

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO
SECRETARÍA N° 1 - CIVIL

SENTENCIA N° 102/2017

VIEDMA, 20 de diciembre de 2017.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Adriana Cecilia Zaratiegui, Enrique J. Mansilla, Sergio M. Barotto, Liliana Laura Piccinini y Ricardo A. Aparian, con la presencia de la señora Secretaria doctora Rosana Calveti, para el tratamiento de los autos caratulados: “**M., C. B. C/M., R. F. - S. LEY 3040 (EXPTE. 20.596/15) s/INCIDENTE ART. 250 CPCC (f) s/CASACION**” (Expte. N° 29149/17-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera Circunscripción Judicial a fin de resolver el recurso articulado por la actora a fs. 63/74 y vta., deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos respecto de las siguientes

CUESTIONES

1ra.- ¿Es fundado el recurso?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?

VOTACION

A la primera cuestión la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui dijo:

I.- ANTECEDENTES DE LA CAUSA

Llegan las presentes actuaciones en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 63/74 y vta. por la Sra. C.B.M. con el patrocinio del Defensor de Pobres y Ausentes a cargo de la Defensoría Oficial N° 8, contra la Sentencia Interlocutoria N° 511 del día 7/10/2016, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera Circunscripción Judicial obrante a fs. 54/56 que resolvió revocar la resolución de Primera Instancia y en consecuencia, dejar sin efecto la exclusión del hogar de R.F.M. y las demás medidas cautelares de prohibición y restricción que pesaban sobre éste.

II.- AGRAVIOS RECURSIVOS

A fs. 63/74 y vta. la casacionista expresa agravios y sostiene que el pronunciamiento en crisis es equiparable a sentencia definitiva por cuanto resuelve sobre medidas protectivas de derechos que se encuentran amparados en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, la Ley de Protección Integral a las Mujeres (Nro. 26.485), la Ley 3040 y el Código Procesal Civil y Comercial.

Afirma que la sentencia es arbitraria por cuanto posiciona a las víctimas de violencia familiar en una situación de mayor vulnerabilidad, violentando las normas constitucionales e internacionales vigentes en la materia y exige se acompañe información sumaria para acreditar los hechos invocados, circunstancias sumamente difíciles de probar, toda vez que las situaciones de maltrato se dan en un contexto de intimidación y dentro del seno familiar. Aduce que sin perjuicio de las medidas que pueda requerir la actora en la actualidad en el expediente principal, el fallo atacado no solo la pone en estado de desprotección, sino que además le impone una suerte de sanción, revictimizándola en su situación de vulnerabilidad.

Señala que la Cámara equivoca al considerar las medidas previstas por la Ley D 3040 - modificada por Ley N° 4241- como de carácter cautelar, cuando en realidad son medidas protectivas o autosatisfactivas y que el fallo, al impedir la tutela judicial efectiva a las mujeres expuestas a situaciones de violencia familiar, incumple los arts. 4, 7 y 8 de la Convención suscripta en Belém do Pará generando un precedente de obligatoria observación por parte de los Juzgados de

Familia. Destaca que la prueba de la violencia psíquica es dificultosa ya que sus rastros no están visibles, de allí la importancia de la amplitud de criterio que debe imperar para valorar dicha verosimilitud. En cuanto al "peligro en la demora", lo entiende ínsito en la misma denuncia, ya que en caso de no tomarse la medida de protección a tiempo, los daños pueden llegar a ser para la víctima hasta irreversibles.

Afirma que el fundamento constitucional de este tipo de medidas es el acceso a la justicia, procurando la tutela judicial efectiva, la cual se otorga a raíz de una situación que amerita una respuesta urgente dentro del marco del fenómeno social de violencia familiar, fenómeno que afecta principalmente a las mujeres. Por ello la postura adoptada por la Cámara de Apelaciones resulta errónea, ya que vulnera el principio de tutela judicial efectiva, el cual se encuentra expresamente contemplado en el art. 706 del Código Civil y Comercial y en la Carta de los Derechos de los Ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia (arts. 23 y 24).

Finalmente expresa que la decisión del a quo se sustenta en la entrevista realizada al adolescente hijo de la pareja, que fuera dispuesta en los términos del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño para que expresara su opinión sobre una situación como sujeto de derecho y persona interesada en la resolución del conflicto entre sus padres, más la desvirtúa en tanto no debe ser utilizada como medio de prueba contra su madre por estar prohibido por el art. 427 del CPCyC.

III.- CONTESTACION DE TRASLADO

A fs. 80/85 obra contestación de traslado del recurso por parte del demandado quien, luego de solicitar su inadmisibilidad formal, indica que la resolución en crisis no constituye sentencia definitiva ni puede equiparse a tal a los fines de la casación.

Manifiesta que la peticionante se ha exhibido como víctima de violencia sin serlo utilizando una herramienta legal que no requiere prueba ni sustanciación a la contraria, para perseguir un fin patrimonial propio referido a la habitación de la vivienda familiar la que, hasta la orden de exclusión, era ocupada por el denunciado y los hijos de ambos y ahora sólo por la recurrente. Entiende que la cuestión planteada podrá ser eficazmente resuelta por otra vía -disolución de sociedad de hecho- y alude a las mediaciones que planteara para resolver la cuestión de fondo sin que la actora concurriera ni avisara su inasistencia.

En lo que respecta al agravio relativo a la innecesariedad de la prueba requerida señala que la resolución del caso no ha dependido de una litigiosa interpretación del derecho sino de la apreciación de circunstancias de hecho por cuanto la recurrente no ha demostrado convincentemente sus argumentaciones.

Hace reserva de caso federal.

A su turno la Sra. Defensora General sostiene en los términos del art. 21 inc. d) de la Ley K 4199 el Recurso de Casación interpuesto por el Sr. Defensor cuyos fundamentos comparte.

Afirma que la sentencia recurrida resuelve la cuestión con evidente desconocimiento de perspectiva de género y manifiesta que la desigualdad estructural del orden social imperante no necesita probarse. Teniendo en cuenta dicha desigualdad se creó la normativa de naturaleza precautoria, que tiende a "prevenir² la violencia contra la mujer conforme mandato de la CEDAW y el art. 26 de la Ley 26.85. Por ende, requerir que sumariamente se pruebe la violencia, a efectos de dictar una medida de prevención, resulta a todas luces desacertado y un grave retroceso en los logros de acceso a la justicia alcanzados.

