

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO

**FUNDAMENTACIÓN SOCIOJURÍDICA DE LA PROHIBICIÓN DE CONCILIACIÓN EN
MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA**

**IGNACIO GONZÁLEZ PIEDRA
A82768**

**SAN PEDRO, COSTA RICA, SEDE RODRIGO FACIO
NOVIEMBRE, 2021**

Aprobación del director

San José, noviembre 22 del 2021

Señor,

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor,

Le saludo y por este medio le comunico que, en mi condición de director del Trabajo Final de Graduación de Licenciatura en Derecho del estudiante Ignacio González Piedra, carné A82768, he leído y analizado a profundidad el proyecto de investigación: "Fundamentación Socio-jurídica de la Prohibición de Conciliación en Materia de Violencia Doméstica".

Con sustento en lo anterior, hago de su conocimiento que he aprobado el mismo ya que cumple con todos los requisitos de forma y de fondo exigidos por el Área de Investigación de conformidad con el Reglamento de Trabajos de Graduación de la Universidad de Costa Rica y, por lo tanto, es apta para ser defendida.

Sin otro particular, se suscribe atentamente.

Dr. Álvaro
Burgos Mata

Firmado digitalmente por
Dr. Álvaro Burgos Mata
Fecha: 2021.11.21 17:33:40
-06'00'

Dr. Álvaro Burgos Mata

Carta de lectoras

Lunes 21 de noviembre del 2021

Dr. Ricardo Salas
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Permítame saludarle, por este medio le informo que en mi condición de lectora del trabajo final de graduación "*Fundamentación Socio-jurídica de la Prohibición de Conciliación en Materia de Violencia Doméstica*", del estudiante Ignacio González Piedra, número de carné A82768, he leído el trabajo y cuenta con mi aprobación. Hago de su conocimiento que dicho trabajo cumple con los requisitos de forma y de fondo exigidos por la normativa, de conformidad con el "Reglamento de Trabajos de Graduación de la Universidad de Costa Rica". Por ende, es apta para ser defendida.

Sin otro particular me despido cordialmente.

**JULIA ZORAIDA
VARELA ARAYA
(FIRMA)**  Firmado digitalmente
por JULIA ZORAIDA
VARELA ARAYA
(FIRMA)
Fecha: 2021.11.21
18:56:16 -06'00'

Profesora Julia Varela Araya
Lectora

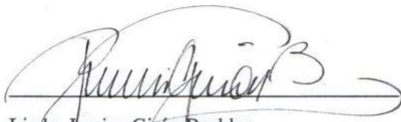
22 de noviembre del 2021

Prof. Dr. Ricardo Salas
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor,

Reciba un saludo, en mi condición de lectora del trabajo final de graduación del estudiante Ignacio González Piedra, carné número A82768, titulado "Fundamentación socio-jurídica de la prohibición de conciliación en materia de violencia doméstica". Le comunico que revisado dicho trabajo, cuenta con mi aprobación y reúne todos los requisitos exigidos por la Facultad para su defensa.

Me despido cordialmente, con consideración.



Licda. Jessica Girón Beckles
Lectora

Carta de revisión filológica

San José, 16 de noviembre de 2021

Señores(as):

Universidad de Costa Rica

Estimados señores(as):

Yo, María Fernanda Sanabria Coto, cédula de identidad 114290780, bachiller en Filología española graduada en la Universidad de Costa Rica, perteneciente a la Asociación Costarricense de Filólogos (ACFIL), carné 225 y al Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes de Costa Rica (COLYPRO), código 75402, hago constar que he revisado el documento titulado:

FUNDAMENTACIÓN SOCIOJURÍDICA DE LA PROHIBICIÓN DE CONCILIACIÓN EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Dicho documento fue elaborado por Ignacio González Piedra, carné A82768, con el fin de optar al grado de Licenciatura en Derecho. He revisado y corregido aspectos tales como construcción de párrafos, vicios del lenguaje trasladados a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico.

Atentamente,

Fernanda S. Coto.



María Fernanda Sanabria Coto
Asociación Costarricense de Filólogos. Carné nro. 225
Colypro. Código 75402
fernanda.sanabria@filologos.cr
Teléfono: +506 6022 9569

**MARIA
FERNANDA
SANABRIA
COTO
(FIRMA)**

Firmado digitalmente
por MARIA FERNANDA
SANABRIA COTO
(FIRMA)
Motivo: Carta de
revisión filológica
Ubicación: Costa Rica
Fecha: 2021.11.16
14:07:57 -06'00'

Dedicatoria

A mi abuelo Alfredo y mi primo Carlos.

Agradecimientos

Este trabajo no hubiera sido posible sin la colaboración atenta de los profesores José Miguel Zamora Acevedo, Álvaro Burgos Mata y Ricardo Salas Porras, a quienes agradezco.

También agradezco al profesor Gustavo Chan Mora por cultivar la curiosidad en sus estudiantes.

Índice

Dedicatoria	i
Agradecimientos	ii
Resumen.....	vi
Capítulo I. Introducción general.....	1
Capítulo II. Aspectos metodológicos y teóricos	4
2.1. Hipótesis	4
2.2. Objetivo principal.....	4
2.3. Objetivos específicos	5
2.4. Justificación	5
2.5. Estado de la cuestión.....	6
2.6. Antecedentes	10
2.6.1. Antecedentes históricos: rasgos de la violencia doméstica en la antigüedad	10
2.6.2. Derechos humanos y violencia doméstica en la ley costarricense.....	16
2.6.3. Antecedentes de la relación entre la violencia doméstica y la resolución alternativa de conflictos	20
2.7. Marco teórico conceptual	27
2.7.1. Resolución alternativa de conflictos e ideología de la armonía en las sociedades industrializadas	29
2.7.2. Aclaraciones teórico-conceptuales sobre el enfoque sociojurídico en el estudio de la violencia doméstica	33
2.8. Marco metodológico.....	35
2.8.1. Estrategia metodológica	37
Capítulo III. Desarrollo de la investigación	41
3.1. Punto de partida: Conciliación en la Legislación Costarricense	44

3.1.2. ¿Qué es un conflicto?	44
3.2.2. ¿Qué son los mecanismos RAC?	48
3.2.2.1. Arbitraje	51
3.2.2.2. Mediación y conciliación	52
3.2.3. Legislación sobre la RAC en Costa Rica y el derecho de familia.....	59
3.2. Reflexión epistemológica jurídica sobre los mecanismos de RAC	61
3.2.1. La RAC en la dicotomía iusnaturalismo-iuspositivismo.....	63
3.2.2. El liberalismo jurídico y la RAC	68
3.2.3. Teoría del orden concreto de Carl Schmitt: crítica a la doctrina liberal de la resolución de conflictos.....	78
3.2.4. El realismo jurídico y los límites de los mecanismos de RAC	84
3.2.5. Aproximación a la discusión epistemológica de la doctrina de la RAC	88
3.3. Instrumentalización de los mecanismos RAC: teoría sociopolítica de la armonía	95
3.3.1. El movimiento sustitutivo de justicia por armonía y su fuerza	96
3.3.2. Precisiones necesarias para la crítica a la ideología de la armonía.....	110
3.3.3. Teoría del conocimiento sociojurídico de la armonía	119
3.4. Orden simbólico jurídico y conciliación en materia de violencia doméstica.....	124
3.4.1. La violencia intrafamiliar como objeto de estudio.....	125
3.4.1.1. La violencia doméstica es un concepto indeterminado.....	129
3.4.1.2. La definición jurídico positiva de la violencia doméstica y su relevancia	133
3.4.2. Teoría de la violencia simbólica en el ámbito familiar	143
3.4.2.1. Bases para cuestionar el concepto de violencia doméstica en el derecho positivo: la violencia simbólica en el ámbito familiar	143

3.4.2.2. La violencia intrafamiliar funciona como un lenguaje: análisis estructuralista de la violencia social.....	152
3.5. Teoría y jurisprudencia de la prohibición legal de la conciliación en materia de violencia doméstica.....	164
3.5.1. Dos modelos dogmáticos.....	164
3.5.2. Necesidad de la prohibición legal de la conciliación en materia de violencia doméstica	165
3.5.2.1. Principios constitucionales.....	168
3.5.2.1.1. Estado Social de Derecho	168
3.5.2.1.2. Principio de igualdad	169
3.5.2.1.3. Igualdad de género.....	170
3.5.2.1.4. Principio de legalidad penal y el de reserva de ley como consecuencia inmediata	176
3.5.2.1.5. Principio de reserva de ley en los derechos fundamentales	177
3.5.2.1.6. Primacía de los tratados de derechos humanos.....	178
3.5.2.2. Derechos no negociables	179
3.5.2.3. Principios procesales de la materia de violencia doméstica	182
Capítulo IV. Conclusión.....	186
Bibliografía	189

Resumen

La presente es una investigación cuya metodología es cualitativa, es un análisis conceptual con una hipótesis que pone el acento en la función social del Derecho, su último objetivo es orientar la búsqueda por la justicia de los sectores más vulnerables, inclusive cuando esta vulnerabilidad sea confrontada por el gran capital económico. El tema de la prohibición de conciliar y de mediación en los conflictos familiares donde han existido episodios o crisis de violencia doméstica en el sistema legal costarricense, tiene su justificación y relevancia natural para la ciencia jurídica, mientras que para el campo de la sociología su utilidad se desprende de lo concerniente al análisis del Derecho, su funcionamiento, eficacia y aplicación, en relación a los otros ámbitos de la sociedad, ya que su labor de producción oficial de normatividad traspasa como un imperativo moral al Estado y a las instituciones privadas de la sociedad como la familia.

El Derecho da la impresión de tener el monopolio de las instituciones jurisdiccionales cuya potestad es la de resolver los conflictos, de modo definitivo e irrevocable. Pero este sistema jurídico local, en el caso de Costa Rica, no está aislado de las designaciones geográficas, políticas, económicas y del mercado global, que le son impuestas y que limitan esta soberanía en la práctica. Paralelo al acaparamiento exclusivo de los mecanismos de resolución de conflictos por el Estado, ha nacido una nueva doctrina, con especial importancia en nuestro país a partir de los años noventa, que se supone a sí misma como una compilación de medios alternativos para resolver los conflictos, estos medios son el arbitraje, la conciliación y la mediación, como son tradicionalmente considerados en la doctrina de la resolución alterna de conflictos (RAC) y en la ley costarricense. Rara vez existe una oportunidad para analizar epistemológicamente el campo de la RAC, el análisis propuesto aquí tiene como principal conclusión que es necesario formular un discurso crítico frente a la popular creencia de que el mero uso de estos mecanismos alternativos y pacificadores son buenos y que la confrontación que supone un proceso judicial tradicional es malo.

La violencia doméstica en el derecho positivo es una construcción conceptual susceptible a mejoras y a un análisis crítico. La sociología jurídica estudia aspectos del Derecho

aparte de su dimensión normativa, su enfoque crítico permite expandir el concepto de violencia social y atarlo a su dimensión estructural y simbólica. A partir de este enfoque interdisciplinario, la violencia en el ámbito intrafamiliar puede estudiarse según su implicación en diferentes medios de índole económico y jurídico que permiten que se reproduzca. Es por esto que el objetivo principal que presenta esta investigación es que la aplicación de la RAC en la materia de violencia doméstica, abre la posibilidad de perpetuar el ciclo de la violencia intrafamiliar por medios económicos, simbólicos y al amparo legal.

Palabras clave: Violencia doméstica, resolución alternativa de conflictos, prohibición de conciliar, sociología jurídica, violencia simbólica.

Ficha Bibliográfica:

Autor: González Piedra, Ignacio.

Título: Fundamentación sociojurídica de la prohibición de conciliación en materia de violencia doméstica.

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

Facultad de Derecho.

Universidad de Costa Rica.

San José, Costa Rica, 2021.

Director: Dr. Álvaro Burgos Mata.

Páginas: Preliminares: i-viii. Investigación: 1-206

Capítulo I. Introducción general

“El malhechor más vil tiene una miserable mujer, y contra ella puede permitirse todas las atrocidades, excepto el asesinato, y aun si es diestro puede hacerla padecer sin miedo a la sanción penal. (...) Si consideramos el inmenso número de hombres que dondequiera, en los países civilizados, apenas se elevan sobre el nivel del bruto animal, y si pensamos que nada se opone a que adquieran, por ley del matrimonio, la posesión de una víctima, veremos la espantosa suma de miserias que se abre solo por este concepto ante la mujer”.

John Stuart Mill, *La Esclavitud de la Mujer*.¹

“Un conflicto de intereses no presupone un desacuerdo entre Ego y Alter sobre valores o cuestiones de hecho. Por el contrario, la competencia se basa en el consenso que existe en la evaluación de un bien escaso. Los celos surgen precisamente del desafortunado consenso sobre el valor de una mujer”.

Vilhelm Aubert. *Law as a Way of Resolving Conflicts: The Case of a Small Industrialized Society*².

La violencia intrafamiliar tiene relevancia para las ciencias jurídicas, esta relevancia debe estudiarse con el fin de determinar qué principios y normas son adecuadas para que se materialice efectivamente la justicia, ambición principal del aparato judicial en Costa Rica. Si bien los diferentes instrumentos conceptuales que las

¹John Stuart Mill. *La Esclavitud de la Mujer*. 1869 (primera edición) obtenido de su versión libre en español P.46. Obtenida el 28 de enero del 2020 del portal: <https://instituciones.sld.cu/genero/files/2012/07/Mill-John-Stuart-Esclavitud-femenina-La.pdf>

²Vilhelm Aubert. *Law as a Way of Resolving Conflicts: The Case of a Small Industrialized Society*. En: *Law in Culture and Society*. Editado por Laura Nader. University of California, Berkley, 1997. P.284. La traducción es propia, la cita original se lee: “A conflict of interests does not presuppose a disagreement between Ego and Alter over values or factual matters. On the contrary, competition rests upon consensus in the evaluation of a scarce good. Jealousy springs precisely from an unfortunate consensus over the value of a woman”.

ciencias jurídicas proveen dan una definición unitaria sobre este tipo de violencia, es la principal preocupación del presente estudio determinar cómo dicha forma de definir este tipo de agresiones es incongruente con la lógica reconciliatoria de la doctrina de la Resolución Alternativa de Conflictos, en adelante se referirá a esta solo por sus siglas RAC.

Todo aquello relevante para el derecho es sujeto a ser examinado como un hecho lingüístico por parte de la sociología del conocimiento. En las ciencias jurídicas, son las palabras las principales herramientas utilizadas para controlar y limitar el alcance del carácter sancionador de la ley; es vital para esto confrontarse a un análisis que establezca de forma clara la configuración de elementos que componen una categoría de análisis propia en el campo jurídico; aquí se hace dicho análisis del concepto de violencia doméstica y su correspondencia con la RAC.

El concepto de violencia doméstica ha sido de interés para la exploración tanto en las ciencias jurídicas, la sociología, la psicología, así como de diferentes disciplinas dentro de las ciencias sociales, las cuales tienen como objeto de análisis la conducta humana. En la legislación, así como en la dogmática, existe un enfoque que se describirá de forma introductoria como *tradicional*, el cual utiliza la técnica de realizar una lista de acciones que sirven como guía para que los operadores jurídicos puedan diferenciar este tipo de violencia. Es bajo esta práctica legislativa que se realiza la definición de violencia doméstica que se encuentra presente en la ley costarricense.

La existencia de violencia no es un sinónimo de conflicto, estos son conceptos considerados diferentes y como tales, dentro de distintas ramas en la metodología de las ciencias sociales, reciben tratos diferentes. Mientras la violencia doméstica puede estudiarse como la violencia ejercida cuando media una relación de tipo familiar, esta puede darse de diferentes formas y los límites a su definición pueden estudiarse desde la óptica normativa, así como desde la óptica sociojurídica aquí propuesta. El conflicto, por su parte, supone una situación tiempo espacial o histórica según la cual existe una oposición de intereses, estos pueden darse en la base de conflictos personales, de clase, de intereses, de índole político o bien de valores.

No existe evidencia alguna de que sea necesario un conflicto para que haya la presencia de violencia intrafamiliar, ya que este tipo de violencia puede darse sin que exista ninguna contraposición de intereses, más que el interés lógico de la víctima por no ser agredida y el de la sociedad por proteger esta situación por medio de la ley.

En Costa Rica, hay una creciente industria de la RAC; el análisis propuesto aquí alumbra los espacios donde esta industria se ha expandido en el campo de la resolución de conflictos familiares, particularmente aquellos donde hay un trasfondo de relaciones violentas. Se desea plantear la duda sobre qué tan válido es, dentro de las ciencias jurídicas, proponer el uso de los mecanismos de RAC para proteger a las víctimas de violencia en este tipo de relaciones.

Esta diferencia entre conflicto y violencia como es planteada aquí no es una novedad, se pretende realizar una revisión exhaustiva de la literatura al respecto, tanto por parte de las ciencias normativas, así como justificar la necesidad por implementar un enfoque que proponga el diálogo interdisciplinario y sociojurídico de este problema. Lo novedoso en este sentido es el concepto de violencia intrafamiliar, según el cual se aplica un análisis basado en conceptos de la sociología marxista, como ideología y del estructuralismo, como capital simbólico y violencia simbólica. Se aporta una diferenciación teórica con el fin de que esta tenga consecuencias pragmáticas y sea el impulso de la diferenciación entre violencia y conflicto el que suponga un reto a la influencia de sectores hegemónicos en la doctrina del RAC.

Capítulo II. Aspectos metodológicos y teóricos

2.1. Hipótesis

La RAC, el arbitraje, la mediación y la conciliación son herramientas que funcionan al amparo de la Ley 7727, Ley sobre resolución alternativa de conflictos y promoción de la paz social. Esta no establece un límite a su aplicación según el rango de materias. Dicha ley y sus posteriores reformas están dedicadas al desarrollo del modelo de arbitraje comercial. Aquí se debatirá la idea de la naturaleza conciliatoria de estos procesos, la igualdad de condiciones de las partes y las consecuencias de su aplicación en procesos que son, en esencia, confrontativos, como lo son los procesos de violencia doméstica.

Es el supuesto hipotético principal de la presente investigación enseñar los paradigmas que existen dentro de las Ciencias Sociales, los cuales explican cómo, en procesos judiciales de ciertas índoles, los modelos de arbitraje comercial perjudican a la parte económicamente vulnerable en una relación de poder, debido a la inequidad de condiciones en las que se enfrentan la víctima y el victimario en la dimensión cíclica de los comportamientos agresivos en el seno de la relación intrafamiliar. La prohibición de conciliación en materia de violencia doméstica debe ser protegida como lo demanda el principio de reserva de ley a nivel constitucional y legal, como ha sido corregido recientemente con la publicación del Código Procesal de Familia, en el año 2020 y no por medio de directrices como estuvo regulada por mucho tiempo.

2.2. Objetivo principal

Analizar, desde la perspectiva crítica, la prohibición de mediación y RAC en materia de violencia doméstica en la legislación costarricense. Este impedimento debe ser enmarcado como parte de la función social del Estado costarricense, como promotor de garantías asociadas al debido proceso consagradas en la Constitución Política, así como en diferentes mecanismos de protección de los derechos humanos a nivel Latinoamericano.

2.3. Objetivos específicos

1. Definir la violencia doméstica en correspondencia a la metodología de las ciencias sociales. Para esto se toma como principal referencia la estrecha relación entre la sociología del derecho y los estudios sobre el estructuralismo en las ciencias jurídicas.
2. Exponer la relación de incongruencia entre los mecanismos de RAC y las garantías procesales establecidas para los procesos en materia de violencia doméstica.
3. Comparar las características conceptuales de la violencia doméstica y lo que se entiende como conflicto en la doctrina del RAC.
4. Diseñar un sólido argumento teórico conceptual desde el campo de la sociología jurídica, a favor del establecimiento de la prohibición de mediación y RAC en materia de violencia doméstica en la legislación costarricense.

2.4. Justificación

La obligación de emprender esta investigación nace de la falta de un estudio serio en el medio que contraste las formas de resolver los conflictos familiares en la jurisdicción tradicional, en comparación con los modelos de conciliación y su relación con temas de violencia social. La obra se enfoca en la violencia que sucede de forma particular en el ámbito familiar, pero contextualizada como violencia social. Existen ciertas suposiciones que se pueden tener de previo a tratar este tema con una perspectiva científico social, parte de estas es la confusión entre los conceptos de conflicto y violencia. Estos dos conceptos, cuando son utilizados como sinónimos, se forma el nicho que da nacimiento a una narrativa que perpetua este error.

La presente tesis no intenta observar el fenómeno de la violencia doméstica desde una perspectiva distinta a la que se le da tradicionalmente en la teoría de género en las ciencias jurídicas, por el contrario, corresponde a una visión complementaria a este enfoque que se relaciona de forma directa con esta, sin una oposición directa a sus postulados generales. Se conserva el enfoque de género como una de las influencias

dentro de este análisis, pero vale la pena resaltar que este no es el enfoque principal de esta investigación. Si bien se nutre de la teoría de género y es una influencia para esta obra, el enfoque principal es uno sociojurídico de corte material estructuralista, debido a la ausencia de este tipo de análisis, este es un factor novedoso dentro de la presente investigación y necesario en el ámbito de los estudios de la violencia.

En Costa Rica, la materia de violencia doméstica se resuelve con cotidianidad, por lo general, en los juzgados especializados. Esto a consecuencia de la garantía que sucede al momento en que se instaura un marco legal. Con la publicación del nuevo Código Procesal de Familia, y en especial en su artículo 196, se llega a llenar la antigua presencia de un vacío y es el que se trata de exponer aquí. Las razones fundamentadas del porqué la regulación sobre la prohibición de RAC en materia de violencia doméstica debería ser un asunto de orden legal y no político.

2.5. Estado de la cuestión

Ante la publicación del Código Procesal de Familia, en Costa Rica, en el año 2020, no existía una prohibición legal de conciliar o utilizar los mecanismos de RAC en materia de violencia doméstica. El Consejo Superior, órgano encargado de ejecutar la política administrativa del Poder Judicial, en su sesión 78-12 de agosto del 2012³, acordaba que es improcedente la conciliación en materia de violencia doméstica, así mismo establecía como improcedente homologar un acuerdo en este sentido. La declaración de la prohibición de RAC en materia de violencia intrafamiliar por medio de circulares es una práctica política y no una legal, por lo que se aclara que dicho impedimento es insuficiente para garantizar a las víctimas un proceso justo, ya que estas circulares se dictan de acuerdo con el criterio de los miembros del Consejo Superior, los cuales pueden cambiar dependiendo de sus intereses políticos, administrativos, o bien, personales de quienes lo conforman.

³ Consejo Superior, Poder Judicial de la República de Costa Rica. *Circular N°160-2012 del 18 de setiembre de 2012*, titulada *Improcedencia de conciliar en asuntos donde existe violencia doméstica de fondo*, con el propósito de comunicar el acuerdo de sesión N°78-12 de agosto del 2012 del Consejo, según el cual es improcedente la conciliación en materia de violencia doméstica.

Anterior a esto, Escalante y Solano llevan a cabo en el 2001, un estudio para justificar las razones jurídicas y médico-legales para no admitir la conciliación en materia de violencia doméstica, su artículo en la revista Medicina Legal de Costa Rica lleva como título: *Violencia Doméstica y Conciliación: un Problema Supra Jurídico*⁴. En este artículo, las autoras hacen un repaso por la legislación vigente en esta materia para el momento histórico de su redacción, así como aportan razones técnicas desde ámbitos como la psicología forense y la medicina legal. Ellas realizan un análisis de los principios de la doctrina de la RAC desde la ética y su incompatibilidad con su aplicación en dicha materia.

Norma Gutiérrez en su tesis para optar por el grado de Licenciatura, cuyo título es: *Aplicación de la Mediación y la Conciliación en la Resolución de Conflictos Familiares. Viabilidad en Materia de Violencia Doméstica*⁵, da un giro que se califica aquí de poca rigurosidad conceptual, se confunde en su perspectiva la “desjudicialización” con la modernización del Poder Judicial, equiparándolos a sinónimos. Esta tesis utiliza el empirismo rústico para evaluar la aplicación de la RAC en los procedimientos de violencia doméstica, por lo que no es capaz de llegar a un criterio final, en su lugar, deja abierta la discusión. Su contenido es dúctil y antojadizo, lo que se presenta como argumentos válidos son un grupo de oraciones que apuntan a ventajas de carácter emocional, para justificar la supuesta viabilidad de RAC en esta materia. La autora aboga que es más beneficioso para la víctima tomar el dinero a cambio de un acuerdo conciliatorio, ya que, a su criterio, hace los procesos más rápidos y sin la engorrosa intervención de la justicia tradicional, desechando así el contenido por la forma. La autora parece estar más interesada en ser vinculada a una discusión que tiene interés para la sociedad de forma gratuita, sin realmente aportar algún argumento válido dentro de las Ciencias Sociales a favor o en contra de la viabilidad de RAC cuando hay violencia intrafamiliar.

⁴ Katia Escalante y Priscilla Solano. *Violencia Doméstica Y Conciliación: Un Problema Suprajurídico*. Revista Medicina Legal de Costa Rica vol.18 n.2. Heredia, Costa Rica. 2001

⁵ Norma Gutiérrez. *Aplicación de la mediación y la conciliación en la resolución de conflictos familiares. Viabilidad en materia de violencia doméstica*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. San Pedro, San José, Costa Rica. 2001.

El tema de la influencia que tiene la industria de los servicios de arbitraje en los conflictos de la sociedad es uno que ha sido estudiado ampliamente por la antropóloga estadounidense Laura Nader, en obras suyas como *Harmony Ideology Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*⁶, así como su labor de compiladora y editora en *Law in Culture and Society*⁷. Nade habla de la existencia de una creencia de que el conflicto es necesariamente malo o patológico en la sociedad y que, en su lugar, se debe alcanzar la armonía y minimizar la confrontación por medio de la solución de conflictos. Esta antropóloga dice que dicha creencia es alimentada por motivos económicos y que su puesta en práctica entra en contradicción con ciertos principios jurídicos en el *common law*.

Por su parte, el sociólogo francés Pierre Bourdieu en *La Dominación Masculina*⁸ realiza un estudio histórico de la naturalización del género en la sociedad occidental; el modelo presentado por Bourdieu en este sentido no parte del mero binarismo, sino que habla de cómo la división de los sexos es la fundación de un paradigma de dominación institucional que se suscribe a toda forma de violencia simbólica. Este libro es una muestra del servicio que propicia la teoría de género, así como la teoría feminista, ayuda al investigador social a ser indiferente ante la ilusión que ofrece la genitalización del cuerpo, con esto profundiza en el concepto del cuerpo humano y sus diferencias de sexo biológico o genitales, como una mención a la convención social y no como un sistema de carácter consustancial.

La psicología de la violencia ha estudiado las acciones agresivas de los seres humanos desde diferentes ángulos. Ha sido un avance importante la calificación por parte de la psicopatología del llamado Síndrome de la invalidez aprendida⁹, lo que anteriormente se trataba bajo la errónea denominación de “síndrome de la mujer maltratada”. Este reporte patológico es un estudio serio por parte de Lenore Walker evadiendo aquella tradición

⁶Laura Nader. *Harmony Ideology Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*. Stanford University Press. Universidad de Stanford, California, Estados Unidos. 1990.

⁷Laura Nader. *Law in Culture and Society*. University of California Press. Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos. 1997.

⁸Pierre Bourdieu. *La Dominación Masculina*. Editorial Anagrama. Traducido por Joaquín Jordá. Barcelona, España. 2000.

⁹Lenore Walker. *The Battered Women*. Harper and Row Publishers, Inc, Nueva York, Estados Unidos. 1979.

que ve el problema psicológico desde un marco que impone a la mujer autopercibida como propiedad del hombre, alejándose de aquella perspectiva que la sociedad sexista favorece. Documenta Walker a lo largo de su carrera, su experiencia profesional en el ámbito de la violencia doméstica desde la psicología clínica en la interacción con los procesos judiciales, tanto como parte del proceso judicial administrado del Estado o llamada *tradicional* en comparación a los modelos de solución de conflicto por medio de conciliación o mediación. Así habla de alternativas legales y médicas para enfrentar el Síndrome de invalidez aprendida.

Por su lado, la antropóloga argentina Rita Segato ha estudiado las estructuras sociales de la violencia¹⁰, considera que la violencia de género es la manifestación de una estructura de dominación de los cuerpos de acuerdo con la obediencia de lo que ella llama el *mandato de masculinidad*. Este mandato supone una forma inconsciente, un programa no escrito de reglas sobre el uso del cuerpo de las mujeres para transmitir un mensaje de dominación, la violencia en la familia para Segato es un acto político. Esta autora, además, afirma que *la violencia funciona como un lenguaje*, lo cual permite el análisis estructuralista de la presente obra.

Una de las mayores contribuciones desde el campo de las ciencias de la conducta, al tema de la violencia doméstica, es que esta se convierte en un fenómeno socialmente aprendido, un modelo dinámico de comportamiento dentro de las sociedades industrializadas. Si bien los niños actúan de alguna manera como se les enseña por su medio y principalmente por influencia de sus padres o quien sea que supla ese rol en su núcleo familiar, esto no significa que un niño, o bien cualquier miembro de la familia que haya vivido en la propia experiencia la violencia doméstica, está condenado a repetirlo, o en caso contrario, que un miembro de la familia que nunca haya experimentado este ambiente no es inmune o menos probable a actuar en forma violenta. En lugar de esto, la violencia debe ser explicada como consecuencia de un proceso de racionalización de

¹⁰El estudio de la violencia está presente en toda su obra, pero con principal importancia se refiere a: Rita Laura Segato. *Las Estructuras Elementales de la Violencia*. Universidad Nacional de Quilmes. Argentina. 2003.
Rita Laura Segato. *La Guerra Contra las Mujeres*. Editorial Traficantes de Sueños. Madrid, España. 2016
Rita Laura Segato. *Contra-pedagogías de la Crueldad*. Prometeo Libros. Buenos Aires, Argentina. 2018.

la realidad, por medio del cual la persona actúa de acuerdo con reglas sociales de lo que implica una amenaza desproporcionada para su integridad y que determina el cómo actúa respecto a este registro.

A partir de estos puntos, es posible establecer un precedente desde el análisis estructural del discurso enfocado en el estudio de la violencia doméstica, utilizando herramientas teórico-conceptuales de la sociología jurídica inspiradas en la obra de autores estructuralistas. Esto con el propósito de valorar la construcción de una teoría general de la violencia, de la cual el fenómeno de la violencia intrafamiliar se desprende con factores demográficos particulares y barreras ideológicas específicas. Interesa exponer cómo esto se relaciona con la creciente industria del arbitraje y la conciliación.

2.6. Antecedentes

En primer lugar, se hace un repaso por aspectos de índole histórico-social sobre la violencia doméstica, empezando por la época de la antigüedad y sus principales referentes sobre el tema en la historia del pensamiento social. Posteriormente, aclarado el contexto histórico del objeto de estudio, se toma como antecedente la ley costarricense que establece la protección de las víctimas de violencia doméstica, tanto a nivel constitucional y de tratados internacionales referidos a los derechos humanos, así como a nivel legal, se extiende dicha protección en las leyes referentes a esta materia en particular la Ley contra la violencia doméstica, Ley de criminalización de la violencia contra la mujer y Código de la Niñez y la Adolescencia, entre otros.

2.6.1. Antecedentes históricos: rasgos de la violencia doméstica en la antigüedad

Antes de los romanos, en la antigüedad, hay evidencia de que fueron los egipcios los pioneros en regular la forma de tratar la violencia intrafamiliar. Existía por parte del faraón, quien era la figura del monarca, una responsabilidad de inculcar valores y, por lo tanto, de administrar la justicia. Estos valores se reforzaban para asegurar y facilitar la convivencia familiar, al menos en lo que respecta a la élite social alrededor de su trono.

Según el egiptólogo José Miguel Parra, en *La Violencia Doméstica en el Egipto Antiguo*¹¹, fue el escriba Ptahhotep el autor del siguiente refrán: “*No seas brutal, el tacto consigue más cosas de tu mujer que la violencia*”¹².

Posteriormente, la violencia intrafamiliar se manifiesta en la mitología romana, como señala Franz Hinkelammert: “*Precisamente el ser humano como sujeto tiene una historia, que pasa tanto por la tierra como por el cielo. Hay mitos claves de nuestra tradición, que revelan esta historia. Son mitos de la afirmación del ser humano como sujeto y mitos de su aplastamiento.*”¹³ Hinkelammert toma como referencia dos casos que en la mitología antigua son fundacionales de estas sociedades¹⁴, el mito de Rómulo y Remo relativo a la fundación de Roma y en la tradición bíblica la historia de Caín y Abel. En ambos casos, se trata de hermanos que terminan por darse muerte el uno al otro para conseguir el poder, con este acto, son considerados por la tradición como los fundadores de la civilización.

En el mito de Caín y Abel, relato presente en la Biblia, estos pugnan, siendo Caín el que da muerte a Abel, por eso es considerado como el fundador de la civilización judeocristiana. Dice Hinkelammert que, si bien el mito de la manzana prohibida relatada en el Génesis es apetecible, este no es el mito fundador de la civilización, ya que canaliza la satisfacción de una necesidad. Este mito solamente refleja un cierto apetito de libertad del que se provee al sujeto mitológico al evadir el sometimiento¹⁵.

“La condena por la fruta prohibida es liberación. Hay que ser libre ahora. La condena en el caso de Caín es el signo de Caín como signo de vergüenza. De Caín, entonces, se dice, "que es el constructor de ciudades" (Gén. 4,17). Es el hombre que promueve el progreso. Al progreso sí subyace el asesinato y, por

11 José Miguel Parra Ortiz. *La violencia doméstica en el Egipto antiguo*. Trabajos de Egiptología. III Congreso Ibérico de Egiptología. Editores: MOLINERO POLO y otros. Número 5/2, año 2009. Pp. 139-150 https://www.academia.edu/9839309/La_violencia_dom%C3%A9stica_en_el_Egipto_antiguo

12 *Ídem*. P. 146.

13 Franz Hinkelammert. *El Sujeto y la ley: El Retorno del Sujeto Reprimido*. Editorial Universidad Nacional. Primera edición, 2005. Heredia, Costa Rica. P.433-436.

14 *Ídem*.

15 *Ídem*.

tanto, una violación de la ley moral. (...) Se trata del grito de una determinada masculinidad, que ciertamente domina la historia del patriarcado”¹⁶.

Los antiguos romanos ya utilizaban el término “*vis*” para referirse a la fuerza o violencia, la cual podía presentarse en varios tipos. Se decía que la violencia podía darse de forma justificada o no. Esta podría corresponder a un vicio negocial, así como a la fuerza física irresistible o *vis absoluta*. Sobre la antigua sociedad romana, se encuentra en la literatura algunas referencias importantes:

“Decimos que la familia romana es un sistema social cerrado en el sentido de que en ella toda ambigüedad en cuanto a pertenencia queda eliminada mediante la institución de la *patria potestas*. El *paterfamilias* posee unas facultades discrecionales muy amplias sobre las vidas de los miembros y la hacienda (...) La familia es, además un sistema rígido, porque en ella todos los actos están en principio regulados por un conjunto preciso de reglas cuyos elementos litúrgicos son obvios y que, por así decir, formalizan la vida emocional del romano” ¹⁷.

Salvador Giner expone algunos rasgos especiales de la sociedad romana que imprimen su temperamento, así como las circunstancias anteriormente señaladas:

“La acumulación de derechos y deberes en un miembro solo de la familia hacen de él un hombre *gravis*, cuya actitud ante la vida consiste en el buen mantenimiento de todo aquello que está bajo su directa competencia. (...) Ser varón prudente es uno de los ideales en los que se educa el ciudadano romano.”¹⁸

Molas Font en *La Violencia de Género en la Antigüedad* ¹⁹analiza el concepto de *gámos*, que del antiguo griego puede ser traducido como unión íntima o matrimonio:

¹⁶ ídem. P. 436.

¹⁷ Salvador Giner. *Historia del Pensamiento Social*. Ariel. Barcelona, España. 1987. P.90.

¹⁸ Ídem. P.91

¹⁹ María Dolores Molas Font y otros. *La Violencia de Género en la Antigüedad*. Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, España. 2006.

“El gámos era una institución patriarcal en cuyo seno la práctica de la violencia simbólica y el dominio sobre la esposa permitían la reproducción legítima de la comunidad y, con ella, la del propio sistema organizativo”(....)²⁰
“De lo que no hay duda es de que el gámos significaba uno de los momentos más difíciles de la vida de una muchacha, pues dejaba a su madre y el mundo de la infancia, en el que los únicos hombres a los que veía eran los parientes más próximos, para integrarse, en calidad de adulta, en una familia extraña”²¹.

En la antigüedad, se pueden encontrar antecedentes importantes de la instauración de regímenes patriarcales, donde el rango era de ninguna a muy pocas concesiones para las mujeres y a los miembros de la familia, los cuales eran considerados como una parte más de la propiedad del padre.

Respecto de la violencia doméstica en el campo del pensamiento social, tanto en la Edad Media como en la Ilustración, se reservó el papel de la mujer como depositaria de amor cortés, acalladas a la prohibición de frecuentar lugares públicos solas y no tomadas en cuenta para el estudio de las ciencias y la filosofía por la academia. Posteriormente, es el utilitarismo del inglés John Stuart Mill y su esposa Harriet Taylor, quienes en conjunto en el año 1869 publican su ensayo *La Esclavitud De La Mujer*²². En este abordan por primera vez, con esta relevancia y seriedad, el tema de la emancipación de la mujer, la subordinación legal entre sexos y el trato infantilizado hacia las mujeres.

Son Karl Marx y Friedrich Engels (con mayor importancia el segundo, ya que el primero se encontraba moribundo para entonces) quienes divulgan su interpretación de la obra del antropólogo Lewis Henry Morgan, en *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*²³. En este libro, Marx y Engels exploran el concepto de familia a través de una descripción material-histórica, a partir de una tipología de la familia que extraen del estudio de la antropología de Morgan. Estos se enfocan en una crítica a la diferenciación

²⁰ Ídem. P.75.

²¹ Ídem. P.86.

²² John Stuart-Mill. Op. Cit. 1869.

²³ Friedrich Engels. *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Versión digital del archivo Marx-Engels de la Sección en Español del Marxists Internet Archive (www.marxists.org), 2017. Extraído del sitio web el día 30 de enero del 2020: https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf

de las llamadas sociedades salvajes, de aquellas que se inscriben al proyecto occidental distinguidas como civilizadas. Este contraste lo hacen en torno a la relevancia de la distribución de los recursos materiales y un análisis sociológico sobre las relaciones de poder y género.

Se dividen los tipos de familia en consanguínea, la cual ha desaparecido por completo²⁴ y cuya diferenciación radica en que el límite a la constitución del núcleo lo compone la prohibición al incesto entre padres e hijos, pero no así entre hermanos. Posteriormente, se habla de familia punalúa que excluye de la reproducción a padres, hijos y hermanos. Sobre algunos aspectos político-sociales de la familia punalúa, dice Engels:

“Éste es el tipo clásico de una formación de la familia (*Familienformation*) que sufrió más tarde una serie de variaciones y cuyo rasgo característico esencial era la comunidad recíproca de maridos y mujeres en el seno de un determinado círculo familiar, del cual fueron excluidos, sin embargo, al principio los hermanos carnales y, más tarde, también los hermanos más lejanos de las mujeres, ocurriendo lo mismo con las hermanas de los maridos”²⁵.

La siguiente es el tipo de familia sindiásmica que es aquella formada a partir de parejas por un tiempo más o menos largo, donde el hombre poseía una mujer principal, entre otras numerosas de carácter secundario, pero para las mujeres solamente este esposo podía ser el principal y único. Engels menciona que en este periodo se empieza a entender cómo el transcurso histórico del concepto de la familia es el de la reducción del círculo, en primer lugar, se extendía la familia a los esclavos. El hombre incorpora a los esclavos dentro de su potestad paterna y los hijos del padre conocen a su madre, pero saben poco de sus padres.

“Y añade Marx:

²⁴ Ídem. “Ejemplo típico de tal familia serían los descendientes de una pareja en cada una de cuyas generaciones sucesivas todos fuesen entre sí hermanos y hermanas y, por ello mismo, maridos y mujeres unos de otros. La familia consanguínea ha desaparecido” P.11

²⁵ Ídem. P.12.

“La familia moderna contiene en germen, no sólo la esclavitud (*servitus*), sino también la servidumbre, y desde el comienzo mismo guarda relación con las cargas en la agricultura. Encierra, *in miniature*, todos los antagonismos que se desarrollan más adelante en la sociedad y en su Estado”²⁶.

Es así como nace la familia monogámica, su principal diferencia recae en la certeza del padre, pero aún no se instaura de manera institucional y equitativa de la práctica de la monogamia ni la extensión de la igualdad de los miembros de la familia frente a la ley.

La importancia de la obra de Marx y Engels sobre el origen de la familia recae en la concepción de la familia como un fenómeno material histórico, esta perspectiva es opuesta a aquellas teorías que asumen a la familia como algo prepolítico, anterior a la instauración del ser humano en la sociedad. En la actualidad existe una opinión, aunque no mayoritaria, a favor de la conciliación en materia de violencia doméstica y se puede notar en estos discursos una gran confusión al hacer interpretaciones de conceptos biológicos salidos de su contexto, para definir diferentes instituciones en la sociedad como la familia; de tal forma, se ve como si este concepto pudiera interpretarse desde una perspectiva no política. Lo cierto es que la ley y toda la cobertura que su instauración propone es un proyecto político y este orden ha permeado la forma en como conviene que se entienden los componentes de la familia.

Posterior a lo planteado por Engels y Marx, se han desarrollado una gama de reformas en el escenario político, jurídico, en la literatura científica y en la filosofía sobre el papel de la familia en la sociedad. Al llegar a la actualidad, hay que tomar en cuenta que ha existido un progreso importante, un gran salto en torno a la protección a las víctimas de la violencia doméstica en las sociedades modernas tanto a las mujeres, así como a los menores de edad; al ser quienes asumen la parte históricamente más vulnerable en las relaciones de poder originarias en la convivencia familiar.

La protección especial a la mujer y a los menores de edad no supone la discriminación flagrante del género masculino en la ley nacional, es decir, el hombre también está

²⁶ Ídem. P.23.

protegido por dichas leyes que regulan las relaciones de parentesco donde ha mediado violencia y estos casos se ven en la vida cotidiana. Fuera de invisibilizar esta forma de violencia, se clama aquí por un control judicial que se ejerza independientemente del orden jerárquico por medio del cual la sociedad le otorgue valor a alguien por su papel como esposo/padre o esposa/madre, así como independiente de la capacidad monetaria de las partes; algo que es difícil o imposible garantizar en el escenario de negociación del modelo de resolución de conflictos de índole comercial.

2.6.2. Derechos humanos y violencia doméstica en la ley costarricense

El caso de la ley costarricense es el principal antecedente, este marco legal supone avances que se dan dentro del sistema judicial. Esta evolución se da como un proceso histórico global, donde el Estado costarricense no está aislado como el único Estado responsable de regular la violencia intrafamiliar en su espacio de soberanía. Este esfuerzo en la legislación nacional va acompañado de una lucha a nivel internacional que se impulsa a partir de la instauración de la doctrina de los derechos humanos y que también cobra fuerza con las diferentes oleadas de feminismo que han influenciado la expansión de derecho civiles y políticos para las mujeres, tanto en la sociedad como el trabajo, la sexualidad y la familia. Se recalcan diferentes ejemplos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de cómo se ha combatido en esta jurisdicción la violencia intrafamiliar y contra las mujeres.

Cuando se refiere al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es importante diferenciar entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se encuentra en los Estados Unidos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya base está en Costa Rica. No se puede perder de vista tampoco que los estándares que se aplican en el país, de acuerdo con el principio de jerarquía de las normas, así como según la Constitución en su artículo 7, establecen la primacía de los tratados en torno al tema de derechos humanos, inclusive por encima de la misma carta magna.

La Comisión es un órgano cuasijudicial, está dedicado a promover los derechos humanos a nivel interamericano. Ambos, la Comisión y la Corte, son órganos intergubernamentales, establecidos por varios Estados; sin embargo, la Comisión

acompaña a los funcionarios estatales en lo que concierne a tratados. Costa Rica en particular ha firmado y ratificado varias de estas convenciones, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención de Belém do Pará, las cuales son de carácter vinculante. Como parte del trabajo de la Comisión, se compone de procesar peticiones individuales, otorgar medidas cautelares, visitas, y audiencias de distintos temas, entre otros.

En este contexto, se desarrolla la Relatoría sobre los Derechos de la Mujer en la misma Comisión, tomando en cuenta que las mujeres y niñas en particular son un grupo históricamente vulnerable a los tipos de violencia conocidos como estructural. Todo esto como parte de la gama de herramientas con las que cuenta el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en materia de violencia doméstica.

A partir de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, conocida también como la Convención de Belém Do Pará, en 1994, este tema cobra importancia para el Sistema Interamericano. Así mismo algunos casos vistos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han marcado unas pautas jurisprudenciales específicas sobre las obligaciones de los Estados de prevenir la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes y, en particular, dentro del contexto de la violencia intrafamiliar.

En el contexto judicial en Costa Rica, el abordaje de este tema se da de forma multidisciplinaria, se estudian los casos desde la administración de justicia de la mano de equipos de especialistas, con la tarea de brindar aspectos de índole pericial y que, a su vez, respaldan las decisiones en los juzgados según los parámetros técnicos de las ciencias sociales (por lo general profesionales en psicología, trabajo social y medicina legal).

Sobre el papel de los Estados que se inscriben tanto a las convenciones interamericanas en esta materia, así como de aquellos Estados que se suscriben al proyecto político del Estado de Derecho a nivel global y los asociados a las democracias liberales constitucionalistas, deben establecer mecanismos que los responsabilicen como

detentadores del monopolio de la coacción agresiva; los procesos de violencia doméstica no son la excepción de este monopolio.

Pedro Rocamora habla sobre el orden jurídico y cómo este funciona a un nivel simbólico, así como cuando *“se puede patear una silla en vez de al enemigo”*²⁷, añade, además, una cita de Norval Morris, criminólogo y jurista de nacionalidad australiana, de finales del siglo pasado: *“El proceso penal constituye la sustitución por el Estado de los instintos vengativos de la persona perjudicada lo que se confirma por el reconocimiento de que el daño infligido a la víctima lo es también al Estado”*²⁸. Añade Rocamora que, en el ámbito civil, el cual también encuentra similitudes al proceso de violencia doméstica que ocupa este estudio: *“Cierta individuo puede presentar una demanda contra su enemigo en lugar de intentar asesinarlo; en tal caso habrá un cambio en la forma de agresión”*²⁹.

Es en respeto a las convenciones de derechos humanos anteriormente mencionadas y en observancia del principio del monopolio de la administración de la justicia del Estado, que se extiende la protección a las víctimas de los procesos de violencia doméstica en Costa Rica. Pero esta atención al problema de la administración de justicia en el contexto de la violencia intrafamiliar no puede darse desde la perspectiva de la ciencia jurídica exclusivamente como si se tratase de un conocimiento aislado.

Se propone en esta investigación la confrontación de esta problemática de forma integral, con aportes desde varias disciplinas de las ciencias sociales y con el propósito de cuestionar la atención de medidas de protección a favor de las víctimas y para la prevención de este tipo de violencia en la dogmática jurídica positivista tradicional, en relación con la aparición de los llamados mecanismos de RAC y su aplicación en esta materia.

Es importante para la atención de este problema tener un entendimiento de los factores que generan este tipo de violencia en su dimensión estructural y cómo esto permea en las diversas actividades de la vida humana, en la esfera social, económica y política.

²⁷Ídem. P.186.

²⁸Ídem.

²⁹Ídem. P.187.

Dentro del deber de actuar de forma diligente que tienen los Estados en el contexto de la protección que da el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra el deber de prevenir la violencia, así como de prevenir la discriminación.

Esta responsabilidad que tiene el Estado se constituye de la mano del fortalecimiento de las instituciones públicas, tomando en cuenta la administración de justicia y no de forma excluyente a las demás instituciones del Estado. La dotación de recursos adecuados en instituciones públicas para cumplir con el deber de prevención de los factores de riesgo de esta violencia forma parte de las necesidades de las víctimas que buscan servicio y que con frecuencia viven la judicialización del conflicto que se vive en la familia.

En la Corte Interamericana han existido antecedentes en torno a este tema, en particular se menciona en el caso *González y otras versus México*³⁰, cuya sentencia se da el 16 de noviembre del 2009 y que responsabilizó al Estado mexicano por la falta de diligencia en las investigaciones realizadas ante el feminicidio.

Este es conocido como el “*caso del campo algodnero*”, se refiere a tres mujeres aparecidas muertas, reportadas anteriormente como desaparecidas, las cuales se valoró que no fueron consideradas importantes para las autoridades. Polémicos fueron los requisitos en torno a cómo fueron reportadas a las autoridades estas desapariciones; funcionarios judiciales encargados de las búsquedas que decían a las madres que, a pesar de que sus hijas estaban desaparecidas, pudieron haberse escapado de casa, afirmando con esto que son “una clase de personas las que huyen de la casa”, cumpliendo así con estereotipos negativos formados alrededor de la mujer y su tradicional papel en la familia, comprometiendo así la protección de las mujeres, madres y de las víctimas niñas.

Es la primera sentencia que en particular se trata del tema de la violencia sobre las mujeres de la Corte Interamericana. En estos casos, las investigaciones tienen alcances

³⁰ Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso González y otras (Campo algodnero) vs. México*. Sentencia del 16 de noviembre del 2009. Resumen ejecutivo de la sentencia disponible en revisada el 22 de febrero del 2020: www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/245349/703704/file/Resumen%20Ejecutivo%20de%20la%20Sentencia%20%20Elaborado%20por%20la%20SCJN.pdf

adicionales, que tienden a una perspectiva de género, ya que es importante para los funcionarios de las instituciones del Estado entender este tipo de violencia y cómo se producen los feminicidios, los actos de violencia sexual y homicidios o actos de violencia dentro del contexto intrafamiliar. Se establece la responsabilidad del Estado de prevenir los factores de riesgo y proveer en esta línea una respuesta efectiva.

Los Juzgados de Violencia Doméstica en Costa Rica se pronuncian utilizando no solamente los instrumentos generales que emanan del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, además, deben integrar estos instrumentos que son guías importantes, como esta sentencia anteriormente mencionada.

2.6.3. Antecedentes de la relación entre la violencia doméstica y la resolución alternativa de conflictos

Este es un breve repaso por la historia de las prácticas estatales y jurídicas destinadas a tratar el tema de la violencia intrafamiliar para proteger a la víctima. A consecuencia de esto, esta sección se convierte en un estudio histórico de las formas de reprimir la violencia doméstica que se han brindado en torno a las partes involucradas.

Son dos condiciones preexistentes las que se consideran esenciales de explicar: 1) el establecimiento de un marco normativo con medios institucionales apropiados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar; y 2) la instauración de mecanismos alternativos a los procesos judiciales o RAC, que si bien no son sustitutivos de los contenciosos, están dirigidos a la solución pacífica, no confrontativa, de controversias civiles, familiares y patrimoniales. Estos amplían las posibilidades de los ciudadanos sujetos al ordenamiento jurídico de solucionar sus disputas sin la tutela directa del Poder Judicial, pero con su aprobación. Como lo establece la ley número 7727, Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social³¹.

³¹Poder Legislativo De La República De Costa Rica. *Ley número 7727. Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social*. 09 de diciembre de 1997. San José, Costa Rica.

Establecidos estos dos puntos, se hace referencia a una opinión que dentro del medio ha sido documentada por Gutiérrez en su tesis de grado³², quien afirma que el marco normativo de prevención y sanción de la violencia intrafamiliar es insuficiente, que son algunos casos donde emergen agresiones dentro del hogar y que corresponde a estos mecanismos de RAC, a su forma de verlos, solucionarlos.

“Hay asuntos familiares donde se presenta un tipo de violencia doméstica, pero en el fondo el problema puede ser conciliable. Por ejemplo, en el caso que exista violencia doméstica pero el problema de fondo es una disputa por la guardia y custodia de un hijo que generó un acto violento de agresión. Según su criterio, el aplicar medidas para que el hombre no llegue a la casa no está solucionando nada la solución está abajo (...) sin embargo a nivel judicial no quieren meterse en ese asunto y dicen en materia de violencia doméstica o en casos donde se evidencia o detecte algún tipo de violencia no hay que conciliar”³³.

Opiniones de este tipo que, si bien son marginales, han permeado el medio manifestándose en los juzgados, así como en la mente de intelectuales, juristas y políticos de toda índole. Esta es la conceptualización instrumental de la justicia alternativa llevada a justificar su aplicación en el marco de la violencia intrafamiliar, dispuesta a confundir las nociones de conflicto, como oposición o desacuerdo entre dos o más partes y el concepto de violencia doméstica entendida como toda *acción u omisión directa o indirecta que produzca menoscabo en la integridad física, sexual, psicológica o patrimonial de las personas*³⁴, ejercida en contra de aquellos parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado como es consagrado por la Ley contra la violencia doméstica en su artículo 2.

La confusión de ambos términos, conflicto y violencia, es en la que se reduce el argumento carente de sentido que proporciona la opinión anteriormente expuesta en la tesis de grado de Gutiérrez, según esta, en la materia especializada de violencia

³²Norma Gutiérrez. Op. Cit. 2001.

