010-SAN MARTÍN del 06-06-11 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

¹⁰⁵ Casación N° 4808-2006-CUSCO del 25-07-07 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

¹⁰⁶ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 02-06-12 (Exp. N° 318-2010).

convivientes, ex convivientes u otros con vínculo familiar que habiten en el mismo hogar conforme lo establece el artículo segundo del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar.”¹⁰⁷

“(…) la Violencia Familiar refiere distintas formas de relación abusiva que la caracterizan, de modo permanente o cíclico aprovechando del vínculo intrafamiliar, la que es ejercida por una de las partes, asumiendo comportamientos que por acción u omisión, producen, daño físico o lesión o daño psicológico que comprende el daño a la autoestima, la identidad o el desarrollo emocional de una persona.”¹⁰⁸

“**SEGUNDO:** Que, se entiende por violencia familiar cualquier acción, omisión o conducta mediante la cual se infiere un daño físico, sexual o psicológico a un integrante del grupo familiar, a través de coacción, la fuerza física, la amenaza entre otros.”¹⁰⁹

Como se observa, las definiciones jurisprudenciales suelen definir la violencia familiar en base al texto de “La Ley”.

3.7 Deficiencias en las definiciones de violencia familiar:

Como se indicó líneas antes, nuestra definición legal de violencia familiar carece de algunos elementos que contribuyen a configurarla correctamente, como criterios de imputación, la referencia a la ilicitud o de situaciones excluyentes de violencia familiar.

Ahora bien, si analizamos las demás definiciones expuestas en la normatividad, en la doctrina y la jurisprudencia, verificamos, en primer lugar, que gran parte de aquellas definen a la violencia familiar de manera similar, es decir, repitiendo los mismos errores.

En segundo lugar, muchas definiciones contienen términos como “maltrato”, “amenaza”, “coacción”, “violencia”, “abuso”, “descuido”, “trato negligente”, “malos tratos”, “explotación”, “intimidación”, “persecución”, “agresión”, “control abusivo”, “basada en el género”, “intimidación”, “coerción”, “chantaje”, “soborno”, “manipulación”, “acto abusivo de poder”, “omisión intencional”, “actos de agresión”, “acto sexista”, “conducta inadecuada”, “agravios”, “ejercicio de control”, “formas de abuso”, “uso de la fuerza”, “actos de poder”, entre otros, que constituyen criterios de imputación o estos pueden deducirse a través de una interpretación.

Sin embargo, tal como lo expone la profesora Rocío Villanueva: “la formulación de normas jurídicas utilizando el lenguaje natural (en nuestro caso el castellano),

¹⁰⁷ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 04-10-11 (Exp. N° 1652-2009).

¹⁰⁸ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 19-11-13 (Exp. N° 10007-2012).

¹⁰⁹ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 17-09-12 (Exp. N° 2285-2011).

determina que aquellas adolezcan de los defectos que presentan los lenguajes naturales. Los defectos más notorios son la ambigüedad, la vaguedad y la carga emotiva.”¹¹⁰

En el caso que nos ocupa, si bien la mayor parte de las expresiones descritas cuentan con una carga emotiva desfavorable¹¹¹ – lo que para los efectos, favorecería su interpretación –, notamos que estos son términos oscuros, es decir, ambiguos¹¹² y vagos¹¹³.

Por ejemplo, respecto al término “maltrato”, la doctora en Derecho Cecilia Grosman y la especialista Silvia Mesterman, citando al profesor italiano Guglielmo Gulotta, precisan que “presenta un conjunto de significados extremadamente amplios, que aluden a un complejo espectro de comportamientos sobre los cuales se pueden producir zonas muy amplias de superposiciones y coincidencias”¹¹⁴

Además de ello, como lo explica el profesor Marcial Rubio, en ocasiones las palabras son utilizadas con el significado del lenguaje común y en otras se les asigna uno propio, incluso a veces una misma palabra puede ser empleada en sentido común y otras en un sentido jurídico diferente¹¹⁵.

Para dar mayor dificultad a los problemas semánticos señalados, existe el problema de la influencia cultural en la concepción de las palabras que, finalmente, repercuten en su definición, lo que ya se precisó líneas atrás al tratar sobre la violencia¹¹⁶.

De todos modos, si se lograra superar satisfactoriamente los obstáculos ya expuestos, todavía subsiste el problema de la corrección de la interpretación. Como sostiene el profesor Marcial Rubio: “Con las reglas de interpretación jurídica pueden obtenerse distintos resultados, según el punto de partida y la

¹¹⁰ VILLANUEVA, Rocío, óp. cit., p. 99

¹¹¹ “Las palabras pueden tener carga emotiva favorable o desfavorable, es decir, pueden provocar respuestas emotivas en los individuos.” (Ídem, p. 102)

¹¹² Citando a Manuel Atienza, la doctora Rocío Villanueva nos dice que: “Un término es ambiguo si es susceptible de asumir diversos significados, generalmente distinguibles por el contexto.” (Ídem, p. 99)

¹¹³ Citando a los doctores Aleksander Peczenik y Carlos Santiago Nino, respectivamente, Rocío Villanueva explica que “La vaguedad alude a la imprecisión del significado de algunas palabras’, que hacen referencia a propiedades que se dan en la realidad en grados diferentes, ‘sin que el significado del término incluya un límite cuantitativo para la aplicación de él’, es el caso de los términos “alto”, “pobre”, “gordo”, “joven” (Ídem, p. 100)

¹¹⁴ GROSAMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia (1998). *Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 41.

¹¹⁵ RUBIO CORREA, Marcial (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición, aumentada. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, p. 80.

¹¹⁶ Sobre este punto, el doctor Marcial Rubio indica que: “Un tercer elemento importante en el Perú es el de la pluralidad cultural que por cosmovisiones, costumbres, idiomas y en definitiva culturas distintas, lleva a que el significado de determinadas situaciones y actos sea distinto para diferentes personas.” (Ídem, p. 83)

metodología interpretativa que asuma el intérprete. De tal forma que las reglas de interpretación pueden combinarse de diversa manera por cada intérprete, dando en consecuencia posibles distintas respuestas al mismo problema, y todas en esencia válidas de acuerdo a las reglas de la teoría de la interpretación.”¹¹⁷

Bajo estas premisas, resulta sumamente incierto si los criterios de imputación extraídos de frases como “actos sexistas” o “conductas inadecuadas” contenidos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de Venezuela, sean los mismos para los intérpretes. Por dicha razón, las definiciones deben ser lo más claras posibles para evitar consecuencias injustas o absurdas.

Finalmente, se debe resaltar que ningún autor ha sistematizado los criterios de imputación de la violencia familiar, ni de las normas que regulan la institución ni de las definiciones doctrinarias.

Con relación a la ilicitud, es de rescatar la Ley N° 17.514 uruguaya, que precisa que la acción u omisión que causa menoscabo (daño) limita “ilegítimamente” el libre ejercicio o goce de los derechos humanos de una persona. De esta manera, dicho sistema incorpora el elemento de la ilicitud a la definición de violencia familiar¹¹⁸.

Lo mismo puede decirse de las definiciones que incluyen el sintagma adjetival “privación arbitraria” (las leyes española, colombiana y venezolana, inspiradas en la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer de 1993), si bien solo están referidas a aquellos actos que violen el derecho a la libertad personal de la víctima.

Culminado este análisis de las definiciones de violencia familiar elaboradas por la doctrina y la normatividad supranacional y comparada, se puede decir que, en principio, adolecen de las mismas deficiencias que nuestra ley.

4. Fines de la institución:

Los fines de la violencia familiar se infieren de un análisis sistemático de las normas que la regulan, de los principios que inspiran la institución y de la teoría elaborada sobre el tema.

Al respecto, la profesora Violeta Bermúdez Valdivia ha señalado que: “Los países de la

¹¹⁷ Ídem, p. 223. Al respecto, Rocío Villanueva sostiene que: “La interpretación conlleva necesariamente valoración, elección y decisión por parte del aplicador del Derecho. Se asume, en mi opinión correctamente, que la relación entre el lenguaje y la realidad es convencional. En consecuencia, expresiones como ‘violencia psicológica’ pueden ser interpretadas de manera diferente.” (VILLANUEVA, Rocío, p. 104)

¹¹⁸ No obstante ello, dicha ley no hace referencia a criterio de imputación alguno.

región andina –Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela-, siguiendo experiencias similares de otros países de América Latina han desplegado innumerables esfuerzos a fin de introducir en sus respectivas legislaciones normas especiales destinadas a prevenir, sancionar y/o erradicar la violencia contra las mujeres en el ámbito de sus relaciones familiares.”¹¹⁹

En el ámbito nacional, de manera similar, la ex congresista Lourdes Flores, promotora de “La Ley”, ha dicho que: “Consideramos además, que la importancia de la ley, radica en la ineludible consideración del problema de violencia en el hogar como uno de implicancia pública, como un hecho social a ser abordado, prevenido, sancionado y atendido más allá de la voluntad de las víctimas o agresores (...)”¹²⁰.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo, al tratar la situación de la violencia contra la mujer en la Provincia Constitucional del Callao, ha considerado que: “(...) si bien la Ley establece un marco general de protección a toda persona víctima de este tipo de violencia, reconoce también, la existencia de personas cuya situación exige una atención prioritaria, promoviendo la participación activa de organizaciones, entidades públicas e instituciones privadas vinculadas con la protección y promoción de los derechos de tales personas.”¹²¹

En ese mismo sentido, las normas sobre violencia familiar coinciden en lo expresado anteriormente. Nosotros podemos decir que los fines de la regulación de la violencia familiar son muchos (promoción de la salud pública o de una cultura de paz, modificación de patrones de conducta, la educación en el respeto de los derechos, etc.); sin embargo, estos pueden resumirse en cuatro principales, a saber:

- a) La erradicación de la violencia (prevención y protección de la víctima);
- b) La sanción del agresor;
- c) La asistencia a la víctima; y
- d) La reparación de la víctima;

A continuación trataremos cada uno de ellos.

4.1 La erradicación de la violencia familiar (prevención y protección):

Está plasmado en el artículo 4° de la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer de 1993¹²², el artículo 7° de la Convención

¹¹⁹ BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta (1996). “Legislación y violencia contra la mujer: Visiones desde el Derecho comparado”. En FACIO, Alda y otras (1996). *Violencia contra la mujer: Reflexiones desde el Derecho*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, p. 78

¹²⁰ FLORES, Lourdes, óp. cit., p. 42

¹²¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2001). *Informe defensorial N° 61. Violencia familiar contra la mujer en El Callao*. Lima, p. 28

¹²² “Artículo 4°.- Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán:

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de *Belém do Pará*”¹²³ y el artículo 3° de “La Ley”¹²⁴.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “erradicar” significa: “Arrancar de raíz”¹²⁵, en otras palabras, eliminar. Ya se dijo en la introducción de esta tesis, que la violencia familiar es un fenómeno social sumamente dañoso y con un alto costo social. Es también un mal endémico que viola los derechos de la personalidad o derechos fundamentales. Por estas razones, es evidente que el fin primordial es su erradicación¹²⁶.

Podemos decir que este fin es utópico, pero finalmente, es el estado al que se pretende llegar a través de distintos medios (legislando, enjuiciando, sensibilizando, tratando psicológicamente al agresor y a la víctima, etc.). La erradicación de la violencia familiar se puede traducir en acciones de prevención¹²⁷ y de protección¹²⁸ (lo que se debe hacer para evitar y cesar el

(...)
¹²³ “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:

(...)
¹²⁴ “Artículo 3.- Es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, debiendo desarrollarse con este propósito las siguientes acciones:

(...)
¹²⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, óp. cit. Consulta: 16 de febrero de 2014.
<http://lema.rae.es/drae/?val=erradicar>

¹²⁶ Al respecto, la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima ha expuesto que: “(...) la finalidad de los procesos de Violencia Familiar, es la lucha contra toda forma de violencia familiar, para cuyos efectos, es política permanente del Estado condenar y erradicar tales actos de violencia (...)” (Sentencia del 14-11-11. Exp. N° 00214-2009)

¹²⁷ Además, de la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer y la Convención de *Belém do Pará*, el fin preventivo de la violencia familiar también está recogido en el artículo 3° de “La Ley”:

“Es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, debiendo desarrollarse con este propósito las siguientes acciones:

a) Fortalecer en todos los niveles educativos la enseñanza de valores éticos, el irrestricto respeto a la dignidad de la persona y de los derechos de la mujer, del niño, adolescente y de la familia, de conformidad con la Constitución Política del Estado y los instrumentos internacionales ratificados por el Perú.

b) Empezar campañas de difusión, con el propósito de sensibilizar a la sociedad sobre la problemática social antes señalada, difundir los alcances de la presente Ley y condenar los actos de violencia familiar.

(...)

e) Promover la participación activa de organizaciones, entidades públicas del nivel central, regional y local e instituciones privadas dedicadas a la protección de niños y adolescentes, adultos mayores, mujeres y en general a los asuntos familiares, para el desarrollo de labores preventivas y de control sobre la ejecución de medidas cautelares, así como para el apoyo y tratamiento de la violencia y rehabilitación de los agresores.

f) Promover a nivel nacional, a través de los gobiernos locales, políticas, programas y servicios de prevención, atención y rehabilitación, como Defensorías de la Mujer, creación de Hogares de Refugio Temporal, servicios de consejería, grupos de ayuda mutua, Defensorías Municipales del Niño y Adolescente, servicios de rehabilitación para agresores, entre otros.

hecho de violencia), en otras palabras, la erradicación es el fin de aquellos fines¹²⁹.

En los procesos de violencia familiar, la prevención de la violencia y la protección de la víctima se consiguen a través de disposiciones dictadas por jueces y fiscales denominadas medidas de protección, las cuales están destinadas a cesar e impedir nuevos actos de violencia. Dichas medidas están previstas en los artículos 1°, 10° y 21° de “La Ley”¹³⁰ y concretizan la llamada tutela inhibitoria¹³¹.

(...)

h) Establecer las medidas necesarias a fin de implementar acciones de prevención y atención de la violencia familiar en las zonas rurales del país.”

¹²⁸ La doctora Lourdes Flores nos confirma también que: “La orientación de la Ley 26260 es eminentemente protectora de la víctima” (FLORES, Lourdes, óp. cit., p. 43). Con relación a los niños, el artículo 19° de la Convención sobre los Derechos del Niño impuso como obligación lo siguiente:

“1. 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 encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para 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.”

¹²⁹ No obstante ello, debemos precisar que la erradicación de la violencia conlleva un énfasis mayor que el de solo prevenir y proteger.

¹³⁰ “Artículo 1°.- Por la presente Ley, se establece la política del Estado y de la sociedad frente a la violencia familiar, así como las medidas de protección que correspondan.”

“Artículo 10°.- Recibida la petición o apreciados de oficio los hechos, el Fiscal debe dictar en el término de cuarenta y ocho (48) horas, bajo responsabilidad, las medidas de protección inmediatas que la situación exija.

Las medidas de protección inmediatas que se adoptan a solicitud de la víctima o por orden del Fiscal incluyen, sin que la enumeración sea limitativa, el retiro del agresor del domicilio, prohibición de comunicación, acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, suspensión temporal de visitas, inventarios sobre sus bienes, suspensión del derecho de tenencia y porte de armas, y otras medidas de protección inmediatas que garantizan su integridad física, psíquica y moral. Para la ejecución de estas medidas, debe solicitar el auxilio de la fuerza pública si fuera necesario.

Asimismo, el Fiscal puede solicitar la detención del agresor ante el Juez Penal competente, quien decreta dicha medida dentro del plazo de veinticuatro (24) horas.

El Fiscal de Familia pone en conocimiento del Juez de Familia las medidas de protección adoptadas en caso de formalizar la demanda.”

“Artículo 21°.- La resolución judicial que pone fin al proceso determinará si ha existido o no violencia familiar y establecerá:

a) Las medidas de protección en favor de la víctima pudiendo ordenar entre otras, la suspensión temporal de la cohabitación, la salida temporal del agresor del domicilio, la prohibición temporal de toda clase de visitas por parte del agresor, además de cualquier otra forma de acoso para la víctima, entre otras, conforme lo prescribe el segundo párrafo del Artículo 10 de esta Ley.

(...)

En atención a la función tuitiva de este proceso, el Juez puede agregar a su decisión los mandatos que aseguren la eficacia de las pretensiones exigidas y los derechos esenciales de la víctima.”

¹³¹ Que será tratada con mayor extensión en el Capítulo IV.

4.2 La sanción del agresor:

El carácter sancionador de la violencia familiar no solo abarca el ámbito penal, sino también el civil, y se refleja en la consideración de la conducta del agresor y el respectivo reproche.

Dado que la violencia familiar es una situación intolerable, que debe ser rechazada y no admitirse bajo ninguna circunstancia, el agresor debe ser reprochado y sancionado por su conducta. Con este objetivo, la sentencia toma en cuenta la conducta del agresor y puede contener mandatos para que modifique su comportamiento. Por ejemplo, en el artículo 21° de “La Ley” prescribe que la sentencia puede compeler al agresor a llevar una terapia psicológica, bajo apercibimiento de ser retirado del domicilio de la víctima o de prohibírsele las visitas¹³².

Algo más que contribuye a darle carácter sancionador a la institución, es que mediante Ley N° 29990 se ha eliminado la etapa de conciliación de los procesos de violencia familiar¹³³, por lo que un acuerdo entre víctima y agresor resulta inviable y el caso, prácticamente, solo debe decidirse mediante la sentencia.

Como se explicará en el Capítulo IV, creemos también que la finalidad reparadora de la violencia familiar cumple un fin sancionador del agresor.

El fin sancionador de violencia familiar está recogido en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer¹³⁴ y en la “Convención de *Belém do*

¹³² Artículo 21°.- La resolución judicial que pone fin al proceso determinará si ha existido o no violencia familiar y establecerá:

(...)

b) El tratamiento que debe recibir la víctima, su familia y el agresor, si se estima conveniente. Si la resolución judicial establece como medida de protección el tratamiento del agresor y este no cumple el mandato judicial, a solicitud de la víctima, el juez debe variar la medida y ordenar el retiro temporal del agresor del domicilio y/o el impedimento temporal de visitas, según sea el caso.

(...)

¹³³ Artículo 1° de la Ley 29990.- Modifícase el artículo 170° del Código de los Niños y Adolescentes, en los siguientes términos:

“Artículo 170°.-

Contestada la demanda o transcurrido el término para su contestación, el Juez fijará una fecha inaplazable para la audiencia. Esta debe realizarse, bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del Fiscal.

En los procesos de violencia familiar no hay audiencia de conciliación.”

¹³⁴ “Artículo 4°.-Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán:

(...)

Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares;

Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para

Pará”¹³⁵.

4.3 La asistencia a la víctima

La violencia familiar no solo se orienta a la protección de la víctima para que cesen los actos de violencia, sino también a su asistencia en su restablecimiento y recuperación el daño sufrido.

Las secuelas de los daños producidos por la violencia afectan la salud y la integridad psicofísica de la víctima. Como indica la Organización Panamericana de la Salud: “En relación con el impacto de la violencia en la salud, la violación y la violencia doméstica aparecen como una causa significativa de discapacidad y muerte entre mujeres en edad reproductiva. Además de heridas, hematomas, fracturas, pérdida de capacidad auditiva, desprendimiento de la retina, enfermedades de transmisión sexual, abortos e incluso femicidios, las mujeres blanco de la violencia pueden padecer de estrés crónico y, como consecuencia, de enfermedades tales como hipertensión, diabetes, asma y obesidad. Frecuentemente, como resultado del abuso tanto físico como psicológico, las mujeres sufren dolores de cabeza en forma crónica, trastornos sexuales, depresiones, fobias y miedos prolongados. Asimismo, las mujeres afectadas por la violencia se caracterizan por tener una muy baja autoestima que afecta directamente su comportamiento, su productividad en el trabajo, su capacidad para protegerse, para buscar ayuda y denunciar su caso.”¹³⁶

Y con relación a los niños, las consecuencias son aún mayores. Nos explica el especialista español Alberto Bravo que: “Si cualquier acto agresivo conlleva efectos nocivos para la salud psicofísica de una persona, estos efectos serán más graves para un menor.” “Los síntomas psicológicos más comunes tras haber vivenciado episodios violentos en la infancia son: ansiedad, depresión, sentimiento de culpa, indefensión, inseguridad, baja autoestima, irritabilidad, déficit en la comunicación, miedos infantiles, enuresis y encopresis, trastornos del sueño, déficit de aprendizaje y problemas en las relaciones sociales.”¹³⁷

castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;”

(...)”

¹³⁵ “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:

(...)”

¹³⁶ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2000). *La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina (estudios de casos de diez países)*. OPS – Programa Mujer, Salud y Desarrollo. Consulta: 09 de enero de 2014. <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/756/9275323348.pdf?sequence=1>>

¹³⁷ BRAVO, Alberto, óp. cit., p. 590

Por dichos motivos, la víctima debe ser atendida por la sociedad y el Estado con el objeto de lograr su restablecimiento. Pero, la asistencia que se le debe brindar no solo implica tratamiento médico o psicológico, sino también legal y social. Así, la víctima debe contar con asesoría letrada y con una red asistencial que la apoye en la superación de la violencia vivida.

La finalidad asistencial de la violencia familiar se encuentra en la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer¹³⁸, en la Convención de los Derechos del Niño¹³⁹ y en “La “Ley”¹⁴⁰.

4.4 La reparación (compensación) de la víctima

Ya dijimos que los fines de la violencia familiar están dirigidos a proteger y a asistir a la víctima de los hechos de violencia; asimismo, a prevenir nuevos hechos similares, pero ¿Cómo así el causante de la violencia le puede brindar algún tipo de satisfacción a la víctima?

¹³⁸ “Artículo 4.- Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán:

(...)

Esforzarse por garantizar, en la mayor medida posible a la luz de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional, que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada, como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y, asimismo, adoptar todas las demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y psicológica;”

¹³⁹ “Artículo 19.-

(...)

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para 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.”

¹⁴⁰ “Artículo 3.- Es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, debiendo desarrollarse con este propósito las siguientes acciones:

(...)

e) Promover la participación activa de organizaciones, entidades públicas del nivel central, regional y local e instituciones privadas dedicadas a la protección de niños y adolescentes, adultos mayores, mujeres y en general a los asuntos familiares, para el desarrollo de labores preventivas y de control sobre la ejecución de medidas cautelares, así como para el apoyo y tratamiento de la violencia y rehabilitación de los agresores.

f) Promover a nivel nacional, a través de los gobiernos locales, políticas, programas y servicios de prevención, atención y rehabilitación, como Defensorías de la Mujer, creación de Hogares de Refugio Temporal, servicios de consejería, grupos de ayuda mutua, Defensorías Municipales del Niño y Adolescente, servicios de rehabilitación para agresores, entre otros.

(...)

h) Establecer las medidas necesarias a fin de implementar acciones de prevención y atención de la violencia familiar en las zonas rurales del país.”

Para eso está la responsabilidad civil. Como se explicará en el capítulo IV, en realidad, la responsabilidad civil no podrá resarcir los daños de violencia familiar, pero sí podrá otorgar a la víctima otras formas de satisfacción. La reparación de la víctima en los casos de violencia familiar cumple función punitivo-aflictiva respecto del agresor y consolatorio-satisfactiva con relación a la víctima.

Luego de hecha esta precisión, en este apartado solo se demostrará que la reparación es uno de los fines de la violencia familiar.

Además de lo expuesto en el artículo 1969° del Código Civil, las situaciones jurídicas de violencia familiar en las que se hubiera producido daño, encuentran amparo normativo para que opere la tutela que brinda la responsabilidad civil¹⁴¹ en la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer¹⁴², en la “Convención de *Belém do Pará*”¹⁴³ y en “La Ley”¹⁴⁴.

¹⁴¹ Si bien en estos textos normativos se hace referencia al resarcimiento, debe entenderse que se trata de la reparación. Como señala el profesor Leysser León: “No es exacto apreciar una vocación ‘resarcitoria’, o sea, de restablecimiento del *statu quo ante*, en las sumas de dinero que un juez concede a título de ‘daño moral’.” (LEÓN, Leysser. L. (2007). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Segunda edición corregida y aumentada. Lima: Jurista Editores, p. 26)

¹⁴² “Artículo 4°.- Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán:

(...)

Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;

(...)”

¹⁴³ “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:

(...)

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

(...)”

¹⁴⁴ “Artículo 3°.- Es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, debiendo desarrollarse con este propósito las siguientes acciones:

(...)

d) Establecer procesos legales eficaces para las víctimas de violencia familiar, caracterizados por el mínimo de formalismo y la tendencia a brindar medidas cautelares y resarcimiento por los daños y perjuicios causados, así como facilitar la atención gratuita en los reconocimientos médicos requeridos por la Policía, Ministerio Público o Poder Judicial.

(...)

Artículo 21°.-La resolución judicial que pone fin al proceso determinará si ha existido o no violencia familiar y establecerá:

(...)

c) La reparación del daño.

La jurisprudencia nacional también ha valorado la finalidad reparadora de la violencia familiar:

“**Décimo.-** Que, asimismo resulta pertinente señalar que en cuanto a los efectos derivados de la sentencia emitida en los procesos de violencia familiar son objeto de una regulación especial y específica, estableciéndose como facultades del juzgador: determinar medidas de protección a favor de la víctima, el tratamiento que debe de recibir la víctima, su familia y agresor, la reparación del daño, el establecimiento de una pensión de alimentos y las facultades del Juez de agregar mandatos que aseguren la eficacia de sus pretensiones, considerando la naturaleza tuitiva de este tipo de procesos a tenor del acápite c) artículo 9 de la Ley número 26260, lo que evidencia su diferencia con otro tipo de procesos, como el de carácter penal;”¹⁴⁵



(...)
¹⁴⁵ Casación N° 4808-2006-CUSCO del 25-07-07 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

CAPÍTULO III LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Definición:

El profesor Leysser León afirma que la responsabilidad civil es “un fenómeno que consiste en que el ordenamiento jurídico haga de cargo de una persona el deber de resarcimiento de daño ocasionado a otro, como consecuencia de la violación de una situación jurídica.”

Por su parte, el profesor Juan Espinoza la define como “una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado.”¹⁴⁶

El doctor Philippe le Tourneau define la responsabilidad civil, de manera concisa, como: “la obligación de responder ante la justicia por un daño y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima.”

Como se advierte, en la definición de responsabilidad civil está la idea de imponer a alguien una obligación especial (de resarcir o reparar) como consecuencia de un daño causado a otro¹⁴⁷. En esto guarda mucha similitud con la obligación (o el deber) surgido para el agresor por la violencia familiar causada.

2. Funciones:

La responsabilidad civil cumple múltiples funciones, según el sistema jurídico en la que opere y el fin asignado. Giuseppe Monateri indica que, generalmente, se pueden identificar tres funciones principales: la función compensatoria, la función sancionadora y la función preventiva¹⁴⁸.

La función compensatoria está dirigida a garantizar un adecuado resarcimiento al sujeto damnificado; la función sancionadora o punitiva tiene como fin penalizar al causante del daño con sanciones civilísticas cuando su conducta ha infringido considerablemente las reglas de la conciencia social; y la función preventiva tiene como finalidad inducir a los potenciales causantes de daños a que adopten los medios necesarios para evitar nuevas conductas dañosas¹⁴⁹.

¹⁴⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *Derecho de la responsabilidad civil*. Tercera edición corregida. Lima: Gaceta Jurídica S.A., p. 42.

¹⁴⁷ LE TOURNEAU, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Primera edición en español. Bogotá: LEGIS, p. 21.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (Compilador) (2001). *Responsabilidad civil. Tomo I*. Materiales de Enseñanza. Lima: Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

Massimo Franzoni plantea que la función de la responsabilidad civil puede ser examinada desde una perspectiva de macro-sistema y desde una perspectiva de microsistema. Desde un enfoque de macro-sistema, “se puede individualizar la función de la responsabilidad civil según el modelo económico tomado como referencia”¹⁵⁰; el enfoque de micro-sistema, por otro lado, “permite comprobar la forma como se manifiestan los singulares elementos de cada supuesto, en relación con las categorías específicas del ilícito.”¹⁵¹, es decir, “se busca observar el rol desarrollado por el criterio de imputación para comprender cuál es la función de la responsabilidad civil”¹⁵².

Por su parte, el profesor Guido Alpa afirma que gran parte de los estudiosos coinciden en que, sin importar el tiempo y el lugar, la responsabilidad civil cumple cuatro funciones fundamentales¹⁵³:

- a) La de reaccionar frente al acto ilícito dañoso con el fin de resarcir a quienes han sufrido el daño;
- b) La de restaurar el *status quo ante* en el que se encontraba el damnificado antes de sufrir el daño;
- c) La de reafirmar el poder sancionador (o “punitivo”) del Estado; y
- d) La de desincentivación (*deterrence*) contra quien pretenda realizar, de manera culposa o voluntaria, actos perjudiciales para terceros.

Agrega que también cumple otras funciones subsidiarias, relacionadas a los efectos económicos de la institución¹⁵⁴:

- a) La distribución de las “pérdidas”, por un lado; y
- b) La asignación de los costos, por el otro.

Sin embargo, posteriormente concluye que las principales funciones de la responsabilidad civil son dos: La función de *compensation* (resarcimiento) de las víctimas y de *deterrence* (disuasión) para los dañadores¹⁵⁵.

De manera similar, considerando la experiencia norteamericana, Giulio Ponzanelli, afirma que las principales funciones de la responsabilidad civil son: garantizar un resarcimiento adecuado a favor del sujeto damnificado (*compensation*); inducir a los

¹⁵⁰ FRANZONI, Massimo (2009). “La evolución de la responsabilidad civil a partir del análisis de sus funciones”. En *Responsabilidad civil contemporánea*. Lima: Ara Editores E.I.R.L., p. 24.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ ALPA, Guido (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Jurista Editores, pp. 197 y 198.

¹⁵⁴ *Ídem*, p. 198.

¹⁵⁵ *Ídem*, p. 200.

potenciales dañadores a adoptar los medios de seguridad destinados a evitar la posible reiteración de las conductas ilícitas (*deterrence*) y, si fuera el caso, reprimirlas con sanciones civiles, cuando la conducta haya infringido de manera relevante las reglas de la conciencia social (*punishment*).”¹⁵⁶

En el ámbito nacional, siguiendo el planteamiento de Massimo Franzoni, el profesor Gastón Fernández explica que desde una perspectiva diádica o microsistémica, la responsabilidad civil cumplirá, básicamente, tres funciones¹⁵⁷:

- Satisfactoria: Como garantía destinada a la consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el sistema jurídico, lo que incluye la eventual reparación del daño como fenómeno ajeno al interés.
- De equivalencia: Lo que significa que deberá hacerse cargo de alguien las consecuencias económicas de la garantía asumida para la satisfacción de los intereses tutelados. Una vez verificado el daño, se deberá decidir si resulta conveniente trasladar a otro sujeto esta afectación patrimonial o se deja allí donde se ha producido.
- Distributiva: Que consiste en distribuir entre determinados sujetos el costo de su actividad, lo que favorece una regulación espontánea acorde con los lineamientos macro-económicos perseguidos.

Y señala asimismo, que desde una perspectiva sistémica o macroeconómica, la responsabilidad civil cumplirá, básicamente, dos funciones esenciales¹⁵⁸:

- Una función de incentivación o desincentivación de actividades; y
- Una función preventiva.