Señala por último que confirmar la sentencia impugnada sienta un peligroso precedente sobre la cuestión y genera una situación de extrema gravedad institucional que amerita la intervención de ese Superior Tribunal de Justicia.

IV.- ANALISIS Y SOLUCION DEL CASO

En lo que respecta a la situación fáctica que originara la presentación judicial cabe señalar que en fecha 25-08-15 la Sra. C.B.M. radica una denuncia por ante la Comisaría 2da. de su ciudad en los términos de la ley 3040 contra su pareja el Sr. R.F.M. (52), padre de sus tres hijos A. (20), A.(18) y J. (15) con quien convive desde hace aproximadamente 22 años. Sostuvo entonces la existencia de violencia verbal y psicológica, afirmó haberse retirado del hogar y regresado después

de cinco meses ante promesas de cambio de conducta de su concubino. Impuesto el trámite de ley tres días después amplió los términos de su presentación ante el Juzgado de Paz de su ciudad y petitionó de manera expresa la no citación del denunciado. Luego se presentó con patrocinio letrado por ante el Juzgado de Familia N° 7 donde solicitó la exclusión del hogar y prohibición de acercamiento del Sr. M. hacia su persona y domicilio, con habilitación de días y horas, medidas que -entre otras- fueran oportunamente dispuestas por la Jueza y luego revocadas por la Cámara.

Efectuada esta reseña cabe señalar que la sentencia bajo análisis reúne, a mi entender, caracteres propios de definitiva por cuanto se trata de una cuestión sujeta a un régimen procesal diferente que resuelve medidas protectivas de derechos regulados por normas convencionales.

Entiendo además que existe un interés institucional en el modo en el que se adoptan medidas en el marco de la ley de violencia familiar sobretodo porque en relación al tema en cuestión no hay doctrina legal de este Superior Tribunal y la cuestión guarda relación con el derecho de las mujeres a no ser discriminadas y vivir una vida libre de violencia.

Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe nominado “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Americano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación” ha destacado el rol “del Poder Judicial en enviar mensajes sociales avanzando la protección y garantía de los derechos humanos; en particular las normas encaminadas a proteger a sectores en particular riesgo a sus derechos humanos como las mujeres” (OEA/L/V/II.143 Doc. 60, 3 de noviembre de 2011, p. 3).

En razón de ello este Superior Tribunal de Justicia no puede eludir una revisión de aquellas decisiones judiciales en las que se ponen en discusión los derechos de las mujeres reconocidos en las convenciones internacionales incorporadas por la Constitución Nacional, como la CEDAW, o con reconocimiento legal, como lo es la denominada Convención de Belem do Pará, toda vez que su incumplimiento puede derivar en responsabilidad internacional (conf. arts. 2 de la CEDAW y 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer).

Previo a todo, resulta pertinente realizar algunas consideraciones preliminares relativas al marco normativo aplicable a la cuestión planteada. Así, es necesario recurrir a las disposiciones de la CEDAW y la Recomendación General N° 19 del Comité de la CEDAW, la ley 24.417 de protección contra la violencia familiar, la Ley 24.632 que aprobó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belem do Pará (incorporada a la Constitución Nacional en el art. 72 inc. 22) por la cual el Estado debe adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer en cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su prosperidad (art. 7 inc. d), la Ley 26.485 de la que surgen las características del procedimiento en casos de violencia, su Decreto Reglamentario 1011/10 a las que se agrega la Ley Provincial 3040 hoy modificada en modo integral por la Ley 4241 -si bien en el debate legislativo se decidió que esta nueva ley no derogara la antigua norma, sino que reemplazara su texto, por considerarse “sumamente importante conservar el número de una ley que socialmente está reconocida por todos los sectores” (versión taquigráfica de la Reunión XI; 10ª Sesión Ordinaria de la Legislatura de Río Negro, 36º Período Legislativo, 8/11/07)- y su Decreto Reglamentario 286/2010 y los arts. 1, 2 y 9 del CCyC en tanto principios filosóficos incorporados al derecho positivo.

El punto de contacto de la normativa precedentemente aludida es garantizar el derecho a una vida sin violencia y sin discriminaciones; la salud, la educación y la seguridad personal; la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; que se respete su dignidad; decidir sobre la vida reproductiva, la intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento; recibir información y asesoramiento adecuado; gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad; gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley; la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres; un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización (art. 3 Ley 26.485).

Cabe también reseñar en cuanto a la caracterización de conflictos familiares que estos demandan soluciones específicas y requieren una tutela preferencial. De ahí que los Jueces poseen una particular función tuitiva en estos casos. “En esa línea de pensamiento, prestigiosa doctrina apunta que los conflictos familiares, por la singularidad y complejidad de las causas que los desencadenan, tanto como por las pasiones y enconos que casi siempre desatan entre sus protagonistas, encierran situaciones y entuertos humanos antes que jurídicos... las soluciones escapan a lo estrictamente jurídico, al menos a lo que se entiende por soluciones jurídicas tradicionales” (conf. Berizonce Roberto O., Derecho Procesal Civil actual, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 544 citado por Lorenzetti en Código Civil y Comercial, T IV pág. 557, Ed. Rubinzal Culzoni, ed. 2015).

Sentado ello e ingresando al examen del primer agravio esgrimido por la recurrente relativo a la arbitrariedad de la sentencia que entendió que las medidas de caución que se adoptan en los procesos de violencia familiar no son cautelares sino autosatisfactivas, se advierte necesario, a fin de su dilucidación, abordar la naturaleza jurídica de la medida adoptada para luego establecer las consecuencias que su decreto trae aparejadas.

Al respecto existen distintas opiniones en el plano doctrinario.