³³Norma Gutiérrez. Op. Cit. 2001. Opinión experta del exmagistrado de la Sala Primera Rodrigo Montenegro expuesta en dicha tesis. P. 287-288.

³⁴Definición extraída de: Yolanda Bertozzi. *Manual Para utilizar la Ley Contra la Violencia Doméstica*. Editorial Juricentro, primera edición. San José, Costa Rica. 2002. P.89.

doméstica, se atienden asuntos con disposición reconciliatoria y de concordia. Si bien lleva razón al afirmar que algún conflicto de intereses es posible que subyace en las relaciones patrimoniales o la custodia de algún menor, como en el ejemplo expuesto, pero esto de ninguna forma se relaciona con lo que la Ley en contra de la violencia doméstica pretende regular.

Se afirma que: *“el hombre no llegue a la casa no está solucionando nada”*, pero las medidas de protección que establecen los juzgados especializados en la materia de violencia doméstica no están destinadas a resolver ninguno de estos problemas, en su lugar están destinadas al cumplimiento del mandato constitucional de resguardo a la vida y la dignidad. Además, si bien las medidas de protección pueden llegar a afectar a la parte agresora en su funcionamiento cotidiano, con el hecho de que se expone a ser removido del hogar, esto es en consecuencia directa a su actuar agresivo y socavador de la integridad física de otro miembro del hogar que se mantiene siempre por ser probado y no es gratuito ni es un castigo.

La prohibición de la RAC en materia de violencia doméstica se relaciona a lo establecido en la Convención Belém do Pará. Al haber sido firmada por varios países del área, incluido Costa Rica en el año 1994 y establecer en su artículo 7 una serie de obligaciones para los Estados firmantes, donde se incluye prevenir, investigar y sancionar, cualquier práctica de violencia contra la mujer, enmarcados, por supuesto, como aquí se estudia, también en el contexto del hogar. Se establece en este mismo artículo la obligación de los Estados de dotar de medidas jurídicas, legislativas y de diversas índoles a nivel institucional para velar por proteger a los miembros de la familia y el deber de asentar procedimientos justos y eficaces para que quien haya sido víctima de esto encuentre reparación en la ley.

Según datos del Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI (Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará)³⁵, para el 2015 eran únicamente Ecuador, Bolivia,

³⁵ Mecanismos De Seguimiento De La Convención Belém Do Pará. Organización De Los Estados Americanos. *Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de*

Paraguay, Panamá, República Dominicana y Costa Rica, de los 19 países firmantes, los únicos donde figura el establecimiento legal de mecanismos de conciliación en esta materia. Hecho que fue corregido en Costa Rica, por medio del artículo 196 del Código Procesal de Familia publicado en el 2020.

De acuerdo con el principio general constitucional de legalidad, como fue expuesto por la Sala Constitucional en su voto número 1739-92:

“(…)en los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica, según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto. En nuestra Constitución Política, el principio general de legalidad está consagrado en el artículo 11, y resulta, además, del contexto de éste con el 28, que recoge el principio general de libertad -para las personas privadas- y garantiza la reserva de ley para regularla, con el 121, especialmente en cuanto atribuye a la Asamblea Legislativa competencias exclusivas para legislar (incisos 1, 4 y 17), para crear tribunales de justicia y otros organismos públicos (incisos 19 y 20) y para disponer de la recaudación, destino y uso de los fondos públicos (incisos 11, 13 y 15); potestades que no pueden delegarse ni, por ende, compartirse con ningún otro poder, órgano o entidad (artículo 9), y que generan consecuencias aún más explícitas como las que se recogen en la Ley General de la Administración Pública, principalmente en sus artículos 5 y 7 -que definen

Expertas del MESECVI. Washington, Estados Unidos. 2015. P.37. Disponible para el día 31 de enero del 2020 en el sitio web: www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf

las jerarquías normativas-, 11 -que consagra el principio de legalidad y su corolario de regulación mínima-, 19 y 59.1 -que reafirman el principio de reserva de la ley para régimen de los derechos fundamentales y para la creación de competencias públicas de efecto externo. Téngase presente, asimismo, que en Costa Rica tal reserva de ley está confinada a la ley formal emanada del órgano legislativo, por estar prohibida constitucionalmente toda delegación entre los poderes públicos (artículo 9), haciendo así impensables los actos con valor de ley, por lo menos en situaciones de normalidad”.³⁶

Si la Sala de lo constitucional en Costa Rica define el principio general de legalidad de esta forma, entonces, como consecuencia, este principio somete a la legislación especializada en materia de violencia doméstica.

La Constitución Política de 1949 instauró conceptos novedosos para la época en materia de familia como la igualdad de los derechos de los cónyuges y la protección a los menores, esto llevó a los años a introducir reformas al Código Civil para dar paso a la creación del Código de Familia de 1974³⁷. Gracias al esfuerzo del jurista Gerardo Trejos, autor de *Introducción al Derecho de Familia Costarricense* (1977), *Derecho de Familia Costarricense* (1982), entre otros, se da paso a un perfil diferente a nivel de legislación de derecho de familia y se intenta superar algunas nociones del derecho canónico, donde el matrimonio y la familia tenían la condición de sacramento, el marido debía protección a su esposa y esta obediencia incondicional a aquel, sucedía así según el título V del libro I del Código General del Estado emitido por Braulio Carrillo en 1841³⁸.

Dentro de lo establecido en este mismo cuerpo normativo, estaba el requerimiento de autorización del marido para que cualquier mujer casada, o en caso de no estarlo, autorización de su padre o algún hombre de la familia, con el fin de ejercer actos

³⁶Sala Constitucional, Poder Judicial De La República De Costa Rica. *Voto No.1739-92 al ser las 11:45 del 01 de julio de 1992*. San José, Costa Rica.

³⁷Jorge Francisco Sáenz Carbonell. *Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica*. Editorial Isolma, primera edición. San José, Costa Rica. 2009. P.371

³⁸Ídem. P. 367.

judiciales, celebrar contratos o testar libremente³⁹, ya que aquella era vista como una parte más del patrimonio del hombre.

Por mucho tiempo, esta prohibición a conciliar en esta materia estuvo regulada por medio de circulares y directrices de la Corte Suprema de Justicia, en particular la número 160-2012, la cual establece que el Consejo Superior, en sesión 78-12, de agosto del año 2012, acordó considerar improcedente en materia de violencia doméstica, proponer la conciliación ni homologar acuerdos “*ni tampoco proponer la conciliación ni homologar acuerdos en los casos de otras materias, donde está presente dicha violencia*”⁴⁰. Esto suponía un criterio político y no una garantía necesaria para asegurar una regulación específica sobre utilizar la RAC cuando hay antecedentes de violencia intrafamiliar.

En el 2019, se aprueba el Código Procesal de Familia⁴¹, que contiene una parte exclusiva para los *Medios Alternos de Solución*, dentro del Título VI sobre la *Terminación Anticipada de los Procesos*. Este capítulo establece una serie de reglas mínimas para la instauración de soluciones extrajudiciales y sobre la etapa procesal de conciliación. El artículo 196 establece la prohibición explícita de conciliar en materia de derechos fundamentales o irrenunciables, aún así establece la posibilidad de instaurar un acuerdo conciliatorio parcial. Si bien este artículo es un avance importante en la lucha por la erradicación de este tipo de violencia, a partir de esta diferencia y de permitir que existan acuerdos parciales, falla en excluir del todo que, en dinámicas familiares, donde antecede un escenario de violencia y abuso, sea posible instrumentalizar estos mecanismos de negociación y RAC para mantener el dominio injustificado sobre bienes patrimoniales y económicos, beneficiando a un miembro de la familia sobre otro.

En la ley costarricense, en el marco que protege a las víctimas de violencia en la familia, existe un antecedente relevante como lo es la Ley contra la violencia doméstica, Ley 7586, en el artículo 12 establece claramente el derecho a la comparecencia, esta es una audiencia oral en el plazo de tres días donde las partes evacúan la prueba. Esta instancia

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Consejo Superior, Poder Judicial De La República De Costa Rica. Op. Cit. 2012.

⁴¹ Poder Legislativo De La República De Costa Rica. *Ley número 9747. Código Procesal de Familia*. 23 de octubre de 2019. San José, Costa Rica.

no debe utilizarse con la meta de conciliar a las partes afectadas, tal acción sería contraria al impulso de la víctima a denunciar a su agresor y de las condiciones de desigualdad, coacción y discriminación que implica para el gestionante un perjuicio en el escenario de una negociación o arbitraje.

Similar es el tratamiento que hace de esta materia el artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7739, que prohíbe la posibilidad de conciliar cualquier asunto relacionado con violencia doméstica, así como aquellos que traten de la suspensión o pérdida de autoridad parental ni aquellos donde medie la comisión de algún delito, en el caso de que dicho asunto involucre algún derecho irrenunciable de la parte. La Sala Constitucional en su resolución 2002-07362 de las 15:53 horas del 24 de julio del 2002⁴², señaló sobre este artículo que dicho impedimento puede ser interpretado como improcedente en los casos que tanto el imputado como el ofendido sean ambos menores de edad. En dichos casos, sí será posible realizar la conciliación, aunque estén involucrados derechos no renunciables.

En la comparecencia oral que establece el artículo 12 de la Ley contra la violencia doméstica, se debe procurar escuchar a las partes y sus declaraciones consideradas como medios de prueba, esto con el fin de establecer una apreciación personal y directa por parte del juez, pero no como un evento conciliatorio. Esta forma de interpretar la prueba y contrastarla con los hechos y las normas es considerada como parte del entrenamiento previo con el que consta que tiene el juez por medio de la autoridad que lo embiste. Este entrenamiento asegura que se cumplan garantías constitucionales que aseguran que se van a juzgar los conflictos de valores en coincidencia con el respeto a la dignidad y la vida, razones por las que se implementan las medidas de protección. En lugar de asimilar este análisis de la prueba, especialmente la testimonial, en congruencia con otro sistema de valores como el de las sociedades sexistas, que prefieren mantener la “unidad familiar” por sobre la estimación de la vida y la dignidad.

⁴²Sala Constitucional, Poder Judicial de la República de Costa Rica. *Voto 2002-07362 de las 15:53 horas del 24 de julio del 2002*. San José, Costa Rica.

La instauración de una jurisdicción especializada en materia de violencia doméstica en Costa Rica, más que referirse a un proceso histórico organizado por etapas, destinadas a mejorar la atención y calidad del servicio a las víctimas y garantizar el debido proceso a los acusados, es, en su lugar, la historia de una idea propia del pensamiento social, como lo es la instauración de garantías en la solución de conflictos de valores, que se ha establecido en ayuda de los más vulnerables. Estas garantías existen en favor del testimonio de personas que pertenecen a sectores marginalizados, esta es una norma establecida para contrarrestar la tendencia tradicional de no creer a las mujeres y a los menores de edad, por ejemplo, pero esta norma puede ser y de hecho ha sido abusada más de una vez.

Abusos a esta norma pueden conformarse como testimonios contradictorios, mentiras, prueba alterada y todo tipo de artimañas para hacer parecer que alguien es un agresor en el ámbito intrafamiliar, aunque no lo sea. Ante esta circunstancia, se hace la suposición de que los medios alternativos o de RAC funcionan para mitigar esta posibilidad de engaño, debido a que sirven como un filtro para que las personas puedan resolver el conflicto que subyace a la invención de un testimonio falso o la implantación de una prueba espuria. Pero este argumento es débil, en el tanto se obvia que la jurisdicción especializada, en su etapa procesal, ubica su comparecencia y mecanismos de prueba que están pensados para proteger el valor vida e integridad física y no para solucionar ningún conflicto. Para los casos en que existan testigos falsos y prueba espuria, la ley establece delitos en el ámbito penal como en el de falso testimonio, por ejemplo.

2.7. Marco teórico conceptual

Esta sección pretende brindar una guía de índole conceptual para el desarrollo de los capítulos posteriores a la investigación, el desarrollo de esta está estrechamente ligado a las preguntas elementales que plantea el estudio. En principio, se establece un marco común para la utilización de conceptos como ideología e ideología de la armonía, categorías apropiadas para estudiar el contraste con los posibles espacios existentes en

la legislación costarricense que establece la mediación, la conciliación y, en general, la RAC, en comparación a la justicia formal.

En segundo lugar, se plantean las bases de una crítica a la definición del concepto de violencia doméstica en el derecho positivo, esto a partir de un estudio profundo del pensamiento sociojurídico y en especial con relación a la obra de Pierre Bourdieu y Rita Segato, en lo relativo a la violencia simbólica. Bajo esta base de análisis, es posible entender la violencia doméstica dentro de las ciencias jurídicas como una categoría que opera en diferentes dimensiones, siendo la simbólica jurídica una. Esta dirección que se toma en este ejercicio de definición conceptual es con el fin de aportar una explicación desde la sociología del conocimiento, al problema de la violencia doméstica, brindando un entendimiento amplio del fenómeno desde una perspectiva metadogmática.

En palabras de Stephen F. Barker: *“El sistema formalizado es como un juego (...) las afirmaciones que hagamos sobre el juego no constituyen ellas mismas jugadas dentro del juego. (...) Estos últimos pertenecen no al sistema sino a nuestro metalenguaje, el lenguaje en el cual llevamos a cabo nuestro estudio”*⁴³. Entendiendo la dimensión teórica de la investigación como las reglas del juego, se habla de una dimensión metadogmática en el sentido que Barker habla de un meta-juego, realizando observaciones sobre cómo jugar el juego y que no constituyen en sí mismas jugadas dentro de este.

Se diseña una forma particular de cómo estudiar la violencia doméstica en el campo jurídico y en su relación con el estudio de la sociología estructural. Más allá de una mera descripción de la violencia doméstica, da lugar a un análisis complejo sobre el sentido del estudio de la violencia intrafamiliar en la técnica jurídica entendida como la utilización concreta del lenguaje, destinada a materializar las convenciones establecidas por el orden jurídico.

⁴³Stephen F. Barker. Extraído de: Claudio Gutiérrez y otros. *Teoría del Método en Las Ciencias Sociales*. Selección, Introducción y notas de. Editorial Educa, Centroamérica. San José, Costa Rica. 1977. Pp. 96-97. Tomado de *Philosophy of Mathematic* (New Jersey; Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1964, pp.92-97).

2.7.1. Resolución alternativa de conflictos e ideología de la armonía en las sociedades industrializadas

Las instituciones que se encargan de resolver los conflictos en la sociedad, tanto a nivel judicial como legislativo, cumplen diferentes funciones, no siempre relacionadas al mantenimiento de la paz y el orden. Se realiza una distinción presente en las sociedades industrializadas sobre los modelos legales de resolución de conflicto por medio del litigio, así como aquellos al servicio de la doctrina de RAC; esta es la diferencia entre dos tipos de conflictos, los conflictos de intereses y conflictos de valores y hechos. Esta distinción la realiza el autor Vilhelm Aubert⁴⁴.

Aubert plantea que los conflictos de intereses suponen un modelo que puede ser bilateral o multilateral, pero que, en primer lugar, se derivan de una situación de escasez, es un modelo donde al menos dos voluntades (Ego y Alter) quieren la misma cosa y simultáneamente no hay suficiente de esta para satisfacer a ambos⁴⁵. Este es el caso, por ejemplo, de los contratos de compraventa, donde el comerciante tiene el interés de vender su mercancía al mayor precio posible y el comprador de adquirirlo a un precio más bajo; al menos esa es la percepción bajo la lógica de un modelo de mercado con el objetivo de intercambiar bienes y determinado por demandantes y oferentes.

El mismo autor hace referencia al modelo *minimax*⁴⁶ de la teoría de juegos, donde las negociaciones y estrategias que utilizan las partes se caracterizan por su deseo de sacrificar su chance de obtener una ganancia máxima, es decir, obtenerlo todo y asumir en su lugar, una posición interna de minimizar el riesgo de una pérdida máxima. Esto, en teoría, es aplicable para aquellos conflictos donde los intereses de las partes sean cada vez más contradictorios, pero existen tipos de conflictos donde la incompatibilidad de los intereses responde a un grupo de valores o de hechos, estos son llamados juegos bipersonales de suma cero (*zero-sum games*)⁴⁷; son aquellos como el ajedrez, donde las ganancias y las pérdidas se equiparan generando cero valor y únicamente contribuyendo

⁴⁴Vilhelm Aubert *Law as a way of Resolving Conflicts: The Case of a Small Industrialized Society*. En: Nader, Laura. Op. Cit. 1997. Pp. 283-289

⁴⁵*Idem*. P.283.

⁴⁶*Idem*. citando a Duncan Luce y Howard Raiffa en: *Games and Decisions*. Editorial: John Wiley New York, Estados Unidos. 1957.

⁴⁷*Idem*. P.284.

a la redistribución del valor, donde el beneficio de un lado aparece inmediatamente como un costo para el otro.

En los casos donde exista una discordia entre un sistema de hechos o de valores, el conflicto no puede ser resuelto por medio de la negociación o RAC, en esta eventualidad es cuando las partes con frecuencia acuden a las cortes, para asegurar un resultado de acuerdo con la ley. En los casos donde predomina un modelo de suma no cero, es decir, aquellos como el que se presenta por las partes Ego y Alter, existe una relación de concordancia entre el valor de cierto bien que no es abundante, por ejemplo, el valor del dinero como parte de una eventual conciliación donde exista violencia intrafamiliar y que pretenda resarcir el daño causado de forma monetaria.

En estos casos, se está frente a una incompatibilidad entre valores y hechos, se vuelve imposible desarrollar un plano material en común para que la negociación o RAC sea posible. Por ejemplo, puede existir una incompatibilidad entre quienes le dan a la violencia doméstica el valor de un hecho que afecta de manera indirecta a varios grupos de la sociedad, así como existen posiciones contrarias que afirman que este es un hecho de valor privado e individual y que, además, puede ser resuelto por medio de una transacción de índole pecuniaria. Esta discordancia puede radicar en el valor que tiene la mujer en la sociedad y como históricamente ha sido configurado, como una parte más de la propiedad, esto es igual para los otros miembros de la familia fuera del padre.

En Costa Rica existe una demanda por el sector económico de servicios, dentro del cual destaca la instauración de una creciente industria del arbitraje. No se pretende aquí analizar con detalle aquellas cifras correspondientes al crecimiento anual dentro del sector terciario en lo correspondiente al *outsourcing* empresarial de los servicios de RAC y el impacto que ha tenido la revolución digital para facilitar que en el país exista tal industria⁴⁸. Aquí se conforman únicamente con establecer que dicha industria existe, y

⁴⁸En Costa Rica desde la publicación de la Ley 7727 Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, se ha expandido el modelo de RAC como un modelo de negociar, este ha experimentado diferentes atribuciones, una de ellas es ser considerado en este medio y por opinión de algunos expertos una industria sumamente lucrativa en campos como el Derecho Laboral y Comercial. Sobre esto comentan en medios de prensa escritos:

que es un antecedente para sustentar esta tesis, de que, en lo correspondiente a materia de violencia doméstica, la doctrina del arbitraje, la mediación y el RAC tienen un conflicto de valores y de hechos con lo planteado por algunos tratados internacionales de derechos humanos (como la Convención Belém do Pará y la CEDAW).

Laura Nader define esta confusión como parte de su concepto de *ideología de la armonía*. Para Nader, la ideología de la armonía es, de forma concreta, el uso de la retórica de la paz a través del consenso⁴⁹. *Yo llamo ideología de armonía, a la creencia de que la armonía disfrazada de compromiso o acuerdo es ipso facto mejor que una postura adversarial*⁵⁰.

Desde 1976, la Dra. Laura Nader ha sido consistente en demostrar aspectos en la sociedad norteamericana que, a su vez, son un síntoma de un movimiento global que pretende “intercambiar la justicia por la armonía”⁵¹ en las sociedades industrializadas. Su estudio a través de las décadas ha sido coherente en probar la existencia de dicho giro al arbitraje en la práctica legal, así como de la naturaleza ideológica de este movimiento, reflejo del rápido ascenso en popularidad de los mecanismos de RAC y como estos no necesariamente son un sinónimo de progreso, de acuerdo con el discurso de los derechos humanos y de su acceso universal.

En el trabajo a lo largo de su carrera, tanto en su libro *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*⁵² y de forma más puntual en su ensayo al respecto, *Controlling Processes in the practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology*⁵³, Nader se hace la pregunta: ¿por qué razón la élite

Daylá Jiménez Figueres “Costa Rica Como Semillero en Materia de Arbitraje”. Periódico La República. Martes 24 de enero del 2017. San José. Costa Rica. Consultado por última vez 31 de enero del 2020 en el sitio web: <https://www.larepublica.net/noticia/costa-rica-como-semillero-en-materia-de-arbitraje>;

Erick Briones Briones “El Arbitraje Laboral”. Periódico Semanario Universidad. 14 de mayo del 2019. San José Costa Rica. Consultado por última vez el 31 de enero del 2020 en el sitio web: <https://semanariouniversidad.com/opinion/el-arbitraje-laboral/>

⁴⁹Laura Nader. *Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology*. The Ohio State Journal on Dispute Resolution. Volumen 9. Número 1. 1993. P.1.

⁵⁰ *Idem*. Cita original en inglés: “I call harmony ideology, the belief that harmony in disguise of compromise or agreement is ipso facto better than an adversary posture”. (Traducción libre). P.3.

⁵¹ *Idem*. P.1.

⁵² Laura Nader. Op. Cit. 1990.

⁵³ Laura Nader. Op. Cit. 1993.

dogmática legal aceptaría este apoderamiento ideológico de su profesión con tanta ecuanimidad?

Una de las conclusiones que se extraen para este marco conceptual es que el imperio de la ley es diferente a la ideología del imperio de la ley. Su dimensión ideológica supone enfrentar problemas reales, pero, en respuesta a estos, lejos de brindar una réplica de acuerdo con la metodología de las ciencias sociales, los mistifica. Por ello se dice que la retórica sobre el imperio de la ley funciona en ocasiones para perpetrar saqueos, utilizar la ley para propósitos contrarios a los principios morales que las fundan.

Si se mencionan algunas de las acciones que fueron legales, pero permanecen como una gran injusticia para los ojos de quienes las perpetraron tanto ayer como hoy, lo fueron así la esclavitud, tomar la justicia por las propias manos estuvo permitido en sistemas normativos en la antigüedad y la subyugación de la mujer. Así mismo existen amplios ejemplos de cómo la ley ha servido a través de la historia como una herramienta de dominación y contrario a la expansión de libertades para la mayoría.

Para este análisis, corresponde prudente responder la pregunta sobre: ¿qué es la ideología? Esto para definir en un mismo plano material de la investigación, la definición será aportada con mayor detalle en los posteriores capítulos. Lo que aquí se expone es una aclaración conceptual dentro de la cual se rescata, en primer lugar, la instauración en Costa Rica de una industria de la mediación y RAC como parte del sector de producción de servicios. En segundo lugar, se aclara que dicha industria no necesariamente corresponde a los mismos valores y sistema de verificación de hechos que el sistema legal convencional le da a la resolución de los conflictos en la sociedad, particularmente en el caso de la violencia doméstica esta incongruencia es considerable.

Se aporta una fundamentación desde el enfoque sociojurídico que da la razón a la prohibición de los mecanismos de RAC en los casos relativos a la materia de violencia doméstica, esto debido a que se da el diseño de un concepto de violencia intrafamiliar desde la sociología del conocimiento. Este estudio se centra en los orígenes de la violencia social como una categoría propia de las ciencias sociales y como el fenómeno

de la violencia en el hogar tiene influencia en los comportamientos de los individuos en la sociedad.

Esta aclaración teórica permite enmarcar el estudio sobre el concepto de violencia doméstica en las ciencias sociales; sin embargo, el aporte conceptual sólido y el análisis profundo se dará como parte de los resultados de la investigación, cumpliendo con uno de los objetivos específicos de esta, siendo esto realizado en un capítulo aparte. Se aprovecha este espacio introductorio para realizar unas aclaraciones de orden teórico-conceptual, que formulan un espacio común para el desarrollo de los resultados de esta investigación.

2.7.2. Aclaraciones teórico-conceptuales sobre el enfoque sociojurídico en el estudio de la violencia doméstica

En el presente apartado, se especifica la necesidad de definir un concepto de violencia intrafamiliar apropiado al enfoque sociojurídico, que se ha seleccionado para la presente investigación. Con el fin de sistematizar el concepto de violencia doméstica en la literatura relevante para las ciencias jurídicas, se debe instaurar una estructura teórica que permita establecer las pautas que condicionan su importancia.

Si bien la ley aporta una definición de violencia doméstica, esta es de acuerdo con una práctica legislativa que establece una lista no taxativa de tipos de violencia, una serie de adjetivos que se utilizan para generar un marco invariable según el cual es posible que se dé dicho tipo de violencia, dice que su definición es la siguiente: *“Toda acción u omisión directa o indirecta que produzca menoscabo en la integridad física, sexual, psicológica o patrimonial de las personas”*⁵⁴, estas acciones y omisiones siempre que se den en un contexto de parentesco familiar por consanguinidad o afinidad.

El derecho y la sociología cuentan con herramientas muy distintas para realizar sus estudios, así mismo la etnografía y la antropología social tienen una forma particular e independiente de investigar el desarrollo cultural de los humanos y esta no es la

⁵⁴ Yolanda Bertozzi. Op. Cit. P.89.

excepción para el estudio de la violencia humana. No se pretende aquí tratar de forma detallada sus principales diferencias, ya que, para realizarlo, se tendría que desplegar la ardua construcción de un sistema racional propio; el riesgo de este ejercicio es que resulte inútil y se convierta en una mera revisión de las divergencias históricas que existen en la literatura científica social. Lo que se rescata de estas disciplinas en el análisis es cómo, específicamente la sociología, es una disciplina que lidia con el derecho. Tanto las ciencias jurídicas como la sociología son disciplinas que se influyen a sí mismas, aunque su desarrollo es distinto, independiente el uno del otro y sus objetos de estudio son analizados con perspectivas contradictorias en muchas ocasiones.

La etnografía es una herramienta que ayuda a sistematizar los detalles del estudio de las culturas, esta actividad el investigador la realiza por medio de la observación, especialmente de sociedades primitivas o antiguas, así como aquellas formadas de forma paralela y que no reconozcan el proceso de industrialización en la sociedad moderna, como sí sucede en la mayoría de los países desarrollados⁵⁵. Es difícil identificar un tiempo en que la etnografía nace precisamente como parte de la metodología de las ciencias sociales, pero su utilidad como metodología no es útil para la presente investigación.

Por su parte, la sociología del conocimiento, rama de la sociología de la cual se le atribuye su fundación a Karl Marx y Friedrich Engels, sin duda alguna, fue creada posteriormente al nacimiento de las ciencias jurídicas como una disciplina académica en las sociedades modernas.

“Podemos distinguir al hombre de los animales por la conciencia, por la religión o por lo que se quiera. Pero el hombre mismo se diferencia de los animales a partir del momento en que comienza a producir sus medios de vida, paso éste que se haya condicionado por su organización corporal. Al producir sus medios de vida, el hombre produce indirectamente su propia vida material”⁵⁶.

⁵⁵ Vilhelm Aubert. Op. Cit. 1997. P.p. 275-281

⁵⁶ Karl Marx. *Ideología Alemana*. Ediciones Grijalbo. Quinta Edición. Traducción de Wenceslao Roces. 1970. Barcelona, España. P.19.

Con esta idea, el mismo Marx hace un par de siglos establece una de las premisas de la sociología del conocimiento, dice que son los individuos quienes, por medio de sus intercambios materiales, logran cambiar su forma de pensar y, por ende, el plano de su existencia. Por lo que se afirma que las condiciones de la experiencia humana no están determinadas por la conciencia, por el contrario, para Marx el materialismo implica que es la conciencia la cual está determinada por estas condiciones materiales mínimas, necesarias para desarrollar la vida.

Se aporta en un capítulo de esta investigación una forma novedosa de conceptualizar la violencia doméstica dentro de las ciencias jurídicas como un tipo de violencia sistemática y cuya manifestación es principalmente simbólica. Esta perspectiva estructuralista plantea que lo relevante para esta ciencia puede ser considerado primeramente un fenómeno lingüístico.

2.8. Marco metodológico

Las ciencias jurídicas en las sociedades modernas son consideradas como una disciplina académica y esto ha sido así por muchos siglos. En un sentido operativo, esta ciencia ha construido un gran bagaje sobre los procedimientos legales nacionales como su tarea principal; este conocimiento se ha derivado en la sistematización de los esfuerzos legislativos y judiciales por observar y registrar la información jurídicamente relevante. Este registro puede darse en dos direcciones; la primera es al mismo tiempo la de su estudio y, por otro lado, el examen de cómo el conocimiento se ha transformado históricamente. Por lo anterior, dice Aubert:

“El derecho doctrinal es una ciencia parroquial en el sentido de que al abogado tradicional le preocupa poco cómo se tratan otros sistemas legales, siempre y cuando se aborde su propio sistema con el debido respeto”⁵⁷.

Por esta razón, en las ciencias jurídicas no se pueden reportar “hechos” o “verdades” como simples, una aproximación sería en este campo se realiza como un esfuerzo por

⁵⁷Vilhelm Aubert. *Op.Cit.* P.274. Cita original en ingles: “*For doctrinal law is a parochial science in the sense that it is on little concern to the traditional lawyer how other legal systems are treated, as long as his own system is approached with the proper respect.* Traducción libre.

abordar el objeto de estudio con la intención de superar lo que anteriormente fue calificado, ya sea una forma de concebir un fenómeno o desechar un paradigma considerado válido por la comunidad observadora de los parámetros científicos en determinado tiempo.

Para la ciencia jurídica, existe un campo donde es importante el estudio de los hábitos, creencias y costumbres de los individuos en la sociedad, ya que estos tienen una repercusión directa en la información que se considera en la toma de decisiones de las cortes, así como la interpretación de la ley. En esta investigación, se utiliza esta perspectiva para dar luz a aquellos espacios en que la jurisdicción especializada actúa omitiendo los estudios teórico-conceptuales respectivos a la violencia intrafamiliar y sus contradicciones con los modelos RAC paralelos a la justicia formal del Estado, que demuestran que su naturaleza es conciliatoria y no confrontativa, esto es contraria a los mismos propósitos de la ley.

Se plantea la problemática en torno a la influencia que tiene la doctrina del arbitraje directamente en las garantías que se extienden a las víctimas de violencia tanto en la Constitución, convenciones y tratados de derechos humanos, así como algunas leyes alrededor del tema y otras relacionadas a la violencia contra las mujeres y los niños. Se realiza un esfuerzo por incluir algunas herramientas de análisis de la sociología jurídica en dos dimensiones: (1) como parte del estudio de la sociología del conocimiento aplicada a determinar una fuente racional y estable para guiar los procesos de decisión de los jueces en la práctica profesional en materia de violencia doméstica. (2) Enfocarse en el interés que tiene la sociología por estudiar los acuerdos paralelos a la administración estatal de la justicia en las sociedades industrializadas contemporáneas, que adoptan modelos constitucionales democráticos de corte liberal y de administración del poder público.

Se recalca como Aubert ilustra esta relación existente entre el derecho, la ley y la sociología:

“Los abogados son sujetos para los sociólogos, pero son simultáneamente colaboradores, incluso maestros y mentores. El pensamiento legal y los métodos

de toma de decisiones son un tema interesante para el análisis sociológico. A este respecto, la sociología del derecho podría construirse como una rama de la sociología del conocimiento, tratando las circunstancias sociales bajo las cuales se aplican ciertos modelos de pensamiento para resolver problemas”⁵⁸.

Entendiendo este marco metodológico común se encuentra posible el vínculo entre la sociología y las ciencias jurídicas, es más sencillo así aportar una definición de violencia doméstica que sustente la importancia de la prohibición de RAC en esta materia. A continuación, se aportan unas preguntas de índole metodológico⁵⁹, que brindarán un panorama más amplio de los pasos que se tomarán en esta investigación y la justificación de por qué son los más apropiados.

2.8.1. Estrategia metodológica

¿Cuáles son los ejes de análisis del objeto de estudio?

La investigación es de índole conceptual, por lo que los ejes del estudio se componen de ideas sistematizadas como unidades de análisis dentro de la metodología de las ciencias sociales, tomando en cuenta, principalmente, las disciplinas jurídicas, la sociología, la psicología y su relación con la lingüística estructural. Estos son juicios que determinan tanto la variable observada (en este caso lo dicho sobre la RAC), como la medida que se hace de esta (su contraste con el concepto de violencia doméstica). Estos conceptos claves se presentan por medio de un estudio detallado de la ley, así como la jurisprudencia, igual en el caso de la doctrina y de la literatura relevante para este

⁵⁸*Idem*. Pp.277-278. Cita original en inglés: “Lawyers are the subject of sociologist, but they are simultaneously collaborators-even teachers and mentors. Legal thinking and methods of decision-making are an interesting subject matter for sociological analysis. In this respect the sociology of law could be constructed as a branch of the sociology of knowledge, dealing with the social circumstances under which certain models of thought are applied to solve problems.” Traducción libre.

⁵⁹Estas preguntas suponen una modificación a las encontradas en los lineamientos para la presentación de proyectos al comité de becas y concursos del programa de becas del Instituto de Investigaciones Sociales, de la Facultad de Ciencias Sociales del Universidad de Costa Rica para el período de julio 2020, en su pagina 7, revisado y disponible el 30 de enero del 2020 en el link:https://iis.ucr.ac.cr/images/Actividades/Lineamientos_Concurso_Becas_IIS_2020.pdf?fbclid=IwAR1ZAAuTtENuyiMLwA0AsVe- qyZ1y1Z3oTfbcmlvSsHS1irC7C3Iaolt0-k

enfoque desde la sociología del conocimiento, la lingüística y su relación con las ciencias jurídicas.

Estos ejes son unidades conceptuales que serán definidas a través de la investigación y que requieren una detallada revisión, algunas mencionadas son: violencia intrafamiliar, violencia de género, ideología, las bases del concepto de ideología de la armonía, RAC, mediación y arbitraje. Estos conceptos permiten mantener una perspectiva crítica a la industria de consumo de servicios enfocada en la mediación en la materia de violencia doméstica. Por esto se hace la pregunta desde el enfoque de la sociología jurídica, ¿qué significa, según las limitaciones constitucionales, permitir la RAC en materia de violencia doméstica?

¿Cuáles técnicas de investigación se utilizarán?

En un plano metodológico, fuera de ofrecer una serie de pasos para llegar a una conclusión, se establece una práctica de lectura particular. Esta herramienta metodológica se fundamenta en pautas de análisis del discurso propuesto en las ciencias sociales por autores de producción intelectual de distintos índoles, como los que anteriormente han sido citados, y los pertenecientes al marxismo estructuralista como el filósofo francés Louis Althusser, o bien aquellos cuyo perfil los sitúa del lado del estructuralismo lingüístico como Claude Lévi-Strauss; también postestructuralistas como Michel Foucault y Pierre Bourdieu.

¿Cuáles son las fuentes de información?

La primera fuente de información es la ley nacional, la Constitución, el Código de Familia, el Código Procesal de Familia, las leyes especializadas relacionadas a la violencia intrafamiliar, así como la ley de RAC. Se utiliza la jurisprudencia del Poder Judicial, tomando en cuenta, además, las directrices que sus jerarcas han emitido prohibiendo la práctica de RAC en materia de violencia doméstica. Así como la jurisprudencia relevante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El enfoque sociojurídico flexibiliza las fuentes de información, de otra forma, sería un informe sobre la situación jurídica en el país, lo cual parece un aporte insuficiente, ya que

esto no constituye un proceso argumentativo ni novedoso. Por esto, se emprende una contribución conceptual desde el campo de la sociología para definir el estudio de la violencia doméstica en las ciencias jurídicas; esta revisión permite aportar una línea de pensamiento que justifique la prohibición de RAC en el sistema legal costarricense.

¿Se utilizará una aproximación cuantitativa, cualitativa o una combinación de ambas?

El enfoque es cualitativo, se analiza la operación que da valor al concepto de violencia doméstica en las ciencias jurídicas y su comparación con la doctrina de la RAC utilizada para la posterior interpretación jurídica en el complejo escenario de la legislación costarricense. Gran parte del diseño de este análisis recae en la observación y problematización de la noción de violencia en el ámbito social y familiar.

¿Por qué se escogió tal aproximación metodológica?

Abrir el espacio para que la RAC sea permitida en materia de violencia doméstica es un ejemplo del extremo más peligroso por medio del cual se ha dado respuesta a la acción tardía o en ocasiones inacción, de las instituciones democráticas tradicionales de la administración del poder público y la justicia para resolver este tipo de violencia; sin embargo, la RAC, si bien cuenta con amplia popularidad, se quiere aquí analizar su contenido y potencial de resolución del conflicto, que esta doctrina aporta. Únicamente por medio de una aproximación metodológica cualitativa puede ser corregida esta confusión.

¿Qué tipo de análisis se hará de la información?

La información recolectada se analiza desde una perspectiva crítica, tomando en cuenta el conocimiento que las ciencias sociales dan sobre las humanidades, la cultura, teoría de la crítica a la ideología y desde la sociología del conocimiento. En este sentido, se rescata la escuela de pensamiento crítico del idealismo alemán, desde Kant y hasta el uso de la palabra crítica que hacen en Dialéctica de la Ilustración⁶⁰ la Escuela de

⁶⁰Max Horkheimer y Theodor Adorno. *Dialéctica de la Ilustración*. Editorial Trotta. Tercera edición. Traducción: Juan José Sánchez. Madrid, España. 1998.

Fráncfort. El rescate que llevan a cabo Horkheimer y Adorno del ejercicio de análisis dentro de la teoría crítica cumple con el fin de evaluar y establecer los límites a la validez de un sistema de conocimiento.

Capítulo III. Desarrollo de la investigación

La gran paradoja que se quiere describir en esta investigación es la existencia de la utilización de instrumentos asimétricos como la RAC, cuyo uso se propone a pesar de su ineficiencia para asegurar la integridad física, psicológica y moral de los miembros de la familia sujetos a agresiones violentas en la familia. Ante esta situación, el Estado proporciona medidas protectoras, cuyo objetivo es la anulación del agresor, medidas típicas que toman las autoridades cuando suceden hechos de violencia doméstica, como la prohibición de molestar, perturbar, ofender, agredir, intimidar, amenazar, golpear, comunicarse por cualquier medio, ordenar a la persona agresora que salga del hogar, etcétera. Las cuales tienen un objetivo simbólico para la ley, pero en su aplicación material no solo provocan sufrimiento, sino que forman parte de un proceso de criminalización y creación de nuevos tipos penales, como el de incumplimiento de medidas.

Si bien las medidas cautelares y de índole protectorio presentes en la ley son un gran logro y uno de los avances más importantes en materia de derecho familiar de los últimos treinta años en el país, estas no son suficientes para evitar que este tipo de violencia emerja, en ocasiones son, por el contrario, un factor potenciador de ira y frustración. No es suficiente elevar las penas y elevar el castigo, contradiciendo el principio de *ultima ratio* del derecho penal, con el fin de buscar la protección de los derechos de la familia, ya que este discurso simultáneamente promueve un debilitamiento de las bases democráticas liberales del Estado Social de Derecho. Tampoco es suficiente el perfil terapéutico del tratamiento del conflicto y negligente frente al dolor humano que supone la incorporación de RAC en estos asuntos.

En Costa Rica, la aprobación de la Ley contra la violencia doméstica (1996) y la entrada en vigor de la RAC, Ley 7727 (1997), suceden en un periodo de tiempo similar, su aprobación se da con meses de distancia la una de la otra. Es razonable asumir que el desarrollo de ambas leyes obedece a un mismo paradigma, una misma fuerza cultural dominante en un momento del tiempo, un proceso cuyo pico sucede en la segunda mitad de la década de los noventa. Esto quiere decir que, para que tal avance legislativo se

llevara a cabo, eran necesarias ciertas posibilidades de verdad, en forma de condiciones del discurso presentes en las dinámicas sociales y familiares dominantes en la sociedad costarricense, proceso que solo fue posible a partir de ciertos hechos con importancia histórica a nivel macro político y económico.

La proliferación de delitos de peligro abstracto (como el de incumplimiento de medidas) bajo estos mecanismos habla de la ausencia casi total de una política de despenalización en Costa Rica. La actitud legislativa costarricense está comúnmente caracterizada por la solución punitiva de los conflictos. La política criminal legislativa en temas de protección de las garantías individuales es sancionatoria, se debe sumar a esto el estado de crisis financiera permanente en que se encuentra Costa Rica, a partir de la década de los ochenta, lo que permite que exista hacinamiento y simplemente infraestructura ineficiente para albergar a los presos.

La configuración de bienes jurídicos que tienen vago contenido como la peligrosidad, proponen el abandono de bienes jurídicos concretos como de los cuales es objeto la materia de violencia doméstica. Esta hipersimbolización del concepto de bien jurídico debilita gravemente los principios de lesividad, inocencia, igualdad y no discriminación.

Por lo tanto, esta se trata de una obra que estudia la epistemología jurídica, en la fórmula de un discurso alternativo sobre el conocimiento de las diferentes escuelas del pensamiento jurídico y cómo dentro de las mismas se puede dar una solución distinta, cada vez que se revisen sus diferentes paradigmas y principios.

La intención de este trabajo es mostrar una perspectiva teórica, cuyo ajuste se da basado en una realidad particular, que como tal supone una elección de quien la proporciona, es decir, no es una realidad pintada como “neutral”. El sujeto que habla del derecho e intenta presentar su verdad como universal y neutral, lo que hace es convertir este discurso en uno totalizador, con esto no se quiere decir que no hayan “verdades universales”, sino que estas deben construirse a partir de la aceptación de la posición subjetiva y parcial de la construcción de verdad; esto no es un obstáculo para el conocimiento de la historia y del derecho, es más bien su condición.

Algunas cifras estadísticas que apoyan la construcción de un discurso de verdad sobre la violencia doméstica en las ciencias jurídicas, a partir de un criterio diferenciador del género, permiten hacer énfasis en la disparidad que existe en este tipo de relaciones en la realidad histórico-material. Según estadísticas del proyecto regional del PNUD, Infosegura, cuyo objetivo es la difusión de información sobre la seguridad ciudadana, para el año 2020, la violencia doméstica había subido en Costa Rica un 19,4 %⁶¹ en comparación con el 2019.

La desproporcionalidad que habilita el trato diferenciado y legitima todo un marco legal para la protección a la mujer en la materia de violencia doméstica se ve representada en las estadísticas obtenidas por el Observatorio de la Violencia del Ministerio de Justicia de Costa Rica⁶²; en la mayoría de cantones del país, las infracciones a la Ley contra la violencia doméstica son efectuadas en su mayoría por hombres, con muy pocas excepciones, como el caso del cantón de Flores en Heredia, donde en el 2019 del total de 15 infracciones reportadas ocho eran mujeres y siete hombres; esta excepcionalidad se da bajo márgenes parejos en muy pocos casos.

Mientras el Observatorio de Género del Poder Judicial cuenta con estadísticas que demuestran que, para el 2019, las mujeres suponían un 80 %⁶³ de las víctimas reportadas por este tipo de violencia, siendo dentro de estos hombres, el rango de edad de 27 a 35 años el más propenso a cometer estas infracciones, con un 28 % de las personas presuntas agresoras; solo en segundo lugar con un 21 % están los hombres de 36 a 44 años. Siendo todo esto cierto para la situación general del país, pero en especial para San José, provincia donde en el 2019 se concentra la mayor cantidad de medidas de protección dictaminadas con 17,490 dictadas a favor de mujeres y 4,862 a favor de hombres.

⁶¹ Infosegura, programa del PNUD. *Costa Rica: Situación de Seguridad Ciudadana en 2020*. Junio 2021. Revisado y disponible el 28 de septiembre del 2021: <https://infosegura.org/quienes-somos-infosegura/>

⁶² Información disponible en el portal: <http://observatorio.mj.go.cr/filtro/>, esta información puede ser corroborada bajo la opción de filtro para el periodo del 2019-2020. Así revisada y disponible el 28 de septiembre del 2021.

⁶³ Estadísticas disponibles para el año 2019 en el sitio web del Observatorio de Género del Poder Judicial. Así revisada y disponible el 28 de septiembre del 2021. <https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/index.php/soy-especialista-y-busco/estadisticas/violencia-domestica>

El propósito de los siguientes capítulos es demostrar cómo, ante estas situaciones, el Estado costarricense ha respondido históricamente con políticas de pacificación, neutralización y la normalización de formas modernas de matrices de poder patriarcal, esto es claro según fue estudiado en los antecedentes, como prueba de esto se encuentra la creciente oleada de este tipo de violencia, documentada en las estadísticas ya expuestas. Primero, para desarrollar este objetivo, es necesario realizar un marco epistemológico común sobre la regulación de la RAC en Costa Rica.

3.1. Punto de partida: Conciliación en la Legislación Costarricense

3.1.2. ¿Qué es un conflicto?

El conflicto es una instancia social por medio de la cual se establecen posiciones antagónicas, la conflictividad se genera por dos o más voluntades que se configuran como partes, que persiguen de forma absoluta o de forma parcial el mismo recurso que es escaso. La definición formal dada por el diccionario versa de la siguiente forma:

“Conflicto: Del lat. *Conflictus*. 1. m. Combate, lucha, pelea. U. t. en sent. fig. 2. m. Enfrentamiento armado. 3. m. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. 4. m. Problema, cuestión, materia de discusión. Conflicto de competencia, de jurisdicción. 5. m. Psicol. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos. 6. m. desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta.”⁶⁴

En Costa Rica, existen situaciones conflictivas que históricamente se han incrementado, como se pudo revisar anteriormente, el tipo de conflicto intrafamiliar generador de la violencia sistemática ha aumentado a un paso alarmante, sin que se sepa a ciencia cierta cuál es este factor determinante para este aumento. Los conflictos familiares pueden ser dirimidos fuera de un proceso judicial propiamente, esto es visto en la sociedad como

⁶⁴ Extraído así del Diccionario de la Real Academia Española, el día 28 de julio del 2020 del sitio web: <https://dle.rae.es/conflicto>

una instancia que se usa en último recurso para la resolución de una pugna, cuando ya toda forma anterior de diálogo y solución común ha sido agotada.

“Al conflicto también se lo define como un estado emotivo doloroso, generado por una tensión entre deseos opuestos y contradictorios que ocasiona contrariedades interpersonales y sociales, y en donde se presenta una resistencia y una interacción reflejada muchas veces en el estrés, una forma muy común de experimentarlo. El conflicto, además, puede aparecer como resultado de la incompatibilidad entre conductas, objetivos, percepciones y/o afectos entre individuos y grupos que plantean metas disímiles”⁶⁵.

La razón por la cual el factor determinante en el aumento de la violencia intrafamiliar parece nunca ubicarse en un solo lugar, es porque no hay una sola causa de los conflictos, estos vienen en distintas formas, de distintas naturalezas, orígenes, causas y partes. Es posible decir que existen tantos tipos de conflictos como clases sociales. En la sociedad actual, los recursos están distribuidos en una jerarquización tal que, para resolver los conflictos, los ricos tienen maneras muy distintas que como los resuelven los más pobres. Sin analizar lo que significa esta diferenciación de clase en la vida social, solamente si se toma en cuenta el hecho de la gran desigualdad de condiciones que supone para la representación judicial, en algunas materias, el no contar con el dinero suficiente para pagarla.

Como lo hace Salas Araya⁶⁶, se podría realizar una tipología de los conflictos que se distinga por el ambiente donde surgen, es así como se distinguen los conflictos de tipo familiar, laboral, académico, empresarial o de cualquier otro ámbito; se pueden clasificar los mismos de acuerdo con su origen psicológico, como consecuencia de fenómenos conscientes o inconscientes. O bien una clasificación válida supone la que se refiere al tipo de conflictos de acuerdo con cómo son percibidos por las partes, entonces, se pueden nombrar conflictos dolorosos, sencillos, reales, simulados, positivos o negativos.

⁶⁵ M.E. Fuquen Alvarado. *Los Conflictos y las Formas Alternativas de Resolución*. Tabula Rasa, núm. 1, enero-diciembre. Pp. 265-278. Bogotá, Colombia. 2003

⁶⁶ S. Salas Araya. *Análisis Jurídico y Social de los Mecanismos de Resolución Alterna de Conflictos a través del Programa Casas de Justicia y demás Centros autorizados por el Ministerio de Justicia*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, sede Occidente. Mayo 2007. Pp.25-26.

Si interesa hablar sobre la forma en como estos conflictos pueden ser resueltos en el sistema judicial, se debe que iniciar con la distinción entre sistemas adversariales y no adversariales. La confusión sobre dicha distinción está basada en nociones equivocadas sobre la instauración de la doctrina de la RAC, que aquí se debatirá.

Para Salas Araya⁶⁷, los sistemas adversariales son aquellos que se basan en la búsqueda de un ganador, mientras que los no adversariales se basan en el diálogo y el interés de las partes por buscar una solución común. Dentro de los llamados sistemas adversariales, Salas Araya ubica a la violencia y el derecho, mientras que el diálogo lo sitúa como un sistema no adversarial.

Se equivoca Salas Araya y quien apoya esta distinción formulada en esos términos, ya que, en primer lugar, es errado ubicar a la violencia como un sistema adversarial, ya que esta no intenta declarar un ganador; la violencia no es sinónimo de dominación ni de poder. Es cierto que ambas, la dominación y el poder, pueden instaurarse por medio de la violencia, pero su principal distinción es que la violencia pretende anular a la otra parte, no hacerla perder, en este caso, la violencia puede significar una forma de perder también. Es importante distinguir entre el concepto de violencia del concepto de conflicto y de poder, ya que no son sinónimos. Sobre el derecho como sistema adversarial o “*un conjunto de normas para una convivencia pacífica*”⁶⁸, en esto Salas Araya lleva la razón, el derecho sí es un sistema adversarial para la resolución de conflictos.

Mientras que el diálogo, ubicado como no adversarial, no puede considerarse tampoco un sistema de resolución de conflictos. Dice Salas Araya,: “*el diálogo es la plataforma para consolidación de la paz y la democracia*”⁶⁹, pero el diálogo también puede ser la plataforma para instaurar el autoritarismo y la guerra. El diálogo no es uno solo, así mismo la paz ni la democracia, son todas situaciones multilaterales que en abstracto carecen de un sentido explicativo. Más importante que clasificar el diálogo, o los mecanismos basados en el supuesto diálogo, como no adversariales, es preguntarse: ¿a qué tipo de diálogo se refiere? Este es siempre una correspondencia entre dos o más

⁶⁷ Ídem. Pp.31-32

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Ídem.

partes, pero sobre qué asunto, ya que el diálogo únicamente supone una discusión sobre un tema en común, en el tanto la exposición de ideas tenga como fin llegar a un acuerdo, no obstante, la existencia del diálogo por sí sola no implica la resolución del conflicto.

El conflicto está íntimamente relacionado con una dimensión adversarial de la confrontación de valores, de interés o de derechos. El conflicto social de cierta forma está imposibilitado de categorizarse como no adversarial, es su naturaleza ser una instancia antagónica. El derecho se constituye como una apelación oficial para dirimir los conflictos, depuesta por la autoridad social y apoyada en el uso del monopolio de la represión y la violencia por esta autoridad, de manera que las resoluciones de los conflictos apoyadas en el derecho son reconocidas y aplicables *erga omnes*. Por lo que la adversariedad no va a depender del sistema que se deponga para resolver al conflicto, por el contrario, la resolución como tal es más o menos adversarial en el tanto los conflictos se presenten con contradicciones más profundas.

Tanto el diálogo como la violencia son herramientas a disposición de este poder central para dar solución a los conflictos y no son herramientas propias de los sistemas de resolución de los conflictos en sí. Ya sea de forma permanente o temporal, el derecho gestiona los conflictos bajo diferentes criterios jurídicos de clase. Se dispone de mecanismos de diálogo y de pacificación para unos conflictos; mientras que represión y violencia para otros, bajo el paradigma jurídico dominante.

La doctrina de la RAC es parte del derecho, no es un sistema aislado, si bien goza de cierta independencia epistemológica, esto es una característica propia de cualquier rama del derecho, pero no por esto es un sistema autónomo. En Costa Rica, su establecimiento se da con la Ley 7727, que regula la instauración de principios propios del derecho civil para regular el ámbito de resolución de los conflictos con estos mecanismos alternativos. Se trata entonces de una herramienta más, a disposición del poder simbólico del Estado, y como tal, establece principios como el de voluntad, posibilidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como en su artículo 2 hace especial referencia al carácter patrimonial de los conflictos con posibilidad de ser sujetos a la resolución alternativa.

3.2.2. ¿Qué son los mecanismos RAC?

La Ley 7727 de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (RAC) establece como un derecho la posibilidad de acceder a una suerte de convenios, que, tras ser homologados por una autoridad judicial, adquieren carácter de cosa juzgada material. Estos convenios se llevan a cabo por medio de técnicas que la ley establece, como el arbitraje, la conciliación y la mediación, pero estas no componen una lista taxativa; sin embargo, su delimitación está presente tanto en la misma ley como en todo el ordenamiento que le da sentido. Esta ley establece los parámetros mínimos para llevar a cabo el arbitraje, la mediación y la conciliación, pero bajo una serie de principios que limitan el desempeño de la obtención de estos convenios, por medios que no puedan contradecir la armonía del ordenamiento.

Los métodos de resolución de conflictos regulados por esta ley son la conciliación, mediación y arbitraje, aunque se menciona también en su artículo primero la negociación y *“otros mecanismos similares, como métodos idóneos para la solución de conflictos”*. Gómez y Ruiz definen estos mecanismos como:

“Una justicia alternativa no tradicional, la cual pretende definir los sistemas de solución de conflictos, a través de los cuales se da una salida viable a la controversia, sin necesidad de acudir a las instancias tradicionales de resolución de conflictos del Poder Judicial”⁷⁰.