Citando a Luigi Corsaro, el profesor Leysser León sostiene que la responsabilidad civil cumple funciones de: “*reparación* (o de *reintegración*), porque aspira a ‘reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del efecto dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y que eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño)’; de *prevención*, ‘en el sentido de que la previsión del deber de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuando menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la producción de eventos dañosos para otros; de *punición*, en los ordenamientos jurídicos,

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (Compilador) (2001). *Responsabilidad civil. Tomo I*. Materiales de Enseñanza. Lima: Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2009). “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law”. En BUSNELLI, Francesco Donato y otros. *Responsabilidad civil contemporánea*. Lima: Ara Editores E.I.R.L., p. 101.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

como el italiano, donde se reconoce la reintegración en forma específica a pedido del damnificado (con el solo límite del caso en que dicha reintegración resulta excesivamente onerosa para el dañador); y de *distribución*, porque 'la regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad desarrollada (empresarial), y de la consiguiente posibilidad de que tienen para redistribuir entre otros (consumidores) el daño resarcido.'"¹⁵⁹

Precisa además, el doctor León, que el profesor Gastón Fernández postula que para el caso del daño moral, la función de la responsabilidad civil, es más bien, *aflictivo-consolatoria*, es decir, mitigadora del sufrimiento dada la imposibilidad de 'repararlo', en estricto¹⁶⁰.

Por otra parte, el profesor Juan Espinoza considera que las funciones satisfactiva, de equivalencia y distributiva son tres formas de ver una misma función y precisa que la función preventiva se materializa mediante las funciones disuasiva o incentivadora. Por estas razones concluye que las funciones de la responsabilidad civil tienen que ser vistas a partir de sus protagonistas¹⁶¹:

- a) Respecto a la víctima, es satisfactiva.
- b) Respecto al agresor, es sancionadora.
- c) Respecto a la sociedad, es disuasiva o incentivadora de actividades.
- d) Respecto a los tres anteriores, la función es distributiva de costos de los daños ocasionados.

Como se señaló en un principio, la responsabilidad civil puede cumplir diversas funciones; sin embargo, consideramos que su función principal, es la que identifica a la institución, la llamada función "compensatoria", "resarcitoria", "satisfactiva" o de "reparación", esto es, en los daños valorizables económicamente; y la función "consolatorio-satisfactiva" en los daños a la persona o daños morales¹⁶².

De todos modos, se debe tener en cuenta la advertencia del profesor Leysser León, quien citando a Cesare Salvi, señala que se las debe considerar "atendiendo al papel que cumplen en las diferentes fases del juicio. Sólo de tal forma parece ser posible evitar elencos indiscriminados, o la elección de privilegiar una de ellas, como si fuera propio de todo el modelo normativo."¹⁶³

¹⁵⁹ LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 240.

¹⁶⁰ *Ibidem*. Sobre este punto se retomará en el Capítulo IV.

¹⁶¹ ESPINOZA, Juan, óp. cit., p. 50.

¹⁶² Según la denominación de Massimo Franzoni (FRANZONI, Massimo (1999). "La función del resarcimiento del daño no patrimonial". Traducción de Gastón Fernández Cruz y Leysser L. León. *De Iure*. Lima, año 1, número 1, p. 24). El profesor Gastón Fernández ha precisado que la función satisfactiva incluye a la función aflictivo-consolatoria destinada para el daño moral. (FERNÁNDEZ, Gastón, óp. cit., p. 80). De igual manera, el profesor Leysser León distingue la función resarcitoria de la función de reparación aplicable al daño moral. (LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 26)

¹⁶³ LEÓN, Leysser L. (2006). *Segundo cuaderno de trabajo. Derecho a la intimidad y responsabilidad civil: el refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, p. 22.

3. Los Regímenes:

La unicidad de la responsabilidad civil o su división en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual es motivo de intenso debate en la doctrina nacional y extranjera¹⁶⁴. El propósito de esta tesis no es tratar de decidir la cuestión o tomar partido por una de las posiciones, sino de explicar, para los fines de la presente tesis, la mayor afinidad del régimen de la responsabilidad extracontractual con la institución de la violencia familiar.

En nuestro Código Civil, la responsabilidad contractual o por incumplimiento de obligaciones está regulada en el Libro VI Sección Segunda Título IX (Inejecución de las Obligaciones) y la responsabilidad extracontractual o aquiliana está normada en el Libro VII Sección Sexta del código (Responsabilidad Extracontractual).

Siguiendo al profesor Leysser León, diremos que las principales diferencias entre ambos regímenes en el país son: “a) la admisibilidad de la compensación por daño moral sólo en la responsabilidad extracontractual; b) la carga de la prueba; c) el fundamento objetivo de la responsabilidad; d) la mora; e) la competencia jurisdiccional; f) la prescripción; y g) la extensión del resarcimiento¹⁶⁵”.

También afirma el doctor León, que existe una diferencia básica entre los dos sistemas respecto a los objetivos que persiguen: Las reglas de la responsabilidad extracontractual previenen y reprimen hechos dañosos con posterioridad a su suceso, mediante la remoción de las consecuencias perjudiciales producidas, mientras que las

¹⁶⁴ Incluso, se puede decir que la jurisprudencia tampoco es clara al respecto. Mientras que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “Octavo.- (...) este Supremo Tribunal estima que, de conformidad con un sector de la moderna doctrina y para el caso materia de juicio, debe concebirse la responsabilidad civil como una institución única, existiendo sólo algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En tal sentido, aun cuando nuestra legislación civil se adhiere al sistema tradicional (en que se regula por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil), ello no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudie ambas clases de responsabilidad sobre la base de elementos comunes. La actual regulación de nuestro Código Civil no puede ser impedimento para estudiar el sistema de la responsabilidad civil desde una óptica unitaria, más aún cuando la prolongación indefinida del conflicto afectaría los derechos de las partes, la decisión adoptada no trasciende el resultado del proceso. (...)” (Casación N° 4922-2010-LIMA de fecha 11-11-11). Mientras que el Pleno del Tribunal Constitucional ha expresado: “17. (...) Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de *responsabilidad civil contractual*, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de *responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones*. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del *deber jurídico genérico de no causar daño a otro*, nos encontramos en el ámbito de la denominada ‘responsabilidad civil extracontractual’.” (Exp. N° 0001-2005-PI-TC del 06-06-05)

¹⁶⁵ LEÓN, Leysser. L. (2007). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Segunda edición corregida y aumentada. Lima: Jurista Editores, p. 59. Se debe precisar que el autor habla del daño moral en sentido amplio.

reglas de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, sirven de garantía al acreedor para la ejecución satisfactoria de la prestación comprometida¹⁶⁶.

Por su parte, el profesor Luigi Corsaro explica que la principal diferencia entre ambos regímenes radica en el interés protegido: “la tradicional distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, o aquiliana, tiene un fundamento normativo propio. La existencia de los dos sectores denuncia por sí misma que ambos tienen como base intereses diversos, que son protegidos por la ley, y reglas diversas que, de continuo, son infringidas. La diversidad de intereses queda probada por el hecho de que, en la responsabilidad contractual, la lesión tiene lugar en el ámbito de un ‘programa’, del cual forma parte el cumplimiento, y que está encaminado a realizar, en cambio en la responsabilidad extracontractual, la lesión se produce en el ámbito de un contacto social, ajeno a todo programa.”¹⁶⁷

Asimismo, anota el profesor Corsaro que en el ordenamiento jurídico existen situaciones jurídicas protegidas que no se satisfacen a través de una pretensión realizada por un sujeto determinado (como ocurre en los créditos), sino que se satisfacen con el hecho de que la persona goce de la situación en la que se encuentra (como la vida, la integridad física, el honor, etc.), razón por la que cuentan con una protección *erga omnes*, en el sentido que todos los miembros de la sociedad tienen el deber de abstenerse de lesionarlas (*alterum non laedere*). Afirma por eso, que la responsabilidad que deriva de la infracción de este último precepto toma el nombre de responsabilidad aquiliana o extracontractual¹⁶⁸.

Por las características descritas, diremos que la responsabilidad civil extracontractual resulta más afín a la violencia familiar y es la que se aplica cuando ocurre un hecho de esta naturaleza, ya que el daño intrafamiliar no tiene su origen en el incumplimiento de una prestación o de un ‘programa’ obligacional, sino en la violación de un derecho de la personalidad (por lo general, un derecho fundamental).

4. La responsabilidad civil extracontractual o aquiliana:

Está regulada en la sección sexta del Libro VII del Código Civil y tiene como presupuesto la provocación de un daño sin que haya una relación obligacional previa entre dañador y dañado, o aun habiéndola, el daño es completamente ajeno a dicho ámbito¹⁶⁹.

Como afirma el profesor Leysser León, las denominaciones de responsabilidad

¹⁶⁶ Ídem, p. 69.

¹⁶⁷ CORSARO, Luigi (2002). “*Neminem laedere* y derecho a la integridad”. Traducción de Leysser L. León. *Proceso & Justicia*. Lima, número 3, p. 150.

¹⁶⁸ Ídem, pp. 151 y 152. También señala que se le asigna el nombre de “hecho ilícito” y “responsabilidad civil”, pero conviene aclarar que ello es así en Italia.

¹⁶⁹ REGLERO CAMPOS, Fernando (2003). “Conceptos generales y elementos de delimitación”. En REGLERO CAMPOS, Fernando (Coordinador). *Tratado de responsabilidad civil*. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., p. 121.

contractual y responsabilidad extracontractual son equívocas, pues la doctrina reconoce que bajo el régimen de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones (la llamada responsabilidad contractual) se comprende la inejecución de prestaciones derivadas de la promesa unilateral, la cual no es un contrato¹⁷⁰.

Sobre el concepto de esta institución, el profesor León sostiene que “se trata del sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos civiles, lesivos de los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas *erga omnes* por el ordenamiento.”¹⁷¹

En nuestro país, el régimen de la responsabilidad extracontractual es mixto, pues por un lado tenemos el sistema subjetivo, en el que se analiza la conducta del dañador (como en el artículo 1969° del Código Civil¹⁷²); y por otro, el sistema objetivo, en el que se prescinde de dicho análisis (artículo 1970° del código¹⁷³). Así, se ha dicho que: “En el Perú, entonces, una cabal interpretación de los artículos 1969° y 1970° del C.C., debiera arribar a la conclusión de que ambos preceptos sirven de cláusulas generales interpretativas de igual rango, esto es, de una concepción bipolar de la responsabilidad civil que emplea dos principios generales: la culpa como criterio de imputación de responsabilidad subjetiva, de un lado; y el riesgo como factor atributivo de responsabilidad objetiva por otro; (...)”¹⁷⁴.

Debido a que nuestro sistema de responsabilidad extracontractual se basa en cláusulas normativas generales, resulta un instrumento sumamente útil para proteger los derechos e intereses de la personalidad. Sobre este punto, citando a Cesare Salvi, el profesor Juan Espinoza señala que: “la responsabilidad civil extra-contractual, justo porque rige en la misma (en línea de máxima) el principio de la atipicidad, ‘se ha revelado el recipiente más idóneo, en el instrumental de las tutelas civiles, para recoger las instancias dirigidas a asegurar la protección de derechos nuevos (y además, la

¹⁷⁰ LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 51.

¹⁷¹ LEÓN, Leysser, óp. cit. p. 50. El autor hace la advertencia de que la expresión “actos ilícitos civiles” a que hace referencia no debería ser leída como inmediatamente evocativa de la “ilicitud” o “antijuridicidad” de la conducta, ya que este presupuesto de responsabilidad civil no ha sido contemplado en nuestro Código Civil.

¹⁷² Artículo 1969°.- “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Este articulado se basa en el artículo 1382° del Código de Napoleón: “Todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a aquel por culpa del cual ha sucedido a repararlo”.

¹⁷³ Artículo 1970°.- “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.”

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2005). “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano”. En *Themis*. Lima, época 2, número 50, p. 248. También se ha dicho que: “(...) en el artículo 1970 del Código Civil peruano parecieran refundirse dos regímenes que en los textos legislativos que nos han servido de modelo se distinguen convenientemente: la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas del Código Civil italiano y la responsabilidad por hecho de las cosas, también presente en este último, pero original del Código Civil francés.” (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO, Leysser (2005). “Responsabilidad objetiva. Comentario”. En *GACETA JURÍDICA. Código Civil comentado. Tomo X*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 69 y 70)

posibilidad misma, en alguna ocasión, de afirmar la relevancia jurídica), y a garantizar formas de ‘control social’ frente a actividades peligrosas o consideraciones reprobables”¹⁷⁵.

5. Daños en la Familia:

Hasta bien avanzado el siglo pasado, era inconcebible que entre los miembros de la familia se estableciera algún tipo de resarcimiento por los daños producidos entre ellos¹⁷⁶. Esto se debía a las diferentes concepciones que se tenían de la responsabilidad civil y del Derecho de Familia.¹⁷⁷

La existencia de una familia patriarcal llevó a que se privilegiara la estructura familiar y se impidiera la aplicación de normas de responsabilidad civil en el seno familiar. En aquellos tiempos, el Estado tenía poca injerencia al interior de la familia, la autoridad de la familia la ejercía el padre de manera casi exclusiva, y la mujer no tenía los mismos derechos que el hombre; además, los cónyuges no podían contratar entre sí y no se admitía la autonomía de la voluntad en el hogar. Con relación a los hijos, estos eran considerados como personas solo en sentido formal y la patria potestad era vista como un derecho o poder de los padres¹⁷⁸.

Como en esencia la responsabilidad civil se fundaba en la culpa, existía aún la noción de que el fin de la responsabilidad civil era el castigo del responsable. Bajo esta concepción del Derecho de Familia y la responsabilidad civil, era pues, impensable, que el padre debía responder civilmente por los daños que causaba a su pareja o a sus hijos, ya que no existía culpa, sino el cumplimiento del “deber de corrección” derivado de la autoridad marital y de la patria potestad¹⁷⁹.

Aunado a lo expuesto, el Derecho de Familia era considerado como una rama del Derecho autosuficiente, lo que dificultaba la aplicación de las normas de la responsabilidad civil para la reparación de daños entre los miembros de la familia.¹⁸⁰

Sin embargo, los cambios sociales producidos durante los años siguientes, como el ingreso de la mujer al sector laboral (considerado hasta ese momento propio de los hombres), los reclamos de diversos colectivos por una mejor posición de la mujer en la

¹⁷⁵ ESPINOZA, Juan, óp. cit., p. 46.

¹⁷⁶ Hace unas décadas, el profesor Fernando de Trazegnies decía: “Dentro de nuestra idiosincrasia, resulta extraño hablar de responsabilidades *jurídicas* intrafamiliares por daños. No suele suceder que a un esposo se le ocurra exigir legalmente una indemnización a su esposa ni a un padre a su hijo; o *vice versa*. Normalmente, ese tipo de problemas se resuelven a nivel moral, sin necesidad de la intervención del Derecho.” (TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de (2001). *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I, séptima edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 294)

¹⁷⁷ MEDINA, Graciela, óp. cit., p. 19.

¹⁷⁸ Ídem, pp. 19 y 20.

¹⁷⁹ Ídem, pp. 20 y 21. El deber de corrección de los padres estaba aún vigente en el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes hasta fines del año 2015 que se publicó la Ley 30403.

¹⁸⁰ Ídem, p. 21.

sociedad y la consiguiente igualdad jurídica, así como el surgimiento de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño, fueron los detonantes para que el Estado intervenga en los hogares y destruya la llamada “inmunidad familiar”¹⁸¹ que impedía la aplicación de las normas de la responsabilidad civil en la familia o la intervención en los hogares por situaciones de violencia familiar.

Sobre la “inmunidad familiar”, el profesor Fernando de Trazegnies indica que los autores europeos y latinoamericanos no tratan normalmente dicho tema, lo que supone que para estos no existe tal problema, es decir, los daños intrafamiliares deben ser resarcidos como en cualquier otro caso. En cambio, agrega el doctor, en los Estados Unidos ese criterio estuvo vigente por mucho tiempo permitiendo que ante los daños domésticos prime la inmunidad del dañador¹⁸². Sin embargo, aclara además, que la tendencia en el país del norte es que se elimine tal inmunidad por considerar que sus fundamentos ya no resultan válidos¹⁸³.

Como precisa más adelante, el doctor Trazegnies, nuestro código civil no hace distinciones entre los daños causados entre parientes o por extraños, tampoco existe disposición alguna que excluya de responsabilidad a los familiares o que les prohíba demandarse entre sí por aquellos daños, por lo que acertadamente concluye que: “Desde el punto de vista estrictamente jurídico, pensamos que la inmunidad familiar no se encuentra acogida por las normas vigentes en el Perú.”¹⁸⁴

Nuestro tema se desarrolla entre el Derecho de Familia y la responsabilidad civil, dos disciplinas del Derecho Civil aparentemente ajenas entre sí y lógicamente disímiles; que sin embargo, pueden converger en ciertas situaciones en las que se producen daños¹⁸⁵.

¹⁸¹ Citando a Cecilia Grosman, el profesor argentino Eduardo Sambrizzi explica que: “la doctrina de la inmunidad se asentaba en la necesidad de tutelar la tranquilidad doméstica, la intimidad y la armonía de la familia, que se veía perturbada por la iniciación de demandas reclamando la indemnización de daños, prefiriéndose preservar la estructura familiar, por sobre la protección a las víctimas de la violencia.”; sin embargo, es tajante en aclarar lo contradictorio de dicha doctrina: “Y que no se diga que permitir una acción de reparación impulsa el distanciamiento de los esposos, pues resulta claro que la violencia ocurrida constituye un hecho lo suficientemente grave como para considerar que ese distanciamiento es real y existe.” (SAMBRIZZI, Eduardo, óp. cit., p. 241)

¹⁸² TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 292.

¹⁸³ Ídem, p. 293.

¹⁸⁴ Ídem, p. 294.

¹⁸⁵ Como señalan los profesores Mario Castillo y Verónica Rosas, los supuestos de responsabilidad civil derivados de relaciones familiares son muchos, entre ellos tenemos:

- a) La responsabilidad civil derivada del divorcio;
- b) La responsabilidad civil de un miembro de la familia que causa un daño a otro miembro de la familia;
- c) La responsabilidad civil derivada de hechos de violencia familiar;
- d) La responsabilidad civil por incumplimiento de deberes alimentarios;
- e) La responsabilidad civil por ausencia de reconocimiento de hijo extramatrimonial;
- f) La responsabilidad civil frente al conviviente por daños derivados de la muerte del otro;
- g) La responsabilidad civil de los cónyuges no convivientes;
- h) La responsabilidad civil de los padres en relación a los daños causados por sus hijos.

(CASTILLO FREYRE, Mario y ROSAS BERASTAIN, Verónica (2010). “La atomización de la responsabilidad civil (o cómo el mundo moderno ha desechado la unificación de la responsabilidad civil”. En CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto y AGURTO GONZALES, Carlos (Coordinadores).

En el caso que nos ocupa, estos daños deben ocurrir en un contexto de violencia o maltrato.



Observatorio de Derecho Civil. Volumen III. La responsabilidad civil. Lima: Motivensa SRL., p. 79.

CAPÍTULO IV

ASPECTOS COMUNES ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y LA VIOLENCIA FAMILIAR

Un análisis comparativo de la responsabilidad civil extracontractual y la violencia familiar nos permitirá descubrir que tienen algunas semejanzas en sus fundamentos. Pasaremos a explicarlo.

1. El acto (o hecho) ilícito como fuente (del sistema subjetivo):

Comentando la *Lex Aquilia*, el profesor de Trazegnies explica que ese texto normativo fue: “fundamentalmente una base de protección de la vida y de la propiedad a través de la concesión de una indemnización para ciertos casos específicos en que estos derechos resultan afectados”, y aclara que no comprende un principio general aplicable a lo que actualmente se conoce como Responsabilidad Extracontractual¹⁸⁶. Es pues, un error remitirnos a dicha fuente normativa invocando el principio de no hacer daño a nadie.

Seguidamente, citando a los Mazeud, el mencionado doctor precisa que la *Lex Aquilia* no necesitaba la prueba de la culpa, sino solo el *damnum iniuria datum* (daño injustamente causado)¹⁸⁷; y parafraseando a Sandro Schipani, concluye que:

“El sentido de la *iniuriae* equivale a una conducta sin justificación jurídica: se trata de una conducta injusta porque quien la realiza no tiene derecho para realizarla. En otras palabras, la *iniuriae* es la violación – casi diríamos objetiva – de un derecho de otro, sin derecho propio para hacerlo; y esta violación produce un daño en el otro. Así la *iniuriae* no se refiere a la voluntad del sujeto sino a la ilicitud de la conducta; al punto que puede producirse una *iniuriam* con una conducta involuntaria, como la del incapaz. En la calificación de la *iniuriae* se pone el acento en el hecho: es un hecho socialmente reprobable porque el sujeto no tenía derecho a hacerlo, independientemente de toda apreciación moral del acto, es decir, independientemente de que el agente lo haya hecho voluntariamente o no, con negligencia o no.”¹⁸⁸

En ese mismo sentido, el profesor Leysser León afirma que lo novedoso de la *Lex Aquilia* fue que las sanciones pecuniarias se aplicaban al que realizaba el acto dañoso contrariando el derecho (*contra ius*), es decir, sin ninguna justificación, a diferencia del régimen anterior que requería de una conducta dolosa para la aplicación de la pena.¹⁸⁹

Continúa diciendo que, en la época de Justiniano, debido a las ideas filosóficas y

¹⁸⁶ TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 33 y 34.

¹⁸⁷ Ídem, p. 34.

¹⁸⁸ Ídem, p. 36.

¹⁸⁹ LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 87.

religiosas provenientes de Grecia, del Oriente o por la difusión del cristianismo, se formó el concepto de “culpa”, ahora relacionada claramente con la pericia y la diligencia¹⁹⁰.

Hasta que con Jean Domat se forjó, finalmente, la idea que todo daño ocasionado con culpa amerita una reparación a la víctima, y de esta manera, establece un sistema de responsabilidad llamada “subjetiva” porque requiere del análisis de la conducta del dañador¹⁹¹.

Así, la figura romana de la *iniuria* evolucionó hasta la promulgación del Código de Napoléon, que en base al aporte de Domat, la clasificó en: delitos y cuasidelitos (*délits* y *quasi-délits*)¹⁹². Posteriormente, los pandectistas alemanes del siglo XIX reemplazaron estos términos por el de “actos ilícitos”, concepción que se plasmó en nuestro Código Civil de 1936¹⁹³ de manera indirecta, a través del Código Civil brasileño de 1916¹⁹⁴.

Con relación al acto ilícito, Enneccerus nos dice que es contraria a derecho “toda conducta humana que contradice al ordenamiento jurídico, o sea la que viola un mandato o una prohibición del derecho.”¹⁹⁵. Asimismo, indica que esta conducta puede consistir en un hacer o en un omitir¹⁹⁶.

Ahora bien, desde la teoría del acto jurídico y siguiendo una concepción voluntarista¹⁹⁷, tradicionalmente los hechos se clasifican en hechos jurídicamente irrelevantes y hechos con relevancia jurídica o hechos jurídicos. Estos últimos, se pueden subclasificar en hechos jurídicos humanos involuntarios y hechos jurídicos humanos voluntarios o actos

¹⁹⁰ Ídem, p. 88.

¹⁹¹ Ídem, pp. 90 y 91.

¹⁹² Esta clasificación fue recogida por el Código Civil peruano de 1852:

Artículo 2189°.- Delitos de los hechos perjudicados intencionalmente contra la ley.

Artículo 2190°.- Cuasidelitos son unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa y sin dolo.

¹⁹³ Título IX de la Sección Primera del Libro Quinto del Código Civil peruano de 1936: De los Actos Ilícitos. Artículo 1136°.- Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo.

¹⁹⁴ LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 91. En el mismo sentido, el profesor Rómulo Morales Hervias afirma que: “la responsabilidad es un mecanismo de tutela jurídica sustancial que nace como consecuencia de la producción de un hecho jurídico. (...) Los hechos jurídicos de la responsabilidad son el incumplimiento de obligaciones y el hecho o el acto jurídico ilícitos” (MORALES HERVIAS, Rómulo (2005). “La responsabilidad civil en la norma jurídica privativística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)”. En: *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*. Lima: Palestra Editores, pp. 318 y 319)

¹⁹⁵ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin (1935). *Tratado de Derecho Civil. Parte general II*. Primer tomo. Traducción de Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: BOSCH/Casa Editorial, pp. 420 y 421.

¹⁹⁶ Ídem, p. 421. Nótese que el artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260 - Ley de Protección frente a la Violencia Familiar señala que: “A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión (...)”

¹⁹⁷ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Edición, traducción y notas de Leysser L. León. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima, 2004, p. 201.

jurídicos¹⁹⁸. Explica el profesor Leysser León: “Entre los actos jurídicos se encuentran los actos contrarios al derecho o actos ilícitos (*unerlaubte Handlungen*), cuyo efecto jurídico es la generación de una situación desventajosa para su autor, o para otro sujeto determinado por la ley. Esta situación, como ya se sabe, puede ser la responsabilidad civil, la imposición del resarcimiento.”¹⁹⁹

De manera similar, citando a Messineo, el profesor Juan Espinoza expresa que los: “actos ilícitos (desde el punto de vista del derecho privado y prescindiendo de los actos ilícitos penales) son aquellos que, queridos por el sujeto que los realiza y cumplidos contra una norma de ley, producen un *daño* a otro sujeto; y a causa de ello, importan, para quien ha realizado el acto, la obligación de *resarcir* el daño inferido. El acto ilícito puede ser *extracontractual* o *contractual*. (...)”²⁰⁰

Según el profesor Leysser León, los actos ilícitos se subclasifican en:

- a) “Violaciones de deberes que tienen origen en relaciones jurídicas ya existentes entre el autor y la persona afectada, las cuales se ven transformadas. Las relaciones obligatorias nacidas de contrato, por ejemplo, pueden ser el marco en el que surgen intereses por demora en la ejecución de la prestación, o el deber de reparar el daño si se verifica el incumplimiento.
- b) Violaciones de deberes de carácter general, en las cuales no hay un contrato previo entre el autor y la persona afectada, en cuyo caso, el resarcimiento hace su aparición como nuevo derecho para la segunda.”²⁰¹

Sin embargo, el profesor Guido Alpa nos dice que existe una tesis que postula que el ilícito²⁰² se distingue solo por el dolo o la culpa del agente²⁰³, por lo que resulta factible

¹⁹⁸ El profesor Juan Espinoza indica que hay un sector de la doctrina que no considera a los hechos jurídicos voluntarios ilícitos como actos jurídicos. (ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2008). *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 29 y 30).

¹⁹⁹ LEÓN, Leysser, óp. cit. p. 93.

²⁰⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica S.A., segunda edición, Lima, 2010, p. 30.

²⁰¹ LEÓN, Leysser, óp. cit., pp. 93 y 94. Citando a Paolo Zatti, el profesor Rómulo Morales nos explica, de manera similar, que “El ilícito civil es un comportamiento que: ‘a) *lesiona un interés particular protegido por una norma jurídica*; b) *provoca, por ello, un perjuicio para el sujeto lesionado*.’ Es ilícito contractual el ‘incumplimiento de la obligación: la conducta del *deudor* que *no ejecuta* la prestación debida al acreedor, de la cual está protegido’ y es ilícito extracontractual cuando [la] ‘lesión del interés de un sujeto viene provocada por la conducta de otro sujeto *fuera* de toda relación preconstituida” (MORALES, Rómulo, óp. cit., p. 319)

²⁰² El autor también aclara que: “Las expresiones ‘hechos’ o ‘actos’ ilícitos son fungibles” (ALPA, Guido óp. cit., p. 155)

²⁰³ Ídem, p. 156. Efectivamente, en doctrina nacional, el profesor Fernando de Trazegnies ha indicado que: “Para una responsabilidad extracontractual basada exclusivamente en el principio de la culpa, la obligación de pagar una indemnización no tenía otra justificación que la ilicitud de la conducta dañina. Por ese motivo, toda responsabilidad que no tuviera por fuente un contrato solo podía estar fundada en un acto ilícito. Por el contrario, las teorías ajenas a la culpa (las diversas variantes de la teoría objetiva y de

que se presenten supuestos de daño sin ilícito²⁰⁴ (como en la responsabilidad objetiva).

Asimismo, continúa diciendo el connotado tratadista italiano, que desde otra óptica también puede haber daño sin ilícito “en el caso de ‘actos lícitos dañosos’, que constituyen una categoría ‘ambigua’, en la cual se comprenden todos aquellos casos en que el ordenamiento permite a un sujeto ejercer un derecho propio, al cual se somete el tercero, pero en caso de que el ejercicio del derecho cree un daño al tercero, éste debe ser resarcido.”²⁰⁵

Reconociendo tal posición, el profesor Fernando de Trazegnies ha expuesto con relación a nuestro sistema de responsabilidad extracontractual que: “(...) parece haberse acogido la idea central dentro de una posición moderna- de que el acto ilícito no es la *única* fuente extracontractual de la obligación de pagar una indemnización para reparar a la víctima. Como veremos más adelante, este paradójico abandono de la ilicitud como fuente única de la obligación indemnizatoria por un legislador eminentemente subjetivista se debió con toda probabilidad al hecho de que el nuevo legislador reconoció cuando menos el principio objetivo de responsabilidad para el caso de los daños causados mediante bienes o actividades riesgosos (art. 1970); por consiguiente, la Sección ya no trata sólo de actos ilícitos sino también de actos lícitos pero que, dada su peligrosidad, convierten objetivamente al causante en responsable aunque no hubiera hecho nada ilícito ni culpable.”²⁰⁶

En consecuencia, podemos sostener que la obligación de resarcir, propia de la responsabilidad civil aquiliana, tiene su génesis en el acto ilícito solo cuando media culpa del dañador (sistema subjetivo de responsabilidad extracontractual).

la teoría de la difusión social del riesgo) han sostenido que hay otras razones que justifican también el pago de una indemnización; razones basadas en el buen orden y correcta distribución de los riesgos dentro de la sociedad, que exigen la reparación de la víctima pero que no pretenden necesariamente descubrir a un culpable ni sancionarlo.” (TRAZEGNIES, Fernando de, *óp. cit.*, p. 127). De igual manera, el profesor Gastón Fernández, luego de revisar el desarrollo conceptual de la culpa en el *civil law* y la idea que “no hay responsabilidad sin culpa”, sostiene que “solo la culpa atribuye responsabilidad, por lo que se tiende a afirmar que los resultados dañosos solo serán imputables a una actuación antijurídica: el proveniente de todo comportamiento humano que, de manera dolosa o culposa, cause un daño injusto a otro, que obliga, a quien así ha actuado, a reparar el daño producido.”; y finalmente afirma que: “La ilicitud, entonces, solo puede existir de mediar culpa en un sujeto. (FERNÁNDEZ, Gastón, *óp. cit.*, pp. 237-248). En ese mismo sentido, el profesor Leysser León nos dice que: “La generación de un perjuicio reparable con el amparo de la ley no tiene como imprescindible antecedente un acto ilícito; es posible que los daños se deben a la realización de una conducta que es permitida por el derecho, dentro de ciertos límites, y que, por lo tanto, no debe ser considerada ‘ilícita’.” (LEÓN, Leysser, *óp. cit.*, p. 96). El profesor español Luis Reglero también comparte dicha posición y opina que: “Desde el momento en que la responsabilidad puede nacer como consecuencia del desarrollo de actividades lícitas, no cabe hablar de conducta antijurídica de quien las realiza. La acción u omisión negligente del dañante, es decir, el desvalor de su conducta, se inscribe en la imputación subjetiva, y cae fuera de un supuesto ámbito específico de la antijuridicidad.” (REGLERO, L. Fernando, *óp. cit.*, pp. 65 y 66).

²⁰⁴ ALPA, Guido, *óp. cit.*, p. 156. Si bien precisa que dicha posición aún es motivo de debate en la doctrina.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ TRAZEGNIES, Fernando de, *óp. cit.*, p. 128.

Con relación a la violencia familiar, debemos tener en cuenta que si uno de sus fines – sino el principal- es erradicar la violencia en las relaciones familiares, esto es, eliminarla (cosa distinta a la prevención), a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil, no podemos afirmar que se deben tolerar ciertos daños producidos por la violencia o que estos deben ser permitidos por la sociedad porque constituyen algún beneficio al desarrollo de la industria, al tráfico económico o cualquier otra finalidad valiosa; por el contrario, aquellos daños perjudican a la institución familiar. Por dicho motivo, en una situación de violencia familiar, la imputación (la atribución de sus efectos), debe requerir el análisis de la conducta del dañador, es decir, el sistema debe ser subjetivo, de manera similar a la responsabilidad civil extracontractual por culpa.