Peyrano enseña que la medida autosatisfactiva procura solucionar coyunturas urgentes, se agota en sí misma y se caracteriza por: la existencia del peligro en la demora (igual que la cautelar); la fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante; a diferencia de las cautelares, no basta la mera apariencia del derecho alegado; dada esta fuerte probabilidad, normalmente no requiere contracautela. El proceso es autónomo, en el sentido de que no es accesorio, ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo. La demanda es seguida de la sentencia. Por eso, en un primer momento, propuso llamarlo proceso monitorio urgente. Sin embargo, ulteriormente sustituyó la denominación por la de medida autosatisfactiva, expresión que denota que el justiciable obtiene inmediatamente la satisfacción de su pretensión, sin que ello dependa de actividades ulteriores (La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar, Kemelmajer de Carlucci, Aída; Thomson Reuters, Cita Online: 0003/000534).

Para este encuadre se trata de “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, que importan una satisfacción definitiva de lo requerido, despachables inaudita parte [...] y sólo procedentes si media un interés tutelable cierto y manifiesto (o fuerte probabilidad de que la pretensión formulada resulta atendible) y la tutela inmediata es imprescindible” (en los que se enrolan MABEL DE LOS SANTOS “Medida Autosatisfactiva y Medida Cautelar. Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales”, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, N° 1, 1998, pág. 31 y Graciela Medina “Violencia de Género y Violencia Doméstica: Responsabilidad por Daños” MEDINA G.; GONZALEZ MAGAÑA, I; YUBA, G., 1a. ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, pág. 344).

Otro sector afirma que si se toma en cuenta su finalidad, presupuestos y duración se trata de medidas cautelares y a ello agregan que las medidas autosatisfactivas no tienen regulación específica en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. También dentro de esta corriente se sostiene que debido a su provisoriedad, el plazo por el que se disponen, su decreto inaudita parte y la posibilidad de ser dejadas sin efecto por el Juez en cuanto se modifiquen o alteren las circunstancias de hecho que fueron tenidas en cuenta al momento de su dictado, deben encuadrarse dentro de las medidas precautorias.

Ahora bien, a mi entender las medidas dictadas en el proceso poseen identidad propia que las diferencia de las cautelares por cuanto, en términos generales, coinciden con el objeto pretendido. En los casos de violencia familiar, a través de disposiciones de carácter urgente, se persigue el cese de los hechos lesivos de manera inmediata puesto que muchas veces está en riesgo la vida misma. En la mayoría de los casos la verosimilitud del derecho surge ínsita de la petición al igual que el peligro en la demora y por supuesto no requieren contracautela.

Se trata de medidas autosatisfactivas que no son de carácter instrumental sino autónomas. El grado de conocimiento para despacharlas consiste en que exista casi certeza del derecho, fuerte probabilidad o interés tutelable cierto y manifiesto. El requisito de “peligro en la demora” -propio de las cautelares- se traduce en que la tutela inmediata sea imprescindible, porque de lo contrario el derecho invocado queda diluído. Se trata de un proceso urgente y la mera sospecha del Juez sobre violencia o malos tratos amerita una solución pronta que reestablezca, de manera inmediata, la salud emocional de los involucrados. La intervención judicial debe ser pronta y eficaz. El criterio para dictar medidas urgentes requiere amplitud en la ponderación de los hechos.

Como afirma Mabel De Los Santos -al referirse a las autosatisfactivas- “el mayor beneficio del instituto radica en su maleabilidad para acordar una protección rápida y, por ende, eficaz ante conductas o vías de hecho que afectan un interés tutelable cierto y manifiesto” (op. cit. pág. 31).

Por último cabe mencionar “...por tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos urgentes, la ritualidad de las pruebas no debería ser la misma que se exige en los procesos ordinarios, pues se trata de que en un breve lapso de tiempo se adopten las medidas conducentes para la protección inmediata de los derechos amenazados. Por ejemplo, mientras que en derecho penal una amenaza contra la vida sólo se configura con la iniciación de la etapa ejecutiva del delito, en materia cautelar la protección del derecho a la vida debería incluir la protección contra todo acto que amenace dicho derecho, no importa la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza con tal de que ella sea cierta” (CIDH, Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas 2007, párrafo 57.3.).

En casos como el de autos y en especial referencia al criterio con que la verosimilitud del estado de violencia debe ser inrterpretado, cabe señalar que la dificultad de la prueba de los hechos queda puesta de manifiesto porque la violencia que le da origen tiene lugar en el seno de la familia y no se trata de aquella que deja rastros visibles sino de violencia psíquica donde el esquema vincular es disfuncional pero a un punto en el que se violan los derechos humanos de quien padece el acto lesivo. En razón de ello advierto innecesario que se solicite una acabada prueba de manera previa a la disposición de las medidas que arbitren el cese de la conducta violenta, circunstancia que por otra parte contraría el fundamento constitucional y convencional que regula la materia y que fuera ya referenciado.

Asimismo cierto es también que en lo que refiere al principio de la tutela judicial efectiva el art. 706 del Código Civil y Comercial, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia en la materia establece que en el proceso de familia se debe respetar este principio junto al de la intermediación y la buena fe, entre otros. El principio de la tutela judicial efectiva reconocido por los arts. 8 y 25 de la CADH comprende la garantía de acceso a la justicia y se complementa con los de concentración y celeridad. Así se ha expresado además en la 100 Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de personas vulnerables, elaboradas en Brasilia en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008 a las que adhiriera la CSJN y este Superior Tribunal de Justicia.

Las mencionadas Reglas de Brasilia refieren concretamente al género en su ap. 8 y establece que: “Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica (19). Y que: “Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna (20)”.