Si bien los mecanismos de RAC están mencionados en la misma ley, separados y cada uno con su sección aparte, donde se definen requisitos diferentes para la conciliación, la mediación y la negociación. En su artículo 4, la misma ley establece la aplicación de principios y reglas, tanto en la conciliación como en la mediación, se deben aplicar los mismos principios tanto a nivel judicial como extrajudicial, limitando así la acción de la ley a los mismos institutos básicos que armonizan el sistema normativo de acuerdo con su pirámide de jerarquía. Más adelante, en el artículo 39 que regula el arbitraje, se

⁷⁰ R.V. Gómez Rojas y M. Ruiz Schmidt. *La Aplicación de los Mecanismos Legales para la Participación de Niños (as) y Adolescentes en la Resolución Alternativa de Conflictos Dentro de la Legislación Costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio. San José, Costa Rica. 2011. P.34.

establece el enlace con principios procesales como el debido proceso, el derecho de defensa, de contradicción, oralidad, concentración e informalidad, entre otros.

A pesar de que su práctica ha sido generalizada a casi todas las ramas del derecho, los mecanismos de RAC descritos como están en la Ley 7727 son una novedad, esto viene sucediendo desde hace aproximadamente 20 años, que en una línea cronológica no tiene comparación con el uso de la jurisdicción ordinaria para resolver los conflictos, ya que esta se usa desde hace siglos y en diferentes culturas antiguas. Los métodos usados en la RAC tienen un grado de independencia que permite una resolución extrajudicial, o paralela a la instancia judicial, pero esto no supone que estén aislados del resto del ordenamiento jurídico y que estas prácticas no se tengan que ajustar a los mismos condicionamientos que el resto de las normas que componen el sistema jurídico. La doctrina de la RAC promueve un sentido de paz, o en ocasiones directamente de pacificación, pero esta condición de paz, históricamente, ha dependido de factores como la guerra por los recursos económicos y sus consecuencias para las redes de relaciones sociales. Por lo tanto, los mecanismos RAC no son un método universal para resolver los conflictos, como sí supone serlo el derecho.

Gómez y Ruiz definen que las características propias de la RAC son al menos siete: celeridad; privacidad, credibilidad y confianza, sistema popular, no competencia ni exclusión y no coerción⁷¹. Se señala, en primer lugar, la celeridad⁷², que se refiere a la máxima de obtener la mejor resolución en el menor tiempo posible; el argumento gira alrededor de que los sistemas judiciales cuentan con incómodos plazos, algunas veces, si estos plazos no se cumplen, esto acarrea castigos como la prescripción. La celeridad más que un principio es una suposición, ya que la resolución del conflicto dependerá de condiciones externas en ocasiones a la voluntad de las partes, como lo pueden ser cambios en las circunstancias o en la composición de las partes, sucede así en el escenario del arbitraje, donde la extensión de estos hasta alcanzar una solución duradera puede durar hasta décadas⁷³. Con esto no se quiere decir que la celeridad no pueda ser

⁷¹ Ídem. Pp. 35-39

⁷² Ídem. P. 36

⁷³ Como ejemplo se puede mencionar el afamado caso *Accionistas de Yukos v.s. Rusia*. En este caso de arbitraje internacional, llevado a cabo por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, en Holanda, desde el 2007. Entre 1996

constante en los mecanismos RAC, solo se aclara que es una suposición, la cual aún requiere ser probada.

La privacidad y el secreto están consagradas en el artículo 14 de la ley en cuestión, señala que son totalmente confidenciales las actividades llevadas a cabo para obtener el acuerdo conciliatorio. Por credibilidad y confianza, Gómez y Ruiz entienden una apuesta que hacen las partes, es un compromiso en el ámbito emocional, por confiar en dichos mecanismos.

“Quienes accedan a este tipo de solución de conflictos, podrán tener plena seguridad de que no existirán ganadores, ni perdedores, debido a dos situaciones específicas; la primera es la existencia de la imparcialidad para con ambas partes, quienes se encuentran en igualdad de posición, por lo que tendrán el mismo trato y oportunidad de exponer sus puntos de vista relacionados con el conflicto”⁷⁴.

Sobre la característica de sistema popular⁷⁵, lo que se intenta advertir es su congruencia con el sistema democrático, como si esto significara algo adicional y que, además, es bueno; cuando este es un requisito mínimo de cualquier instancia de diálogo y de resolución de conflictos en la sociedad. Este requisito mínimo es que el conflicto debe resolverse en congruencia con los principios que rigen la materia constitucional de distribución democrática del poder, *so pena* de ser considerado ilegal o ilegítimo.

Sobre la no competencia ni la exclusión de la competencia jurisdiccional⁷⁶, esto es una consecuencia directa del ejercicio del monopolio de la violencia por parte del Estado. La

y 2003, Yukos se convirtió en el mayor productor de petróleo y gas de Rusia y una de las diez empresas más grandes del mundo en el sector en términos de capitalización de mercado. Hasta el año 2003 que varios de sus ejecutivos son acusados y condenados por varios delitos contra la propiedad y la propia Yukos es declarada en quiebra. A partir de esto, se instauran una serie de procedimientos de arbitraje internacional paralelo a la justicia nacional rusa. En total, el proceso duró 10 años, hubo 37 días de audiencias, cuyas transcripciones llenan 3.300 páginas, y se presentaron 6.500 páginas de alegatos y 11.000 anexos. (Información extraída de: Shona Simkin. *The Yukos settlement: an insider's view into the largest arbitration award in history*. Revista Harvard Law Today, marzo 10, 2015. Revisado el día 22 de julio de 2021, del sitio web: <https://today.law.harvard.edu/the-yukos-settlement-an-insiders-view-into-the-largest-arbitration-award-in-history/>. Y de información disponible y revisada el día 22 de julio del 2021 en el sitio web oficial del caso Yukos del International Centre for Legal Protection (ICLP): <https://www.yukoscase.com/about-iclp/>)

⁷⁴ R.V. Gómez Rojas y M. Ruiz Schmidt. Op.cit. P. 37

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Ídem. P. 38.

jurisdicción no puede ser anulada por un proceso diferente, la RAC funciona como una canalización paralela, cuyo resultado se da con la intención de ser homologado por la autoridad judicial. Para las autoras no es coercitivo⁷⁷ en el mismo sentido que el derecho es el que posee realmente los mecanismos coercitivos, hasta el uso de la fuerza. Por último, se menciona que el uso de la RAC ahorra tiempo y dinero⁷⁸, dicen Gómez y Ruiz que son las partes quienes acuerdan la duración de las sesiones y su horario, lo que automáticamente se traduce en un ahorro económico y en tiempo. “*Todo esto produce un sistema que conlleva el ahorro de tiempo y de dinero, es barato por excelencia, y permite la reducción de los disgustos al solucionar las disputas con celeridad*”⁷⁹.

Al nivel introductorio, con el que se ha tratado hasta el momento el tema de la RAC como un conjunto, se analizan características importantes de mencionar y, a su vez, ciertas diferencias entre sí, que son necesarias señalar con el fin de comprender su relación con el derecho de familia y con la materia de violencia doméstica. La Ley 7727 regula específicamente el arbitraje y la conciliación y mediación; este estudio hará referencia brevemente al arbitraje, ya que no es el tema directo de la investigación y se concentrará análisis en la figura de la mediación y conciliación.

3.2.2.1. Arbitraje

Madrigal y Rodríguez, citando a Garro Guillén, lo definen como:

“Un proceso generado por la voluntad de las partes, en el que uno o más neutrales (normalmente no más de tres) y de calidades y cualidades especiales, escuchan las pretensiones de dos o más partes, lo mismo que las pruebas que lo sustentan, para luego emitir una resolución que de fin al conflicto”⁸⁰.

Si bien en el arbitraje las partes se presentan como adversarios, este cuenta con formas de contrarrestar esta contrariedad. En el proceso de arbitraje son las partes quienes

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ídem. P. 39.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ P. Madrigal y G. Rodríguez. “*El fortalecimiento de los mecanismos de resolución alterna de conflictos, para la solución de conflictos individuales de trabajo e implementación del modelo de conciliación prejudicial obligatoria*”. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio. 2010. P.49.

definen y acuerdan quiénes van a ser los árbitros, los cuales al final son los que formulan la solución. Es importante entender al arbitraje como una relación de tipo contractual, ya que en esta existen dos o más voluntades en acuerdo a someterse a lo estipulado. El arbitraje solo puede ser efectivo en el tanto se asegure la igualdad entre las partes y el respeto a los mismos principios constitucionales que integran el ordenamiento.

En materia de contratos comerciales, así como en laboral, pueden contemplarse cláusulas de arbitraje, las que habilitan a las partes a someter a un proceso arbitral las diferencias que sean consecuencia de una condición jurídica contractual o extracontractual. Así mismo, la cláusula podrá especificar las características del arbitraje, y si el mismo será de carácter vinculante o no, esta facultad se funda en la voluntad de las partes plasmada en el contrato.

3.2.2.2. Mediación y conciliación

La mediación supone el establecimiento de un tercero mediador, que en ocasiones pueden ser varios, quienes se encarguen de interceder con la intención de construir un acuerdo común. Pero mediadores o conciliadores no se encargan de formular necesariamente una propuesta para solucionar el conflicto, por el contrario, propician que las partes lleguen a estas conclusiones por sí solos. Para Alain Pekar Lempereu y otros, la mediación y la conciliación pueden definirse así:

“El término **mediación** remite a la noción de vínculo establecido o por establecer, es decir de relación de “pasaje” de una cosa a otra. Ese vínculo puede ser físico (los caminos mediadores), mental (el lenguaje mediador), encarnado (la señora “Y” aceptó ser mediadora) o simbólico (María mediadora). La mediación adquiere entonces el sentido de ayuda para la resolución de un desacuerdo gracias a ese “pasaje”, creador de un vínculo.

La **conciliación** designa tanto un proceso como su resultado (“Hemos llegado a una conciliación”), mientras que la mediación solo designa el desenvolvimiento del proceso”⁸¹.

⁸¹Alain Pekar Lempereu y otros. *Método de Mediación. En el Corazón de la Conciliación*. Editorial Patria, México. 2011. P. 11.

En el caso de la conciliación, se puede hablar del resultado de actitudes individuales entre las partes, quienes por sus medios pueden acercarse y acordar la satisfacción de sus intereses, o bien puede darse por medio de un tercero o conciliador que se encarga de minimizar la confrontación y propiciar el diálogo. El artículo 12 de la Ley 7727 establece las formalidades propias que debe cumplir dicho acuerdo conciliatorio, pero más importante que estas características de forma, son los deberes y responsabilidades del mediador o conciliador.

Este tipo de procesos alternativos no cuenta con un método específico, a su disposición se puede poner cualquier referencia, siempre y cuando suponga la contrastación de hechos y pruebas válidas dentro de los parámetros del ordenamiento. Por esto es de suma importancia para el conciliador informarse de manera previa a la situación, con el fin de apoyar una solución factible.

En la mediación:

“El mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión al respecto porque él no puede obligarlas a hacer o aceptar nada. Llegado el caso, ahí termina la mediación”⁸².

La diferencia entre la conciliación y la mediación es sutil, pero radica en que, mientras que la conciliación intenta concordar intereses opuestos, pero sobre el mismo objeto u hecho, la mediación pretende encontrar una solución alternativa, que no tenga un espacio de resistencia. La mediación se encarga de coordinar la solución, mientras que la conciliación la encuentra y la ajusta.

⁸² O.A. Gozáini. *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. Presente en: Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial de Costa Rica. *Antología. Conciliación Judicial*. San José, Costa Rica. 1999. P. 128. Esta antología tiene como propósito proporcionar material al participante del curso “Introducción a las Técnicas de Conciliación” a cargo de la misma institución.

Madrigal y Rodríguez definen los principios específicos aplicables para la conciliación y la mediación de la siguiente forma⁸³: *Principio de voluntad de las partes* que se refiere a la voluntad y libertad que tiene cada quien como derecho y que la escogencia por los mecanismos de RAC no puede ser impuesta; el *principio de imparcialidad y profesionalismo* exige que el tercero interventor no demuestre ningún favoritismo por alguna de las partes; el *principio de confidencialidad* que se consagra en el artículo 13 de la Ley 7727 y el *principio de información* que se refiere a la claridad e igualdad con la que deben manejarse las condiciones que va a incluir el acuerdo.

Estas mismas autoras plantean 12 características propias de la conciliación y la mediación como mecanismos de RAC, estas son: autocompositivo, voluntariedad, consensualidad, cosa juzgada, imparcialidad del tercero, confidencialidad, informalidad, puede operar en cualquier momento del proceso judicial, acento en el futuro, contextualidad, no violencia y participación⁸⁴.

Por *autocompositivo*⁸⁵ se quiere decir que son las partes mismas las que llegan a un acuerdo y que el mismo no es impuesto. La *voluntariedad*⁸⁶ se refiere a la libre elección y no coacción, mientras que la *consensualidad* a que, para llegar a un acuerdo, es necesario que todas las partes constituidas y legitimadas lo acepten, de lo contrario, el mismo será imposible de conciliar.

La Ley RAC en su artículo 9 establece que los acuerdos de conciliación homologados tienen carácter de *cosa juzgada material*⁸⁷, sobre esto la Sala Constitucional se ha manifestado:

"En lo que atañe a la cosa juzgada, comporta la irrevocabilidad del mandato que contiene toda sentencia. Este mandato es inmutable por razones de utilidad política y social, y se da cuando el proceso ha llegado a su conclusión con una preclusión de las impugnaciones contra la sentencia pronunciada, evitándose la

⁸³ P. Madrigal y G. Rodríguez. Op.Cit. Pp. 51-54.

⁸⁴ Ídem. Pp. 55-58.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Ídem.

posibilidad de que el caso decidido sea nuevamente examinado y juzgado. La cosa juzgada tiene como fundamento constitucional y político el valor de la seguridad jurídica, permitiendo que en determinado momento se dé por solucionado un conflicto, prohibiendo su reproducción en el futuro para que no implique una perturbación a la paz social... (Voto 6829-93, Sala Constitucional)"⁸⁸.

La *imparcialidad del tercero*⁸⁹ se refiere al derecho que tienen las partes de contar con un mediador o conciliador imparcial. La *confidencialidad*⁹⁰, como se mencionó anteriormente, está contemplada en la misma ley, así como la *informalidad*⁹¹, en contraposición a los procesos judiciales donde las partes deben ajustarse a rituales rígidos y a un lenguaje altamente técnico, mientras que en los procesos de RAC son las partes las que determinan cómo comunicarse, el contenido mismo y la forma, siempre y cuando se apegue a la legalidad.

La mediación y la conciliación son válidas de *operar en cualquier momento del proceso judicial*, antes, durante o después, inclusive asuntos posteriores al dictado de una sentencia firme son susceptibles a encontrar otra solución alternativa por medio de estos mecanismos. Por lo que otro de sus principios es su *acento en el futuro*⁹², ya que la solución que se propone en los mecanismos RAC pretende ser duradera en el tiempo y no estar sujeta a constante revisión.

La *contextualidad*⁹³ revela un interés por tomar en cuenta las condiciones sociales o de realidad en la que se encuentran las partes. Así mismo, la *no violencia*⁹⁴ es un principio que enfatiza, por un lado, en la prevención de la violencia y, por otro, en establecer categóricamente que, cuando la violencia acontece, el asunto no es conciliable. Es de acuerdo con este principio que, en teoría, la violencia doméstica no debería ser

⁸⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 6829-93 de las ocho horas y treinta y tres minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y tres. San José, Costa Rica.

⁸⁹ P. Madrigal y G. Rodríguez. Op.Cit. Pp. 55-58

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ Ídem.

⁹² Ídem.

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Ídem.

considerada conciliable del todo; sin embargo, como se verá más adelante, esto no es considerado así de forma pareja, existen opiniones contrarias a esta y, a pesar de que esta forma de conciliar está prohibida expresamente en la ley, en el artículo 196 del Código Procesal de Familia, con excepción de aquellos casos que se compruebe un beneficio a la víctima, así como el caso del artículo 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que establece la prohibición de conciliar en los procesos donde hayan menores de por medio y haya mediado violencia doméstica. Sobre este mismo artículo, la Sala Constitucional ha resuelto que podrá realizarse la conciliación cuando el imputado y el ofendido sean personas menores de edad⁹⁵. Finalmente, el principio de *participación*⁹⁶ se refiere a la necesidad de que las partes tengan un papel activo en la proposición de ideas que conformen la resolución.

Tanto la experiencia como la teoría señalan la presencia sólida de esta doctrina de la RAC en el medio. Es posible preguntar sobre cómo es la RAC, cuál es su forma de operar, bajo cuáles principios y si estos suponen una resistencia a la armonía jerárquica del ordenamiento, pero más importante aún es preguntarse: ¿para qué la RAC? Esta pregunta no tiene una única respuesta, pero no por esto se debe asumir una salida simplista a su contestación con la excusa de una multiplicidad de perspectivas. Es difícil establecer quién o quiénes se ven mayormente beneficiados por el establecimiento de estos mecanismos alternativos a la jurisdicción, ya que esto dependería de establecer una serie de criterios de orden subjetivo, cuya selección de uno por encima del otro se vuelve injustificable, si bien hacen falta una serie de cálculos en el medio y de parámetros para formular una teoría sobre los sujetos mayormente beneficiados por la RAC; sí es posible tomar en cuenta estadísticas para dar al menos una noción de lo que significa la RAC como una actividad productiva en el mundo de la práctica legal.

Dentro de la literatura estudiada y citada hasta este punto, se encuentra con frecuencia la suposición de que quienes son mayormente beneficiados del establecimiento de los mecanismos de RAC son sus usuarios; esta suposición no es posible de probar de forma

⁹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto Número 7362. De las quince horas con cincuenta y tres minutos del veinticuatro de julio del dos mil dos. San José, Costa Rica.

⁹⁶ P. Madrigal y G. Rodríguez. Op.Cit. P.58.

absoluta, debido a la abstracción de la cuestión misma de quién y bajo cuáles parámetros se establece dicho “beneficio”. Sin disputar este hecho y suponiendo que esta sea la verdad, que los usuarios son los mayores beneficiados, esto no implica que el establecimiento de la RAC en Costa Rica no haya beneficiado a los abogados, especialmente en el ámbito laboral y económico, pero este parece ser un punto frecuentemente olvidado en la doctrina y la investigación propia del tema de la RAC.

La RAC se compone de una serie de compuestos teóricos, destinados a explicar los caminos para una solución supuestamente más rápida y pacífica a los conflictos que la jurisdicción tradicional; además, en la práctica supone una gran industria emergente de servicios profesionales, así como una especialización. Parte de la importancia de esta doctrina no solo recae en la aplicación de sus mecanismos en los casos que sean conciliables, además, se basa en intereses de clase, es decir, su mantenimiento también se relaciona con la generación de riqueza para un tipo de abogados.

Mientras medios internacionales han cubierto un crecimiento en el tamaño del mercado de la industria de la mediación, como es el caso del Reino Unido, donde solo para el año 2018 se experimentó un 20 % de aumento en el tamaño de este mercado⁹⁷. Solo en la emergente industria de los servicios de mediación y conciliación en línea a nivel global, se calcula un valor total de mercado de 57, 25 millones de dólares y que para el 2028 se espera que esta industria en el web alcance el valor de 210.53 millones de dólares⁹⁸. Estas son cifras para nada despreciables para un mercado que crece con especial importancia en la materia de la resolución de los conflictos familiares tanto en el mundo como en Costa Rica.

⁹⁷ La firma legal internacional Herbert Smith Freehills, cuya sede principal está localizada en Londres, Reino Unido, reportaba que el mercado de servicios de mediación había crecido un 20% en el 2018 en esta región. “*UK commercial mediation market grows 20% – CEDR mediation audit results published*”. 26 de Julio del 2018. Revisado en el portal web el día 31 de mayo del 2021: <https://hsfnotes.com/adr/2018/07/26/uk-commercial-mediation-market-grows-20-cedr-mediation-audit-results-published/>

⁹⁸ La compañía canadiense de investigación en el mercado de los avances tecnológicos Emergen Research, reporta que para el 2028 el tamaño del mercado de las resoluciones de conflictos legales en línea se estima que será de 57,3 millones de dólares. “*Legal Online Dispute Resolution (ODR) Market Size Worth USD 57.3 Million in 2028*”. 20 de julio del 2021. Extraído del portal web el día 8 de agosto del 2021: <https://www.emergenresearch.com/press-release/global-legal-online-dispute-resolution-market>

En Costa Rica, la instancia reguladora de esta industria es la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos (DINARAC), institución que tiene dentro de sus funciones la autorización de los centros de RAC, controlar y fiscalizar estas actividades, autorizar la incorporación de particulares, crear programas que promuevan la RAC, recibir y dar trámite a quejas y denuncias, así como llevar cuenta de ciertas estadísticas. En dicha institución no se cuenta con los datos sobre el tamaño de esta industria ni cuánto genera por año en el país; sin embargo, sí se cuenta con datos sobre los centros que hay inscritos a nivel nacional, cuál es el circulante por año que manejan estos centros y en ocasiones dividido por materias.

Según datos proporcionados por DINARAC⁹⁹, para el 2020 se registraron un total de 3915 mediaciones llevadas a cabo en los 33 centros RAC oficialmente bajo escrutinio por esta dirección. No se manejan en esta institución datos certeros sobre cuántos de estos casos sometidos a mediación son relativos a la materia de familia, ya que esta clasificación únicamente está disponible para 3 de los 33 centros estudiados, estos son: Instituto para la solución de Conflictos Familiares (INCOFAMI) con 397 atenciones registradas y 29 mediaciones realizadas; el Centro Integral de Resolución de Conflictos (CIREC) con 97 atenciones y 24 mediaciones y Promotores de Mediación y Conciliación para Costa Rica, Centro de Resolución Alternativa de Conflictos PROMEDCO S.A. quienes contaron con 24 atenciones y 3 mediaciones realizadas.

Si estas estadísticas se reducen al ámbito de conciliación y mediación privada, significan apenas una aproximación al total de casos, ya que quedan por fuera del análisis los conflictos familiares judicializados que llegan a una conciliación, ya sea durante o después de su sentencia. Esta estadística no es llevada a cabo por el Poder Judicial y llevar este registro no es una práctica oficial ni común en los juzgados. La razón de la falta de disponibilidad estadística en este sentido radica, en primer lugar, en que no hay evidencia de que este asunto haya sido preguntado antes, especialmente la cuestión por el tamaño del mercado de la industria de RAC en Costa Rica, por lo que su existencia no supone un ocultamiento de las autoridades ni negligencia de su parte; únicamente

⁹⁹ Estadísticas de Centros RAC para el 2020 disponibles en el sitio web de DINARAC, bajo la pestaña de estadísticas, así revisado el día 16 de agosto del 2021: <http://www.mjp.go.cr/viceministeriopaz/DepenDinarac?nom=centros>

significa que su interés está en otra dirección, en medir otra dimensión del impacto de la RAC, especialmente cuya perspectiva toma como principal referencia la experiencia que tienen sus usuarios y no meramente sus operadores.

3.2.3. Legislación sobre la RAC en Costa Rica y el derecho de familia

La mediación y la conciliación suponen una serie de prácticas que están sujetas a supuestos de realidad que únicamente cada caso en particular puede proveer, de manera que se trata más de una estructura para pensar los conflictos en relación con su posible solución en beneficio para las partes. Por esto es difícil hablar de una sola definición de mediación y conciliación, cada materia en el derecho dependiente de sus principios programáticos define ciertas especificidades sobre cómo aplicar estos institutos correctamente en cada caso. Para la materia del derecho de familia el primer elemento a considerar es el parentesco, ya sea por consanguineidad o afinidad, que tiene los mismos efectos.

Esta relación de parentesco es definida por Alberto Brenes de la siguiente forma:

“El “parentesco” propiamente tal lo forma el vínculo consanguíneo que une a varias personas que descienden unas de otras, o de un tronco común. (...) Además del parentesco consanguíneo, existe otro llamado de afinidad, lo que quiere decir por “analogía o semejanza”, reconocido por la ley, consistente en un vínculo de carácter civil, que a causa del matrimonio se establece entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro”¹⁰⁰.

De manera que no solo las relaciones familiares están sujetas a un marco jurídico, también componen un espacio íntimo de la vida privada de cada persona; esta característica se vuelve de especial importancia para el respeto de principios como la igualdad de las partes y la imparcialidad a la hora de la escogencia de un tercero. La cercanía de los conflictos hace que se haga más difícil llevar a cabo un juicio imparcial, ya que idealmente el mediador no puede ser susceptible a los asuntos que se discutirán

¹⁰⁰ Alberto Brenes Córdoba. *Tratado de las personas*. Editorial Costa Rica. San José, Costa Rica, 1974. Pp. 91-93.

en la solución del conflicto. Por esto, se puede inferir que la conciliación en materia de familia tiene una atención especializada, en atención a principios como el de la integridad familiar, interés superior del menor y en congruencia a la doctrina de los derechos humanos.

Soza y Morales¹⁰¹ establecen una serie de principios relativos al derecho de familia que deben ser especialmente vigilados en los procesos de conciliación y mediación, dentro de los que ya se han mencionado se encuentran los de no violencia, igualdad, ausencia de vicios en la voluntad, contextualidad, autocomposición, confidencialidad y plena información. Otros principios que no se han mencionado, pero que Soza y Morales sí mencionan, son los de *oralidad y gratuidad*¹⁰². Mientras que el principio de oralidad se encuentra implícito en el artículo 157 del Código de la Niñez y la Adolescencia, se establece para facilitar el intercambio de opiniones de forma libre. Por su parte, la gratuidad es un principio del derecho de familia que en el contexto de una conciliación no debe ser omitido, ya que esto puede perjudicar a la parte que en la relación es más vulnerable económicamente.

En el mismo período de tiempo en que se realizó esta investigación, se llevó a cabo un avance importante en materia de prohibición de conciliación en violencia doméstica, ya que, a partir de la entrada en vigor del Código Procesal de Familia a partir de setiembre del 2020, se reforma la situación previa que mantenía la prohibición a este tipo de conciliación en un limbo legal, ya que únicamente se encontraba prohibida por un cuerpo de directrices y no de forma legal. A partir de la publicación de este código y con especial atención en su artículo 196, queda prohibida la conciliación en aquellos casos donde haya precedido violencia intrafamiliar, esto debido a la grosera desigualdad de fuerzas que este tipo de relaciones supone.

Esta importante reforma llevada a cabo en el 2020 es uno de los antecedentes más importantes del presente trabajo, que tiene como enfoque reflexionar a un nivel primordialmente epistemológico jurídico sobre las implicaciones de esta prohibición. El

¹⁰¹ D. Soza y G. Morales. *Efectividad de Conciliación Judicial en el Proceso de Familia en Costa Rica*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 2010. Pp.87-100

¹⁰² Ídem.

enfoque sociojurídico epistemológico, que se le da a la presente investigación, tiene su fundación teórica en lo que se conoce como sociología del conocimiento, que desde las ciencias jurídicas se estudia en su nivel más fundamental como una técnica jurídica epistemológica construida a partir de las relaciones materiales históricas, del cual se basa para estudiar a la RAC y la cuestión por definir de si esta es útil o no para resolver los conflictos. Esto plantea interrogantes sobre el porqué es importante un análisis crítico sobre la instauración de los mecanismos RAC en el ordenamiento nacional.

Así mismo, para la aplicación de los mecanismos RAC en la materia de familia es de suma importancia que haya concordancia con el principio de *interés superior del menor*. Como señala Cecilia Grosman y otros¹⁰³, el interés del menor no necesariamente debe ser visto como antagónico al principio de unidad familiar, ya que esta unidad debe ser interpretada en un sentido integral, es decir, unidad en el tanto los miembros de la familia puedan resguardar su dignidad y un mínimo de espacio para derechos irrenunciables. Es decir, la unidad familiar no debe verse como el mandato a de que la familia permanezca unida, si no de que todos sus miembros puedan ser resguardados bajo garantías mínimas expuestas en la constitución y en las leyes de familia.

3.2. Reflexión epistemológica jurídica sobre los mecanismos de RAC

El derecho tiene una estructura epistemológica que en limitadas veces se discute, como se verá más adelante, para los realistas el ejercicio del derecho es un conjunto de prácticas mediadas por un fenómeno principalmente ideológico, mientras que la tendencia liberal en el mundo jurídico considera la práctica del derecho como un entramado teórico y conceptual, empírico y verificable por medio de la razón. Aquí se trata de aportar elementos de juicio que permitan la comprensión de la diferencia entre estos modelos epistemológicos y como coinciden en el origen de la doctrina de la RAC, tanto en tiempo y espacio histórico, como la composición de los sistemas epistemológicos que configuran sus ideas.

¹⁰³ Cecilia P. Grosman y otros. *Los Derechos del Niño en la Familia*. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 1998. Pp. 41-43

“La pregunta de cuál sea la posibilidad "correcta", en el marco del derecho aplicable, no es -según los supuestos previos- ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica jurídica, sino que es un problema político”¹⁰⁴.

El propósito de este capítulo es contrastar el papel de la justicia formal y su función de acuerdo con diferentes paradigmas doctrinales y cómo estos se las arreglan para justificar o evitar justificar la presencia de los mecanismos RAC en la realidad de la práctica jurídica. Es un ejercicio por identificar la compatibilidad o incompatibilidad de estos mecanismos informales de resolución de conflictos (mecanismos de RAC), de acuerdo con la tradición teórica de la ciencia jurídica a lo que pertenecen y su relación con estos elementos que Kelsen señalaba anteriormente como un “problema político” o extrajurídico.

Por razones didácticas, es importante rescatar las diferentes escuelas de pensamiento jurídico que dan razón del origen del derecho, para poder analizar su nexo con la ética, la filosofía y así realizar comentarios sobre el lugar que tiene la RAC en cada una de estas corrientes intelectuales. Cada escuela tiene un método particular para definir la fuente o fuentes primarias del derecho, la ley y el Estado; su clasificación bibliográfica por autores y periodos históricos define una constitución a partir de un paradigma singular, aunque como se verá, estos no son modelos absolutos, de ninguna manera, si alguna de estas ideas tienen sentido en la realidad de la práctica jurídica, es como parte de un sistema múltiple que considera válida una escuela u otra por su poder explicativo, y no necesariamente por una posición jerárquica de una sobre la otra.

Dentro del análisis de estos diferentes paradigmas, es crucial señalar que frecuentemente dentro de los mismos cuerpos teóricos agrupados, la uniformidad en el pensamiento es solamente una apariencia, ya que, en la mayoría de los casos, dentro de una misma masa teórico-conceptual hay contradicciones entre autores y fricciones que hacen que su discusión sea compleja.

¹⁰⁴ Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1982. p.353.

Las formas de RAC con las que cuenta el ordenamiento jurídico costarricense en la actualidad no han nacido de la mera espontaneidad, estas son una herencia de procesos intelectuales históricos que van de la mano tanto con el desarrollo del pensamiento social, político e inclusive económico, así como unidos a las diferentes formas de razonar que excusan la administración de la justicia que han regido en un tiempo o espacio definido. En primer lugar, se toma en cuenta la dicotomía entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, este análisis no tiene la intención de abrir la discusión sobre las bases argumentativas de este debate de tan larga data en la historia del pensamiento jurídico. Se pretende, en su lugar, brindar un sentido de cómo es posible contemplar la RAC en ambos paradigmas y de establecer las diferencias particulares de cómo percibir a esta justicia no tradicional a la luz de ambas corrientes.

En gran parte del siglo anterior, el liberalismo fue una corriente de pensamiento que tuvo una importante repercusión dentro en el mundo jurídico occidental, de esta corriente se desprende el pensamiento de autores como John Rawls y Ronald Dworkin. Luego de analizar la dicotomía del iusnaturalismo e iuspositivismo, el estudio se aproxima a aspectos básicos de la teoría liberal, sobre la naturaleza del derecho y la hermenéutica, examinando las repercusiones que la promoción de su pensamiento ha tenido en la institucionalización de la RAC tanto en Costa Rica como en diferentes jurisdicciones de todo el mundo.

Uno de los autores más controversiales es Carl Schmitt, este jurista alemán proporciona una fuerte crítica al liberalismo por medio de su modelo político, allí establece la dualidad entre amigo y enemigo, por medio de la cual es posible fundamentar una crítica al establecimiento de la RAC en los modelos jurídicos liberales. Por último, se hace un repaso por el realismo jurídico, en lo tangente a la observación de las leyes, la validez material del ordenamiento jurídico, el escepticismo interpretativo y su relación con el uso y aceptación general de la RAC en estos sistemas jurídicos liberales.

3.2.1. La RAC en la dicotomía iusnaturalismo-iuspositivismo

En primer lugar, hay que hacer una aclaración de orden instructivo sobre la utilización de conceptos como sinónimos, a continuación, se va a utilizar la palabra iusnaturalismo,

naturalismo y derecho natural como sinónimos para describir la misma corriente de pensamiento, ignorando que, para algunos autores, así como en diferentes épocas de la historia del pensamiento jurídico, estos términos han tenido diferentes acepciones. De igual forma, se le va a dar un tratamiento de equivalencia a las palabras positivismo, iuspositivismo y derecho positivo. Esta decisión se fundamenta en cuestiones de tiempo, espacio y pertinencia.

La idea de que existe un orden de las cosas preexistente en la naturaleza y cuyas reglas son descubiertas por los seres humanos, normas de tal precisión que deben estar en la base de la razón jurídica, es una idea muy antigua y discutida tanto en la Antigua Grecia, Roma, como en la Edad Media. Exponentes de este naturalismo de orden teológico como Santo Tomás de Aquino y que posteriormente se debaten sus ideas en el periodo de la ilustración, en el contexto de la teoría del contrato social.

El pensamiento iusnaturalista tiene como eje principal la convicción de que existen principios universales válidos que gobiernan la vida del hombre, estos principios no son creados, son descubiertos, son verdaderos y obligatorios para todos¹⁰⁵. El derecho natural ha adoptado diferentes formas, tradicionalmente es asociado a su versión teológica, cuyo mayor exponente es el pensamiento cristiano medieval, que tiene como punto de partida la noción de que el mundo es gobernado por la voluntad de Dios y que las reglas que necesariamente siguen el ordenamiento jurídico se descubren por medio de la revelación divina y la fe. Su argumento principal es que, si la ley humana es natural, esta no puede ser distinta de la ley divina, ya que la jerarquía de la sociedad y la forma de obtener la armonía están prescritas en los libros sagrados y en la tradición¹⁰⁶.

Pero el iusnaturalismo no solo es aquel únicamente basado en la teología, con frecuencia se cree que la teoría naturalista es aquella que asimila el origen del ordenamiento jurídico a un conjunto de reglas espirituales, pero esta es solo una de sus formas y no la única. También existe el iusnaturalismo racional, como en el pensamiento de los contractualistas como John Locke o Rousseau, así mismo Hugo Grocio, quien en el siglo

¹⁰⁵Parafraseando lo establecido por: Enrique Pedro Haba. *Axiología Jurídica Fundamental. Bases de la Valoración en el Discurso Jurídico*. Editorial UCR. San José, Costa Rica. 2010. a. P. 154.

¹⁰⁶ Introducción al Derecho, Ángel Latorre, (libro azul) Pp. 127-130

XVII señalaba que existe realmente un derecho natural, pero que su único fundamento es la razón¹⁰⁷. Es posible hablar de otras variantes del iusnaturalismo como el histórico, el sociológico y el mismo puede ser conservador o revolucionario¹⁰⁸.

La doctrina jurídica, en especial en lo concerniente al campo epistemológico, no es un espacio armonioso ni pacífico, los paradigmas que dominan la ciencia jurídica en un tiempo determinado están asociados a controversias teóricas y puntos de vista opuestos, que en ocasiones son consecuencia de enfrentamientos violentos. De esta dinámica de constante cambio nace el iuspositivismo como una respuesta antagónica al iusnaturalismo. El derecho positivo fue una doctrina aceptada por la mayoría de los países desde principios del siglo pasado con relativa uniformidad.

El iuspositivismo es la teoría que establece que el derecho y la ley dependen de hechos comprobables y no de su reciprocidad con valores como la justicia, la divinidad, la igualdad o la razón. Las tesis positivistas alrededor de la actividad jurídica nacen a partir de la intención de dotar a la doctrina legal de un carácter científico. Así como el positivismo filosófico, el iuspositivismo comparte la creencia de que el conocimiento, para ser genuino, debe basarse en la experiencia y utilizar el método científico para sustentar sus ideas utilizando herramientas propias de las ciencias naturales, como la observación y la experimentación¹⁰⁹.

Esta postura científicista del positivismo jurídico se justifica en la pretensión de borrar la arbitrariedad de la realidad legal, por esto el positivismo alega que no es congruente con la metafísica, el espiritualismo y la fe. Todas estas formas metafísicas de razonar son propias de modelos iusnaturalistas. La culminación del positivismo como doctrina se da en el siglo pasado y uno de sus mayores representantes es el jurista austriaco Hans Kelsen con su Teoría Pura del Derecho.

Kelsen aspira formular una teoría autónoma general que explique la naturaleza del derecho y aporte un método de cómo debe estudiarse. El estudio del derecho se plantea

¹⁰⁷ Ángel Latorre. *Introducción al Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1994. Pp. 130-133.

¹⁰⁸ Enrique Pedro Haba. Op.Cit. 2010.a. P.154.

¹⁰⁹ Guillermo Briones. *Epistemología de las Ciencias Sociales*. Instituto Colombiano para El Fomento de la Educación Superior (ICFES). ARFO Editores e Impresores. Bogotá, Colombia, 2002. P.28

como independiente de la ética, la moral y de la política, así como de toda referencia de la realidad social¹¹⁰, ya que esta realidad es dinámica y por esto no es congruente con el método estático y positivo de las ciencias naturales.

Mientras algunos pensadores positivistas como John Austin y Georg Jellinek planteaban que la aparición de las normas positivas emanaba del Estado o del poder de algún soberano¹¹¹, para Kelsen la distinción entre Estado y derecho era política y, por lo tanto, debía erradicarse del pensamiento positivista. Para Kelsen: “(...) *el Estado no es más que la personalización de un orden jurídico, porque no es más que un orden coactivo de la conducta humana, y ese orden es precisamente el orden jurídico*”¹¹². Las normas jurídicas, por lo tanto, no preceden al Estado como ente distinto al derecho, para Kelsen las normas jurídicas son creadas por hombres autorizados para esto por una norma anterior¹¹³.

Esta estructura jerárquica forma una pirámide donde la autoridad para crear una norma está justificada en una norma anterior que, a su vez, se justifica en otra y así mismo hasta llegar a la Constitución Política, la cual es la orden que se encuentra en el vértice de la pirámide. Es posible deducir que las únicas actuaciones “a Derecho”, o que son siempre legales, están justificadas por el acatamiento y obediencia habitual a un orden preestablecido y declarado en las leyes, esto a partir de la hipótesis de que todo derecho está constituido por normas y estas, al expresarse, configuran el ordenamiento que se conoce como Estado, a través de herramientas como las leyes y las sentencias, sin importar si estas son consideradas buenas o malas, justas o injustas. El único criterio válido para la teoría pura del derecho es el del análisis entre legal o ilegal y su definición está dada como una guía para que cualquiera entienda cómo seguir su acatamiento que es de carácter obligatorio. De tal forma, la labor del juez, así como de los operadores del derecho, no es de interpretar, adivinar ni de profetizar, su labor consiste en manipular y ejecutar lo que ya está escrito y establecido de previo.

¹¹⁰ Ángel Latorre. Op.Cit. P. 119.

¹¹¹ Ídem. Pp. 115-118.

¹¹² Ídem. P. 120.

¹¹³ Ídem. P. 121.

Es necesario plantear la hipótesis correspondiente a cuál puede ser la interpretación de lo que constituye la RAC dentro de estos dos paradigmas, el iusnaturalismo y el iuspositivismo, respectivamente. Por un lado, es posible decir que, dentro del derecho natural, la justicia puede venir de muchas formas; en este sentido, el naturalismo jurídico no niega al positivismo, más bien lo incluye como una herramienta para impartir el valor de la justicia, pero no la califica como la única.

Para el iusnaturalismo, el derecho está basado en valores supremos previos y que son paralelos a la norma positiva. De tal forma que la RAC para el iusnaturalismo puede interpretarse como una forma legítima de administrar la justicia, *en el tanto sus mecanismos no contradigan estos valores universales precedentes*. Dentro del iusnaturalismo cristiano, es posible hablar hipotéticamente del uso legal de la RAC, en el tanto no contradiga las normas de vida establecidas en los textos sagrados como La Biblia; en teoría la RAC estaría permitida por el iusnaturalismo, siempre y cuando no contradiga esta razón divina o superior.

Por su parte, el iuspositivismo sí pretende negar a su contraparte y anular el iusnaturalismo. Mientras que para los iusnaturalistas el deber ser y el ser del derecho deben estar unificados, para el positivismo estas son dimensiones totalmente distintas y que no pueden mezclarse, ya que esto constituiría una contaminación del derecho puro, como es entendido por Kelsen. Para las tesis positivistas, la RAC puede o no estar permitida en el tanto se establezcan sus mecanismos en una ley previa, pero la ejecución de sus disposiciones se mantiene afuera del derecho. El positivismo ve a la doctrina de la RAC como un régimen aparte al derecho, paralelo a este y que se debe acatar, pero no de la misma forma en cómo se acata la ciencia del pura del derecho, las técnicas y prescripciones que se originen de una resolución por medio de mecanismos alternos a la justicia formal es no-jurídica, pero no necesariamente ilegal. Para el iuspositivismo, la RAC es una forma de hacer negocios, es una actividad que puede ser legal o ilegal y cuyas consecuencias se dan en la realidad jurídica positiva, pero no forma parte del esquema piramidal que componen las fuentes del derecho.

Mientras que para el iusnaturalismo la RAC recibe un tratamiento integrador y se puede considerar válida siempre y cuando esté en concordancia con los principios de justicia universal que la preceden, para el iuspositivismo la RAC es una ciencia aparte, que existe y funciona de forma alterna a la ciencia jurídica y es permitida en el tanto la ley lo establezca. El iuspositivismo ve la RAC tan ajena a la ciencia jurídica como puede ver a otras disciplinas como la economía, la ética o la política, pueden existir y son legales, pero no es de lo que se trata el estudio del derecho.

Si bien el positivismo fue considerado como el paradigma dominante en gran parte del siglo pasado, también estuvo sujeto a críticas de algunos detractores que, por lo general, enfocaron su análisis en plantear una tercera ruta como respuesta a la dicotomía clásica del naturalismo versus positivismo. Se analiza, a continuación, la obra de autores como John Rawls y Ronald Dworkin, para aproximarse a algunos de sus conceptos básicos, en el tanto favorecerán para entender el estudio de la RAC y cuál es su lugar dentro del ordenamiento jurídico contemporáneo.

3.2.2. El liberalismo jurídico y la RAC

Esta sección se centra en la necesidad de construir elementos teóricos que apoyen el estatuto epistemológico de la RAC en el derecho desde la perspectiva del liberalismo jurídico, como es propuesto en la obra de John Rawls y Ronald Dworkin principalmente. Este ejercicio se hace con la intención de fundamentar una posición sobre la RAC apoyada en sus bases históricas, respaldada por esta teoría que fue importante en buena parte del siglo pasado y que permanece como dominante en algunos aspectos de la interpretación doctrinaria del ordenamiento. La meta es dar sustento teórico-conceptual desde el liberalismo jurídico a la aparición de la RAC en el ordenamiento costarricense.

Ronald Dworkin critica al positivismo y se fundamenta en la distinción entre normas, directrices y principios, distinción que el positivismo ignora deliberadamente. El iuspositivismo al que Dworkin dirige su crítica es estrictamente normativista, es el tipo de positivismo jurídico que puede identificarse por tener una visión unilateral, donde las normas, expresadas en las leyes y enunciados que determinan sus condiciones de aplicación, son la base de la teoría general del derecho.

Según la postura iuspositivista, los jueces han de limitar su actividad al rango de aplicación que expresa la ley. Dworkin postula que este paradigma es problemático en la práctica, debido a que, en muchos casos, es imposible corresponder fielmente al texto de la ley, ya que la realidad social es dinámica y por esto los casos son susceptibles a novedades que ni el legislador ni los jueces pueden prever, estos son los llamados “casos difíciles”¹¹⁴. El iuspositivismo obliga a pasar por alto el papel de los estándares que no son normas, como los principios y las directrices.

Las normas son aplicables a manera de disyuntivas, si los hechos que se estipulan dentro de una norma están dados, entonces, o bien la norma es válida o no lo es¹¹⁵. Un ejemplo claro se da en el campo de los juegos y los deportes, como en el fútbol, la norma establece que “no se puede tomar el balón con las manos”, a excepción de los porteros y los saques de banda. Para explicar esta regla correctamente, se tendría que mencionar estas excepciones. Así mismo, en el derecho como en las reglas del fútbol se establecen disyuntivas, si estas se cumplen (tomar el balón con las manos, por ejemplo) y no se está protegido por sus excepciones, el acto puede clasificarse como inválido o ilegal, no es así con los principios.

Las directrices y los principios son estándares que están implícitos en el derecho que no son normas, Dworkin las distingue, ya que para él las directrices proponen un objetivo, generalmente dirigidas hacia mejorar un aspecto económico, político o social. Mientras que los principios: *“han de ser observados no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”*¹¹⁶.

Una intervención con el fin de evitar los accidentes de tránsito se lleva a cabo como una directriz, mientras que, por ejemplo, el “in dubio pro reo” es un principio en el derecho penal, que es coherente a la presunción de inocencia, la honradez moral y la responsabilidad.

¹¹⁴ Ronald Dworkin. *Los Derechos en Serio*. Ariel Derecho. Barcelona, España. 1989. P.72.

¹¹⁵ Ídem. P. 75.

¹¹⁶ Ídem. P.72.

El problema del iuspositivismo es que ignora estas diferencias, por lo que es ingenuo pretender que en la práctica puede aplicarse en el contexto de un ordenamiento jurídico eficiente. Parte del problema radica en que esta orientación positivista, para Dworkin, es de inspiración utilitarista y por esto no considera válidos los derechos individuales, debido a que uno de sus principios programáticos es el de “summum bonum”¹¹⁷, su objetivo principal es el bienestar colectivo.

Para el liberalismo jurídico no puede haber justicia basada en objetivos colectivos, por el contrario, es la vigilancia a los derechos individuales inviolables la que está en la base de un sistema jurídico legítimo; alguna parte de la doctrina de los derechos humanos es una consecuencia del paradigma liberal de Dworkin, ya que representa la garantía de estas libertades individuales en un Estado constitucional.

La teoría de Dworkin se instala en supuestos filosóficos, morales y políticos, su propuesta liberal se apoya en una interpretación ilimitada de la igualdad. Sus postulados generan una exigencia a los gobiernos y a los poderes públicos a tratar a los ciudadanos como iguales, con igual consideración y respeto. Este criterio es simultáneamente una teoría política, una máxima moral y una tesis que explica la peculiaridad del desenvolvimiento del espacio jurídico en la sociedad¹¹⁸.

Para Dworkin, lo que es moralmente bueno se complementa con una forma de actuar de los sujetos, es decir, “ser bueno” y “vivir bien” están ampliamente relacionados con lo que se podría llamar una conducta reconocible por “hacer el bien”¹¹⁹. El origen de su identificación con los valores jurídicos liberales se da en esta premisa, ya que, para Dworkin, el bienestar público únicamente puede ser consecuencia de la persecución del Estado de garantizar los derechos individuales¹²⁰. Esta posición es contraria a la que

¹¹⁷ John Stuart-Mill. *Utilitarianism*. Batoche Books. Ontario, Canada. 2001.

¹¹⁸ Parfraseando lo establecido por: M.C. Quispe Ponce. *“Liberalismo igualitario y derechos sociales: Rawls, Dworkin y Sen”*. Tesis Doctoral. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III. Getafe, 2015. Pp.184-186. Disponible en el portal web revisado el día 12 de agosto del 2021: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22544/Tesis_mariacandelaria_quispe_ponce_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹¹⁹ Ídem. Pp.184-185.

¹²⁰ Ídem. Pp.185-189.

plantea que los valores políticos en la sociedad están en un irremediable conflicto y son inherentemente antagónicos.

Pedro Haba considera que Dworkin es un naturalista¹²¹, que, si bien no propone una “caja de caudales trascendentales”, propone un conjunto consistente de principios como el de igualdad, libertad y su diferencia radica en una concepción moral entre bueno y malo. Lo clasifica como un referente del naturalismo, ya que, si bien rechaza la teoría de la validez del derecho natural, sustituye sus fórmulas por una receta formal que depende de lo que los sociólogos denominan “imaginario social” o “construcción social de la realidad”.

Sin embargo, la teoría dworkiniana se puede separar del naturalismo jurídico en que este último es un planteamiento primordialmente ontológico; es una teoría que emerge de la necesidad de dar sentido a un orden particular de las cosas, que justifica las “cosas como son” (orden ontológico), a partir de que esta es la justicia escogida por Dios o por la razón, o bien por un conjunto de principios trascendentales de orden universal. Dworkin plantea la superación al naturalismo jurídico a partir de su estudio sobre las respuestas ontológicas, su propósito no es determinar de dónde se originan los principios fundamentales o no fundamentales y cuál es su justificación, en su lugar, Dworkin sugiere que estos principios no deben ser definidos, deben ser interpretados.

Dworkin plantea que no hay respuestas objetivas a las preguntas básicas de la ontología, no hay una moral objetiva, la verdad de las afirmaciones dependerá siempre del marco de donde se formulen estas afirmaciones; en este sentido, es posible decir que el análisis dworkiniano más que ontológico o deontológico se convierte en uno meta-ontológico, su interés es aclarar de qué se trata la ontología, determina su alcance y realiza un ejercicio de interpretación del significado de sus afirmaciones.

Se plantea, entonces, una tercera vía a la dualidad naturalismo-positivismo, inspirada en el modelo reconstructivo de Rawls¹²². La pregunta que originalmente se hace Rawls es: ¿qué puede hacer la filosofía política para facilitar la tarea de encontrar instituciones que

¹²¹ Enrique Pedro Haba. Op. Cit. 2010.a. Pp. 162-163.

¹²² Ídem. P. 162.

aseguran la libertad y la democracia? ¹²³El sistema de reglas en una sociedad debe ser aplicado en cada contexto, esto implica un saber, una destreza o capacidad teórica y preteórica. Este saber debe ser entendido por los sujetos que están sometidos a estas reglas, esta tarea de comprensión es fundamentalmente reconstructiva-racional y su interpretación radica en la obtención de estructuras simbólicas.

John Rawls es un teórico del contrato social, de origen estadounidense, que adquiere notoriedad debido a un movimiento que pretendía un perfil crítico ante la labor del Estado. Para entonces en los Estados Unidos el utilitarismo parecía no haber funcionado como guía para sus decisiones a nivel estatal, ya que permitía la instrumentalización del ser humano en beneficio del colectivo, algo que quedó muy claro después de las imágenes que se esparcieron por el mundo sobre cómo eran tratados algunos miembros de poblaciones minoritarias en el régimen Nazi y el fascismo en la Segunda Guerra Mundial, aparte del fracaso de Estados Unidos en su invasión a Corea y a Vietnam posteriormente.

Rawls quiere rescatar el contrato social en la sociedad americana y habla entonces de ideales y principios liberales, una especie de mecanismo moral a partir del cual construir el Estado de Derecho. Estos principios permitían evaluar la labor del gobierno y no iban a ser, por lo tanto, unos principios metafísicos, como se intentaba solucionar en el naturalismo teológico, para Rawls estos eran más bien unos principios categóricos en el sentido kantiano.

El pensamiento de Rawls suele ser mejor explicado por un experimento mental de orden jurídico, que él inventó, se refiere al del “velo de ignorancia”¹²⁴. Este experimento consiste en imaginar que antes de entrar en la sociedad en la que la persona va a nacer, bajo las circunstancias económicas, geográficas, sociales, de género y demás posibilidades del espectro identitario, el ejercicio consiste en pensar que es posible escoger en qué tipo

¹²³ Sergio Néstor Osorio García. *John Rawls: Una Teoría de Justicia Social su Pretensión de Validez para una Sociedad como La Nuestra*. Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad. Volumen 5. Número. 1. Pp. 137-160. Bogotá, Colombia. 2010. Revisado del sitio web el noviembre 22, 2020: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632010000100008&lng=en&tlng=es.

¹²⁴ El concepto de velo de ignorancia como es expuesto por: Francisco Caballero. *La Teoría de Justicia de John Rawls*. Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana. Volumen 1. Número 2. Ciudad de México, México. 2006. Pp. 8-10.

de circunstancias querría y justificarse posteriormente por qué razón escogería esas circunstancias, estando bajo el velo de ignorancia.