Ahora bien, si una situación de violencia familiar tiene como presupuesto la culpa del dañador, entonces aquella también se origina a partir de un acto ilícito, esto es, de una acción u omisión contraria al derecho y no justificada por parte de algunos de los sujetos contemplados dentro de los alcances de “La Ley”.

Desde otro aspecto, y con base en la teoría sobre el acto ilícito, podemos afirmar, que al no existir un contrato previo o un “programa” para el cumplimiento de las obligaciones entre los individuos que conforman la familia²⁰⁷, los deberes violados por el acto ilícito de violencia familiar son de carácter general (violación de mandatos que protegen los derechos de la personalidad o derechos fundamentales, como los derechos a la dignidad, integridad personal, a la paz y a la tranquilidad, a la libertad personal, a la salud, a una vida libre de violencia, entre otros).

2. Las funciones:

Hemos visto que tanto la responsabilidad civil como la violencia familiar desempeñan múltiples funciones dentro del sistema jurídico y el orden social, en general, las cuales están relacionadas con los fines que se les asignan y la concepción que se tiene de cada institución²⁰⁸.

²⁰⁷ Nótese que el artículo 2° de la Ley 26260 señala que: “A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzcan entre:

(...)

h) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

(...)”

²⁰⁸ Los profesores norteamericanos Jules L. Coleman y Gabe Mendlow, sostienen que hay teorías que ven la responsabilidad civil como una herramienta para resolver un problema social particular y otras que la ven como una forma de expresar o incorporar ciertos principios o ideas morales fundamentales. Como la responsabilidad civil es una herramienta, entonces es natural pensar que tiene una función o que al menos sirve para algún interés humano. Así, los conceptos centrales de la responsabilidad civil y las relaciones entre estos, deben explicarse en términos del fin, meta o propósito al que sirve. (COLEMAN, Jules y MENDLOW, Gabe (2012). “Teorías de Derecho de Daños”. En FABRA, Jorge y ORTEGA, Santiago (Directores). *Hacia una nueva teoría de la responsabilidad extracontractual*. Lima: Jurista Editores, p. 27)

Con relación a las funciones de ambas instituciones, podemos decir que estas pueden ser:

- a) Idénticas: como en el caso de la función consolatorio-satisfactiva;
- b) Similares: como la función preventiva que cumplen ambas;
- c) Distintas pero complementarias: como la función protectora de los derechos de la personalidad del dañado en los casos de violencia familiar; y
- d) Distintas y no relacionadas: como la función distributiva de la responsabilidad civil.

A los fines de la presente tesis, en el presente apartado solo desarrollaremos las funciones que son idénticas o similares a ambas instituciones²⁰⁹.

2.1 Función consolatorio-satisfactiva:

Como señala el profesor Leysser León: “Con la *reparación* o *reintegración*, las reglas de la responsabilidad civil cumplen el fin que, desde cierto punto de vista, da sentido a esta institución. Si es cierto, como lo es, que la expresión “responsabilidad” envuelve, en sí misma, la idea de la recuperación de un equilibrio roto, de un “restablecimiento”, de volver a hacer prístina una situación preexistente alterada en sentido negativo por el daño, resulta perfectamente entendible que la admisión del remedio resarcitorio, al cual se recurre desde tiempos inmemorables, aspire a “volver las cosas al estado anterior” del evento dañoso.”²¹⁰

Sin embargo, como advierte la doctrina, existen daños que por su propia naturaleza no pueden ser resarcidos, como los daños a los derechos de la personalidad. Efectivamente, si una madre causa un daño “psicológico”²¹¹ a uno de sus hijos, no es correcto pensar que se pueda restablecer, de manera cabal, la situación que tenía el hijo antes de que se le produzca tal daño²¹². Peor aún, el tipo de daño causado no puede valorarse económicamente a efectos de otorgarle una suma de dinero al hijo como resarcimiento.

²⁰⁹ Las funciones distintas y complementarias se tratarán en el subcapítulo 3 del presente capítulo.

²¹⁰ LEÓN, Leysser L. (2006). *Segundo cuaderno de trabajo. Derecho a la intimidad y responsabilidad civil: el refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, p. 22. En palabras del profesor Fernando de Trazegnies: “Ahora bien, la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos.” (TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 47).

²¹¹ Sobre este tipo de daño se hablará en el Capítulo V.

²¹² Como señala el profesor Massimo Franzoni: “no es posible resarcir el dolor. El dolor es una consecuencia de la lesión de un bien o de un derecho de la personalidad que no es valuable económicamente, según la propia lógica del resarcimiento del daño patrimonial.”; y en base a ello sentencia que: “parece difícil admitir la idea de que el resarcimiento del daño moral pueda constituir una modalidad del restablecimiento de la situación anterior por el dolor o las turbaciones. Éstos, bien vistas las cosas, ni pueden ser anulados mediante el resarcimiento del daño, si bien pueden llegar a crearse condiciones alternativas, capaces de mitigar la lesión padecida.” (FRANZONI, Massimo, óp. cit., p. 23)

Conforme a esta observación, el profesor Massimo Franzoni concluye que en los daños morales (en sentido amplio) no resulta viable la función resarcitoria de la responsabilidad civil, sino más bien, la función que llama: “consolatorio-satisfactiva”²¹³. Sostiene que: “de acuerdo con esta concepción el objetivo del resarcimiento no consistiría ni en sancionar al autor del ilícito, ni en resarcir el daño en sentido propio, sino en atribuir a la víctima una suma de dinero con el fin de otorgarle ventajas para la nueva creación de condiciones sustitutivas de las que ha perdido. (...) Por lo tanto, la condena al pago de una suma de dinero no puede sino representar un consuelo por el mal padecido, y un enriquecimiento justificado por la necesidad de propender a la creación de ocasiones de satisfacción sustitutivas de las irremediablemente comprometidas.”²¹⁴

En nuestro país, el profesor Gastón Fernández también ha reconocido que en los daños extrapatrimoniales, la tutela resarcitoria no puede restablecer el ‘status quo’ roto de la víctima, por lo que operaría la tutela que él llama “aflictivo-consolatoria” -como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil- la que cumplirá una función mitigadora del daño. Agrega que esta situación incluso se presenta en algunas situaciones de daños patrimoniales²¹⁵.

No debemos dejar de aclarar, que los daños a la persona (o daños morales en sentido amplio) también pueden ocasionar daños de naturaleza material (o patrimonial), lo que podría ser objeto de resarcimiento como se explicará en el Capítulo V.

Ahora bien, hemos visto en el Capítulo III que uno de los fines de la violencia familiar es la reparación de la víctima, conforme se encuentra previsto en “La Ley” y en la normatividad correspondiente. Pues bien, si hemos dicho que en los daños morales (en sentido amplio) la función que cumple la responsabilidad civil no puede ser resarcitoria, propiamente dicha, sino “consolatorio-satisfactiva”, entonces, la institución de violencia familiar – que implica la producción de daños de esa naturaleza- también cumplirá esta última función. Esto es así, porque ocurrido un caso de violencia familiar, opera la responsabilidad civil.

2.2 Función preventiva:

Con relación a la función preventiva de la responsabilidad civil, se ha dicho que: “se entiende que la imposición jurídica de una carga resarcitoria, a consecuencia de una contravención, tendrá un efecto en la futura manera de comportarse de las personas. Se supone que la previsión normativa de una ‘regla de

²¹³ Ídem, p. 24.

²¹⁴ Ibídem.

²¹⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2009). “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law”. En BUSNELLI, Francesco Donato y otros. *Responsabilidad civil contemporánea*. Lima: Ara Editores E.I.R.L., pp. 93 y 94.

responsabilidad' operará en los ciudadanos como una advertencia, que los disuadirá de incurrir en el comportamiento sancionado con el resarcimiento.”²¹⁶

Efectivamente, nadie quisiera pagar una suma de dinero por resarcimiento o compensación, y menos cuando el daño pudo no haber sido querido (cuando hay ausencia de dolo). De allí que la latencia de la activación de las reglas de la responsabilidad civil en los dañadores o imputados, por lo general, los disuadirá de incurrir en las mismas conductas indeseadas y a adoptar las medidas de seguridad adecuadas para evitar nuevos daños. Por eso se dice que la función preventiva de la responsabilidad civil está ligada a la función de incentivación o desincentivación de actividades.

De manera similar, en el caso de la violencia familiar, podemos afirmar que la aplicación de medidas de naturaleza civil como el retiro del hogar, la prohibición de acercamiento a la víctima, la suspensión de las visitas, la imposición de una sanción económica (multa), de una medida cautelar o incluso de una sanción de naturaleza penal como la denuncia por resistencia o desobediencia a la autoridad, tenderán a disuadir al agresor de cometer nuevos actos de violencia.

Conviene aclarar, de todos modos, que si bien ambas instituciones cumplen funciones de prevención de daños, la que brinda la violencia familiar a la víctima debiera ser de mayor intensidad que la responsabilidad civil, toda vez que la primera afecta derechos de la personalidad y está dirigida hacia un fin categórico: La erradicación de la violencia familiar.

Como ya se mencionó, ambas instituciones también cumplen funciones distintas aunque complementarias. A continuación, veremos como cada cuál tutela los derechos o intereses de los damnificados.

3. La tutela de derechos e intereses:

Según el profesor Juan Espinoza, tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual, lo que se lesionan son “derechos o legítimos intereses”²¹⁷ (situaciones jurídicas subjetivas). Nosotros diremos que, en los supuestos de violencia familiar, lo que se violan o lesionan son derechos de la personalidad (o

²¹⁶ LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 23.

²¹⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *Derecho de la responsabilidad civil*. Tercera edición corregida. Lima: Gaceta Jurídica S.A., p. 46. Si bien más adelante aclara, citando a Massimo Franzoni, que: “'injusticia' (del daño) no se identifica más con la lesión de un derecho subjetivo, sino implica un juicio de relación sobre la base del cual se establece si el interés lesionado es merecedor de tutela según el ordenamiento jurídico. Cuando el interés lesionado está ya protegido en la forma de derecho subjetivo, tal juicio ha sido ya efectuado por el legislador, por tanto, el juez está exonerado. Viceversa, cuando el interés es relevante, aunque no sea objeto de un derecho, el juicio debe ser efectuado por el intérprete, el cual deberá tener en cuenta las recíprocas posiciones en conflicto.” (Ídem, p. 85). En este mismo sentido, el profesor Guido Alpa apunta que en todos los ordenamientos, los derechos de la personalidad son considerados intereses jurídicamente protegidos, tutelados por las reglas de la responsabilidad civil (ALPA, Guido, óp. cit., p. 463)

derechos fundamentales), como la dignidad, la integridad personal, la salud, la libertad personal, el honor, etc.

Ante la lesión de estos derechos, el Derecho Civil otorga mecanismos de protección al perjudicado. Uno de ellos es la tutela resarcitoria de la responsabilidad civil²¹⁸. Esta, como ya se indicó, tiene como fin, en principio, “conferir al lesionado la situación que existiría en caso el daño no hubiera ocurrido”²¹⁹ (tutela resarcitoria en forma específica o *in natura*), y en caso ello no fuese posible, “apunta a dar al lesionado el valor equivalente al de la disminución patrimonial sufrida o el valor equivalente al costo para la reparación del daño”²²⁰ (resarcimiento por equivalente).²²¹

Sin embargo, como también hemos señalado en el apartado anterior, en el daño causado a los derechos de la personalidad, la tutela brindada por la responsabilidad civil es, más bien, “consolatorio-satisfactiva”, es decir, mitigadora del daño sufrido.

De todos modos, nótese que la tutela “consolatorio-satisfactiva” de la responsabilidad civil se despliega una vez que el daño se ha producido. En los casos de violencia familiar, donde se pretende tutelar los derechos de la personalidad, cuya efectividad (realización) es indispensable para el desarrollo del individuo, se necesita de una tutela

²¹⁸ Como sostiene el profesor Juan Espinoza: “la responsabilidad civil es un instrumento de tutela civil de situaciones jurídicas” (ESPINOZA, Juan, óp. cit., p. 40). De manera similar, el profesor Gastón Fernández Cruz nos dice que la responsabilidad civil puede ser entendida como una “forma de protección de los intereses de los sujetos.” (FERNÁNDEZ, Gastón, óp. cit., p. 59). Por su parte, el profesor Rómulo Morales Hervias afirma respecto a la responsabilidad civil que: “Esta tutela jurídica es el mecanismo de protección que el ordenamiento jurídico otorga a los privados cuando se produzcan hechos jurídicos que violen normas, lesionen intereses o pongan en peligro los intereses.”; y más adelante explica que: “en materia de responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) el ordenamiento protege lesiones a situaciones jurídicas subjetivas que pueden incluir el derecho de crédito pero que se refieren a diversas clases como los intereses legítimos y los derechos fundamentales del ser humano.” (MORALES, Rómulo, óp. cit., pp. 318 y 331). De igual modo, el profesor Leysser León, citando a Luigi Corsaro, aclara que se admite, unánimemente, que la responsabilidad civil protege situaciones jurídicas subjetivas. (LEÓN, Leysser. L. (2007). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, óp. cit., p. 233). La jurisprudencia nacional, ha hecho referencia a un interés jurídicamente protegido: “Décimo Segundo.- (...) que, el daño jurídicamente indemnizable es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. (...)” (Casación N° 3235-2010 LIMA del 28-06-11 emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República). Citando al doctor Lizardo Taboada, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “18. El daño que origina una responsabilidad civil puede ser definido bajo la fórmula del daño jurídicamente indemnizable, entendido como *toda lesión a un interés jurídicamente protegido*, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. (...)” (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 0001-2005-PI-TC del 06-06-05).

²¹⁹ MARINONI, Luiz, óp. cit., p. 269. Amparándose en lo expuesto por Helmut Rübmann y Adolfo Di Majo, el autor aclara que: “El resarcimiento no puede reducirse al mero restablecimiento de la situación anterior a la del ilícito. Resarcir es establecer lo que debería existir en caso el daño no hubiese ocurrido. El daño debe ser sancionado con su integral eliminación, o mediante la corrección de la totalidad del perjuicio cometido.” (Ídem, p. 59)

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ El profesor Juan Monroy Palacios explica que: “La doctrina denomina *tutela resarcitoria o aseguratoria* a aquella que concede la satisfacción de la obligación de hacer o de no hacer recogida en la sentencia definitiva por su equivalente (por lo general, dinero) (MONROY PALACIOS, Juan (2004). *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra Editores, p. 48)

que evite que estos daños se produzcan.

Por ese motivo, surgen otras formas de tutela de más idóneas, como la tutela inhibitoria, que tiene como finalidad impedir la consumación de daños. La aplicación de la inhibitoria a los supuestos de violencia familiar reprime los actos ilícitos que la generan y el daño subsecuente²²².

Pero esto no siempre fue así. El profesor Juan Monroy Palacios aclara que, debido a que la ciencia procesal se forjó bajo el influjo ideológico del liberalismo y dentro de un contexto económico mercantilista, se supuso que todos los bienes con estimación jurídica debieran tener una estimación patrimonial. Se concibió entonces que, en un proceso judicial, más que derechos, lo que se discutía eran bienes jurídicos, o incluso, mercancías, es decir, bienes con una estimación de cambio. En ese marco ideológico, las sentencias condenatorias de hacer o de no hacer no exigían, necesariamente, su cumplimiento en estos términos, sino a través de una ejecución por subrogación, es decir, considerando la estimación patrimonial de la prestación incumplida (característica del proceso conocida como “incoercibilidad del hacer”). Esta concepción evolucionó hasta que se empezó a identificar el hecho ilícito con el daño generado; de allí que las sentencias solo se limitaban a señalar una estimación económica de la lesión producida, resultando de ello que la única tutela contra lo ilícito haya sido la reparación del daño²²³.

Anota además, el mencionado docente, que ante el reconocimiento de los nuevos derechos, que por lo general, eran de naturaleza impersonal, extrapatrimonial e infungibles (como los derechos difusos de los consumidores y relacionados al medio ambiente), surgió lo que llama la *tutela diferenciada contemporánea*, entre la que encontramos a la tutela inhibitoria²²⁴, a la cual define como “la prestación jurisdiccional de naturaleza específica, destinada a impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, por medio de un mandato judicial irremplazable de hacer o de no hacer, según sea la conducta comisiva u omisiva.”²²⁵

²²² En ese sentido, el profesor Juan Espinoza nos dice que: “En lo que a tutela de derechos se refiere podemos individualizar tres momentos, el primero, cuando existe el peligro que se verifique un daño; segundo, cuando se produce un daño continuado, que no ha terminado o que exista el peligro que se repita el mismo y por último, cuando se consuma un daño instantáneo. Las pretensiones procesales correspondientes serían la inhibitoria, cesatoria y de responsabilidad civil, respectivamente.” (ESPINOZA, Juan. óp. cit., p. 47). Si bien el autor establece estos tres tipos de tutela, nosotros seguiremos la propuesta por los profesores Luiz Guilherme Marinoni y Juan Monroy Palacios.

²²³ MONROY, Juan, óp. cit., pp. 50-52. Del mismo modo, el profesor brasileño Luiz Marinoni indica que: “el surgimiento de nuevas situaciones carentes de tutela condujo a la distinción entre ilícito – entendido como acto contrario a derecho – y hecho dañoso y nos obliga a la identificación de tutelas jurisdiccionales destinadas a impedir y remover el ilícito, *independientemente del daño*. Tales tutelas específicas, llamadas por nosotros inhibitoria y de remoción del ilícito, son imprescindibles para la adecuada protección de los derechos difusos y colectivos, como el derecho a la salud y el derecho del consumidor, ambos considerados derechos fundamentales (...)” (MARINONI, Luiz, óp. cit., p. 24)

²²⁴ El autor aclara que la *Tutela diferenciada contemporánea* presenta tipos y subtipos según el jurista que la estudie y el ordenamiento procesal que la desarrolle.” (MONROY, Juan, óp. cit., p. 47)

²²⁵ ídem, p. 53. De manera similar, el procesalista Luiz Marinoni señala que la tutela inhibitoria: “Se trata de un proceso de conocimiento de naturaleza preventiva destinado a impedir la práctica, la repetición o la continuación de un ilícito.” (MARINONI, Luiz, óp. cit., p. 31). Con relación a la inhibitoria, el profesor

Si bien la tutela inhibitoria no nació especialmente para proteger los derechos de la personalidad, no se puede negar su utilidad e idoneidad para dicho fin.²²⁶ Es que, por su propia naturaleza, los derechos de la personalidad o derechos fundamentales, son en esencia, inviolables. Si se pretende protegerlos adecuadamente, se debe admitir una forma de tutela que pueda manifestarse antes de que se produzca el daño, o más aún, antes de que se lleve a cabo el acto ilícito (la acción u omisión) que lo causaría. Por eso la protección que se les debe otorgar a dichos derechos debe tener, primordialmente, un carácter preventivo.

Como señala Luiz Guilherme Marioni: “La acción inhibitoria se funda en el mismo derecho material. Si varias situaciones de derecho sustancial, en base a su naturaleza, son absolutamente inviolables, es evidente la necesidad de admitir un proceso de conocimiento preventivo. Por el contrario, las normas que proclaman derechos, o buscan proteger bienes fundamentales, no tendrían ninguna significación práctica, pues podrían ser violadas en cualquier momento, quedando solamente el resarcimiento del daño”²²⁷.

Y aunque la tutela resarcitoria también cumple una función preventiva, no cabe duda que la prevención que otorga la tutela inhibitoria es mucho mayor, ya que, como se dijo, esta última puede invocarse antes de que se produzca el evento dañoso²²⁸. En ese

Leysser León indica que: “Representa la reacción instantánea y natural contra la antijuridicidad de un comportamiento. El *valor jurídico* protegido a través del deber de abstención ajeno, explica de por sí la necesidad de que se hagan cesar comportamientos que lo transgreden. La inhibitoria, por lo tanto, es el medio adherente a esta fundamental necesidad propia del valor jurídico, la cual se articula en dos aspectos distintos, pero lógicamente homogéneos: como eliminación de las condiciones de hecho que impiden la realización práctica de la situación subjetiva sobre un bien (propiedad u otra situación real) o como represión de los comportamientos que representan la negación de un valor jurídico que se identifica de por sí en una norma.” (LEÓN, Leysser L. (2006). *Segundo cuaderno de trabajo. Derecho a la intimidad y responsabilidad civil: el refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, p. 40).

²²⁶ El profesor Luiz Marinoni afirma que: “La acción inhibitoria es consecuencia necesaria del nuevo perfil del Estado y de las nuevas situaciones de derechos sustancial. Es decir, su estructura, aunque depende de una teoría adecuada, tiene relación con las nuevas reglas jurídicas, de contenido preventivo, así como de la necesidad de conferir una verdadera tutela preventiva de los derechos, especialmente a los de contenido no patrimonial.” (MARINONI, Luiz, óp. cit., pp. 32 y 33). En el mismo sentido, Aldo Zela sostiene que: “La tutela preventiva se presenta como idónea para proteger aquellos derechos que no tienen un equivalente pecuniario o que, teniéndolo, no cumplen con una función patrimonial (...) Los principales derechos no patrimoniales son casi todos los derechos fundamentales; en especial, los llamados derechos de la personalidad, tales como: la vida, la integridad física, la libertad, la voz, el nombre, el seudónimo, la imagen, el domicilio, el honor, la buena reputación, la intimidad y la salud. (...)” (ZELA VILLEGAS, Aldo (2010). “La Tutela Preventiva de los Derechos: Una Introducción”. En *Themis*. Lima, época 2, número 58, p. 45). Conviene aclarar que con el nombre de “tutela preventiva” se refiere a la tutela inhibitoria.

²²⁷ MARINONI, Luiz, óp. cit., p. 34.

²²⁸ Como dice Giuseppe Monateri: “la capacidad de disuasión de la responsabilidad civil ha sido seriamente cuestionada. Se sostiene que tal capacidad no es efectiva en los crímenes donde está presente la violencia: quien mata a alguno, a sangre fría o en un rapto de cólera, no se detiene a pensar en los daños que deberá pagar a la viuda.” (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (Compilador) (2001).

mismo sentido, el profesor Leysser León explica que: “Los instrumentos comunes de protección de los aspectos de la personalidad humana resultarían inadecuados, al ser prioritariamente ‘reparatorios’ y de aplicación posterior, porque ‘las formas modernas de ‘agresión’ de la persona requerirían (también, y en primer lugar) medidas de protección preventiva, es decir, orientadas a impedir que ocurran eventos lesivos, que a veces son causa de consecuencias irreparables.”²²⁹

Aunque ya se indicó que la tutela que brinda la responsabilidad civil solo puede atenuar los daños a los derechos de la personalidad, por lo que resulta de menor aptitud que la inhibitoria para efectivizar estos derechos; sin embargo, como la gran mayoría de casos de violencia familiar son denunciados o demandados luego de ocurridos los daños, compartimos la opinión del profesor Leysser León, quien citando a Paolo Mota, apunta que: “[E]n los casos en que los medios preventivos no protejan el derecho adecuadamente (por ejemplo, por no ser requeridos a tiempo al juez, o por no ser concedidos), el resarcimiento pecuniario por equivalente constituye uno de los pocos remedios contra los daños producidos por la lesión, y puede, en ciertos casos, constituir también un freno a su violación.”²³⁰

Tal vez apreciando los beneficios de ambos tipos de tutela, el Código Civil brasileño de 2003, en su artículo 12°, primer párrafo, ha consagrado lo siguiente:

“Se puede exigir que cese la amenaza o lesión de un derecho de la personalidad, y reclamar pérdidas y daños, sin perjuicio de otras sanciones previstas por ley.”

En nuestro ordenamiento civil, además de lo dispuesto en los artículos II del Título Preliminar, 26° y 28° del Código Civil²³¹, resalta para nuestro fin, la tutela inhibitoria recogida en el artículo 17° que señala:

“La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título,

Responsabilidad civil. Tomo I. Materiales de Enseñanza. Lima: Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú

²²⁹ LEÓN, Leysser, loc. cit. Además agrega el profesor León que: “los derechos de la personalidad no pueden considerarse protegidos de manera efectiva con la concesión de una suma en dinero, que es en definitiva, en lo que se concreta la responsabilidad civil. Lo que debe perseguirse, cuando se trata de agresiones a la esfera personal es, ante todo, neutralizar los daños, y evitar, al mismo tiempo, que cobre arraigo la idea de que con dinero es dado a restaurar situaciones que son, por naturaleza, irresarcibles.” (Ídem, p. 41)

²³⁰ Ídem, p. 16.

²³¹ Artículo II del Título Preliminar.- “Ejercicio abusivo del derecho: La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

Artículo 26°.- “Defensa del derecho al nombre: Toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre.

Cuando se vulnere este derecho puede pedirse la cesación del hecho violatorio y la indemnización que corresponda.”

Artículo 28°.- “Indemnización por usurpación de nombre: Nadie puede usar nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda.”

confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria.”

Como se ha expuesto en el punto 4.1 de la presente tesis, “La Ley” también brinda tutela inhibitoria a favor de las víctimas de violencia familiar a través de medidas de protección en los artículos 1°, 10° y 21°.

Tal forma de tutela la explica la propia autora del proyecto de ley que dio nacimiento a la Ley N° 26260: “Si como hemos indicado líneas arriba el principal propósito de la norma es brindar protección a la víctima, quizás la más importante actuación del juzgador es la destinada a lograr que cesen los actos violentos. Para conseguirlo, debe ordenar y compeler al agresor para que no agreda. Debe igualmente aplicar las medidas coercitivas que el Código Procesal Civil le confiere (art. 53°). Finalmente, el incumplimiento a las medidas dictadas origina que se tipifique el mismo como delito de violencia y resistencia y se procese penalmente tal conducta (art. 368° Código Penal). Sin embargo, la ley no deja de reconocer que la conducta agresiva también supone problemas de conducta del agresor.”²³²

Si bien la doctora Flores no expone con suficiencia las facultades coactivas y coercitivas de las que dispone el juez (ya que cuenta con el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus mandatos), expone como el principal objetivo el cese de los actos violentos. De esta forma, si los actos ilícitos de un padre consisten en violencia física en agravio de un hijo menor de edad que no vive con él, la tutela inhibitoria podría consistir en prohibir al agresor la práctica o repetición tales actos, además de prohibírsele temporalmente las visitas o el acercamiento al niño. De no acatar las órdenes el agresor podría ser detenido hasta por veinticuatro horas o retirado del lugar por agentes de la Policía Nacional del Perú.

Aparte de la tutela inhibitoria, el procesalista brasileño Luiz Marinoni nos indica que existe la tutela de remoción del ilícito. Señala este autor que: “Si la acción inhibitoria se destina a impedir la práctica, la repetición o la continuación del ilícito, la acción de remoción del ilícito, como el nombre lo indica, se dirige a remover los efectos de una acción ilícita que ya ocurrió”²³³. Para esto, parte de la distinción entre el acto ilícito y el

²³² FLORES, Lourdes, óp. cit., p. 45. También la autora ha dicho que: “El tema de mayor importancia, por constituir la innovación legislativa por excelencia es la potestad conferida al juez civil para ‘DICTAR LAS PROVIDENCIAS MÁS CONVENIENTES PARA LA PACIFICACIÓN Y ERRADICACIÓN DEFINITIVA DE TODA CLASE DE VIOLENCIA, PUDIENDO ORDENAR, LLEGADO EL CASO, LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LA COHABITACIÓN Y HASTA DE TODA CLASE DE VISITAS A LA PERSONA AGRAVIADA’ (...)” (Ídem, p. 59). Y en la exposición de motivos de la Ley N° 26763 de 1997 (que modificó la Ley N° 26260), a la que tuvimos acceso, se indicó respecto a la protección civil que brindaba que: “DEBEMOS REITERAR QUE EL PROCESO ANTE EL QUE NOS ENCONTRAMOS ES UN DESTINADO A BRINDAR PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA Y A CONSEGUIR QUE LA VIOLENCIA EJERCIDA EN SU CONTRA CESE.”

²³³ MARINONI, Luiz, óp. cit., p. 54. Cabe precisar, que la tutela de remoción del ilícito solo se utiliza para los casos de actos ilícitos cuyos efectos se própagan en el tiempo dando la posibilidad a la producción de daños. En consecuencia, si el acto ilícito no produce daño ni tampoco abre margen para su producción, no habría razón para invocar esta tutela; igualmente, si el acto ilícito produce un daño inmediato, tampoco tiene lugar la tutela de remoción del ilícito, sino la tutela resarcitoria. (Ídem, pp. 55 y 56). Asimismo, el

daño, al que considera como una “eventual consecuencia” del primero²³⁴. De todos modos, como el mismo lo señala, si bien la tutela de remoción del ilícito se dirige contra el acto contrario a derecho, tiene como fin indirecto impedir que se produzca el daño²³⁵.

Como se ha demostrado, tanto la responsabilidad civil como la violencia familiar son formas de tutela de derechos e intereses. La primera, mediante la tutela resarcitoria o afflictivo-consolatoria; y la segunda, básicamente a través de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito.

Los tipos de protección que otorgan las tutelas mencionadas son medidas complementarias que conducen hacia una tutela integral de la persona, y en consecuencia, pueden ser acumulables. Como señala Marinoni: “Todas estas tutelas están en un mismo plano pues todas buscan la satisfacción de necesidades diferenciadas del derecho material.”²³⁶



procesalista brasileño más adelante agrega que: “La remoción del ilícito constituye la remoción de la *causa* del daño eventual. Ahora, no hay que confundir la reparación del daño con la remoción de su causa. La remoción de la causa del daño elimina la posibilidad de su producción, mientras que el resarcimiento tiene por objeto corregir el estrago por él ocasionado.” (Ídem, p. 58)

²³⁴ Ídem, p. 55. También expone que: “La práctica del acto contrario a derecho, como es obvio, es suficiente para poner al proceso civil en funcionamiento, dándole la posibilidad de remover el ilícito y, así, de tutelar adecuadamente los derechos y de realizar el deseo preventivo del derecho material.” (Íbidem)

²³⁵ Ídem, p. 57.

²³⁶ Ídem, p. 102.

CAPÍTULO V

LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMPATIBLES CON LA VIOLENCIA FAMILIAR

Al analizar el artículo 1969° del Código Civil, Leysser León advierte que este contiene una cláusula normativa general, es decir: “un enunciado cuyo contenido tiene que ser establecido por los intérpretes”²³⁷, y demuestra su disconformidad con que no se haya tipificado los supuestos de daño que dan origen a la responsabilidad extracontractual, pues afirma que se dejará dicha tarea al arbitrio de los jueces, quienes pueden ceder a las presiones del poder político o a sus propias ideologías²³⁸. Por eso, él es de la opinión que: “es aconsejable que los países en vía de desarrollo dispongan de textos normativos precisos y detallados, que sin perjudicar la actividad hermenéutica, allanen al juez el camino para encontrar la solución a las controversias sometidas a su decisión.”²³⁹

Un problema similar ocurre con la cláusula normativa general de “La Ley” analizada. Si bien en esta se indican las hipótesis de daño (físico y psicológico), no se precisan cuáles son los criterios de imputación de los efectos de “La Ley” al dañador ni los supuestos en los que a pesar de haberse producido un daño, aquel estará excluido de dichos efectos (situaciones de exclusión).

Como se expuso en la introducción de la presente tesis, estas deficiencias de la definición legal de la violencia familiar, han contribuido a que en ocasiones, se dicten decisiones absurdas y se cometan injusticias. Por esos motivos considero que un primer paso en la comprensión jurídica de una institución relativamente nueva como la violencia familiar, lo constituye su configuración a través de sus elementos o presupuestos.