En tal sentido “...La convención Belem do Pará es un hito histórico en la lucha contra la violencia de género, declarando en su preámbulo que la causa de la misma se halla en las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, históricamente construidas, y naturalizadas por la cultura, la religión y la sociedad en general. Esta convención señala que la violencia contra las mujeres es una grave violación a los derechos humanos, y por lo tanto, hace al Estado responsable

de prevenirla, sancionarla y erradicarla en todos los ámbitos donde esta ocurra; establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia; a crecer libre de estereotipos sexistas, y establece que la violencia puede ocurrir tanto en el ámbito privado como en la esfera pública, siendo el Estado responsable de garantizar una vida libre de violencia en los ámbitos político, jurídico, social, económico y cultural. Específicamente en el art. 7 Belém do Pará dispone la obligación de la debida diligencia en las investigaciones; sancionar la violencia perpetrada y brindar reparación a sus víctimas, garantizar el acceso a mecanismos judiciales sencillos y eficaces, etc...” (Claudia Hasanbegovic, “Violencia basada en el género y el rol del Poder Judicial”, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay, N° 40, enero-junio 2016, pág. 124/125 <http://www.claudiahasanbegovic.com/publicaciones/ViolenciaGenero-y-Poder-Judicial.pdf>)

Se advierte entonces en base a ello que los operadores judiciales deben necesariamente desempeñar un rol proactivo en pos de la respuesta jurisdiccional que nos es requerida que no puede sino ser oportuna, ágil y eficaz sin por ello ir en menoscabo de los derechos fundamentales de quien resulta la persona denunciada.

Así, por los fundamentos esgrimidos, concluyo que las medidas que se adopten en los procesos de violencia familiar reúnen los caracteres propios de las autosatisfactivas sin que, por lo tanto, requieran de tratamiento ulterior ya que no están destinadas a garantizar una sentencia futura sino que se agotan en su dictado aunque, por cierto, si bien deben limitarse estrictamente a sanear de manera efectiva la situación denunciada sin exceder este objetivo -teniendo siempre en cuenta que se dictan inaudita parte y, eventualmente pueden cercenar la libertad de otra persona- cuando la posibilidad de requerir prueba ponga en estado de desprotección a alguna de las víctimas deben ordenarse aún a riesgo de que dicha protección resulte errónea o excesiva y ello en pos de asegurar el principio de tutela judicial efectiva.

Por último en referencia al agravio relativo a que la escucha del hijo menor de la pareja que contaba por entonces con quince años se convirtiera en un elemento de valoración probatoria en contra de las disposiciones del art. 12 de la CDN, el Comité de los Derechos del Niño, la Ley 26.061, el CCyC y la Ley K 4109 también resulta procedente. Ello por cuanto, en el caso, la intervención del adolescente si bien pudo resultar ilustrativa para los jueces en manera alguna puede valorarse en términos probatorios. En primer lugar porque existe una norma procesal que así lo impide y luego porque quienes están inmersos en una relación vincular disfuncional son sus propios padres respecto a quienes difícil sería pedirle una opción.

En este sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci oportunamente señaló que el derecho a ser oído no es un acto de parte ni un medio de prueba, es decir, es solo un derecho del niño que no puede ser reivindicado para sí por ninguna de las partes del proceso (“El derecho constitucional del menor a ser oído”, RDPC-1994-172 y 173). MI VOTO por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

ADHIERO a los fundamentos expuestos en el voto de la doctora Zaratiegui, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

Disiento con el voto ponente de la Dra. Adriana Cecilia Zaratiegui -que tuviese la adhesión del Dr. Enrique J. Mansilla. Y doy a continuación los fundamentos de tal temperamento:

La estimada colega preopinante asigna a la Resolución N° 184/15 de la Sra. Jueza de Familia (fs. 07/09) la calidad de medida autosatisfactiva, en cuanto naturaleza jurídica. Afirma que las restricciones protectivas allí ordenadas “...no son de carácter instrumental sino autónomas...”, concluyendo -luego de sus brindar sus muy respetables fundamentos- en que “...las medidas que se adopten en los procesos de violencia familiar reúnen los caracteres propios de las autosatisfactivas sin que, por lo tanto, requieran de un tratamiento ulterior ya que no están destinadas a garantizar una sentencia futura sino que se agotan en su dictado aunque, por cierto, si bien deben limitarse estrictamente a sanear de manera efectiva la situación denunciada sin exceder este objetivo -teniendo siempre en cuenta que se dictan inaudita parte y, eventualmente pueden cercenar la libertad de otra persona- cuando la posibilidad de requerir prueba ponga en estado de desprotección

a alguna de las víctimas deben ordenarse aún a riesgo de que dicha protección resulte errónea o excesiva y ello en pos de asegurar el principio de tutela judicial efectiva”.

No comparto tales órdenes de idea en lo particular del caso (es decir, que se hayan dispuesto medidas autosatisfactivas).

Primera Cuestión: Creo que no es posible resolver en términos de Derecho el presente caso si se obvia considerar que la Sra. Jueza de Familia:

a.- Indicó expresamente que las medidas que adoptaría, en función de la ponderación que hacía de las denuncias formuladas por la actora, lo sería “...con carácter estrictamente cautelar.” (fs. 08 párrafo primero, con destacado del suscripto);

b.- Dictó las medidas señaladas “...a tenor de las facultades que me acuerda el art. 23 de la ley 3040 y demás normas del Código Rito,...” (fs. 08 párrafo segundo). Y el artículo 23 de la Ley 4241 (que modificase la Ley 3040) faculta al Magistrado del caso a adoptar sino medidas cautelares.

Complementariamente, la misma Ley 4241 establece, en su artículo 27, el decálogo de restricciones que se pueden disponer en casos como el de autos, a alguna de las cuales recurrió la Dra. Marcela Pájaro en su precitado resolutorio.

El Código Procesal Civil y Comercial faculta y regula el dictado y forma de concesión de medidas cautelares; no de autosatisfactivas que, recuerdo, son una típica creación pretoriana.

Entonces, no pueden caber dudas en cuanto a que lo puesto en crisis son medidas “cautelares” y no medidas “autosatisfactivas”; ello, por imperio de una decisión de una Jueza que, habiendo podido optar por transitar alternativamente una u otra senda procesal, se inclinó por la primera.

Y aquella decisión procedimental tiene, además, dos aditamentos que tampoco pueden dejar de analizarse al momento de dictarse aquí otro acto jurisdiccional:

c.- La actora le pidió a la Sra. Jueza protección mediante medidas cautelares que especificó en su denuncia primigenia, agregada a fs. 01, conducta que reiteró frente a la Sra. Juez de Paz de San Carlos de Bariloche, tal como surge del Acta que obra a fs. 03 y vta. y también por medio de la presentación que afectuó -ya con patrocinio letrado, destaco- por el escrito de fs. 04/05.

d.- La Sra. M. -con la asistencia técnica de la Defensa Oficial- no cuestionó la naturaleza jurídica “cautelar” de las medidas dictadas a favor de la nombrada, lo que implicó estar de acuerdo con la calidad asignada a las mismas; más luego, y solo en oportunidad de contestar el traslado conferido respecto del Recurso de Apelación del demandado, efectuó su planteo en cuanto a que aquéllas no serían cautelares sino “autosatisfactivas” (cfme. fs. 21/23).