Este velo de ignorancia o posición original es un dispositivo explicativo para obligar a escoger una opción de acuerdo con lo que parece ser justo desde las condiciones interpuestas *a priori* por la realidad. Por ejemplo, si se pregunta: ¿de qué forma es más justo cortar un pastel? Pues se supone inmediatamente bajo este velo de ignorancia, que la manera más justa es que todos reciban un pedazo similar y que el último en servirse su parte sea quien distribuye el pastel o quien tenga el cuchillo. Pero esta respuesta asume condiciones valorables para la ecuación que no concuerdan con ninguno o muy pocos escenarios reales, por ejemplo, parte de los asistentes a la distribución del pastel pueden ser diabéticos, o bien puede estar allí en la repartición el mismo dueño de la pastelería, quien no quisiera comer el mismo pastel que ha preparado por años, ya que lo tiene hartado su sabor. Este ejemplo para explicar la teoría de Rawls resume este sentido de igualdad como algo necesariamente bueno, pero esto debe ser señalado como un error.

Si la teoría del velo de la ignorancia considera que la igualdad es algo bueno *a priori*, así como considera que las personas se comportan de forma racional y desinteresada, estas suposiciones no son necesariamente incorrectas, pero lo importante es señalar que, en efecto, son suposiciones, es decir, son juicios que se suponen ciertos antes de evaluarse de forma efectiva su veracidad. Lo que quiere probar esta teoría del velo de la ignorancia y de la posición original no es que no vaya a existir gente desventajada, en la miseria o tristeza, lo que quiere preguntar es únicamente bajo qué hechos particulares o circunstancias les gustaría vivir.

Por lo cual, se señala la utilización del imperativo categórico kantiano en la teoría de Rawls, en el sentido de que este imperativo es para escoger cosas que universalmente se escogerían a pesar de sus consecuencias, son posiciones mínimas que se pueden asumir desde cualquier punto de vista que se vea la cuestión jurídica. Lo que considera Rawls, en este sentido, es que, si no sabe qué persona y en qué condiciones va a nacer, se tendrá que pensar sobre cuáles reglas universales o categóricas sobre la justicia se

preferirá que se organice la sociedad. La idea de la posición original fuerza a pensar en la sociedad como un todo.

Rawls quiere convencer de que cualquier persona racional escogería su posición sobre la justicia, dice en su lugar: “Las formas de resolver los conflictos propuestas en el liberalismo son más justas, aunque existe la posibilidad de que emerja una solución más justa que nos persuada, esto no ha sucedido aún”. Todo esto Rawls lo dice para que, cuando se levante el velo de ignorancia, sea posible apreciar desde el propio punto de vista, por ejemplo, siendo hombre blanco, se reevalúe la posición de las mujeres y los otros miembros de la familia desde su concepción tradicional, por ejemplo.

La tesis liberal es la que define que las contradicciones de la jurisprudencia son problemas sobre principios, no sobre hechos morales o estrategias políticas. A partir de la fundación de una doctrina jurídica del interpretativismo, estos principios de orden jurídico, al servicio de los objetivos sociales del liberalismo de la igualdad, se establecen como dominantes y se origina una escuela de pensamiento jurídico que convierte la resolución de los conflictos en una negociación y, por lo tanto, una omisión de cualquier problema político subyacente. La inscripción a un determinado proyecto político, a partir del aseguramiento de los derechos individuales, va a permear la forma en como los jueces y diferentes operadores del derecho aborden el problema de los llamados “casos difíciles”, así es como se va a determinar cuáles casos van a ser sujetos a la judicialización y cuáles no, según estos principios.

La doctrina jurídico liberal que promulgan tanto Ronald Dworkin como John Rawls aporta al desarrollo de la RAC en dos sentidos. Primero, formula una crítica a los sistemas iuspositivistas, en el tanto señalan que en la práctica existen los llamados “casos difíciles” que deben resolverse según principios extrajurídicos, es decir, que están fuera de la justicia formal. En segundo lugar, lo que sea considerado como válido para el sistema jurídico y que pueda ser permitido por estos mecanismos alternativos de resolver los conflictos, va a depender cada vez menos de si estos están sujetos a una ley escrita o positiva, por el contrario, van a estar atados a su nexos con principios reconocibles por la técnica jurídica y que estos puedan ser sujetos a una interpretación que trascienda la

mera disyuntiva que plantea una norma o el objetivo político-social propio de una directriz.

La expresión "casos difíciles" que está presente en la obra de Ronald Dworkin y que, como se señaló anteriormente, el jurista se debatía sobre la discrecionalidad judicial en los puntos abiertos del derecho. Pero la expresión "casos difíciles" es problemática, no parece haber una única respuesta para identificar cuáles casos son difíciles y cuáles no. Es posible realizar una crítica sólida al paradigma jurídico liberal como la génesis de una demanda en el contexto de una industria de la resolución de estos casos difíciles por medios alternativos a la justicia formal, en el tanto es dentro del liberalismo jurídico que perdura la creencia de que, a partir del resguardo de los derechos individuales, como la escogencia y la competencia, es la única vía de asegurar la legitimidad del sistema jurídico.

El liberalismo opera metodológicamente con una dicotomía central, es la que se opone entre el Estado y el individuo. El Estado se encarga de proteger ciertos intereses a favor del funcionamiento apropiado de la economía, como la propiedad, la seguridad y la libertad del individuo; sin embargo, es el Estado el que invade con su poder manifestado en la armonización o la violencia directa al espacio de libertad individual, en el ejercicio de estas potestades necesarias para mantener la seguridad.

“No obstante, sea cual sea el modo en que se disponga la relación Estado/individuo y se interprete la libertad individual, la teoría política liberal imagina al ser humano descargado de toda raíz social que le dé sentido y propiedad al principio de su individuación. Por tanto, el liberalismo niega toda individuación social del ser humano, abstrayéndolo de las tramas sociales y descargándolo de las condiciones objetivas de existencia histórico-social que lo condicionan y lo posibilitan”¹²⁵.

La filosofía jurídica liberal continúa teorizando al mundo a partir de los individuos en la actualidad, en el medio jurídico costarricense es frecuente que se escriba sobre la

¹²⁵ Jorge Damían Coto. *Orden social, conflictividad y justicia en John Rawls*. Revista de Filosofía Universidad de Costa Rica, Volumen 52. Número 132. San José. Costa Rica. Enero-abril. 2013. P.68.

democracia y la igualdad, pero cada vez menos sobre la política electoral, o bien se hable sobre derecho comercial y cada vez menos sobre el papel de las corporaciones, los gremios y las cámaras formadas alrededor de los intereses empresariales. Esta forma de analizar “la cosa jurídica”, bajo un velo de ignorancia, supone una negligencia a aquellas instituciones sociales y jurídicas comprometidas con la solidaridad y el comunitarismo.

Cuando se trata de considerar a aquellas instituciones democráticas de naturaleza adversarial, como en la ley o los procesos judiciales, existen muchos obstáculos para el liberalismo. Rawls omite en su análisis la ferocidad con la que crece en la sociedad el impulso por la productividad, la eficiencia y las ganancias. Su concepción de las relaciones económicas del Estado es una que es vista como las posibilidades dentro de un “Estado estancado en el tiempo”, cuya economía no crece, ni se retrae ni existe innovación y competencia. Para el liberalismo de la posición original de Rawls, los mercados de bienes y servicios están dirigidos por patrones de competitividad ideal y por esto se motiva a imaginar un rol de regulaciones gubernamentales de las relaciones sociales, limitados a aquellos aspectos donde el mercado ha fallado.

A partir de estas condiciones ideales, si alguien deliberadamente escoge el uso de un sistema “no-adversarial” para resolver sus conflictos, antes que uno administrado de forma jerárquica, como lo es en el mundo de los negocios, lo hace únicamente en detrimento de los principios de justicia e igualdad liberal escogidos en la posición original. Afuera del velo de ignorancia, en la vida política existen consecuencias reales para quien se oponga a esta jerarquía de los mercados competitivos.

El problema con esta visión absolutista del liberalismo de mercado es que transforma las relaciones jurídicas en unas competitivas, donde el objetivo es ganar y esto no necesariamente es el objetivo de un proceso confortativo como lo son los procesos judiciales, donde el objetivo es contrastar los hechos para crear una verdad formal. Es posible entender así como el mundo corporativo es seguramente el ámbito más fértil para que las ideas de justicia de Rawls sean entendidas.

La codicia se convierte en algo bueno y justo, captura un sentido de poder que se obtiene del dinero y de poseer el conocimiento necesario para obtenerlo. Lo que parece sugerir el liberalismo es que una crítica efectiva a sus propuestas no solo es una basada en la justicia económica y social, además, es una que hace posible el análisis humano y psicológico del poder. El liberalismo no se detiene a preguntarse si el hecho de que tanto muchas personas como corporaciones a nivel mundial se hayan hecho de tanto éxito financiero a partir de la implementación de medidas alternativas a lo contencioso judicial, no se preguntan si esto supone, a la vez, un avance en una sociedad más justa o igual.

Este sistema jurídico liberal está sentado en las bases de que las personas que han logrado acumular mayores riquezas individuales, lo hacen bajo la suposición de que esta fue su decisión razonable, esta perspectiva se toma sin preguntarse los factores sociales, históricos, geográficos o de cualquier índole extrajurídico, esto claramente supone un gran reto para la propuesta liberal.

En la actualidad, es inapropiado hablar de justicia social sin hablar de estos mercados donde hay un absoluto control corporativo, tampoco es posible hablar de la familia como institución social sin mencionar la marcada relación jerárquica que funciona a favor del varón la mayoría de los sistemas de valores hegemónicos occidentales y como esto funciona en detrimento de los derechos de la mujer. En el mundo de los negocios, de donde proviene la doctrina del RAC, así como en instituciones como las universidades, los lugares de trabajo y las familias, están establecidos dentro de su composición sistemas de resolución de conflictos jerárquicos y no confortativos, por lo que el Estado ofrece a través del sistema judicial adversarial de forma deliberada, un mecanismo para que estas fuerzas fácticas impuestas por la realidad del mercado no afecten la solución más justa del conflicto.

El comentario realizado al liberalismo en esta sección se basa en exponer la despolitización de las relaciones económicas, morales y, en último término jurídicas, en lo referente al derecho, así como con respecto a los conflictos familiares. A partir del próximo autor que se estudiará, se ha planteado que este fenómeno de despolitización y supuesta neutralización de la moral y la política, por parte del liberalismo, es una forma

disimulada de establecer la moral burguesa como la dominante, se refiere al jurista alemán Carl Schmitt

3.2.3. Teoría del orden concreto de Carl Schmitt: crítica a la doctrina liberal de la resolución de conflictos

Si bien el jurista Carl Schmitt es una figura polarizante, debido a su inflamatoria afiliación con el partido Nacional Socialista Alemán a partir del año de 1933, por su actitud generalmente antisemita y su justificación entusiasta de los asesinatos extrajudiciales del régimen de Hitler en la Segunda Guerra Mundial, lo vuelven una figura casi impresentable. Es menester en esta sección analizar su obra y no su carácter personal, ni su instrumentalidad política dentro de tal régimen.

Es decir, el interés se limita a aproximarse a sus ideas relativas al campo de la resolución de conflictos en relación con su teoría jurídica, por lo que aquí concierne la cuestión no es preguntarse si Schmitt fue o no fue una parte esencial del régimen Nazi¹²⁶. Lo que se quiere es cuestionar si su activismo político corresponde al núcleo duro de su pensamiento, a lo que se tendrá que responder negativamente. El núcleo duro de su pensamiento es la creación de una teoría legal que relaciona inapelablemente la moral, la política, la religión y el orden jurídico con la ejecución práctica del poder político.

Para Schmitt, la resolución de los conflictos, de acuerdo con las normas establecidas por la administración pública del poder, tiene un problema cuya raíz está en el concepto de la soberanía. Para el liberalismo positivista, la soberanía de un Estado es igual al mantenimiento del Estado de Derecho y este, a su vez, se equipara a la vigilancia de la ley. Mientras que la fórmula positivista toma como referencia para la práctica jurídica, en último término, la ley dictada por el parlamento, para la teoría interpretativista liberal de Dworkin son los principios jurídicos los que se encuentran en la base de la teoría general del Derecho; sobre esto Schmitt considera que estos modelos únicamente son válidos en el tanto las disyuntivas que la norma plantea se contrasten con el transcurso normal

¹²⁶ Para una introducción sobre la literatura disponible al respecto de la participación de Schmitt en el régimen alemán Nazi, referirse a: Javier Llobet. *Derecho Penal Nacionalsocialista (el Libro de Kai Ambos)*. Revista de Ciencias Jurídicas. Número 153. (Pp.169-222) septiembre – diciembre. 2020.

de la cotidianidad, pero no es posible que estas mismas normas sean aplicadas en las condiciones que él llama como “Estado de excepción”.

El Estado de excepción¹²⁷ puede ser entendido como un estado de emergencia, que en ocasiones está previsto por la misma Constitución. Es la idea de que la situación emergente amerita la suspensión de las mismas normas positivas planteadas en la Constitución, esto conlleva la suspensión del principio de legalidad y como consecuencia la suspensión de la juridicidad de los conflictos. Esta idea está conectada a la de soberanía, pero no en el mismo sentido que es entendida en la teoría liberal, concebida por la doctrina del Estado de Derecho, se trata de una fórmula de soberanía sujeta a un poder de hecho, fáctico.

Schmitt habla que quienes gobiernan en un Estado de soberanía son los llamados “poderes fácticos”, que al margen de la legalidad y de las instituciones políticas formales de la administración del poder público, ya que son grupos de poder organizados que ejercen presión sobre un gran sistema de influencias dentro de estas instituciones. Estos poderes fácticos son los que deciden en los casos excepcionales, lo que Dworkin llamó “casos difíciles”.

Los poderes fácticos pueden ser entendidos en los términos que Max Weber definía la diferencia entre autoridad legal y legitimidad, mientras que la legitimidad se refiere a un proceso por medio del cual el poder está institucionalizado y se le da una base moral de bueno y justo, la autoridad es la habilidad del sistema para exigir un desempeño sobre lo que es correcto o incorrecto dentro del sistema. La autoridad, por lo tanto, se basa en la creencia en el proceso, la gente responde a este tipo de autoridad porque creen que los requerimientos de la ley han sido promulgados de manera adecuada; las personas

¹²⁷.La definición del “Estado de excepción” en la teoría de Schmitt está claramente explicado en los primeros capítulos de su libro *Teología Política*, donde dice: “Soberano es quien decide sobre la excepción” (P.5) “una norma general, representada por una prescripción legal ordinaria, nunca puede abarcar una excepción total, la decisión sobre una excepción real no puede, por tanto, derivarse enteramente de esta norma. (...) La excepción, que no está codificada en el orden jurídico existente, en el mejor de los casos puede caracterizarse como un caso de peligro extremo, un peligro para la existencia del Estado, o similar. Pero no se puede circunscribir de hecho y hacer que se ajuste a una ley aplicada.” (traducción libre). Carl Schmitt. *Political Theology*. Chicago: University of Chicago Press, 2005. P.6.

ven a sus líderes como quienes tienen derecho a actuar cuando obtienen una posición, los autoriza su investidura, su nombre, pero no necesariamente los legitima¹²⁸.

Es así como se hace frente a una situación paradójica, ya que lo que va a ser entendido como un Estado de excepción solo puede ser determinado por el soberano. El soberano se encarga de definir qué es una excepción y qué es una situación normal, el poder del soberano está tanto dentro como fuera del orden jurídico y, por esta razón, es paradójico el orden constitucional. Para Schmitt, si bien el parlamento es la entidad que, según la Constitución, está capacitada para definir qué es un Estado de emergencia, el conflicto entre el ejecutivo y el legislativo por la declaratoria de estado de emergencia es solo de orden teórico, ya que el jefe de Estado en la práctica tiene el poder de definir las circunstancias en las que se define lo excepcional¹²⁹.

La teoría del orden concreto de Carl Schmitt se basa en que todo orden tiene como fundamento una decisión, no una norma ni un principio. Tanto las normas como las leyes y los principios jurídicos representan una decisión, con un propósito político específico que intenta repeler el Estado de excepción. Detrás de todo orden concreto, en especial del jurídico, está presente, aunque de forma latente la decisión de un soberano, entonces el consenso parlamentario es ficticio, así como el principio de legalidad, ya que en cuanto se logren manipular las circunstancias para fabricar el Estado de excepción, estas prerrogativas quedarán suspendidas ante la voluntad de la elite¹³⁰.

La estructura socioeconómica de una sociedad es la que va a permitir la vinculación de estos poderes fácticos en el manejo de una democracia, tanto en el ámbito político como jurídico. En este sentido, la crisis, que puede ser de diferentes indoles, fiscal, financiera, de seguridad, económica, social, de violencia, etcétera. A la larga se constituye en un campo de batalla cuyo objetivo es el de atacar los derechos sociales, familiares y laborales de la clase trabajadora.

¹²⁸ Kenneth Allan. *The Social Lens. An invitation to Social and Sociological Theory*. SAGE Publications. Estados Unidos. 2011. Pp. 99-100.

¹²⁹ Farid Samir Benavides. *Excepción, Decisión y Derecho en Carl Schmitt*. Revista Argumentos. Número 19, volumen 52. 2006. México. Pp. 130-132. Recuperado en 26 de noviembre de 2020, de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952006000300007&lng=es&tlng=es.

¹³⁰ Ídem. Pp. 138-140.

El concepto de política es anterior al concepto de Estado de Derecho, el Estado se encuentra amalgamado con la sociedad, por eso no se puede llegar a una definición del conflicto social a partir de categorías meramente jurídicas, es necesario recurrir a un criterio político. Se refiere, entonces, al criterio de “amigo-enemigo”, el cual no puede entenderse en un sentido abstracto, metafórico, simbólico, moral o económico; este tiene un sentido auténticamente concreto y existencial, es decir, no se refiere a una relación normativa, psicológica o espiritual, se refiere a una relación de vida o muerte. El problema del liberalismo para Schmitt es que convierte esta diferenciación entre amigo-enemigo en una abstracción entre competidores en términos económicos y como adversarios en términos morales, obviando así el nivel máximo de antagonismo que tienen algunos tipos de relaciones.¹³¹

Cuando se dice “enemigo” se refiere a lo que Schmitt entiende por “enemigo público”, es decir, habla de *hostis* y no de *inimicus*. Por ejemplo, en la Biblia, así como en el cristianismo, se habla de amar al enemigo, pero en español (así como en alemán, lengua original en que escribe Schmitt) no hay una palabra distinta para referirse al enemigo privado del público, como sí la hay en el latín (*hostis* y *inimicus*). Cuando la Biblia dice “diligite inimicos vestros”¹³², se habla de amar al enemigo privado, nunca en la historia el cristianismo ha hablado de “diligite hostis vestros”¹³³, en este sentido, el enemigo público debe ser repudiado, pero fuera del ámbito privado, es más bien un deber de la vida pública civil.

El criterio político de “amigo-enemigo” debe entenderse en dos sentidos fundamentalmente, primero en un sentido lingüístico. En el uso del lenguaje, todos los conceptos políticos se centran en un conflicto específico, en una situación concreta en la historia y el tiempo, que en ocasiones se manifiesta en una guerra o en una revolución, por lo tanto, la distinción entre “amigo-enemigo” desaparece cuando el conflicto se disipa o la situación desaparece. Palabras como república, sociedad, clase, soberanía, Estado de Derecho, absolutismo, dictadura, Estado neutral o total, son conceptos

¹³¹ Carl Schmitt. *The Concept of the Political*. The University of Chicago Press. Estados Unidos. 2007. Pp. 27-37.

¹³² Ídem. 29.

¹³³ Ídem.

incomprensibles si no se habla de quienes o que se combate, o quienes se ven afectados a partir de su distinción, o bien quienes van a ser negados a partir de su definición¹³⁴.

En segundo lugar, la relación “amigo-enemigo” tiene un sentido existencial. Por lo general, cuando se habla de política en la sociedad o inclusive en la academia, se hace referencia al ámbito de la política partidaria. Pero esta fórmula: “política=partidos políticos” solo es posible si existen antagonismos entre dichos partidos, de otra forma, solo se debilita el antagonismo con el enemigo, si, por el contrario, el antagonismo es fuerte, se incrementa la posibilidad de un combate o guerra civil. El Estado y la guerra están relacionados irremediamente, al igual que la política y la guerra, por lo tanto, si se habla de política o de las instituciones del Estado, siempre debe tenerse presente la posibilidad de un combate. El término enemigo debe entenderse en este sentido existencial, siempre como la existencia de la posibilidad de la amenaza de la muerte física en manos del enemigo.¹³⁵

Como anteriormente se mencionó, para el liberalismo como doctrina política no hay amigos y enemigos, hay socios. Esto traducido a lo relevante para la epistemología jurídica quiere decir que, en un Estado de Derecho liberal, son los poderes fácticos quienes gobiernan por situaciones de hecho y no hay un contrapeso suficiente debido a su supremacía por medio de la dominancia de factores económicos. Para Schmitt, en un Estado de excepción, sí hay intereses antagónicos, se aplica aquí entonces la lógica confrontativa bajo la que opera la cuestión judicial tradicional y no la justicia alternativa, pero la decisión sobre los conflictos en la justicia formal va a recaer en lo que dicte el soberano, representado por los poderes fácticos, de índole primordialmente socioeconómicos. En el liberalismo, hay socios o contrincantes, no enemigos, por lo tanto, los antagonismos se van a resolver, pero no por reglas morales o jurídicas, lo judicial migra hacia las reglas mercantiles, transaccionales, coherentes con los mecanismos de negociación de la RAC.

¹³⁴Parafraseando lo establecido por Schmitt en: Ídem.

¹³⁵Ídem.

En la realidad, cuando las causas políticas concretas del conflicto en la sociedad se desvanecen, en ausencia de este, hay armonía, pero si se afirma que este sentido de armonía únicamente puede ser posible por medio de la juridificación del conflicto, se llegaría entonces al Estado de excepción, entendido como un régimen estatal meramente. Los poderes fácticos que ostenta el soberano los utiliza en beneficio de los “amigos del pueblo”. De otra forma, la justicia se vuelve una mera transacción económica, un movimiento de dinero de una cuenta a otra, crítica principal que realiza Schmitt al liberalismo.

Para el campo de la resolución alterna de conflictos y del derecho como un mecanismo para canalizarlos, es importante entender el dualismo schmittiano del “amigo-enemigo”, además, es importante entender como esta relación en el liberalismo es negada, los poderes fácticos de índole socioeconómico de la sociedad liberal anulan este bipolarismo con el fin de armonizar la sociedad; ya que este ambiente de aparente armonía es más apropiado para los negocios, la sobreproducción y la explotación del trabajador y el medio ambiente. Esta postura teórica vinculada a los hechos rechaza las doctrinas positivistas y naturalistas del derecho, al considerarlas ideales y no tener una relación frontal con la realidad.

Por estos planteamientos teóricos anteriormente mencionados, Carl Schmitt es considerado como un realista por la ciencia que estudia las relaciones internacionales, en especial por su postura en relación con el origen del Estado y su relación con la guerra. No sería correcto hablar de que Schmitt es un realista en el sentido jurídico, ya que ambas orientaciones son distintas, se refieren a paradigmas distintos dentro de dos disciplinas diferentes, además, el pensador alemán se ubica en una categoría aparte, se podría decir que por sí solo; sin embargo, algunas de sus posturas guardan coherencia con lo postulado por el realismo jurídico. A continuación, se hará un repaso por la escuela de pensamiento del realismo jurídico, en lo que respecta a sus ideas relacionadas de forma directa con la doctrina de la resolución alterna de conflictos y se analizará qué relación guarda con el tema planteado en la presente investigación.

3.2.4. El realismo jurídico y los límites de los mecanismos de RAC

A principios del siglo XX, en los Estados Unidos se lleva a cabo una corriente de pensamiento novedosa, que intenta dar una explicación de lo jurídico que sea más pragmática y útil para enfrentar la realidad. Es importante asumir que el realismo jurídico no es una doctrina, en el sentido de que no trata de promulgar nociones globales o absolutas. La labor del realismo es más parecida a una forma de leer la realidad, no intenta acceder a un sentido de justicia universal, ni siquiera a un sentido de realidad universal, únicamente asimila la realidad jurídica con la realidad social.

El realismo es un movimiento contra el idealismo, el formalismo y que criticó las conexiones económicas que organizan y aceleran las problemáticas jurídicas en la sociedad. Tiene la ambición de disputar la creencia de que el derecho es una actividad mecánica, bajo una lógica científico-matemática y que la labor de la función judicial es meramente declarativa.

Para los realistas, el derecho es fundamentalmente una materialidad, le dan suma importancia a la idea de la eficacia normativa, esto quiere decir que los mecanismos para resolver los conflictos, tanto los formales como los alternativos, no son enunciados ideales contenidos en el texto de la ley; el derecho se origina en la forma en como estos mecanismos son aplicados, es decir, es lo que está observado por la autoridad y es asegurado en la sociedad, en la práctica.

Existen muchas escuelas de pensamiento jurídico realista, la escandinava es una de las principales, con exponentes como Alf Ross, para quien el concepto de eficacia real y vigencia actual estaban por encima de la validez formal de la norma.¹³⁶ Mientras que la escuela estadounidense de realismo jurídico, se encarga de estudiar algunos preceptos propios sobre la valoración basada en intereses, además del hecho de que en el pensamiento de la escuela realista estadounidense se encuentran condensadas muchas de las ideas ya presentes en las otras escuelas de pensamiento realista.

¹³⁶ E.P. Campos y B. Sepúlveda. *El Realismo Jurídico Norteamericano: Escuela De Derecho*. Memoria para optar por el grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2013. P.13. Disponible y revisado por última vez en el sitio web el 21 de diciembre de 2020: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/115314>.

Son muchos los autores realistas, Jerome Frank, Roscoe Pound, Karl Lewellyn por nombrar algunos de los más importantes, estos tienen en su pensamiento contradicciones unos y los otros, así como una complejidad que hace que sea imposible afirmar que se trata de una teoría homogénea, pero, por motivos didácticos, se sintetizará aquello a lo que se refiere por realismo en dos ideas principales. La primera es el escepticismo, este puede ser visto en tres niveles: escepticismo frente al formalismo de las normas, escepticismo frente a las normas y escepticismo ante los hechos. La segunda idea de la que se hablará es sobre la labor del juez como generador de derecho en el *Common Law*, contrastando esta labor con la importancia que se le da al derecho escrito tanto en las doctrinas positivistas como naturalistas y liberales dentro del llamado derecho continental.

El escepticismo en su primer nivel es en contra de los formalismos. Tanto las doctrinas positivistas como naturalistas recurren en formalismos que impiden observar las inconsistencias, lagunas, contradicciones y sobre todo indeterminaciones que tiene el derecho, ya que el ejercicio de resolver conflictos a través de la justicia formal no tiene una respuesta única. Por su parte, el iusnaturalismo afirma que el derecho proviene de una voluntad absoluta, ya sea espiritual o de origen moral, mientras que la teoría realista alega que esta noción metafísica es un formalismo innecesario, ya que el derecho en realidad proviene de la cotidianidad, de la práctica diaria de la administración de justicia y del comportamiento de las personas que operan esta administración.

Mientras una de las premisas del proyecto teórico del positivismo afirma que el derecho es autónomo de las otras ciencias sociales, ya que la ciencia jurídica es fundamentalmente normativa y que lo que brinda sustento al ordenamiento jurídico es una jerarquía de normas dictadas por el legislador. Por su parte, el realismo plantea que el Derecho si puede entenderse de la mano de factores extrajudiciales.

Este escepticismo contra el formalismo de las normas se extiende a un escepticismo ante las normas en sí, en tanto el derecho está escrito en códigos y leyes, desde donde se trata de fundamentar una supuesta racionalidad del derecho, la cual es únicamente

aparenta para los realistas quienes hacen énfasis en las constantes contradicciones presentes en el ordenamiento jurídico norteamericano.

Jerome Frank analiza la dimensión psicológica sobre los hechos del proceso y fundamenta un escepticismo sobre estos hechos. En su juicio, se aplica una norma si se logra probar que los hechos existen, se trata de la toma de una decisión para la aplicación de una norma frente a los hechos invocados. Pero los hechos son eventos del pasado, se conocen únicamente a través de una narración, los testigos pueden errar, mentir o distorsionar sus relatos,¹³⁷ por esto Frank plantea que: “*La subjetividad es inherente a la prueba*”¹³⁸. Las decisiones judiciales se encuentran siempre dentro de un amplio margen de arbitrariedad, ya que se basan en relatos destinados a convencer a un juez o a un tribunal, la actividad voluntaria de la prueba siempre estará atravesada por la subjetividad de sus expositores, así como de sus intérpretes.

El defecto del formalismo jurídico y su lenguaje para interpretar las normas y los hechos puede que haya sido heredado de la ética kantiana. Kant intenta formular una teoría ética sobre las condiciones de posibilidad bajo las cuales algo puede ser considerado como tal cosa, esto bajo el concepto de “imperativo categórico”, el cual es un mandamiento fundamental capaz de predecir la conducta humana. Por ejemplo, un acto justo es tal, en el tanto se cumplan las condiciones de posibilidad para definir que es justo y que no es, de conformidad con fórmulas hipotéticas como “*si quiero el bien común y la justicia, no debo matar, robar o mentir*”.¹³⁹

Esta teoría sobre las condiciones de posibilidad se hace sin considerar las circunstancias reales, ya que el imperativo categórico es autosuficiente y no necesita una justificación externa. El problema que señalan los realistas surge cuando esas condiciones formales categóricas no se manifiestan en la realidad y frente a esto los racionalistas-formalistas del Derecho interpretan dichas reacciones como anomalías, respuestas antisistémicas o una contaminación de los valores sociales. Para los realistas, los teóricos que plantean un equilibrio *a priori*, anterior a los conflictos sociales, parten de un orden de las cosas

¹³⁷ Ídem. P. 57.

¹³⁸ Ídem. P. 58.

¹³⁹ Ídem. P. 51.

que es impuesto y no justificado¹⁴⁰. Aquello que se conoce como “puramente formal” esconde un interés que en el caso de las ciencias jurídicas es un interés político, apoyado en los intereses de lo que Schmitt llamaba “poderes fácticos” de la sociedad.

Al existir tal grado de incertidumbre en la práctica del derecho, el juez goza de una amplia libertad para permear sus resoluciones de factores extrajurídicos, es así como se llega a la segunda idea importante que se ha rescatado de la doctrina realista y es su crítica sobre el papel del juez y sobre todo de su labor creadora del derecho.

Para los realistas, la práctica jurídica y en especial la labor del juez tiene un gran sentido económico social. Existe un interés subyacente de los poderes fácticos de la sociedad (Schmitt) por la mantención de un *status quo*, si el derecho es entendido como lo que sucede en la realidad y se toma en cuenta la posición de que el juez dicta normas particulares con cada sentencia, separándose de la posición racionalista/formalista del derecho que tiene el positivismo y el naturalismo, entonces, es posible afirmar que existe un interés funcional de que sea el juez quien interfiera en la primera línea de defensa del sistema de mercado y la forma en cómo operan sus reglas a favor de una clase por sobre la otra.

Entonces, no debe estudiarse el derecho como un sistema deductivo, como era planteado por el liberalismo kelseniano de Rawls, de acuerdo con el realismo, la forma apropiada de analizar el derecho es por medio de un estudio histórico del porqué el derecho es lo que es y qué modelo económico social lo sustenta.

Las normas jurídicas son sociales, los jueces las convierten en actos jurídicos y solo hacen eco de lo que la comunidad ya reclama. Los jueces no pueden olvidarse de que son humanos y, por lo tanto, no debería exigírseles esto, la decisión que ellos toman en este sentido es una extensión de su personalidad¹⁴¹.

La teoría iusrealista, por lo tanto, en lo referente a la aplicación de la RAC, lo que establece es una crítica en dos sentidos: en primer lugar, sobre la forma en como estos

¹⁴⁰ Ídem. Pp. 55 -56.

¹⁴¹ Ídem. Pp. 69.

convenios utilizan sus presupuestos como anteriores a un orden político y social, que está en contante construcción a partir de las disposiciones del poder económico o de condiciones extrajurídicas. En segundo lugar, crítica de forma mordaz cómo se vierte de significado el uso de estos mecanismos, cuando se utilizan conceptos como paz, armonía, igualdad y velo de ignorancia, para resolver los conflictos, inmediatamente se recurre a una influencia emocional y psicológica en quienes representan la demanda por esta industria constituida a partir de la resolución alterna de los conflictos, sin detenerse a pensar de qué forma se constituyen estos conceptos en la realidad teórica. La crítica que se hace a la implementación de los mecanismos de RAC en la materia de familia desde el realismo debe ser vertida especialmente de una crítica al funcionamiento de la desigualdad social y económica en la sociedad, ya que, de otra forma, sus postulados se vuelven estériles y meramente descriptivos.

3.2.5. Aproximación a la discusión epistemológica de la doctrina de la RAC

Verter de un contenido crítico social y económico a esta aplicación de los mecanismos RAC, supone, a su vez, un reto para el establecimiento del liberalismo jurídico. Tanto cronológicamente como en sus ideas programáticas, el nacimiento de la doctrina RAC en las diferentes escuelas de negocios del mundo coincide con el auge del liberalismo jurídico y de su forma organizativa de mayor influencia en lo que se conoce como el proyecto neoliberal de la década de los sesenta en los Estados Unidos en adelante.

El auge de este nuevo liberalismo económico nace como una respuesta a la influencia del keynesianismo en las esferas de la administración de la política económica estadounidense después de la depresión y de las dos grandes guerras mundiales. El intervencionismo impulsado en los años 30 por Keynes y apoyado por la administración de Frank Delano Roosevelt tenía contradicciones con el modelo liberal, ya que, para Keynes, era necesario estudiar el equilibrio monetario y el equilibrio macroeconómico que generaría la aplicación de regulación efectiva de la demanda por dinero por parte del Estado, como la creación de Bancos Centrales, entre otras cosas¹⁴².

¹⁴² Como es planteado por: Ronald García Soto. *Moneda, Banca y Política Monetaria*. Editorial Universidad Estatal a Distancia. 2009.

El liberalismo igualitario que propone Rawls es distinto al liberalismo económico que proponen autores como Milton Friedman, Friedrich Hayek, por ejemplo. Pero en ambos está presente la noción negativa de “intervencionismo estatal”, la misma es vista como aquella que disrumpe un orden armónico. Además, tanto los liberales económicos como los igualitarios desarrollan una pasión por estudiar el fenómeno de la pobreza que es intrigante, pero su comprensión empírica del mundo social alimenta la intriga por conceptos como la injusticia, la desigualdad, los cuales según sus suposiciones representan la distribución mundial actual de la riqueza.

Los liberales clásicos como Hayek y Friedman son quienes abogan por un Estado que sea mantenido a su mínima expresión, mientras que los liberales igualitarios, al estilo Rawls y Dworkin, que hablan en términos de las disciplinas jurídicas, apoyan la institución de un Estado que tenga un papel importante en la redistribución de la riqueza y regulando el mercado cuando este se considere que falle. El acuerdo que tienen los liberales clásicos y los igualitarios es sobre los fines de un “buen” o “justo” sistema jurídico, bajo los mismos preceptos morales que privilegian la propiedad privada y el individualismo por sobre cualquier otro bien, pero no se ponen de acuerdo en la forma en cómo organizarlo.

Franz Hinkelammert, en su libro *Crítica a la Razón Utópica*¹⁴³, especialmente en su capítulo segundo, en lo referente al *marco categorial del pensamiento neoliberal actual*, realiza una crítica fuerte a estas ideas propuestas a partir del resurgimiento del liberalismo, o neoliberalismo; se realiza aquí un paralelismo con lo planteado desde el liberalismo económico y el jurídico, ya que, si bien tienen diferencias y son independientes, ambos movimientos vierten de contenido el proyecto político en los Estados Unidos que ejerce su dominio como superpotencia del poder global hegemónico, por gran parte del siglo pasado y hasta la actualidad. Si bien Hinkelammert no se refiere ni a Rawls ni a Dworkin en ningún extremo, ni a ningún autor libertario de la igualdad, sus argumentos no pueden ser interpretados como aislados de otras formas de liberalismo, y la crítica que Hinkelammert se reserva al liberalismo económico neoclásico,

¹⁴³ Franz Hinkelammert. *Crítica a la Razón Utópica*. Editorial DEI. San José, Costa Rica. 1984. Pp. 60-108

en lo pertinente a nociones como “libertad” o “mercado”, al contrastarlo con lo propuesto por Dworkin y Rawls, no parece estar tan distante de ser una crítica igual de válida a lo que se entiende por “justicia” e “igualdad” en la teoría de estos últimos. Según lo estipulado por Hinkelammert, son una forma de quimeras destinadas a alcanzar el orden y la armonía absoluta, lo que los neoliberales entienden por “libre mercado” es muy parecido a lo que los igualitarios entienden por “igualdad”.

El pensamiento liberal original de autores como Adam Smith, por ejemplo, nace de una crítica a las sociedades precapitalistas, como lo era el feudalismo. Los nuevos liberales, por el contrario, nacen del contexto político de la guerra fría y sus suposiciones se forman como una alternativa al paradigma socialista existente en la época y apoyado por los gobiernos soviéticos y chinos entre otros¹⁴⁴. Mientras el liberalismo nace como un quebranto al orden, el neoliberalismo y liberalismo jurídico igualitario nacen como un llamado de contención de un *status quo*, partiendo de suposiciones que relativizan la colectividad a partir de un historicismo reduccionista.

El concepto empírico central a partir del cual se genera este marco categorial neoliberal es el “libre mercado”, como se mencionó anteriormente, en la historia de la época, el proyecto del socialismo y cualquier cosa que se pareciera a esto, era visto como una amenaza a los intereses locales del gobierno de los Estados Unidos, por lo que en este contexto se implanta la idea de que el socialismo y el marxismo son opuestos al libre mercado y que, por lo tanto, son opuestos a la libertad y a la humanidad. De modo tal que estas suposiciones sobre el mercado y el socialismo no solo se vuelven una pretensión teórica, también es un movimiento con objetivos políticos claros, establecer a cualquier cuerpo teórico comunitarista como el “enemigo del mercado”.

“En esta elaboración aparecen conceptos límites polarizados, que son nuevamente, por un lado, el caos y por el otro, el mercado perfecto o el modelo de competencia perfecta. Son contruidos de nuevo por una proyección al infinito mediatizada por un progreso infinito a partir de un rasgo empírico central de la realidad. Siendo amenazado el mercado, esta amenaza puede ser pensada en

¹⁴⁴ Ídem. P.55

términos siempre más graves hasta llegar al derrumbe del mercado, que desembocaría en caos y destrucción, apareciendo así el concepto límite negativo del caos”¹⁴⁵.

De modo que lo planteado por Hayek y algunos otros autores neoliberales es un paso de lo “utópico del socialismo” al caos total. Es a partir de este giro, que Hinkelammert ha denominado en su obra como antiutópico, es que se presentan la mayor cantidad de dudas y debilidades sobre el modelo explicativo neoliberal. Si dentro del socialismo lo utópico es lo antimercantil, entonces se vuelve más fácil instrumentalizar ciertas reglas de mercado contrarias al proyecto de intervención de la distribución de la riqueza, a partir de preceptos comunitaristas planteados por los promotores del socialismo.

La pretensión principal del neoliberalismo parece ser una epistemológica y es así también el caso del liberalismo igualitario, que históricamente da nacimiento a la RAC. El concepto de equilibrio económico neoliberal es reduccionista, se entiende primero que la sociedad se puede medir a partir de indicadores o principios que se pueden confirmar de forma empírica. Para los liberales igualitarios como para los neoliberales cuanto más lejos se esté de alcanzar dichos indicadores ideales comprobados matemáticamente, se estará más cerca del socialismo, por lo tanto, del infierno y del caos.

Tanto los liberales igualitarios como Rawls y Dworkin, así como los neoclásicos o neoliberales, parten de una teoría general de equilibrio o punto original, de competencia cero. Este punto de equilibrio para los igualitarios es posible de alcanzar únicamente a partir de abordar todos los antagonismos como si se trataran de conflictos de intereses, aunque esta perspectiva no sea necesariamente válida para resolver conflictos de valores, los cuales son especialmente cualitativos y parte fundamental de la labor jurisdiccional es contrastar conceptos como el valor de la verdad en la prueba, el valor de la mujer en la familia, el valor del dinero en comparación al de la vida en la sociedad, por ejemplo. Este balance cero, desde la perspectiva liberal, no toma en consideración aspectos materiales básicos de la sobrevivencia de las personas en la actualidad, los liberales actúan como si los humanos únicamente tuvieran gustos y no necesidades

¹⁴⁵ Ídem. P. 61.

básicas, de las cuales existe un grupo importante de la población global que no logra cubrir con mucho esfuerzo y tiempo de trabajo; por esto, la teoría liberal tanto en su forma jurídica como económica clásica carece de suficiente poder explicativo en la actualidad.

Hinkelammert dice sobre la concepción de equilibrio y punto cero en el derecho que:

“De hecho, este tipo de contradicción aparece en toda teoría de la institucionalidad, en cuanto que su perfección formal es usada como criterio de juicio sobre tal institucionalidad. Por tanto, aparece en la teoría del derecho, en la relación entre proceso social y empírico del derecho y en el concepto límite de un derecho perfectamente acatado. Hans Kelsen lo desarrolla de la siguiente manera:

“... no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula”.

En estos términos, la teoría formal del derecho llega al mismo resultado. El proceso social del derecho presupone, para su existencia, que el derecho no sea perfectamente acatado. Un perfecto cumplimiento del derecho implica la inexistencia del proceso social y empírico del derecho. El derecho empírico existe precisamente porque su cumplimiento es precario”¹⁴⁶.

Esta negación del proceso social de injusticia que se sustituye por uno de “perfecta competencia” es un error, en el tanto para que el hombre viva no solo están a su

¹⁴⁶ Ídem. P.68.

disponibilidad artículos, o mercancías que prefiere una sobre la otra por ideas y preferencias que tiene en su cabeza, el humano tiene necesidades básicas que cubrir, esta es una respuesta utópica, pero que irónicamente se basa en un antiutopismo que niega la doctrina de la justicia social.

Se ha abarcado una amplia gama de teorías sobre el conocimiento jurídico que fundamentan desde diferentes ángulos la intervención de los mecanismos alternativos a la justicia formal para la solución de los conflictos sociales y familiares, en este respecto es posible arrojar una serie de acápites sobre los convenios conciliatorios y la práctica de la función judicial como generadora del derecho en materia de violencia doméstica.

- En primer lugar, hay que reconocer que existe un debate profundo sobre la judicialización o no judicialización de los conflictos. Tanto en las diferentes doctrinas como en los diferentes modelos epistemológicos propuestos hay factores de índole científico, moral y filosófico que hacen que los jueces y los operadores del derecho tengan un impacto en la esfera de la acción social, en especial en la producción de conocimiento y, por lo tanto, en la forma en cómo se reparten las cargas productivas dentro de la sociedad. Si bien algunos modelos intentan alejarse de este espacio relacional del poder discursivo, estos solo lo hacen al negar no a refutarla ni a oponérsele.
- Dentro de la epistemología jurídica no se puede hablar de una respuesta uniforme o una fórmula única para resolver cada conflicto. Inclusive cuando se cuenta con una norma explícita, escrita y se cumplan a cabalidad los preceptos que dicte esta norma, en la práctica jurídica van a existir más de una forma válida de resolver el conflicto y en ocasiones estas formas de solución pueden ser contradictorias. No hay una respuesta única, lo que existe es una metodología jurídica donde factores extrajurídicos también juegan un rol preponderante y que en ocasiones tienen mayor peso o importancia que lo que dicta la norma de forma explícita.

- Existe una discrecionalidad en la práctica judicial, así como existe un grado de discrecionalidad en los mecanismos de RAC, no hay fórmulas racionales precisas y univocas para resolver los conflictos, pero esto no significa que haya arbitrariedad. Si bien el juez tiene discrecionalidad, al igual que el árbitro o que el conciliador, las soluciones propuestas por un proceso de RAC, según la ley, deben de ser homologadas por un juez quien está en capacidades de revisar que las mismas sean acorde a la técnica jurídica.

La práctica del derecho al ser normativa está limitada a realizar un análisis pertinente sobre el origen del conflicto y sobre las raíces históricas que conlleva la construcción de una forma particular de solución de conflictos, ya sea bajo el amparo directo de la jurisdicción tradicional o bajo los modelos de RAC.

Por su parte, el enfoque sociojurídico, propuesto aquí, está compuesto de una aproximación interdisciplinaria al estudio de las leyes como herramientas supeditadas a un orden particular, el sistema judicial tiene como propósito dar una sensación de armonía entre las normas e inmunizarse de los intereses presentes en los sistemas políticos, económicos y culturales en la sociedad. Este enfoque interdisciplinario permite un análisis más profundo sobre las diferentes formas de explicar el conflicto social y como bajo diferentes perspectivas teóricas se pueden interpretar la posibilidad de judicializar un conflicto o no.

Algunos factores principalmente extrajudiciales son los que influyen en la determinación para asignar a un conflicto como digno de ser judicializado formalmente o armonizado por mecanismos alternativos de RAC. Esto es consecuencia de que, de acuerdo con la epistemología jurídica, la técnica por sí sola no es capaz de decirnos que es lo que es justo o injusto, el Derecho únicamente ofrece las herramientas con la fuerza respaldada en el Estado para aplicar la idea de justicia frente a alguna situación futura.

Existe un sistema de significación por medio del cual la RAC recibe su firmeza y respaldo en el sistema judicial, este conjunto normativo de símbolos, creencias o bien sistema de

ideas ha tenido cierto giro a partir de la segunda mitad del siglo anterior dando paso a lo que aquí se llamará “ideología de la armonía”. Se plantea aquí que este giro epistemológico en la historia del pensamiento judicial tiene profundas contradicciones, en especial en lo referente a su aplicación a la materia de violencia doméstica, por esta razón, merece el atributo de ideología y se considera que sus axiomas armonizantes, o principios pacificadores, son anhelos ideologizantes instrumentalistas para la instauración de una perspectiva acrítica de cómo estudiar el tema de los conflictos en la sociedad y, por lo tanto, del conflicto familiar y su diferencia con la violencia.

3.3. Instrumentalización de los mecanismos RAC: teoría sociopolítica de la armonía

Especialistas de la sociología jurídica, con mayor fuerza en los Estados Unidos¹⁴⁷, han enfocado sus esfuerzos en exponer la discusión del movimiento de reforma judicial de principios del siglo XX y la contradicción política fundamental que rodea a estas leyes de RAC, ya que, si bien estas buscan promover principios neutrales de justicia, a menudo se constituyen como un arma en la batalla entre grupos de interés opuestos.

“(…) la regulación del conflicto es el secreto de la libertad en la democracia liberal. Si no logramos regular el conflicto, si intentamos ignorarlo, o si intentamos crear un mundo de máxima armonía, es muy probable que terminemos con peores conflictos que si aceptamos el hecho de que las personas tienen diferentes intereses, diferentes aspiraciones, idear instituciones en las que sea posible que la gente exprese estas diferencias, es de lo que se trata la democracia, en mi opinión”¹⁴⁸.

La antropóloga Laura Nader se ha formulado dos cuestiones esenciales sobre este tema, las cuales se pretende ampliar y sobre la cual se realizará una nueva explicación. En su ensayo *Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the*

¹⁴⁷ Una breve bibliografía recomendada sobre estos avances: Richard L. Abel. *The Politics of Informal Justice*. Academic Press. New York. 1981; - Larry R. Spain. *Alternative Dispute Resolution For The Poor: Is It An Alternative?*. North Dakota Law Review : Vol. 70 : No. 2. Estados Unidos. 1994. Pp. 269-280; - Christine B. Harrington. *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*. Greenwood Press. Westport, CT. 1985. - Laura Nader. Op. Cit. 1990 y 1993.

¹⁴⁸Kenneth Allan citando a Ralph Dahrendorf en: Op.Cit. P.242. Traducción libre.

*Movement to Re-Form Dispute Ideology*¹⁴⁹, Nader brinda una explicación breve sobre esta contradicción presente en la doctrina de la RAC, debido a la limitada extensión del ensayo académico. Se expandirán estos argumentos dándoles una propia explicación, ya que lo señalado por Nader funciona como referencias válidas a manera de punto de partida: a) la existencia y fuerza de un movimiento por intercambiar la justicia por la armonía; y b) la naturaleza ideológica de este movimiento.

En primer lugar, se delinearé una breve reseña histórica sobre cómo han evolucionado los mecanismos pacíficos para resolver los conflictos. Este desarrollo ha formado un movimiento cuya marca ideológica es la creencia en el intercambio de la justicia por la armonía. Si bien la resolución de conflictos ha tenido un trayecto histórico que pasa por las civilizaciones antiguas, el movimiento ideológico del que se habla aquí tiene sus raíces en las sociedades industrializadas y en la diplomacia internacional, a partir de principios del siglo anterior.

Posteriormente, se analiza el porqué es llamado “ideología de la armonía”, cuál es la razón para darle este adjetivo. Para responder esta cuestión, se analizarán varias formas de conceptualizar lo que es una ideología, para convenir en una definición operativa. Con esto es posible definir qué significa la existencia de parámetros ideológicos que justifiquen la persecución de la justicia en los conflictos donde intermedia la violencia doméstica.

3.3.1. El movimiento sustitutivo de justicia por armonía y su fuerza

El trayecto histórico de este movimiento sustitutivo de la justicia por la pacificación tiene al menos cuatro etapas. Según Louis Kriesberg en *The Sage Handbook of Conflict Resolution*¹⁵⁰, este reemplazo tiene su desarrollo preliminar en las relaciones internacionales y tiene como precursor la diplomacia, ya que esta funciona para representar los intereses de un Estado, de una organización o bien de un movimiento social a partir de mecanismos pacíficos.

¹⁴⁹ Laura Nader. Op. Cit. 1993.

¹⁵⁰ Jacob Bercovitch y otros. *The SAGE Handbook of Conflict Resolution*. Sage Publications. Reino Unido. 2009. P. 13-32.

Su origen se da iniciada la Primera Guerra Mundial y en el periodo entre guerras, entre los años 1914 y 1945. Con el nacimiento de varios movimientos pacifistas internacionales, finalizada la Primera Guerra Mundial, se da comienzo la iniciativa de crear la Liga de las Naciones; se constituyen organizaciones de orientación antiviolenta que se oponen a los levantamientos armados. Las tragedias vividas en este periodo impulsaron la innovación en mecanismos alternativos para resolver los conflictos en diferentes frentes, en especial a partir de 1945, finalizada la segunda guerra mundial y debido a la posterior experiencia de la amenaza constantes de una catástrofe nuclear, entre los enfrentamientos belicosa de las potencias militares¹⁵¹.

La segunda etapa de desarrollo de estos mecanismos alternativos tiene lugar entre los años 1946 y 1969. Sentadas las bases para que existan foros específicos para la resolución de conflictos por mecanismos distintos a la guerra, muchos gobiernos y ONG invierten dinero y esfuerzos en prevenir guerras futuras. En este periodo se fundan importantes organismos reguladores de orden económico como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, o bien organizaciones dedicadas al desarrollo cultural y pacífico de las relaciones entre las naciones, tal es el caso de la UNESCO o la ONU¹⁵².

Si bien en este periodo acontecieron conflictos violentos en el contexto de la Guerra Fría, también transcurrieron manejos de crisis y negociaciones de conflictos que se dieron con relativa pasividad, la crisis de los misiles cubanos y la insurrección pacífica antiviolenta que culminó en la independencia de la India de Gran Bretaña, son unos ejemplos. Es en esta época que se establecen los primeros centros de estudios sobre los conflictos y la paz, varios intelectuales tienen su apogeo en el estudio de los conflictos como Coser, Schelling, Dahrendorf, además, el noruego Johan Galtung establece el *International Peace Research Institute* (PRIO) donde formula su popular método TRANSCEND de mediación en estos mismos años¹⁵³.

Entre los años 1970 y 1989, se da la tercera etapa de expansión del movimiento que sienta las bases para formar lo que hoy se conoce como RAC. En este periodo se

¹⁵¹ Ídem. Pp. 17-18.

¹⁵² Ídem. P. 19.

¹⁵³ Ídem. P. 20.

experimenta su fase de difusión institucional, a partir de la década de los setenta, varias instituciones en todo el mundo occidental empiezan a instaurar campañas activas de entrenamiento en RAC y en cómo facilitar la conciliación en temas relativos a la guerra y la paz. En este periodo se da la publicación del libro *Getting to say Yes*(1979)¹⁵⁴, precursor del proyecto de investigación *Harvard Negotiation Project* de la universidad de Harvard, este *bestseller* en el tema de negociación comercial funciona como manual de cómo persuadir y convencer; este libro y el *Harvard Negotiation Project* componen las bases experimentales en el tema de la RAC¹⁵⁵.

La cuarta etapa de desarrollo en la instalación del andamio cultural y doctrinal que compone la práctica de RAC se da a partir de 1990 y hasta el 2008¹⁵⁶. Para la década de los noventa e inicios del dos mil, se vivió un periodo donde los conflictos cuyo potencial para escalar en fuerza destructiva disminuyeron y las guerras también disminuyeron, como consecuencia del fin de la Guerra Fría. En esta etapa se difunden los mecanismos de RAC y, a su vez, se consolida su diferenciación de otros métodos para intervenir los conflictos.

Después de la década de los noventa, diferentes movimientos transaccionales y organizaciones dedicadas a la RAC se incrementan y se vuelve en general más fácil para los Estados, así como para las organizaciones supraestatales, como la ONU, el contener las acciones bélicas por medio de la negociación. Esta fue una época de relativa paz o periodo de armonización. A principios de los noventa, las prácticas RAC estaban plenamente establecidas y se expandían en varios estratos de trabajo, esto es evidente en el ámbito de la negociación internacional, por ejemplo, se establecen mecanismos de protección de los derecho humanos en gran parte del continente americano, un ejemplo de estos es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, o llamada también “Convención Belém do Pará”, la cual supone una de las principales herramientas estándar para combatir la violencia doméstica.