Ahora bien, hemos visto que la violencia familiar guarda ciertas similitudes en sus fundamentos con la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana: ambas tienen como fuente el acto ilícito (al menos en el sistema subjetivo de la segunda); sus funciones pueden ser idénticas, similares o complementarias; y ambas, también, son formas de tutela de derechos o intereses.

En mérito a ello, hemos advertido además, que la estructura de la responsabilidad civil y la violencia familiar es básicamente la misma²⁴⁰, por lo que bien se pueden tomar algunas

²³⁷ LEÓN, Leysser. L. (2007). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Segunda edición corregida y aumentada. Lima: Jurista Editores, p. 99.

²³⁸ *Ibidem*, p. 101.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ Si bien compartimos la opinión que bajo la denominación de ‘violencia familiar’ se engloban diferentes formas de violencia, abuso o negligencia, respecto de distintos grupos relacionales y etéreos (como cónyuges, hermanos, niños, ancianos, etc.), y admitimos también, que cada uno de estos grupos tiene, a su vez, consideraciones específicas, como lo exponen los españoles Carlos Ganzenmüller, José Escudero y Joaquín Frigola, creemos que se pueden hallar ciertos elementos comunes en una situación de violencia familiar. (GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO, J. F. y FRIGOLA, J., óp. cit., p. 40). No obstante, dejamos en claro, que de forma similar a lo que ocurre con la responsabilidad civil, no podemos negar la posibilidad de que un posterior desarrollo de la institución -que se basa en un aspecto cultural

teorías esbozadas respecto a los elementos o presupuestos de una institución mucho más antigua y fecunda, como la primera, para luego evaluar su pertinencia con la naturaleza y características propias de la segunda -matizándolas de ser el caso-, y así lograr configurar apropiadamente a esta última. De esta manera, enriqueceríamos la doctrina (jurídica) sobre violencia familiar²⁴¹, solucionaríamos los problemas detectados en su definición y facilitaríamos la labor de los operadores del sistema de justicia en la aplicación e interpretación de las normas correspondientes²⁴².

Pues bien, ahora uno de los problemas que encontramos, es que una institución tan elaborada como la responsabilidad civil, tiene también muchas teorías o posiciones respecto a los subtemas que la componen. Uno de ellos, es justamente, la determinación de sus elementos o presupuestos²⁴³.

Al respecto, en la doctrina nacional, el profesor Lizardo Taboada ha dicho que: “Como es sabido, los requisitos comunes a la responsabilidad civil son la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución.”²⁴⁴

Por su parte, el profesor Juan Espinoza sostiene que los elementos constitutivos de la responsabilidad civil son²⁴⁵:

como lo es la violencia- permita descubrir que pueden haber situaciones especiales en las que alguno de estos elementos pudieran faltar.

²⁴¹ Además serviría para uniformar la terminología jurídica de ambas instituciones (respecto al daño, la culpa, el ejercicio regular de un derecho, etc.)

²⁴² En este punto cobra vigencia la observación acotada por el profesor Alpa: “(vi) La concepción analítica del ilícito es un modo didáctico de describir los hechos productivos de la obligación resarcitoria.” (ALPA, Guido, *óp. cit.*, p. 156)

²⁴³ Como explica el profesor Guido Alpa con relación a la responsabilidad aquiliana: “Algo que es común a los problemas de responsabilidad civil en todos los ordenamientos y en todas las épocas históricas es la estructura conceptual, que se despliega en ciertas secuencias: a) calificación del acto (o de la omisión) que genera la responsabilidad (civil, penal, administrativa, contable, disciplinaria); b) producción del daño; c) correlación entre comportamiento y daño (nexo de causalidad); d) sanción (punitiva, restitutoria, resarcitoria).”; y agrega que: Sin embargo, dicha estructura está destinada a cambiar con el tiempo, dado que, como se verá más adelante, cada uno de los cuatro presupuestos o elementos de la hipótesis de responsabilidad ha sido sometido a discusión, con lo cual ha devenido innecesaria la presencia simultánea de los mismos para la afirmación del deber resarcitorio. Puede haber, en efecto, una responsabilidad que no derive de comportamientos (por ejemplo, la responsabilidad objetiva del fabricante); puede faltar la correlación estricta o causal (como en el caso de la responsabilidad casual o estocástica); el daño puede ser hipotético, futuro, condicional; la responsabilidad puede existir sin un daño (cuando su naturaleza es puramente sancionatoria).” (Ídem, p. 66). De manera similar, el profesor Luis Reglero ha señalado con relación a los elementos de la responsabilidad civil que: “Una conducta activa u omisiva del agente del daño; un criterio de imputación, sustentado normalmente en la culpa; la existencia de un daño injusto que afecte a un derecho jurídicamente tutelable; y la existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño, han sido los elementos tradicionales de la obligación de indemnizar. En algunos ordenamientos cabe hablar de un quinto elemento: la antijuricidad de la conducta del agente. Pero en la actualidad poco queda de la estructura conceptual clásica de la responsabilidad civil. (...)” (REGLERO, L. Fernando, *óp. cit.*, p. 6)

²⁴⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., p. 32.

²⁴⁵ ESPINOZA, Juan, *óp. cit.*, p. 69.

- a) La imputabilidad,
- b) La ilicitud o antijuridicidad;
- c) El factor de atribución;
- d) El nexo causal; y
- e) El daño.

El profesor Gastón Fernández ha planteado un método secuencial para el análisis de estos elementos²⁴⁶, y ha precisado que en nuestro sistema jurídico, tanto la ilicitud como la imputabilidad, no son presupuestos de la responsabilidad civil toda²⁴⁷.

Compartimos la posición del profesor Fernández. Como ya expusimos en el Capítulo IV, la obligación de resarcir tiene su origen en el acto ilícito solo cuando se considera la culpa del dañador, es decir, bajo el sistema subjetivo de responsabilidad civil. La ilicitud no está recogida expresamente en nuestro código civil ni se podría inferir de su articulado, pues colisionaría con la responsabilidad objetiva contemplada en el artículo 1970°, basada en el riesgo y la exposición a peligro.

De igual modo, la imputabilidad del dañador solo es requerida en este subsistema, en el que se analiza su conducta. Sin embargo, creemos que debe valorarse como un presupuesto de la culpa²⁴⁸.

²⁴⁶ “El análisis de todo problema de responsabilidad supone la aplicación de un ‘método’ que reconoce dos etapas y que siempre es (cuando menos en los sistemas pertenecientes al ‘civil law’), ‘ex post facto’ (después del hecho): i) Una primera de análisis material, en donde revisándose los elementos del daño, (su vinculación con) el hecho generador, (a través de) la relación de causalidad, se logra identificar al ‘causante’ del efecto dañoso; ii) Una segunda (y tal vez la más importante) en donde a través del juicio de imputabilidad (que es en sí el juicio de responsabilidad), se decidirá qué es más eficiente (y justo a nivel social): si dejar que la víctima soporte el coste del daño o traspasar este peso económico hacia una esfera ajena a la víctima, sea al propio causante (dando lugar a la responsabilidad por hecho propio), o sea a un tercero no causante pero ‘justamente’ vinculado (dando lugar a la responsabilidad por hecho ajeno). Esto se realiza a través de la aplicación de alguno de los criterios de imputación, sean estos de naturaleza subjetiva u objetiva.” (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2005). “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano”. En *Themis*. Lima, época 2, número 50, pp. 251 y 252)

²⁴⁷ Con relación a la ilicitud ha dicho que: “Si la teoría del ‘hecho ilícito’ solo se explica en función de la culpa, resultaría fácil entender la línea evolutiva de los Códigos que no mencionan expresamente a esta categoría para desarrollar cláusulas generales interpretativas de responsabilidad distintas a la cláusula general por culpa (como, por ejemplo, una cláusula general de responsabilidad objetiva), como ha sido el caso del sistema francés y, particularmente, creemos, el caso del sistema peruano, el cual manifiesta y expresamente ha abandonado la categoría del ‘hecho ilícito’ (...)” (Ídem, p. 246). Y con relación a la imputabilidad: “El Código Civil peruano, al consagrar dos cláusulas generales interpretativas de naturaleza normativa como la culpa (art. 1969) y el riesgo (art. 1970) de igual rango y valor, ha optado por un sistema bipolar de responsabilidad civil, por lo que no puede reconocer –desde la óptica de los conceptos tradicionales- a la capacidad de discernimiento como un presupuesto de la responsabilidad civil toda.” (Ídem, p. 252).

²⁴⁸ En ese sentido, también concordamos con el profesor Gastón Fernández cuando, citando a Luigi Corsaro, sentencia que: “no puede existir culpa si no hay imputabilidad”; y posteriormente señala que: “Si en la codificación peruana –como ya se ha indicado y demostrado- no se ha acogido la teoría del ‘hecho ilícito’ y se ha optado por establecer dos cláusulas generales normativas de igual rango y valor (arts.

No obstante lo indicado, la jurisprudencia nacional ha tomado postura por incluir como elemento de la responsabilidad civil a la ilicitud (“antijuridicidad”)²⁴⁹.

Citando a Jorge Bustamante Alsina, en la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República del 28 de marzo de 2011 (Casación 4664-2010-PUNO), se dice con relación a la responsabilidad extracontractual:

“8.2.5. Carácter de responsabilidad extracontractual:

Para otro sector de la doctrina esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: a) el daño y perjuicio, b) antijuridicidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad.”²⁵⁰

No sin antes advertir que sobre el tema aún no existe consenso y que continúa habiendo un amplio debate en la doctrina, el Tribunal Constitucional ha mencionado que:

“24. En estos términos, queda claro que en nuestro ordenamiento jurídico existen dos criterios de responsabilidad civil bajo los cuales toda acción o conducta que genera daños y perjuicios, dependiendo de la existencia de una obligación o sin ella, así como del cumplimiento de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil (antijuridicidad, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución), trae como consecuencia el resarcimiento indemnizatorio a favor de la víctima, por lo que sólo bajo estos criterios se

1969 y 1970), la interpretación más razonable pareciera ser que el análisis de la irresponsabilidad de los sujetos faltos de discernimiento deba ser realizado bajo la cláusula general por culpa, esto es, en la etapa del juicio de imputabilidad (o de atribución de responsabilidad).” (Ídem, pp. 240 y 252).

²⁴⁹ Aunque algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República también mencionan como elemento autónomo de la responsabilidad civil a la imputabilidad: “Décimo Segundo.- (...) En consecuencia en los procesos de indemnización se debe verificar la concurrencia de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad, como es el factor de atribución (el dolo o la culpa), la imputabilidad, la antijuridicidad, el daño causado y la relación de causalidad o nexo causal, siendo que la ausencia de alguno de estos elementos conlleva necesariamente a desestimar la pretensión demandada.” (CAS. N° 3235-2010 LIMA de fecha veintiocho de junio del dos mil once emitida por la Sala Civil Permanente).

²⁵⁰ “Son elementos comunes a ambos regímenes de responsabilidad: 1° Antijuridicidad. 2° Daño. 3° Relación de causalidad entre el daño y el hecho. 4° Factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad.” (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1983). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Cuarta edición. Buenos Aires: ABELLEDO-PERROT S.A., p. 86). Sin embargo, nótese más adelante que el propio doctor Bustamante aclara que la ilicitud requiere de la culpa. Así, expone con relación a los códigos civiles en los que expresamente se ha hecho referencia a la ilicitud: “174. (...) Lo que señalan aquellos preceptos es que para que el acto se considere ilícito y obligue a la reparación del perjuicio, éste debe ser causado de forma antijurídica, de manera ilícita, etc. O sea culposa o dolosamente, o que el daño debe ser injusto, es decir causado en iguales condiciones de imputabilidad. Nos parece que las referencias contenidas allí a la antijuridicidad o ilicitud de la conducta o del daño, no señalan la existencia de un elemento distinto de la culpa, sino que caracterizan precisamente el daño que debe ser resarcido y definen consiguientemente el acto ilícito.”; y agrega: “175. La doctrina francesa unánimemente no menciona la ilicitud como un elemento diferenciado de la culpa, y así lo señala el propio Orgaz quien agrega que aun Messineo define el acto ilícito con los únicos elementos de la culpa y el daño, como habría correspondido, a su juicio, según el art. 1351 del Código de 1865 (derogado) igual al francés.” (Ídem, pp. 87 y 88).

desarrollan fórmulas indemnizatorias.”²⁵¹

Para los fines de la presente tesis, es decir, a efectos de configurar correctamente a la violencia familiar, debemos de tener en cuenta que se ha demostrado que esta sí tiene como fuente al acto (o hecho) ilícito. Asimismo, por la naturaleza de la conducta violenta que hemos explicado y la teoría que se ha elaborado respecto a la institución²⁵², consideramos que toda hipótesis de violencia familiar requiere como criterio de imputación la culpa del agresor.

Bajo estas premisas, proponemos que los elementos constitutivos de la violencia familiar son:

1. El daño
2. La ilicitud
3. La relación de causalidad
4. El criterio de imputación

A continuación, pasaremos a desarrollar cada uno de ellos y a demostrar su compatibilidad con la violencia familiar.

1. El daño:

El daño es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. Como enfatiza Von Tuhr, la obligación de resarcir no surge, “mientras no se verifique su *conditio juris*: el daño.”²⁵³. Respecto del daño, Guido Alpa nos informa que se ha entendido:

- a) La lesión de un derecho o de un interés; planteamiento que concuerda con la corriente del Derecho Penal propugnada por Francesco Carnelutti
- b) El interés subjetivo del acreedor (en cuanto víctima); tal como se entendía en la Edad Media; y
- c) La lesión de un bien sustancialmente protegido (la integridad física, la vida, la libertad, etc.), conforme a la tesis de Paul Oertmann, corregida por Kart Larenz²⁵⁴.

El mencionado autor, opina que la idea del daño como lesión de un interés protegido formulada por Stefano Rodotà es la más satisfactoria, porque brinda una noción más

²⁵¹ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 06-06-05 (Exp. N° 0001-2005-PI/TC).

²⁵² Que se explicará al tratar sobre los criterios de imputación.

²⁵³ (VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Volumen I, Parte 1. Traducción directa del alemán por Tito Ravá. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES S.A., Madrid, 1998, p. 114).

²⁵⁴ ALPA, Guido, óp. cit., p. 158.

amplia, que comprende, tanto los aspectos patrimoniales como los que no tienen un reflejo patrimonial inmediato²⁵⁵. Sin embargo, citando a Giovanni Battista Ferri, apunta el profesor Juan Espinoza, que: “el daño no puede ser entendido solo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido.”²⁵⁶

Por ese motivo se habla de “daño-evento”, entendido como la lesión considerada en sí misma, y de “daño-consecuencia”, concebido como las consecuencias o perjuicios generados por dicho evento²⁵⁷.

En términos jurídicos, el profesor Leysser León explica que el daño es “una condición desfavorable para un sujeto de derecho que merece ser resarcida, siempre que el evento que la ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento, y cuando sea imputable a otro sujeto, según un juicio reglamentado por la ley; todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil”²⁵⁸.

1.1 El daño como elemento de la violencia familiar:

En el capítulo II de la presente tesis, hemos acogido la definición genérica de violencia del psicólogo español Alberto Bravo: “cualquier conducta que se valore como dañina para el desarrollo integral del individuo sea cual sea su momento vital”, a fin de contemplar dentro de su ámbito no solo conductas intencionales, sino también conductas negligentes, que por acción u omisión causen daño a personas que necesitan cuidados especiales (niños, ancianos, discapacitados, parientes enfermos, etc.), lo que se demostrará en el punto 4.1, que es conforme a la doctrina sobre violencia familiar.

Efectivamente, la violencia es una conducta dirigida a causar un daño. Como bien se afirma desde la psiquiatría: “La palabra violencia está relacionada con molestar, violar, forzar, se puede decir que siempre implica el uso de la fuerza para producir el daño.”²⁵⁹. Y desde la psicología se sostiene que: “Mediante la violencia interpersonal intentamos imponer nuestra voluntad sobre otros,

²⁵⁵ Ídem, p. 775.

²⁵⁶ ESPINOZA, Juan, óp. cit., p. 188.

²⁵⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2004). “El Derecho de Daños en el umbral de un nuevo milenio”. En FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos y otros. *DOXA. Tendencias modernas en Derecho*. Trujillo: Editora Normas Legales, p. 508. El profesor Leysser León, por el contrario, diferencia el evento del daño producido por aquel y restringe a este último a aspectos económicos, si bien, se debe precisar, que el autor habla del daño resarcible: “El daño –nótese bien – se distingue del evento que lo genera. El evento, como ha precisado Luigi Corsaro, pertenece al mundo de los hechos jurídicos: es una manifestación ‘real’, que contraviene un interés protegido por el derecho, un fenómeno físico, apto para impedir que dicho interés sea satisfecho. En cambio, el daño es una ‘cualidad’ de las situaciones que subsiguen al evento; no se identifica, entonces, con su antecedente fáctico: lo califica, más bien, en términos económicos.” (LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 151).

²⁵⁸ *Ibíd.* Se debe precisar que para el autor, el daño califica al evento en términos económicos.

²⁵⁹ NAVAS, Marta y GARCÍA-PARAJÚA, Pedro, óp. cit., p. 78

generando daños físicos, psicológicos, morales o de otros tipos.”²⁶⁰

Con relación a la violencia familiar o doméstica, autorizada doctrina ha dicho que “el maltrato doméstico se refiere a las agresiones físicas, psíquicas, sexuales o de otra índole, llevadas a cabo reiteradamente por parte de un familiar (habitualmente el marido) y que causan daño físico y/o psíquico y vulneran la libertad de otra persona (habitualmente la esposa)”²⁶¹.

Esta situación, debe además, analizarse dentro del contexto en el que se desarrolla, es decir, en el ámbito familiar, donde por regla general, existe un vínculo entre agresor y víctima. En ese sentido, los actos de violencia no se presentan de manera aislada, sino que se combinan y refuerzan incrementando, de esta manera, el daño que producen²⁶². Además, se debe tomar en cuenta que la violencia tiende a multiplicarse en algunos casos por el aprendizaje social. Como explica la Organización Panamericana de la Salud: “Los distintos tipos de violencia están, además, muy interrelacionados. Por ejemplo, los niños que han sido rechazados o descuidados o han sufrido castigos físicos severos por parte de los padres corren mayor riesgo de adoptar comportamientos agresivos y antisociales, incluso de infligir malos tratos cuando son adultos. Los niños corren mayor riesgo de ser víctimas de maltrato en las familias en las que los adultos actúan violentamente unos contra otros.”²⁶³

Por otro lado, se debe considerar que los daños por violencia familiar son *in re ipsa*, es decir, se identifican con la lesión misma (daño-evento). Así lo afirma

²⁶⁰ QUINTEROS, Andrés y CARBAJOSA, Pablo, óp. cit., p. 62.

²⁶¹ SARASUA., Belén, ZUBIZARRETA, Irene, ECHEBURÚA, Enrique y DEL CORRAL, Paz (2006). “Perfil psicológico del maltratador a la mujer en el hogar”. En ECHEBURÚA, Enrique (Director). *Personalidades violentas*. Ediciones Pirámide, Madrid, p. 112. También han explicado que: “la violencia doméstica está asociada, en la mayoría de los casos, a consecuencias físicas y psicológicas importantes. En los casos más extremos puede ocasionar el homicidio de la víctima o, en algunos casos, la muerte del agresor como consecuencia de las conductas de autodefensa de la mujer. El maltrato doméstico produce en la víctima una situación de amenaza incontrolable a la vida y a la seguridad personal. La violencia repetida e intermitente, entremezclada con periodos de arrepentimiento y ternura, suscita en la mujer una ansiedad extrema y unas respuestas de alerta y sobresalto permanentes.” (Ídem, p. 111)

²⁶² Por eso se afirma que: “En los casos de violencia doméstica suelen coexistir múltiples formas de maltrato que se refuerzan; la violencia física siempre contiene elementos de violencia emocional, la violencia emocional a menudo va acompañada de amenazas de violencia física, y la violencia sexual está impregnada de violencia emocional y física. (...) *La violencia doméstica se manifiesta en agresiones físicas, psíquicas o sexuales que causan daño físico o psicológico y vulneran la libertad de la mujer*. Las consecuencias de las agresiones se mezclan unas con otras. Los malos tratos físicos causan daño físico y psicológico, y las agresiones emocionales reiteradas pueden llegar a producir deterioros físicos.” (ALBERDI, Inés y MATAS, Natalia (2002). “La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España”. *Colección de estudios sociales*. Barcelona, N° 10, p. 91. Consulta: 1° de marzo de 2017.

http://www.bizkaia.eus/gizartekintza/genero_indarkeria/pdf/dokumentuak/violencia_domestica.pdf?hash=3f3518abdc95e6e68cdb40784f10582b).

²⁶³ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud: Resumen*. Washington D. C.: OPS., p. 22. Consulta: 10 de diciembre de 2013. http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf

Guido Alpa: “Es innegable que también entre nosotros –aunque no medie contacto ni una influencia recíproca entre los dos ordenamientos examinados- se ha acreditado, inicialmente de manera oculta, y luego de forma cada vez más evidente, la tendencia a la afirmación de la responsabilidad *por la sola lesión del interés*, sin que resulte necesario, para el demandante, la demostración del daño efectivo. Como es obvio, ello tiene lugar, no en todos los casos, sino, ciertamente, en las hipótesis del llamado ‘daño biológico’, o de daño a la salud, y de lesión de derechos de la personalidad.”²⁶⁴

En consecuencia, no se puede negar que el daño es uno de los elementos que componen la violencia familiar. La jurisprudencia también ha admitido dicho presupuesto.

1.1.1 Jurisprudencia:

Aunque bajo otras denominaciones (afectación, estragos), la jurisprudencia se ha pronunciado reconociendo el daño como requisito de la violencia familiar. Así, en la Casación N° 4808-2006-CUSCO del 25 de julio de 2007 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República se ha dicho que:

“**Cuarto.-** Que, a su vez el artículo 1 de la Ley 26260, modificada por Ley número 26763, publicada el veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, establece que “A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre: a) Cónyuges, b) Convivientes, c) Ascendientes, d) Descendientes, Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o f) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, entendida la lesión física como aquella en donde se afecta la integridad del cuerpo físico y que es determinada por certificación de médicos legistas, la violencia psicológica en cuanto se afecta la subjetividad, la identidad, los sentimientos, la autoestima de quien los padece dificultando la coexistencia armoniosa en sociedad y la violencia sexual que constituye una afectación tanto física, anímica como moral;”.

La Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima también ha señalado que:

“(…) pues se ha acreditado la conducta agresiva del demandado y los estragos en la persona de su cónyuge (…)”²⁶⁵

²⁶⁴ ALPA, Guido, óp. cit., p. 777.

²⁶⁵ Sentencia del 25-08-11 (Exp. N° 1087-2009).

Sobre el particular, creemos que la teoría de la responsabilidad civil, brinda una terminología más apropiada para referirse a tales estados o situaciones desventajosas de la persona como un daño.

A continuación se analizarán los tipos de daño que se verifican en una situación de violencia familiar, no sin antes precisar que la distinción es solo conceptual, mas no real²⁶⁶.

1.2 El daño físico:

Según el Manual de Procedimientos de las Fiscalías de Familia del Ministerio Público, el daño físico consiste en “un detrimento corporal o lesión causado por una herida, un golpe o una enfermedad en la salud física o mental de una persona, por acción que implica violencia”²⁶⁷.

Poco se ha escrito sobre el daño físico en las publicaciones sobre violencia familiar, pero de las definiciones dadas sobre su causa, la violencia física, se puede inferir que es el daño a la salud o integridad física de las personas, que por lo general deja huellas visibles en el cuerpo humano²⁶⁸.

1.2.1 Jurisprudencia:

Erróneamente -como se demostrará al tratar el maltrato sin lesión-, la jurisprudencia nacional ha señalado que el daño físico es un daño objetivamente demostrable.

²⁶⁶ Compartimos la opinión de los especialistas que señalan que: “Existe una tendencia errónea a considerar lo físico como separado y distinto de lo psíquico, abrigando un reduccionismo de la dualidad mente/cuerpo, como si la mente en realidad funcionase al margen del cuerpo, resultando la persona dividida y ambas partes que la integran con sus propias reacciones y enfermedades. Este es un error en el que caemos de continuo, lo que obliga a que aquí lo recordemos, para tener bien presente que la persona es ambas cosas a la vez y que lo físico y lo psíquico en realidad no existen por separado. Por consiguiente, en puridad, no puede hablarse, independientemente, de lesiones físicas y lesiones psíquicas.” (CARRASCO GÓMEZ, Juan José y MAZA MARTÍN, José Manuel (2005). *Manual de psiquiatría legal y forense*. Tercera Edición. Madrid. LA LEY-ACTUALIDAD S.A, p. 517)

²⁶⁷ MINISTERIO PÚBLICO (2006). *Manual de procedimientos de las fiscalías de familia*. Lima. Editorial y Gráfica EBRA E.I.R.L., p. 89.

²⁶⁸ Con relación a la violencia física, se ha dicho que es “aquella que puede ser percibida objetivamente por otros, que más habitualmente deja huellas externas. Se refiere a empujones, mordiscos, patadas, puñetazos, etc., causados con las manos o algún objeto o arma” (NAVAS, Marta y GARCÍA-PARAJUÁ, Pedro, óp. cit., pp. 73 y 74). La Defensoría del Pueblo, también ha señalado que: “Si bien nuestra legislación no conceptualiza a la violencia física como sí lo hacen otras legislaciones, debe entenderse como las acciones u omisiones que causen lesión interna o externa o cualquier maltrato que afecte la integridad física de las personas.” (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, óp. cit., p. 29). Con relación al maltrato infantil, se ha definido el maltrato físico como “cualquier acto de fuerza que produzca un daño en el cuerpo o en la salud, con o sin dolor.” (GROSMAN, Cecilia P. (2002). “El maltrato infantil en la familia: El encuentro entre lo público y lo privado”. En CADOCHE, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 167).

“(…) entendiéndose por **maltrato físico** como ‘la fuerza intencional que el agresor ejerce sobre el cuerpo de la víctima, causándole un daño objetivamente demostrable’²⁶⁹”

1.3 El daño psicológico:

Con relación a este tipo de daño, la doctrina relacionada a la violencia familiar habla indistintamente, de daño psíquico o daño psicológico²⁷⁰. Sin embargo, la doctrina no es pacífica respecto a la intensidad de las consecuencias de este tipo de daño.

La “Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual, Tortura y Otras Formas de Violencia Intencional” del Ministerio Público define el daño psíquico como: “la afectación y/o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producido por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo.”

De manera similar, se ha definido el daño psicológico como “la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización por tal concepto a quien la haya ocasionado o deba responder por ella.”²⁷¹

Con relación a la violencia contra la mujer, se ha dicho que la violencia psicológica es “cualquier acto o conducta intencionada que produce desvaloraciones, sufrimientos o agresión psicológica a la mujer (insultos, vejaciones, crueldad mental, gritos, desprecio, intolerancia, humillación en público, castigo, dar muestra de desafecto, amenaza de abandono, subestimación...)”²⁷².

Así también, se ha expuesto que: “la violencia no solamente puede ser física sino también emocional o espiritual, que comprende – según Strauss- agresiones verbales, gestuales u otro tipo de sometimientos por parte de uno o unos contra

²⁶⁹ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 02-09-13 (Exp. N° 15286-2011)

²⁷⁰ Esta circunstancia ha sido reconocida en la Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual, Tortura y Otras Formas de Violencia Intencional” aprobada por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2543-2011-MP-FN de fecha 26 de diciembre de 2011: “Cabe considerar que, para efectos de esta guía, se habla del constructo psico-jurídico daño psíquico. Sin embargo, en las referencias bibliográficas varios autores no hacen distinción formal entre daño psíquico y daño psicológico.”. El profesor Leysser León también ha notado la proliferación de voces referentes al daño, entre ellas el “daño psicológico” y el “daño psíquico” sin hacer ninguna distinción entre ambas. (LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 201).

²⁷¹ GHERSI, Carlos Alberto (2000). *Valuación económico del daño moral y psicológico. Daño a la psiquis*. Buenos Aires. Editorial ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DE PALMA S.R.L., p. 165.

²⁷² GANZENMÜLLER, Carlos, ESCUDERO José y FRIGOLA, Joaquín, óp. cit., pp. 44 y 45. Como se observa, esta es la única definición que considera el dolo del sujeto dañador o agente.

otros – por ejemplo, la degradación y la humillación, las amenazas, el someter a otro al aislamiento, privarlo de sus afectos y/o amistades, etcétera.”²⁷³

Citando al médico forense español Jorge Gonzales Fernández, se afirma que la violencia doméstica puede ocasionar diversos tipos de daños como el daño psíquico: “Las agresiones verbales pueden ser mutuas, con frecuente utilización de los hijos y de sus afectos en contra del otro cónyuge. En relación con la clase social pueden aparecer como un lenguaje lleno de insultos y amenazas o como un lenguaje hiriente y sutilmente agresivo. También puede derivar daño psíquico de una agresión sexual o física, en la que la víctima experimente una auténtica sensación de peligro o humillación.”²⁷⁴

En el Informe Defensorial N° 61, citando a María Rosas Ballinas, la Defensoría del Pueblo ha señalado que: “Se ha demostrado que las mujeres víctimas de violencia psicológica sufren como consecuencia la disminución de sus posibilidades intelectuales, habilidades y capacidad de trabajo, entorpecimiento de la voluntad, pérdida de deseo e interés, deterioro de la autoestima, ansiedad y desasosiego permanente, depresión, descontrol emocional y, en general, un empobrecimiento progresivo de sus recursos y capacidades personales. Esta afectación se produce cuando la persona que maltrata ejerce un control constante, descalifica a la otra persona sin tener en cuenta sus ideas u opiniones, desvalorizando y ridiculizando sus acciones, culpándola de todos los problemas del hogar.”²⁷⁵

De modo más grave aún, se ha enfatizado respecto a las consecuencias psicológicas del maltrato doméstico lo siguiente: “A pesar de la frecuencia del maltrato doméstico en la mujer existen pocos daños que identifiquen los trastornos psicológicos específicos resultantes de esta relación violenta. Hasta el momento son dos los diagnósticos que aparecen con más frecuencia en este grupo de víctimas: la depresión mayor y el trastorno de estrés postraumático, clasificado dentro de los trastornos de ansiedad en el DSM-IV (AOA, 1994).”²⁷⁶

En la teoría de la responsabilidad civil, el profesor Leysser León ha dicho que el daño psíquico es aquel “que compromete la integridad psíquica de la persona. Es la alteración psicósomática del individuo, de sus condiciones mentales.”²⁷⁷; y citando a Paolo Cendon, ha expuesto también que este daño no consiste en aflicciones genéricas, sino en auténticas patologías. Así también ha mencionado, que cuando se verifica la existencia de este daño: “Existen fracturas en sus códigos oficiales de comunicación. Modificaciones objetivas, aunque

²⁷³ LLOVERAS, Nora (2002). “Adopción y violencia”. En *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 230.

²⁷⁴ GANZENMÜLLER, Carlos, ESCUDERO, José y FRIGOLA, Joaquín, óp. cit., pp. 52 y 53.

²⁷⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, óp. cit., p. 30.

²⁷⁶ ZUBIZARRETA, Irene, SARASUA, Belén, ECHEBURÚA, Enrique, DEL CORRAL, Paz, SAUCA, Diana y EMPARANZA, Iciar (2006). “Consecuencias psicológicas del maltrato doméstico”. En ECHEBURÚA, Enrique (Director). *Personalidades violentas*. Ediciones Pirámide, Madrid, p. 134.

