

Las medidas cautelares en los procesos de violencia familiar.

El abuso de la jurisdicción [1]

Por Ramiro Rojas

1. Introducción

Preliminarmente, a fin de abordar la temática que motiva el presente, debemos introducirnos en el análisis de la ley 24.417 cuya sanción tuvo por objeto la atención de la problemática de la violencia familiar.

En tal sentido lo primero que es dable señalar es que la normativa citada otorga a los magistrados un amplio margen de discrecionalidad en la adopción de medidas cautelares, incluso podríamos decir que se trata de la facultad más amplia que encontramos en el ordenamiento jurídico en lo relativo al dictado de este tipo de medidas.[2]

Ello así, el presente trabajo no pretende ahondar en la investigación de los orígenes de la violencia familiar, desarrollando un análisis de sus causas y su composición, dado que dicha materia debe necesariamente ser dejada a los profesionales que se desempeñan en el estudio de esta problemática.

Por el contrario, lo que se pretende aquí es arribar a la mejor interpretación de las herramientas jurídicas que brinda el ordenamiento para la atención de un problema de tal índole, en aras de procurar evitar la sucesión continua de situaciones injustas, donde un abuso de la jurisdicción se traduce en un menoscabo de los derechos de aquellas personas denunciadas.

Veremos, siguiendo dicha línea, que el problema no radica -al menos no sustancialmente- en el desarrollo de la atención profesional, esto es la asistencia de profesionales expertos en violencia familiar y los respectivos tratamientos a los que alude la ley, sino en la labor jurisdiccional que a menudo provoca la dilapidación de los recursos jurídicos que brinda el ordenamiento, traduciéndose la actividad de algunos magistrados en una afectación a los derechos que asisten a quien es denunciado por un episodio de violencia familiar.

Coincidimos con algunas de las posibilidades que se han brindado para evitar este tipo de situaciones injustas -como ser, por ejemplo, la realización de apercibimientos en caso de que se corrobore la existencia de una denuncia falsa- y, en tal sentido, nos proponemos describir el problema a fin de contribuir a una mejor administración de justicia en estos casos.[3]

2. La ley 24417 de violencia familiar

A fin de no extenderme en lo que refiere al análisis de la ley que se ocupa de los casos de violencia familiar, he de citar los artículos que devienen relevantes a los fines del desarrollo de la crítica.

El artículo 1º del citado cuerpo normativo prescribe que: “Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o las uniones de hecho.”

El artículo 3º prescribe que: “El juez requerirá un diagnóstico de interacción familiar efectuado por peritos de diversas disciplinas para determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia. Las partes podrán pedir otros informes clínicos.”

Por último, en lo referente a las medidas que puede adoptar el Magistrado, el artículo 4º prescribe que: “El juez podrá adoptar, al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia, las siguientes medidas cautelares:

Ordenar la exclusión del autor, de la vivienda donde habita el grupo familiar;

Prohibir el acceso del autor al domicilio del damnificado a los lugares de trabajo o estudio;

Ordenar el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor;

Decretar provisoriamente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos.

Octubre 2010

www.afamse.org.ar

El juez establecerá la duración de la medida.”

El primero de los artículos describe los supuestos contemplados por la ley, mientras que los otros refieren a las medidas tendientes a la atención de la problemática.

Como podrá observarse, el marco normativo que acabamos de describir brinda a las víctimas de un episodio de violencia determinadas herramientas en pos de la tutela jurisdiccional.

De tal manera, frente a una denuncia que sea susceptible de entenderse como uno de los supuestos contemplados por la ley, el juez tiene la potestad de dictar medidas cautelares tendientes a la protección de la víctima.

En este sentido, debe hacerse hincapié en la importancia de la función de los jueces al resolver este tipo de casos, dada la discrecionalidad con la que cuentan que puede traducirse en situaciones injustas al afectarse negativamente el vínculo del imputado con su grupo familiar. Máxime si se tiene en cuenta que las medidas cautelares importan de por sí un riesgo correspondiente a la incertidumbre que genera[4], situación que se agrava cuando se atenúan los requisitos para su dictado como ocurre en los procesos de familia.