¹⁵⁴ Roger Fisher y William Ury. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. Penguin Books. Nueva York, Estados Unidos. 2011.

¹⁵⁵ Jacob Bercovitch y otros. Op. Cit. Pp. 21-24.

¹⁵⁶ Ídem. P. 24.

Desde el 11 de setiembre del año 2001 y a partir de los ataques perpetrados este día al *World Trade Center* en la ciudad de New York, en Estados Unidos y las consecuentes intervenciones armadas de este país en Afganistán, Irak y más recientemente Siria, se da el nacimiento de un nuevo paradigma en los mecanismos RAC. Nuevos actores entran en juego, así como se empiezan a mediar situaciones relativas a la llamada “guerra contra el terrorismo”. Esto supone un retorno y nuevo apogeo de los mecanismos opresivos del Estado como la represión violenta, aparecen supuestos antagonismos étnicos y religiosos, todos como consecuencia de los factores del desarrollo anterior de la política global¹⁵⁷.

Desde el año 2008 y hasta la actualidad, los mecanismos RAC y su práctica han enfrentado diferentes disputas paradigmáticas. Primero, se debate si la RAC es una disciplina por sí sola o un enfoque multidisciplinario, siendo esta última, por lo general, la respuesta predominante. Otras diferencias, pero de orden práctico, son las siguientes: discusiones sobre los métodos para mediar y el papel del mediador como propositivo o meramente debe ser un facilitador que no debe proponer soluciones; se debate también sobre el uso de la violencia, algunos creen que la violencia directa en los conflictos bélicos, en conjunto con otros mecanismos, puede tener un impacto constructivo. Otros expertos evitan la violencia a toda costa; se debate también sobre el tiempo de intervención de las medidas propuestas, si deben considerarse metas a largo o corto plazo¹⁵⁸; sin embargo, poco se debate sobre el financiamiento de los foros y no hay muchas preguntas sobre quienes sostienen económicamente los programas de RAC, aparte de los Estados, así como se extrañan signos de interrogación en los fundamentos teóricos profundos sobre la naturaleza ideológica de este movimiento.

La aplicación de esta metodología de resolución pacífica de conflictos al ámbito de las relaciones intrafamiliares surge para mantener a los mecanismos de intervención judicial formales, fuera de su influencia. Su introducción al ámbito de la familia es consecuencia de una distinción teórica presente en los Estudios para la Paz del sociólogo noruego Johan Galtung que es la diferenciación entre marco, meso y micro conflictos.

¹⁵⁷ Ídem. P. 25.

¹⁵⁸ Ídem. P. 24.

Estos niveles dependen de una calificación que supone una mayor cantidad de actores involucrados y una jerarquización de su relevancia para el mantenimiento de la vida humana organizada. El nivel de macroconflictos¹⁵⁹ es aquel donde la contrariedad llega a las instituciones políticas de mayor jerarquía como los Estados, pueblos y regiones, los meso-conflictos son un nivel intermedio¹⁶⁰ donde se da una rivalidad entre grupos que bien pueden ser parte de una misma sociedad, como los conflictos culturales. Mientras tanto los conflictos micro son aquellos que se desenvuelven alrededor de una persona y su círculo de conocidos y familiares, así como de su interacción con las diferentes estructuras sociales¹⁶¹. Es este enfoque micro es el que autoriza a que el conocimiento sobre el conflicto pueda ser aportado por los Estudios para la Paz, sean aplicados a las relaciones familiares.

La teoría del conflicto de Galtung no es una propuesta sociológica en términos estrictos, tiene grandes contradicciones dentro de las cuales se puede rescatar, primero, que realiza un discurso prescriptivo. Parte de su cuerpo teórico está compuesto por una agenda de recomendaciones y disposiciones morales que crean un supuesto sujeto civil, un “ciudadano negociador”, cuya moral y razonamiento linear idílico proporcionan a las estructuras diplomáticas y del poder bélico en el escenario internacional, la idea seductora de la armonía. Es remarcable el esfuerzo que lleva Galtung por crear una razón que reta con modificar la estructura del sujeto civil de la modernidad, ya que este tipo de propuestas eran escasas en su época, vale la pena recalcar algunos de sus alcances y refutaciones que favorecen en este estudio.

Su perspectiva matemática positivista de los conflictos obliga a mirarlos desde una perspectiva estratégica de intereses o como un juego de suma cero. Visto desde la perspectiva de la teoría de juegos de autores como Anatol Rapoport¹⁶², es posible concluir que los Estudios para la Paz comprenden en su teoría sobre el razonamiento

¹⁵⁹ Johan Galtung. *Peace by Peaceful Means. Peace and Conflict, Development and Civilization*. International Peace Research Institute. Oslo, Noruega. 1996. P. vii prefacio.

¹⁶⁰ Ídem. P. 187.

¹⁶¹ Ídem.

¹⁶² Anatol Rapoport. *Prisoner's Dilemma. A Study in Conflict and Cooperation*. The University of Michigan Press. 1970. P. 11.

lineal del sujeto negociador, una omisión de la dimensión dinámica de las relaciones sociales.

Si bien la teoría de que los Estudios para la Paz tiene elementos de análisis y herramientas metodológicas estructuralistas, tales como su concepto de violencia estructural, su limitación recae en lo que concierne a una vuelta al positivismo en las ciencias sociales. El sentido de sus proposiciones solo está limitado a ser confirmadas por experiencias sensoriales, lo que pone un freno a una posible crítica desde la ontología materialista o estudio sobre un “estado de las cosas” y lo reemplaza por una creencia en valores sociales cuya definición es difusa y relativa como la armonía, la integridad o bien una prescripción normativa sobre un “deber ser” de la paz.

Los Estudios para la Paz son una forma de conservadurismo, la prevención y solución de los conflictos desde su matriz de pensamiento, se vuelve una contribución instrumental para el mantenimiento de un sistema presente o *status quo* actual. Es el mismo Galtung quien dice que los estudios para la paz deben ser vistos como un esfuerzo para promover la realización de ciertos valores¹⁶³.

Existen quienes han criticado esta forma de conservadurismo como utópico, considerándolos un programa de principios y valores que van dirigidos a nadie, a pesar de que sus planes parecen ser posibles de seguir empíricamente, no existe nadie que esté especialmente interesado en implementarlos¹⁶⁴. En lugar de que estos planes programáticos tomen acción por parte de gobiernos, organizaciones dentro de los aparatos militares de los Estados, o bien agrupaciones paramilitares independientes, la relación que tienen estos teóricos de los Estudios para la Paz termina convirtiéndose en una especie de simbiosis entre ellos y quienes buscan la paz por medios violentos. Los Estudios para la Paz, en lugar de ser una sociología, son una ética que impulsa la regulación de un sistema paralelo y parasitario del sistema judicial, tanto internacional como doméstico. Lo propuesto por Galtung y por la RAC es una herramienta pacificadora

¹⁶³ . Johan Galtung. *Violence, Peace and Peace Research*. Journal of Peace Research, Vol. 6, No. 3. pp. 167-191. 1969. P.190

¹⁶⁴ William Eckhardt. *The Radical Critique of Peace Research: A Brief Review*. Peace Research 18, no. 3. 1986. Pp. 51-62. Revisado del sitio web el 10 de mayo de 2021: <http://www.jstor.org/stable/23609863>

de un orden político y funciona como un conservadurismo, una voluntad de guerra, es decir, una voluntad de darle cobertura política a la guerra promovida por ciertas superpotencias.

Boaventura De Sousa Santos argumenta que la informalización y reformas en la justicia que se han adicionado a partir de estos movimientos programáticos que popularizan la armonía, la paz y los mecanismos RAC descritos anteriormente, han cambiado la naturaleza del poder del Estado. Para De Sousa, el Estado se está expandiendo a través de procesos que en la superficie parecen ser de retracción, este viraje que aparenta ser el apogeo del movimiento por la deslegalización de las relaciones humanas, es de hecho una forma de hiperlegalización de las relaciones en la sociedad civil, estos mecanismos de RAC crean lazos, de forma tal que la distinción teórica entre Estado y sociedad civil se vuelve cada vez más difusa e inútil.¹⁶⁵ Históricamente la utilización de la RAC se ha justificado por medio tres argumentos principales, que De Sousa demuestra como cuestionables.

El primero de ellos es el llamado *argumento de la crisis fiscal*¹⁶⁶; el avance y expansión de los derechos sociales a partir de principios y mediados del siglo anterior en muchas partes del occidente, han tenido como consecuencia un incremento en el gasto público. A partir de la década de los setenta, varios fenómenos cambiaron las condiciones de valorización de los Estados y la forma en cómo funcionaba el sistema financiero global, ejemplo de esto fue el cambio del sistema monetario del patrón oro al dinero por decreto en los Estados Unidos y a nivel global un ejemplo puede ser la llamada crisis del petróleo árabe de 1973, en la que varios países del mundo se vieron obligados a tomar una serie de medidas permanentes para frenar su dependencia del crudo producido en el exterior.

Pasada la época de incremento en las garantías de orden social de décadas anteriores y llegado un periodo de ciclos de intensas crisis económicas, esto ocasionó que se formara un cambio conceptual paralelo; la legalización empezó a ser vista como hiperlegalización y el acceso a los derechos es vista como sobreacceso. Para el

¹⁶⁵ Boaventura De Sousa Santos. *Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism*. International Journal of the Sociology of Law. 8. Pp. 379-397. 1980. P.391.

¹⁶⁶ Ídem. Pp. 388-389.

argumento a favor de la crisis fiscal del Estado, la informalización y deslegalización se propone como una alternativa popular ante esta crisis, ya que genera que algunos conflictos sean procesados y hasta resueltos por menor costo para la administración pública de la justicia¹⁶⁷.

De Sousa brinda dos objeciones a este argumento de la crisis fiscal: primero, se asume erróneamente que la justicia informal es menos costosa que la justicia formal¹⁶⁸. Puede que, en primera instancia, estos procesos informales parezcan menos costosos, pero a largo plazo, un conflicto no resuelto y que tenga el potencial de reproducirse de forma sistemática puede ser algo que terminen pagando sociedades futuras, hablando no de años, sino de décadas.

Segundo, se justifica la adopción de las soluciones propuestas desde la austeridad, ya que son planteadas como una necesidad externa y no como parte de la lógica interna del sistema judicial, es decir, se explica que hay falta de dinero, pero no se explica en ningún momento cuánto costará a la larga hacer un recorte al gasto específico en un área y en otra no. Tampoco se explica por qué debe escogerse como perjudicado un sector por sobre otro¹⁶⁹.

El *argumento de absorción del impacto negativo en la legitimidad*¹⁷⁰ es el segundo argumento utilizado para justificar el surgimiento del movimiento de sustitución de justicia por armonía a través de los mecanismos RAC. Se supone que la RAC sirve para absorber la fricción negativa que tiene un Estado a consecuencia de los recortes al gasto público.

Debido a la expansión de la intervención del Estado en la regulación de las relaciones sociales experimentada a principios y mediados del siglo anterior, en la forma de nuevos derechos, cualquier reducción sustancial al gasto público produce cambios en la forma en cómo se da la represión de clases sociales y, por ende, en la legitimación del Estado. Los mecanismos RAC de participación popular, en apariencia, luchan contra la

¹⁶⁷ Ídem. P. 389

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Ídem.

¹⁷⁰ Ídem.

burocracia, suponen un renacimiento de la noción de comunidad y autogobierno; sin embargo, este argumento no es válido para De Sousa, en el tanto la legitimidad de los mecanismos RAC son siempre supervisados por la lógica de la reproducción de la dominación política del Estado capitalista. Así como el Estado, los mecanismos RAC están subordinados a la lógica del capital que tiene serias contradicciones con el rescate al sentido de comunidad que esta doctrina profesa en teoría¹⁷¹.

El *argumento estabilizador de las relaciones de poder en la sociedad*¹⁷² es el tercer presupuesto según el cual se aboga a favor de las reformas RAC. Se asume que desde la informalización de las instituciones de poder del Estado liberal y tomando como receta la represión del conflicto por un sentido de armonía, es posible entablar apoyo y estabilidad a relaciones conflictivas que bajo la formalidad de la ley sería muy compleja de resolver.

Para De Sousa, lo que sucede con el argumento estabilizador es que las disputas canalizadas por la RAC tienen dos alternativas: Una opción es que por medio de estos mecanismos RAC se canalicen y filtren diferencias estructurales en el poder social y económico entre las partes, o bien la segunda alternativa es que se trate de conflictos que suceden recurrentemente, como es el caso de asuntos donde las leyes laborales son ignoradas sistemáticamente por grandes corporaciones, relaciones conflictivas entre arrendadores e inquilinos, así como los casos de violencia intrafamiliar¹⁷³.

La informalidad jurídica supone una mediación represiva, esta informalidad consta de un desarme y neutralización de la potencia negociante de la parte más vulnerable, ya que desorganiza las fuerzas en conflicto por medios legales. La RAC facilita que esta represión del conflicto se de a niveles comunales afectando a colectivos, en el caso de la violencia doméstica, afectando especialmente a las víctimas en desventaja o desigualdad de condiciones sociales y económicas.

¹⁷¹ Ídem.

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ Ídem. P. 390.

De Sousa identifica que la legalidad de un Estado capitalista tiene tres elementos principales, que se relacionan de forma asimétrica, compleja y dinámica. Aunque estos elementos no son exclusivos del Estado capitalista, están presentes en la actualidad en combinación, en los países donde la función estatal está subordinada a la lógica del capital (explotación y extracción de plusvalía a través del uso de la fuerza laboral apropiada en el mercado).¹⁷⁴ Estos tres elementos son: 1) la retórica, que es la producción de persuasión y adherencia voluntaria a través del potencial argumentativo verbal o de formas no verbales, pero aceptadas socialmente; 2) la burocracia, que se define como la estrategia de producción de imposiciones autoritarias a través de la movilización del conocimiento profesional y de procedimientos organizados jerárquicamente; y 3) violencia: uso o amenaza del uso de la fuerza física¹⁷⁵.

Estos tres elementos son en los que se basa la autoridad fragmentada y asimétrica que la legalidad reproduce. Para De Sousa estos tienen, a su vez, al menos tres perspectivas distintas según las cuales pueden estudiarse la interrelación de forma estructural de estos tres elementos en enfoques: *cuantitativo*, *cualitativo* y *geopolítico*.

La *variación cuantitativa* es la que se da cuando se estudia la proporcionalidad en la que están distribuidas dichas relaciones asimétricas. Dice el mismo De Sousa¹⁷⁶, que entre más alto sea el nivel de producción burocrática o bien cuanto mayor estén al servicio de la producción burocrática judicial los instrumentos de violencia, menos será el espacio para la retórica y discursiva legal y así viceversa. Según estas dos dimensiones paradójicas de la legalidad capitalista, la producción burocrática al servicio de la violencia y la retórica legal, al experimentar potencialmente un periodo de retracción en la retórica, se habrá de experimentar entonces una expansión de los elementos burocráticos y violentos recíprocamente.

En apariencia se vive en un resurgimiento de la retórica legal, estos movimientos de RAC garantizan una satisfacción mutua y comunitaria de los conflictos; se asegura que su disciplina es la ciencia que regula la reaparición de la retórica legal colectiva y que a

¹⁷⁴ Ídem. P. 380.

¹⁷⁵ Ídem. P. 382.

¹⁷⁶ Ídem.

todas luces, según sea mayor su uso, será aún mejor la ganancia colectivo-social; sin embargo, es ingenuo guiar el análisis por un único elemento, o sea, solo por esta aparente emergencia de la retórica legal en la forma de mecanismos RAC.

De Sousa dice que este es un periodo donde lo cierto es lo opuesto, no es la hostilidad la que se retrae, es la legalidad que experimenta una expansión de los elementos burocráticos y violentos, en contradicción a los elementos retóricos. Ejemplo de esto puede darse en la forma en como se da la producción legal de mecanismos violentos, se debate sobre la preferencia por su forma oral o escrita¹⁷⁷.

Ambas formas, oral o escritas, tienen cualidades diferentes de producción, por esto De Sousa llama a esta parte del análisis de la retórica y los mecanismos burocráticos para aplicar la violencia del Estado, como su *dimensión cualitativa*, por ejemplo, la forma oral es colectivizable, mientras que la escrita es individualista. La comunicación oral es centrada en formas e intervienen todo tipo de ademanes más allá de la mera transmisión de palabras, mientras que la comunicación escrita es centrada en la palabra. En Costa Rica y en varias partes del mundo, a partir de la revolución mediática/digital, se vive una nueva etapa oral, se da un redescubrimiento del sonido y de las palabras, pero esto no significa un redescubrimiento de la retórica legal, la formalización de leyes de regulación en RAC, es más bien la extensión de los mismos mecanismos burocráticos violentos por medio de la voz o del papel.

Por *combinación geopolítica*, De Sousa establece su análisis a partir de la dominación política, dice que hay una zonificación, ya que existe un área donde la diferencia entre la actividad del Estado y la del No-Estado son claras de distinguir. En las zonas donde interviene el Estado hay una mayor dominación política y es aquí donde se dan procesos de neutralización y exclusión. Mientras que en los espacios donde es más difícil distinguir la actividad del Estado a la del No-Estado, se acumulan procesos de trivialización e integración y existe aquí poca inversión de los recursos públicos¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Ídem. P. 383.

¹⁷⁸ Ídem.

Este fenómeno es claro en la producción de instrumentos legales de RAC en Costa Rica, donde ha existido una división heterogénea de orden ideológico entre dos campos en relación con el tema. Mientras que, por un lado, hay campos de la doctrina legal, cuyo interés es de orden comunitario, donde ha resurgido una ética del consenso y la persuasión, se utiliza en ocasiones un modelo terapéutico más al estilo de la RAC para resolver los conflictos, esto es cierto para procesos civiles, familiares, administrativos, comerciales, por ejemplo¹⁷⁹. Mientras que, en la justicia penal, se puede hablar más bien de un resurgimiento del modelo clásico o punitivo, al punto de que las opiniones a favor de un reformismo penal son minoritarias y más pequeña aún es la opinión abolicionista del sistema penal.

En este medio, se puede argumentar lo contrario de lo dicho por De Sousa sobre el surgimiento de un modelo punitivo y hablar del marco de acción de la justicia alternativa en el ámbito penal¹⁸⁰ que se ha desarrollado y que intenta imprimir un sentido de comunitarismo a la resolución de conflictos penales, adicionando a la víctima y a sus intereses como parte del proceso. Pero este nuevo régimen de responsabilidad paralela no está establecido con el propósito de sustituir el abarrotado sistema penal tradicional, por el contrario, es un mecanismo de contención y pacificación del conflicto basado en la “paz social”, entendida como la paz de los conflictos individuales. La naturaleza misma de la justicia restaurativa es la de ser un mecanismo suplementario a la justicia penal tradicional, al intentar mantener niveles de paz social necesarios, para que la industria penal continúe funcionando con la legitimidad necesaria, por lo cual su aplicación

¹⁷⁹ Ídem. P. 384.

¹⁸⁰ En Costa Rica existe un impulso por promover las medidas conciliatorias en especial en las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada, los que admitan la suspensión condicional de la pena, como es señalado en el artículo 36 del Código Procesal Penal. Así mismo de forma separada, pero perteneciente a la misma especie de mecanismos alternativos se ha dado uso al concepto de Justicia Restaurativa, según información disponible en el sitio web oficial del Poder Judicial en lo relativo a la justicia restaurativa: “(...) desde su aprobación como proyecto piloto en el año 2011, se estableció como una metodología o técnica para aplicar los institutos de resolución alterna de conflictos, con la finalidad de promover un cambio de paradigma en la administración de justicia, resolviendo las controversias de forma integral, con la participación activa de la víctima, la persona ofensora y la comunidad, mediante la intervención de un equipo interdisciplinario y especializado. (...) La Ley de Justicia Restaurativa, Ley 9582, en su primer numeral, establece que el objeto de la ley es “definir un marco conceptual y procedimental para instaurar la justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico costarricense, como un instrumento que contribuya a resolver los conflictos jurídicos generados por los hechos delictivos...” Por ello, en sus capítulos II, III y IV establece los procedimientos por ámbito de aplicación: penal, penal juvenil, contravencional y tratamiento de drogas, respetivamente.” Revisado del sitio web el día 13 de mayo del 2020: <https://justiciarestaurativa.poder-judicial.go.cr/evolucion>

siempre se realizará como una excepción y no la norma, lo cual termina dando la razón a De Sousa.

Los instrumentos violentos y burocráticos se concentran en campos legales donde su función es la de definir a un enemigo (relación amigo/enemigo como está presente en la obra de Carl Schmitt) y dispersarlo a través de mecanismos de neutralización y exclusión, este es el caso de la justicia penal tradicional¹⁸¹. Mientras la retórica se expande en áreas a fin con el derecho civil, donde la función es redefinir al enemigo como un no-enemigo y dispersarlo a través de mecanismos de trivialización e integración.

De Sousa lanza la siguiente pregunta: ¿puede ser posible que la burocracia y la violencia se estén reproduciendo y expandiendo con la misma apariencia, la forma y a través de la retórica?¹⁸² Un árbitro y un mediador pueden ser tales por el hecho de que no son jueces, o bien son jueces, pero fungiendo en su condición de conciliador, es decir, como quien se viste de juez para resolver la sentencia y se viste de negociador para la etapa de conciliación, comportándose diferente en ambos casos que usa un diferente disfraz.

Al rescatar la posición de Sousa, se podría llegar a la conclusión de que el problema por la instauración de la RAC es uno que únicamente concierne al estudio de la expansión de esta retórica legal, pero las formas burocráticas y violentas pueden ser reproducidas en otros medios y no son exclusivas del campo legal. En ocasiones las formas de burocracia y violencia ejercidas por otro campo profesional son muy similares a las del campo legal, por lo que un mediador puede formar parte de otra burocracia como la educación, la salud y estar reproduciendo estructuras homologas a los estatutos de la profesión jurídica.

Con la informalización y reformas de la justicia que incorporan los mecanismos de RAC, se puede notar que la naturaleza del poder del Estado está cambiando y con este cambio varían las relaciones sociales inherentes a la sociedad civil. El Estado capitalista, como es históricamente entendido, se está expandiendo a través de procesos que en la superficie parecen ser procesos de retracción, lo que tiene una fachada de

¹⁸¹ Boaventura De Sousa. Op. Cit. 1980. P.386.

¹⁸² Ídem. P. 387.

deslegalización es de hecho una hiperlegalización. El poder del Estado se expande en forma de regulación indirecta, si estas reformas continúan, dice De Sousa, que posiblemente se verá como la lógica del capital se va a expandir a través de símbolos y no tanto a través de bienes y servicios, ya que esta expansión apela a los valores trascendentales de operar de la administración de justicia; esto supone una reforma a la estrategia de legitimidad del Estado frente a estos valores.¹⁸³

A la luz de esta tendencia, no hay razón para pensar que la dominación en los Estados liberales se va a llevar a cabo a través del conocimiento profesional científico, cuando la distribución del poder se traslada de instituciones formales a las de tejidos sociales, es decir, a aquella red que se vive por fuera del conocimiento técnico-científico profesional del derecho, es predecible que vaya a haber un cambio sobre la relevancia social de conocimiento científico. Se concreta entonces un cambio de modelos, precisamente se sustituye el conocimiento científico jurídico por el conocimiento jurídico no científico, se establece como prioridad el conocimiento práctico, limitado por una matriz ideológica que no reconoce la polaridad falsa/verdadero, sino que responde a un criterio utópico, mistificado por los tintes ideológicos que sean relevantes para quienes ostenten la mayor parte de la riqueza material según las condiciones históricas¹⁸⁴.

Los actores en un conflicto disponen de posiciones particulares, es desde estas posiciones que para ellos es posible definir un horizonte particular cuyos resultados van a ser bienvenidos, considerados realistas y aceptables o inaceptables, como resultado de la resolución de este conflicto. La doctrina de la RAC pretende manipular este horizonte, por lo tanto, se convierte en una forma de enseñar a como pensar lo posible y a como desear, es un espacio de acción ideológica.

La ideología entendida como conjunto de ideas determinadas y necesarias para interpretar la realidad social tiene su expresión en el ámbito conflictual, tanto en la forma en que se dan los conflictos como sus contenidos, la subjetividad de las partes y la orientación de su resolución. El propósito de la próxima sección será identificar, explicar

¹⁸³ Ídem. P. 391.

¹⁸⁴ Ídem. P. 393.

y analizar las operaciones ideológicas que organizan el horizonte de la resolución de los conflictos que propone la RAC.

3.3.2. Precisiones necesarias para la crítica a la ideología de la armonía

El término ideología fue utilizado por primera vez por Destutt De Tracy en 1796¹⁸⁵, acuña el término como la “ciencia de las ideas”. Desde entonces, han existido muchas formas de definir el concepto de ideología; algunas veces se utiliza como peyorativo, o bien como el marxismo tradicional lo define, como “falsa conciencia”. Se desarrollará una definición del concepto de ideología denominada *definición operativa*, que permite señalar cómo los mecanismos RAC se configuran como parte de un esfuerzo ideológico hegemónico y que guardan antagonismos con conceptos propios de la doctrina de la justicia social, en específico en lo relativo a la emancipación de las estructuras patriarcales de distribución del poder en la familia.

Karl Marx y Friedrich Engels en gran parte de su obra tratan este tema. Es en *La Ideología Alemana*¹⁸⁶ donde se habla de esta como un sistema de representación del mundo que tiene siempre el elemento de la inversión de la realidad, de la misma forma como una cámara fotográfica que refleja lo que captura de forma invertida, lo que entra por su lente. Tradicionalmente, el concepto de ideología marxista habla de una forma de ver la realidad distorsionada, de una “falsa conciencia”.

Lo que aquí se denominará el concepto marxista clásico de la ideología se trata de un mecanismo no represivo, que es fuente directa de la estabilidad en las sociedades divididas por clases. La ideología está presente únicamente en sociedades donde existe un contexto antagónico en la división de clases de forma histórica, se trata de ideas compartidas por un grupo, que constituyen las ideas dominantes. La ideología puede estar presente en conocimientos que guían la acción, ya sea en el conocimiento legal, político, religioso, económico o filosófico.

¹⁸⁵ Emmet Kennedy. “*Ideology*” from *Destutt de Tracy to Marx*. *Journal of the History of Ideas* Vol. 40, No. 3 (Jul. - Sep., 1979). Pp. 353-368. Editorial: University of Pennsylvania Press. Disponible en el sitio web revisado el 25 de octubre del 2020: <https://www.jstor.org/stable/2709242>

¹⁸⁶ Karl Marx y Friedrich Engels. *La Ideología Alemana. Crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes Feuerbach, B. Bauer y Stirner y del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas*. Ediciones Grijalbo, S.A. Barcelona, España. 1970.

Louis Althusser, a través del concepto de *Aparatos Ideológicos del Estado*¹⁸⁷, dice que el Estado cuenta con diferentes mecanismos que permiten la reproducción de las condiciones de producción que mantiene un “estado de ser de las cosas” o *status quo*. La reproducción de las condiciones de producción puede ser posible por varios mecanismos, los cuales pueden ser categorizados de una de dos formas, pueden ser aparatos represivos o aparatos ideológicos¹⁸⁸.

Mientras que los aparatos represivos están basados en el uso de la violencia, como el ejército, la policía, las prisiones, los aparatos ideológicos del Estado se basan en sistemas de ideas, utilizan el convencimiento y la seducción de ideas atractivas que permitan a la clase hegemónica mantener su dominio. Si bien los aparatos represivos pueden ocasionalmente utilizar mecanismos no violentos, esta actividad no es la base que sostiene su poder, así mismo los aparatos no represivos pueden ocasionalmente usar la violencia, sin que su categorización cambie, debido a que no es su actividad primaria. Los aparatos ideológicos del Estado pueden ser la religión, las instancias jurídicas, que es el campo dentro de donde entran a mediar las implicaciones de la crítica a la ideología de la armonía. También son aparatos ideológicos la educación, los medios de comunicación masivos y, por supuesto, la familia.

Para Antonio Gramsci, la hegemonía ideológica es una forma de funcionar del poder que sigue una ley escrita en piedra según la cual existen personajes y sectores en la academia, la ciencia, la religión, los medios de comunicación y el gobierno que se involucran y permean sus ideas con la función principal de que quienes mantienen los medios de producción continúen reproduciendo las condiciones que les permiten estar en este bloque hegemónico¹⁸⁹.

Althusser es enfático en que la dominación hegemónica a nivel ideológico es ejercida por un grupo de personas por medio de la persuasión. No solo habla de la dominación en

¹⁸⁷ Louis Althusser. *On the Reproduction of Capitalism. Ideology and Ideological State Apparatuses*. Verso. Londres, Gran Bretaña. 2014.

¹⁸⁸ Ídem. Pp.70-94.

¹⁸⁹ Chantal Mouffe. *Hegemonía e Ideología en Gramsci*. En: Compilación por Hernán Suarez. *Antonio Gramsci y la realidad colombiana*. Ediciones Foro Nacional por Colombia. 1991. Pp. 167-227.

este sentido normativo, sino que para él lo más importante es el mantenimiento de estos mecanismos persuasivos de dominación. Althusser apunta a que, desde el psicoanálisis, hay una explicación a la cuestión ideológica y social de cómo se mantiene la hegemonía. Se parte de una homogeneidad en las ideas de algunos grupos o clases, estas son pacificadas por métodos de persuasión que funcionan como mecanismos que permiten a quienes están el poder persuadir a la mayoría, para que adopten ciertos valores, ideas y prácticas para diferenciar entre qué es lo normal y qué es anormal; mientras que lo que se sale de estos cánones es contracultural o está al margen de lo aceptado.

Althusser repiensa la cuestión ideológica de la hegemonía en los términos de lo que el psiquiatra psicoanalista Jacques Lacan denomina como “el registro de lo imaginario”¹⁹⁰, se piensa entonces desde la relación individual y subjetiva de la persona hacia la sociedad. Se establece una relación en el sentido similar a la que Lacan describe que hace el niño pequeño frente al espejo (Estadio del espejo), donde por medio de un fenómeno óptico, el niño percibe cuál es su imagen y como esta corresponde a su identidad. Esta identidad es compuesta y nunca está completa, es como si aquello que fuera a definir la mitad de la identidad del niño estuviera en la imagen que refleja el espejo, esto conlleva a un movimiento en un círculo de reconocimiento narcisista.

Existe, entonces, una mala interpretación en este tipo de reconocimiento, ya que la imagen del espejo que el niño ve no está unida a él, no tiene esta imagen una correspondencia coherente ni autónoma a la identidad del niño; esta imagen es más bien una función social. Surge entonces un malentendido en el reconocimiento de las ideas que debería aceptar el sujeto para favorecerse a sí mismo y a los de su clase, según su condición histórica. Muchas veces este fenómeno óptico de identificación subjetiva se encuentra en medio de una distorsión narcisista, es decir, se ve en el espejo únicamente lo que se quiere ver, no lo que avergüenza o que es considerado malo, penoso o anormal para los otros, llámese la pobreza, la impotencia, el color de piel, rasgos estéticos considerados como feos, etc.

¹⁹⁰ Althusser. Op. Cit. P.xvii.

Existen, entonces, dos orientaciones que se deben tener en cuenta para introducirse al tema de la ideología; por un lado, está el *marxismo tradicional*, el cual propone que la ideología son “ideas falsas”, se trata de una forma distorsionada de ver la realidad, atravesada por los valores impuestos por una clase dominante, quienes son dueños de los medios de producción y tienen a su servicio una serie de mecanismos persuasivos para dictar de manera histórica qué va a ser lo que se puede considerar como normal o real. Por otro lado, se encuentra la *orientación funcionalista*, que se interesa por la función de estas ideas en la vida social, lejos de medir qué valor tienen estas ideas y si pueden categorizarse como reales o irreales, lo importante para esta perspectiva funcionalista es determinar la utilidad o la función que se otorga a estas acciones de un orden establecido en la sociedad. Ambas orientaciones no son necesariamente incompatibles y se tratará de brindar una perspectiva que reúna sus criterios.

Terry Eagleton dice que la definición del concepto de ideología puede tener tres diferentes orientaciones dependiendo de la función que se le quiera dar al término, ya sea que se le quiera dar un uso *descriptivo*, *peyorativo* o *positivo*.

La clasificación del término ideología de *orden descriptivo* es la que se refiere a un sistema de creencias que es característico de cientos de personas, agrupados en clases sociales o de alguna forma en colectivos. Este sistema tiene elementos discursivos y no discursivos y es similar al concepto de cosmovisión relativo al estudio de la antropología. Este sentido descriptivo de la ideología funciona para utilizar el término como neutral políticamente¹⁹¹.

El *uso peyorativo* del término ideología es cuando se refiere al conjunto de valores, significados y creencias que son sujetas a discernir a manera de crítica o negativa por alguna de estas razones: ya sean ideas verdaderas o falsas que están sustentadas en una motivación psicológica, que proporcionan al sujeto pensante un sentido de confort, o por que apoyan formas de poder injustas apoyadas por la fuerza opresiva, lo cual es

¹⁹¹ Terry Eagleton. *Ideología Una Introducción*. Paidós. Barcelona, España. 1997. P.68

congruente con el autoengaño que requiere la falsa conciencia y, por lo tanto, contrario a la dignidad racional humana¹⁹².

Mientras que las descripciones positivas de la ideología se refieren al conjunto de creencias que mantiene unido a un grupo o clase a lograr intereses políticos. Se trata de ideas, valores y creencias, que son funcionales para obtener un fin determinado, este sentido del término ideología es usado para denotar acciones de orden pragmático o instrumental, se diferencian del uso positivo en que no incorpora la neutralidad política de su función¹⁹³.

No existe una teoría general sobre la ideología, si bien en la actualidad el término es asociado al ámbito político, su encuadre correcto se debe hacer dentro del campo de la filosofía política. Si bien no hay una sola forma de definir la ideología, Terry Eagleton brinda al menos seis formas principales en las que ha sido definido¹⁹⁴.

- En primer lugar, se maneja un concepto de ideología relacionado a la cultura, ya que habla de procesos simbólicos y de significación en la sociedad, se podría definir la ideología en su primera acepción como el “proceso material general de producción de ideas, creencias y valores en la vida social”¹⁹⁵. Esta pretende ser una definición neutral tanto en el ámbito político como el epistemológico, por lo cual es ineficiente para abarcar la cuestión del conflicto, ya que de ser así todas las ideologías serían o bien válidas o no válidas, en el tanto sean consideradas como de derecha o de izquierda, error interpretativo que conllevaría como consecuencia la anulación de la distinción de planos dentro del espectro ideológico como izquierda o derecha. La ventaja de esta definición es que se recalca cómo se viven las prácticas ideológicas y no necesariamente se habla sobre cuáles son estas prácticas concretas, además de que subraya la determinación social del pensamiento.

¹⁹² Ídem. Pp. 69-71.

¹⁹³ Ídem. P. 71.

¹⁹⁴ Ídem. Pp. 52-54.

¹⁹⁵ Ídem.

- En segundo lugar, se habla de ideología como una autoexpresión simbólica colectiva, se refiere al conjunto de ideas y creencias, sean estas verdaderas o no que simbolizan la experiencia de un grupo social significativo, o sea que trascienda el alcance de grupos limitados y se refiere a algo más cercano a lo que se entendería por un colectivo con una cosmovisión particular¹⁹⁶.

- En tercer lugar, se habla de un sistema de ideas que atiende a la promoción y legitimación de los intereses de una clase en un contexto de intereses antagónicos entre grupos. No todos los intereses de estos grupos son ideológicos, no tiene nada de ideológico el pedir a las autoridades judiciales un compromiso activo por la resolución integral y pacífica de los conflictos¹⁹⁷. Estos intereses tienen relevancia para sostener una forma de vida (entendió en la fenomenología como *Lebensform*). Pero este reclamo se vuelve ideológico cuando estas ideas entran en contradicción con cuestiones centrales para la reproducción del poder social. En esta definición, la ideología es presentada como un discurso retórico despreocupado por la veracidad de sus ideas, pero pendiente de alcanzar ciertos efectos útiles para los fines políticos del grupo de interés a fin. El conocimiento contemplativo se vuelve especialmente susceptible a esta fuerza ideológica, en el tanto está subordinado al fomento de intereses y deseos.

- Una cuarta definición conserva el acento en la promoción y legitimación de intereses sectoriales, pero se limita a lo correspondiente al poder socialmente dominante. Se puede suponer que las ideologías contribuyen a unificar los grupos sociales de manera tal que convenga con los intereses de sus gobernantes. No se trata simplemente de imponer ideas desde arriba, sino que las mismas ideas estén en complicidad con las de una clase o grupo social¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Ídem.

¹⁹⁷ Ídem.

¹⁹⁸ Ídem.

- La definición anterior aún conserva cierta neutralidad, ya que no dice si su justificación guarda relación con algún engaño. Por lo que se puede aportar una quinta definición de orden provisional según la cual la ideología son “*ideas y creencias que contribuyen a legitimar los intereses de un grupo o clase dominante, específicamente mediante distorsión y disimulo*”¹⁹⁹.
- Por último, Eagleton define la ideología como aquella que tiene un carácter falso y engañoso de las creencias, pero que estas provienen de una estructura material de la sociedad que permite que surjan y no es el caso de que estas ideas nazcan directamente de los intereses de una clase dominante²⁰⁰.

Expuestas las anteriores definiciones, se facilita la aproximación a las acepciones que son usadas en el campo de la crítica a la ideología para definir este concepto. Es posible generar una definición de orden operativo, es decir, desarrollar un proceso que permita identificar el objeto de estudio, distinguiéndolo de su entorno y cuya validación se va a dar en términos que permitan alcanzar una versión suficientemente accesible, para asociarla al movimiento de sustitución de la armonía por la justicia

Definición operativa de ideología: es una estructura de sentimiento, está compuesta por elementos afectivos en relación con la continuidad de un entorno social injusto, decir que algo es ideológico es afirmar que hay aspectos clave en el sistema de ideas que se encuentran en contradicción, entre las estructuras de valores y los intereses prácticos del grupo social. Dicha contradicción puede darse de forma consciente o inconsciente.

La ideología debe su origen a los grupos de personas y a la confabulación de ideas entre ellos, el discurso ideológico se apoya en principios, cuando estos grupos o clases

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ Ídem.

pretenden lograr un objetivo de índole político, social, económico o en el caso de la ideología de la armonía, un objetivo epistemológico o simbólico jurídico, tienen que realizar ciertos cálculos de orden pragmático. Entre los principios programáticos o ideas fundacionales de la ideología de estos grupos que promulgan la sustitución de la justicia por la armonía y la puesta en práctica de acciones en el campo social existe una discordancia, hay una constante fricción entre lo que piensan que deben hacer y lo que realmente hacen, el proceso de idealización de un plan político encuentra su antítesis en la puesta en práctica del mismo plan, de allí se deriva la contradicción inherente al concepto de ideología.

La crítica a la ideología es una rama del pensamiento social que ha cobrado mucha fuerza en las últimas dos décadas en el campo de los estudios jurídicos, esto debido a la búsqueda pragmática por entender los sistemas de valores por medio de los cuales los operadores del derecho determinan su estado mental en la toma de decisiones.

El filósofo esloveno Slavoj Žižek²⁰¹ describe el funcionamiento de la ideología a lo largo de su obra, estos son preceptos válidos que se aplican para describir la ideología de la armonía. Habla del primer momento dialéctico en el funcionamiento de la ideología, el cual se refiere a la “ideología en sí”²⁰². Žižek echa mano del concepto lacaniano del “estadio del espejo”, similar a Althusser, para explicar la ideología en sí como un fenómeno óptico. En este sentido, se utiliza la ideología como quien usa unos “lentes para ver el mundo”, pero no porque estos se los hayan impuesto, por el contrario, los usa cada vez que ve el mundo y lo interpreta porque disfruta ver el mundo bajo los colores que estos lentes muestran; usar los lentes de la ideología es algo que el humano disfruta, ya que quitárselos supone siempre enfrentarse a una verdad dolorosa.

El segundo momento dialéctico de la ideología es la “ideología para sí”²⁰³ que es definido por su materialidad, se refiere a los aparatos ideológicos del Estado de los que hablaba Althusser. Esta dimensión del concepto de ideología, en lugar de funcionar como unos

²⁰¹ Slavoj Žižek. *The Sublime Object of Ideology*. Verso Books. Londres, Gran Bretaña. 2008.

²⁰² George I. Garcia y Carlos Aguilar. *Psicoanálisis y política: la teoría de la ideología de Slavoj Žižek*. *International Journal of Žižek Studies*. Volumen. 2. Número. 3. 2008. Disponible en el sitio web revisado el 30 de octubre del 2020: <http://zizekstudios.org/index.php/IJZS/issue/view/9>

²⁰³ Ídem.

lentes, funciona como un edificio que detrás de sus muros contiene al sujeto. La ideología representa aquí una relación imaginaria entre los individuos y sus condiciones materiales, que son únicamente relaciones de producción y de dominación, convierten al individuo en un sujeto. Los aparatos ideológicos del Estado para sí son instrumentos de dominación hegemónica que utilizan como herramienta principal la persuasión, pueden ser las religiones, las escuelas, los sindicatos, partidos políticos, los grupos culturales o bien la familia.

La ideología para sí es como un edificio, ya que, por ejemplo, detrás de los muros del edificio que compone el aparato ideológico de la familia las personas son hijos, hermanas, padres, madres, esposas y abuelos. Así mismo, detrás del edificio ideológico del sistema judicial, existe una variedad de subjetividades como usuarios, jueces, actores, demandados, imputados y administrativos.

Así mismo, si se observa la influencia ideológica de la RAC, es posible asumir que, detrás de los muros de ciertos lugares, como lo son centros de mediación, los mismos juzgados que en ocasiones funcionan como un centro de mediación al contar con etapas del proceso que son conciliatorias, se dan pautas que forman un grupo de subjetividades que distan de aquellas impuestas por el sistema judicial tradicional o no conciliatorio. Siempre se espera cierta conducta de las personas y, en general, un comportamiento guiado por una disciplina particular; por un lado, se atribuye al conciliador o mediador una posición neutral, posición que niega la naturaleza política del ser humano en sociedad y, por otro lado, a las partes se les asigna un papel según el cual están confrontadas por un conflicto de intereses *a priori*, ambas partes ambicionan una transacción que, por lo general, es de orden pecuniario, que sirva a manera de convenio.

Un tercer momento dialéctico para explicar la ideología es cuando se plantea la síntesis de los dos momentos anteriores que es la “ideología en y para sí”²⁰⁴, la cual se refiere a la misma como sus prácticas sociales. Este es el sentido pragmático de la ideología, ya que es la fundación de toda condición de posibilidad de identidad. En este sentido, la ideología en y para sí no radica en un “saber” o un “ignorar”, sino en hacer. No depende

²⁰⁴ Ídem.

entonces de la ignorancia, como en el caso de quien hace algo sin saber cuál será el resultado de su comportamiento motivado por su ideología, por el contrario, bien puede suceder que la persona sabe bien lo que hace, pero actúa como si no a conveniencia.

Algo similar sucede en las sociedades occidentales cuando se enfrentan a amenazas existenciales como el cambio climático. Existen miles de documentos con evidencia científica, artículos académicos, publicaciones en periódicos, documentales, *shows* de televisión, publicaciones en redes sociales que describen la situación crítica en la que se encuentra la posibilidad de sobrevivencia de la vida humana organizada. Se puede ver en el panorama inmediato catástrofes naturales y enfermedades, pandemias y conflictos por recursos esenciales que están asociadas al cambio climático y a la adaptación de la vida humana en el planeta, es sabido que la forma de consumir en el mundo está relacionada a estos fenómenos, pero ¿por qué razón no se hace nada útil al respecto? Aunque después de leer varios reportes, artículos científicos, ver documentales sobre la ecología y cómo la especie humana corre gran riesgo al continuar con su lógica extractiva de la naturaleza, la conciencia ideológica no permite en la práctica escoger si creer en esto o no, a pesar de la gran evidencia existente.

Por lo que Žižek dice que la ideología no se trata de un estilo de vida o una cultura, no es un grupo de reglas morales que libremente se escoge seguir, o bien que se imponen. La ideología se refleja en las prácticas y es la forma en cómo se manifiestan las fuerzas productivas de la sociedad; es una forma de estar cómodos que permite que se reproduzca la dominación de las relaciones de producción por parte de una élite o de un bloque hegemónico.

3.3.3. Teoría del conocimiento sociojurídico de la armonía

En la obra de Laura Nader se define la ideología de la armonía²⁰⁵ de forma que puede ser entendida como el sistema de creencias que apoya la práctica de la conciliación, mediación y la solución de disputas como prácticas inherentemente buenas y justas para la comunidad y la actitud de activamente considerar los conflictos como elementos disfuncionales, los cuales deben evitarse.

²⁰⁵ Laura Nader: Op. Cit. 1990. Y Op. Cit. 1993.

De modo tal, se puede entender que la ideología de la armonía no es solo una forma de pensar contradictoria o una forma de ignorar la problemática del macroconflicto social, es también una matriz de pensamiento para generar prácticas sociales. Se da por medio de esta ideología y de sus movimientos una introducción del sujeto a esquemas de conducta participante, que al final componen un proceso de relaciones materiales que dan forma a la realidad social y económica.

Siendo esto, ¿cómo es posible distanciar el elemento ideológico del técnico jurídico? La respuesta a esta pregunta es fundamentalmente una de la filosofía de la ciencia y en general de la teoría del conocimiento, ya que, para aproximarse a una respuesta, debe remontarse a los límites y condiciones de posibilidad del conocimiento técnico-jurídico, que distingue entre elementos éticos, científicos, técnicos y culturales.

¿Es posible plantear una repetición de prácticas sociales del “buen abogado” a partir de la sociología del conocimiento? Para esto, es primero necesario entender que tanto el conocimiento científico como el conflicto social deben ser estudiados en un contexto de constantes luchas por el espacio y relaciones de fuerza con agentes que compiten en condiciones de asimetría, por la legitimidad y autoridad científica.

Esto se deduce de lo planteado por Pierre Bourdieu en *El Campo Científico* (1994)²⁰⁶, para el sociólogo francés las diferentes disciplinas científicas con sus instituciones respectivas se desarrollan en un contexto histórico interrelacional, es decir, no existe una disciplina social aislada de la otra, como pretende cierto sector del positivismo kelseniano con su interpretación de la teoría pura del Derecho. Dentro de estas relaciones disciplinares existen prácticas que los agentes realizan dependiendo de su espacio social y según la distribución del capital simbólico. Son estas relaciones las que forman la realidad, por lo tanto, una mirada científica al universo obligatoriamente implica indagar en las causas materiales y de conservación del capital que impulsan un descubrimiento científico sobre otro.

²⁰⁶ Pierre Bourdieu. *El Campo Científico*. *Redes: revista de estudios sociales de la ciencia*. Volumen 1 Número 2. Pp. 129-160. 1994. Disponible en Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes y revisado el 12 de noviembre del 2020: <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/317>

Para Bourdieu, no existen los meta-científicos, en el sentido de que nadie individualmente tiene legitimidad suficiente para afirmar que es lo científico y que no, nadie es el portavoz oficial de la ciencia, aunque varios actúen como si lo fueran. Quien actúa de esta forma, como dueño de la ciencia y lo hace generando reacciones en una comunidad científica, por lo general, se debe a que su rango de influencia está ligado al uso de la fuerza a través de los instrumentos estatales o privados depuestos para este fin, y la relación de sus postulados con la verdad o la razón depende del estado de relaciones con este uso de la fuerza. Por lo tanto, en el ámbito de la posibilidad de aplicación de la RAC en violencia doméstica, la discusión se trata de una pugna en el contexto social, pero cuya manifestación se da en una pugna teórica por situar un paradigma sobre otro. La discusión sobre la doctrina de la RAC y sus detractores se trata de una competencia por definir que es el conflicto y como debe ser interpretado y quien está legitimado para hacerlo.

Antonio Gramsci decía: “*todos los hombres son filósofos*”²⁰⁷, esto con la intención de combatir las versiones elitistas del ejercicio filosófico. Para Louis Althusser²⁰⁸ esto es cierto en el tanto es posible dividir a la filosofía de la ciencia en dos grandes grupos, la “filosofía del sentido común” y la Filosofía (así en mayúscula). Mientras que la filosofía del sentido común ha existido siempre y cualquiera la puede hacer, la Filosofía no. Así mismo, el pensamiento filosófico jurídico contiene esta misma bifurcación, mientras la gente fuera de la academia lleva a cabo procesos de razonamiento basados en su experiencia de vida, esto genera un conocimiento jurídico basado en el “sentido común”, por ejemplo, es diferente lo que entiende alguien sin estudios en la ley sobre el conflicto familiar, a alguien que sí tenga este conocimiento. Por otra parte, la Filosofía jurídica, que es la que se estudia dentro de la academia y requiere de dos requisitos primordiales: 1) el reconocimiento de que hay clases sociales (por lo tanto, la existencia de una forma de Estado) y 2) la existencia de la ciencia.

En ese sentido, la Filosofía jurídica comienza con el pensamiento de Platón, quien conservaba al frente de sus clases un letrero donde se leía “*Nadie que no sea un*

²⁰⁷ Louis Althusser. Op. Cit. P.10.

²⁰⁸ Ídem.

*geómetra puede entrar*²⁰⁹, estableciendo así la idea de igualdad proporcional, de inequidad e instaurando la noción de relaciones de clases, tomando como alumnos únicamente a quienes aceptaran sus convicciones aristócratas. Además, instaure como parte de la Filosofía el orden formal de las ciencias demostrativas, como la matemática fundada por Tales²¹⁰.

Se puede concluir, entonces, después de la explicación esbozada en las secciones anteriores de cómo funciona la ideología, que tiene una gran importancia para el campo del conocimiento técnico-jurídico y en especial para la aplicación o no de la RAC en la materia de violencia doméstica. Los discursos como el de la ideología de la armonía funcionan enmascarando, por medio de ciertos valores y principios éticos desechables, todas aquellas verdades terroríficas sobre el funcionamiento de la sociedad que se deben enfrentar y, por otro lado, responden a una forma de ver el mundo que se delata de sujeto en sujeto cuando se analiza su actuar y la forma en que realidad interviene en la esfera del campo social.

La cuestión de la ideología de la armonía, que es un discurso fundacional en la promoción de la RAC en materia de violencia doméstica, se presenta como una concordancia entre “experiencias de vida”, como un sistema empírico, en vez de representaciones unificadas de un objeto de estudio. Los principios de la RAC son un conjunto de determinaciones temporales y empíricas de un orden concebido como *a priori* u orden natural de las cosas, frente a la cual no puede aplicarse el conocimiento técnico-jurídico, ya que este último está limitado por los alcances de la epistemología jurídica; cuya validez simbólica se extrae de una intersección de argumentos científico-técnicos y normativos que funcionan a manera de lenguaje aceptado por una comunidad profesional.

Es mediante mecanismos similares a cómo funciona el marco categorial del neoliberalismo, expuesto anteriormente en la obra de Franz Hinkelammert, que se justifica la utilización de la RAC en materia de violencia doméstica. Se da a partir de ciertos engaños y medias verdades, que pretenden, por ejemplo, brindar una solución

²⁰⁹ Ídem. P.11-12.

²¹⁰ Ídem.

comunitarista al conflicto familiar, persiguiendo la paz social, la armonía y la austeridad de la inversión pública, todo esto dirigido a justiciar la pacificación como el bien máximo de la historia de la humanidad. Estas afirmaciones tienen un contenido ideológico bastante claro, la contradicción principal radica en el siguiente hecho: no es posible lograr el desarrollo de objetivos sociales y comunitaristas por medio de lógica individualista del mercado libre y de la posición de armonía original.

Si bien no es posible categorizar a la ideología de la armonía como un error en la práctica jurídica, la ideología tampoco es capaz de ofrecer a las personas descripciones verdaderas en vez de falsas. No es posible hablar de un “error ideológico”, hablar de este tipo de errores es hablar de un desacierto cuyo origen tiene una utilidad política particular, debido a que existe un elemento racional en el fenómeno ideológico, ya que se compone de ideas. Hablar de una equivocación, en este sentido, incluye un elemento de voluntad, lo cual descarta la hipótesis del error.

A pesar de lo anteriormente planteado, dice Terry Eagleton que: “*negar que la ideología es esencialmente una cuestión racional no es llegar a la conclusión de que es totalmente inmune a las consideraciones racionales*”²¹¹. Una transformación de nuevas relaciones vividas con la realidad solo podría conseguirse mediante un cambio de la propia realidad. Este cambio de la propia realidad puede venir de un ejercicio reflexivo, por medio de una representación que consiga impactar a quienes transmiten los planteamientos ideológicos de la sustitución de la justicia por armonía y mostrar de forma concreta como el cálculo político por medio del cual existe la contradicción entre la aplicación de los mecanismos RAC y los principios fundamentales en la materia de violencia doméstica, termina perjudicando a la parte más vulnerable.

Parece claro que la doctrina de la RAC en coordinación con la ideología de la armonía son el vehículo perfecto para la labor de transmisión de significantes afines al poder económico dominante, esto hace posible la instrumentalización de estos mecanismos para perdurar situaciones de violencia que pueden ser justas o injustas. Entonces es necesario plantear la pregunta de si es posible estudiar la violencia y el conflicto como

²¹¹ Terry Eagleton. Op. Cit. P. 55.

categorías dentro de los límites de la ciencia jurídica, en coordinación con el análisis de disciplinas como la psicología, economía, antropología y sociología.