Así las cosas y en el reseñado marco fáctico/jurídico, considero que la transmutación de una medida cautelar en autosatisfactiva, como lo proponen los colegas que me preceden en esta sentencia, no es posible.

La Sra. Jueza de Familia explícitamente dispuso cautelares, empleando el complejo normativo que regula tales institutos (Ley 4142 y Código Procesal Civil y Comercial) y, entonces, constituye un claro exceso decisorio el pretender o vislumbrar un obrar erróneo al respecto para pasar a considerar que en realidad aquellas fueron a nivel de autosatisfactivas. Reitero: la Dra. Pájaro podía haber dictado autosatisfactivas, pero no lo hizo sino que acudió a cautelares -que, recuerdo, así le habían sido reclamadas-, con lo cual no hay nada que enmendar al respecto, so pena de violentarse los principios de la congruencia y del iura novit curia, que en la especie operan indisolublemente vinculados.

Sobre los términos y alcances del principio de congruencia, viene señalando reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea “que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer

prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias.” (Fallos: 315: 106; 329: 5903; CSJ 367/2014 (50-B)/CS1 del 07.07.15, entre otros).

Entonces, si los hechos base del reclamo debían ser alcanzados por medidas cautelares -así lo pidió la parte afectada y en tal calidad fueron dispuestas medidas por la Magistrada, con conformidad de aquella- soy de la idea que no puede otro Juez efectuar un cambio de tal encuadre jurídico, dando al iura novit curia alcance ciertamente desmesurado.

La conceptualización efectuada por la Dra. Zaratiegui, en mi humilde entender y para el caso sometido a tratamiento, implica “...un cambio de norma y de toda una serie de consecuencias jurídicas no previstas por las partes. La máxima iura novit curia no puede así ser entendida como facultad del Juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes.” (Isabel Fernández Tapia, “El tratamiento en el proceso del concurso de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual”, Consejo General del Poder Judicial de España, en “Cuadernos y estudios de derecho judicial”, 19/1993, págs. 179 y sgtes.).

Ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “El principio iuria curia novit, por el que se concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que lo hacen erróneamente, no puede ser entendido con un alcance tal que no sólo sustituya instrumentalmente la vía procesal elegida por el demandante mediante la calificación jurídica apropiada, sino que incluso altere la naturaleza y alcances de la pretensión que se promueve, supliendo una actuación que, en el ámbito del principio dispositivo vigente en el proceso civil, es personal de todo sujeto que peticiona ante el Poder Judicial.” (Fallos: 329:3879).

No escapa al firmante que la conversión de las cautelares en autosatisfactivas permite adoptar la solución propuesta en el voto ponente (revocar la sentencia de Cámara), al sortear de tal manera la ausencia de definitividad que este Superior Tribunal de Justicia ha utilizado como tamiz al momento de evaluar recursos extraordinarios intentados respecto de sentencias que disponen cautelas, más creo que, como antes lo señalé y reitero ahora con todo respeto, tal estrategia aparece como un exceso decisorio, en el marco procedimental del presente expediente.

Lo precedentemente dicho no implica ni puede ser entendido como impedimento infranqueable para la revisión de una sentencia que ha revocado cautelares dictadas en el marco de la Ley 4142 y del CPCyC. Me explico seguidamente.

Soy de la idea que, en casos como el aquí en tratamiento, es armonizable el principio de tutela efectiva -de superlativa importancia frente al fenómeno de la violencia familiar o doméstica o de género- con los principios generales sobre los cuales se asienta el mecanismo cautelar regulado en la Ley 4142 y en el Código Procesal Civil y Comercial, sin tener que recurrir -forzosa o forzosamente- a la figura de la medida autosatisfactiva.

Así, la cautelar podrá ser decretada en presencia de una mera sospecha de violencia respecto de la víctima, a la cual es imperativo proteger inmediatamente; pero luego, habrá de ser necesario dejar expedito el camino para que el afectado por aquélla, en uso de su garantía constitucional a una debida defensa en juicio, pueda intentar la revocación, morigeración o cambio de las limitaciones que le han sido impuestas.

Y si ese reclamo le es favorable -como sucediese en la especie- existirá la posibilidad de intentar Recurso de Casación sobre la respectiva Sentencia de Cámara -igual que en autos y con grado de probabilidad de éxito dependiente de las constancias y vicisitudes de cada supuesto- en el que el criterio general de desestimación de dicha pretensión recursiva por incumplimiento de la manda del artículo 285 el Código Procesal Civil y Comercial (ausencia de definitividad) podrá ceder cuando las medidas cautelares aplicadas “causen un agravio que, por su magnitud y otras circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.”, en términos de doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 314: 1202; 327:5751; 330:4930, 338:1399, entre otros).

Segunda Cuestión: Tratamiento particular me merece aquella aseveración del voto ponente, mediante la cual la Dra. Zaratiegui afirma que frente al “...estado de desprotección ... de las víctimas...” medidas como las analizadas en autos “...deben ordenarse aún a riesgo de que dicha

protección resulte errónea o excesiva y ello en pos de asegurar el principio de tutela judicial efectiva.”.

Acepto que limitaciones a derechos como las estipuladas, por ejemplo, en la Ley 4142 puedan ser impuestas frente a un puro “estado de sospecha” acerca del peligro a que puede verse sometida una presunta víctima de violencia familiar o doméstica o de género (llegándose a prescindir, inclusive, de la verosimilitud en el derecho). Coincido con que “...la mera sospecha de maltrato aconseja el despacho de medidas tutelares, en aras de resguardar a las víctimas, reducir los riesgos potenciales y prevenir el acaecimiento de daños que resulten irreparables.” (Cámara de Familia de Mendoza, “G.B.E. y M. M. E. c. G. L. B. s. medida de protección de derechos”, del 26.07.17, La Ley del 26.09.17, Cita On Line: AR/JUR/50532/2017).