En efecto, la posibilidad de dictar una medida cautelar que excluya al denunciado del hogar conyugal o, que prohíba el acceso al domicilio del damnificado, trae aparejado la afectación del vínculo del imputado ya sea con su cónyuge o sus hijos.

Por ello, la cuestión central que debe atenderse en este tipo de procesos es la problemática familiar que desemboca en los episodios de violencia invocados -no alterando dicha circunstancia el supuesto de una falsa denuncia, ya que aún en tal caso nos encontraríamos frente a una consecuencia de dicha problemática- y, consecuentemente, determinar las medidas que resulten apropiadas para la solución del conflicto.

Efectuadas las apreciaciones pertinentes respecto al marco normativo de la cuestión que nos ocupa en el presente, corresponde destacar que los artículos citados nos orientan acerca del criterio que debe utilizarse para atender a la problemática familiar de la cual ha venido a ocuparse la ley 24417. En este sentido, resultaría desacertado circunscribir la labor judicial al

dictado de medidas cautelares que no solucionan la problemática que origina la denuncia -de hecho las mismas son facultativas-, sino que deben urgirse las evaluaciones correspondientes -lo cual **ha sido estipulado como un deber de los magistrados**- ante los centros especializados sugeridos en la ley, lo cual conducirá a dilucidar la raíz del conflicto acontecido en el grupo familiar y, de tal manera, verificar los dichos del denunciante y procurar las medidas tendientes a superar el ámbito de violencia.

De lo contrario, no sólo no se cumpliría con la finalidad de la ley sino que se agravaría la problemática que pretende atenderse, fomentando incluso el abuso de la jurisdicción -mediante la solicitud de medidas cautelares que oculten el verdadero propósito de los denunciantes- para el logro de fines contrarios a la ley.

Por otra parte, el decreto 235/96 -reglamentario de la ley- ordena la creación del Cuerpo Interdisciplinario de profesionales con formación especializada en violencia familiar que deberá prestar apoyo técnico en los casos en que le sea requerido -conforme artículo 6to de la norma citada-. En cuanto al informe y diagnóstico que debe brindar el Cuerpo mencionado, la reglamentación aludida establece que “emitirá, en el plazo de VEINTICUATRO (24) horas, un diagnóstico preliminar para permitir al Juez evaluar sobre la situación de riesgo y facilitarle la decisión acerca de las medidas cautelares previstas en el artículo 4 ° de la Ley N ° 24.417. El diagnóstico preliminar no será requerido cuando el Juez no lo considere necesario por haber sido la denuncia acompañada de un diagnóstico producido por profesionales o instituciones públicas o privadas idóneas en violencia familiar o de informes concordantes del programa previstos en el artículo 2 ° de esta reglamentación” -conforme artículo 7 ° del decreto citado-.

La reglamentación de la normativa reafirma lo expuesto hasta el momento, en cuanto a que la adopción de medidas cautelares debe estar precedida de la información de profesionales que den cuenta de la problemática familiar y, permitan al Juez, contar con la asistencia técnica que lógicamente, sustentará la decisión que conduzca a la vigilancia del escenario de violencia. En este sentido, el asesoramiento brindado por los expertos permitirá al Magistrado contar con los elementos de convicción que le permitan arribar a la decisión adecuada, ya sea mediante la adopción de las medidas previstas en el artículo 4 °, la derivación para

efectuar tratamientos acordes o, en su caso, la desestimación de la denuncia por inexistencia de los hechos denunciados.