3.4. Orden simbólico jurídico y conciliación en materia de violencia doméstica

A continuación, se brinda una perspectiva que apunta a la renovación tanto epistemológica como metodológica del discurso técnico-científico de la violencia doméstica en el derecho positivo. El desarrollo de esta perspectiva está inspirado en los acontecimientos en el resto de las ciencias humanas a lo largo del siglo pasado y de lo que va de este. Se combate la incapacidad de la dogmática iuspositiva de abordar la experiencia jurídica de forma integral, así como la ausencia de un marco especial para formular una percepción de la realidad congruente a las relaciones simbólicas entre los operadores del derecho. Consecuencia de estas falencias en el estudio tradicional de la violencia, es que se llegan a ignorar una serie de exigencias de índole político y ético que se imponen a los abogados en su práctica, así como a las partes, a los jueces e inclusive a los conciliadores.

Las nuevas perspectivas que surgen como alternativa al enfoque tradicional de la ciencia jurídica se conciben como posibles, únicamente a partir de su condición de fijar al derecho positivo aspectos materiales, contingentes, históricos y propios de otras disciplinas como la sociología, la psicología, la lingüística, la historia y la economía. Esta actitud antidogmática o *nuevo modelo de ciencia jurídica* tiene como ventaja la libertad propia de un espacio interdisciplinar. Se utilizan herramientas teóricas para formular un concepto de violencia intrafamiliar capaz de entender este fenómeno más allá de sus términos estrictamente normativos y expandir el análisis a su uso conceptual dentro de un sistema de significación jurídico técnico.

¿Cuáles son los límites de lo posible y de lo verosímil en el imaginario dogmático tradicional sobre la aplicación de RAC en materia de violencia intrafamiliar? Para esto es importante realizar un análisis sistemático de las principales visiones sobre el tema de la violencia doméstica de las últimas décadas, tanto a nivel nacional como internacional, así como brindar impresiones sobre su relación con conceptos propios de autores sociólogos como Pierre Bourdieu, de quien se extraen aspectos básicos sobre su

metodología y epistemología. Rita Segato quien lleva a cabo un exhaustivo análisis sobre las bases de la violencia como una forma de lenguaje en la sociedad, desde donde propone un nexo con el enfoque de género. Se utilizan herramientas metodológicas aplicadas a este enfoque sociojurídico de autores como el estructuralista Ferdinand de Saussure, o de postestructuralistas como Pierre Bourdieu y Michel Foucault, autores por medio de los cuales se expandirá el concepto de violencia intrafamiliar, el cual se encuentra intersecado por un discurso particular, una forma de poder que tiene su manifestación en las relaciones políticas, económicas, sociales e ideológicas, como lo es en el caso de la ideología de la armonía.

En la siguiente sección, se realiza un estudio sobre los discursos que están en circulación actualmente y se contrastan con herramientas metodológicas inspiradas en diferentes fuentes bibliográficas, que permiten brindar una versión original del resultado de la combinación de estos límites teóricos. Hacer un mapeo de los alcances del concepto de violencia en la teoría social trasciende los límites de esta investigación, pero se tienen indicios de que en las últimas décadas han ocurrido una serie de transformaciones respecto al lenguaje por medio del cual se refiere a la violencia en su dimensión económica, social, política y, por supuesto, en el ámbito familiar. A decir de algunos estructuralistas, la violencia ha empezado a ser estudiada ya no como un lenguaje que se habla entre las personas, sino como un lenguaje que habla a través de ellas.

3.4.1. La violencia intrafamiliar como objeto de estudio

Para establecer el objeto de estudio en esta sección, lo primero que hay que hacer es diferencia a la violencia de lo que no es. En primer lugar, se puede definir el conflicto familiar a partir de la concepción sociológica del conflicto social, pero conflicto no es sinónimo de violencia, esta confusión se ha permeado en opiniones como la que ya se mencionó anteriormente en esta investigación, pero que vale la pena traer a colación, para darle un contexto más amplio:

“Hay asuntos familiares donde se presenta un tipo de violencia doméstica, pero en el fondo el problema puede ser conciliable. Por ejemplo, en el caso que exista violencia doméstica pero el problema de fondo es una disputa por la

guardia y custodia de un hijo que generó un acto violento de agresión. Según su criterio, el aplicar medidas para que el hombre no llegue a la casa no está solucionando nada la solución está abajo (...) sin embargo a nivel judicial no quieren meterse en ese asunto y dicen en materia de violencia doméstica o en casos donde se evidencia o detecte algún tipo de violencia no hay que conciliar”

²¹².

Esta opinión ya fue presentada con anterioridad en la parte introductoria de esta tesis, pero se rescata y se trae a la discusión de nuevo, ya que manifiesta una noción que merece ser estudiada con mayor profundidad y es la de que a los actos de violencia les subyace un conflicto. Esta noción no está del todo errada, el problema es que se habla de los actos violentos de agresión, como si estos existieran de forma abstracta, aislado de las instituciones sociales que permiten la repetición sistemática de una forma de violencia sobre otra. No es que “a nivel judicial no quieren meterse en ese asunto”, lo que pasa es que la materia de violencia doméstica no es apropiada para dirimir estas fricciones ocasionadas a un nivel institucional o macro.

Opiniones de este tipo que, si bien son marginales, han permeado el medio, autoridades judiciales, intelectuales, juristas y políticos de toda índole han sido cómplices en ocasiones en la reproducción de estos modelos de pensamiento. La conceptualización instrumental de la justicia alternativa, llevada a justificar su aplicación en el marco de la violencia intrafamiliar, es parte de un movimiento que está dispuesto a confundir las nociones de conflicto, como oposición o desacuerdo entre dos o más partes y el concepto de violencia doméstica entendida como toda acción u omisión directa o indirecta que produzca menoscabo en la integridad física, sexual, psicológica o patrimonial de las personas ,ejercida en contra de aquellos parientes por consanguineidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado como es así consagrado por la Ley contra la violencia doméstica en su artículo segundo²¹³.

²¹² Opinión experta del exmagistrado de la Sala Primera Rodrigo Montenegro expuesta en la tesis Norma Gutiérrez Op.Cit. Pp. 287-288.

²¹³Asamblea Legislativa de la Republica de Costa Rica. *Ley Contra La Violencia Doméstica. Ley número 7586*. Abril 1996.

La confusión de ambos términos, conflicto y violencia, es en la que reside el desacierto de aquella opinión anteriormente expuesta, según la cual en la materia especializada de violencia doméstica se atienden asuntos con disposición reconciliatoria y de concordia. Si bien llevan razón al afirmar que en ocasiones la violencia es generada por un conflicto patrimonial o familiar subyacente, esto de ninguna forma interviene con lo que la ley en contra de la violencia doméstica pretende regular. Es cierto cuando se afirma que “el hombre no llegue a la casa no está solucionando nada”, pero las medidas de protección que establecen los juzgados especializados en la materia de violencia doméstica no están destinadas a resolver ninguno de estos problemas individuales, en su lugar, la ley está limitada al cumplimiento del mandato de resguardo a la vida, la integridad y la dignidad. Además, si bien las medidas de protección están establecidas en la Ley contra la violencia doméstica, estas pueden llegar a afectar a la parte agresora en su funcionamiento cotidiano con el hecho de que se expone a ser removido del hogar, pero esto es en consecuencia directa a las pruebas de su actuar agresivo y socavador de la integridad física de otro miembro del hogar y no es de gratis.

Algunas de las diferencias más claras entre el conflicto y la violencia tienen que ver con el diálogo y la multilateralidad, por medio del conflicto entre voluntades es posible establecer relaciones de dominación, se pueden dar roles intercambiales y existe un desarrollo en la acción del acuerdo. Aunque en la resolución de un conflicto se llegue a un consenso por medio de la violencia y la coacción, el conflicto requiere de la aceptación del orden armónico por las partes, aunque esta aceptación sea únicamente simbólica. Mientras que la violencia tiene como objetivo anular a la otra parte, no dominarla, es unilateral y las posturas o roles que existen de por medio usualmente son fijos.

Si bien la violencia tiene una serie de explicaciones biológicas, por ejemplo, desde la teoría darwiniana de la evolución, la agresión y la ira son mecanismos de competición, pero estas teorías biologicistas son insuficientes en el tanto el interés es explicar la violencia desde el campo social. No con esto se quiere interpelar a una naturaleza no biológica de la violencia, por el contrario, se propone un nuevo enfoque de la explicación socio-biologicista de la violencia intrafamiliar, aquella que da cuenta de aspectos biológicos sobre las dinámicas de poder.

Existe una tipología amplia sobre la violencia, es posible abordar la misma tipología que ya está estipulada en la ley y analizarla, la división entre violencia física, sexual, patrimonial, psicológica, pero esto no supondría un reto para el establecimiento del derecho positivo. En su lugar, se abordarán algunos tipos de violencia que permitirán estudiar su dimensión simbólica con mayor detalle.

La primera tipología que se revisa es la llamada violencia directa e indirecta. Todas estas formas de violencia que son descritas en la ley se consideran formas directas de violencia, en el tanto son actos violentos susceptibles a responsabilizarse a un individuo. La cuestión de la responsabilidad de la violencia directa se responde al encontrar su autor directo. Mientras que existen formas indirectas de violencia, en las cuales se identifica la violencia estructural y la violencia simbólica.

“La violencia estructural se trata de la violencia intrínseca a los sistemas sociales, políticos y económicos mismos que gobiernan las sociedades, los estados y el mundo. Su relación con la violencia directa es proporcional a la parte del iceberg que se encuentra sumergida en el agua”²¹⁴.

Algunos ejemplos de violencia estructural es la ejercida a través de instituciones como el racismo, el sexismo, la discriminación por orientación sexual, entre otros. La violencia directa está altamente interrelacionada con la violencia estructural, en el ámbito de la violencia familiar existe un vínculo importante, en el tanto estas instituciones o estructuras sociales afectan el comportamiento de las personas. En este sentido, la violencia estructural y sistémica es una técnica más efectiva que la violencia directa.

La violencia simbólica, por otra parte, fue definida, en primera instancia, por el sociólogo Pierre Bourdieu, se define como aquella relación social de violencia indirecta donde quienes son víctimas no pueden distinguir que dicha agresión está siendo efectuada en su contra, por lo tanto, lo que caracteriza a la violencia simbólica es un nivel de

²¹⁴ Percy Calderón Concha. *Teoría de conflictos de Johan Galtung*. Revista de Paz y Conflictos, núm. 2, 2009, pp. 60-81 Universidad de Granada, España. P.75. Disponible y revisado en el sitio web el 2 de enero del 2021: <https://www.redalyc.org/pdf/2050/205016389005.pdf>

complicidad en la dominación por parte de quien está sometido, que, a su vez, no logra advertir que está siendo subyugado.

Violencia no es lo mismo que injusticia, si bien el concepto de violencia estructural es demasiado amplio, el hecho de que existan clases menos privilegiadas que padezcan hambre y miseria, mientras que simultáneamente las clases más altas comen lujosos platillos no es violencia, es injusticia. Si toda injusticia se considera violencia se pierde tanto el sentido del concepto violencia como de justicia. El orden social que impone las condiciones para las cuales se den estas injusticias, es una forma de dominación simbólica.

3.4.1.1. La violencia doméstica es un concepto indeterminado

Existe una pugna en varios frentes para definir los parámetros de la violencia en la esfera del pensamiento técnico jurídico. No existe una definición única sobre la violencia, tampoco esto se trata de aportar ningún tipo de teoría absoluta, en su lugar, se propone enfrentarse con el hecho de que la violencia es una categoría polisémica. La violencia no puede ser definida de la misma forma como otras ciencias pueden distinguir de sus objetos de estudio, por ejemplo, como distingue un químico de otro quien se desempeña en un laboratorio. En este caso, se trabaja con un concepto que debe ser definido por un contexto histórico y material, ya que hablar de violencia en abstracto carece de utilidad. Por lo cual, se enfoca el presente análisis en un tipo de violencia particular que es la que ocurre en el ámbito familiar.

En alguna parte de la opinión y de cierto activismo político en Costa Rica²¹⁵, existe un impulso por abstraer el tema de la violencia doméstica estructural como un problema

²¹⁵ La presencia de organizaciones como la Fundación Instituto de Apoyo al Hombre (FUNDIAPHO), organismo que según se ha reportado en varios medios de comunicación nacionales han presentado un proyecto de ley que sanciona la violencia ejercida contra hombres mayores de edad en el contexto de las relaciones de pareja :

RepreTel. Noticias Canal 11. *Presentan proyecto de ley que sanciona la violencia contra hombres mayores de edad*. Lunes 29 de marzo de 2021. Revisado en el sitio web el día 30 de marzo del 2021: https://www.repreTel.com/noticia/presentan-proyecto-de-ley-que-sanciona-la-violencia-contra-hombres-mayores-de-edad/?fbclid=IwAR3Z4aj-F1c_VSBSVzOEKrf-gHG4RZNB0zsPmYQHw261sgHSTX5fps1TOM

L. Arias. *Costa Rican men will march to demand 'gender equality' before the law*. The Tico Times. 05 de junio de 2014. Revisado en el sitio web el día 30 de marzo del 2021: <https://ticotimes.net/2014/06/05/costa-rican-men-will-march-to-demand-gender-equality-before-the-law>

Bryan Castillo. *Fundiapho seguirá luchando para evitar se pongan piezas contra los hombres en conciertos*. Diario La Teja. 13 de enero de 2019. Revisado en el sitio web el día 30 de marzo del 2021:

meramente individual. Hay algún sector de la opinión profesional que alega que la dominación simbólica asimétrica y masculinizada, por medio de la cual se institucionaliza la violencia intrafamiliar, es una fantasía producto de creencias infundadas, un invento feminista. También claman que es muy poco lo que se puede encontrar en los medios de comunicación, así como en la academia, de documentos que traten el tema de la violencia doméstica donde el hombre es la víctima y que esta preferencia académica responde a una serie de creencias y mitos que tiene la comunidad científica sobre la bondad de la mujer que provocan un odio infundado a los hombres.

Estas propuestas que se basan en un sentido aparente de equidad entre los géneros, pero bajo consignas que proponen legislar a favor de los hombres en temas de violencia doméstica, como si estos fueran los que se encuentran en desventaja y, por lo tanto, merecen un trato diferenciado, son un rechazo a la noción de igualdad material a partir del enfoque jurídico de género.

La propuesta por la reivindicación de los derechos masculinos en materia de violencia doméstica no está reducida al ámbito costarricense, se puede decir que es un fenómeno global, una variante del antifeminismo que es en apariencia noble. Si bien este aspecto bondadoso y desinteresado por los derechos masculinos parece sustancial en sus argumentos, se tratará aquí de demostrar que los mismos se basan en pseudoproblemas y en confusiones propias de una interpretación equivocada del orden simbólico. Esta ingenuidad no es más que una fachada, donde, a partir de la negación de un tiempo histórico concreto y de condiciones materiales desventajosas para la mujer, se confunden los planos de discusión con la idealización en abstracto, dejando la teoría y el análisis sobre la violencia inútil.

Existen serias contradicciones en el discurso de que la violencia contra los hombres debe recibir el mismo tratamiento que aquella contra las mujeres y niños, ya que se basa en

<https://www.lateja.cr/nacional/fundiapho-seguira-luchando-para-evitar-se-pongan/4PZRVLAAWRBZBBRH5NBD2GVBRA/story/>

Luis Manuel Madrigal. *Fundación Instituto de Apoyo al Hombre arremete contra Teletica por su campaña «Tercer Marcador»*. Diario digital eldiario.cr. 16 de noviembre del 2015. Revisado en el sitio web el día 30 de marzo del 2021: <https://www.elmundo.cr/costa-rica/fundacion-instituto-de-apoyo-al-hombre-arremete-contra-teletica-por-su-campana-tercer-marcador/>

falsas dicotomías. La discusión sobre el porqué se pone un acento en la violencia contra las mujeres, cuando supuestamente “todos los tipos de violencia deberían importar” (incluida la que es contra los hombres), como proponen estas voces, pretenden que debe entenderse la equidad de género según la propuesta de la defensa de los derechos de los hombres.

Afirmar que “todos los tipos de violencia importan” es un argumento universal, como si existiera la posición antagónica que dijera “hay algunos tipos de violencia que no importan”, la cual no existe nadie que la defienda y por esto es una falsa dicotomía. Una vez puesta la discusión en términos abstractos, no debería existir un tipo de violencia más importante que otro, en el tanto esto favorecería a la creación de un régimen discriminatorio en contra de la violencia ejercida particularmente contra una clase, grupo o género que sea considerado como menos o más importante. Sin embargo, plantear la discusión en términos abstractos es negar que hay un tipo de violencia hegemónico en el momento actual, violencia que es ejercida primordialmente por algunos actores y legitimada de forma estructural, ya sea por el Estado o instituciones jerárquicas de otra índole, como lo es el caso de la familia.

La violencia, bajo la óptica marxista, es la que se da en un contexto material o un “estado de ser” de las cosas donde los medios de producción son mantenidos por quienes ejercen la violencia dominante y que reproducen las condiciones tales para mantener este *status quo*. Mientras que desde una perspectiva estructural-funcionalista se diría que esta “forma de ser” de las cosas en la violencia intrafamiliar, se debe a la función de utilidad que se le otorga a un sistema de acciones y signos en un tiempo determinado, que impulsan un orden en las relaciones de parentesco. Si bien existen diferencias entre ambos enfoques, la noción de que “todos los tipos de violencia importan” es especialmente problemática si se evalúa el contexto de la particularidad temporal, político-circunstancial y el contexto socioeconómico en que se hace dicha afirmación ya sea desde una óptica marxista o funcional-estructuralista.

La posición que defiende quien afirma que “todos los tipos de violencia importan” es negacionista de los diferentes niveles de vulnerabilidad y de opresión radical que se viven

en algunos espacios marginales en la sociedad costarricense actual, bajo criterios de clase. Se sustituye dicho escenario de desigualdad material con un abstracto, que plantea la fórmula argumentativa: *todos los tipos de violencia importan, siempre y cuando vivamos en un mundo hipotético de igualdad de oportunidades y con la misma protección a nuestras garantías en un contexto de una relación de poder (psicológico, económico, potencia de fuerza física)*, tal mundo no existe.

No se quiere decir que las mujeres o los niños no pueden ser agresivos, ni que los hombres no pueden ser víctimas de violencia intrafamiliar, ya que por medio de la experiencia se puede comprobar fácilmente que esto no es la realidad. Lo que se quiere decir es que existe una crisis dentro del sistema de significación de los roles en la familia, permitiendo que de manera institucional se justifique un tipo de violencia como disciplinador por sobre otro miembro de la familia y que este modelo sea el dominante en la jerarquización de las relaciones familiares y la distribución de roles en la economía de la familia.

La ideología de la armonía y la creencia de la lucha contra “todos los tipos de violencia”, intervienen en un espacio común de instrumentalización del conocimiento técnico, cuyo sistema de significación comparte algunos valores y principios. Por eso es necesario establecer un mapa cognitivo que permita distinguir las operaciones discursivas de vinculación y desvinculación entre estos sistemas de ideas. Esta coincidencia se puede ver en algunos principios programáticos de la RAC, como lo es la equidad de condiciones entre partes, según este se presume la posibilidad de crear un ambiente neutral donde ambas partes tengan “igualdad de armas” para negociar, pero este ejercicio únicamente es posible al abstraerse de precondiciones de dependencia económica típicas en las relaciones familiares. Este espacio de igualdad simulada y de disimulada equidad presente en la doctrina de la RAC, que plantea un panel de realidad que no guarda una similitud con la reproducción de estas condiciones en el escenario del conflicto social, tiene grandes similitudes con la igualdad que presupone el discurso ideológico que promulga la consigna de que “todos los tipos de violencia importan”.

El tema que antecede, sobre los espacios discursivos de la violencia que son comunes a la retórica instrumental de la persuasión hegemónica, es analizado con profundidad desde las ciencias sociales desde hace un tiempo, por ello aquí se elabora una contextualización sobre la teoría general de la violencia en la sociedad.

En particular, la violencia doméstica, como es concebida en el ordenamiento jurídico costarricense, es un concepto que se utiliza para referirse a la interacción de forma deliberada con la intención de generar daño a un individuo dentro del núcleo familiar. Se comienza así como punto de partida una reflexión sobre la que se va a referir cuando se utiliza el significante de violencia. Este ejercicio de definir de forma operacional a la violencia no puede darse en abstracto, de igual forma que desde una perspectiva crítica y realista sobre el derecho no se puede hablar de temas como libertad, justicia, igualdad o discriminación en abstracto. La utilización del concepto de violencia por la ciencia jurídica no puede darse en una forma difusa o idílica, como si proviniera de un orden natural de las cosas que es dado de antemano.

3.4.1.2. La definición jurídico positiva de la violencia doméstica y su relevancia

Walter Benjamin, en su obra *Para Una Crítica de la Violencia*²¹⁶, muestra que la historia de la violencia está íntimamente relacionada con la del derecho, esta compleja relación encuentra su fundamento en la crítica al iuspositivismo. Lo importante de esta obra es que realiza una evaluación de los medios para examinar la violencia en relación con el Estado, como soporte a la actividad judicial dentro del poder legítimo, brinda una versión histórica y crítica sobre el establecimiento de ciertas verdades, que permiten debatir la idea positiva de la relación entre violencia, poder del Estado y familia.

El título original en alemán *Zur Kritik der Gewalt* denota un examen sobre la violencia vista desde su perspectiva institucional, ya que en el idioma alemán la palabra *Gewalt* puede traducirse como violencia, pero, a su vez, es sinónimo de potencia, autoridad y fuerza, así, por ejemplo, *Staatsgewalt*, significa autoridad del Estado o poder del Estado en la teoría constitucional clásica. Por lo que su análisis se limita a la esfera simbólica en la actúa el discurso de la violencia, como autorizador del derecho y la justicia.

²¹⁶ Walter Benjamin. *Para una Crítica de la Violencia y Otros Ensayos*. Editorial Taurus. Bogotá, Colombia. 2001.

Benjamin se encarga de hacer una historia sobre la violencia fundacional del poder, en el caso del poder del Estado, la violencia es un medio para fundar la autoridad de sus instituciones. Por ejemplo, el derecho penal utiliza la amenaza de la violencia a través de medidas privativas de la libertad, como la prisión, así mismo la familia mantiene un debate interno sobre la violencia justificada y la injustificada. Tanto en el derecho penal como en el derecho de familia, existe el problema sobre el uso de la violencia que se vuelve uno que gira entre la dicotomía de medios y fines.

La violencia no necesita ningún derecho para existir²¹⁷, es importante distinguir entre medios violentos naturales no sancionados, abstractos de la sanción social del derecho y los medios violentos por medio de los cuales la ley introduce su régimen de la fe, en términos weberianos una dominación por medio de la tradición. La ley está fundada en la fe, en la convicción de la existencia de un precepto común sobre el mandato de una autoridad competente, se trata de un acuerdo a partir de la creencia en el monopolio de la violencia del Estado, como estableció Weber²¹⁸.

En la creación del derecho moderno, existe una antinomia irremediable a nivel doctrinario, es la que existe entre el derecho natural y el positivo. El derecho natural justifica la violencia a partir de unos fines morales. El derecho positivo pretende asegurar los medios de legalidad para garantizar unos fines cuya definición es externa al ámbito del Derecho y es principalmente política²¹⁹, o extrajurídica.

En la práctica, las autoridades judiciales administran el uso de la violencia como una facultad a la cual las personas acuden con un fin, el fin de que se les respete un derecho, se formulan así hechos controvertidos, los cuales van a ser dirimidos por un juez. En el caso de la jurisdicción de violencia doméstica, la capacidad argumentativa está limitada, ya que nadie aboga directamente a favor, ni defiende “a capa y espada” el uso legítimo de la violencia doméstica como un medio justo para asegurar un fin en las sociedades liberales actuales y ciertamente tampoco en la sociedad costarricense. Este concepto de

²¹⁷ Como es explicado en: Walter Benjamin. Op. Cit. Pp.23-45.

²¹⁸ Max Weber. *Economía y Sociedad: Esbozo de Sociología Comprensiva*. Fondo de Cultura Económica. Bogotá Colombia. 1977. P.706

²¹⁹ Walter Benjamin. Op. Cit Pp. 47-58.

violencia existe únicamente a través de una serie de discursos latentes sobre la ira, la masculinidad y la frustración, entrelazados en la concepción de la familia y su relación con su sanción social, que encuentran su condición de posibilidad por fuera de los límites formales del sistema jurídico.

Existen mandatos que permiten el mantenimiento de un tipo de violencia bajo la tutela directa o indirecta del Estado, estos no son necesariamente mandatos dentro del sistema jurídico si no que únicamente lo permean. En el caso de la aplicación de mecanismos RAC en el contexto de la violencia doméstica, se prefiere la defensa incondicional por la armonía, aún sea en detrimento de la valoración de integridad y dignidad humana, este no es un mandato jurídico directamente, es más bien uno ideológico, es un mandato posibilitador de la violencia.

El uso de la violencia como herramienta del poder del Estado tiene dos acepciones distintas para Benjamin, por un lado, la violencia divina y, por otro, la violencia mítica²²⁰. La violencia mítica es preservadora del derecho, su función es conservar la fe en un sistema previamente establecido, mientras que la violencia divina está reservada al momento fundador de la fe, es decir, es aquella que tiene como tarea destruir un régimen particular de fe para sustituirlo por otro. Mientras que la violencia mítica tiene como fin el mantenimiento del Estado como orden moral, la violencia divina no tiene un fin, es más bien un fin en sí mismo, su fin es el establecimiento de lo que ella misma simboliza. Así la violencia divina elimina la dicotomía entre fines y medios, cuando se desarrolla la violencia divina, la sociedad destruye la ley, pero preserva la violencia.

En este sentido, la fundación o creación de un derecho no está allí para preservar unos medios, sino para preservarse así mismo. Por ejemplo, el caso de los derechos humanos que nacen para proteger a quienes son agredidos por el Estado, por la existencia histórica de aparatos gubernamentales desatados y que violentan garantías mínimas para los individuos en las sociedades democráticas. La emergencia de estos derechos nace como fuerza violenta fundadora de unos fines, para Benjamin, la violencia, fuera de ser un acto negativo, es lo que ha dominado la historia humana.

²²⁰Explicado así en: Ídem.Pp. 41-45.

¿Es posible hablar del tema de la violencia intrafamiliar como una violencia mítica o como una violencia divina? La respuesta a esta pregunta va a depender de cuál dimensión de la dinámica de poder inherente a las relaciones familiares se hable. El derecho por medio de su fuerza fundadora, divina, deshabilita ciertos tipos de agresiones, contenidos en una lista taxativa en los códigos y leyes, que están englobadas en el concepto positivo jurídico de violencia doméstica. Mientras que el mantenimiento de la fe en la creencia de que este derecho es efectivo lo realiza el Estado, a partir de la administración de justicia, por medio de la persuasión que ejercen sus instituciones y todos los mecanismos de la violencia mítica.

Cabe hacer la pregunta sobre: ¿acaso la incorporación de un modelo de negociación o conciliación, donde el dinero es la proporción para medir el valor de la integridad de las víctimas de violencia intrafamiliar, es congruente con la legitimidad necesaria que requiere el Estado para ejercer el monopolio de la violencia? El instinto de posesión es un sentimiento de ausencia de dominación sobre el otro, quien somete a otro por violencia lo hace esperando que su voluntad prevalezca bajo cualquier medio, así sea un medio ilegítimo, fuera del derecho. Así puede ser el caso de quien, en pocas palabras, está comprando el derecho por agredir a su familia. Por esto Benjamin alega que el problema de la legitimidad de la violencia se constituye en un problema de medios, los medios para el mantenimiento de una dinámica agresiva, sus causas y consecuencias pueden estar sometidas a factores económicos, psicológicos, sociales, entre otros ámbitos.

En las ideas anteriormente expuestas de Walter Benjamin, se puede encontrar una interesante aplicación sobre el concepto de violencia, ya que para este autor la violencia es imperfecta, en el sentido de que se complementa por la autoridad. A Benjamin no le interesa la violencia como evento natural o como reacción biológica intuitiva, en su lugar, se mantiene pendiente de la violencia como espacio contextual en la dinámica social. Dice que, en el caso del derecho, la violencia no es una amenaza, más bien complementa su autoridad, lo que amenaza al derecho es la posibilidad de un espacio fuera del derecho.

¿Es posible imaginar a la RAC como un espacio fuera del derecho? Ciertamente no es posible considerar su práctica como ilegal y en ninguna circunstancia es el propósito de este trabajo afirmar tal cosa, dicha justificación sería ridícula. La posibilidad de imaginar a la RAC como fuera del derecho es más bien una propuesta crítica, desafiante, que nace de una dialéctica que funda el propio Estado liberal-democrático, que es la posibilidad de la negación del derecho por medio de la violencia. En la violencia legal está siempre de por medio una contradicción, no hay forma de probar que los fines sean correctos para los medios, ya que se trata de estudiar los fines y sus medios por separado. Es posible que, a través de medios legales, legítimos, se originen relaciones familiares que reproduzcan conductas lesivas, en detrimento de uno de sus propios miembros, convirtiendo lo injusto en legal.

En las democracias liberales es el Estado, retentor del monopolio de la violencia, a través de la aplicación de la ley como medio, el que va a definir lo que se va a entender oficialmente con el uso del significante “violencia” dentro del contexto jurisdiccional. En el caso de Costa Rica, la Ley 7586, Ley contra la violencia doméstica, en su artículo dos establece lo que se va a entender por 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 aun cuando haya finalizado la relación que lo originó.”²²¹

Procede el mismo cuerpo normativo en incisos siguientes a definir los tipos de violencia que pueden ser considerados dentro del ámbito de aplicación de esta ley:

“b) Violencia psicológica: Acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio

²²¹ Ley Contra la Violencia Doméstica. Op.Cit.

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 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 o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas mencionadas en el inciso a) anterior.”²²²

Esta lista no taxativa de tipos de violencia prohibidos en el ámbito familiar es complementada por otros cuerpos normativos, entre los que se destacan la Ley número 8589 de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres, en su artículo primero sanciona los mismos tipos de violencia que la Ley 7586. El Código de Familia y el Código de la Niñez y la Adolescencia son también cuerpos legales supletorios en esta materia, en especial el último código mencionado, que en su artículo 155 prohíbe la conciliación o mediación en los procesos donde haya precedido la violencia doméstica, pero únicamente en los casos que intervenga un menor. Así como el artículo 196 del Código Procesal de Familia, que establece la prohibición legal de conciliar en los casos de violencia intrafamiliar.

²²² Ídem.

Paralelo a la definición estrictamente normativa de la violencia doméstica, hay una serie de principios de aplicación procesal general y relativos a la materia constitucional y de familia que pueden extraerse de la jurisprudencia, así como de la doctrina, lo cual será el tema para el último capítulo de la presente obra. Por el momento, cabe destacar, como lo hace la resolución 1462 del 2008 del Tribunal de Familia, cuando dice que, en relación con la aplicación de medidas de protección: “(...) *el trámite tiene como propósito el dictado de medidas de protección, de naturaleza cautelar y temporal, y no de constitución de derechos ni condenas, pues eso será propio de otro tipo de trámites*”²²³

Lo anterior, para rescatar la naturaleza sumarísima y preventivista de este tipo de procesos, además, el hecho de que la violencia en este escenario intrafamiliar está considerada por el legislador, como una acción merecedora de la aplicación de medidas de protección. Las medidas consagradas en el artículo 3 de la Ley 7586 no suponen una pena, son una reacción racional de la autoridad judicial el ordenar, por ejemplo, a la persona presunta agresora que salga del domicilio como lo establece dicho artículo en su inciso a. Vale la pena destacar que estas medidas no son una lista taxativa, ya que el juez puede plantear otras medidas que considere pertinentes, como se puede inferir del mismo artículo.

Dentro de la técnica jurídica, como se explicó anteriormente, la aplicación de estas medidas no supone un castigo, es decir, no es una intervención del derecho penal; sin embargo, sí está sometido al principio de menor injerencia posible o *ultima ratio*, por su relación con el derecho público. Así mismo, la víctima goza de una protección especial, principios como el de *indubio pro persona agredida* fundamentan un sistema valorativo de normas procesales a favor del perjudicada.

Este trato diferente está justificado en requisitos de razonabilidad, se trata de una finalidad constitucionalmente admisible, que se basa en supuestos de hecho, como lo es una particular relación histórica sobre la formación social de la familia. De manera que instaladas ciertas normas a partir de la década de los ochenta y noventa (CEDAW, Convención Belem do Pará), se da un giro hacia el reconocimiento por el legislador y por

²²³ Tribunal de Familia. Poder judicial de Costa Rica. Resolución número 1462 del 06 de agosto del 2008.

normas de orden interamericano, de la presencia de ciertos conflictos referentes a la participación y representación de las mujeres en las sociedades latinoamericanas, donde Costa Rica no es la excepción.

En Costa Rica, a partir de la primera mitad de los años noventa, se empiezan a construir mecanismos legales en congruencia con esta política antidiscriminatoria en el contexto del surgimiento de estos tratados de derechos humanos. Con la caída del muro de Berlín y a partir de la solidificación del proyecto pluralista liberal a lo largo de Latinoamérica, se instauran significantes en el mapa cognitivo del oficio jurídico, estos significantes se vuelven absolutos de un orden particular, a manera de valores son descritos como libertad, propiedad privada, igualdad, entre otros. Estos tienen como característica similar que son indeterminados y su significación puede tomar varios supuestos dependiendo de quién transmita el mensaje. Son palabras que suelen incluir acepciones contradictorias dependiendo de su emisor.

En las democracias liberales, la representación de los intereses de un grupo es proporcional a la influencia económica y política que puedan permitirse. Por lo tanto, la representación de los intereses de las víctimas de violencia doméstica, en los sistemas normativos de estas democracias, se deteriora de forma sistemática por la desigualdad en el poder económico.

En el contexto del sistema-mundo global occidental, dominan valores trascendentales como la competencia, la ética del mercado, el mercado como un sistema armonioso²²⁴, por lo cual, bajo estos sistemas, es posible distorsionar el objetivo protector de las garantías civiles y hacer un ejercicio abusivo y antidemocrático de estas normas. Esta es una razón por la cual en términos técnico-jurídicos, en el principio de igualdad lo que está prohibido es el trato desigual en situaciones idénticas²²⁵.

A partir de la creación de la Ley contra la violencia doméstica (Ley 7586) en Costa Rica, se formalizan normas y directrices que impulsan acciones afirmativas que procuran

²²⁴ Franz Hinkelammert. Op. Cit. 1984. Pp. 61-107.

²²⁵ Rubén Hernández Valle. *Constitución Política de la República de Costa Rica. Actualizada 2008. Comentada, anotada y con citas de jurisprudencia*. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 2008. P. 113

nivelar las desigualdades históricas y producir un equilibrio en relación con el conflicto social. Este programa diseñado para igualar de forma compensatoria la dinámica de una relación injusta tiene gran utilidad social y beneficios, así como importantes contradicciones. La reflexión crítica que se plantea en la presente sección de esta investigación gira alrededor de la pregunta sobre ¿qué puede decir la conceptualización que se le da a la violencia doméstica en el derecho positivo, sobre la forma de organizar la sociedad?

En primera instancia, se debe cuestionar el uso práctico del concepto de violencia doméstica, la razonabilidad detrás de este trato preferencial para las víctimas que se da a partir de la definición de violencia directa, como la única merecedora de la imposición de medidas protectivas, pero ignorar otros tipos de violencia como en el caso de la violencia de orden simbólico o estructural. Si bien la aplicación de medidas en estos otros contextos es un cálculo complejo, es un hecho que merece ser remarcado, no tanto para el legislador o por parte de los mecanismos de protección de los derechos humanos, ya que regular la violencia simbólica por medio de leyes, como es propuesta aquí, sería ridículo. Lo que se intenta con esta investigación es poner el acento en la pregunta hipotética y teórico explicativa de si es la violencia directa la única merecedora de medidas de seguridad de urgencia impuestas por un juez, esta noción debe ser revisada.

Se prefiere aplicar medidas preventivas únicamente cuando se está en presencia de violencia directa, es decir, aquella violencia que se puede ver en la superficie o de la que puede dar prueba el cuerpo humano. Esta perspectiva, que depende de una misma graduación óptica para toda la superficie, tiene su razón en varios elementos jurídico-epistemológicos. El legislador tiene una preferencia unimodal por la violencia directa, a partir de la creación de un discurso histórico-judicial de violencia familiar. Esto se da, a su vez, como consecuencia de la construcción histórica de un discurso judicial sobre la violencia.

Michel Foucault propone en *La Verdad y las Formas Jurídicas*²²⁶ que existe un discurso histórico de construcción del conocimiento jurídico. A partir de un estudio genealógico y

²²⁶ Michel Foucault. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. 1996.

de la antropológica del saber, Foucault da razón de un discurso sobre el conocimiento técnico jurídico en el que se va a dar preferencia a cierto tipo de saber, es decir, se habla de una forma de estudiar este tipo de conocimiento, sin presuponer la existencia *a priori* del sujeto del conocimiento jurídico. Es la construcción de estos sistemas de valoración de la verdad en el sistema jurídico, el proceso que se encarga de crear al sujeto de la violencia doméstica, es un producto de su construcción y no viceversa.

Este discurso sobre el conocimiento jurídico otorga una forma particular de como ejercer el poder. Foucault hace un recorrido por los diferentes sistemas de indagación sobre una serie de mecanismos utilizados en la historia del derecho; estos mecanismos se basan en la comparación con el fin de llevar a cabo una contienda por la verdad, desde el derecho germánico hasta las llamadas sociedades disciplinarias.

La institución del discurso de la verdad jurídica no puede tener un solo dueño, el poder autónomo no lo tiene el sistema judicial. La justicia solo puede efectuarse a través de una serie de poderes laterales al margen de la justicia formal, como las instituciones disciplinarias de la escuela, los hospitales, los cuarteles militares, las cárceles y la policía, así como instituciones paralelas al orden jurídico, como la creciente industria de la RAC.

La creación de este sujeto legal de la víctima de violencia doméstica se da dentro de la aglutinación de estos distintos saberes, fuera del sistema judicial. Este sujeto está establecido en una relación de poder desigual, vale la pena preguntarse si las normas, así como estos otros cuerpos disciplinadores del saber, o conocimientos laterales, son suficientes para contener el rol de la violencia doméstica en la sociedad.

La violencia como objeto de estudio dentro de estos saberes toma la forma de discurso, por lo tanto, es entendida como instancia de producción, comprensión y aplicación de una relación de poder. Este discurso puede contemplarse como la sumatoria de su texto, más su contexto. No se trata de realizar un análisis conceptual y descriptivo en los textos relativos al fenómeno de la violencia, es más importante cuestionar los roles de los participantes dentro de estas dinámicas. El vínculo entre las víctimas de violencia y el sistema puesto allí para protegerlas, que se organiza en confabulación de estos saberes disciplinares, es lo que Pierre Bourdieu categorizaría como un tipo de capital simbólico.

3.4.2. Teoría de la violencia simbólica en el ámbito familiar

3.4.2.1. Bases para cuestionar el concepto de violencia doméstica en el derecho positivo: la violencia simbólica en el ámbito familiar

Existe un choque de ideas sobre la posición que tienen los sujetos victimizados en el ámbito familiar, es una pugna epistemológica que se da en el campo de las ciencias sociales, ya que históricamente la identidad femenina tiene una imagen de víctima desamparada y el hombre como agresor implacable, esto según lo establecido en el contexto de un sistema logocéntrico, genitalizado y patriarcal. El problema con este molde, en que se forman los roles de género tradicionales, es que tienen su quebranto a partir de la solidificación de las movimientos colectivos y luchas violentas a favor de la expansión de derechos civiles y políticos para las mujeres y con esto la instauración de valores más progresista en el capitalismo contemporáneo.

Esta pugna permea la discusión sobre la pretensión de neutralidad y objetividad que tienen algunos sistemas de distribución del capital simbólico jurídico, en los medios de canalización de los conflictos de la sociedad. Existe un debate en torno a ciertas creencias machistas, principalmente expresadas en los medios de comunicación masiva o hipermedios, que sienta las bases de interrogantes sobre cómo estas creencias permean la perspectiva del evaluador que realiza los informes no vinculantes en la pericia psicosocial, tanto como puede permea la opinión de la persona juzgadora o la persona mediadora. Como anteriormente se analizó, este debate sobre la conciencia neutral del juez se ubica epistemológicamente en los puntos planteados por el realismo jurídico norteamericano, quienes se preguntan: ¿si no hay humanos imparciales, que puede hacerse con el fin de designar un sistema para la resolución legal de los conflictos, donde no interfieran las preferencias personales de cada quién?

¿Es posible aportar un modelo teórico de las ciencias jurídicas neutral para analizar la violencia familiar? Existen formas simples de constatar la presencia de violencia física, con marcas, rasguños, lesiones, mientras que la violencia psicológica es en ocasiones invisible, es percibida como un orden natural, algunas expresiones de la violencia no pueden percibirse de forma simple y por esto su diagnóstico se lleva a partir de la

interpretación de evidencias. La expresión física o psicológica de la violencia directa puede configurarse como prueba según lo determinen ciertas pericias judiciales, estas se sirven del propio cuerpo de las víctimas para acreditar la presencia de la violencia descrita de acuerdo con las leyes. Las fórmulas de entrevistas estructuradas, estudios de índole psicométricos, son herramientas comunes utilizadas en este ámbito para determinar la presencia y el nivel de violencia psicológica infringido, ya que se consideran con capacidad para generar inferencias válidas sobre los evaluados. Como señalan Saborío y Víquez²²⁷ existen diferentes modelos de evaluación forenses, dentro de los cuales se destaca el llamado *modelo de evaluación de competencias*, “*este planteamiento parte de la idea de que se debe distinguir claramente entre las competencias legales y los constructos psicológicos.*”²²⁸

Las llamadas competencias legales se refieren a condiciones o hipótesis propias de los códigos y la interpretación de los casos que realiza la jurisprudencia frente a estos códigos. Estas abstracciones legales son complejas de definir a partir de los paradigmas científicos que han dominado el campo de la evaluación psicosocial. “*Así, los resultados de una evaluación psicológica pueden ser más o menos útiles en proporcionar información que apoye a las autoridades judiciales en la toma de decisiones sobre las competencias legales en cuestión*”²²⁹. El modelo de competencias legales planteado tiene la función de estructurar y organizar el conocimiento de la evaluación psicológica en términos transmisibles y relevantes para los jueces sobre lo estipulado de forma *a priori* en la ley, de tal forma que su análisis no es nunca neutral.

Si bien estos modelos de evaluación psicosocial de competencias no son de opinión vinculante para el juez en el contexto del sistema normativo costarricense, le permiten a la persona juzgadora formar una opinión consultiva de respaldo para la contención de una pugna sobre algún saber que se da dentro del campo jurídico y de las ciencias sociales.

²²⁷ Carlos Saborío Valverde y Eugenia Víquez Hidalgo. *Mitos en torno a la evaluación psicológica forense en casos de agresión sexual contra menores de edad: la necesidad de un cambio de paradigma*. Revista Medicina Legal de Costa Rica vol.23 n.2. Pp.51-85. Heredia Septiembre. 2006.

²²⁸ Idem.

²²⁹ Idem.

Así mismo, los medios de comunicación juegan un papel importante en la construcción de los sujetos de la violencia doméstica, tanto en el caso de la víctima como para el sujeto victimario. Estos medios de comunicación masiva como las cadenas televisivas, la radio, los periódicos y extendiendo esta interpretación a las redes sociales y el internet, son medios de distribución de un discurso de verdad sobre la violencia que se encargan de institucionalizar a estos sujetos, encasillarlos y contenerlos bajo la asignación de una carga simbólica particular. Pero esta no es una labor exclusiva de la prensa o del entretenimiento, es un trabajo conjunto con instituciones como el poder burocrático encarnado en sus diferentes corporaciones y agentes como las cortes, escuelas, la administración de servicios esenciales, hospitales y las cárceles.

Se establecen estrategias sociales en esquemas asimétricos de poder que preservan una imposición arbitraria. Las formas de administrar el poder institucional del Estado siguen un dictamen cultural y vigorizan la reproducción del dominio masculino sobre las mujeres y los niños en el contexto de la familia, mediante la naturalización de las diferencias entre géneros a partir de la genitalización de sus roles²³⁰. Esta idea se plantea en el contexto de lo que se conoce como violencia simbólica, es un tipo de violencia invisible, inadvertible para quien la sufre, ya que quien la padece la percibe como el orden natural de las cosas y no como producto del uso de herramientas retóricas al servicio de una clase, esta es una idea original de Pierre Bourdieu.

Bourdieu habla de una forma de utilizar muestras de riqueza, para simbolizar pertenencia y conjunción con los valores de una clase previamente aislada. El cuerpo se encarna como un objeto, tiene un valor para el sistema simbólico, dependiendo de su identidad y su rol social se les atribuyen a los sujetos significados que existen solo para magnificar y confirmar clase y estatus²³¹. Lo que se entiende por objetos aquí es, en un sentido amplio, tanto materiales como inmateriales, como lo pueden ser el acceso a estos dispositivos de RAC; esto otorga una carga simbólica de poder jurídico distinta a la otorgada a la jurisdicción formal.

²³⁰ Esta afirmación se extrae de un estudio sobre lo planteado por Bourdieu en: Pierre Bourdieu. *La Dominación Masculina*. Editorial Anagrama. Barcelona, España. 1999.

²³¹ Kenneth Allan. Op.Cit. Pp. 415-434.

En la obra de Bourdieu, se describen varios tipos de capital²³², ya que esta es una noción central en su pensamiento, que se resume a continuación. El *capital económico* tiene carácter objetivo y es fácilmente reconocible a partir de lo que se gana en términos pecuniarios o financieros, en contraste a lo que se pierde. Se trata de un balance, puede ser representado en un número en los estados de cuenta o documento que acredite el manejo de dinero. El *capital cultural* se define a partir de las diferentes formas en que las personas hablan, actúan o hacen distinción entre ellas y los de su clase, mientras que el *capital simbólico* es la capacidad de los símbolos de crear o solidificar realidades físicas o sociales²³³.

La idea de capital para Bourdieu es la tenencia de bienes destinados a la producción de otros bienes, tomando en cuenta una definición amplia de bienes, tanto materiales como inmateriales. A partir del tipo de capital que se tenga y de la cantidad de la que se sea capaz de ostentar, este sujeto se da lugar dentro de la sociedad. Este concepto del sociólogo francés se extrae, ya que el capital del que se habla en esta obra primordialmente es el simbólico, es la acumulación de una serie de significados aceptados por una comunidad dominante. Se habla en esta investigación, a manera de hipótesis, de la conformación de un capital simbólico jurídico utilizado para la puesta en marcha de un proyecto con el fin de introducir los mecanismos de RAC en la materia de violencia doméstica y cuya naturaleza es ideológica.

Mientras que el derecho tiene la función social rectora de las conductas humanas, el capital simbólico jurídico representa el campo de simbolismo que gira en torno a las pretensiones de neutralidad y universalidad que tiene la ley. De esta forma, el capital simbólico jurídico no solo lo conforman el sistema de jerarquía de normas, entendido en términos kelsenianos, este se expande a la conducta humana entendida como *habitus*, es decir, interiorizada. Este *habitus* jurídico es la noción individual, subjetiva y trastocada por aspectos morales que se tiene sobre la legalidad, es algo tan próximo y personal que no necesita elementos técnicos jurídicos refinados para manifestarse. Es justamente a

²³² La definición de los tipos de capital es extraída de lo expuesto por el mismo Bourdieu en: Pierre Bourdieu. *The Forms of Capital*. En: J.G. Richardson. *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*. Greenwood Press. Nueva York. 1986.. P. 241-258.

²³³ Ídem.

este nivel que funciona la discusión sobre la incorporación y preferencia por los elementos de conciliación y mediación en la resolución de conflictos y su relación con la anteriormente llamada ideología de la armonía.

A partir de la pregunta por el capital simbólico jurídico en la teoría de Bourdieu, es posible desarrollar hipótesis sobre preguntas relevantes como ¿quiénes acumulan este capital?, ¿por qué le encuentran valor quienes lo poseen?, ¿cómo se distribuye ese capital? Y ¿qué mecanismos utilizan quienes poseen este capital para resolver sus conflictos?

Las cosas que se hacen, tanto quienes investigan sobre la violencia intrafamiliar, quienes la padecen, quienes la median y concilian, como quienes la juzgan y los que rinden pericia de esta dentro del sistema de poder burocrático judicial, configuran su interacción con el sistema como actos de magia del lenguaje performativo o rituales de institución simbólica. La ficción social que hace asumir un puesto, un título, una identidad o un nombre, atribuye, a su vez, una función social reconocida, para Bourdieu, uno de los problemas sociológicos principales: *Es la cuestión de la legitimidad de una existencia, el derecho de un individuo a sentirse justificado en existir tal como existe*²³⁴.

Este panel de realidad social inmaterial, simbólica, forma un esquema de relaciones de fuerza asimétricas, institucionalizadas en una dinámica de juego que se da en el campo de la familia. El capital jurídico u *orden simbólico jurídico*, así como todas las formas anteriormente planteadas de capital, tienen efectos simbólicos, es decir, todas las manifestaciones del capital, sin importar su tipo, sea económico, jurídico, cultural, siempre van a estar mediadas por la representación del conjunto de relaciones de sentido basadas en la necesidad de explicar y justificar la inevitable contención social de la realidad humana. No todas las formas de capital son simbólicas, pero todas las formas de capital tienen su representación simbólica.

²³⁴ Pierre Bourdieu. *Pascalian Meditations*. Stanford University Press. Stanford, California. 1997. P. 237. La cita original se lee en inglés: “*But what truly is the stake in this game, if not the question of “raison d’etre”, the justification, not of human existence in its universality, but of a particular, singular existence, which finds itself called into question in its social being through the initial slander, a kind of original sin without an origin, like the racist stigma? It is the question of the legitimacy of an existence, an individual’s right to feel justified in existing as he or she exists; and this question is inseparably eschatological and sociological.*”

Toda forma de dominación mediada por un esquema de relaciones asimétricas de significado conlleva el reconocimiento de la sumisión y la obediencia, sin importar si la intervención de la autoridad establecida en esta jerarquía es legítima o no. Las afirmaciones o suposiciones dentro del orden simbólico jurídico se perciben como legítimas, por su carga simbólica y las consecuencias de esta asimetría se ven para quien la sufre como un orden natural, no como una herramienta social historizada, este orden natural genera lo que Bourdieu llamo un *campo*.

Pierre Bourdieu era un aficionado empedernido del rugby, algunos de sus comentaristas consideran que es de este deporte de donde extrae el uso del término campo²³⁵. Esta explicación tiene cierto sentido metafórico, pero esta analogía permite introducir algo novedoso sobre la teoría de Bourdieu y es que cada agente tiene una posición definida en el campo de acción social, esta posición permite a estos agentes pensar sobre diferentes maniobras o jugadas que tomar dependiendo de cómo esté distribuido el orden del juego, así como en los deportes, funciona en el capital simbólico. Este campo es multidimensional y, por lo tanto, pueden trazarse coordenadas dentro de sus confines, es lo que da sustento al *habitus*. Los agentes en este campo se diferencian unos a otros por las propiedades representadas en su posición²³⁶.

Según la noción de Bourdieu de campo, cada acto social es considerado un indicador que adquiere sentido relacionamente con cada agente como parte de un sistema. Similar a como Ferdinand de Saussure²³⁷, el lingüista suizo estructuralista, planteaba su teoría del signo, dentro de la cual los signos adquieren su valor en sistemas de cadencia, es únicamente en referencia o en comparación con otros signos que el uso de estos

²³⁵ Kenneth Allan señala que la noción de campo en la obra de Bourdieu puede ser entendida desde la "analogía al Rugby", es decir, a partir de los postulados establecidos a partir de dinámicas de juegos, como es el caso de algunos deportes: "Just like in rugby, fields are delineated spaces wherein "the game" is played. Obviously, in Bourdieu's theoretical use of field, the parameters are not laid out using fences or lines on the ground. The parameters of the theoretical field are delineated by networks or sets of connections among objective positions. The positions within the field may be filled by individuals, groups, or organizations." Kenneth Allan. Op.Cit. P. 425.

²³⁶ Angélica Cuéllar Vázquez. *La Utilidad Práctica de la Teoría Relacional de Pierre Bourdieu en la Investigación Sociojurídica*. Revista Novum Jus. Volumen 9 N°1. Enero-junio. Universidad Autónoma de México. 2015. p.110-113. Disponible y revisada en el sitio web: el 24 de marzo de 2020: <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/558/579>.

²³⁷ Ferdinand de Saussure. *Curso de Lingüística General*. Editorial Losada. Buenos Aires, Argentina. 2002. Allí define la teoría del signo, dice que no hay una relación natural entre el vínculo que une al significado y el significante, esta relación más bien es arbitraria, es inmotivada, son elecciones que tomamos de índole de convencional a nivel social para designarle sentido a un ruido en la lengua. P.91-119.

adquiere sentido. De aquí la originalidad sobre el valor diferencial que establece Bourdieu en su sistema teórico, dice el mismo Bourdieu, “*lo real es lo relacional: lo que existe en el mundo social son las relaciones. No interacciones entre agentes o lazos intersubjetivos entre individuos, sino relaciones objetivas que existen ‘independientemente de la conciencia o voluntad individual’*”²³⁸.