²⁷⁷ LEÓN, Leysser, óp. cit., p 204.

estrictamente personales, del mundo fenoménico; trastorno de la razón, del intelecto o del carácter del individuo. Fenómenos ‘internos’, susceptibles de repercutir progresivamente (he aquí el daño) en momentos de empeoramiento, sea en el terreno patrimonial, sea en el terreno biológico/existencial, sea en el terreno moral/de sufrimiento, o sólo en algunos de estos, porque es raro que ninguno de los mismos, se vea afectado; de todas formas, la repercusión es siempre distinta, según el caso y víctimas específicos.”²⁷⁸

En los casos de violencia familiar, se realizan pericias psicológicas o psiquiátricas a las víctimas con el objeto de determinar la existencia de daño psicológico. Como ya se indicó, el Instituto de Medicina Legal cuenta con una “Guía de Valoración del Daño Psíquico en Víctimas Adultas de Violencia Familiar, Sexual, Tortura y Otras Formas de Violencia Intencional”, que valora el nivel de daño psíquico de una persona en base a su nivel de discapacidad de una o más áreas de funcionamiento psicosocial con relación al hecho violento²⁷⁹. De este modo, clasifica los daños psíquicos en:

- a) Nivel leve de daño psíquico;
- b) Nivel moderado de daño psíquico;
- c) Nivel grave de daño psíquico; y
- d) Nivel muy grave de daño psíquico.

1.3.1 Jurisprudencia:

Aparte de lo expuesto en la Casación N° 4808-2006-CUSCO del 25 de julio de 2007²⁸⁰ (en la cual se desarrolla el concepto del daño psicológico de “La Ley”), en el considerando 71 de la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil del 18 de marzo de 2011 (Casación 4664-2010-PUNO), la Corte Suprema de Justicia de la República ha reconocido el carácter patológico del daño psíquico:

“Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica.”

Por lo demás, debemos también decir, que si ya existe el problema terminológico y de contenido del “daño psicológico” a que hace referencia “La Ley”, la jurisprudencia ha hecho uso indiscriminado de distintas voces para referirse a este. Además de hablar del ya mencionado “daño

²⁷⁸ Ídem, p 205.

²⁷⁹ Sin embargo, la guía aún no se ha implementado.

²⁸⁰ Véase el punto 1.1.1 del presente capítulo.

psíquico”, ha usado términos como: “afectación”²⁸¹, “daño emocional”, “lesión psicológica”, entre otros. Así tenemos que las Salas Especializadas de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima han señalado con relación al daño psicológico de violencia familiar lo siguiente:

“(…) el **maltrato psicológico** está referido a los daños psíquicos que aflige también a alguno de los componentes del grupo familiar por la conducta de otro, siendo que estos daños van a producir menoscabo, alteraciones, perturbaciones y/o modificación en el equilibrio mental del familiar agraviado.”²⁸²

“(…) la violencia psicológica en cuanto se afecta la subjetividad, la identidad, los sentimientos, la autoestima de quien los padece dificultando la coexistencia armoniosa en sociedad (…)”²⁸³

“(…) que la reacción ansiosa situacional a aquella que evidencia los conflictos familiares existentes entre las partes, lo que tienden a ser temporales, no siendo obvio en el momento de la evaluación, la existencia de un daño emocional en la persona (…)”²⁸⁴

“(…) debiendo tener en cuenta que la mencionada pericia psicológica que se le practicó a la denunciante a efectos de determinar si se hace evidente en ella ‘daño psicológico’, por lo que al analizar dicha pericia se advierte que en ella se consigna como diagnóstico ‘reacción a estrés por conflictos familiares’; pues dicho resultado no es compatible con el término ‘daño emocional’, requisito indispensable para que se configure la violencia familiar en la modalidad demandada.”²⁸⁵

“(…) se evidencian que si bien se ha producido una gresca entre el denunciado y la agredida, la cual fue producto de una desavenencia conyugal entre el denunciado y su esposa, precisando que dicho evento se produjo circunstancialmente, no registrando reiterancia, mas aún si se tiene en cuenta que la parte agredida no domicilia en el lugar donde se registraron los hechos, sin embargo, de lo actuado en el presente proceso se colige la presencia de lesión psicológica atribuible a la parte agredida, más aun si se tiene en cuenta los informes de las pericias psicológicas actuadas dentro del proceso; lo que abona a dictar medidas de protección orientadas a la prevención de hechos

²⁸¹ Como ya se mostró en la Casación N° 4808-2006-CUSCO del 25 de julio de 2007 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

²⁸² Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 19-11-13 (Exp. N° 10007-2012).

²⁸³ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 19-11-13 (Exp. N° 02830-2012).

²⁸⁴ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 12-07-11 (Exp. N° 259-2010).

²⁸⁵ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 14-11-11 (Exp. N° 836-2010).

semejantes.”²⁸⁶

1.4 El daño de la violencia familiar como daño a la persona o daño moral en sentido amplio:

Nuestro Código Civil no hace ninguna referencia al “daño psicológico” o “daño psíquico”, pero sí al daño moral y al daño a la persona (artículo 1985°).

Como se ha expuesto en el considerando 71 del Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el caso de la regulación del daño a la persona y el daño moral, la técnica legislativa ha sido deficiente²⁸⁷.

Respecto al daño a la persona, el profesor Carlos Sessarego nos dice que “La sistematización del ‘daño a la persona’ tiene como antecedente la clasificación general del ‘daño’. Dicha clasificación contempla dos aspectos en este concepto. En el primero, se atiende a la **naturaleza** del bien lesionado y, en el segundo, se consideran las **consecuencias** del evento dañino.”; y agrega que “en cuanto a la naturaleza del bien lesionado, el daño se clasifica en daño subjetivo, o ‘daño a la persona’, y en daño objetivo, o daño a las cosas del mundo. En cuanto a la denominación empleada es de advertir que se hace referencia a un daño ‘subjetivo’ para comprender en él tanto al ‘sujeto de derecho’ concebido como a la persona natural.”²⁸⁸. Continúa diciendo además, que “el ‘daño a persona’ puede lesionar su unidad psicosomática o su libertad, o ambas vertientes. Esta comprobación nos lleva a determinar que existen dos tipos de daños a la persona: el daño a la unidad psicosomática y el daño a su libertad.”²⁸⁹

Con relación al daño psicosomático, el doctor Sessarego explica que “compromete algún aspecto de esta unidad. Por ello puede consistir en un daño que, inferido al soma, repercute, en alguna medida en la psique o viceversa. Es decir, se trataría ya sea de un daño preponderantemente somático con repercusiones en el psiquismo o, viceversa, un daño a la psique con reflejos somáticos”²⁹⁰.

Por su parte, el profesor Leysser León, sin desconocer su desacuerdo con mantener en nuestro sistema jurídico la categoría del daño a la persona, afirma que este “es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un

²⁸⁶ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 07-12-12 (Exp. N° 1665-2011)

²⁸⁷ “(...) según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984 y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985.”

²⁸⁸ FERNÁNDEZ, Carlos, óp. cit., pp. 508 y 509.

²⁸⁹ Ídem, p. 513.

²⁹⁰ Ídem, p. 514.

hecho antijurídico generador de responsabilidad civil.”²⁹¹; y citando a Mario Portigliatti-Barbos, sostiene -de manera similar a lo expuesto por el profesor Sessarego respecto al daño psicosomático- que en sentido estricto, el daño a la persona sería: “la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica. (...) Es un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad.”

Citando a Carlos Francesco Gabba, el profesor Leysser León enfatiza que el daño moral también tiene dos sentidos: uno estricto y otro amplio. Así, señala que: “históricamente, el daño moral ha abarcado siempre dos significados: ‘en *sentido estricto y propio*, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índoles moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. (...) En *sentido lato e impropio*, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no lo toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es *daño moral* en este sentido, no sólo el que se ha indicado en sentido estricto, sino el que recae en cosas materiales pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras personas que le conciernan.”²⁹²; y concluye que: “tal concepción el (*rectius*: “del”) daño moral comprende aquello que se ha identificado, previamente, como daño a la persona.”²⁹³

Ahora bien, analizando las categorías de “daño físico” y “daño psicológico” a las que hemos hecho mención, advertimos que ambas se encuentran comprendidas dentro de los conceptos de daño a la persona en el aspecto psicosomático (o en sentido estricto), y de daño moral entendido en sentido amplio. Si el “daño psicológico” comprende al daño moral en sentido estricto, es debatible²⁹⁴.

1.4.1 Jurisprudencia:

Los temas a los que se han hecho referencia, han sido tratados por la jurisprudencia en el Tercer Pleno Casatorio. Con relación al daño a la

²⁹¹ LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 232.

²⁹² Ídem, p. 234.

²⁹³ Ídem, p. 235.

²⁹⁴ Al respecto, se ha dicho que: “El gran problema del daño psíquico –en el cual, sin problemas, podemos apreciar una subespecie de aquello que entre nosotros se conoce como ‘daño a la persona’, (...)” (Ídem, p. 205). “(...) el llamado ‘daño moral’, en cuanto perturbación psíquica emocional no patológica, está comprendido dentro de la rica y amplia gama de daños psíquicos, los que conforman una unidad inescindible con los daños somáticos o físicos.” (FERNÁNDEZ, Carlos, óp. cit., p. 563).

persona y el daño moral se ha dicho que la relación es de género a especie:

“67.- El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego, aunque no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El daño biológico representa la faz estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima.

(...)

71.- De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona, tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322, y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984 y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985.

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente.

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado.

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.”

1.5 El daño en el maltrato sin lesión:

La teoría sobre la violencia familiar dice que: “La violencia física produce a veces daños no visibles, también conocidos como maltratos sin lesión (cuando hubo jalones de cabello, golpes en la cabeza, jalones de orejas, pellizcos, por ejemplo). Pero la mayor parte de las veces esos daños son visibles y pueden ser evaluados.”²⁹⁵

Por otro lado, también se ha sostenido que el maltrato sin lesión consiste en “agredir a la persona verbalmente sin tener contacto físico. Agresión física que no deja huellas como jalonear, jalar levemente del cabello, empujar, etc.”²⁹⁶.

En el diario de debates del Congreso de la República sobre el Proyecto de Ley N° 2183/96-CR de la Ley N° 26763 de 1997, que incluyó el maltrato sin lesión como forma de violencia familiar no se hace referencia alguna a este tipo de violencia²⁹⁷.

En la exposición de motivos de la Ley N° 26763 de 1997 que modificó la Ley N° 26260 e incluyó el maltrato sin lesión en la definición de violencia familiar, no se explica en qué consiste este tipo de maltrato ni por qué se decidió incorporarlo; pero en la exposición de motivos de la Ley N° 27306 de 2000, que posteriormente, modificó la Ley 26260, se dijo que: “La violencia familiar es entendida muchas veces como el maltrato físico que recibe la mujer de parte de su cónyuge o conviviente, maltrato que para ser entendido como violencia familiar debe estar acompañado de muestras visibles de que se ha producido la agresión física. Es ésta concepción la que ha llevado a que en innumerables ocasiones mujeres, niños, adolescentes y adultos mayores no hayan podido denunciar como violencia familiar los maltratos de los cuales habían sido víctimas.”

Nosotros pensamos que no se puede concebir una agresión verbal o física en la víctima – así esta última no deje huellas visibles de su realización – sin el correspondiente daño, sea este en su aspecto de “daño-evento” o de “daño-consecuencia”²⁹⁸. La agresión puede llevarse a cabo sin tener contacto físico o sin dejar huellas “visibles” en el cuerpo del individuo; sin embargo, siempre

²⁹⁵ GÜEZMES, Ana y LOLI, Silvia (2000). *Módulo de capacitación. Violencia familiar enfoque desde la salud pública*. Lima: Organización Panamericana de la Salud, p. 69.

²⁹⁶ MINISTERIO PÚBLICO, óp. cit., p. 92.

²⁹⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Diario de debates. Segunda A (sesión vespertina). Jueves 6 de marzo de 1997*. Consulta: 3 de octubre de 2013. <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/2EEEEEE5B47AEDC2705257816005973A5/\\$FILE/SLO-1996-2A.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/2EEEEEE5B47AEDC2705257816005973A5/$FILE/SLO-1996-2A.pdf)>

²⁹⁸ Eso se deduce del significado mismo del término “agresión: “Acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, óp. cit. Consulta: 25 de febrero de 2014. <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=agresi%F3n>. El maltrato sin lesión está referido solo al “daño-consecuencia”.

dejará una “huella” en el ámbito psicológico de la víctima²⁹⁹. Por tanto, consideramos que el maltrato sin lesión implica un daño en la víctima, por lo menos de carácter psicológico³⁰⁰.

1.6 El daño en la violencia sexual:

Respecto a la violencia sexual, se dice que es “todo acto en el cual una persona que está en una posición de poder obliga a otra a realizar actos sexuales contra su voluntad, por medio de amenazas, chantaje o fuerza física, incluyendo tanto el coito como las relaciones sexuales orales y anales.”³⁰¹

También se ha dicho que es “cualquier acción sexual del agresor sin el consentimiento de la víctima o con uso de la fuerza”³⁰². Navas Tejedor y García-Parajuá afirman que la violencia sexual “se ejerce mediante presiones físicas o psíquicas que pretenden imponer una relación sexual no deseada mediante coacción, intimidación o indefensión”³⁰³; y en lo que respecta al abuso sexual de niños, precisan que basta cualquier tipo de contacto, actividad o comportamiento sexual sobre ellos para que se consume el abuso³⁰⁴.

Por su parte, un grupo de especialistas del Consejo de Europa ha definido la violencia sexual contra las mujeres como: “Cualquier actividad sexual no consentida: chistes y bromas sexuales, miradas fijas irascibles, comentarios desagradables, exhibicionismo, llamadas telefónicas ofensivas, propuestas sexuales indeseadas, visionado o participación forzada en pornografía, tocamientos indeseados, relación sexual obligada, violación, incesto, todo ello dirigido a la ejecución de actos sexuales que la mujer considera dolorosos o humillantes, embarazo forzado, tráfico y explotación en la industria del sexo.”³⁰⁵

Sin embargo, la Organización Panamericana de la Salud aclara que: “La violencia sexual comprende una gran diversidad de actos, como las relaciones sexuales bajo coacción en el matrimonio y en las citas, las violaciones por parte de extraños, las violaciones sistemáticas durante los conflictos armados, el acoso sexual (incluida la petición de favores sexuales a cambio de trabajo o de calificaciones escolares), los abusos sexuales de menores, la prostitución forzada y la trata de personas, los matrimonios precoces y los actos violentos contra la integridad sexual de las mujeres, como la mutilación genital y las inspecciones obligatorias de la virginidad. Tanto hombres como mujeres pueden,

²⁹⁹ Como dicen los psiquiatras Navas Tejedor y García-Parajuá: “La violencia psíquica aparece inevitablemente siempre que hay otro tipo de violencia”. (NAVAS, Marta y GARCÍA-PARAJUÁ, Pedro, óp. cit., p. 74).

³⁰⁰ De lo contrario, no tendría sentido hablar de maltrato, si la víctima no sufre ningún daño.

³⁰¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, loc. cit.

³⁰² ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2000). *Módulo de capacitación. Violencia familiar. Enfoque desde la salud pública*. Lima: Servicios Gráficos EDIAL E.I.R.L., pp. 229 y 230.

³⁰³ NAVAS, Marta y GARCÍA-PARAJUÁ, Pedro, loc. cit.

³⁰⁴ Ídem, p. 82.

³⁰⁵ GANZENMÜLLER, Carlos, ESCUDERO, José Francisco y FRIGOLA, Joaquín, óp. cit., p. 41

además, sufrir violaciones estando detenidos o encarcelados.”³⁰⁶

No cabe duda que en cualquiera de sus manifestaciones, la violencia sexual implica un daño en la *psiquis* o en el cuerpo de la víctima, sea esta mayor o menor de edad. Como explica la Organización Panamericana de la Salud: “La violencia sexual repercute hondamente en la salud física y mental de las víctimas. Al igual que las lesiones, se asocia a un mayor riesgo de diversos problemas sexuales y reproductivos con consecuencias que se manifiestan tanto de inmediato como muchos años después de la agresión. En la salud mental, las repercusiones son tan graves como en la física, y pueden ser también muy duraderas.”³⁰⁷

Asimismo, se debe de tener en cuenta que en estos casos, muchas veces los agresores se valen de medios físicos y psíquicos para consumir la violencia. En ese sentido, se afirma que “La violencia sexual se ejerce mediante presiones físicas o psíquicas que imponen relaciones sexuales no deseadas mediante coacción, intimidación o indefensión. El maltrato sexual se produce cuando se obliga a la mujer a mantener relaciones sexuales contra su voluntad, o en una forma que ella no quiere, ya sea por la fuerza o mediante coacciones. Podría incorporarse este tipo de violencia en la violencia física, pero se diferencia en cuanto el objeto del abuso es la *libertad sexual* de la mujer y no tanto su integridad física.”³⁰⁸

En consecuencia, la violencia sexual también importa un daño psicosomático en la víctima.

1.6.1 Jurisprudencia:

En este punto, la jurisprudencia sobre violencia familiar también concuerda con lo expuesto:

“(…) y la violencia sexual que constituye una afectación tanto física, anímica como moral.”³⁰⁹

³⁰⁶ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud: Resumen*. Washington D. C.: OPS., p. 21. Consulta: 10 de diciembre de 2013. <http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf>.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ ALBERDI, Inés y MATAS, Natalia, *óp. cit.*, p. 94. Ellas han precisado que: “Las vías más comunes de presión son tres: la amenaza implícita o explícita de agredir o forzar a la mujer si no accede a los deseos de su pareja; la coerción social por la cual se presiona a la mujer para que cumpla las expectativas de su rol de género; y la coerción personal como las amenazas de infidelidad, control del dinero, abandono, etc. Una práctica muy habitual entre los maltratadores es utilizar las relaciones sexuales como muestra de reconciliación o como muestra de castigo.” (Ídem, p. 95). Por eso se dice que: “Los medios de coacción utilizados en las agresiones sexuales no tienen por qué ser materiales, pueden ser amenazas.” (GANZENMÜLLER, Carlos, ESCUDERO, José Francisco y FRIGOLA, Joaquín, *óp. cit.*, p. 46)

³⁰⁹ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 19-11-13 (Exp. N° 02830-2012)

1.7 El daño en las amenazas o coacciones graves o reiteradas:

Se dice que la amenaza o la coacción, graves o reiteradas (basta cualquiera de ellas) son “acciones o palabras intimidatorias que tienen por objeto forzar la voluntad de la víctima y alterar sus decisiones”³¹⁰. La amenaza “genera un afecto (*rectius*: efecto) negativo en la salud, la vida, los bienes o los seres queridos de la víctima, como posible respuesta a una decisión autónoma de ésta”³¹¹ y la coacción “obliga a la víctima a hacer algo que ella no quiere o se le impide hacer lo que desea usándose directamente la fuerza o la intimidación”³¹².

Desde otra perspectiva, se ha señalado que: “A medio camino entre la violencia física y psíquica están las amenazas y coacciones, a través de las cuales se imponen determinadas conductas de sumisión, obediencia, aislamiento o control. (...) La amenaza de que se ejercerá violencia actúa como instrumento de control sobre las mujeres de una forma terriblemente eficaz, pues les impide tomar las decisiones que más les convienen, empujándoles en su lugar a obedecer lo que digan sus maridos o compañeros. La amenaza es el instrumento que mantiene el miedo, y este miedo es la base fundamental de la sumisión y la obediencia. Guiadas por el temor, las mujeres víctimas de la violencia no se atreven a hacer lo que desean y sólo buscan evitar el desencadenamiento de la violencia. Se pliegan a las exigencias del agresor para evitar sus posibles ataques de ira si hacen lo que ellas quieren hacer.”³¹³

Como se aprecia en las definiciones precedentes, tanto la amenaza como la coacción son medios de control, sumisión y manipulación de la víctima de violencia familiar que conllevan, inexorablemente, un daño psicosomático hacia aquella (daño físico o psicológico), más aún, si estas conductas son reiteradas o graves, como las amenazas de muerte, por ejemplo.

En el Informe Defensorial N° 61 se precisa que: “Al igual que la violencia física el daño psicológico no se encuentra definido por la ley, pese a que ésta ha regulado algunos supuestos como la amenaza o coacción graves; sin embargo, debe ser entendido, en sentido lato, como toda aquella acción u omisión que vulnera el derecho constitucional a la salud mental.”³¹⁴; y citando a Sabina Deza se sentencia que: “la violencia psicológica es también aquella que se ejerce a través de la manipulación, intimidación, mentiras, limitación de la acción, humillación, verbalizaciones desvalorizantes, destrucción de objetos apreciados, exclusión de la toma de decisiones, etc.”³¹⁵. De este modo, podemos concluir

³¹⁰ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2000). *Módulo de capacitación. Violencia familiar. Enfoque desde la salud pública*. Lima: Servicios Gráficos EDIAL E.I.R.L., p. 230.

³¹¹ *Ibíd.*

³¹² *Ibíd.*

³¹³ ALBERDI, Inés y MATAS, Natalia, loc. cit.

³¹⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, óp. cit., p. 29.

³¹⁵ *Ídem*, p. 30. Los psiquiatras españoles Navas Tejedor y García-Parajúa indican que dentro de la violencia psicológica podrían incluirse “otros tipos de violencia que llevan aparejado sufrimiento

que las amenazas o coacciones graves o reiteradas causan en la víctima que los sufre un daño físico o psicológico, es decir, un daño a la persona o daño moral en sentido amplio.

Aparte de estos daños de naturaleza moral o subjetiva, es innegable que la violencia familiar, o mejor dicho, los daños psicosomáticos causados por aquella también originan otro tipo de daños de naturaleza patrimonial. Como bien afirma el profesor Leysser León, citando a Karl Larenz: “La infracción de uno de los bienes ‘ideales’ (daños inmateriales) indicados puede también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial, aunque de ellos no derive directamente un daño valuable en dinero, p. ej., en forma de gastos para el restablecimiento de la salud, adquisiciones no hechas o pérdidas en los negocios que traen consigo los daños inferidos a la reputación a la fama o la solvencia. Por lo tanto, los daños patrimoniales no tienen siempre como presupuesto necesario la infracción de un bien patrimonial, sino que igualmente pueden derivarse, aunque únicamente en concepto de daños mediatos, de la infracción de un bien inmaterial, en cuanto ésta produzca consecuencias perjudiciales para el patrimonio del perjudicado.”³¹⁶ (El paréntesis es nuestro).

Sin embargo, a los fines de esta tesis, no se desarrollará tales tipos de daño (daño emergente, lucro cesante), por cuanto no contribuyen a configurar la violencia familiar, sino a efectos de los fines del resarcimiento o compensación (el *quantum* indemnizatorio), lo que es ajeno a este trabajo.

2. La ilicitud:

Ya hemos indicado al inicio del presente capítulo que la ilicitud no es un elemento de la responsabilidad civil toda, sino de la responsabilidad civil subjetiva³¹⁷. Debido a que la violencia familiar tiene como presupuesto necesario la culpa del agresor, se está considerando a este elemento parte de su estructura jurídica.

Explica el profesor Gastón Fernández que cuando se identifica a la culpa no solo como “negligencia”, sino también en sentido positivo, como deber de ser diligentes, previsores, la culpa se considera una conducta ilícita, es decir, una ofensa a la norma que instituye dicho deber. Entonces de aquí hay un paso a la verificación de que el “hecho” puede ser objetivamente injusto (la lesión de un derecho subjetivo). Esto es lo que se conoce como el “hecho ilícito”³¹⁸.

psicológico para la víctima, y utilizan las coacciones, amenazas y manipulaciones para lograr sus fines” (NAVAS, Marta y GARCÍA-PARAJUÁ, Pedro, loc. cit.).

³¹⁶ LEÓN, Leysser, óp. cit., pp. 245 y 246. El profesor Fernández Sessarego es del mismo criterio: “El daño a la persona, genera, indistintamente, daños patrimoniales o extrapatrimoniales, según el aspecto de su estructura existencial que ha sido dañada.” (FERNÁNDEZ, Carlos, óp. cit., p. 511)

³¹⁷ Como reconoce el profesor Fernando de Trazegnies: “Técnicamente, actos ilícitos son solo los que involucran culpa (art. 1969)” (TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 288)

³¹⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2005). “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho continental y en el Código Civil peruano)”. En *Themis*. Lima, época 2, número 50, p. 240.

Con relación a este presupuesto, Ludwig Ennecerus ha señalado que: “Es contraria a derecho toda conducta humana que contradice al ordenamiento jurídico, o sea la que viola un mandato o una prohibición del derecho.”

En el derecho nacional, el profesor Lizardo Taboada ha sostenido, de manera similar, que una conducta es “antijurídica”³¹⁹: “no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico”³²⁰.

Por su parte, el profesor Juan Espinoza plantea que es mejor entender la ilicitud como en el sistema jurídico italiano, es decir, no solo como un acto *contra ius* (contrario al ordenamiento), sino como *non iure* (no justificado) porque este último, más allá de lo que está expresamente regulado, permite evaluar los derechos e intereses de los protagonistas de la responsabilidad civil, que por lo menos son tres: la víctima, el responsable y la sociedad³²¹. Posición con la que concordamos.

2.1 Las situaciones excluyentes:

La ilicitud también implica que existen daños autorizados o justificados por el sistema jurídico. Estos daños se producen en situaciones excepcionales y son causas que según el código exoneran de responsabilidad civil, es decir, el dañador pudo haber actuado con culpa o dolo, pero esa conducta se encuentra convalidada por la ley³²².

El artículo 1971° del Código Civil establece que no hay responsabilidad civil en los siguientes casos: legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho³²³. Nosotros consideramos que estas también son situaciones excluyentes de violencia familiar como se pasara a demostrar³²⁴.

³¹⁹ Con relación a la denominada “antijuridicidad” el profesor Fernández Sessarego ya ha planteado que no es una categoría jurídica. (FERNÁNDEZ, Carlos, óp. cit., p. 476)

³²⁰ TABOADA, Lizardo, loc. cit.

³²¹ ESPINOZA, Juan, óp. cit., pp. 80 y 81.

³²² TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 197.

³²³ Artículo 1971° del Código Civil: “No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1.- En el ejercicio regular de un derecho.

2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.

3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”.

³²⁴ Señala el profesor Fernando de Trazegnies que el inciso 1) del artículo 1971 del Código Civil no plantea una causal liberatoria de la obligación resarcitoria, sino una exclusión del sistema de responsabilidad. (TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 208). En ese mismo sentido, el profesor Leysser León señala que en los supuestos de legítima defensa y del acto realizado en estado de necesidad en los que se producen daños, la doctrina considera que se trata de causas de exclusión de la responsabilidad civil (LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 98)

2.1.1 La legítima defensa:

Afirma el profesor Fernando de Trazegnies que en esta situación: “la persona que se defiende actúa intencionalmente para causar daño a otra (le dispara, la golpea, etc.); pero lo hace en base a un derecho a dañar que le otorga la ley con el objeto de repeler una agresión”³²⁵. Conforme lo dispone el artículo 1971° del Código Civil, el daño puede ser efectuado en defensa del propio sujeto dañado o de otro, o de los bienes de estos.

Citando a Renato Scognamiglio, el profesor Juan Espinoza nos dice que las características de la legítima defensa son las siguientes³²⁶:

- a) Debe haber un peligro actual.
- b) El peligro debe amenazar un interés directa y plenamente tutelado por el Derecho.
- c) La amenaza debe ser injusta.
- d) El recurso a la defensa debe ser necesario e inevitable.
- e) La reacción debe ser proporcional a la agresión.

En violencia familiar, se ha dicho que “A pesar de que los datos demuestran que la mayoría de las mujeres golpeadas contraatacan en algún momento (Walter, 1984a), el estereotipo es que la ‘víctima buena’ es pasiva y nunca trata de defenderse. La mayoría de las mujeres golpeadas aprenden que las lastiman más cuando intentan defenderse, pero a veces se arriesgan a reforzar su autoestima vacilante.”³²⁷

Efectivamente, en ocasiones la víctima de violencia familiar también se defiende del agresor y le causa un daño; pero por dicho motivo, no debe ser considerada como otra agresora, sino más bien, como una víctima que ha hecho uso de un derecho³²⁸. De todos modos, para que se le

³²⁵ TRAZEGNIES Fernando de, óp. cit., p. 212.

³²⁶ ESPINOZA, Juan, óp. cit., p. 89. El doctor Leysser León enfatiza que “la legítima defensa despoja de ilicitud al daño provocado, siempre que los medios empleados sean proporcionales a los del agresor. Debe tratarse de una defensa contra una agresión injustificada.” (LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 98). El doctor Fernando de Trazegnies también ha planteado como requisitos de la legítima defensa, la agresión del dañado y la proporcionalidad entre la agresión y la defensa. (TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., pp. 212-216)

³²⁷ WALKER, Lenore (2010). “Cuando la mujer golpeada se convierte en acusada”. En MARCHIORI, Hilda (Directora). *Victimología 8. Violencia familiar/conyugal*. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, pp. 16 y 17.

³²⁸ “Artículo 2° de la Constitución Política del Perú.- Toda persona tiene derecho: (...)

excluya de los efectos sancionadores de “La Ley”, consideramos que debe haberse defendido de forma proporcional o razonable³²⁹.

2.1.1.1 Jurisprudencia:

No obstante ello, al no haberse plasmado la ilicitud como presupuesto de la violencia familiar ni haberse excluido de sus efectos a algunos daños (violentos) justificados, en algunos procesos se han sentenciado como agresoras a personas que se han defendido legítimamente de agresiones o se ha indicado, erróneamente, que todo acto de violencia que causa daño es injustificado.

“Siendo que nuestro ordenamiento jurídico no admite justificación para el empleo de la violencia física, y siendo evidente el ‘daño físico’ ocasionado, lo que permite colegir que el monto fijado resulta prudencial al daño producido; por lo que la recurrida debe confirmarse en todos sus extremos;”³³⁰

“(…) de autos se tiene que entre las partes el día dieciséis de enero del dos mil diez a las cinco de la tarde fue agredida por el demandado al solicitarle que le aumente la pensión de alimentos a favor de sus dos hijos, quien la golpeó con puñetes sobre la cabeza y por la espalda; lesiones que si bien es cierto no se indican en el reconocimiento médico legal, también es cierto que el demandado ha referido en su declaración que ese día alzó la mano para evitar que (ella) le siga agrediendo, con lo cual se acredita que sí ha existido agresión física de parte de éste a doña María Francisca Flores Paico.”³³¹ (El paréntesis es nuestro)

“**Cuarto:** Que, a fojas diez y once obra la declaración de doña (...) quien señala que el día dieciocho de abril de dos mil cuatro, su conviviente después que fueron a beber por su (sic) cumpleaños de la agraviada, comenzó a insultarla y gritarle y le acusaba de serle infiel, y como intentó ignorarle, entonces el denunciado procedió a jalnearla de los cabellos, llevándola hasta la cocina, y como se encerró en el baño, su conviviente de un golpe de pie rompió la puerta del baño y en ese instante le propinó golpes de puño en el rostro, ojo izquierdo y los labios también en los brazos, espalda y piernas así mismo le dio un

23. A la legítima defensa.”

³²⁹ Nos referimos a la defensa realizada acorde al contexto en el que se desarrolla el ataque.

³³⁰ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 02-09-13 (Exp. N° 15286-2011).