Concluyendo el análisis de la legislación vigente, se advierte que la misma hace énfasis en la necesidad de la evaluación profesional del vínculo familiar, otorgando a los magistrados la facultad de dictar medidas cautelares para aquellos supuestos en que exista una posibilidad cierta de ocurrir por un hecho de violencia -física o psicológica-, **supeditando la subsistencia y duración de las medidas a las evaluaciones y recomendaciones efectuadas por los expertos designados a tal efecto.** Dicha cuestión adquiere relevancia, por cuanto si bien las adopciones de las medidas en cuestión aparentan brindar una solución al hecho de violencia que se denuncia, las mismas corren el riesgo de traducirse en un menoscabo de los derechos del denunciado -con la consiguiente afectación del vínculo familiar-, en el caso de que aquellas hayan sido adoptadas sin contar con un informe previo o al menos inmediatamente posterior del equipo de profesionales con relación a la veracidad de los hechos invocados y las características de la problemática que afecte al grupo familiar.

Ello así, puede darse el caso de que se haya resuelto excluir del hogar al inculpado, o prohibir el acercamiento del mismo a la supuesta víctima, sobre la base de hechos invocados en la denuncia respecto de los cuales se haya demostrado posteriormente su falsedad a través de los informes de los profesionales designados. En tales casos, el daño a la persona que ha sido sindicada por un hecho de violencia familiar y, que se haya visto excluida del hogar o, se le haya prohibido su acercamiento, podría resultar irreversible, extendiéndose sus consecuencias al desenvolvimiento del grupo familiar.

Cabe destacar que aun cuando el Código de forma prevé un resarcimiento de daños y perjuicios en el caso de que se determinara el levantamiento de la medida[5], dicha situación resulta poco frecuente e, insuficiente, para casos como el que nos ocupa, donde los perjuicios derivados de la adopción de una medida como las analizadas resultan devastadores para la persona denunciada y, el grupo familiar al que pertenece.

3. Las medidas cautelares en el proceso de familia

En lo que hace a las medidas cautelares, “La doctrina y la jurisprudencia nacional son contestes al admitir los elementos o rasgos caracterizadores de este tipo de medidas, a saber: a) la verosimilitud en el derecho; b) el peligro en la demora o “periculum in mora” y c) la contracautela. Por su parte, también se está de acuerdo en que las medidas cautelares en el derecho de familia presentan algunas particularidades o connotaciones propias en cuanto a su carácter instrumental, a su providencia inaudita parte, a los presupuestos que hacen a su admisibilidad y ejecutabilidad, a la facultad del órgano para disponerlas de oficio, a la disponibilidad inmediata de su objeto, y a la no sujeción normativa a términos de caducidad.”[6]

Esta breve referencia doctrinaria, nos permite extraer como conclusión que en procesos de familia y, específicamente, en los procesos de violencia familiar, las particularidades que presentan las medidas cautelares permiten a los magistrados adoptar tales instrumentos aun cuando no se hayan reunido los requisitos fijados como presupuestos para su dictado. De tal manera, en atención a los intereses que se procura tutelar y, dada la intención de prevenir potenciales episodios de violencia, se ha dicho que no resulta necesaria la acreditación fehaciente de los hechos invocados sino tan solo una “apariencia” de derecho, primando en tal caso el interés de proteger a la eventual víctima de una agresión.

Si bien resulta loable la intención de protección a las eventuales perjudicados que deriva del criterio citado -mediante la celeridad con la que actúan los jueces-, debe destacarse que en tales casos es donde deben fijarse determinadas pautas que eviten el abuso de este tipo de institutos, mediante los cuales se puede afectar indebidamente el derecho de defensa de los denunciados, provocándole diversos perjuicios -en ocasiones irreparables- como consecuencia de la adopción de este tipo de medidas sin haberse verificado los extremos invocados para su articulación.

En efecto y, siguiendo la línea de razonamiento expuesta, deben extremarse los recaudos para que la discrecionalidad con que cuentan los magistrados no derive en situaciones dañosas, adoptando las medidas cautelares para aquellos casos en que sea indispensable y subordinando su duración a los informes y evaluaciones realizadas por los auxiliares del

Octubre 2010 www.afamse.org.ar

juzgador –asistentes sociales, psicólogos, etc.-

Concluyendo, aun cuando no caben dudas en cuanto a la atenuación de la interpretación relativa al cumplimiento de los requisitos genéricos de las medidas cautelares -habiéndose citado a lo largo del presente jurisprudencia y doctrina que sustentan dicha postura-, es precisamente por dicha razón que constituye un deber de la justicia arbitrar los medios tendientes a impedir que tales medidas se conviertan en instrumentos de hostigamiento que deriven en situaciones injustas con consecuencias irreparables.