En sus Meditaciones Pascalianas, Bourdieu plantea, en el capítulo cuarto y quinto principalmente²³⁹, temas que el enfoque socio-jurídico debe considerar centrales para analizar el tema de la violencia intrafamiliar. Se incorpora en esta obra conceptos como poder simbólico, espacio social, categorías a las cuales se les da un sentido práctico y político. Se trata de un programa investigativo donde el cuerpo humano y la violencia que este padece se definen a partir de su incorporación en la función relativizante del lenguaje.

En la simbolización, el lenguaje se configura en relaciones de fuerza, se da la inculcación arbitraria de un orden ideológico en instituciones como la familia, la religión o el derecho; a partir de estas y de su capacidad de formar subjetividades, se pone en marcha un proceso de conversión de los miedos, las emociones y los deseos del sujeto. Este derroche de fuerza simbólica significa un paso de la violencia física al desarrollo de tecnologías autoritarias para “hacer creer” de algo al otro, por medio del uso del lenguaje. El poder no es nunca más efectivo que cuando parece estar ausente.

Se usa dentro de la teoría de la RAC un *juego de lenguaje* particular, el uso del término “juego” se hace de forma similar a lo que Ludwig Wittgenstein planteo en sus Investigaciones Filosóficas²⁴⁰. El derecho tiene un juego de lenguaje específico, lo que se ha llamado aquí orden simbólico jurídico, una forma de crear y aplicar palabras como conflicto, conciliación, violencia, mediación, juicio, armonía, resolución alternativa, etcétera. Todos estos significantes, dentro del derecho, pueden ser definidos en el

²³⁸ Pierre Bourdieu y Loïc Wacquant. *Una Invitación a la Sociología Reflexiva*. Siglo XXI editores. Buenos, Aires Argentina. 2008. P. 134.

²³⁹ Pierre Bourdieu. Op. Cit. 1997. Pp. 128-205.

²⁴⁰ Ludwig Wittgenstein. *Tractatus Logico-Philosophicus, Investigaciones Filosóficas, Sobre La Certeza, Estudio Introductorio Por Isidoro Regue*. Editorial Gredos. Madrid, España. 2009. Wittgenstein en Investigaciones filosóficas dice: “La expresión «juego de lenguaje» debe poner de relieve aquí que hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida”. P. 185.

contexto de una forma de vida. La contingencia recae aquí sobre si los mecanismos de RAC cuentan con una perspectiva de los conflictos que es extralegal, y si es posible para los conciliadores y mediadores resolver situaciones con humanos, cuyas ideas y emociones están por fuera del juego del lenguaje legal.

Lempereur y otros²⁴¹ plantean varias formas de ser de los mediadores y los métodos o “maneras de hacer las cosas”²⁴² que estos tienen. Este ejercicio puede tener usos a nivel práctico profesional para justificar decisiones que deben tomar los mediadores de manera uniforme, pero a nivel teórico se trata de la relativización ilimitada y *adinfinitum* del significante “mediación”. Al responder a la pregunta sobre cuántos tipos de mediación existen, se da una respuesta relativizada, se dice que cada uno es distinto y que todos están bien, pero con esta acción relativizante se omite dentro de la teoría de la RAC, realizar las preguntas verdaderamente relevantes, como ¿es una buena idea la mediación en primer lugar? y ¿de cuál mediación está hablando?

Así mismo, Riskin²⁴³ define que la práctica de la mediación es un *continuum*, describe varias formas, estrategias y técnicas para evaluar las necesidades de sus clientes, estas técnicas oscilan en aproximaciones más tradicionales a la mediación, más abiertas, hasta aquellas más agresivas. Dentro de la teoría de la RAC, existe la creencia de que todo tipo de mediación es mejor que cualquier tipo intervención jurisdiccional tradicional, esta creencia funciona en detrimento de la legitimidad simbólica de la neutralidad de sus mediadores y árbitros y de la legitimidad misma del Estado.

Parte de la motivación de esta obra se da por la constante trivialización del componente simbólico y lingüístico que se da en esta materia, se considera injustificado la abstracción de una dinámica asimétrica de fuerzas que es la que da dirección a aquellos contenidos sociales destinados a excluir a los otros. Este orden simbólico jurídico percibido como natural no lo es, continuamente facilita la estigmatización por medio de la configuración

²⁴¹ Alain Pekar Lempereur y otros Op. Cit. P.12-31.

²⁴² Ídem. P.20.

²⁴³ Leonard L. Riskin. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*. University of Florida Levin College of Law. Florida, Estados Unidos. 1996.

de una “verdad objetiva”, es en estos parámetros que se construyen tanto los mitos alrededor del mediador neutral, como del juez neutral.

Estas relaciones ocultas de fuerzas imponen un orden simbólico, que es estudiado a lo largo de la obra de Michel Foucault, se forman las propias conclusiones a partir de un estudio sobre lo expuesto en *Vigilar y Castigar*²⁴⁴, *La Verdad y las Formas Jurídicas*²⁴⁵, *La Locura en la Época Clásica*²⁴⁶ y *Las Palabras y las Cosas*²⁴⁷. Se forma, entonces, un sistema de ideas que permite abordar este tema a través del concepto de microfísica del poder. Se puede hablar entonces de tecnologías intelectuales dedicadas al desarrollo de un proyecto económico que facilita este orden asimétrico de dominación, donde tanto la violencia intrafamiliar como la RAC se vuelven instrumentales.

El concepto de violencia divina de Walter Benjamin que anteriormente se mencionó hace referencia a lo que Foucault entiende que era como se percibía la violencia en la época clásica. En este periodo la violencia era vista como una herramienta disciplinadora a disposición de los dioses, estos no la usaban únicamente por usarla, cuando un dios hacía sentir su ira era para calmar un orden natural y devolverlo a su balance.

En la modernidad, la violencia se transforma, para ser distribuida a manera de economía como un recurso, se instaura como parte de la maquinaria a disposición del ejercicio biopolítico de dominación del Estado, instaurando la ecuación de más dinero igual a más vida, dando pie a creencias particulares sobre el dinero y su uso. Mientras en la época clásica se distribuía la violencia para obtener un balance natural, en la modernidad la razón que justifica la violencia está supeditada a que se obtengan ganancias monetarias a partir de esta, es decir, se establece la ecuación: cuanto más dinero se tenga, menos violencia está al asecho.

Mientras que en la época clásica la violencia tenía una calidad expresiva, un carácter positivo demostrativo que recuperaba una armonía anterior, en las sociedades

²⁴⁴ Michel Foucault. *Vigilar y Castigar*. Nacimiento de la Prisión. Siglo XXI editores. Buenos Aires, Argentina. 2002.

²⁴⁵ Michel Foucault. *Op. Cit.* 1996.

²⁴⁶ Michel Foucault. *Historia de la Locura en la Época Clásica*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. México. 1986.

²⁴⁷ Michel Foucault. *Las Palabras y las Cosas una Arqueología de las Ciencias Humanas*. Siglo XXI editores. Buenos Aires, Argentina. 1968.

disciplinarias la violencia pasa a darse en lugares confinados, en los cuarteles militares, en las cárceles, en las fábricas, en los hospitales psiquiátricos y con menor medida en las escuelas; todas estas consideradas instituciones disciplinarias descritas en la teoría foucultiana.

La violencia de la lengua es un tipo de daño enmarcado en la microfísica del poder y la biopolítica sobre el cuerpo humano, pero también es la forma de manifestarse de todo tipo de violencia, su expresión siempre es simbólica, es decir, que, bajo la perspectiva humana, cualquier agresión sin importar su naturaleza, encuentra su expresión en un sistema de signos, significa algo. Existe una dimensión epistémica en la utilización de la violencia por parte de regímenes que quieren mantener la dominación, hay una construcción histórica de un mandato de masculinidad hegemónico, que estipula la instauración de ciertos valores en la familia tradicional, un esquema de distribución simbólico de los roles sociales donde la violencia juega un papel importante. Se configura así una economía lingüística de la violencia cuya expresión puede rastrearse en los estudios sobre la violencia de género en la obra de pensadoras como Rita Segato.

3.4.2.2. La violencia intrafamiliar funciona como un lenguaje: análisis estructuralista de la violencia social

Todos los elementos que han sido estudiados a lo largo de la presente investigación se conjugan para entender que la violencia, vista como la “suma de odios”, o como una mera reacción natural y biológica, son explicaciones simplistas de este fenómeno; la violencia, además de ser una respuesta fisiológica, es un tipo de expresión, la declaración de un mensaje por medios violentos. La violencia es un lenguaje altamente emotivo, cuya expresión se caracteriza por gestos, acciones, palabras y conceptos fecundados de múltiples significaciones, que tienen sentido para una comunidad. Es decir, la violencia intrafamiliar no debe ser estudiada como una herramienta con carácter utilitario disciplinador al servicio del padre como agente moral social, a partir de un análisis con esmero y detenimiento, se puede ver a la violencia como un medio para perseguir un mandato, una forma de comunicar la pertenencia a un grupo, la posesión de algún bien por medios legítimos o ilegítimos, o bien para probar que se disfruta de los beneficios de una posición de clase frente a los demás.

Laura Segato es una antropóloga argentina, que ha realizado estudios sobre la construcción social del género y el efecto de la violencia como parte de esta dinámica constructora. Para esta autora, lo importante es desentrañar las prácticas que enseñan a los sujetos a operar de cierta manera dentro del sistema social. Las costumbres y formas de vida están instaladas en el patriarcado como una estructura que nunca dejó de existir y que goza de buena salud. El papel que juega la violencia en el mantenimiento de un sistema hegemónico de masculinidad trasciende su función directamente correctiva, ya que la amenaza de la violencia que está en la sombra, imperceptible a los ojos, tiene una potencia más fuerte que cualquier tipo de violencia física.

Segato dice: *“La violencia constituida y cristalizada en forma de sistema de comunicación se transforma en un lenguaje estable y pasa a comportarse con el casi-automatismo de cualquier idioma”*²⁴⁸. En su obra *Las Estructuras Elementales de la Violencia*²⁴⁹, desarrolla una teoría sobre las dinámicas sociales de por medio en la violación; su estudio se basa en el manejo metodológico de la entrevista y escucha de presos en localidades de Brasil, comparando estas experiencias con la práctica de la violación en épocas culturales e historias diferentes. Se puede extraer de esta obra su concepto de mandato de masculinidad. Segato afirma que la violación no es consecuencia de patologías sexuales individuales, tampoco es una idea en la mente de la gente loca o pervertida, Segato niega, además, la tesis de que la violación es consecuencia automática de la dominación masculina basada en su superioridad abstracta de la fuerza física. La autora apunta a que la noción de la ilegitimidad de la violación, como forma extrema de violencia invasiva, está supeditada a un mandato de masculinidad, se realiza como la expresión de un límite interpuesto por la moral masculina tradicional, cuestión que también es aplicable para lo que se entiende por violencia doméstica.

No se quiere afirmar con esto que la violencia sea un lenguaje, es decir, la violencia no es un medio de comunicación estructurado. Lo que sucede es que la violencia, especialmente la directa (física, psicológica, patrimonial, económica, etc.), es una reacción frente a la falta de lenguaje para expresar alguna frustración. El agresor de

²⁴⁸ Rita Laura Segato. Op. Cit. 2016. P. 45.

²⁴⁹ Rita Laura Segato. Op.Cit. 2003.

mujeres se siente iracundo porque no tiene el lenguaje necesario para transmitir aquellos requerimientos de conducta hipermasculinizada que ha aprendido son necesidades sociales; intenta cumplir con este mandato de dominación sobre el sexo femenino a toda costa, aunque sus intentos no sean reciprocados como buenos o justos por el sistema de signos. La violencia es lo que sucede cuando quien cree merece dominar se queda sin palabras, pero no es un sistema formal de signos, aunque comparte casi todas las características con un lenguaje o sistema de signos. La violencia utiliza el contexto para su uso, por ejemplo, es así en la violencia verbal, donde palabras en un principio neutrales se les atribuye un contexto distorsionado para cambiar su significado, como el uso de apodos. La violencia y el lenguaje son fenómenos combinatorios, utilizan una combinación de manifestaciones, signos y contextos para llevarse a cabo.

Una diferencia es que la violencia puede ser entendida de forma espontánea, mientras que el lenguaje necesita de un sistema de signos convencional para entenderse. Pero la principal diferencia y la razón por la cual la violencia no es un lenguaje es que la violencia no tiene capacidad adaptativa, mientras que el lenguaje permite la sobrevivencia de la vida humana organizada. Si todas las personas usaran la violencia como lenguaje, morirían de un desastre nuclear inmediatamente; el lenguaje hace que sea posible la reproducción humana, la violencia, por el contrario, supone un límite a esta fuerza y así la regula. La violencia no es un lenguaje, pero sí funciona como uno, ya que la agresión y el abuso es a lo que recurren los amos desesperados.

La idea de mandato de masculinidad se refiere a una estructura de relaciones, entendido en términos de lo que planteaba Bourdieu, se trata de condiciones necesarias para mantener al margen posiciones marcadas en un campo de juego. La naturalización de la violación en la sociedad es consecuencia de que la violencia es considerada un acto necesario en la reproducción cíclica del género como estructura de relaciones jerárquicas. En el momento en que la teoría de la jerarquía genitalizada del género se acepta como creencia moral, se naturaliza un orden que necesita de la violación, así como de la violencia intrafamiliar enmarcada en estas herramientas de la crueldad, para establecerse y reproducirse.

Segato identifica dos ejes por medio de los cuales funciona la violencia como dispositivo expresivo²⁵⁰. En primer lugar, un eje vertical que se da en la relación del violador con su víctima, la cual se degrada y desvaloriza, al mismo tiempo de que se realiza una asignación de un rol y se mantiene a raya moralmente a la víctima. Según este molde de dominación hipermasculinizada, esta perspectiva vertical ha sido hasta el momento la que se ha estudiado con mayor intensidad.

Por otro lado, existe una dimensión horizontal, que es uno de los aspectos más novedosos en la obra de Segato, la cual se refiere a aquellos vínculos entre el violador con sus semejantes. El mensaje que transmite la violación se dirige no solo a los otros hombres, ya sea a los tutores o responsables de las víctimas y al núcleo familiar o doméstico, también se dirige a las instituciones del Estado y sus representantes responsables de la protección del individuo, pero este mensaje es, sobre todo, un mensaje para sí mismo, un reclamo sobre el cuerpo de la mujer como un objeto en el tanto el victimario puede hacerlo, no lo hace porque esté necesariamente obligado por sus creencias o compelido por fuerza, es más un convencimiento sobre su posición y la posterior demanda por los beneficios sobre el cuerpo femenino que esta posición requiere, en el contexto de una sociedad machista. Hay de por medio en la violencia realizada en el ámbito intrafamiliar el establecimiento de una la relación de los otros como competidores.

Para Rita Segato, *“La lengua del feminicidio utiliza el significante cuerpo femenino para indicar la posición de lo que puede ser sacrificado en aras de un bien mayor, de un bien colectivo, como es la constitución de una fratría mafiosa.”*²⁵¹ Este lenguaje violento a favor de la reproducción de un poder soberano masculino se afirma al sembrar el terror y tiene su expresión en la construcción social de los roles de género, es un mandato inconsciente que se transmite a partir del reconocimiento de ciertos signos en la dinámica familiar.

²⁵⁰ Ídem. Pp.21-54.

²⁵¹ Rita Segato. Op. Cit. 2016. P.46.

Connell en su libro *Masculinidades*²⁵² tiene como objeto de estudio el conocimiento sobre las distintas definiciones de masculinidad en la historia y en diferentes culturas. Los conceptos diferenciados y genitalizados de masculinidad y feminidad son inherentemente occidentalizados, eurocéntricos y estructurados en sociedades primordialmente blancas, por esto cuando se habla de género se debe tener siempre presente este contexto, con el fin de evitar ver sus categorías como un orden natural, más bien se trata de un conjunto de prácticas propias de un sistema cultural específico para la regulación de las relaciones de poder.

Según lo estudiado por Connell, es necesario interrogar las nociones clásicas de la masculinidad y por qué el patriarcado continúa funcionando, por cuales mecanismos opera dicho sistema de organización del poder. Hablar de hegemonía masculina puede ser útil²⁵³, en el tanto es un concepto que da razón sobre la creencia de superioridad masculina que se encarna en la religión, en la política, en los medios de comunicación, en la familia y la arquitectura del hogar, en todo tipo de instituciones tradicionales. La hegemonía masculina no se obtiene por la fuerza física, más bien se logra a partir de la capitalización de ciertos atributos simbólicos reconocidos por un colectivo que acepta y legitima la violencia, este colectivo está formado por individuos sometidos a un sistema social, el cual están convencidos deben defender.

Para entender las distintas formas de masculinidad que se han ido dando y uniendo a otras a través del tiempo, es importante entender que la idea de hegemonía no implica la eliminación o negación de un grupo, más bien se trata de una subordinación. El patriarcado no intenta eliminar a la mujer ni a la familia, más bien se basa en su subordinación para validar la misma dominación masculina y la construcción social de la masculinidad como un sujeto de potencia en las sociedades de control.

Existe en estas sociedades occidentalizadas, que establecen la tradición como herencia de la cultura europea, donde el diseño de dominación masculina tiene ciertas particularidades. La hombría es vista como un estatus, es decir, solo puede ser adquirida

²⁵² R.W. Connell. *Masculinidades*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003.

²⁵³ Ídem. Pp. 103-132.

por una prueba, similar a aquellas tribus primitivas que ponen a los hombres a enfrentar pruebas físicas dolorosas, mostrar cicatrices o realizar actos que coquetean con la tortura, de esta misma forma la sociedad exige a los hombres enfrentarse a exámenes e inclusive hasta la muerte para probar su potencia y su masculinidad.

Rita Segato habla de este diseño de la masculinidad como una potencia cuando dice,

“Sobre este sujeto pesa el imperativo de tener que conducirse y reconducirse a ella a lo largo de toda la vida bajo la mirada y evaluación de sus pares, probando y reconfirmando habilidades de resistencia, agresividad, capacidad de dominio y acopio de lo que he llamado «tributo femenino», para poder exhibir el paquete de potencias —bélica, política, sexual, intelectual, económica y moral— que le permitirá ser reconocido y titulado como sujeto masculino.”²⁵⁴

Dentro del mandato sexista de la violencia masculina, los actos de violencia directa son interpretados por sus pares como correctivos, el hombre es un agente moral y que tiene mayor legitimidad para actuar en el tanto mayor nivel de potencia pueda aparentar, es decir, lo que haga va a ser asociado a algo bueno o justo dependiendo de qué “tan hombre sea”, de qué tanto capital simbólico pueda acumular para expresar las diferentes formas de potencia masculina tradicionales (estatus económico, político, fuerza sexual, física o moral), sin importar si se trata de actos horriblemente violentos o no.

Pero también coexiste dentro de esta misma lógica la violencia femenina, que es considerada tradicionalmente como rebelde, como aquel objeto que no se deja domar y que, para hacerla entender en razón, debe someterse a algún castigo o represión, esta lógica se transmite en el trato de los otros miembros de la familia que no son el padre.

Esta visión tradicional de los roles de género es la que tiene como consecuencia el hecho de que la violencia femenina sea vista como contraria a la moral. Estos sistemas de significación patriarcales son una herencia del proyecto moderno de la Ilustración. La fórmula cartesiana del *ergo cogito sum* es la base de la ciencia moderna a partir del

²⁵⁴ Rita Segato. Op. Cit. 2016.P. 113.

renacimiento. Dice Ramón Grosfoguel que, a partir de la instauración del dualismo mente-cuerpo, que conlleva el método cartesiano se instaura un “punto cero”²⁵⁵ en las ciencias sociales. Este punto cero es aquel que parte de la presunción de neutralidad universal abstracta, casualmente esta aspiración de “un punto de vista sin punto de vista”, ha permitido históricamente al discurso de masculinidad occidental ser el único capaz de representar su conocimiento como una conciencia universal. Esta matriz de poder colonial tiene como consecuencia la caracterización de cualquier forma de vida que no sea el hombre tradicional, como un objeto sin conciencia, sin escritura y que está allí únicamente para ser explotado por los sujetos legitimados.

Planteado el problema sobre la relevancia del concepto de neutralidad o punto cero en la construcción de la masculinidad occidental, es importante guiar la discusión en el tanto la presente investigación no trata directamente de este tema, ni pretende convertirse en una crítica directa a esta pretensión de neutralidad presente tanto en los sistemas judiciales formales de resolver los conflictos en la figura del juez, como en los alternativos o extrajudiciales en los mediadores o árbitros. Únicamente es relevante plantear algunos aspectos sobre la crítica a esta noción de neutralidad, una serie de nociones que son centrales para el análisis sociojurídico del uso dentro de la legalidad, de la RAC en la violencia intrafamiliar como una hipótesis.

El antropólogo estadounidense Melville Herskovits²⁵⁶ se suma a la posición que establece que la moral no tiene una identidad absoluta y que es una construcción de índole cultural, el contenido de las identidades varía según las costumbres y creencias de los diferentes grupos culturales, por lo que es inapropiado hablar de sujetos neutrales o universales. En su opinión, el gran enemigo era el etnocentrismo, proyecto político que se lleva a cabo en la realidad norteamericana de principios del siglo pasado, que tenía su principal expresión en el colonialismo europeo.

²⁵⁵ Ramón Grosfoguel. *Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political-Economy: Transmodernity, Decolonial Thinking, and Global Coloniality*. *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, 1(1). 2011. Revisado y disponible en el portal web el 22 de abril del 2021: <file:///C:/Users/piedri/Downloads/eScholarship%20UC%20item%2021k6t3fq.pdf>

²⁵⁶ Enrique Pedro Haba. *Los Juicios de Valor. Elementos Básicos de Axiología General*. Editorial UCR. 2010. b. P.5.

Herskovits habla de la diferencia de lo que la llama absolutos culturales con universales culturales. Existen instituciones que sí tienen carácter universal, es decir, están presentes en todas las sociedades, instituciones como la familia o los sistemas de moralidad, pero estas son únicamente formas, que a manera de recipiente son vertidas de sentido a partir de experiencias culturales e históricas diversas, dada la naturaleza dinámica de la interacción social. Si es válido hablar de la familia como una institución universal, o universales culturales como lo denomina Herskovits²⁵⁷. Así mismo, las sociedades poseen mecanismos para resolver sus conflictos y esto es un absoluto universal, pero no hay absolutos universales en el sentido de cuál es el contenido de estas instituciones, sus reglas, formas de operar y su epistemología, esta es rellena por un proyecto político hegemónico.

Si no se puede hablar de una perspectiva neutral o punto cero de las personas juzgadoras, ni de los mediadores o árbitros, es sumamente importante hacer preguntas sobre la función que tiene esta perspectiva universalista-occidentalista en la definición de la violencia en el ámbito familiar y cómo responden las instituciones formales e informales Estado frente a estos hechos de agresión, preguntas como: “¿Quién habla aquí? ¿A quién? ¿Qué le dice? ¿Cuándo? ¿Cuál es la lengua del feminicidio? ¿Qué significativo es la violación? Mi apuesta es que el autor de este crimen es un sujeto que valoriza la ganancia y el control territorial por encima de todo, incluso por encima de su propia felicidad personal”²⁵⁸.

Las anteriores son todas preguntas válidas para definir cómo se forman las subjetividades dentro de estos sistemas de significación de la violencia. A partir de estas y más preguntas por la subjetividad, se quiere plantear las condiciones materiales que definen la interacción entre los individuos, ya que en último término de esto depende la construcción de sentido. Estas prácticas materiales se plantean como un uso particular de una lengua. La lengua de la ideología de la armonía, por ejemplo, o la lengua que se expresa en la violencia intrafamiliar también, son prácticas consecuencia de relaciones

²⁵⁷ Ídem.

²⁵⁸ Rita Segato. Op. Cit. 2016. P.45.

materiales que son capaces de construir realidades simbólicas a partir de convenciones sociales.

Segato plantea la emergencia de dos Estados para la resolución de conflictos, o como lo llama ella, una segunda realidad²⁵⁹. El componente de crítica económica en la obra de Segato vierte de sentido las nociones que más tarde va a definir sobre las sociedades de control y las fuerzas públicas que las legitiman. Dice que existe una primera realidad, que es aquella donde los dineros de los bancos, que son declarados, tasados, los bienes y caudales de dinero que se encuentran a la vista del Estado y al alcance de la legalidad, protegen a la sociedad y hacen uso de la violencia de forma legítima. Mientras que de forma paralela existe una segunda realidad, con una segunda economía y con una segunda violencia.

La emergencia de esta segunda realidad está más presente en sociedades donde la acumulación de capital está asociada a un escenario bélico, esto provoca una acumulación cuyos dueños están asociados al sometimiento arbitrario al castigo o la muerte y donde las mujeres y los niños son sometidos a niveles de crueldad para enviar un mensaje o como moneda de cambio en la guerra. La explosión para estatalidad es una forma de administración del biopoder, pero, sobre todo, es una forma de asegurar el control de las riquezas en manos diferentes a las de las instituciones formales del Estado y bajo reglas diferentes a las de la ley y la constitución.

Esta dualidad entre dos realidades económicas es la forma de Segato de describir una situación que ha sido expuesta de forma similar por sociólogos como Immanuel Wallerstein y Boaventura de Sousa. Wallerstein propone una división del mundo en zonas, las cuales clasifica como la periférica, semiperiférica y central²⁶⁰ o que ha sido tratado con mayor claridad por Boaventura de Sousa²⁶¹, quien plantea que las ciencias

²⁵⁹ Rita Segato. *Contra-pedagogías de la Crueldad*. Prometeo Libros. Buenos Aires, Argentina. 2018. Pp. 75-80.

²⁶⁰ Immanuel Wallerstein. *El Moderno Sistema Mundial. La Agricultura Capitalista y los Orígenes de la Economía-Mundo Europea en el Siglo XVI*. Siglo XXI Editores. México. 1979.

²⁶¹ Esta idea de las líneas globales y la línea abismal es planteada a lo largo de su extensa obra, pero con principal mención en: Boaventura De Sousa. *Una Epistemología del Sur*. Siglo XXI Editores. México DF, México. 2009. Y en: Boaventura De Sousa. *Más Allá del Pensamiento Abismal: de las Líneas Globales a una Ecología de Saberes*. Capítulo en: CLACSO. *Pluralismo epistemológico*. Muela Del Diablo Editores. La Paz, Bolivia. 2009.

sociales modernas actúan bajo un paradigma de lo que él llama el pensamiento abismal²⁶².

Esta línea abismal se trata de una franja que divide este tipo de relaciones invisibles como lo es aquella que guarda la víctima con el orden de la violencia simbólica. En este sentido, lo novedoso del planteamiento de De Sousa es que toma como referencia el pensamiento de Wallerstein para describir las consecuencias que tiene para la resolución de los conflictos y para los sujetos a un nivel existencial, la existencia de esta línea que define zonas del ser y zonas del no ser.

El pensamiento abismal si bien puede verse desde la óptica macro, como lo establecido por la teoría del sistema-mundo, esta línea abismal tiene su máxima expresión en la construcción de subjetividades, ya que es la base invisible para formular las intensas distinciones visibles que estructuran la realidad social. El conocimiento moderno, tanto como el conocimiento jurídico, se han encargado de operar estas distinciones dentro de su supuesto monopolio epistemológico dándole valor de verdad a algunas subjetividades y radicalizando las distinciones entre quienes quedan fuera de este canon de aprobación.

Mientras que, de un lado de la línea, del lado de los metropolitanismos, los conflictos son resueltos a través de procesos de regulación/emancipación, en sentido metafórico se puede decir que aquel lado donde “mejor pinta el sol”, es donde los conflictos se resuelven con armonía, ya sea que se imponga una regla que permita o prohíba una conducta o se deje al libre albedrío por no configurarse como una conducta lesiva al orden normativo. Dentro de esta realidad “más soleada” es donde se encuentran las instituciones formales del Estado y sus actuaciones legítimas.

Por debajo de esta línea abismal, del otro lado, los conflictos son resueltos con violencia/apropiación, a través de procesos complejos de colonialidad se han creado herramientas de dominación que no necesariamente niegan al otro, más bien lo reducen a su mínima expresión existencial con el fin de que dichas relaciones asimétricas sean más efectivas.

²⁶² Boaventura De Sousa. Op. Cit. 2009. P. 162-178.

En la jerarquía familiar tradicional del hombre occidental, son las mujeres y los niños quienes experimentan las consecuencias traumáticas de este régimen represivo, sin diferenciar si se encuentran por encima o por debajo de la línea. En el caso de poblaciones que ya son vulnerables, esto puede significar doble o triple opresión en el tanto correspondan a sujetos no occidentales, gays/lesbianas, mujeres, pobres, o cualquier rasgo que este patrón de poder colonial determine como desagradable.

Las distinciones planteadas anteriormente son dicotómicas, tanto las dos realidades que plantea Segato, el sistema-mundo como es concebido por Wallerstein, la dicotomía entre centro y periferia de la teoría de la dependencia y la línea abismal de Boaventura de Sousa. Estas teorías parecen sugerir procesos simbólicos a partir de los cuales se moldean una serie de relaciones que suponen una economía de la violencia por medios fuera del alcance del Estado.

Se describe con estos moldes críticos la existencia de una ruptura entre los mecanismos que legitiman la administración de la justicia del Estado y el monopolio de la violencia. Los mecanismos RAC son un esfuerzo que activamente plantea la restricción del Estado por administrar estas relaciones violentas y de dominación, se trata de una traducción del canon liberal del mercado libre o de desregulación de las grandes riquezas, pero en el contexto de la economía de la violencia. Se renuncia casi totalmente a la actividad jurídica como una confrontación de valores, ya que esta actividad significa la constante vigilancia del Estado por aquellas garantías que intentan balancear la asimetría en las relaciones comerciales y familiares, las cuales son sinónimo de Estado de Derecho. Esta ruptura entre el derecho y la axiología se da con el fin exclusivo de armonizar los conflictos latentes de clase y la anulación total del reclamo por ciertos valores democráticos que las democracias liberales promulgan en total contradicción.

Parte de la paradoja que se describe en todo este apartado sobre la violencia, es que hay formas aceptadas y no aceptadas de esta. La distinción entre cual tipo de violencia se va a criminalizar está atravesada por un discurso político de trascendencia central para la organización de la sociedad a la que pertenece. Es decir, se establece un orden simbólico por medio del cual se le da valor e importancia diferente al valor que se le da

a la violencia ejercida entre dos niños que se pelean por un balón, a la que es ejercida entre dos bandos de soldados en un contexto de guerra civil, o bien esta es diferente a la violencia consecuencia de un sistema patriarcal familiar, heredado del derecho romano occidentalocéntrico, que califica a los miembros de la familia como propiedad del hombre, como lo es el caso de la violencia intrafamiliar en su dimensión estructural.

Este efecto paradójico se presenta también como parte de los obstáculos que tiene esta investigación, ya que, por un lado, se crítica de forma efectiva los procesos de pacificación de la contingencia social alternativos a la ley, ya que su ámbito de aplicación debe ser limitado a aquellas ocasiones donde no opere una dinámica violenta dentro de la familia, como es descrita en la ley. Así que la hipótesis que se plantea es que los mecanismos como la mediación pueden fortalecer la permanencia de comportamientos cíclicos de violencia en las dinámicas simbólicas de dominación familiar. Pero, por otro lado, y aquí se vuelve paradójico, también se DEBE ser claro en que sugerir la proliferación de la intervención del Estado en estos conflictos, opera a favor de la criminalización de cada vez más conductas. La represión de la ley y el uso de la fuerza del Estado son solo mecanismos dentro de la gama de herramientas al servicio del poder simbólico hegemónico de la dominación masculina.

Cada acción tomada que involucre el sistema jurídico y que representa juzgar las agresiones cometidas en el ámbito de la familia deben discutirse no solo por sus fines, su contexto estadístico o contenido anecdótico; en el caso de la regulación sobre los mecanismos RAC en materia de violencia doméstica, la legitimidad de estos medios debe ser contrastada a la luz de la existencia de justificaciones inherentemente ideológicas y contradictorias sobre los mecanismos por los cuales se va a juzgar tanto la violencia acontecida como el riesgo de su reincidencia. Esta es, por lo tanto, una discusión inseparable de la epistemología jurídica y de la sociología del conocimiento.

Estas situaciones paradójicas anteriormente planteadas no se agotan con la formulación de una crítica a la función simbólica de la violencia en el ámbito de las relaciones jurídicas, sino que deben, además, hacerse cuestionamientos dirigidos hacia la instrumentalización, tanto del derecho como de los mecanismos de RAC, para la

persecución de ciertos fines de clase. Por lo que siempre en el análisis va a sobresalir la pregunta: ¿cuál es la verdadera capacidad resolutoria de los mecanismos RAC para los intereses de las víctimas de violencia doméstica? Y ¿de qué protección respecto de los intereses de las víctimas es la que se habla con la promoción de los mecanismos RAC en materia de violencia doméstica?, ¿Qué dice la manera en cómo gestionan la violencia intrafamiliar las autoridades estatales, sobre la forma en cómo se organiza la sociedad?

Las anteriores preguntas son las que enlazan a la sección siguiente, donde, por medio de un análisis sobre la jurisprudencia y de sentencias relevantes, es posible concretar una serie de recomendaciones prácticas y formas de interpretar las normas y los principios contenidos en estas para resguardar a las víctimas tanto de la violencia directa como evitar la expansión de la violencia intrafamiliar en su dimensión simbólica y estructural.

3.5. Teoría y jurisprudencia de la prohibición legal de la conciliación en materia de violencia doméstica

3.5.1. Dos modelos dogmáticos

En esta sección, se lleva a cabo una serie de precisiones conceptuales dentro del estudio de la ciencia jurídica, con el fin de adaptar la propuesta sociojurídica de esta obra, para que se entiendan en los términos que se estipulan ciertos principios de la materia de violencia doméstica en la dogmática jurídica. Parte de estas precisiones que son necesarias es responder a la pregunta: ¿cómo realizar una consideración crítica respecto a los datos socioculturales anteriormente estudiados en contraste con la realidad?

La respuesta a esta pregunta es una propia del campo de la meta-dogmática. Se trata de la creación de conceptos, el ejercicio de verificación y refutación de teorías, afirmaciones y suposiciones, para examinar su poder explicativo. Para esto se han propuesto principalmente dos modelos dogmáticos que se analizan:

1) Modelo Positivista: partiendo de categorías apriorísticas, fenómenos a partir de una ontología deductiva, a partir de juicios generales sobre la realidad jurídica, o realidad

pura del derecho. El modelo deductivo extrae una conclusión con base en una premisa o a una serie de proposiciones sobre la realidad que se asumen como verdaderas. Pasa de lo universal a lo particular para explicar la realidad. En este caso, el silogismo es: primero, la RAC es un método eficaz de solucionar los conflictos de familia; segundo, la violencia doméstica es provocada por los conflictos en la familia. Por lo tanto, La RAC es un método eficaz para solucionar la violencia doméstica.

2) Modelo Realista: este modelo pretende identificar la realidad social como se presenta, en forma de datos, estadísticas o hechos sociales, así como nutrirse de datos relevantes provenientes de otras disciplinas análogas. Identificar rasgos comunes o diferencias entre este plano plural de realidades a partir de los cuales se construye un objeto de estudio. Se usa el método inductivo, de lo individual a lo universal, para explicar la realidad.

Ambos modelos son opuestos, pero en su conjunto forman el marco metodológico para estudiar las divergencias entre la aplicación de la RAC, por un lado, y de la jurisdicción regular, por otro, en lo relativo a la RAC en materia de violencia doméstica.

Los dos modelos solo pueden tener sentido si son vertidos de un discurso técnico jurídico. Aquí se le dará un sentido crítico a las instituciones tradicionales, por lo que el modelo principalmente está inspirado en el realismo, pero integrando como objeto de análisis y como datos, los elementos propios del derecho positivo, la ley, la jurisprudencia y los principios constitucionales relativos al establecimiento de la prohibición de conciliación en el artículo 196 del Código Procesal de Familia.

3.5.2. Necesidad de la prohibición legal de la conciliación en materia de violencia doméstica

La noción de justicia retributiva es importante para entender lo que se plantea en esta sección, es una idea simple, lo que comúnmente es conocido como “Ley del Talión”, u “ojo por ojo”, dar de vuelta un daño a alguien que ha dañado. Esta noción puede ser interpretada como una reacción biológica y natural, que establece la venganza como necesaria para la conservación de la vida en los animales. Es a partir del manejo aprendido de la frustración y la ira en la sociedad que existe un efecto catártico

relacionado a esta noción de venganza, un sentido de que la justicia ha sido servida, a este sentido de calidez que ofrece la justicia retributiva se le llama ideología de la legalidad.

La ideología de la legalidad no es lo mismo que la legalidad, ya que el tema de esta última es la justicia formal, mientras que la ideología de la legalidad nace en la contradicción que propicia este sentimiento de justicia servida. Esta perspectiva que permite que cada persona sea capaz de disfrutar su propia versión de la justicia, en el sentimiento de retribución, aunque esta justicia sea ajena, al mostrarse como una actividad esencialmente catártica, la ley permite este efecto.

El sentido en que se usa el término ideología es, como se aclaró anteriormente, un sistema de ideas políticas y del derecho que están intrínsecamente entrelazados por una contradicción esencial y cuyas consecuencias pueden ser vistas a nivel institucional. Así las ideologías se reparten en todo el espectro político, las hay liberales, patriarcales, de la armonía, de la legalidad y demás formas que también están presentes en los sistemas legales. A pesar de que se espera que en la práctica los llamados operadores del derecho sean inmunes a estas creencias, es cada vez más frecuente encontrar una relación directa entre la creación de derechos a partir de su emanación como mandato de una ideología.

La conexión entre derecho e ideología es sumamente compleja y no va a terminar de ser abarcada en esta obra, pero se recalca que la observación de este vínculo se establece con un espíritu crítico en temas relevantes para el campo de la sociología jurídica, con el fin de aportar valor explicativo a las teorías que tratan sobre la ideología, como una manipulación del derecho. Mientras la ideología de la justicia y del orden oculta el poder coercitivo del Estado a favor de una clase, dirige la atención de los sujetos a un panel simbólico que parece transparente, pero está permeado por las ideas dominantes. El derecho en contraste a esta dimensión ideológica, lo que hace materialmente es limitar el uso de su poder.

La satisfacción ideológica de la justicia servida y pronta es la que se obtiene de sufrir o de hacer sufrir a alguien las consecuencias que merece. La venganza es un sentimiento

que atrae fácilmente la atención de las personas, esto convierte, en las sociedades, a la violencia sistemática en un espectáculo. Como lo es el caso de la violencia intrafamiliar, sistemáticamente presentada en los medios de comunicación como un *show*, parte de lo que se consideran sucesos en la industria de los noticieros.

La violencia intrafamiliar como medio retributivo cultural también estaba presente en la Antigua Grecia. Odiseo vuelve a Ítaca y encuentra que en su palacio que hay un grupo de pretendientes que querían casarse con su esposa Penélope, además de consumir los bienes de su palacio; Odiseo motivado por la venganza logra entrar al palacio disfrazado y mata a todos los pretendientes²⁶³. En el contexto cultural de las tradiciones de la Antigua Grecia, esta intromisión de los pretendientes de Penélope automáticamente supone un reto al honor de Odiseo. En esta sociedad prelegal, el único código de conducta era el honor y una postura pasiva no es señal de una masculinidad fuerte, en la Antigua Grecia esta era la forma normal de solucionar los conflictos.

En teoría, lo que se adscribe a la Antigua Grecia no es tan distinto a como funciona actualmente la sociedad, ya que algunas personas no consideran una opción viable canalizar sus conflictos a través de las instituciones legales depuestas para este propósito, es entonces cuando la masculinidad fuerte sustituye la función social del Estado. Esta masculinidad cruel es un arma, una forma de transmitir un mensaje de advertencia, una advertencia de que se tiene el poder suficiente para vengarse, para invocar el poder de donde se desprende el efecto catártico de la justicia retributiva.

El Estado es la única organización autorizada para utilizar el monopolio de la violencia y su fuerza es la misma que la de la ley. Los ciclos de venganza retributiva pueden darse entre individuos, así como a larga escala, entre diferentes generaciones, comunidades, etnias, clases sociales y demás colectivos, por esto es necesaria una prohibición de carácter legal a la posibilidad de conciliar en esta materia y esta prohibición en sí misma es una forma de regular la violencia simbólica. La armonía y la pacificación impuestas como un orden simbólico anterior a la violencia y al cual hay que regresar es una noción instrumentalizada, un mecanismo ideológico que se utiliza al amparo del efecto catártico

²⁶³ Homero. *La Odisea*. Editorial Biblioteca Gredos. Barcelona, España. 2006.

de la justicia retributiva en ley, para perpetuar estos ciclos de abuso en el seno de la familia.

Estos fundamentos de la dogmática jurídica que se estudian no son una lista taxativa, se refieren a un bloque de derechos contenidos en la Constitución que fundamentan la tesis que se ha manejado en esta obra, la idea de que la aplicación de la RAC en materia de violencia doméstica es contraria al ordenamiento. Estos principios son especialmente, pero no de forma final: instauración del Estado Social de Derecho, principio de igualdad, igualdad de género, principio de legalidad y de reserva de ley como consecuencia inmediata, primacía de los derechos humanos, limitación a los derechos que pueden ser objeto de conciliación, además de principios procesales especializados propios de la materia de violencia doméstica.

3.5.2.1. Principios constitucionales

3.5.2.1.1. Estado Social de Derecho

El Estado Social de Derecho no es un principio, se trata de una condición previa, un proyecto político que ha sido llevado a cabo como plataforma para otorgar ciertas garantías al amparo de la ley nacional. Walter Antillón²⁶⁴ señala que no existe un momento preciso en que se funda el Estado Social de Derecho, pero que, según la teoría de Ferrajoli, este se da con la comprensión de que el papel del Estado debe ser de garantizar que ciertas necesidades básicas y derechos de dimensión social se cumplan para sus habitantes.

“Estado Social de Derecho sería aquel cuyo ordenamiento incorpora, además de las garantías de los derechos de libertad, también obligaciones que requieren del Estado prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, como los derechos a la subsistencia, a la alimentación, al trabajo, a la salud, a un salario justo, a la educación a la vivienda, a la información, a la autodeterminación, etc.”²⁶⁵.

²⁶⁴ Walter Antillón. *Estado Social de Derecho y su Reforma*. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, Costa Rica. 82. Setiembre-diciembre. 1995.

²⁶⁵ Ídem. P.13.

Existe una necesidad histórica por construir un Estado cuya función consiste en armonizar las oposiciones fundadas en las diferencias de clase, consecuencia de una distribución geográfica. Es de suma importancia diferenciar el establecimiento del Estado Social de Derecho de otro tipo de organizaciones como el Estado Liberal, como lo hace Walter Antillón, ya que su amplitud y misión son distintas. Establecida la base en la cual se fundan estos derechos que se integran para proteger la jurisdicción especializada en violencia doméstica, se analiza, a continuación, su incongruencia con la aplicación de los mecanismos de RAC, según estos principios jurídico-sociales.

3.5.2.1.2. Principio de igualdad

Sobre este principio, el Tribunal Contencioso Administrativo Sección V, se ha manifestado en su Sentencia 208 de las 9 horas del 2 de octubre de 2012:

“VI.- SOBRE EL FONDO: cabe aclarar que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada caso concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal del ordenamiento jurídico no prohíbe que se contemplen soluciones diferentes ante situaciones diversas. En consecuencia, el principio contenido en los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supone que la igualdad ante la ley no puede implicar un igualdad material, pues lo que resulta contrario a dichos principios fundamentales, es hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales. Ahora bien, se da un trato discriminatorio cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, lo cual implica que la causa de justificación del acto considerado como desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de forma tal que debe existir necesariamente una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y finalidad propiamente dicha (ver

entre otras, las sentencias número 1998-5797, 1998-4829, 1997-1019, 1995-3929, dictadas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia)”²⁶⁶.

En esta sentencia se puede notar la diferencia entre igualdad abstracta e igualdad material que se hace jurisprudencialmente. Son las condiciones y circunstancias distintas a las que se enfrenta cada persona, parte inherente de la realidad humana, las que determinan un trato igual o desigual de acuerdo con la ley. Este principio es básico para afrontar las relaciones de poder desiguales en las dinámicas de violencia intrafamiliar.

3.5.2.1.3. Igualdad de género

El género es uno de los factores diferenciadores de la igualdad, esto debido a un orden cultural en el que las personas se ven inmersas al nacer, al menos en las sociedades centroamericanas y del Caribe generalmente. Hace cinco mil o seis mil años atrás en la historia de la humanidad, se sentaron las bases de un orden jerárquico que radicalizó la desigualdad de la asignación de los roles de género.

“El género es una categoría social como lo es la raza, la clase, la edad, etc. Que atraviesa y es atravesada por todas las otras categorías sociales. Tiene su base material en un fenómeno natural, de nacimiento que es el sexo, cuya desaparición no depende de la desaparición de las diferencias sexuales, así como la desaparición del racismo no depende de la eliminación de las distintas etnias. La perspectiva de género (feminista) por su parte, permite visibilizar la realidad que viven las mujeres, así como los procesos culturales de socialización que internalizan y refuerzan los mecanismos de subordinación de las mujeres”²⁶⁷.

Robert Stoller, psiquiatra estadounidense que estudió el caso de unos gemelos a quienes, cuando eran apenas unos infantes, les practicaron la circuncisión; desafortunadamente, a uno de los gemelos le terminan por amputar parte de sus genitales por un accidente y sus padres deciden socializarlo como una mujer, ya que

²⁶⁶ Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI. Poder Judicial de Costa Rica. Voto número: 208-12. De las 9 horas del 2 de octubre de 2012.

²⁶⁷ Alda Facio en: Corporación de Desarrollo de la Mujer. *Género y Derecho*. La Morada. Santiago, Chile 1999. P.14.

para ellos era preferible que su hijo viviera con un macho genéticamente, pero criado como niña, a que este se tuviera que enfrentar al mundo como un varón sin pene. A partir de su estudio, en este caso, Stoller define: “*Stoller dice que el género se refiere a “grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica”*²⁶⁸.”

Los movimientos feministas, que tenían como objetivo la reivindicación de los derechos de la mujer y el cuestionamiento de las bases institucionales del poder de dominación social, se sirven del campo descubierto por Stoller y otros, dándole especial importancia a partir de las décadas sesenta y setenta del siglo pasado.

El establecimiento de roles sociales como parte de la actividad humana es parte de la labor de aprender a desarrollar la personalidad y de comportarse en un medio ambiente social, fenómeno también conocido como socialización; este proceso juega un papel preponderante en la identificación del sujeto con su sexo biológico. Esta influencia tiene notabilidad especial para definir cómo el sujeto va a responder ante estímulos normativos que refuercen su pertenencia a un género o al otro.

“De manera que la sociedad no construye a todas las mujeres idénticamente subordinadas ni a todos los hombres con los mismos privilegios, aunque sí en su universalidad las mujeres son subordinadas por los hombres. Es difícil reconocer que la mujer de clase alta, en edad reproductiva, adinerada, sin discapacidades visibles, blanca, esposa de un banquero, pueda compartir la subordinación de género con una mujer pobre, vieja, discapacitada, lesbiana y negra. Pero así es. Ambas comparten el mandato de ser para un hombre, dedicarse centralmente a los hijos y a la casa; ambas son invisibilizadas por el lenguaje, marginadas de la historia, y permanentemente víctimas potenciales del abuso y acoso sexual. Ambas viven en un mundo que simbólicamente las aniquila y que constantemente les recuerda que ser mujer es no ser persona y

²⁶⁸ Ídem.

sin embargo cada una pertenece a una cultura que representa de distintas maneras esta subordinación”²⁶⁹.

De manera que se puede establecer una diferencia entre sexo biológico y género social, mientras el primero es asignado de forma natural según la biología y la especie a la que pertenece, el género social es una construcción historizada, de la cual se pueden entender interpretaciones distintas de acuerdo con los marcos de verdad impuestos por el poder.

Existe, en este proceso histórico de construcción de la conducta de género social, una jerarquización de la dicotomía hombre-mujer, atribuyendo todo tipo de comportamiento racional, conquista y violencia al varón, mientras que desde esta misma matriz de verdad patriarcal se glorifica el rol de la mujer como un objeto frágil y sensible o “sexo débil”²⁷⁰. A partir de esta historia occidental del hombre blanco, heteronormativizado y cuyos valores en la familia son considerados los tradicionales, se han sentado las bases del derecho masculinizado, que se caracteriza por la preponderancia de estos valores tradicionales masculinos como mandatos, por ejemplo, la perpetua competencia, la crueldad frente a quien es visto como enemigo y en general glorificar la barbarie que ocurre en la guerra.

La crítica a estas instituciones del modelo tradicional de masculinidad patriarcal dominante son las que generan una resistencia y eventualmente la adaptación de este sistema a ceder algunos derechos y prerrogativas tanto a la mujer como a aquellos que se consideran sub-humanos o no-humanos. En este sentido, el aporte del feminismo y de la teoría de género a la teoría social del derecho es, según este juicio técnico, el más relevante para las ciencias jurídicas en el siglo pasado; para esta investigación tiene especial relevancia la noción de violencia de género.

El concepto de violencia de género es importante de esclarecer, ya que permite el análisis realista y efectivo de algunas circunstancias que el derecho positivo regula en Costa Rica. Este tipo de violencia puede ser definida como una situación de desigualdad

²⁶⁹ Idem P.16.

²⁷⁰ Idem Pp.23-25.

preponderante y contradictoria en la ejecución de los roles de género, estos elementos desiguales se acentúan especialmente en la asimetría en el poder y una serie de prejuicios sobre el espectro identitario de la sexualidad, que a la hora de volverse en contra de la víctima actúan como violencia institucional. Lo importante entonces no es la dimensión individual en que suceden estas asimetrías, más bien se trata de un acomodo del sistema jurídico que permite perpetuar este tipo de violencia. Esta definición se puede deducir del tratamiento que hace de este tema el Tribunal de Familia de San José:

“La suscripción de tratados internacionales de protección a las mujeres y las leyes de violencia doméstica han nacido para cubrir una necesidad lo que tiene como correlato un necesario cambio cultural, pero desde luego que esos cambios implican también las lecturas en cuanto a la causal de sevicia, y es el de las agresiones a lo interno de las relaciones en las estructura familiares –de alguna manera invisibilizadas y naturalizadas por ciertos patrones culturales- que se presentan como abusos de poder. Al existir los fenómenos de invisibilización y de naturalización por parte de la cultura, y siendo los juzgadores de alguna manera socializados dentro de esos parámetros culturales que se pretenden modificar, lo cierto es que en estos temas ha de tenerse mucho cuidado de no perpetuar precisamente lo que se pretende cambiar. Es decir, tanto el juez de familia como el juez contra la violencia doméstica han de tener la capacidad de posicionarse sólidamente en un sitio que le permita hacer la ruptura con los patrones culturales que tienden hacia la invisibilización y naturalización de los fenómenos de la violencia doméstica y la violencia de género. La tarea desde luego que no es fácil, pues como hemos dicho, la cultura que se pretende cambiar precisamente es la que muy probablemente nos ha socializado. Por ende, los juzgadores que administran la materia han de estudiar profundamente los presupuestos de la violencia doméstica y la violencia de género para comprender adecuadamente las variables culturales que a ellos mismos los determinan, y conforme al estudio y profundización dichas lograr no perpetuar los males endémicos que se desean erradicar, sino al contrario, que se suban los escalones para el cambio cultural que desde luego beneficiaría a todos los miembros de la sociedad. Los autores especialistas en el tema nos dan varias

premisas muy importantes que se han de tener claras en este tema de la violencia doméstica y la violencia de género”²⁷¹.

La Relatoría de los Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó en el año 2007 un informe titulado: “Acceso a la Justicia Para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”²⁷², allí se realiza una caracterización de los sistemas protectores de este tipo de violencia en todo el continente. Parte de los hallazgos que se muestran en este informe tiene que ver con la doble victimización que existe en los procesos judiciales relativos a esta materia y para los cuales existe un gran riesgo, si se permite la instauración de mecanismos de RAC en esta jurisdicción, por ejemplo, si se derogara con ley posterior el artículo 196 del Código Procesal de Familia, que establece la violencia intrafamiliar como no conciliable.

Al respecto el informe dice:

“141. Por otro lado, los sistemas de justicia no protegen de manera suficiente la dignidad y la privacidad de las víctimas dentro del proceso de investigación. Las víctimas llegan a ser revictimizadas por una falta de sensibilidad ante su situación de víctimas, su sexo y la gravedad de los hechos alegados.”²⁷³

Esta misma Relatoría señala que otros retos para la erradicación de este tipo de violencia son la disponibilidad de la información y la aplicación del conocimiento por parte de las instituciones jurisdiccionales:

“228. En este sentido, es indispensable que los jueces interpreten los tratados internacionales de derechos humanos en concordancia con los estándares internacionales. Cabe señalar que un número considerable de países todavía

²⁷¹ Tribunal de Familia, Poder Judicial de Costa Rica. Voto número 680 –08. San José, ocho horas con diez minutos del dieciséis de abril del dos mil ocho.

²⁷² Organización de los Estados Americanos (OEA). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. Secretaría General de la OEA. Washington DC, Estados Unidos. 2007.