³³¹ Sentencia del Décimo Primer Juzgado Especializado de Familia de Lima del 03-11-11 (Exp. N° 00622-2010).

golpe fuerte en la cabeza y perdió el conocimiento, y cuando reaccionó su conviviente la había sacado toda la ropa y la había puesto con una bata y estaba en el mueble de sala (*sic*), entonces quiso tratar de pedir auxilio pero su conviviente le dijo que se callara porque si no la iba a matar, trató de escaparse pero su conviviente la golpeó nuevamente esta vez la pisó por la espalda y nuevamente se desmayó; **Quinto:** Que, a fojas doce y trece obra la declaración de don Carlos Alberto Carrizales Escobar quien indica que el diecisiete de abril fue con su conviviente a una peña de Barranco y retornaron el dieciocho de abril a horas cinco de la mañana y cuando llegaron a su domicilio la agraviada no quiso seguir bebiendo con él y al reclamarle porque sí lo hacía con sus amigos quienes participaron de una reunión con su ex pareja le contestó que sí (*rectius*: “sí”) eso le hace feliz, entonces si (*rectius*: “sí”) había estado con esa persona por lo que le dio una bofetada y su conviviente corrió al baño donde se cayó golpeándose la cabeza en el sanitario, dice que la llama y la toma de los brazos y ella se resbala y se muerde en la barriga (*sic*) entonces nuevamente se va corriendo esta vez hacia la cocina en donde coge un cuchillo queriéndole cortar; **Sexto:** Que, a fojas catorce y quince obran los certificados médicos (*sic*) legales practicados a ambos demandados quienes con fecha dieciocho de abril de dos mil diez presentan las lesiones que indica; documentos con los cuales se acreditan su existencia; **Sétimo:** Que, de los medios probatorios adjuntados de autos se aprecia que el día dieciocho de abril de dos mil diez, ambas partes señalan que se agredieron físicamente, detallando las lesiones que se produjeron las cuales se hayan descritas en los respectivos reconocimientos médicos (*sic*) legales; **Octavo:** Que, existiendo el conflicto familiar ya enunciado, esta judicatura deberá tomar las medidas respectivas para el cese de actos de violencia futuros, asimismo de las pruebas actuadas y no glosadas en nada enervan los considerandos precedentes y estando a lo dispuesto en los artículos 2º, 3º, 19º y 20º de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar modificada por la Ley número 27306, la señorita Juez del Décimo Primer Juzgado de Familia de Lima, administrando justicia a nombre de la Nación, **FALLA:** Declarando **FUNDADA** la demanda de fojas treinta y nueve a cuarenta y dos en consecuencia se declara que ha existido violencia familiar en la modalidad de Maltrato Físico Mutuo contra doña (...) y don (...) en agravio de ellos mismos; en consecuencia se dicta las siguientes medidas de protección a favor de los agraviados:...”³³².

³³² Sentencia del Décimo Primer Juzgado Especializado de Familia de Lima del 29-11-11 (Exp. N° 06397-2010).

Como se observa, en estas causas de violencia familiar no se considera la legítima defensa de la víctima ni que existan daños que pueden estar justificados. Por el contrario, en un proceso en el que se fundamenta con justicia la legítima defensa, no se hace expresa mención a esta y equívocamente se indica que es una situación donde no existe relación de causalidad:

“(…) Si bien se hace referencia de un altercado con su padre dicho hecho no identifica al mismo como el autor de estas lesiones por cuanto obran de autos medios probatorios que hacen referencia que la citada denunciante presenta como antecedente trastornos por adicción a la marihuana y cocaína llegando inclusive a presentar cuadro esquizofrénico; Que ello nos lleva a deducir que el altercado entre ambos bien se pudo suscitar por el carácter agresivo que presenta la denunciante con llevando (*sic*) a que el demandado Fidel Wendorff Rodríguez como lo refiere en su manifestación policial le propinara dos bofetadas para que lo suelte, puesto que aquella le estaba mordiendo el brazo para que soltara a su nieto, toda vez que refiere: ‘...él es un mal ejemplo no quería soltar a mi hijo en las escaleras me lo quería quitar...’; generando que de esa manera que el demandado se defiende de su iracunda (*sic*) que como bien refiere, más aún que el informe psicológico practicado a la denunciante señala que presenta una probable enfermedad; por lo tanto, dichos elementos de juicio arriban a la conclusión que no existe relación de causalidad entre el resultado lesivo y la conducta del padre de la supuesta agraviada (...)”³³³

2.1.2 El estado de necesidad:

Con bastante acierto, el profesor Fernando de Trazegnies hace la siguiente observación: “En efecto, es perfectamente comprensible que los daños causados en legítima defensa al propio agresor (caso del inciso precedente), no deban ser reparados, porque es tal agresor quien se colocó en situación de sufrirlos como respuesta a su agresión. Pero, ¿qué razón existe para que no indemnice a un tercero cuando le destruyó parte de *su* propiedad con el objeto de salvar un bien de *mi* propiedad? A nadie se le debe permitir que resuelva sus problemas a expensas de otro.”³³⁴

Y seguidamente, sostiene que: “nadie puede ocasionar la pérdida, destrucción o deterioro de la vida de otra persona ni de su integridad corporal, así como tampoco de su prestigio, renombre, etc. Si ello

³³³ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 06-01-14 (Exp. N° 01865-2012)

³³⁴ TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 221.

sucediera, independientemente de la responsabilidad penal a que pudiera haber lugar, el autor sería responsable por daños y perjuicios aunque se encontrara en estado de necesidad”³³⁵

Concordamos con el profesor de Trazegnies cuando demuestra que el causante de un daño en estado de necesidad sí debiera responder civilmente; sin embargo, no creemos que en una situación como esta sea sancionado penalmente, porque lo libera de este tipo de responsabilidad el inciso 4) del artículo 20° del Código Penal³³⁶.

Aparte de eso, creemos que se equivoca cuando afirma que nadie puede (debe) atentar contra la vida, la integridad, el prestigio, etc. de otra persona (los derechos de la personalidad) en una circunstancia de estado de necesidad. Nosotros creemos que, aparte del Derecho Penal (que además es la última *ratio*), en una situación de estado de necesidad en un contexto familiar o doméstico, el agresor o dañador sí debe ser excluido de los efectos de la violencia familiar. Y ello porque la propia definición de estado de necesidad como: “el sacrificio de un bien jurídicamente inferior a favor de un bien jurídicamente superior, frente a un estado de peligro inminente”³³⁷ demuestra que esta situación es excepcional y escapa a los fines de la violencia familiar que hemos expuesto en el Capítulo II.

Este podría ser el caso de aquel que empuja a su cónyuge y le causa un daño, ya que de no haberlo hecho, un automóvil la hubiese atropellado. En este supuesto ¿Qué tutela legal se debería brindar a la víctima si dicho daño se causó por un fin superior (salvarle la vida) y de manera excepcional?

Por estas razones, consideramos que en una situación de estado de necesidad, el agresor o dañador se encuentra excluido de los efectos de la violencia familiar.

Sobre los requisitos del estado de necesidad, citando a Renato Scognamiglio, el profesor Juan Espinoza expone que son³³⁸:

³³⁵ Ídem, p. 226.

³³⁶ Artículo 20 del Código Penal.- Está exento de responsabilidad penal:

(...)

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y

b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

³³⁷ ESPINOZA, Juan, *óp. cit.*, p. 81.

³³⁸ Ídem, p. 92. Por el contrario, el profesor Fernando de Trazegnies sostiene que los requisitos del estado de necesidad son la proporcionalidad y la necesidad del daño causado (TRAZEGNIES, Fernando de, *óp. cit.*, pp. 226-228).

- a) La gravedad del daño que se pretende evitar.
- b) La situación de peligro debe ser inevitable.
- c) No debe haber el deber jurídico de exponerse al peligro.

2.1.3 El ejercicio regular de un derecho:

Explica Luis Díez-Picazo que este supuesto deriva de la máxima romana: “*qui suo iure utitur, neminem laedit*” (el que usa o ejerce su derecho no lesiona a nadie)³³⁹. Entonces, continúa diciendo que “el que viola un derecho ajeno en el ejercicio de su propio derecho no actúa antijurídicamente y, por consiguiente, ninguna responsabilidad le incumbe por los quebrantos que pueda causar”³⁴⁰.

El profesor Fernando de Trazegnies aclara que cuando se dice que el ejercicio del derecho debe ser regular, significa que debe realizarse dentro de los propios límites del derecho, es decir, no debe extralimitarse (ejecutando actos que no son parte del derecho) ni se debe abusar del propio derecho³⁴¹. De manera similar, el profesor Luis Díez-Picazo afirma que la “extinción” de la responsabilidad civil por el ejercicio “legítimo” de un derecho tiene dos limitaciones, el abuso del derecho y la colisión de derechos³⁴².

Como sabemos, dentro de la familia puede haber conflictos entre sus miembros por la tenencia, los alimentos, los bienes, la administración del hogar, la educación de los hijos, etc. Es normal que eso suceda. Sin embargo, si uno de ellos ejercita el derecho que le corresponde conforme al ordenamiento jurídico y sin abusar de este, para tratar de resolver el conflicto familiar, no creemos que debería considerarse actos de violencia familiar si a consecuencia de aquello causa un daño a otro integrante de la familia. Por ejemplo, si un familiar causa un daño psicológico a otro por haberlo desalojado judicialmente de un inmueble de su propiedad, es decir, a través de las vías que el sistema jurídico autoriza.

Por lo tanto, al igual que ocurre en la responsabilidad civil, opinamos que cuando se causa un daño a un familiar o a algún habitante del hogar en el ejercicio regular de un derecho, se debe excluir del supuesto de violencia familiar al dañador (agresor).

2.1.3.1 Jurisprudencia:

³³⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: CIVITAS Ediciones, S.L., p. 303.

³⁴⁰ *Ibíd.*

³⁴¹ TRAZEGNIES, Fernando de, *óp. cit.*, pp. 208 y 209.

³⁴² DÍEZ-PICAZO, Luis, *loc. cit.*

Si bien no se ha hecho referencia expresa al ejercicio regular de un derecho, de manera intuitiva en la jurisprudencia se han declarado infundadas demandas de violencia familiar por este motivo:

“(…) se concluye que en el caso de auto se trata de una pareja de cónyuges, con hijos menores de edad, en proceso de separación, en el cual vienen tratando de solucionar los regímenes del ejercicio de patria potestad, alimentos y separación de patrimonios, suscitándose incluso ciertos eventos de conflictos, con versiones contradictorias, por cuanto la cónyuge refiere que el demandado con fecha 06 de agosto del 2010 hizo retiro del hogar conyugal llevándose sus pertenencias, mientras que el demandado alega que no es verdad sino que la demandante fue quien dispuso el retiro de sus pertenencias a un domicilio de terceros, sin su consentimiento, no permitiéndole el ingreso a su hogar, así como tampoco permite las visitas a sus menores hijos; hecho que ha dado lugar a que con fecha 01 de setiembre del 2010 el personal policial de la Comisaría de Villa verifique por una parte la negativa de la cónyuge a permitir el ingreso al hogar conyugal al demandado y por la otra, la actitud del cónyuge de querer ingresar a dicho domicilio inclusive a la fuerza, para cuyos efectos incluso aquel interpuso una demanda de Habeas Corpus; por lo que no se evidencia un ánimo de daño por parte del cónyuge hacia la demandante, sino el reclamo de derechos que aquel refiere fueron conculcados; de tal manera que los resultados de la pericia psicológica practicado a la demandante Erika Yuliana Pedreschi Ley concluye que aquella presenta “...**Reacción ansiosa moderada**...”, resulta compatible con los hechos suscitados, por lo que la recurrida debe revocarse en todos sus extremos.”³⁴³

“(…) del mérito del Protocolo de Pericia Psicológica practicada a aquel por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público obrantes a folios doscientos cinco a doscientos siete y del contenido del Informe Psicológico practicado por al Área de Psicología del Equipo Multidisciplinario de Apoyo a los Juzgados de Familia a la agraviada Ortecho Castro – folios doscientos veintidós y siguientes – en el que se puede colegir que aquella padece de perturbación emocional compatible con experiencias familiares negativas referidas a los actos de emplazado vinculados a su intención de desalojarlos de su casa, se advierten ciertas discrepancias entre las afirmaciones

³⁴³ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 06-07-12 (Exp. N° 08676-2010).

en las que los presuntos agraviados sustentan su pretensión con la realidad de los hechos; pudiendo concluirse a mérito de ello que los hechos sub iudice derivan de los problemas familiares surgidos a raíz de la posesión del departamento que viene siendo ejercida por los presuntos agraviados, divergencias de índole patrimonial que difieren completamente de la ratio legis que inspira a las normas relativas a los procesos de violencia familiar (...)³⁴⁴

“(...) por lo tanto, las divergencias de las partes en tomar decisión respecto de una situación de hecho que emocionalmente afecta a toda la familia, como es la enfermedad del padre de familia, en las que las hijas demandadas recurrieron a las vías legales antes referidas en ejercicio de sus derechos de defensa, no se considera actos de violencia familiar, o no se enmarcan dentro del contexto de la Ley de Violencia Familiar, por ausencia de dolo (...)³⁴⁵

“**Noveno:** Que si bien la pericia practicada al supuesto agraviado concluye que presenta: **‘personalidad de rasgos inmaduros, reacción ansiosa situacional, conflicto con ex pareja, requiere apoyo psicológico’**; dicho resultado se debería a los actos y omisiones por parte del supuesto agraviado ante su responsabilidad como padre, lo que originó los constantes procesos en su contra por parte de la demandada, siendo sentenciado por el Octavo Juzgado de Paz Letrado de Lima, al ser autor de lesiones dolosas en agravio de su aún esposa Lorena Susana Sigüencias Romero; asimismo existe un proceso de ejecución del Acta de Conciliación celebrado entre las partes, en la que se comprometía pagar una pensión alimenticia a favor de su menor hija C.L.S.; así como el cumplimiento de un régimen de visitas, la misma que se encuentra aún en trámite conforme refiere la demandada; más aún que debe tenerse en cuenta la actitud procesal del supuesto agraviado pese a encontrarse debidamente notificada; por lo que se infiere que dicha reacción ansiosa situacional no se encontraría dentro de un contexto de violencia familiar;³⁴⁶

Sin embargo, también se han cometido errores y se ha declarado infundadas algunas demandas en las cuales el agresor, por lo menos, no ejerció regularmente su derecho.

“(...) en consecuencia se concluye que existen desavenencias

³⁴⁴ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 06-05-09 (Exp. N° 61-2009).

³⁴⁵ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 01-12-11 (Exp. 1848-2009).

³⁴⁶ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 20-10-11 (Exp. N° 6149-2010).

entre las partes por la administración del inmueble ubicado en Calle Lizarzaburo número 250 – San Borja de propiedad de la sucesión indivisa de la causante María Herminia Altamirano Gordillo por falta de decisión en el nombramiento de un administrador de los bienes de la citada causante sobre la cual las partes tienen derechos indivisos sobre los mismos; que si bien tales desavenencias han conllevado incluso al ejercicio de la violencia psicológica entre aquellos y el ejercicio de daños a la propiedad ello no se enmarca dentro del ámbito de la Ley de Violencia Familiar; que teniendo tales divergencias las vías procedimentales propias a su naturaleza es allí donde las partes deben hacer valer su derecho, más aún que conforme se aprecia de autos pre-existe una Resolución de Gobernación por la cual ya se otorgó garantías personales a favor de las que hoy aparecen como agraviadas.”³⁴⁷

3. La relación de causalidad:

Respecto a este elemento se ha dicho que: “debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima”³⁴⁸. Sin embargo, se debe distinguir entre la “causa material” o “natural” del evento dañoso (la concatenación de eventos que han producido el daño³⁴⁹); y la “causalidad jurídica”, que significa la reconstrucción jurídica de los hechos y de la imputación³⁵⁰. Esto significa que en el ámbito de la responsabilidad civil, es la ley la que confiere la calidad de causa a determinado hecho o situación jurídica³⁵¹.

De este modo, se explica por qué en muchos casos se considera como “causante” a quien no intervino en la relación causal “natural” que provocó el daño. Por ejemplo: el empleador de un dependiente por los daños que provocó este último. Pero, como explica el profesor Fernando de Trazegnies: “este problema se presenta muy netamente en los mecanismos de difusión del riesgo. En la responsabilidad subjetiva y en la responsabilidad objetiva, el Derecho no hace sino reconocer jurídicamente como causa

³⁴⁷ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 15-03-13 (Exp. N° 12018-2011).

³⁴⁸ TABOADA, Lizardo, óp. cit., p. 83.

³⁴⁹ Como explica el profesor Fernando de Trazegnies citando a Isidoro Goldenberg: “La causalidad natural, de carácter mecánico, apunta únicamente al ‘enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente’, (...)” (TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 308).

³⁵⁰ ALPA, Guido, óp. cit., p. 315. Citando a Renato Scognamiglio, el profesor Juan Espinoza indica que “la relación de causalidad ‘no puede agotarse en una relación de tipo naturalista entre causa y consecuencias, sino se debe conducir y resolver, en los términos de un juicio idóneo a expresar la carga de los valores ínsita en la afirmación de responsabilidad’.” (ESPINOZA, Juan, óp. cit., pp. 139 y 140).

³⁵¹ Así, el profesor Fernando de Trazegnies esclarece que “el análisis causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley. Esta voluntad responde a finalidades antes que a mecanismos; es decir, mientras que la naturaleza está tramada por las causas eficientes (relación causa-efecto) que crean mecanismos automáticos o regularidades fácticas, el Derecho está tramado por propósitos sociales que establecen vinculaciones entre los hechos con miras a la realización de ciertos valores o fines sociales” (TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 306).

aquello que ya es causa en el orden natural; sin perjuicio de ciertas precisiones (...)”³⁵². Sin embargo, como ya hemos dicho que en los casos de violencia familiar no operan teorías económicas de eficiencia o distribución de los riesgos, entonces, por lo general, existirá coincidencia entre el “causante material” y el “causante jurídico” (o imputado).

Ahora bien, con relación a las teorías que tratan de explicar el nexo causal, el profesor Guido Alpa nos dice que todavía no existe unanimidad en este punto, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, y citando a Pier Monateri, enfatiza que se han elaborado hasta cinco teorías al respecto: “La teoría de la *conditio sine qua non*, según la cual es relevante todo hecho antecedente al de la verificación del evento dañoso, y en cuya ausencia, éste no se habría producido; la teoría de la *previsibilidad* del evento, según la cual no es suficiente haber ocasionado y querido el evento, sino también el haber previsto su desenvolvimiento causal; la teoría de la *causalidad adecuada*, que considera relevantes, de la serie de hechos concatenados entre sí, sólo aquellos que normalmente producen el evento (esta teoría es determinada también por la *regularidad causal*); la teoría del *fin de la norma violada*, que considera los presupuestos de la disposición violada y el ámbito de las consecuencias que pueden vincularse con la conducta infractora; la teoría de la *señoría del hecho*, que investiga si la creación del daño se encontraba en la disponibilidad del agente”³⁵³.

El profesor Juan Espinoza agrega un criterio más –proveniente de la doctrina norteamericana-, la causalidad probabilística, que consiste en “desplazar la carga probatoria del nexo causal al demandado como agente dañante, frente a casos excepcionales en los cuales la víctima se encuentra en imposibilidad de probar el nexo causal.”³⁵⁴

Se dice que en materia de responsabilidad civil extracontractual, nuestro Código Civil adopta la teoría de la causa adecuada (artículo 1985° del Código Civil³⁵⁵), pero parece ser que -al igual que sucede con el artículo 1321°- dicha norma no hace referencia a la imputación del daño (la responsabilidad), sino a su cuantificación (el resarcimiento).

Por eso, citando a Cesare Salvi, el doctor Juan Espinoza nos aclara que el objeto del nexo causal tiene doble relevancia³⁵⁶:

- a) Para reconstruir el hecho a los efectos de la imputación de responsabilidad; y
- b) Para determinar los daños que el responsable deberá resarcir.

En materia de violencia familiar, “La Ley” también hace referencia a la relación causal

³⁵² Ídem, p. 307.

³⁵³ ALPA, Guido, óp. cit., pp. 419 y 420.

³⁵⁴ ESPINOZA, Juan, óp. cit., p. 154.

³⁵⁵ Artículo 1985°.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

³⁵⁶ ESPINOZA, Juan, óp. cit., pp. 140 y 141.

para determinar la existencia de una situación de violencia familiar. Precisión con la que estamos de acuerdo.

3.1 Jurisprudencia:

La jurisprudencia nacional sí ha reconocido a la relación de causalidad como un elemento de la violencia familiar en múltiples sentencias; si bien, no está exenta de casos en los que se la ha confundido con otras categorías de la responsabilidad civil, como expondremos a continuación:

“Décimo Primero.- Que, examinada la sentencia impugnada es de verse que el Ad quem ha revocado la sentencia de primera instancia que estima la pretensión de violencia familiar en la modalidad de violencia psicológica a favor de Helene Marie Therese Daviau bajo el sustento de que el día en que se suscitaron los actos de violencia psicológica no se detalla en qué habrían consistido estos pues la sola versión genérica de sostener que la recurrente ha sufrido violencia física y psicológica no constituye un dato suficiente que amerite una sentencia estimatoria no debiéndose ignorar que si bien el veintiséis de enero del año dos mil diez se suscitó un acto de violencia doméstica en la modalidad de violencia física también lo es que en dicha fecha no aparece que se haya producido dicha violencia en el aspecto emocional precisando de otro lado según es de verse de lo consignado en el sexto considerando de la recurrida que las conclusiones arribadas en la Pericia Psicológica obrante de fojas ochenta y cuatro a ochenta y siete del expediente principal no significa que sean necesariamente el resultado de los actos de violencia doméstica ocurridos el veintiséis de enero del año dos mil diez sino que los mismos son el resultado del grave estado de distensión entre las partes del proceso desde la fecha en que se produjo la separación; de lo que se desprende que por un lado se determina que el veintiséis de enero del año dos mil diez se suscitó un acto de violencia física mas no en la modalidad emocional y por el otro se establece que las conclusiones arribadas en la Pericia Psicológica no significa necesariamente que sean el resultado de actos de violencia doméstica producidos el veintiséis de enero del año dos mil diez sino que los mismos son el resultado del grave estado de distensión existente entre las partes soslayando que acorde a lo previsto por el artículo 188 del Código Procesal Civil los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, en tal sentido este Supremo Tribunal considera que al determinar la Sala Superior que las conclusiones consignadas en Protocolo de Pericia Psicológica número 002611-2010-PSC no significan necesariamente que sean el resultado de actos de violencia doméstica producidos el veintiséis de enero del año dos mil diez tal condición implica que dicho medio probatorio no le ha producido certeza desestimando la pretensión sobre violencia familiar lo cual constituye una motivación aparente tanto más si de conformidad a lo estipulado por el artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley número 26260 -Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar- aprobado por

Decreto Supremo número 006-97-JUS el antes precitado Protocolo de Pericia Psicológica tiene valor probatorio respecto al estado de salud mental de la víctima en consecuencia la impugnada no se encuentra debidamente motivada resultando la misma meramente aparente al contener la frase 'no significa necesariamente' debiendo ampararse las alegaciones contenidas en el punto b) invocadas en el recurso por afectación al debido proceso."³⁵⁷

“Quinto: Asimismo siendo que en este tipo de procesos debe de quedar fehacientemente acreditada la relación de causalidad es importante que la Judicatura ordene la realización de la pericia psicológica del supuesto agresor, a efectos de mejor resolver el presente proceso.”³⁵⁸

“En este orden de ideas se aprecia que en el presente caso no existe una relación de causalidad respecto al supuesto maltrato psicológico de BETZABÉ REQUIS ESPINOZA y el accionar del demandado (...)”³⁵⁹

“En este orden de ideas se aprecia que en el presente caso existe una relación de causalidad apreciándose que los maltratos psicológicos que presenta la agraviada fueron producidos por ZENON STURE CUEVA IZQUIERDO, por lo que corresponde amparar el pedido de la recurrente.”³⁶⁰

“(...) la presunta agraviada no asistió a la audiencia, ni ofreció algún otro medio probatorio adicional que pueda acreditar fehacientemente lo manifestado en cuanto al maltrato psicológico sufrido y que permitan disuadir al Colegiado que el resultado de la pericia haya sido producida por el co demandado (...)”³⁶¹

“(...) no se encuentra claramente establecida la relación de causalidad entre los resultados de la pericia psicológica con los hechos investigados en presunto agravio del menor (...)”³⁶²

Sin embargo, en esta sentencia se confunde a la legítima defensa con la relación de causalidad:

“(...) si bien se hace referencia de un altercado con su padre dicho hecho no identifica al mismo como el autor de estas lesiones por cuanto obran de autos medios probatorios que hacen referencia que la citada denunciante presenta como antecedente trastornos por adicción a la marihuana y cocaína llegando inclusive a presentar cuadro esquizofrénico; Que ello nos lleva a deducir que

³⁵⁷ Casación 1764-2011-CUSCO del 23-03-12 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Lima.

³⁵⁸ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 17-08-11 (Exp. N° 473-2010).

³⁵⁹ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 12-01-12 (Exp. N° 1391-2007).

³⁶⁰ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 20-10-11 (Exp. N° 750-2009).

³⁶¹ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 02-06-11 (Exp. N° 318-2010).

³⁶² Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 25-06-13 (Exp. N° 014418-2011).

el altercado entre ambos bien se pudo suscitar por el carácter agresivo que presenta la denunciante con llevando (*sic*) a que el demandado Fidel Wendorff Rodríguez como lo refiere en su manifestación policial le propinara dos bofetadas para que lo suelte, puesto que aquella le estaba mordiendo el brazo para que soltara a su nieto, toda vez que refiere: ‘...él es un mal ejemplo no quería soltar a mi hijo en las escaleras me lo quería quitar...’; generando que de esa manera (*sic*) que el demandado se defiende de su iracunda (*sic*) que como bien refiere, más aún que el informe psicológico practicado a la denunciante señala que presenta una probable enfermedad; por lo tanto, dichos elementos de juicio arriban a la conclusión que no existe relación de causalidad entre el resultado lesivo y la conducta del padre de la supuesta agraviada (...)”³⁶³

Y en esta otra, se confunde la relación de causalidad con la responsabilidad:

“(...) si bien en el caso de doña Olinda Osorio Tucto obra en autos el informe psicológico de fojas diez a doce, en los que se detalla que presenta reacción ansiosa situacional moderada compatible a conflictiva con ex pareja, también es verdad, que no se ha demostrado que don Juan Antonio Martínez Salas sea responsable por ello, máxime cuando de los mismos fluye que ellos no domicilian juntos.”³⁶⁴

3.2 Las causas no imputables:

Explica el profesor Leysser León, que el uso de la expresión “causa no imputable” y su sustento doctrinario, tienen la ventaja de superar la exclusiva referencia al caso fortuito y a la fuerza mayor. Así, por ejemplo, nos dice que en Francia, el concepto de “causa extraña” engloba al caso fortuito (fusionado con la fuerza mayor), al hecho de tercero y al hecho del “acreedor”, los que tienen en común, el efecto de exonerar de responsabilidad al deudor.³⁶⁵

Ha dicho además, citando a Cesare Salvi, que las causas no imputables: “(...) son elementos o hechos externos que inciden en el ‘...proceso causativo del daño. La relevancia del caso fortuito tiene que ver, por lo tanto, con el aspecto causal, en tanto y en cuanto susceptible de una evaluación que permita asociar

³⁶³ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 06-01-14 (Exp. N° 01865-2012).

³⁶⁴ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 16-05-13 (Exp. N° 09955-2011).

³⁶⁵ LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 774. Advierte que: “La doctrina no duda sobre la inclusión del hecho determinante de tercero y el hecho de la propia víctima (el acreedor, en este caso) en el concepto de ‘causa no imputable’, y es así como consideramos, debe entenderse el sentido del artículo comentado.” (Ídem, p. 775). Del mismo modo, realizando una interpretación sistemática del Código Civil, el profesor Juan Espinoza concluye que: “causas no imputables serán: el caso fortuito (o fuerza mayor), el hecho de un tercero y la imprudencia de la víctima (al que preferiría denominar hecho propio de la víctima)” (ESPINOZA, Juan, óp. cit., p. 174).

con el elemento externo (...) el daño concretamente verificado...³⁶⁶; y agrega que: “Estas son circunstancias no imputables porque no tienen origen en el hecho del agente, es decir, ‘...en un comportamiento suyo (positivo o negativo) consciente y voluntario, sino que derivan *aliunde*³⁶⁷ (...) o que son en tal medida repentinas e imprevisibles que escapan a toda posibilidad de control...³⁶⁸”, en otras palabras, la causa no imputable afecta la relación causal a tal punto de eximir de responsabilidad civil al imputado.

En nuestro país, a la causa no imputable (en su aspecto objetivo) también se la ha llamado “fractura causal” o “ruptura del nexo causal”³⁶⁹. Al respecto, el profesor Lizardo Taboada ha señalado que la “fractura causal”: “se configura cada vez que [en] un determinado supuesto se presenta un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, el mismo que será resultado de una sola de dicha conductas. En este sentido, en todo supuesto de fractura causal una de las conductas o causas habrá producido o causado el daño y la otra no habrá llegado a causarlo justamente por haber sido el mismo consecuencia de la otra conducta. (...) cada vez que se le intente atribuir a un sujeto una responsabilidad civil extracontractual (*sic*) por la supuesta producción de un daño, el mismo tendrá la posibilidad de liberarse de dicha responsabilidad si logra acreditar que el *daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena, o lo que es lo mismo de otra causa, bien se trate de un supuesto de caso fortuito, o de fuerza mayor, o del hecho determinante de un tercero, o del propio hecho de la víctima*, según lo establece el artículo 1972° del Código Civil (...)”³⁷⁰.

Las causas no imputables también excluyen de responsabilidad civil al imputado, al igual que las situaciones ya mencionadas en el punto 2.1 del presente capítulo, pero en base a otro sustento. Como explica el doctor Guido Alpa: “La exclusión de la responsabilidad puede deberse a varias razones. Puede depender del dictado normativo, es decir, cuando es el legislador mismo quien dispone la exclusión o establece límites al resarcimiento del daño, como ocurre, en el primer caso, por efecto de los tratados o de las convenciones (por ejemplo, para la circulación de vehículos pertenecientes a fuerzas internacionales o a Estados extranjeros), y en el segundo caso, para el transporte marítimo y aéreo. Puede depender, así mismo, de la construcción teórica del nexo causal, como ya

³⁶⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO, Leysser (2005). “Responsabilidad objetiva. Comentario”. En GACETA JURÍDICA. *Código Civil comentado. Tomo X*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., p. 94.

³⁶⁷ De otra “fuente”.

³⁶⁸ FERNÁNDEZ, Gastón y LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 95.

³⁶⁹ El profesor Fernando de Trazegnies también señala que: “El artículo 1972 precisa tres casos en los cuales se rompe el vínculo causal entre el causante aparente y la víctima; por consiguiente, no existiendo nexo o continuidad causal, no hay tampoco responsabilidad.” (TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., pp. 325 y 326). Los profesores Gastón Fernández y Leysser León han enfatizado que la doctrina ha expuesto lo erróneo de la metáfora “interrupción” del nexo causal. (FERNÁNDEZ, Gastón y LEÓN, Leysser, loc. cit.).

³⁷⁰ TABOADA, Lizardo, óp. cit., pp. 86 y 87.

hemos señalado en el caso de culpa exclusiva del damnificado, y, como se verá ahora, en el hecho del tercero, el caso fortuito, la causa ignota. Puede depender también de razones inherentes a la posición del dañador, como ocurre para el ejercicio del derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad. Y puede depender, en fin, de acuerdos celebrados entre las partes, como ocurre para las cláusulas de exoneración de responsabilidad que se consideren válidas.”³⁷¹

3.2.1 El caso fortuito y la fuerza mayor:

Afirma el profesor Fernando de Trazegnies, que histórica y doctrinariamente, se ha entendido el caso fortuito como “un hecho natural (acto de dios) que (...) en el caso de la responsabilidad extracontractual, genera el daño”³⁷²; y la fuerza mayor como “una intervención irresistible de la autoridad o *factum principis* (acto del Príncipe)”³⁷³. Contrariamente, el profesor Leysser León sostiene que el caso fortuito y la fuerza mayor son sinónimos; no obstante, precisa que parte de la doctrina aún persiste en distinguirlos, a pesar de la pacífica admisión de la identidad de sus efectos jurídicos.³⁷⁴

Según el profesor Guido Alpa, el caso fortuito se refiere a “todo lo que aparece de modo extraordinario (golpe de fortuna o *act of God*, como es típico denominarlo en el derecho marítimo inglés), contra lo cual todo esfuerzo humano resultaría inútil. En cuanto límite a la responsabilidad –contractual o extracontractual-, significa que el esfuerzo requerido al deudor es el máximo, y que éste no quedará liberado sino hasta cuando haya aportado la prueba del caso fortuito: (...)”³⁷⁵

Continúa diciendo el doctor Alpa, que las características del caso fortuito son: la extraordinariedad, excepcionalidad e invencibilidad. Afirma además, que la imprevisibilidad ha dejado de ser un requisito, puesto que pueden presentarse eventos previsibles, pero absolutamente inevitables, como una tempestad, por ejemplo³⁷⁶.