Ello así, adquiere relevancia las pautas brindadas por la ley de violencia familiar y, su decreto reglamentario, donde aun cuando se faculta al juez a adoptar tales medidas para evitar la generación de un riesgo, subordina el dictado de las mismas y su duración a las evaluaciones de los profesionales designados a tales efectos.

4. Antecedentes del fallo

La denuncia fue realizada en el mes de marzo de 2008 y, tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil Nro. 88, donde la actora manifestó la existencia de episodios de violencia física que acontecían -según sus dichos- desde hacía un mes atrás, señalando que ello fue el agravamiento de una situación que habría comenzado un año antes mediante los insultos que le profería el acusado. Sostuvo que tenían 5 hijos en común y, que si bien se encontraban separados de hecho, continuaban viviendo bajo el mismo techo. Continúo su relato manifestando que la violencia que sufría desembocó de su amistad con una persona del sexo masculino y, que la intención de la denunciante, era divorciarse del demandado.

En atención al deseo de la actora, la jueza interviniente dispuso la derivación al Centro de Mediación del Ministerio de Justicia, a fin de que las partes acudieran a una mediación judicial en orden a la tramitación del divorcio. Luego de fracasada la audiencia fijada a tal efecto, la denunciante invocó la existencia de nuevos hechos de violencia y, solicitó el dictado de medidas cautelares tendientes a lograr la prohibición de acercamiento al domicilio y la fijación de una cuota alimentaria destinada a la manutención de los hijos de ambos.

Octubre 2010

www.afamse.org.ar

De conformidad con lo requerido, el 25 de abril del corriente año, *el aquo*, a los fines de contener un posible riesgo, resolvió prohibir al denunciado ingresar o acercarse a menos de 30 metros de la accionante, por el término de cuatro meses.

Contra dicho pronunciamiento se interpuso recurso de apelación que motivó el fallo de la Sala G que analizaremos seguidamente.

Independientemente de la veracidad o no de los dichos de la actora, cabe destacar que el pronunciamiento en cuestión contradice los lineamientos de la normativa analizada en el punto precedente, dado que al momento en que se dictó la medida cautelar, **habían transcurrido más de un mes desde el inicio de las actuaciones sin que los profesionales del Cuerpo Interdisciplinario hubieran entrevistado a los miembros del Grupo Familiar y, en consecuencia, sin que la magistrada contara con elementos técnicos que la asesoraran para el dictado de la medida. A ello se suma la excesiva discrecionalidad con la que se fijó el plazo de duración de la medida, teniendo en cuenta que no se subordinó la extensión de la misma a los resultados de la evaluación profesional, lo que no hace otra cosa que reafirmar que la decisión jurisdiccional fue adoptada sin tener en consideraciones las evaluaciones del entorno familiar y la corroboración de los dichos alegados como fundantes de la posterior resolución cautelar.**

Es decir que, al momento de dictarse la medida y, a pesar de haber tenido intervención en las actuaciones durante más de 1 mes, el juzgador dispuso la prohibición de acercamiento del denunciado sin contar con ningún elemento que permita no solo acreditar los dichos de la denunciante sino también verificar la adecuación de la medida a la finalidad del marco normativo que nos ocupa, esto es la atención de la problemática suscitada en el grupo familiar.

5. La resolución de Cámara

La medida cautelar dictada fue atacada por el demandado mediante la interposición de
Octubre 2010 www.afamse.org.ar

recurso de apelación, habiéndose sorteado a la Sala G de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

El tribunal citado se expidió el 20 de agosto del corriente año -más de 3 meses después de haberse dictado la decisión sometida a su revisión-, resolviendo en relación con lo que fue materia de recurso “Confirmar la decisión apelada y, sin perjuicio de ello, encomendar a la instancia de grado urgir las medidas conducentes a la evaluación de riesgo y diagnóstico de interacción por parte del Cuerpo Interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familiar.”