²⁷³ Ídem. P.58.

no han ratificado o tomado pasos para ratificar instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes como la Convención de Belém do Pará “²⁷⁴

En Costa Rica, el 80 % de las personas que figuran como favorecidas de medidas de protección en los procesos de violencia doméstica son mujeres, hecho que fue planteado en las líneas introductorias de esta investigación. Afirmar este hecho, así como la inclusión de un marco normativo homogéneo de protección a la mujer tanto en la familia como en el trabajo, es una forma de reconocer dentro del ordenamiento una realidad social. Con estos instrumentos legales se pretende recoger una visión contextualizada de las normas positivas, es decir, tutelar de forma efectiva un contexto histórico, social, cultural y económico.

Un marco normativo emergente en Costa Rica que intenta sopesar una realidad social a partir de reglas como de la punición del hostigamiento sexual callejero, la Ley de Penalización de la Violencia contra la mujer. Se pueden mencionar, además, la protección laboral en el embarazo, normas programáticas para la realidad laboral, como la Ley de promoción de la igualdad social de la mujer; a nivel internacional, se han firmado acuerdos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención Belém do Pará, son solo ejemplos de aspectos por reconocer sobre este punto de igualdad diferenciador entre el trato de la mujer y el hombre.

El informe de la Relatoría de los Derechos de la Mujer, anteriormente citado, proporciona una dirección muy clara con respecto al tratamiento jurídico que se espera cuando este tipo de violencia se presenta de forma institucionalizada, como fue documentada en casi todos los países del continente. Esta dirección tiene como objetivo la armonización, no pueden existir reglas o prácticas consideradas legales que, a su vez, contradigan lo propuesto por convenciones internacionales o leyes locales de protección a las víctimas de la violencia, por ello, la práctica de los Estados de prohibir la conciliación en esta materia se ha vuelto generalizada.

²⁷⁴ Ídem. P. 120.

“222. Dentro de un mismo marco jurídico nacional, también se ha identificado la falta de armonización entre disposiciones contenidas en distintas leyes especiales, lo cual crea confusión. Por ejemplo, en el Paraguay, existe contradicción entre las disposiciones del Código Penal y las incluidas en la Ley 1600 sobre violencia doméstica. Mientras que la Ley 1600 ofrece varias alternativas para presentar una denuncia sobre un acto de violencia, ya sea ante la policía, centros de salud o juzgados de paz, la legislación penal establece que el ingreso de las denuncias se realiza por la intervención directa del ministerio público, o mediante denuncias ante el ministerio público o ante la policía. La multiplicidad de alternativas crea confusión en las víctimas, sobre todo las que no tienen experiencia previa o conocimiento de los procedimientos judiciales”²⁷⁵.

3.5.2.1.4. Principio de legalidad penal y el de reserva de ley como consecuencia inmediata

El principio de legalidad penal es recogido en la Constitución Política costarricense, principalmente en el artículo 39, el cual se lee de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”²⁷⁶.

Este principio de legalidad se extiende de la materia penal a todo el ordenamiento, de tal forma que es relevante para la materia de violencia doméstica. Esto sucede porque el mismo supone un límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, este principio incluye la imposibilidad de que el Estado intervenga en perjuicio de los ciudadanos a menos que así haya estado justificado por ley previa.

En materia penal, el contenido esencial del principio de legalidad radica en que *“no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre*

²⁷⁵ Ídem. P.95.

²⁷⁶ Gustavo Rivera Sibaja. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Editec Editores S.A. San José, Costa Rica. 2004.

establecida en la ley”, lo que coincide propiamente con el denominado principio de legalidad de los delitos y las penas, frecuentemente expresado mediante el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

Parte de la función del principio de legalidad en el ordenamiento es contener el principio de inocencia. Este se refiere a que nadie puede ser tratado como culpable hasta que no exista una sentencia condenatoria en su contra y que esta esté en firme. Estas normas generales del ordenamiento fundamentan la instauración de medidas de protección como las presentes en la Ley contra la violencia doméstica, ya que con la estipulación de las medidas no se está declarando culpable a la persona solo por su imposición, esta es una decisión que el juez toma en consideración al rango de peligrosidad que supone la agresión en contraste a los hechos y la prueba aportada.

3.5.2.1.5. Principio de reserva de ley en los derechos fundamentales

Dada la naturaleza inalienable de las normas que reconocen los derechos fundamentales, que pertenecen a cada persona debido a su dignidad y que limitan el actuar del Estado, es necesario reconocer los mismos por medio de leyes expresas. Los escenarios de violencia doméstica traspasan esta dimensión fundamental de la condición mínima de dignidad humana, por esto la tutela de esta materia no puede dejarse al arbitrio de la libertad individual, la justicia tiene que ser impuesta como un conjunto de valores frente a las atribuciones violentas del modelo de dominación simbólica masculina.

Fernández de Nieto²⁷⁷ señala que el contenido de los derechos de la Constitución es materia exclusiva del legislador, además, es menester de este proveer la misma con un sistema jurisdiccional que tutele efectivamente todas las manifestaciones de estos derechos. El contenido de los derechos fundamentales y los límites a este deben permanecer escritos en la Constitución o bien en una herramienta de aplicación análoga que sea de orden superior en la jerarquía normativa.

²⁷⁷ Josefa Fernández Nieto. *La Reserva de Ley en los Derechos Fundamentales*. Dykinson S.A. y Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, España. 2008.

3.5.2.1.6. Primacía de los tratados de derechos humanos

El artículo 7 de la Constitución Política y el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establecen un régimen de la obligatoriedad de integrar a esta jurisdicción los preceptos de las convenciones y de los tratados ratificados en Costa Rica referentes a la tutela de los derechos humanos. Esto supone un mecanismo de reforma y control de constitucionalidad, ya que, en caso de que se dé la superposición de estos, se debe privilegiar el que otorgue más derechos y más garantías.

“En la especie no se produce una superposición de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos respecto a la Carta Política, sino más bien una complementación del texto constitucional en la medida en que aquellos prevean una normativa garantista más amplia que la segunda. En otros términos, en todo ordenamiento existe un principio hermenéutico no escrito, según el cual se deben aplicar siempre las normas que consagran los derechos fundamentales en forma más favorable a los particulares, sin que ello implique ninguna subversión del orden jerárquico de las fuentes.

La reforma al artículo 48 de la Carta Política realizada en 1989, cuando se creó la Sala Constitucional, ratificó dicho principio, al disponer expresamente que los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos tienen el mismo valor de las normas constitucionales, al establecer que cualquier violación contra un derecho fundamental contenido en ellos puede ser recurrido por medio de la vía del amparo”²⁷⁸.

La anteriormente citada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem do Pará” establece en sus artículos 7 y 8 un marco legal que compromete a los Estados a legislar diligentemente en contra las medidas y prácticas consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; así mismo insta a dichos Estados a adoptar estas normas de forma progresiva. De modo que la armonía del sistema jurídico se complementa con la adopción de medidas en la misma dirección relativa a esta Convención, de aquí la

²⁷⁸ Rubén Hernández Valle. Op. Cit. 2008. P. 30.

importancia de la prohibición de las medidas de RAC en la materia de violencia doméstica.

Por su parte, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1981, conocida por sus siglas en inglés como CEDAW, también establece unos parámetros, los cuales, al ajustarse a la norma local en Costa Rica, dejan claro que es responsabilidad de cada Estado firmante regular efectivamente esta materia. En su artículo 3 establece:

“Artículo 3 Los Estados partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”²⁷⁹.

Estas garantías a nivel internacional suponen un límite constitucional a las leyes y a las reformas que se puedan hacer a estas. Al consagrar la igualdad de género y la reserva de ley anteriormente como principios propios de esta materia, es importante integrarlos con su antecedente directo en la doctrina de los derechos humanos.

3.5.2.2. Derechos no negociables

La RAC se ha vuelto una práctica de gran aplicación en los conflictos familiares en Costa Rica. Su utilidad para armonizar algunos tipos de conflictos, especialmente los relativos a conflictos de intereses, ha probado su efectividad. Sin embargo, esta facultad conciliatoria no supone un reemplazo de la jurisdicción ordinaria de familia, en todo caso debe ser vista como un apoyo a esta jurisdicción. Para asegurar el buen funcionamiento de estos mecanismos de RAC, es necesario establecer límites claros a su aplicación, por esto existen algunos derechos que no son objeto de conciliación. El Tribunal de Familia ha declarado en este sentido:

²⁷⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW). Adoptada, firmada y ratificada por la resolución 34/180 en diciembre de 1979. Disponible y revisada en el perfil web el 22 de julio del 20121: <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/cedaw.pdf>

“Lo cierto es que el pronunciamiento causa perjuicio, pues la jueza contra la violencia doméstica no tiene facultad legal para arrogarse el conocimiento ni para homologar aspectos de relevancia jurídica que corresponden a otros órganos jurisdiccionales. La sentencia debe ser anulada porque en ella se consignan acuerdos sobre un régimen de visitas y sobre pensión alimentaria. V.- Al mismo tiempo, se aprecia que las medidas de protección fueron aplicadas porque el presunto agresor estuvo de acuerdo con ello, aun cuando negó la existencia de los hechos que fundamentaron la solicitud. En esta materia la conciliación no sólo es contraindicada como solución del conflicto, sino que se encuentra explícitamente prohibida. La ausencia de un análisis de la prueba provoca también la nulidad del fallo, pues sin lugar a duda se ha dispuesto la continuación de las medidas de protección sin la demostración de la agresión ni por la aplicación del principio antes indicado. La audiencia oral y privada que precedió a la sentencia también debe ser anulada pues, ante el rechazo de los hechos por parte del presunto agresor, era procedente evacuar la prueba propuesta por la solicitante. Claro está, la juzgadora pudo haber rechazado la prueba por considerarla abundante, si la declaración de la propia solicitante le resultaba suficiente. Pero es evidente que la falta de evacuación de la prueba fue porque el presunto agresor aceptó las medidas de protección, aunque de forma expresa había rechazado los hechos en que se fundamentaba la solicitud”²⁸⁰.

El artículo 74 de la Constitución Política establece la irrenunciabilidad de los derechos contenidos en el Título V sobre Derechos y Garantías Sociales de esta misma Carta Magna.

“(…) la garantía de la irrenunciabilidad no es únicamente formal sino sustancial, lo que significa que aplica en relación con cualquier forma de extinción que suponga un abandono del derecho por parte del titular; que la garantía de la irrenunciabilidad justifica una protección especialmente enérgica

²⁸⁰ Tribunal de Familia. Poder Judicial de Costa Rica. Voto número 1833-05. San José, a las nueve horas con veinte minutos del veintinueve de noviembre del dos mil cinco.

de esos derechos que fundamenta su imprescriptibilidad, y la no aplicación de otras técnicas que supongan una renuncia del derechohabiente o la preclusión de la protección de esos derechos; que el instituto de la prescripción no es en esencia inconstitucional, puesto que ayuda a integrar el principio de seguridad jurídica, pero cuando se enfrenta al ejercicio de derechos fundamentales, expresamente irrenunciables por disposición del artículo 74 de la Constitución Política, no puede perderse de vista el hecho de que son merecedores de una tutela especial, incluso en cuanto a su régimen de prescripción”²⁸¹.

La determinación de la prohibición de conciliación en los casos donde ha surgido una relación de violencia intrafamiliar se establece a favor de la irrenunciabilidad de ciertos derechos dentro de la jurisdicción de familia. Otro antecedente importante que opera como límite a la renuncia de los derechos en el derecho de familia tiene su antecedente en el derecho procesal penal y es la imposibilidad de conciliar en delitos cuya víctima sea menor de edad e imputado mayor de edad, esta prohibición está expresa en el artículo 36 del Código Procesal Penal. La prohibición para conciliar debe ser entendida especialmente en el contexto de delitos sexuales y de escenarios de abuso y violencia doméstica, al respecto Javier Llobet dice:

“La imposibilidad de conciliar cuando la víctima es un menor de edad debería ser admitida en principio cuando se trata de delitos sexuales o de violencia doméstica, únicos supuestos a los que hizo mención la resolución de la Sala, pero no parece correcta con respecto a otros delitos, siendo en realidad la resolución un resabio del antiguo paradigma de la situación irregular, que consideraba a los menores de edad como meros objetos de tutela y no como sujetos de derechos y obligaciones. Importante es que la Convención de Derechos del Niño indica que en toda resolución que concierne a un menor de dieciocho años debe tomarse en cuenta su parecer, el que tendrá mayor o menor relevancia de acuerdo con su edad y grado de madurez (Art. 12). Por ello, negar que en todos los casos el menor de edad no puede conciliar no es considerarlo

²⁸¹ Tribunal de Familia. Poder Judicial de Costa Rica. Voto número 910-04. San José, a las ocho horas con cincuenta minutos del nueve de junio del dos mil cuatro.

como sujeto de derechos y por ello contraviene la Convención de Derechos del Niño. Lo paradójico es que la Sala Constitucional ha considerado que es conforme a la Constitución privar de libertad a un joven hasta por quince años, estimándolo como responsable de sus actos, pero a priori le niega toda posibilidad de decidir con respecto a la conciliación”²⁸².

3.5.2.3. Principios procesales de la materia de violencia doméstica

Aparte de aquellos principios relativos a la materia de familia y a la materia constitucional, se deben tomar en cuenta con una serie de garantías vinculadas al debido proceso. Estas pueden ser consideradas como la imposición motivada de medidas de protección, el interés de proteger la integridad personal de la víctima y derechos relativos al acceso al expediente y audiencia con respecto al demandado.

“En aras del mantenimiento de la unidad familiar y de la integridad de los miembros de la familia, es que el legislador consideró oportuno dotar a las personas víctimas de violencia doméstica de un procedimiento ágil y oportuno, que les garantice en forma inmediata el cumplimiento de los postulados constitucionales mencionados; y por ello, no resulta contraria al debido proceso la facultad del juez de familia de ordenar en el auto cabeza del proceso, el cumplimiento de una o varias de las medidas de protección establecidas en el artículo 3º de la Ley número 7586, aún sin que para ese efecto otorgue audiencia alguna al supuesto agresor, **pues en este extremo debe prevalecer el interés superior de proteger, sin demora, la integridad de la persona agredida.** Debe advertirse, además, que dicha resolución establece una medida que es de carácter provisional, además, es la que abre la posibilidad para que la persona contra quien se solicita la protección haga llegar al expediente las pruebas que obren a su favor, sea cual sea su naturaleza”²⁸³.

²⁸² Javier Llobet. *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado*. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2012. P. 155.

²⁸³ Tribunal de Familia. Poder Judicial de Costa Rica. Voto número 1215-16. San José a las nueve horas y cinco minutos del veintisiete de enero del dos mil dieciséis. (Resaltado no es del original).

En la resolución número 01462 del 2008 del Tribunal de Familia, se especifican algunos principios procesales de que rigen la materia ley de violencia doméstica:

- Principio de protección: es una manifestación del principio *in dubio pro persona agredida* contenido en el artículo 13 de la Ley Contra la Violencia Doméstica: “en caso de duda en la apreciación de la prueba, se estará a lo más favorable para el supuesto agredido”. La protección que emana del mantenimiento de medidas debe ser proporcional a las características y al contexto psicosocial familiar y estas medidas no son *numerus clausus*, pueden tomarse medidas alternativas siempre y cuando se resguarden estos principios procesales.²⁸⁴
- Principio de intervención inmediata y oportuna: existen derechos humanos de alta jerarquía como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y psicológica que plantean una exigencia de celeridad por parte de la autoridad competente, por esto se habla de una *actuación perentoria e idónea* por parte de la autoridad. Importante recalcar como lo hace el Tribunal de Familia, que el cumplimiento de lo establecido en el artículo 8 de la misma ley: “*el cumplimiento de formalidades no se convertirá en impedimento para la intervención oportuna*”²⁸⁵. El trámite burocrático relativo a la imposición de medidas debe ser considerado uno urgente.
- Temporalidad:

“ (...)las medidas de protección se disponen por un plazo de un mes a seis meses, y puede existir una prórroga por un período igual (artículo 4). Las medidas cesan al cumplir el plazo, aún y cuando para casos especiales se prevé el vencimiento anticipado (artículo 5). Igual el embargo preventivo se ha de otorgar por un plazo que no supere los tres meses (artículo 3 inciso m)”²⁸⁶

²⁸⁴ Tribunal de Familia. Poder Judicial de Costa Rica. Voto número 1462-08. San José a las once horas diez minutos del seis de agosto del dos mil ocho.

²⁸⁵ Ídem.

²⁸⁶ Ídem.

- Sumariedad: debido a que es un proceso donde se tramitan medidas de urgencia y no es constitutivo de derechos ni sanciones, es un proceso rápido.

“De esta manera desde la resolución inicial se convoca a una comparecencia: “En la resolución que ordena aplicar las medidas de protección, el juzgado citará a las partes para que, dentro del plazo de tres días, comparezcan a una audiencia oral donde se evacuará la prueba” (artículo 12), y también se refleja el principio en el artículo 10 al no otorgar recurso a esa resolución interlocutoria que dispone las medidas de protección.”²⁸⁷

- Oralidad:

“(…) el proceso se ha diseñado por un lado con una audiencia oral de pruebas (artículo 12), y, por otro lado, que si bien pueden realizarse gestiones escritas que han de ser autenticadas por un abogado sólo cuando no se presenten personalmente, también son admisibles las gestiones orales o verbales (artículo 8).”²⁸⁸

- Sencillez e informalidad:

“El trámite se ha diseñado también con un mínimo de formalidades y requisitos, las cuales de todas maneras sucumben ante la aplicación del principio de protección (artículo 10)”²⁸⁹.

- Razonabilidad y proporcionalidad:

“Los parámetros de lógica y medida que son el sustrato de todo el derecho, naturalmente han de estar presentes en la aplicación de esta ley, en relación con el problema a abordar como es la protección de la vida, la salud y la dignidad de las víctimas de la violencia doméstica, y referido a

²⁸⁷ Ídem.

²⁸⁸ Ídem.

²⁸⁹ Ídem.

las características que la ciencia ha señalado en las diferentes tipologías del fenómeno”²⁹⁰.

En la materia de violencia doméstica, la confidencialidad de los procesos es una necesidad que se establece en el tanto la misma ley prorroga esta confidencia en la creación de un registro de las personas receptoras de medidas y que aparecen como agresoras en los procesos; estos datos solo pueden ser utilizados por el Poder Judicial y su información solo puede permanecer por un máximo de cinco años, como establece el artículo 4 de la Ley 7586. La confidencialidad también es un principio de la RAC contenido en el artículo 14 de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (RAC).

Otro principio sumamente importante para esta materia que se migra de la materia penal es el de intervención mínima del derecho penal. Las medidas de seguridad no suponen un castigo, la exportación de este principio penal constitucional a la materia de familia establece que las medidas no suponen una pena, pero sí ocurren en detrimento del orden psico-social del sistema familiar. Entonces se tiene que entender la aplicación de estas dentro de la última *ratio*, únicamente bajo amenaza razonable ante la peligrosidad.

Además de otros principios procesales en materia penal, el principio de ultima *ratio* tiene su importancia en lo que explica Roxin cuando habla del *Derecho Penal del Peligro*. Solo es necesario una puesta en peligro de un bien jurídico para activar su protección y no es necesaria la punibilidad, solo en casos de lesión al bien²⁹¹.

²⁹⁰ Ídem.

²⁹¹ Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas S.A. Madrid, España. 1997. P.60.

Capítulo IV. Conclusión

La principal recomendación que brinda el presente trabajo es que no es conveniente regular la violencia social en detrimento de la justicia económica. Los mecanismos RAC pueden suponer herramientas lesivas para un sector vulnerable de la población, a partir de la configuración de relaciones y secuencias simbólicas que desatan la instauración de valores hipermasculinizados de competencia y de repudio al más débil.

Las conclusiones de esta exhaustiva investigación no son una sentencia en contra de la utilización de métodos alternativos a la justicia convencional, sino una forma de aclarar el panorama sobre un problema de profundas raíces sociales. Esta distribución de la sociedad y de su fuerza, en especial en el ámbito familiar, es un problema cuyas manifestaciones son variadas, a manera de conflictos en dinámicas asimétricas de poder, o inclusive en hechos de violencia directa. Es debido a esta situación que la ley, ante tal profunda desigualdad económica agravada por la estructura tradicional de la familia, considera apropiado regular un trato diferenciado a favor de la mujer y de los otros miembros de la familia distintos del padre.

Los rampantes e interminables conflictos bélicos, guerras y su amenaza constante de un combate nuclear; el militarismo desenfrenado que generan estos macroconflictos, en conjunto con la destrucción ambiental frenética, las incomparables riquezas a nivel global acompañadas de una desigualdad sin precedentes son todas condiciones que alimentan la ruptura del sistema normativo global. Esta ruptura ocasiona el levantamiento de regímenes represivos y autoritarios que anulan libertades básicas, gobiernan a través del miedo y coerción; estos regímenes se dirigen a los ciudadanos con una retórica toxica de pacificación y armonía que provoca una espiral de totalitarismo corporativo y patrocina el militarismo y el daño masivo al medio ambiente con consecuencias potencialmente irreversibles que amenazan la especie humana y otras especies con la extinción. De manera que la búsqueda de soluciones al problema estructural de la violencia doméstica es uno multidimensional y que está atado al existencialismo, en el tanto la abolición de la violencia intrafamiliar supondría la abolición de otros tipos de relaciones de dominación que ponen en peligro la vida humana organizada.

Estos regímenes armonizantes y pacificadores utilizan al menos dos herramientas para reprimir la idea de disentimiento sin el uso de la fuerza directa. En primer lugar, se instrumentaliza la razón cuando se omite el hecho de que los medios de comunicación y los foros públicos donde se discute el tema de la RAC están mediados, patrocinados y adueñados por el poder económico, por una clase corporativa que determina qué será dicho y qué no será dicho en la discusión sobre la resolución de conflictos en la sociedad. En segundo lugar, si la misma clase corporativa es la que patrocina la educación formal al más alto nivel, esta tiene el poder de controlar cuáles asuntos podrán ser discutidos y cuáles no, en el debate de la doctrina de la RAC, y todo esto a favor de los intereses de la clase corporativa.

Este orden solo puede ser detenido al reorganizar las sociedades humanas a niveles macroeconómicos, políticos y culturales. Definitivamente, hay bienes escasos que deben ser considerados como mercancías y pueden distribuirse bajo la lógica de mercado, bienes que pueden ser de naturaleza mueble, inmueble, los hay públicos, privados. Sin embargo, la capacidad de una sociedad para resolver sus conflictos no puede ser embargada al precio que ponga quien más tenga; esta capacidad debe ser considerada un bien libre, es decir, su proceso de producción que tiene como resultado la justicia y la resolución de un conflicto no debe, en ninguna circunstancia, tener dueño ni precio.

Para el campo de la investigación en violencia doméstica, existen varios límites, el primero es aquel que establece las contradicciones propias de la actividad investigativa en esta materia. La contradicción de ser observador de un fenómeno que, a su vez, pertenece al panel de realidad de la vida cotidiana que el mismo investigador quiere exponer. La investigación en esta materia no es un esfuerzo moralmente neutral, ya que quien lleva a cabo la labor investigativa siempre está en cercanía con los signos que percibe cotidianamente, esto dificulta verlos como artefactos humanos y facilita verlos como una realidad natural.

El problema en el campo de la investigación no es que no se sepa lo que es un conflicto o qué es la violencia, o bien en qué dimensiones funciona. El problema normativo es que la construcción que se ha hecho a partir de ciertos datos no se adapta a explicar cómo

funciona la violencia. La pregunta por el ¿cómo? es una pregunta ontológica, su respuesta solo puede ser dada por medio de un estudio de *cómo son las cosas*. A la ontología jurídica no le corresponde una labor de policía ontológica, que le dice a cada uno qué es lo que debe considerarse como real, por el contrario, se compone de un análisis profundo de las formas en cómo las cosas llegan a ser y a comprenderse como parte de este panel de realidad.

En las escuelas de negocios y facultades de Derecho donde se enseña el método de RAC, no solo se enseñan aspectos técnicos de esta forma de resolver los conflictos, también se enseña una forma particular de organizar la sociedad, que se representa a sí misma como la mejor alternativa posible, anulando así la posibilidad de criticarla.

Se suele pensar que las instituciones educativas técnicas y superiores como las universidades son espacios neutrales de discursos políticos, pero esto no es así. Las escuelas de pensamiento sobre la RAC han experimentado un crecimiento desde su surgimiento, como se estudió, con un proceso que inicia a mediados del siglo pasado. Este desarrollo acelerado se ha dado con especial relevancia en las escuelas de negocios del norte global y con claras intenciones de proveer una agenda programática de educación para el sur global, con el fin de crear un orden tanto económico como social y político que beneficie a los poderosos.

Se producen, entonces, formas de organización en las sociedades industriales actuales, donde la resolución de los conflictos se basa en procesos que benefician la acumulación de la riqueza. En esta realidad, la mayor cantidad de superficie utilizada para la producción y la mano de obra de las personas en el planeta es dedicada a concentrar el capital en un número mínimo de manos. Esta obra se ocupa de criticar las formas de resolución de conflictos que ocurren a consecuencia de este proceso, todo mientras se realiza un vínculo con las manifestaciones de violencia doméstica en Costa Rica.

Bibliografía

Libros:

ABEL, Richard L. *The Politics of Informal Justice*. Academic Press. New York. 1981

ALTHUSSER, Louis. *On the Reproduction of Capitalism. Ideology and Ideological State Apparatuses*. Verso. Londres, Gran Bretaña. 2014.

BECK, Aaron T. *Prisioneros del Odio: Las bases de la ira, la hostilidad y la violencia*. Editorial Paidós. Traducción de: Esther González Arqué. España. 2003.

BENJAMIN, Walter. *Para una Crítica de la Violencia y Otros Ensayos*. Editorial Taurus. Bogotá, Colombia. 2001.

BERCOVITCH, Jacob y otros. *The SAGE Handbook of Conflict Resolution*. Sage Publications. Reino Unido. 2009

BERKOWITZ, Leonard. *Agresión. Causas, Consecuencias y Control*. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao, España. 1996.

BERTOZZI, Yolanda. *Manual Para utilizar la Ley Contra la Violencia Doméstica*. Editorial Juricentro, primera edición. San José, Costa Rica. 2002.

BOURDIEU, Pierre. *Pascalian Meditations*. Stanford University Press. Stanford, California. 1997.

BOURDIEU, Pierre. *La Dominación Masculina*. Editorial Anagrama. Traducido por Joaquín Jordá. Barcelona, España. 2000.

BOURDIEU, Pierre y Otros. *El Oficio del Sociólogo. Presupuestos Epistemológicos*. Siglo XXI Editores. Buenos Aires, Argentina. 2002

BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Loïc. *Una Invitación a la Sociología Reflexiva*. Siglo XXI editores. Buenos, Aires Argentina. 2008.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las personas*. Editorial Costa Rica. San José, Costa Rica, 1974

BRIONES, Guillermo. *Epistemología de las Ciencias Sociales*. Instituto Colombiano para El Fomento de la Educación Superior (ICFES). ARFO Editores e Impresores. Bogotá, Colombia, 2002.

CLACSO. *Pluralismo epistemológico*. Muela Del Diablo Editores. La Paz, Bolivia. 2009.

CONNELL, R.W.. *Masculinidades*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003.

COSER, Lewis. *Nuevos Aportes a la Teoría del Conflicto Social*. Amorrortu editores, Buenos Aires, Argentina. 1967.

DAHRENDORF, Ralph. *Social Structure, Group Interests, Conflict Groups*. Stanford University Press. Stanford, California. 1959.

DELEUZE, Gilles y GUATTARI, Félix. *El Anti Edipo: Capitalismo y Esquizofrenia*. Paidós. Barcelona, España. 1985.

DE SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Lingüística General*. Editorial Losada. Viguesimacuarta edición. Traducción por: Amado Alonso. Buenos Aires, Argentina. 2002

DE SOUSA, Boaventura. *Una Epistemología del Sur*. Siglo XXI Editores. México DF, México. 2009.

DE SOUSA, Boaventura. *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*. Ediciones Trilce. Montevideo, Uruguay. 2010.

DE VILLE, Jacques. *Constitutional Theory: Schmitt After Derrida*. Birkbeck Law Press. Estados Unidos. 2017.

DUTTON, Donald. *The Domestic Assault of Women*. UBC Press. Cuarta edición. Universidad de British Columbia, Vancouver, Canadá. 1999.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Ariel Derecho. Barcelona, España. 1989.

DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Gedisa Editorial. Barcelona, España. 2012.

EAGLETON, Terry. *Ideología Una Introducción*. Paidós. Barcelona, España. 1997.

ENGELS, Friedrich. *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Versión digital del archivo Marx-Engels de la Sección en Español del Marxists Internet Archive (www.marxists.org), 2017. Extraído del sitio web: https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf. el día 30 de enero del 2020.

FACIO, Alda y otros. Corporación de Desarrollo de la Mujer. *Género y Derecho*. La Morada. Santiago, Chile 1999.

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. *La Reserva de Ley en los Derechos Fundamentales*. Dykinson S.A. y Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, España. 2008.

FISHER, Roger y URY, William. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. Penguin Books. Nueva York, Estados Unidos. 2011

FOUCAULT, Michel. *Las Palabras y las Cosas una Arqueología de las Ciencias Humanas*. Siglo XXI editores. Buenos Aires, Argentina. 1968.

FOUCAULT, Michel. *The History of Sexuality. Volume 1 An Introduction*. Pantheon Books. Nueva York, Estados Unidos. 1978.

FOUCAULT, Michel. *Power/Knowledge Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*. Editorial Pantheon Books. Nueva York, Estados Unidos. 1980.

FOUCAULT, Michel. *Historia de la Locura en la Época Clásica*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. México. 1986.

FOUCAULT, Michel. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Editorial Gedisa. Barcelona, España. 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*. Siglo XXI editores. Buenos Aires, Argentina. 2002.

FROMM, Erich. *Anatomía de la Destructividad Humana*. Siglo XXI editores. México. 2004

GALTUNG, Johan. *Peace by Peaceful Means. Peace and Conflict, Development and Civilization*. International Peace Research Institute. Oslo, Noruega. 1996.

GALTUNG, Johan y WEBEL, Charles. *Handbook of Peace and Conflict Studies*. Routledge. Reino Unido. 2007.

GARCÍA SOTO, Ronald. *Moneda, Banca y Política Monetaria*. Editorial Universidad Estatal a Distancia. 2009.

GINER, Salvador. *Historia del Pensamiento Social*. Ariel. Barcelona, España. 1987.

GROSMAN, Cecilia P. y otros. *Los Derechos del Niño en la Familia*. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina. 1998.

GUTIERREZ, Claudio. *Teoría del Método en Las Ciencias Sociales*. Selección, Introducción y notas de Claudio Gutiérrez y otros. Editorial Educa, Centroamérica, segunda edición. San José, Costa Rica. 1977.

HABA, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental. Bases de la Valoración en el Discurso Jurídico*. Editorial UCR. San José, Costa Rica. 2010.a.

HABA, Enrique Pedro. *Los Juicios de Valor. Elementos Básicos de Axiología General*. Editorial UCR. 2010.b.

HARRINGTON, Christine B. *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*. Greenwood Press. Westport, CT. 1985.

HÉRITIER, Françoise. *Masculino/Femenino: El Pensamiento de la diferencia*. Ariel. Barcelona, España. 1996.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Constitución Política de la República de Costa Rica. Actualizada 2008. Comentada, anotada y con citas de jurisprudencia*. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 2008.

HINKELAMMERT, Franz. *Crítica a la Razón Utópica*. Editorial DEI. San José, Costa Rica. 1984.

HINKELAMMERT, Franz. *El Sujeto y la ley: El retorno del sujeto reprimido*. Editorial Universidad Nacional. Primera edición, 2005. Heredia, Costa Rica.

HOMERO. *La Odisea*. Editorial Biblioteca Gredos. Barcelona, España. 2006.

HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor. *Dialéctica de la Ilustración*. Editorial Trotta. Tercera edición. Traducción: Juan José Sánchez. Madrid, España. 1998.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1982.

KENNETH, Allan. *The Social Lens. An invitation to Social and Sociological Theory*. SAGE publications. Estados Unidos. 2011.

KROPP, P. Randal y otros. *S.A.R.A. Manual para la Valoración del Riesgo de Violencia Contra la Pareja*. Adaptación al español: A. Andrés-Pueyo y otros. Editorial I edicions de la Universitat de Barcelona. Barcelona, España. 2005.

KUHN, Thomas. *Estructura de las Revoluciones Científicas*. Fondo de Cultura Económica. México. 2004.

LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1994.

LLOBET, Javier. *Proceso Penal Comentado: Código Procesal Penal Comentado*. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2012.

MARX, Karl y ENGELS, Friedrich. *La Ideología Alemana. Crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes Feuerbach, B. Bauer y Stirner y del*

socialismo alemán en las de sus diferentes profetas. Ediciones Grijalbo, S.A. Barcelona, España. 1970.

MARX, Karl. *El Capital Tomo 1. Vol.1. Libro Primero. El Proceso de Producción del Capital*. Siglo XXI editores. México. 2008.

MARX, Karl. *Trabajo Asalariado y Capital*. Editorial Verbum. Madrid España. 2019.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE COSTA RICA. *Curso Básico: Temas Sobre Violencia Contra Mujeres, Niños y Niñas. Modulo II. Tomo II*. Proyecto de capacitación permanente en el tema de Violencia Familiar dirigido a los técnicos del Ministerio de Justicia. San José, Costa Rica. Julio 1991.

MOLAS FONT, María Dolors y otros. *La Violencia de Género en la Antigüedad*. Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, España. 2006.

MOUFFE, Chantal. *El Retorno de lo Político Comunidad, Ciudadanía, Pluralismo, Democracia Radical*. Paidós. Barcelona, España. 1999.

NADER, Laura. *Harmony Ideology Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*. Stanford University Press. Universidad de Stanford, California, Estados Unidos. 1990.

NADER, Laura. *Law in Culture and Society*. University of California Press. Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos. 1997.

OLIVER, Paul. *Foucault The Key Ideas*. Teach Yourself McGraw-Hill. Gran Bretaña. 2010.

PARKER, Martin. *Shut Down the Business Schools. What's wrong with management education*. London, England: Pluto Press. 2018.

PEKAR LEMPEREUR, Alain y otros. *Método de Mediación. En el Corazón de la Conciliación*. Editorial Patria, México. 2011.

RAPOPORT, Anatol. *Prisoner's Dilemma. A Study in Conflict and Cooperation*. The University of Michigan Press. Estados Unidos. 1970.

- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press. Estados Unidos. 1999.
- RICHARDSON, J.G.. *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*. Greenwood Press. Nueva York. 1986.
- RISKIN, Leonard L. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*. University of Florida Levin College of Law. Florida, Estados Unidos. 1996.
- RIVERA SIBAJA, Gustavo. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Editec Editores S.A. San José, Costa Rica. 2004.
- ROCAMORA, Pedro. *Agresividad y Derecho*. Editorial Bosch. Primera edición. Barcelona, España. 1990.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas S.A. Madrid, España. 1997.
- SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica*. Editorial Isolma, primera edición. San José, Costa Rica. 2009.
- SANABRIA, Rafael Ángel y otros. *Derecho Procesal Penal Costarricense. Tomo II*. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2007.
- SCHMITT, Carl. *Political Theology*. University of Chicago Press. Estados Unidos. 2005
- SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. The University of Chicago Press. Estados Unidos. 2007.
- SCHMITT, Carl. *The Theory of the Partisan*. Michigan State University Press. Estados Unidos. 2004.
- SEGATO, Rita Laura. *Las Estructuras Elementales de la Violencia*. Universidad Nacional de Quilmes. 2003.

SEGATO, Rita Laura. *La Guerra Contra las Mujeres*. Editorial Traficantes de Sueños. Madrid, España. 2016

SEGATO, Rita. *Contra-pedagogías de la Crueldad*. Prometeo Libros. Buenos Aires, Argentina. 2018.

STUART MILL, John. *La Esclavitud de la Mujer*. 1869 (primera edición) obtenido de su versión libre en español P.46. obtenida el 28 de enero del 2020 del portal:

<https://instituciones.sld.cu/genero/files/2012/07/Mill-John-Stuart-Esclavitud-femenina-La.pdf>

STUART-MILL, John. *Utilitarianism*. Batoche Books. Ontario, Canada. 2001.

SUAREZ, Hernán *Antonio Gramsci y la realidad colombiana*. Ediciones Foro Nacional por Colombia. 1991.

WALKER, Leonore. *The battered Women*. Harper and Row Publishers, Inc, Nueva York, Estados Unidos. 1979.

WALLERSTEIN, Immanuel. *El Moderno Sistema Mundial. La Agricultura Capitalista y los Orígenes de la Economía-mundo europea en el siglo XVI*. Siglo XXI Editores. México. 1979.

WALLERSTEIN, Immanuel. *Impensar Las Ciencias Sociales. Límites de los Paradigmas Decimonónicos*. Siglo XXI Editores. México D.F. México. 1999.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad: Esbozo de Sociología Comprensiva*. Fondo de Cultura Económica, 1977. Bogotá Colombia.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus, Investigaciones Filosóficas, Sobre La Certeza, Estudio Introductorio Por Isidoro Regue*. Editorial Gredos. Madrid, España. 2009.

ZIMBARDO, Philip. *El Efecto Lucifer: El Porqué de la Maldad*. Editorial Paidós. España. 2012.

ŽIŽEK, Slavoj. *The Sublime Object of Ideology*. Verso Books. Londres, Gran Bretaña. 2008

Artículos académicos:

ABEL, Richard L. *A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society*. *Law and Society Review*. Vol. 8. Núm. 2. Pp. 217-347. Revisado y disponible del sitio web el día 11 de enero de 2021: <https://www.jstor.org/stable/3053029?origin=crossref>

ANTILLÓN, Walter . *Estado Social de Derecho y su Reforma*. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Núm. 82. Setiembre-diciembre San José, Costa Rica. 1995.

BOURDIEU, Pierre. *El Campo Científico*. *Redes: Revista de Estudios Sociales de la Ciencia*. Volumen 1 Número 2. Pp. 129-160. 1994. Disponible en Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes y revisado el 12 de noviembre del 2020: <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/317>

CABALLERO, Francisco. *La Teoría de Justicia de John Rawls*. *Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*. Vol. 1. Núm. 2. Ciudad de México, México. 2006.

CALDERÓN CONCHA, Percy. *Teoría de conflictos de Johan Galtung*. *Revista de Paz y Conflictos*, núm. 2. Pp. 60-81 Universidad de Granada, España. 2009. Disponible y revisado en el sitio web el 2 de enero del 2021: <https://www.redalyc.org/pdf/2050/205016389005.pdf>

COTO, Jorge Damían. *Orden social, conflictividad y justicia en John Rawls*. *Revista de Filosofía Universidad de Costa Rica*, Vol.52. Núm.132. Enero-abril. San José, Costa Rica. 2013.

CUÉLLAR VÁZQUEZ, Angélica. *La Utilidad Práctica de la Teoría Relacional de Pierre Bourdieu en la Investigación Sociojurídica*. *Revista Novum Jus*. Volumen 9 N°1. Enero-junio. Universidad Autónoma de México. 2015. Disponible y revisada en el sitio web: el 24 de marzo de 2020: <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/558/579>.

DELEUZE, Gilles. *Post-scriptum Sobre las Sociedades de Control*. Polis, Revista de la Universidad Bolivariana. Vol. 5. Núm. 13. Universidad de los Lagos. Santiago, Chile. 2006.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism*. International Journal of the Sociology of Law. Vol. 8. Pp. 379-397. 1980.

ECKHARDT, William. *The Radical Critique of Peace Research: A Brief Review*. Peace Research Vol. 18. Núm. 3. Pp. 51-62. 1986.

ESCALANTE Katia y SOLANO Priscilla. *Violencia Doméstica Y Conciliación: Un Problema Suprajurídico*. Revista Medicina Legal de Costa Rica vol.18 n.2. Heredia, Costa Rica. 2001.

FOUCAULT, Michel. *El Sujeto y el Poder*. Revista Mexicana de Sociología. Universidad Nacional Autónoma de México. Vol. 50, No. 3. Jul. - Sep. pp. 3-20. 1988.

FUQUEN ALVARADO, M.E. *Los Conflictos y las Formas Alternativas de Resolución*. Tabula Rasa. Núm. 1, enero-diciembre. Pp. 265-278. Bogotá, Colombia. 2003.

GALTUNG, Johan. *Violence, Peace and Peace Research*. Journal of Peace Research, Vol. 6, Núm. 3. pp. 167-191. 1969.

GARCÍA, George I. Y AGUILAR, Carlos. *Psicoanálisis y política: la teoría de la ideología de Slavoj Žižek*. International Journal of Žižek Studies. Vol.2. Núm. 3. 2008. Disponible en el sitio web revisado el 30 de octubre del 2020: <http://zizekstudies.org/index.php/IJZS/issue/view/9>

GIGLIOLI, Giovanna. *Bloque Histórico y Hegemonía en Antonio Gramsci*. Revista de Filosofía, número 79 extraordinario. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 1994.

GOZAÍNI, O.A. *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial de Costa Rica. *Antología. Conciliación Judicial*. San José, Costa Rica. 1999.

GROSFUGUEL, Ramón. *Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political-Economy: Transmodernity, Decolonial Thinking, and Global Coloniality*. *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, Vol. 1. Núm. 1. 2011.

KENNEDY, Emmet. *Ideology” from Destutt de Tracy to Marx*. *Journal of the History of Ideas*. Editorial: University of Pennsylvania Press. Vol. 40. Núm. 3, pp. 353-368. Disponible en el sitio web revisado el 25 de octubre del 2020: <https://www.jstor.org/stable/2709242>

LEEUW, Frans L. *American Legal Realism. Research Programme and Policy Impact*. *Utrecht Law Review*. Vol 13. Núm. 3. 2017. Disponible y revisado en el sitio web el 25 de octubre del 2020: <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.412/>

LÉVI-STRAUSS, Claude. *La vie familiale et sociale des indiens Nambikwara*. *Journal de la Société des américanistes*. Vol. 37. P.1-132, Paris. Francia. 1948.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *The Structural Study of myth*. En la revista: *The Journal of American Folklore*. Vol. 68, No. 270, Oct. - Dec. Estados Unidos. 1955.

MARTÍNEZ-LOZANO, Consuelo Patricia. *Las instituciones de educación superior y el mandato de masculinidad*. *Nómadas*. Núm. 51. Pp. 117-133, México. 2019. Disponible y revisado en el sitio web, el día 12 de mayo de 2021: <https://www.redalyc.org/journal/1051/105163363008/html/>

MURILLO, Susana. *El Conflicto Social en Michel Foucault. Conflicto Social*. *Revista del Programa de Investigaciones sobre Conflicto Social*. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Año. 1. Núm. 0. Buenos Aires, Argentina. 2008.

NADER, Laura. *Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology*. The Ohio State Journal on Dispute Resolution. Volumen 9. Número 1. 1993.

OSORIO GARCÍA, Sergio Néstor. *John Rawls: Una Teoría de Justicia Social su Pretensión de Validez para una Sociedad como la Nuestra*. Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad. Vol. 5. Num.1. Pp. 137-160. Bogotá, Colombia. 2010. Revisado del sitio web el 22 noviembre, 2020:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632010000100008&lng=en&tlng=es.

PARRA ORTIZ, José Miguel. *La violencia doméstica en el Egipto antiguo*. Trabajos de Egiptología. III Congreso Ibérico de Egiptología. Editores: MOLINERO POLO y otros. Número 5/2, año 2009. Disponible en el sitio web y revisado el día 22 de noviembre del 2020:

https://www.academia.edu/9839309/La_violencia_dom%C3%A9stica_en_el_Egipto_antiguo

RAWLS, John. *Justice as Fairness*. The Philosophical Review. Vol. 67. Núm. 2. Pp. 164-194. Estados Unidos. 1958. Disponible en el sitio web y revisado el 25 de octubre del 2021: <https://www2.southeastern.edu/Academics/Faculty/jbell/rawls1.pdf>

SABORÍO VALVERDE, Carlos y VÍQUEZ HIDALGO, Eugenia. *Mitos en torno a la evaluación psicológica forense en casos de agresión sexual contra menores de edad: la necesidad de un cambio de paradigma*. Revista Medicina Legal de Costa Rica. Vol.23. Núm. 2. Pp.51-85. Heredia. 2006.

SAMIR BENAVIDES, Farid. *Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt*. Revista Argumentos. Vol 52. Núm. 19. México. 2006. Recuperado en 26 de noviembre de 2020, de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-57952006000300007&lng=es&tlng=es.

SÁNCHEZ, Jairo Ernesto. *Estudios de violencia y conflicto: Aproximación a un análisis transdisciplinar de la violencia política*. Comunicación, Cultura y Política. Revista de Ciencias Sociales Vol.5-No.1: Enero-Junio. 2014. Disponible en el sitio web el día 22 de noviembre del 2021.

SILVA, Germán. *La Teoría del Conflicto: Un Marco Teórico Necesario*. Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre. Pp. 29-43. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. 2008.

SPAIN, Larry R. *Alternative Dispute Resolution For The Poor: Is It An Alternative?*. North Dakota Law Review : Vol. 70 : No. 2. Pp. 269-280. Estados Unidos. 1994.

STRAUS, Murray. *Victims and Aggressors in Marital Violence*. American Behavioral Scientist. Vol. 23. Núm. 5. Pp. 681-704. 1980.

TEJERINA, Benjamín. *Las Teorías Sociológicas del Conflicto Social. Algunas Dimensiones Analíticas a partir de K. Marx y G. Simmel*. REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas, Núm. 55, Pp. 47-63. 1991.

Tesis de grado:

CAMPOS, E.P. Y SEPÚLVEDA, B. *El Realismo Jurídico Norteamericano: Escuela De Derecho*. Memoria para optar por el grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2013. P.13. Disponible y revisado por última vez en el sitio web el 21 de diciembre de 2020: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/115314>

GÓMEZ ROJAS, R.V. Y RUIZ SCHMIDT, M. *La Aplicación de los Mecanismos Legales para la Participación de Niños (as) y Adolescentes en la Resolución Alterna de Conflictos Dentro de la Legislación Costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio. San José, Costa Rica. 2011.

GUTIÉRREZ, Norma. *Aplicación de la mediación y la conciliación en la resolución de conflictos familiares. Viabilidad en materia de violencia doméstica*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. San Pedro, San José, Costa Rica. 2001.

MADRIGAL, P. Y RODRÍGUEZ, G. *El fortalecimiento de los mecanismos de resolución alterna de conflictos, para la solución de conflictos individuales de trabajo e implementación del modelo de conciliación prejudicial obligatoria*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio. 2010

QUISPE PONCE, M.C. *“Liberalismo igualitario y derechos sociales: Rawls, Dworkin y Sen”*. Tesis Doctoral. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III. Getafe, 2015. Disponible en el portal web revisado el día 12 de agosto del 2021: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22544/Tesis_mariacandelaria_quispe_ponce_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

SALAS ARAYA, S. *Análisis Jurídico y Social de los Mecanismos de Resolución Alterna de Conflictos a través del Programa Casas de Justicia y demás Centros autorizados por el Ministerio de Justicia*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, sede Occidente. Mayo 2007.

SOZA, D. Y MORALES, G. *Efectividad de Conciliación Judicial en el Proceso de Familia en Costa Rica*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 2010

Jurisprudencia y Sentencias Relevantes:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras (Campo algodonero) v.s. México*. Sentencia del 16 de noviembre del 2009. Resumen ejecutivo de la sentencia disponible en: www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/245349/70

3704/file/Resumen%20Ejecutivo%20de%20la%20Sentencia%20%20Elaborado%20por%20la%20SCJN.pdf.

SALA CONSTITUCIONAL, PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. *Voto No. 1739-92*. De las once horas con cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos. San José, Costa Rica.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICA. *Voto 6829-93*. De las ocho horas y treinta y tres minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y tres. San José, Costa Rica.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICA. *Voto Número 7362-02*. De las quince horas con cincuenta y tres minutos del veinticuatro de julio del dos mil dos. San José, Costa Rica.

TRIBUNAL DE FAMILIA. PODER JUDICIAL DE COSTA RICA. *Voto número 910-04*. San José, a las ocho horas con cincuenta minutos del nueve de junio del dos mil cuatro.

TRIBUNAL DE FAMILIA. PODER JUDICIAL DE COSTA RICA. *Voto número 1833-05*. De las nueve horas con veinte minutos del veintinueve de noviembre del dos mil cinco. San José, Costa Rica.

TRIBUNAL DE FAMILIA, PODER JUDICIAL DE COSTA RICA. *Voto número 680-08*. De las ocho horas con diez minutos del dieciséis de abril del dos mil ocho. San José, Costa Rica.

TRIBUNAL DE FAMILIA. PODER JUDICIAL DE COSTA RICA. *Voto número 1462-08*. De las once horas diez minutos del seis de agosto del dos mil ocho. San José, Costa Rica.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN VI. PODER JUDICIAL DE COSTA RICA. *Voto número: 208-12*. De las nueve horas del dos de octubre de dos mil doce. San José, Costa Rica.

TRIBUNAL DE FAMILIA. PODER JUDICIAL DE COSTA RICA. *Voto número 1215-16.*
De las nueve horas y cinco minutos del veintisiete de enero del dos mil dieciséis. San José, Costa Rica.

Informe de Organizaciones Internacionales:

MECANISMOS DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCIÓN BELÉM DO PARÁ. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI.* Washington, Estados Unidos. 2015.
Disponibile para el día 31 de enero del 2020 en el sitio web: www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeSeguimiento-ES.pdf

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas.* Secretaría General de la OEA. Washington DC, Estados Unidos. 2007.

Leyes y Convenciones:

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).* Adoptada, firmada y ratificada por la resolución 34/180 en diciembre de 1979. Disponible y revisada en el perfil web el 22 de julio del 2021: <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/cedaw.pdf>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará).* Entra en vigor el 28 de marzo de 1996. Disponible y revisada en el perfil web el 22 de julio del 2021: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

PODER LEGISLATIVO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. *Ley número 7586. Ley Contra La Violencia Doméstica.* 10 de abril de 1996.

PODER LEGISLATIVO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. *Ley número 7727. Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*. 09 de diciembre de 1997. San José, Costa Rica.

PODER LEGISLATIVO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. *Ley número 8589. Ley de Penalización de la Violencia Contra Las Mujeres*. 25 de abril del 2007

PODER LEGISLATIVO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. *Ley número 9747. Código Procesal de Familia*. 23 de octubre de 2019. San José, Costa Rica.

Artículos de periódicos y medios de prensa digitales:

ARIAS, L. *Costa Rican men will march to demand 'gender equality' before the law*. The Tico Times. 05 de junio de 2014. Revisado en el sitio web el día 30 de marzo del 2021: <https://ticotimes.net/2014/06/05/costa-rican-men-will-march-to-demand-gender-equality-before-the-law>

BRIONES, Erick. *"El Arbitraje Laboral"*. Periódico Semanario Universidad. 14 de mayo del 2019. San José Costa Rica. Consultado por última vez el 31 de enero del 2020 en el sitio web: <https://semanariouniversidad.com/opinion/el-arbitraje-laboral/>

CASTILLO, Bryan. *Fundiapho seguirá luchando para evitar se pongan piezas contra los hombres en conciertos*. Diario La Teja. 13 de enero de 2019. Revisado en el sitio web el día 30 de marzo del 2021: <https://www.lateja.cr/nacional/fundiapho-seguira-luchando-para-evitar-se-pongan/4PZRVLAAWRBZBBRH5NBD2GVBRA/story/>

EMERGEN RESEARCH. *"Legal Online Dispute Resolution (ODR) Market Size Worth USD 57.3 Million in 2028"*. 20 de julio del 2021. Extraído del portal web el día 8 de agosto del 2021: <https://www.emergenresearch.com/press-release/global-legal-online-dispute-resolution-market>

JIMÉNEZ FIGUERES, Daylá. *"Costa Rica Como Semillero en Materia de Arbitraje"*. Periódico La República. Martes 24 de enero del 2017. San José. Costa Rica. Consultado

por última vez 31 de enero del 2020 en el sitio web:
<https://www.larepublica.net/noticia/costa-rica-como-semillero-en-materia-de-arbitraje>

MADRIGAL, Luis Manuel. *Fundación Instituto de Apoyo al Hombre arremete contra Teletica por su campaña «Tercer Marcador»*. Diario digital eldiario.cr. 16 de noviembre del 2015. Revisado en el sitio web el día 30 de marzo del 2021:
<https://www.elmundo.cr/costa-rica/fundacion-instituto-de-apoyo-al-hombre-arremete-contra-teletica-por-su-campana-tercer-marcador/>

O'NEILL, Jan. *“UK commercial mediation market grows 20% – CEDR mediation audit results published”*. 26 de Julio del 2018. Revisado en el portal web el día 31 de mayo del 2021: <https://hsfnotes.com/adr/2018/07/26/uk-commercial-mediation-market-grows-20-cedr-mediation-audit-results-published/>

REPRETEL. NOTICIAS CANAL 11. *Presentan proyecto de ley que sanciona la violencia contra hombres mayores de edad*. Lunes 29 de marzo de 2021. Revisado en el sitio web el día 30 de marzo del 2021: https://www.repretel.com/noticia/presentan-proyecto-de-ley-que-sanciona-la-violencia-contra-hombres-mayores-de-edad/?fbclid=IwAR3Z4aj-F1c_VSBSVzOEKrf-gHG4RZNB0zsPmYQHw261sgHSTX5fps1TOM