Por su parte, el profesor Leysser León aclara que, inspirándose en el sistema francés, nuestro Código Civil señala como los atributos del caso fortuito: la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad. Indica asimismo, que la doctrina francesa ha añadido el requisito de la exterioridad, es decir, los eventos deben ser extraños a la persona del

³⁷¹ ALPA, Guido, óp. cit., p. 432.

³⁷² Ídem, p. 330.

³⁷³ Ibídem.

³⁷⁴ LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 777. En ese mismo sentido, el profesor Juan Espinoza indica que: “la doctrina más reciente considera por demás superada la distinción entre [caso] fortuito y fuerza mayor”. (ESPINOZA, Juan, óp. cit., p. 171).

³⁷⁵ ALPA, Guido, óp. cit., p. 434.

³⁷⁶ Ídem, p. 435.

deudor³⁷⁷. Precisa también, que para superar el problema ya expuesto de la imprevisibilidad, la doctrina francesa reconoce la relatividad de este rasgo³⁷⁸.

En el tema que nos ocupa, es evidente que si el daño tuvo como causa un evento de esta naturaleza, no nos encontraremos ante una situación de violencia familiar. Este sería el caso del padre que, por impulso de la fuerza de una ola, golpea a su hijo y le causa lesiones.

3.2.2 El hecho determinante de un tercero:

De manera sintética, manifiesta el profesor Fernando de Trazegnies, que en el hecho determinante de un tercero: “la ruptura causal implica que un presunto ‘autor’, no es el autor; y que, más bien, otro es el verdadero autor.”

Citando a Emilio Valsecchi, los doctores Gastón Fernández y Leysser León han expuesto que: “En cuanto al hecho de tercero o al hecho determinante de la propia víctima, estos eximen de responsabilidad solo cuando se presenten de forma tal que su relevancia causal excluya la de la actividad peligrosa. Cuando se presentan, se produce una ‘...sustitución subjetiva en la relación de responsabilidad, cuya composición resulta alterada...’³⁷⁹.”

Por otro lado, el profesor Fernando Reglero opina que el hecho del tercero puede consistir en una acción o una omisión. Como acción, puede tratarse de una irrupción en el área de actividad del autor del daño, de tal manera que la conducta atribuible a este no lo convierta más que en un simple instrumento de una fuerza insuperable. Como omisión, debe preexistir el deber de actuar del tercero y su conducta debe resultar absolutamente imprevisible para el autor e inevitable en su ámbito de actividad³⁸⁰.

Con relación a la violencia familiar, consideramos que el hecho determinante de un tercero en la producción del daño en la víctima, también excluiría de los efectos de “La Ley” al supuesto dañador. Por ejemplo: Si en una riña familiar, uno de los parientes empuja a otro y, a consecuencia de ello, este último golpea con la mano a un tercer pariente. En este caso, no creemos que el pariente que golpeó a causa del empujón deba ser considerado como el agresor, sino más bien, el pariente

³⁷⁷ LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 782.

³⁷⁸ Ídem, p. 784.

³⁷⁹ FERNÁNDEZ, Gastón y LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 97.

³⁸⁰ REGLERO CAMPOS, L. Fernando (2003). “El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: Culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”. En REGLERO CAMPOS, L. Fernando (Coordinador). *Tratado de responsabilidad civil*. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., p. 376.

que empujó.

3.2.2.1 Jurisprudencia:

Aunque no lo dice expresamente, la jurisprudencia también ha alegado el hecho determinante de un tercero para declarar infundada una demanda de violencia familiar:

“(…) y concluye que ‘presenta signos de lesiones traumáticas recientes’, acreditando la existencia de daño físico; ello no puede ser atribuido exclusivamente a un actuar de su cónyuge, sino que por la naturaleza de las agresiones que figuran en el certificado médico, y de las declaraciones a nivel policial y fiscal, puede colegirse que se dieron como consecuencia de las agresiones mutuas entre la cónyuge del demandado y su nueva pareja; (...)”³⁸¹.

3.2.3 El hecho de la propia víctima:

Como señala el profesor Fernando de Trazegnies: “(…) aquí también se trata de un daño que no ha sido producido por el presunto agente; un daño del cual el demandado no es autor. Pero, a diferencia del caso fortuito en que el daño es atribuible a un suceso anónimo y del hecho determinante de tercero que es imputable a una tercera persona, aquí la causa del daño se encuentra -total o parcialmente- en el hecho de la propia víctima.”³⁸²

Y, citando a Marco Comporti, se ha expresado que la razón de ser de esta causa no imputable radica en que: “(…) el hecho del damnificado está directamente vinculado con el principio de autorresponsabilidad, en tanto y en cuanto ‘...parece ser lógico eximir total o parcialmente al presunto responsable si la misma víctima ha causado total o parcialmente su propio daño...”³⁸³

Con relación al término “imprudencia” contenido en el artículo 1972° del Código Civil, el profesor de Trazegnies señala que debe leerse como “hecho determinante” o como “imprudencia causante” de la víctima; asimismo, precisa que lo que cuenta no es la culpa de la víctima sino su intervención causal que quiebra el correspondiente nexo causal del agente³⁸⁴.

³⁸¹ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 05-09-13 (Exp. N° 12622-2011).

³⁸² TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 370.

³⁸³ FERNÁNDEZ, Gastón y LEÓN, Leysser, loc. cit.

³⁸⁴ TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 378. De manera similar, los profesores Gastón Fernández y Leysser León han aclarado que lo correcto es referirse al “hecho” o “conducta” de la víctima. (FERNÁNDEZ, Gastón y LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 95)

Según el profesor Juan Espinoza, en el hecho de la propia víctima se deben tener en cuenta algunos criterios, como la capacidad del dañado de evitar el daño, la asunción voluntaria del riesgo por parte del dañado y si se está en una situación de salvamento o de transporte del dañado³⁸⁵. Sin embargo, los profesores Gastón Fernández y Leysser León indican que: “no debe confundirse con este supuesto el caso en que se presenta una ‘aceptación de riesgos’ (asunción voluntaria del riesgo) por parte del damnificado, porque no es dado deducir de tal consentimiento, automáticamente, una aceptación para sufrir daños.”³⁸⁶

En la doctrina jurisprudencial española, se han perfilado como requisitos para que opere esta causa no imputable y se exima de responsabilidad al autor del daño, los siguientes³⁸⁷:

- a) Que la única conducta culpable sea la de la víctima.
- b) La irreprochabilidad de la conducta del agente.
- c) La imprevisibilidad de la conducta de la víctima.
- d) La imputabilidad de la víctima.

De modo similar a las otras causas no imputables, consideramos que ante el hecho de la propia víctima, tampoco habrá una situación de violencia familiar. Un ejemplo de ello sería, el del cónyuge que amenaza con matarse con un cuchillo, el otro intenta quitárselo de la mano y para ello jala el cuchillo; pero el primero opone resistencia y a consecuencia de ello él mismo se causa un daño con el cuchillo.

4. El criterio de imputación:

Con relación a los criterios de imputación (también llamados “factores de atribución”), el profesor Fernando de Trazegnies nos dice que estos son principios que permiten justificar la transferencia del peso económico del daño, de la víctima a quien deba responder³⁸⁸. Por su parte, citando a Alejandro Andrada, el profesor Espinoza nos dice que el factor de atribución “constituye el fundamento del deber de indemnizar³⁸⁹”

Nótese la importancia de los criterios de imputación en el juicio de responsabilidad. Parece extraño pues, que en la configuración legal de la violencia familiar se haya

³⁸⁵ ESPINOZA, Juan, óp. cit., pp. 181-188.

³⁸⁶ FERNÁNDEZ, Gastón y LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 98

³⁸⁷ REGLERO, Fernando, óp. cit., pp. 390-393.

³⁸⁸ TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 48.

³⁸⁹ ESPINOZA, Juan, óp. cit., p. 99.

excluido el principio, la razón, el fundamento, por el que se deba aplicar los efectos de “La Ley” al agresor o dañador, si como hemos visto, existen situaciones que excluyen del ámbito de la violencia familiar a aquel.

Por las características propias de la materia, nosotros creemos que todo supuesto de violencia familiar requiere de criterios de imputación subjetivos como la culpa o el dolo (culpa). No consideramos admisible, por el contrario, criterios de imputación objetivos, como el riesgo o la exposición a peligro, porque como ya dijimos, la violencia familiar tiene como uno de sus fines su erradicación, entonces, no se puede decir que los daños de esta naturaleza deban ser tolerados o permitidos por la sociedad por un fin económico o social superior. Por ese motivo, tampoco funcionaría la aplicación de reglas provenientes del análisis económico del derecho, porque sería inmoral o antiético.

Con relación a la imputabilidad, ya indicamos al inicio de este capítulo que al haberse abandonado el criterio de la culpa como único fundamento de la responsabilidad civil, admitiéndose la aplicación de criterios de imputación objetivos, la imputabilidad deviene en un presupuesto de la culpa a ser analizada en el juicio de responsabilidad, tal como lo ha planteado el profesor Gastón Fernández.

A continuación se fundamentará por qué la violencia familiar debe fundarse en razones de culpa o dolo del agente dañador.

4.1 La culpa:

Explica el profesor Fernando de Trazegnies que la primera teoría que justifica el traslado del peso económico del daño en la responsabilidad extracontractual moderna es la llamada responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, según la cual: “el peso económico del daño debe trasladarse al causante si éste ha obrado dolosamente o con imprudencia o descuido.”³⁹⁰. Si el causante del daño no obró con diligencia, “el perjuicio económico debe trasladarse porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente”³⁹¹. Es lo que se conoce como la culpa *in concreto*³⁹².

Debido a que bajo esta concepción, el análisis de la culpa se volvió sumamente difícil, se inventó la idea del “hombre razonable” inspirado en el “buen padre de familia” romano, para juzgar la conducta del agente en base a un modelo o patrón³⁹³. Es lo que se conoce como la culpa *in abstracto*³⁹⁴, la cual consiste en

³⁹⁰ TRAZEGNIES, Fernando de, loc. cit.

³⁹¹ Ibídem.

³⁹² La culpa *in concreto* es “aquella que reclama el análisis del comportamiento del agente atendiendo a la naturaleza de este, esto es, a sus capacidades y cualidades.” (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2005). “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano”. En *Themis*. Lima, época 2, número 50, p. 240)

³⁹³ TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., pp. 49 y 50. Sobre este punto, el profesor Gastón Fernández nos dice que al imponer al responsable el “costo económico” de su conducta, significó medir dicha conducta

comparar la conducta del causante del daño con este patrón y si hay discrepancias, entonces es culpable y luego responsable³⁹⁵.

Respecto a la importancia que todavía tiene la culpa en la responsabilidad civil, a pesar del incremento de los criterios de imputación objetivos, el profesor Luigi Corsaro expone su crítica contra los que obvian el comportamiento del dañador en busca del resarcimiento del daño: “lo que importa para la responsabilidad, según esta línea de pensamiento, es el mero hecho de que uno sea llamado a responder del daño, y no la razón del daño. No se tiene en cuenta que en la ley, el hecho de escoger a uno, y no a otro, como obligado a resarcir el daño, constituye una elección que evidencia: a) La infracción de un deber de conducta por parte del sujeto; o b) la garantía frente a una infracción llevada a cabo por otro sujeto (en la responsabilidad del empleador por el hecho de sus dependientes por ejemplo); c) o bien una decisión política de la ley para casos particulares, la cual prescinde de eventuales infracciones de reglas de conducta. Esta decisión política debe ser analizada a fondo para comprender sus finalidades, y para que ya no sea utilizada instrumentalmente en planteamientos irreales o privados del sentido común de las cosas.”³⁹⁶

Ahora bien, la necesidad del criterio de culpa (y específicamente de la culpa *in concreto*) en la violencia familiar se fundamenta en diversas razones:

La primera de ellas, lo constituye las características del Derecho de Familia. Von Tuhr ha dicho que los derechos de familia: “se distinguen de las obligaciones, ante todo por el fin; trátense de relaciones permanentes basadas en deberes morales.”³⁹⁷

Efectivamente, hemos dicho que el Derecho de Familia se distingue por la influencia de ideas morales y religiosas en su normatividad. Además de ello, el profesor Enrique Varsi informa que la familia se caracteriza por ser una “plataforma afectiva”, es decir, sentimientos como el amor, la entrega, el sacrificio, entre otros, son la base sobre la que debe reposar³⁹⁸. Igualmente, se sabe que la familia es un medio de transmisión de valores, costumbres, creencias, etc., es un centro cultural.”³⁹⁹

A diferencia de lo que comúnmente sucede en la responsabilidad civil, por lo general, la violencia familiar se produce entre sujetos con un vínculo jurídico y

con patrones “objetivos” o “abstractos”, como aquel del “hombre medio”, por lo que se reafirmó el valor de la culpa, pero ahora, entendida bajo un criterio social y normativo. (FERNÁNDEZ, Gastón, óp. cit., pp. 241-245).

³⁹⁴ La culpa *in abstracto*, es la que prescinde “del análisis concreto de las capacidades individuales del sujeto llamado a responder.” (Ídem, p. 243).

³⁹⁵ TRAZEGNIES, Fernando de, óp. cit., p. 50.

³⁹⁶ CORSARO, Luigi, óp. cit., pp. 148 y 149.

³⁹⁷ VON TUHR, A., óp. cit., p. 148.

³⁹⁸ VARSÍ, Enrique, óp. cit., p. 48

³⁹⁹ *Ibidem*.

afectivo, positivo o negativo (seguramente con matices), en los que se hace necesario analizar sus valores, creencias, sentimientos, intereses, a fin de decidir lo mejor para cada caso. Por eso es de relevancia analizar la conducta y el estado psicológico de sus miembros.

En segundo lugar, las teorías sobre la violencia familiar apuntan a que la conducta negligente⁴⁰⁰ (descuido o abandono) hacia los miembros más débiles de la familia, también constituye una forma de violencia (o mejor dicho: “maltrato”). Así, por ejemplo, se ha dicho que: “(...) hay que señalar las múltiples formas de exponer negligentemente al riesgo, incluso al peligro, a personas del ámbito familiar. Esta violencia tipificada como ‘negligencia’ puede ser el resultado de una equivocada jerarquía en las responsabilidades familiares, como por ejemplo, si un padre gastara sus ingresos en cualquier cosa menos en la alimentación, el cuidado de la salud, la higiene, la educación de los suyos exponiéndolos así a múltiples desventajas en la vida.”⁴⁰¹

La Organización Panamericana de la Salud también ha precisado que: “Muchos investigadores incluyen el descuido o el daño causado por la falta de cuidado por parte de los padres u otros cuidadores como parte de la definición de maltrato”⁴⁰²; y que la negligencia o el descuido “se produce cuando uno de los padres no toma medidas para promover el desarrollo del niño - estando en condiciones de hacerlo - en una o varias de las siguientes áreas: la salud, la educación, el desarrollo emocional, la nutrición, el amparo y las condiciones de vida seguras. Por lo tanto, el descuido se distingue de la situación de pobreza en que puede ocurrir solo en los casos en que la familia u otras personas a cargo disponen de recursos razonables.”⁴⁰³

⁴⁰⁰ Dentro de la culpa subjetiva se considera la negligencia, por el cual el sujeto omite cierta actividad que habría impedido el resultado dañoso, es decir, hace menos de lo que debe; y la imprudencia, en el que el sujeto obra precipitadamente sin prever cabalmente las consecuencias de su actividad, es decir, hace más de lo que debe. (FERNÁNDEZ, Gastón, óp. cit., p. 241). Desde otra disciplina, citando a la doctora Danya Glaser, la psicóloga María Aguilera indica lo siguiente: “En el abandono emocional, el progenitor no hace lo que debería hacer con su hijo, brindar cariño, estabilidad, seguridad, estimulación, apoyo, protección y autoestima” (AGUILERA, María Belén (2010). “Consideraciones sobre los conceptos de abandono y negligencia infantil”. En MARCHIORI, Hilda (Directora). *Victimología 9. Violencia en niños y adolescentes*. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, p. 177).

⁴⁰¹ CUSIÁNOVICH VILLARÁN, Alejandro (2007). “Módulo I: La violencia en la familia: Problema de seguridad y salud públicas y la labor del juez de paz”. En PODER JUDICIAL. *Violencia intrafamiliar*. Lima: Unidad de Coordinación del Proyecto Mejoramiento de los Servicios de Justicia, pp. 21 y 22. Consulta: 1° de marzo de 2017. <<http://www.repositoriopncvfs.pe/producto/violencia-intrafamiliar/>>.

⁴⁰² ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington D.C.: OPS., p. 72. Consulta: 13 de febrero de 2014. <http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/violencia/sivig/doctos/imsvcompleto.pdf>.

⁴⁰³ Ídem, p. 66. Como forma de maltrato infantil “El abandono o negligencia comprende las diversas omisiones que implican una inadecuada protección de la salud, seguridad y bienestar del niño.” (GROSMAN, Cecilia P. (2002). “El maltrato infantil en la familia: El encuentro entre lo público y lo privado”. En CADOCHÉ, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 167). “El abandono o negligencia implica una falla del progenitor o guardador, en cuanto a actuar debidamente para salvaguardar la salud, seguridad y bienestar del niño.” (GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia, óp. cit., p. 42).

Respecto al abandono, también se ha explicado que: “(...) el acto violento (...). Se manifiesta en sus formas activas y pasivas (el abandono). Por ello al referirnos al tema de la violencia acordaremos que la misma puede girar en torno a: a) Maltrato o abuso: físico, emocional o sexual, y b) Abandono: físico o emocional.”⁴⁰⁴

Del mismo modo, con relación al maltrato a los ancianos, la Organización Panamericana de la Salud ha sostenido que: “Al igual que el maltrato de menores, el maltrato de ancianos comprende agresiones físicas, sexuales y psíquicas, así como el abandono. Los ancianos son especialmente vulnerables a los abusos económicos, es decir, al uso inadecuado de sus fondos y recursos por parte de parientes u otros cuidadores.”⁴⁰⁵

En tercer lugar, se debe considerar que, en la mayoría de casos, el agresor de violencia familiar presenta un perfil psicológico particular, que debe ser materia de análisis para conocer la dinámica de la violencia y disponer las medidas más adecuadas al caso concreto.

La Organización Panamericana de la Salud nos ilustra que: “Varias características de la personalidad y del comportamiento han estado vinculadas en muchos estudios con el maltrato y descuido de menores. Los padres con más probabilidades de maltratar físicamente a sus hijos suelen tener una baja autoestima, poco control de sus impulsos y problemas de salud mental, además de mostrar comportamientos antisociales. Los padres negligentes tienen muchos de estos mismos problemas y tal vez también les resulte difícil planificar los acontecimientos importantes de la vida, tales como casarse, tener hijos o buscar empleo. Muchas de esas características afectan negativamente a la crianza y se asocian con la ruptura de las relaciones sociales, la incapacidad de hacer frente

⁴⁰⁴ FAINBLUM, Alicia, óp. cit., p. 122. Del mismo modo, la Organización Panamericana de la Salud ha señalado que: “En todo el mundo hay niños que sufren maltrato y abandono por parte de sus padres u otros cuidadores. Como ocurre en la violencia de pareja, el maltrato de menores comprende agresiones físicas, sexuales y psíquicas, además del abandono.” (ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud: Resumen*. Washington D. C.: OPS., p. 18. Consulta: 10 de diciembre de 2013. <http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf>). Sobre el abandono físico a niños por omisión, este consiste en una: “situación en que las necesidades físicas básicas de los niños – alimentación, vestido, higiene, protección y vigilancia en situaciones potencialmente peligrosas y/o cuidados médicos – no son atendidas, temporal o parcialmente, por ningún miembro del grupo de convive con el niño.” (FERNÁNDEZ, Pedro, óp. cit., p. 49). Y se dice que el abandono emocional de niños por omisión, supone: “La falta persistente de respuestas a las señales: llanto, sonrisas, expresiones emocionales y conductuales procuradoras de proximidad o interacción iniciadas por el niño y la falta de iniciativa de interacción y contacto por parte de alguna figura adulta estable.” (Ibídem)

⁴⁰⁵ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, óp. cit., p. 20. Sobre el abandono físico a ancianos, este “sería pasivo cuando no se satisfacen las necesidades básicas, quedando el anciano solo u olvidado, y el activo cuando las necesidades básicas de la vida diaria le son activamente negadas como por ejemplo la negación de alimentos, medicinas o ayuda física.” (FERNÁNDEZ, Pedro, óp. cit., p. 46)

al estrés y las dificultades para tener acceso a los sistemas de apoyo social.”⁴⁰⁶; y seguidamente, concluye que: “Los padres que maltratan a sus hijos quizá no estén bien informados y tengan expectativas poco realistas acerca del desarrollo del niño. Las investigaciones han encontrado que estos padres responden con mayor irritación y fastidio ante los estados de ánimo y el comportamiento de sus hijos, que los apoyan menos, son poco cariñosos, no juegan con ellos, desatienden sus demandas, y son más dominantes y hostiles.”⁴⁰⁷

Así también, esta institución especializada nos informa sobre la violencia en la pareja que: “Varios estudios han intentado identificar si ciertos factores o trastornos de la personalidad están vinculados sistemáticamente con la violencia contra la pareja. Estudios efectuados en el Canadá y los Estados Unidos revelan que los hombres que agreden a sus esposas es más probable que sean emocionalmente dependientes e inseguros y tengan poca autoestima, y es más probable que tengan dificultades para controlar sus impulsos. Comparados con sus pares no violentos, también tienden a manifestar más ira y hostilidad, a deprimirse y a sacar puntuaciones altas en ciertas escalas de trastornos de la personalidad, incluidos los trastornos de personalidad antisocial, agresiva y limítrofe.”⁴⁰⁸. Como se aprecia, es importante efectuar un análisis de la conducta del agresor para conocer la dinámica de violencia y determinar qué medida de protección resulta más adecuada al caso concreto.

Finalmente, como ya lo hemos expuesto, en los casos de violencia familiar no resulta adecuado utilizar criterios de imputación objetivos, y por el contrario, la culpa es el mejor método para prevenir actos de violencia y reprochar al agresor por sus actos. Como dice el profesor Guido Alpa: “La prevención del daño y el efecto desincentivador de la responsabilidad civil se encuentran íntimamente vinculados con formas de responsabilidad ‘subjettiva’ y, en último análisis, con el presupuesto de la ‘culpa’.”⁴⁰⁹

4.1.1 Jurisprudencia:

Con relación a la culpa como criterio de imputación de la violencia familiar, la jurisprudencia no la ha mencionado expresamente, pero sí se han hecho referencia a supuestos de negligencia en algunas sentencias, unas veces considerándolos actos de violencia familiar y otros no, contrariamente a lo ya mencionado en los acápites precedentes.

En estas dos sentencias de primera instancia, sí se han valorado actos negligentes como violencia familiar:

⁴⁰⁶ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2003). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington D.C.: OPS., p. 74. Consulta: 12 de abril de 2014. <http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/violencia/sivig/doctos/imsvcompleto.pdf>

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ *Ídem*, p. 108.

⁴⁰⁹ ALPA, Guido, *óp. cit.*, p. 205.

“(…) es así que se evidencia, que el conflicto mutuo que han mantenido los codemandados don Pepe Richard Chaccara Bustinza y doña Isabel Mercedes Mino Chauca, ya sea por los conflictos matrimoniales que se dieron dentro del hogar y por las agresiones físicas y verbales que resultaron de ello en el que incluso participaron las familias materna y paterna, se han constituido en agravio de la niña F.V.C.M., ya que se dieron en su presencia, provocándole preocupación, ansiedad, temor, depresión, alteraciones del sueño (pesadillas), sentimientos de tristeza ante la situación de sus padres, desestabilizándola emocionalmente con una introversión en su personalidad, presentando problemas emocionales en la fase de su desarrollo compatible a la conflictiva entre sus padres, se detalla demás, que ha sido reiteradamente, observadora de las agresiones mutuas tanto físicas como verbales que se suscitaron entre sus padres y a su vez codemandados don Pepe Richard Chaccara Bustinza y doña Isabel Mercedes Mino Chauca y constituyéndose por tal, como víctima de agresión psicológica debido a sometimiento de la disputa entre sus padres, de esa manera afectando gravemente su estado emocional, demostrándose así la existencia de agresión psicológica en contra de sus padres y codemandados don Pepe Richard Chaccara Bustinza y doña Isabel Mercedes Mino Chauca en agravio de la niña F.V.C.M. encontrándose así dentro de los parámetros de violencia familiar.”⁴¹⁰

“(…) **SÉTIMO:** Que, obra a fojas treinta y dos a treinta y cuatro el protocolo de pericia psicológica practicado a la niña donde señala en relato que ‘(…) me ha caído el palito para colgar carteras... en mi casa... y a raíz de eso tuve el golpe... yo le dije a la profesora que mi tía Ana me había hecho... o sea mentí... yo le había dicho que mi tía me había pegado... yo mentí... yo tenía miedo... yo siempre miento (...) lo que no me gusta es estar con mi tía Ana por que (sic) ella me grita mucho (menor que llora), yo le dije que mi tía me había hecho por que (sic) ella me trata mal, para que la castiguen, pero yo me hice con el palo...’ asimismo al examen presenta ‘(…) Con falta de orientación en pautas de crianza, por existir indicadores de inadecuados métodos correctivos de parte de sus cuidadores. Hacia su padre presenta sentimiento de afecto estable, hacia su madre presenta sentimientos de ambivalencia, demandando su presencia. Conclusiones: Problemas emocionales y de comportamiento. Familia disfuncional. Inadecuadas pautas y métodos correctivos. Requiere apoyo psicológico’; **OCTAVO:** Que, de los medios probatorios aportados se tiene el protocolo de pericia psicológica antes glosado, donde la niña detalla que la supuesta agresión realizado por la co demandada Ana Cecilia Salguero Parreño no se produjo; sin embargo, en la misma pericia

⁴¹⁰ Sentencia del Décimo Primer Juzgado de Familia de Lima del 29-11-11 (Exp. N° 02781-2011).

psicológica la abuela paterna doña Jesús Alina Parreño Mora señala que la niña es traviesa, inquieta, que le gusta jugar, es tosca para jugar, cuando se porta mal ella le corrige y que a veces le da con la mano bajándole el calzón puesto que le saca de quisio y además es mentirosita; asimismo la co demandada doña Ana Cecilia Salguero Parreño ha señalado en su declaración que a veces la corrige pero que es una niña que tiene problemas de comportamiento, que es muy mentirosa; mientras que la niña en el informe psicológico refiere respecto a su tía que ‘es más gritona que su abuelita y reniega tanto’. Se debe tener presente que si bien es cierto las co demandadas señalan que la niña es muy mentirosa, es necesario recordarles que la misma está bajo su protección y cuidado por lo que corresponde a ellas y al progenitor de la niña guiarle con las respectivas normas de conducta y comportamiento, las cuales no pueden ser insultos ni gritos sino métodos de comportamiento que las mismas tendrán conocimiento en una terapia psicológica que se ordenará; **NOVENO:** Que, en consecuencia se ha acreditado la presente demandada por lo que resulta necesario que se establezcan las medidas de protección pertinentes a favor de la víctima a efectos de que cesen dichas agresiones; (...)⁴¹¹

Mientras que en estas dos sentencias de segunda instancia, los actos negligentes de los padres, erróneamente no se han considerado como violencia familiar:

“(...) y aun cuando el Protocolo de Pericia Psicológica N° 001831-2009-PSC, realizado en la investigación preliminar por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, obrante de fojas 16/18, estos cuando el niño se encontraba viviendo con su mamá, concluye: ‘...**que si bien el niño tiene déficit de atención, hiperactividad y trastorno de emociones en la niñez, ello es debido a la separación de sus padres...**’, no se evidencia por parte de ambos padres Violencia Familiar en la Modalidad de Maltrato Psicológico (...) En tal sentido, puede concluirse que el niño A.P.A.G, no ha sido objeto de Violencia Familiar en la Modalidad de Maltrato Psicológico de Tipo Negligente por parte de sus padres, quienes se encuentran separados, sin embargo si se aprecia en él, la necesidad de afecto, inseguridad y preocupación por la situación familiar actual (...)

“**1)** Que si bien el demandado **Juan Adolfo de la Cruz La Torre** ejerció violencia física en agravio de su menor hijo **J.T.D. de la C.C.**, conforme al Certificado Médico Legal de folios 21, sin embargo, dicho resultado de lesiones que presenta el citado menor, quien en ese entonces contaba con apenas dos meses de nacido, son a consecuencia del trato tosco y brusco de parte del progenitor,

⁴¹¹ Sentencia del Décimo Primer Juzgado de Familia de Lima del 07-12-11 (Exp. N° 00388-2011).

conforme lo ha referido la agraviada y madre del citado menor Ana Lucía Castro Ibarra, pues aquél en un intento de cambiarle su ropita lo trató de manera inadecuada, por lo que debe revocarse este extremo de la recurrida por ausencia de dolo, entendido como la conciencia y voluntad de ocasionar un daño; **2)** Que no obstante ello debe recomendarse que en lo sucesivo debe proceder con mayor docilidad en el trato de su hijo, y aprender a manejar sus emociones de manera adecuada lo que posteriormente repercutirá en una mejor y óptima relación paterno-filial, que beneficiará al citado niño en su desarrollo integral;”⁴¹².

4.2 El dolo:

Citando a Vittorio Polacco, el profesor Gastón Fernández nos muestra que: “El Derecho Civil clásico, como se conoce, ha diferenciado tres acepciones de dolo: i) como vicio de la voluntad, en donde el dolo es entendido como ardid o engaño del que se vale un sujeto para celebrar un negocio jurídico. Como vicio del consentimiento, el dolo dará lugar a la anulación del acto celebrado; ii) como deliberado propósito de incumplir una obligación asumida, que caracterizará el denominado ‘dolo contractual’; siendo los tipos de dolo hasta aquí mencionados, los dos sentidos respecto a los cuales se habla en las obligaciones derivadas de los contratos;” y “iii) como deliberado propósito de causar daño, que configurará el denominado ‘*animus nocendi*’ y que caracterizará tanto al dolo penal como al dolo extracontractual.”⁴¹³

El dolo se diferencia de la culpa por el elemento volitivo⁴¹⁴, ya que el dolo es la intención de causar el daño. Sin embargo, como explica el doctor Gastón Fernández: “es pacífico el entendimiento en la doctrina comparada de la equivalencia entre culpa y dolo en el campo de la responsabilidad civil.”⁴¹⁵

Es evidente que otro de los criterios de imputación de la violencia familiar es el dolo, ya que este es, básicamente, lo que identifica al acto violento: agredir, pegar, abusar, insultar, ofender, humillar, etc., son términos que denotan una intención dañina hacia la víctima. Así, con razón se ha dicho que: “la caracterización más importante de la violencia es su *intencionalidad* – el querer hacer daño a otra persona.”⁴¹⁶

4.2.1 Jurisprudencia:

⁴¹² Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 01-10-13 (Exp. N° 14499-2011)

⁴¹³ FERNÁNDEZ, Gastón, óp. cit., p. 262.

⁴¹⁴ ALPA, Guido, óp. cit., p. 315.

⁴¹⁵ FERNÁNDEZ, Gastón, óp. cit., p. 263.

⁴¹⁶ BUVINIC, Mayra, óp. cit., p. 39. Incluso, desde la responsabilidad civil se ha dicho que: “No hay ‘inducción’ ni ‘incitación’ ni ‘abuso’ por ‘culpa’ o por ‘negligencia’. Todos estos son supuestos en los cuales la demanda de resarcimiento del damnificado contendrá, inevitablemente, una ‘acusación de dolo’ al agente, porque de lo contrario, ni siquiera se podría sostener la realización de tales figuras.” (LEÓN, Leysser, óp. cit., p. 33).