En cuanto a las circunstancias que llevaron al Tribunal de alzada a confirmar la decisión, se sostuvo que “si se tiene en cuenta que la denuncia originaria fue posteriormente ampliada respecto de nuevos hechos; que los elementos hasta el presente aportados -apreciados en forma periférica- revelan la existencia de un conflicto familiar con visos de violencia de índole psíquica, con entidad para repercutir sobre la salud de las partes involucradas; que no se encuentra suficientemente desvirtuada la manifestación de la cónyuge en el sentido que el recurrente se encontraba excluido voluntariamente, y con bastante anterioridad a la denuncia, del hogar conyugal; que el interlocutorio en crisis no dispuso expresamente la prohibición de que el progenitor tome contacto con sus hijos, por lo que nada le impide procurar de la jurisdicción las medidas pertinentes a tal fin; cabe concluir que la exclusión provisional dispuesta en el acotado marco de la causa, derivada de una correcta valoración de los factores por parte de la “a quo”, debe ser confirmada.”

Lo primero que es dable destacar es que, al momento de dictarse el fallo, la medida cautelar se encontraba a punto de fenecer -circunstancia tomada en cuenta por el tribunal y citada en el decisorio-, lo que devela una problemática que resulta ajena al presente trabajo pero que no por ello pierde importancia, como es el retardo en la justicia. En efecto, habían transcurrido más de 3 meses en que la medida cautelar dispuesta había sido ejecutada sin que la instancia revisora se expidiera en relación con su admisibilidad, por lo que durante ese lapso de tiempo el accionado vio conculcado su derecho en relación con el debido proceso, dado que la lentitud en que se desarrolló la causa trae aparejado la afectación del derecho a la jurisdicción.

Cabe destacar que dicha situación adquiere relevancia si tomamos en consideración la
Octubre 2010

importancia de los efectos de la medida atacada, la cual traía aparejado la exclusión del hogar conyugal sobre la base de los dichos de la denunciante.

Sin perjuicio de ello, la cuestión más grave que se desprende de la decisión de la Sala, es que **aún cuando el a - quo tenía intervención en el conflicto desde hacía más de 4 meses, a la fecha no había arbitrado las medidas tendientes a urgir las evaluaciones del Cuerpo Interdisciplinario.**

Es decir que el Tribunal de Alzada convalidó lo actuado por la instancia de grado, en franco incumplimiento de las prescripciones contenidas en la Ley de Violencia Familiar y, su decreto reglamentario. En efecto, aun cuando resulta una verdadera obligación de los magistrados la solicitud de una evaluación de riesgo y diagnóstico de interacción por parte del Cuerpo Interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familiar, la Sala entendió ajustada a derecho la medida cautelar dictada por el juez de grado que omitió urgir dichas evaluaciones y, que en consecuencia, sustentó el temperamento adoptado exclusivamente sobre la base de los dichos de la denunciante que había manifestado oportunamente su deseo de divorciarse.

Esta cuestión adquiere trascendencia si se tiene en cuenta que el Tribunal **refirió la necesidad de contar con las evaluaciones y diagnósticos de los peritos, encomendando al a- quo a urgir las medidas tendientes a su cumplimiento.**

A esta altura debemos preguntarnos, ¿puede considerarse ajustado a derecho el obrar de la instancia de grado que dictó una medida cautelar que impidió el vínculo del denunciado con su grupo familiar sin que se hayan elaborado los informes de los peritos auxiliares del juzgador? ¿Debe confirmarse la decisión atacada si se advierte la ausencia de la evaluación profesional y, se encomienda al juzgador de la instancia inferior el ungimiento de las mismas?

La respuesta negativa a dichos interrogantes deviene manifiesta y, revela asimismo, que la decisión adoptada resulta desacertada y convalida un obrar -por lo menos negligente- en el trámite de las actuaciones sometidas a su consideración.