Comparto también que la tutela judicial efectiva debe ser especialmente preservada en este tipo de procesos, en los que está presente el mal social de la violencia, conducta jurisdiccional que ha sido reafirmada a partir de la sanción del artículo 706 del Código Civil y Comercial, a cuyo texto me remito, en mérito a la brevedad.

Pero no puedo adherir a que un error pueda constituirse en fuente de derecho y en fundamento para obligar a alguien a hacer o no hacer algo. Cualquier actuación jurisdiccional que haya sido dispuesta en falso o desacertado juicio en manera alguna puede convalidarse y, en su oportunidad, deberá necesariamente ser modificada. Lo mismo aplica para el exceso.

Error es concepto equivocado o juicio falso o acción desacertada o equivocada (Diccionario de la Lengua de la Real Académica Española); y el artículo 200 de la Constitución Provincial impone a los Jueces el resolver “...con fundamentación razonada...”, de lo cual surge sin necesidad de mayores explicaciones que el error nunca puede cimentar una resolución jurisdiccional, si se quiere que la misma cumpla con la manda constitucional referida.

Pecaría de soberbia aquel que pregone que nunca yerra. No es posible requerir en actividades humanas una infalibilidad absoluta, lo cual también se verifica en el obrar de los Jueces (por ello, precisamente, existe la posibilidad de que lo actuado por un Magistrado pueda ser revisado por otro). Pero sí es necesario requerir todo esfuerzo para que ese margen de posible error lo sea a nivel de *minimun minimorum* (el más pequeño de todos los mínimos).

Tengo para mí que el implícito mensaje que se envía mediante la conceptualización jurídica a que me estoy refiriendo tiene suficiente potencialidad para provocar ligereza o desatención en el cuerpo de Magistrados/as locales al momento de resolver casos iguales o similares al de autos; y se deben hacer todos los esfuerzos institucionales que resulten necesarios para evitar que tales actitudes negativas se produzcan, en tanto las mismas no se compadecen con el imperativo de justicia razonable a que manda la Constitución Provincial.

Lo dicho precedentemente se maximiza si se tiene en cuenta que el mensaje en cuestión -de compartirse el mismo- se explicitaría desde una decisión que es obligatoria para todos los Magistrados/as de las instancias de grado de este Poder Judicial, de acuerdo a la norma del artículo 42 párrafo segundo de la Ley N° 5190 (doctrina legal obligatoria).

Tercera Cuestión: Yendo ahora al análisis del Recurso de Casación deducido por la parte actora en contra de la Sentencia Interlocutoria N° 511/16 de la Cámara de Apelaciones actuante - que fuese declarado formalmente admisible por este Cuerpo mediante Auto Interlocutorio N° 16/17 de fs. 97-, he de adelantar que propugnaré el hacer lugar parcialmente al mismo, en los términos y con los alcances que explicito seguidamente.

En primer lugar, deberá rechazarse ese mismo Recurso Extraordinario en la porción que reclama que las medidas decretadas en contra del demandado deben ser consideradas -naturaleza jurídica- como autosatisfactivas; ello, por las razones que in extenso expresé antes.

En segundo lugar, digo que si se acepta que las medidas cautelares en casos de violencia familiar o doméstica o de género pueden ser concedidas restringiendo en grado sumo la acreditación el clásico requisito de la verosimilitud en el derecho, especialmente en cuanto a lo fáctico/probatorio, mal puede convalidarse que se condicione la efectivización de la protección

pedida a la demostración del citado requisito, mediante la tramitación de información sumaria y/o “...prueba indiciaria...”, como se sostuvo en la resolución recurrida.

Siendo que el argumento reprobado es el núcleo de la resolución recurrida, no cabe sino la revocación de la misma, lo que propongo así al Cuerpo.

En tercer lugar, considero que deberá también revocarse parcialmente la Resolución N° 184/15 de Primera Instancia pues adolece de un vicio relevante: las medidas cautelares allí instrumentadas carecen de plazo.

Es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aquella que indica que “La prolongación indefinida de una medida cautelar precautoria constituye una verdadera desviación del objetivo tenido en cuenta por el legislador al establecer el instituto cautelar. En efecto, la finalidad de tales medidas es asegurar el cumplimiento de un eventual pronunciamiento favorable (Fallos: 327:2490; 330:4076), objetivo que podría verse desnaturalizado cuando el excesivo lapso transcurrido desde su dictado les hace perder su carácter provisorio, permitiendo a quienes las requieren obtener en forma anticipada el objeto principal de su pretensión.” (in re “Radio y Televisión Trenque Lauquen SA c. Estado Nacional s. Medida Cautelar”, del 15.03.2011). Hago notar que incluso quienes defienden el concepto de que las medidas de protección frente a casos de violencia familiar o doméstica son autosatisfactivas y no cautelares, consideran que ellas deben tener un plazo de duración. Así se ha dicho que “Las medidas son provisorias, es decir, temporales. Ellas no pueden quedar eternizadas, sino que deben durar un tiempo (30 días, 60 días, 90 días.” (Diego O. Ortiz, Letrado de la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, “La especialidad de las medidas cautelares en violencia familiar”, 26.05.15, en MJ-DOC-7230-AR / MJD7230).

En el mismo orden, que “..la resolución autosatisfactiva a dictarse podrá referir a una fecha determinada, a un número de días a contar desde la notificación ... o vincularse a la ocurrencia de un hecho que ciertamente ocurrirá ... la duración ... debe necesariamente guardar relación con las características de la situación denunciada y con la necesidad de contrarrestar la situación de violencia, o el riesgo que la misma genera.” (Graciela Medina, “Violencia de Género y Violencia Doméstica - Responsabilidad por daños”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2013, págs. 346/347).

Si se repara en el texto del Decreto D N° 286/2010 (Consolidado por el Decreto N° 1008/2010), reglamentario de la Ley D N° 3040 (hoy Ley N° 4142), se advertirá que en cuanto a las cautelares nominadas en el artículo 27 de la citada Ley, se establece que “El Juez podrá fijar a su criterio y de acuerdo a los antecedentes de la causa, el tiempo y modalidad de las medidas dispuestas...”, a razón de lo cual se presenta como ineludible el determinar el término de vigencia de tales protecciones preventivas.