El dolo ha sido reconocido como criterio de imputación en las sentencias de violencia familiar:

“(...) concluyéndose que el apelante ejerció violencia física en forma deliberada contra la agraviada (...)”⁴¹⁷

El hecho de evidenciarse al dolo en una situación de violencia y de no haberse plasmado a la culpa como otro criterio de imputación, ha dado lugar a que en algunas sentencias se exprese que “solo” el dolo configura a la violencia familiar.

“(...) por lo tanto, las divergencias de las partes en tomar decisión respecto de una situación de hecho que emocionalmente afecta a toda la familia, como es la enfermedad del padre de familia, en las que las hijas demandadas recurrieron a las vías legales antes referidas en ejercicio de sus derechos de defensa, no se considera actos de violencia familiar, o no se enmarcan dentro del contexto de la Ley de Violencia Familiar, por ausencia de dolo (...)”⁴¹⁸.

“(...) no pudiendo calificar tal circunstancia como violencia familiar, en la modalidad de maltrato psicológico, por cuanto este requiere intención de causar daño o lesión lo cual no se halla en el presente caso (...)”⁴¹⁹.

“(...) Que en mérito a los problemas emocionales y de comportamiento que presentó el citado menor según su evaluación psicológica, fue comprendido también como demandado el padre biológico, sin embargo, no se advierte dolo por parte de los progenitores en ocasionar daño a su menor hijo (...)”⁴²⁰.

4.3 La imputabilidad:

Concordamos con el profesor Gastón Fernández, cuando señala que en nuestro sistema jurídico, el término imputabilidad debe corresponder al juicio de responsabilidad; esto es “a la vinculación de los efectos de responsabilidad que persigue encontrar al responsable del daño, a través de la aplicación de los factores atributivos de responsabilidad (llamados por ello también criterios de imputación)”⁴²¹.

⁴¹⁷ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 29-05-12 (Exp. N° 185-2009).

⁴¹⁸ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 01-12-11 (Exp. N° 1848-2009).

⁴¹⁹ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 17-09-12 (Exp. N° 2285-2011).

⁴²⁰ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 02-08-13 (Exp. N° 6916-2010).

⁴²¹ FERNÁNDEZ, Gastón, *op. cit.*, p. 251. Así ha afirmado que: “(...) la interpretación más razonable pareciera ser que el análisis de la responsabilidad de los sujetos faltos de discernimiento deba ser realizado bajo la cláusula general por culpa, esto es, en la etapa del juicio de imputabilidad (o de atribución de responsabilidad). Solo cuando el incapaz actúe utilizando lo que la norma (art. 1970)

Según el profesor Espinoza, la imputabilidad es “la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona”⁴²². En nuestro sistema jurídico, quien se encuentra sin culpa en estado de pérdida de conciencia o carezca de discernimiento, no responde por los daños que ocasiona, salvo por un criterio de equidad (artículos 1974° y 1975° del Código Civil)⁴²³.

Por su parte, el profesor Gastón Fernández, citando a Massimo Bianca, nos dice que la imputabilidad es “la idoneidad ‘...psíquica de la persona para comprender la relevancia social negativa de las propias acciones y decidir autónomamente el propio comportamiento...’”⁴²⁴; y que en sentido estricto, es “la ‘capacidad de entender y querer’ (equivalente a la capacidad de discernimiento de la normatividad civil peruana)”⁴²⁵. Citando a Pier Monateri, el doctor Juan Espinoza explica que: “la *capacidad de entender* se pondría, (...), como la aptitud para orientarse según una percepción no equívoca de la realidad. La *capacidad de querer* consistiría, en cambio, en el poder controlar los impulsos a actuar, donde, justamente, la voluntad se entiende *libre* cuando el sujeto *logra ejercitar poderes de inhibición y control*”⁴²⁶.

Si como hemos dicho, la culpa debe ser un elemento de la violencia familiar y que aquella conlleva el análisis de la imputabilidad del dañador, entonces, este último sería también, uno de sus presupuestos.

Al igual que en la responsabilidad civil, consideramos que la persona a quien se impute actos de violencia familiar debe ser una persona con discernimiento, es decir, capaz de comprender los efectos negativos de sus actos y de determinarse libremente. Carecería de sentido sentenciar por actos de violencia familiar a un esquizofrénico o a un infante de 5 años por agresiones a otros miembros de la familia. Más bien, si estas personas han realizado actos violentos de esta naturaleza, sus representantes o familiares cuidadores son los que debieran ser demandados por actos de violencia familiar de tipo negligente respecto de

calificará como un ‘bien peligroso’ o realizando una ‘actividad’ riesgosa, entonces la consecuencia será la responsabilidad del incapaz, al estilo del art. 489-2 del Code francés; pero no por las razones que esta codificación ha acogido (de culpa objetiva), sino porque simplemente así lo manda la naturaleza de la responsabilidad objetiva por exposición al peligro, en donde no interesaría el análisis de la capacidad del agente.” (Ídem, p. 252)

⁴²² ESPINOZA, Juan, óp. cit., p. 70.

⁴²³ Plantea el profesor Juan Espinoza que, en su opinión, los estados psicológicos de “conciencia” y “discernimiento” a que hacen referencia ambos artículos, deben entenderse como sinónimos, pues la diferencia entre ambas obedece a un criterio de temporalidad. (Ídem, p. 72).

⁴²⁴ FERNÁNDEZ, Gastón, óp. cit., p. 249.

⁴²⁵ Ibídem. Expone Guido Alpa refiriéndose al sistema jurídico italiano, que aparte de la capacidad de entender, es decir, del discernimiento, se requiere de la capacidad de querer, es decir, la volición. De allí que se entienda por imputabilidad “la aptitud del sujeto agente para entender, para darse cuenta de lo que ocurre y entender lo que se debe hacer, y para querer, para determinarse sobre el comportamiento a seguir (la llamada ‘capacidad de entender y querer’)” (ALPA, Guido, óp. cit., p. 413).

⁴²⁶ Ídem, pp. 70 y 71.

aquellos⁴²⁷.

4.3.1 Jurisprudencia:

La jurisprudencia no ha hecho expresa referencia a la imputabilidad en los casos de violencia familiar, pero sí se ha pronunciado sobre aspectos relacionados a esta.

Correctamente, la Primera Sala Especializada de Familia de Lima ha confirmado la improcedencia de una demanda de violencia familiar contra un esquizofrénico aún no declarado incapaz:

“3. Revisados los autos Marianela Vidal Bermúdez, ha interpuesto denuncia contra Washington Carlos Fernández Guevara, el mismo que según el informe psicológico emitido por el Hospital Militar Central de fojas 20/25, que concluye que padece de esquizofrenia paranoide en remisión parcial, de igual modo el Instituto de Medicina Legal en la evaluación psiquiátrica de fojas 49/52 concluye que presenta personalidad paranoide, inteligencia con deterioro cognitivo, presenta alteraciones psicopatológicas de tipo psicosis: Esquizofrenia Paranoide, lo que se corrobora con el informe emitido por el Ministerio de Defensa – área de sanidad de fojas 26.

4. Dada la enfermedad del emplazado que permite advertir que se trata de un presunto incapaz, la cónyuge tiene la obligación de brindarle asistencia y procurar lo necesario para su tratamiento y curación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 288° del Código Civil, por lo que estando el presente proceso inmerso dentro de lo dispuesto en los artículos 564° y 569° del mismo cuerpo de Ley, así como lo establecido en el artículo 581° del Código Procesal Civil, debe hacer uso de los derechos que la Ley le faculta; por tales fundamentos la resolución venida en grado debe ser confirmada.”⁴²⁸

Sin embargo, incorrectamente, la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima ha confundido a la incapacidad de ejercicio con la imputabilidad:

“(…) en tal sentido, un menor de edad de ninguna manera, por su estado de inimputabilidad, puede comparecer al proceso de por sí conforme lo establecen los artículos 43° y 44° del Código Civil (…)”⁴²⁹

⁴²⁷ Nótese la similitud con la regla del artículo 1976° del Código Civil:

“No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.”

⁴²⁸ Sentencia de la Primera Sala Especializada de Familia de Lima del 29-05-13 (Exp. N° 3955-2012).

⁴²⁹ Sentencia de la Segunda Sala Especializada de Familia de Lima del 17-01-12 (Exp. N° 1675-2009).

CONCLUSIONES

1. La definición legal de la violencia familiar (o violencia contra los integrantes del grupo familiar) es incoherente con el sistema jurídico y no concibe adecuadamente a la institución, ya que comprende en sus supuestos de hecho, conductas dañosas pero justificadas, como la que se comete en legítima defensa, en estado de necesidad o en el ejercicio regular de un derecho. Asimismo, la definición carece de criterios de imputación, es decir, de razones por las que se hacen de cargo del agresor o dañador los efectos sancionadores de “La Ley”. Estas deficiencias han dado lugar, en algunos casos, a decisiones judiciales absurdas (como sentenciar por cometer violencia familiar a una persona que se defiende) o injustas (considerar que solo si hubo una conducta dolosa se puede cometer violencia familiar), además de diversas concepciones e interpretaciones erróneas en la jurisprudencia.
2. Como estos defectos no son exclusivos de “La Ley”, pues se ha demostrado que se presentan en, prácticamente, todas las definiciones de violencia familiar elaboradas por el ordenamiento supranacional, la legislación comparada, la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia, consideramos que el primer paso en la comprensión jurídica de la institución, lo constituye su configuración a través de sus elementos o presupuestos, teniendo en cuenta los fines de la institución, la naturaleza de la conducta materia de regulación (la violencia) y el medio especial en el cual se despliega (la familia).
3. En ese sentido, proponemos que la teoría de la responsabilidad civil, en su versión extracontractual y subjetiva, puede brindar el sustento doctrinario necesario a una teoría relativamente nueva como la violencia familiar para desarrollar sus elementos configuradores. Para ello, se ha tenido en cuenta las similitudes de fundamentos entre ambas instituciones, como tener por fuentes el acto (o hecho) ilícito, tener funciones idénticas (la función consolatorio-satisfactiva) o similares (la función preventiva), y ser además, formas de tutela de derechos e intereses que se complementan.
4. De esta manera, creemos que se enriquece la doctrina (jurídica) sobre la violencia familiar y se solucionan los problemas detectados en la definición, lo que facilitará la labor de los operadores del sistema de justicia en la aplicación e interpretación de las normas relacionadas a la materia.
5. A pesar de que no existe acuerdo en la doctrina de la responsabilidad civil, en cuanto al número y denominación de los elementos que la conforman, nosotros consideramos que en nuestro sistema jurídico, la ilicitud y la imputabilidad no son elementos de toda la responsabilidad civil sino solo cuando se admite a la culpa como criterio de imputación (responsabilidad subjetiva). Sin embargo, por lo general, la jurisprudencia reconoce como elemento de la responsabilidad civil a la ilicitud (llamada erróneamente: “antijuridicidad”).
6. Como la violencia familiar sí tiene como fundamento un acto (o hecho) ilícito, proponemos que los elementos de la violencia familiar son cuatro: El daño, la ilicitud, la relación de causalidad y el criterio de imputación. Siguiendo el planteamiento del doctor

Gastón Fernández Cruz, creemos que la imputabilidad del dañador debe valorarse en la etapa del juicio de responsabilidad, como presupuesto de la culpa.

7. Hemos demostrado que el daño es un elemento de la violencia familiar porque además de estar recogido expresamente en “La Ley”, la esencia de la violencia familiar, esto es, la violencia, es una conducta dirigida a causarlo. La jurisprudencia también admite al daño como requisito de la violencia familiar, si bien existen algunas deficiencias en cuanto a la terminología usada. Así, se habla de “afectación”, “daño emocional”, “lesión psíquica” para referirse al mismo tipo de daño (el llamado “daño psicológico”), sin notar las diferencias de cada denominación. Hemos visto también, que tanto la doctrina como la jurisprudencia usa las voces “daño psicológico” y “daño psíquico” como sinónimos; sin embargo, en la responsabilidad civil se ha dicho que el daño psíquico importa necesariamente una patología.
8. Analizando la teoría sobre la violencia familiar, hemos propuesto que el daño de violencia familiar se identifica con el “daño a la persona” o el “daño moral” en su sentido amplio, conceptos que son propios de la responsabilidad civil. Hemos demostrado además, que tanto el maltrato sin lesión, como la violencia sexual y las amenazas o la coacción, graves o reiteradas, a los cuales se refiere la ley, implican también un daño de violencia familiar de la naturaleza que se ha mencionado.
9. Como postulamos que la violencia familiar tiene como uno de sus elementos a la culpa del agresor o dañador, consideramos a la ilicitud como parte de su estructura jurídica. De esta manera, como en la responsabilidad civil, proponemos que la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho son situaciones excluyentes de violencia familiar. Si bien el estado de necesidad no debería ser una situación excluyente de responsabilidad civil, sí debería serlo en la violencia familiar, pues se trata de una situación excepcional que escapa a los fines de la institución.
10. Se ha demostrado también, que en algunos procesos se han sentenciado por violencia familiar a personas que se han defendido legítimamente de agresiones. Asimismo, a pesar de que en la jurisprudencia sobre violencia familiar no se ha hecho expresa referencia al ejercicio regular de un derecho, se advierte que por justicia se han utilizado sus fundamentos para declarar infundadas algunas demandas.
11. “La Ley” también ha recogido la relación de causalidad como uno de los presupuestos de la violencia familiar. La jurisprudencia también ha reconocido a este elemento en múltiples sentencias, si bien, no ha estado exenta de casos en los que se la ha confundido con otras categorías de la responsabilidad civil como la legítima defensa y el juicio de responsabilidad. En base a este elemento, las causas no imputables como el caso fortuito, el hecho determinante de tercero y el hecho de la propia víctima también excluyen de los efectos de la violencia familiar.
12. Como ya se dijo, “La Ley” no ha plasmado ningún criterio de imputación en su texto, lo que ha llevado a la magistratura a cometer errores en su interpretación, como señalar que solo el dolo configura la violencia familiar o negar en algunos casos la conducta violenta por negligencia (culpa), lo que constituye un desconocimiento de la doctrina

sobre violencia familiar que admite como actos de violencia, la negligencia o el abandono, conductas que también causan daños a los miembros de la familia más débiles o dependientes (niños, ancianos, discapacitados, enfermos). Por esos motivos, creemos que la violencia familiar requiere de criterios de imputación expresos para que los operadores de justicia cuenten con principios orientadores al momento de evaluar una conducta dañosa.

13. Habiendo analizado la conducta violenta y la doctrina sobre la materia, proponemos que la culpa (que engloba al dolo), de la forma ética (o *in concreto*), deben ser los criterios de imputación de la violencia familiar. Los motivos de tal propuesta, se deben a las características propias del Derecho de Familia (contener normas morales y regular las relaciones familiares), el análisis de las situaciones consideradas como violencia familiar por la doctrina, el aspecto psicológico de la dinámica de violencia y la función preventiva que cumple la culpa.
14. No consideramos admisibles, por dichos motivos, criterios de imputación objetivos para la violencia familiar, como el riesgo o la exposición a peligro. La violencia familiar no se basa en premisas de tolerabilidad de los daños para un supuesto fin económico o social, sino en la erradicación de la violencia, la asistencia y “reparación” de la víctima, así como la sanción del agresor, por lo que es necesario analizar el aspecto psicológico subyacente a la relación violenta para que estos fines sean cumplidos. Por lo mismo, tampoco funcionaría la aplicación de reglas provenientes del análisis económico del derecho a la violencia familiar, ya que sería inmoral o antiético.
15. Como ya hemos dicho, la imputabilidad del agresor o dañador constituye un presupuesto de la culpa. De manera similar a lo que ocurre en la responsabilidad civil subjetiva, creemos que la persona a quien se impute actos de violencia familiar debe tener discernimiento, es decir, debe ser capaz de comprender los efectos negativos de sus actos y de determinarse libremente respecto a estos. Postulamos además, que si una persona que carece de discernimiento comete actos de violencia familiar, sus representantes (padres, tutores, curadores, guardadores) o familiares cuidadores son los que debieran ser demandados por actos de violencia familiar de tipo negligente respecto de aquellos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILERA, María Belén (2010). “Consideraciones sobre los conceptos de abandono y negligencia infantil”. En MARCHIORI, Hilda (Directora). *Victimología 9. Violencia en niños y adolescentes*. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, pp. 175-189.

ALBERDI, Inés y MATAS, Natalia (2002). “La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España”. *Colección de Estudios Sociales*. Barcelona, N° 10, p. 91. Consulta: 1° de marzo de 2017. <http://www.bizkaia.eus/gizartekintza/genero_indarkeria/pdf/dokumentuak/violencia_domestica.pdf?hash=3f3518abdc95e6e68cdb40784f10582b>

ALPA, Guido (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Jurista Editores

AZVALINSKY, Alejandro Marcos (2002). “Derechos personalísimos y violencia familiar”. En CADOCHÉ, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. En: Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, pp. 11-60

BELLUSCIO, Augusto César (1967). *Nociones de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Bibliográfica OMEBA

BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta (1996). “Legislación y violencia contra la mujer: Visiones desde el Derecho Comparado”. En FACIO, Alda y otras (1996). *Violencia contra la mujer: Reflexiones desde el Derecho*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, pp. 67-91

BOLAÑOS MEJÍAS, Carmen (2010). “La evolución del tratamiento jurídico de la violencia doméstica”. En RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia (Coordinadora). *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. Madrid: Editorial DICKINSON S.L., pp. 13-33

BRAVO GÓMEZ, Alberto (2009). “Violencia y desarrollo afectivo en el contexto social”. En RÍOS GONZALES, José Antonio (Director). *Personalidad, madurez humana y contexto familiar*. Madrid: Editorial CCS.

BRINGIOTTI, María Inés (2002). “Violencia familiar y maltrato infantil hoy en Argentina”. En CADOCHÉ, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, pp. 61-68

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1983). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Cuarta edición. Buenos Aires: ABELLEDO-PERROT S.A.

BUVINIC, Mayra (2008). “Un balance de la violencia en América Latina: Los costos y las acciones para la prevención”. *Pensamiento Iberoamericano. (in)seguridad y violencia en América Latina. Un reto para la democracia*. Madrid, número 2, segunda época, pp. 37-54. Consulta: 11 de diciembre de 2014. <<https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2014/07/PensamientoIbero2.pdf>>

CARRASCO GÓMEZ, Juan José y MAZA MARTÍN, José Manuel (2005). *Manual de psiquiatría legal y forense*. Tercera Edición. Madrid. LA LEY-ACTUALIDAD S.A.

CASTILLO FREYRE, Mario y ROSAS BERASTAIN, Verónica (2010). “La atomización de la responsabilidad civil (o cómo el mundo moderno ha desechado la unificación de la responsabilidad civil)”. En CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto y AGURTO GONZALES, Carlos (Coordinadores). *Observatorio de Derecho Civil. Volumen III. La responsabilidad civil*. Lima: Motivensa SRL., pp. 61-88.

COLEMAN, Jules y MENDLOW, Gabe (2012). “Teorías de Derecho de Daños”. En FABRA, Jorge y ORTEGA, Santiago (Directores). *Hacia una nueva teoría de la responsabilidad extracontractual*. Lima: Jurista Editores, pp. 23-62.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (Coordinadora) (2007). *Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe*. LC/L.2808. Consulta: 16 de enero de 2014. <repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2870/1/S2007615_es.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Diario de debates. Segunda A (sesión vespertina). Jueves 6 de marzo de 1997*. Consulta: 3 de octubre de 2013. <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/2EEEEEE5B47AEDC2705257816005973A5/\\$FILE/SLO-1996-2A.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/2EEEEEE5B47AEDC2705257816005973A5/$FILE/SLO-1996-2A.pdf)>

CORSARO, Luigi (2002). “*Neminem laedere* y derecho a la integridad”. Traducción de Leysser L. León. *Proceso & Justicia*. Lima, número 3, pp. 146-166

CUSIÁNOVICH VILLARÁN, Alejandro (2007). “Módulo I: La violencia en la familia: Problema de seguridad y salud públicas y la labor del juez de paz”. En PODER JUDICIAL. *Violencia intrafamiliar*. Lima: Unidad de Coordinación del Proyecto Mejoramiento de los Servicios de Justicia, pp. 11-47. Consulta: 1° de marzo de 2017. <<http://www.repositoriopncvfs.pe/producto/violencia-intrafamiliar/>>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2001). *Informe defensorial N° 61. Violencia familiar contra la mujer en El Callao*. Lima

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1998). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, séptima edición revisada y puesta al día. Madrid: Editorial TECNOS S.A.

DÍEZ-PICAZO, Luis (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: CIVITAS Ediciones, S.L.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin (1935). *Tratado de Derecho Civil. Parte general II*. Primer tomo. Traducción de Blas Pérez Gonzalez y José Alger. Barcelona: BOSCH/Casa Editorial

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *Derecho de la responsabilidad civil*. Tercera edición corregida. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2008). *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

FACIO MONTEJO, Alda (1996). "Maltrato hacia la mujer en la pareja". En FACIO, Alda y otras. *Violencia contra la mujer: reflexiones desde el Derecho*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, pp. 11-29.

FAINBLUM, Alicia (2002). "Violencia y discapacidad". En CADOICHE, Sara Noemí. *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, pp. 119-133.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (Compilador) (2001). *Responsabilidad civil. Tomo I. Materiales de Enseñanza*. Lima: Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2005). "De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano)". En *Themis*. Lima, época 2, número 50, pp. 237-272.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2009). "Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law". En BUSNELLI, Francesco Donato y otros. *Responsabilidad civil contemporánea*. Lima: Ara Editores E.I.R.L., pp. 57-102.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO, Leysser (2005). "Responsabilidad objetiva. Comentario". En GACETA JURÍDICA. *Código Civil comentado. Tomo X*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., pp. 60-106

FERNÁNDEZ SANTIAGO, Pedro (2010). "Las víctimas y la perspectiva social de la violencia en la familia". En RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia (Coordinadora). *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. Madrid: Editorial DIKINSON S.L., pp. 35-68

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2004). "El Derecho de Daños en el umbral de un nuevo milenio". En FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos y otros. *DOXA. Tendencias Modernas en Derecho*. Trujillo: Editora Normas Legales, pp. 449-564.

FLORES NANO, Lourdes (1996). "Protección jurídica frente a la violencia familiar". En FACIO, Alda y otras. *Violencia contra la mujer: Reflexiones desde el Derecho*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, pp. 33-65.

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF) (2009). *Estado Mundial de la Infancia. Edición especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Traducción de Carlos Perellón. Nueva York: UNICEF. Consulta: 13 de febrero de 2014. <http://www.unicef.org/spanish/publications/files/SOWC_Spec._Ed._CRC_Main_Report_SP_1201009.pdf>

FRANZONI, Massimo (1999). “La función del resarcimiento del daño no patrimonial”. Traducción de Gastón Fernandez Cruz y Leysser L. León. *De Iure*. Lima, año 1, número 1, pp. 21-25

FRANZONI, Massimo (2009). “La evolución de la responsabilidad civil a partir del análisis de sus funciones”. En *Responsabilidad civil contemporánea*. Lima: Ara Editores E.I.R.L., pp. 17-56

GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, ESCUDERO MORATALLA, José Francisco y FRIGOLA VALLINA, Joaquín (1999). *La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*. Barcelona: Editorial Bosch, S.A.

GHERSI, Carlos Alberto (2000). *Valuación económico del daño moral y psicológico. Daño a la psiquis*. Buenos Aires. Editorial ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DE PALMA S.R.L.

GUERRERO CAVIEDES, Elizabeth (2002). *Violencia contra las mujeres en América Latina y el Caribe español 1990-2000: Balance de una Década*. Santiago de Chile: Isis Internacional – Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer. Consulta: 06 de febrero de 2014. <<https://studylib.es/doc/7269949/violencia-contra-las-mujeres-en-america-latina-y-el-carib...>>

GÜEZMES, Ana y LOLI, Silvia (2000). *Módulo de capacitación. Violencia familiar enfoque desde la salud pública*. Lima: Organización Panamericana de la Salud

GROSMAN, Cecilia P. (2002). “El maltrato infantil en la familia: El encuentro entre lo público y lo privado”. En CADOCHE, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores

GROSMAN, Cecilia, MESTERMAN, Silvia y ADAMO, María (1989), *Violencia en la familia. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Universidad

GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia (1998). *Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar*. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Universidad

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (2013). *Encuesta demográfica y de salud familiar 2012. Nacional y departamental*. Lima: INEI. Consulta: 16 de enero de 2014. <<http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib1075/index.html>>

LE TOURNEAU, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Primera edición en español. Bogotá: LEGIS

LEÓN, Leysser L. (2006). *Segundo cuaderno de trabajo. Derecho a la intimidad y responsabilidad civil: el refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP

LEÓN, Leysser. L. (2007). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Segunda edición corregida y aumentada. Lima: Jurista Editores

LLOVERAS, Nora (2002). “Adopción y violencia”. En *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, pp. 223-241.

LONDOÑO, Juan Luis y GUERRERO, Rodrigo (1999). *Violencia en América Latina. Epidemiología y costos*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Consulta: 16 de febrero de 2014. <<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr91finaldraft.pdf>>

MARINONI, Luiz Guilherme (2008). *Tutela específica de los derechos*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra Editores

MEDINA, Graciela (2002). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores

MINISTERIO PÚBLICO (2006). *Manual de procedimientos de las fiscalías de familia*. Lima. Editorial y Gráfica EBRA E.I.R.L.

MONROY PALACIOS, Juan (2004). *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra Editores

MORALES HERVIAS, Rómulo (2005). “La responsabilidad civil en la norma jurídica privativística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)”. En *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*. Lima: Palestra Editores, pp. 305-346

NAVAS TEJEDOR, Marta y GARCÍA-PARAJÚA, Pedro (2010). “Violencia intrafamiliar. Perspectiva psiquiátrica”. En RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia. *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. Madrid: Editorial DYKINSON S.L., pp. 69-91

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2000a). *Módulo de capacitación. Violencia familiar. Enfoque desde la salud pública*. Lima: Servicios Gráficos EDIAL E.I.R.L.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2000b). *La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina (estudios de casos de diez países)*. OPS – Programa Mujer, Salud y Desarrollo. Consulta: 09 de enero de 2014. <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/756/9275323348.pdf?sequence=1>>

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2002a). *Informe mundial sobre la violencia y la salud: Resumen*. Washington D. C.: OPS. Consulta: 10 de diciembre de 2013. <http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/es/summary_es.pdf>

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2002b). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington D.C.: OPS. Consulta: 13 de febrero de 2014.

<http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/ceameg/violencia/sivig/doctos/imsvcomp leto.pdf>

PLÁCIDO V., Alex F. (2001). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

PROMUDEH – OPCIÓN (2000). *Violencia familiar desde una perspectiva de género: Consideraciones para la acción*. Lima: Laymar

QUINTEROS, Andrés y CARBAJOSA, Pablo (2010). “Intervención psicosocial con personas que ejercen violencia de género”. En MARCHORI, Hilda (Directora). *Victimología 8. Violencia familiar-conyugal*. Córdoba: Encuentro Grupo Editor, pp. 59-98.

RAMOS PADILLA, Miguel Ángel (2006). *Masculinidades y violencia conyugal. Experiencias de vida de hombres de sectores populares de Lima y Cusco*. Lima: FASPA-UPCH. Consulta: 13 de febrero de 2014. <http://www.academia.edu/25841092/Masculinidades_y_Violencia_Conyugal._Experiencias_de_vida_de_hombres_de_sectores_populares_de_Lima_y_Cusco>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo segunda edición. Consultas en internet.

REGLERO CAMPOS, Fernando (2003a). “Conceptos generales y elementos de delimitación”. En REGLERO CAMPOS, Fernando (Coordinador). *Tratado de responsabilidad civil*. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., pp. 57-180.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando (2003b). “El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: Culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”. En REGLERO CAMPOS, L. Fernando (Coordinador). *Tratado de responsabilidad civil*. Segunda edición. Navarra: Editorial Aranzadi S.A, pp. 297-414.

RIVERA RAMOS, Efrén (2003). “Reflexiones bajo el influjo de una violencia extrema”. En *Violencia y Derecho*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., pp. 3-14

RIVERO, María Rosa (2002). “Maltrato hacia los ancianos”. En CADOCHE, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, pp. 291-306.

RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia (2010). “Tutela penal de las víctimas de violencia doméstica”. En RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia (Coordinadora). *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*. Madrid: Editorial DIKINSON S.L., pp. 163-205

RUBIO CORREA, Marcial (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición, aumentada. Lima: Fondo Editorial de la PUCP

SAMBRIZZI, Eduardo (2001). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley S.A.

SARASUA., Belén, ZUBIZARRETA, Irene, ECHEBURÚA, Enrique y DEL CORRAL, Paz (2006). “Perfil psicológico del maltratador a la mujer en el hogar”. En ECHEBURÚA, Enrique

(Director). *Personalidades violentas*. Ediciones Pirámide, Madrid, pp. 111-128.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Edición, traducción y notas de Leysser L. León. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima

SECRETARÍA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA LAS MUJERES DEL GOBIERNO FEDERAL DE BRASIL (2006). *Ley María da Penha. Ley número 11.340 del 7 de agosto de 2006. Cohíbe la violencia doméstica y familiar contra la mujer*. Brasilia: Secretaría Especial de Políticas para las Mujeres. Consulta: 07 de febrero de 2014. <<http://www.mercosurmujeres.org/userfiles/file/files/ley%20maria%20penha%20espanol.pdf>>

SUAREZ, Teresa (2002). “Violencia familiar. Una visión histórica”. En CADOCHÉ, Sara Noemí (Directora). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, pp. 307-317

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

TELLO GILARDI, Janet (2007). “Módulo II: Violencia familiar: Derechos humanos y administración de justicia”. En: PODER JUDICIAL. *Violencia intrafamiliar*. Lima: Proyecto de Mejoramiento de los Servicios de Justicia del Poder Judicial, pp. 51-99. Consulta: 01 de marzo de 2017. <<http://www.repositoriopncvfs.pe/producto/violencia-intrafamiliar/>>

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de (2001). *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I, séptima edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica

VELOSO VALENZUELA, Paulina (2004). “La violencia doméstica contra la mujer y la débil reacción del Derecho”. En ALVIAR GARCÍA, Helena y otros. *Violencia y Derecho. SELA 2003*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., pp. 81-94

VILLANUEVA FLORES, Rocío (1996). “Notas sobre interpretación jurídica (A propósito de la Ley 26260 y la violencia familiar)”. En FACIO, Alda y otras. *Violencia contra la mujer: Reflexiones desde el Derecho*. Lima: Movimiento Manuela Ramos, pp. 93-114

VON TUHR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Volumen I, Parte 1. Traducción directa del alemán por Tito Ravá. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES S.A., Madrid, 1998

WALKER, Lenore (2010). “Cuando la mujer golpeada se convierte en acusada”. En MARCHIORI, Hilda (Directora). *Victimología 8. Violencia familiar/conyugal*. Córdoba: Encuentro Grupo Editor

ZANNONI, Eduardo A. (1998). *Derecho de Familia*. Tomo I, tercera edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: ASTREA

ZELA VILLEGAS, Aldo (2010). "La tutela preventiva de los derechos: Una introducción". En *Themis*. Lima, época 2, número 58, p. 45, pp. 41-52.

ZUBIZARRETA, Irene, SARASUA, Belén, ECHEBURÚA, Enrique, DEL CORRAL, Paz, SAUCA, Diana y EMPARANZA, Icíar (2006). "Consecuencias psicológicas del maltrato doméstico". En ECHEBURÚA, Enrique (Director). *Personalidades violentas*. Ediciones Pirámide, Madrid, pp. 129-152.