Cabe destacar que la misma sala sostuvo -en otro fallo- la provisionalidad de este tipo de

medidas y, su sujeción a las evaluaciones de los profesionales, manifestando en tal sentido que: “Las decisiones sobre permanencia o exclusión del hogar conyugal son provisionales y pueden modificarse si se presentan razones y hechos que objetivamente demuestren que las circunstancias del caso se modificaron y que la decisión que se tomó ya no es adecuada” [7]

El citado pronunciamiento, al destacar la provisionalidad de este tipo de medidas y, su dependencia de la existencia de hechos que demuestren su procedencia, revela una contradicción de la Sala respecto del criterio vertido en decisiones anteriores.

En efecto, lo expuesto no hace otra cosa que corroborar la línea de razonamiento que venimos desarrollando a lo largo de la presente crítica, en cuanto a la necesidad de contar con la asistencia de los expertos en materia de violencia familiar, acudiendo a tal efecto al Cuerpo Interdisciplinario creado por la normativa vigente y, urgiendo en su caso la remisión de los informes correspondientes.

En el caso que nos ocupa, dado que la medida cautelar se encontraba a punto de fenecer, la decisión de la Cámara adquiriría trascendencia en relación con dos cuestiones esenciales: la revisión del obrar de la instancia de grado y, la disposición de las medidas necesarias con el fin de urgir la evaluación del Cuerpo Interdisciplinario.

Por ello, habiendo confirmado -a nuestro modo de ver incurriendo en un grave yerro- la decisión de la instancia de grado, la lectura del fallo permite concluir que se ha convalidado una decisión adoptada en franca violación a las disposiciones emergentes de la Ley de Violencia Familiar, prescindiendo indebidamente del asesoramiento de los profesionales que den cuenta de la problemática que afectaba al grupo familiar y, contribuyendo a la afectación de los derechos del denunciado que se vio privado de acceder a su hogar como consecuencia de los dichos –carentes de todo respaldo- de la denunciante.

La cuestión analizada se agrava si consideramos que, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, resulta por demás evidente que la medida adoptada afectaba el derecho del denunciado a visitar a sus hijos, dado que al convivir los mismos con la accionante se vio limitado su contacto con los menores.

De tal manera, el fallo en análisis nos brinda un enfoque de las consecuencias disvaliosas

que se derivan de la adopción de medidas cautelares que afecten el vínculo familiar, sin que haya mediado la evaluación por parte de profesionales que den cuenta de la entidad de la problemática familiar y, que sugieran cuales han de ser las medidas que deban adoptarse para el eventual restablecimiento del vínculo o, en su caso, la superación de la problemática.

En este sentido, la labor de la instancia superior adquiere gran trascendencia, dado que a ella le incumbe -mediante sus fallos- no solo la revisión de la cuestión sometida a su estudio, sino orientar a los magistrados inferiores en lo que hace a la interpretación y aplicación de la normativa vigente. Mediante el ejercicio de tamaña atribución es que, el Tribunal de Alzada, puede –y debe- coadyuvar a mejorar el funcionamiento y desenvolvimiento de los Juzgados de grado, corrigiendo las deficiencias ocasionadas en la administración de justicia.

6. Reflexión final

Mediante el comentario de un fallo dictado en el marco de un proceso de violencia familiar, nos hemos propuesto analizar el marco normativo que se ocupa de los episodios de violencias acontecidos en grupos familiares.

De tal manera, hemos destacado la necesidad de contemplar los perjuicios que puede ocasionarles a las personas denunciadas la adopción irrestricta de medidas cautelares que lo separen del grupo familiar, circunstancia que se agrava en situaciones en que dichas medidas puedan afectar el vínculo con sus hijos.

Se señaló a lo largo del presente que la ley 24417 brinda diversas herramientas destinadas a tender a la problemática familiar, entre las cuales se destacan los informes de los peritos que coadyuvan a la evaluación de la conflictiva y la adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento del vínculo y/o la superación de la problemática existente en el seno familiar.