En cuarto lugar, y teniendo presente que, como consecuencia de mis anteriores proposiciones de solución al caso, las medidas de restricción impuestas en Primera Instancia volverán a tener vigencia a partir del dictado y firmeza del fallo de este Superior Tribunal de Justicia en dicho eventual sentido -aún con la salvedad de plazo señalada en la “cuestión” anterior-, hago mía aquella opinión doctrinaria de acuerdo a la cual, en lo “Tocante al levantamiento de las medidas de protección, está claro que si su naturaleza participa de los caracteres de las medidas cautelares, se encuentran sujetas a modificación por su carácter provisional, en tanto cambien las circunstancias que operaron al momento de su dictado. Esto significa que, al ser coyunturales, podría presentarse el presunto autor de los hechos de violencia y solicitar el cese o incluso su modificación por otra medida...” (César Julio Gómez, “Medidas precautorias para evitar la violencia doméstica o de género”, DfyP 2016, 07.12.2016, 28, Cita On Line: AR/DOC/3648/2016). ASI VOTO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Liliana Laura Piccinini dijo:

ANTECEDENTES DE LA CAUSA.

Este Cuerpo ha declarado admisible la vía extraordinaria de casación interpuesta por la Defensa de la Sra. C. B. M., contra la resolución interlocutoria N° 511/16 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minería y Familia de la Tercera Circunscripción Judicial. Para

así decidir hemos considerado reunidos los recaudos de admisibilidad formal del recurso (art. 289 y cc. del CPCyC); lo cual conlleva a estar ante un resolutorio definitivo o asimilable a tal, puesto en crisis por alguno de los motivos señalados en el art. 286 del rito, presentado por quien tiene legitimación impugnatoria, en tiempo y forma ritual.

En el subexamine la Jueza de Familia a cargo del Juzgado N° 7 de San Carlos de Bariloche, ante la denuncia efectuada por la recurrente decidió “inaudita parte” ordenar la exclusión del hogar del Sr. M., con prohibición de acercamiento a la vivienda que fijó en 500 mts. de distancia y la abstención de consumir alcohol y otras sustancias psicotrópicas, como de adquirir y/o portar armas. Todo ello en razón de la gravedad de los hechos denunciados y la urgencia del caso. Asimismo ordenó la intervención de Desarrollo Social por el lapso de seis meses a fin de que periódicamente informen sobre la situación, evalúen el riesgo del grupo familiar y, teniendo en consideración que la prole se integra con un adolescente (15 años), hizo notar que el régimen comunicacional debía ser instado por las vías correspondientes. Tal determinación fue adoptada con fecha 7/09/2015; en el marco coyuntural obviamente ofrecido por la denunciante víctima de violencia psicológica de larga data, con connatos de violencia física posteriores, amenaza de muerte ante la posibilidad de que se denunciara tal conducta y maltrato a su hijo menor también de orden psicológico.

Contra la prenotada decisión jurisdiccional se alzó el Sr. M. con patrocinio letrado por vía de apelación y la Cámara, previo a ingresar en el asunto, dispuso medidas para mejor proveer; entre ellas la remisión de los informes periódicos ordenados y la audiencia para oír a J., el adolescente antes aludido, tal como lo peticionara el Ministerio Público y el recurrente.

Al momento de resolver el Tribunal elucidó un primer punto de confronte entre las partes, cual era el de definir si las medidas dispuestas se encuadraban en las cautelares del derecho procesal civil o si gozaban de la naturaleza autosatisfactiva -como lo pregonó la defensa de la denunciante- y se inclinó decididamente por la primer postura. Luego ponderó que para asumir este tipo de determinaciones era insoslayable una previa indagación sumaria (art. 197 CPCyC) o al menos la previa audiencia con las partes y sus hijos, afirmando que la ley de violencia “familiar” requiere verosimilitud del derecho invocado como *condictio sine qua non* para el dictado de medidas cautelares. Afirmó que la intervención del Organismo pertinente de la “autoridad aplicativa” tampoco resultó de utilidad para generar convicción y finalmente acudió a los dichos de J. en la audiencia, que habría permitido “paradójicamente” desvirtuar varias circunstancias determinantes denunciadas y remarcó que el “niño” manifestó con recurrencia su deseo de convivir con M. a cuyo cuidado se encontraba al día de la aludida audiencia. Estimó que el derecho de defensa de M. se vio afectado de modo “bifronte”, atendiendo a la inexistencia de información sumaria y la no realización de la audiencia “previa de estilo”. Estas razones coronaron la revocación de las medidas dispuestas por la instancia inferior mediante decisorio dictado el 7/10/2016.

ANALISIS Y SOLUCION DEL CASO.

Es así, con el mismo tenor de agravio y conteste, como arriban estos obrados a este Tribunal. Por consiguiente la cuestión a elucidar en primer lugar resulta ser la naturaleza jurídica de las medidas que conforme la Ley 3040 (con su modificación consolidada 4142) pueden ser adoptadas por la jurisdicción en el fuero específico. Al respecto aclaro que la normativa infra constitucional aludida prevé las medidas en los arts. 21 inc. b), 25 inc. h) y 27 (Ley D 3040); indicando de tal modo que la Ley 4142 ya ha sido incorporada al texto (por lo que devino en histórica) y la vigente consolidada es la señalada Ley D 3040.

En otro orden también remarco que aludo a la normativa infra constitucional, por cuanto corresponde sea interpretada y aplicada en clave convencional (conf. art. 75 incs. 22 y 23 Constitución Nacional), Convención de Belém Do Pará, Disposiciones de la CEDAW, 100 Reglas de Brasilia; Leyes 23.179 y 24.632 la que resulta de suma importancia a la hora de definir la naturaleza jurídica de las medidas legalmente previstas como facultad de la jurisdicción en este fuero especial.