Se valoró la facultad brindada a los magistrados de adoptar medidas cautelares tendientes al cese de los episodios de violencias invocados, pero se hizo hincapié en el carácter de

excepcionalidad que debían tener dichas medidas y su dependencia en todos los casos de las recomendaciones y diagnósticos efectuados por los profesionales designados.

Sin perjuicio de ello, se destaca que el criterio adoptado en la jurisprudencia imperante en la materia es aquel que tiende al otorgamiento de la medida sin la necesidad de acreditar los dichos de la denunciante[8], teniendo en miras principalmente la defensa de la supuesta víctima.

Sin embargo, no solo desde un análisis armónico del texto de la ley, sino a partir de las consecuencias que puede ocasionar el dictado indiscriminado de las medidas referidas sobre la conflictiva que se pretende solucionar, creemos que la discrecionalidad otorgada a los magistrados no puede traducirse en la utilización de este tipo de medidas aún en aquellos supuestos en que luego de 5 meses de tramitación del proceso no exista prueba alguna que permita acreditar la veracidad de los dichos vertidos en la denuncia[9].

Máxime teniendo en cuenta las particularidades del caso, del que se desprende que la denunciante refirió en todo momento que su intención era la de divorciarse del pretense agresor, y buscó de cualquier manera lograr su objetivo de excluirlo del hogar conyugal.

El fallo analizado nos permite cuestionar la decisión jurisdiccional que convalidó la actuación de la instancia inferior, que omitió urgir las evaluaciones profesionales y, dispuso, sobre la base de los dichos de la accionante, la prohibición de acercamiento del denunciado a la actora, -impidiéndole al aquí accionado- el normal desenvolvimiento del vínculo con sus 5 hijos.

Por ello, aún cuando entendemos que la ley de violencia familiar constituye una herramienta importante para la atención de problemáticas generadas en el seno familiar, su interpretación y aplicación nos lleva a afirmar que deviene indispensable la intervención de los profesionales del Cuerpo Interdisciplinarios, expertos en este tipo de conflictivas, a fin de brindar al Juez el conocimiento que requiere el tratamiento de estas situaciones y restringir el dictado de las medidas cautelares en cuestión a aquellas circunstancias en que las mismas devengan adecuadas para la situación de peligro.

En efecto, la intervención de profesionales -requiriéndose conocimientos especiales para

determinadas cuestiones- resulta asimilable a la utilización de la prueba pericial, regulada en el Código de Forma [10]. Si bien en tales casos se ha dicho que el dictamen del experto no es vinculante para el Juez, también se ha señalado que no puede apartarse arbitrariamente de las conclusiones brindadas por el perito, debiendo en tal caso fundar la desestimación del informe en la existencia de otros elementos de convicción que obren en la causa[11].

Ello así, la celeridad con la que los Jueces de familia obran al recibir una denuncia de violencia familiar debe ser acompañada en las ulteriores etapas de la causa, a fin de constatar los dichos que motivaron la articulación de la denuncia.

De lo contrario, pronunciamientos como el que motivó la crítica, no hacen otra cosa que convalidar una interpretación errónea de la normativa, la cual fomenta el abuso de la jurisdicción mediante la interposición de denuncias que encubren finalidades contrarias a la ley en las cuales se amparan.

Debemos preguntarnos si la finalidad de los legisladores ha sido la de facultar a la justicia a adoptar medidas de exclusión del hogar conyugal o de prohibición de acercamiento sobre la base de los dichos de las personas denunciadas o, si por el contrario, se propuso otorgar distintas alternativas tendientes a la solución de una problemática que crece y que se desarrolla en el seno del grupo familiar.

En este sentido, la prescripción de la intervención obligatoria de profesionales -médicos, psicólogos, asistentes sociales- parece indicarnos que una correcta interpretación del marco normativo descriptivo nos conduce a inclinarnos por la atención de la conflictiva mediante el tratamiento y evaluación por parte de estos profesionales, y la restricción de la adopción de estas medidas a aquellos casos en que sea indispensable y, en todos los casos, supeditando su duración a las recomendaciones efectuadas por los expertos.

[1]Nota a fallo:" L.H., R. c/Ch. R., R s/Denuncia de Violencia Familiar", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 20/08/2008, Relación N ° 513.163. (eIDial - AA50A8)

[2] "La ley 24.417 ha establecido un procedimiento para el dictado de medidas urgentes de amparo a las víctimas de la violencia familiar, que en modo alguno implica un decisorio de mérito que declare a alguien como autor de los hechos que se le atribuyen. Basta la sospecha del maltrato ante la evidencia síquica o física que presente el maltratado, y la verosimilitud de la denuncia para que el juez pueda ordenar medidas que, en su esencia, son verdaderas medidas cautelares, como lo es la exclusión del denunciado como agresor o el sometimiento de la familia a un tratamiento bajo mandato judicial"(CNCiv, Sala A, 14/04/03, "S.V. c. N., I. R.", Publicado en La Ley 2003-D, 529)

[3] "En la práctica judicial, a pesar de ser bastante frecuente el ejercicio abusivo, no se advierte sino sólo muy extraordinariamente, que se apliquen sanciones al solicitante de las medidas dañosas. Son corrientes las denuncias de abuso sexual y las de violencia física o moral que generan la suspensión de visitas, o que determinan un perímetro de exclusión, y que, luego de demostrada la falsedad de las mismas, parecería que no hay una respuesta acorde con el daño y la injusticia experimentados por el denunciado. Así como existen intimaciones a realizar determinadas conductas bajo apercibimiento de una sanción, podrían ordenarse las medidas cautelares que se adopten a raíz de denuncias de hechos graves, con un apercibimiento directo. Es decir, que ello funcione como una advertencia, de que si luego de ejecutarse la medida se demostrara la falsedad de los hechos denunciados, los peticionantes deberán afrontar en forma directa y por mandato judicial dictado en el mismo proceso las consecuencias de su ilícito accionar." ("Medidas cautelares en el Derecho de Familia", Esteban Mazzinghi, Publicado en LA LEY 2008-D, 1045)

[4]"Toda medida cautelar involucra un riesgo precisamente inherente al estado de incertidumbre del derecho que da el pie al proveído de urgencia". Conf. FASSI, Santiago - YÁNEZ, César, "Cod. Proc. Civ. y Com.", Bs. As., Ed. Astrea, 1989, 3ª ed., T. 2, p. 73.

[5] "Salvo en el caso de los arts. 209, inc. 1) y 212, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y

Octubre 2010 www.afamse.org.ar

perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado...” (Código Procesal civil y Comercial de la Nación, artículo 208)

[6](Kielmanovich, Jorge L., Derecho procesal de familia, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, página 51 citado en Revista de Derecho de Familia, “Medidas cautelares en el Derecho de Familia” Marzo/Abril 2008, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008)

[7](C. Nac. Civ., sala G, 16/12/1988, “B., F. H. v. C. de B., D”, LL 1990-B-146, con nota de Alberto Jorge Gowland –citado en la obra referida precedentemente-)

[8]“La exclusión del hogar del denunciado como agresor o el sometimiento de la familia a un tratamiento bajo mandato judicial constituyen verdaderas medidas cautelares previstas por la ley 24.417. Para su dictado basta la mera sospecha de maltrato ante la evidencia psíquica o física que presente el maltratado y la verosimilitud de la denuncia” (C. Nac. Civ., sala A, 21/5/1996. “B., M. J. v. R., O. J.”, LL 1996-E-493; DJ 1996-2-129 -citado en la obra referida precedentemente-)

[9]El art. 231 del Cód. Civil no faculta a los jueces para otorgar prevalencia -en caso de ausencia de pruebas- a la exclusión del marido del hogar conyugal por sobre la esposa, por lo que la cuestión debe decidirse conforme a las circunstancias del caso. (CApelConcepcióndelUruguay, SalaCivilyCom, 10/03/1998, “G., M.A. c. G., P.R., LLLitoral 1998-2, 412)

[10]“Será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada” Artículo 457 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

[11]“La fuerza probatoria del dictamen judicial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los arts. 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca.” Art. 478 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.