Asimismo, considero que corresponde se incorpore al análisis de la cuestión el texto de las Leyes Nacionales N° 24.417 de VIOLENCIA FAMILIAR y N° 26.485 de VIOLENCIA CONTRA

LA MUJER; que resultan ser de orden público y de aplicación en todo el territorio las que no obstante contener normas formales -que de modo expreso no resultan de aplicación en las jurisdicciones provinciales- dejan en evidencia la evolución que ha tenido la legislación en la materia y muy especialmente el cambio de la terminología utilizada a la hora de señalar las medidas que la jurisdicción puede y debe adoptar.

Los Vocales que me preceden en el orden de votación han disentido en cuanto a la naturaleza jurídica otorgada a las medidas adoptadas en el marco de un proceso de violencia doméstica, fundamentos que, sin duda alguna, marcan diferentes maneras de garantizar la protección que fuera requerida al órgano jurisdiccional por parte de quien se presume que presenta un alto grado de vulnerabilidad. Luego y en orden a sus respectivos fundamentos, han coincidido en el temperamento propiciando revocar la sentencia puesta en crisis.

Por mi parte adelanto que coincido con el voto rector en cuanto a definir la naturaleza jurídica de las medidas que pueden y deben adoptarse en este tipo de procesos, como autosatisfactivas. Doy razones:

En primer lugar, tal como ya se adelantara, el plexo normativo a considerar frente a casos de violencia doméstica en general y de violencia contra la mujer en particular, corresponde sea interpretado y aplicado en sintonía con el derecho supra constitucional. De modo que la terminología utilizada por el legislador local en la Ley Especial D 3040 en sus arts. 21 inc. b), 25 inc. h) y 27 -esto es Medidas Cautelares- no conlleva su asimilación a las cautelares clásicas del proceso civil. Ello por cuanto en el ámbito del fuero de familia las notas típicas de este instituto no se visualizan tan nítidamente y en algunos casos -directamente- se encuentran ausentes (cfme. Kielmanovich, Jorge “Los principios del proceso de Familia”, “Derecho procesal de Familia” Revista de Derecho Procesal 2002, Ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 34 y 35). Tal como señala Silvia E. Fernández, con cita de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci (“Principios...”), en materia de cautela familiar, la especialidad viene puesta de manifiesto al menos por dos razones, por la particularidad que ofrece el abordaje jurisdiccional familiar, dirigido a eliminar el conflicto asistiendo en la búsqueda de un nuevo orden en la estructura familiar y luego, del mismo modo en que los conflictos jurídicos de familia se distinguen de otros, las medidas cautelares que se adoptan en estos procesos tienen características diferenciadas, apartándose del régimen típico o general previsto en los códigos procesales (cfme. Silvia E. Fernández “Medidas Cautelares y derechos de las Familias. Cuestiones Actuales” J.A. 2014 IV).

En los denominados procesos de familia la diferencia con los restantes procesos civiles, surge porque en ellos no se trata de “perseguir la resolución de un litigio en el que se encuentre un vencedor y un vencido, sino que su objetivo central radica en procurar la eliminación de un conflicto”.

De allí que frente a un procedimiento implementado a la luz de la Ley D 3040 -más allá de la anacrónica terminología- basta la sospecha de maltrato, la evidencia física o psíquica que presente la víctima y la verosimilitud de la denuncia que formule para que la jurisdicción ordene medidas; que claro está tienen carácter tuitivo para la víctima, ante la urgencia.

Siguiendo la reseña doctrinaria que cita Graciela Medina (“Violencia de Género y Violencia Doméstica” Ed. Rubinzal-Culzoni pág. 342 y sgtes.) hay quienes afirman que se está ante un proceso urgente no cautelar (Andorno, 1995 p. 887); Verdaguer y Rodríguez Prada sostienen que se trata de un “proceso urgente” y que las medidas establecidas en la ley (24.417) son autosatisfactivas. En igual sentido se expresa Toribio Enrique Sosa aludiendo a la ley de la Provincia de Buenos Aires y Dutto plantea se trata de un proceso autónomo con apartamiento del régimen clásico, no conexo ni incidental, cuyo procedimiento debe ser abreviado, confiriéndole al Juez facultades suficientes para que, a su prudente arbitrio, adopte las medidas que estimen pertinentes.

Nuestra Ley D 3040, ciertamente y tal como lo señala mi distinguido colega Sergio M. Barotto, al igual que la Ley Nacional 24.417 de Violencia Familiar, adoptan la terminología del Código de Procedimiento Civil y Comercial (Medidas Cautelares); sin embargo -y aquí me exployo

respecto de la evolución de la legislación en la materia- cuando el legislador nacional dictó la Ley 26.485, trayendo al orden infra constitucional los principios convencionales, en su art. 26 ya no designó al instituto como medidas cautelares sino como MEDIDAS PREVENTIVAS URGENTES. En razón de ello no se trata aquí de otra cosa que de visualizar con nitidez y sin el corset del CPCyC la especificidad del proceso y la esencia de las medidas que dispone. Las medidas cautelares se dan en el marco de un proceso principal y su objeto difiere del pretendido en la litis principal, con el objetivo de asegurar la eficacia de la ulterior sentencia. En el proceso de Violencia Doméstica las medidas procuran solucionar coyunturas actuales y urgentes, agotándose en sí mismas. Ello evidencia su carácter autónomo, que no depende ni es accesorio de otro.

De allí que, si de determinar su naturaleza jurídica se trata, las medidas que se adoptan liminarmente a pedido de la denunciante (cualquiera sea el nomen iuris que ésta hubiere dado a su petición) o de oficio, son “auténticas medidas autosatisfactivas” (cfme. Kemelmajer de Carlucci “La Medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar”, J.A. 1998-III-693; citado por Medina op. cit pág. 344). Entiendo que en materia de cautela familiar la especialidad se impone por razones que estimo básicas para el abordaje de esta temática, porque este tipo de conflicto posee características diferenciales que deben atenderse de manera apropiada.

Convengo con la postura de la Dra. Graciela Medina en cuanto afirma que estas medidas deben ser tomadas con la mayor premura, para cumplir el objetivo de la ley ya que una decisión a destiempo puede acarrear serios perjuicios a la víctima de violencia doméstica. A ello agregó que la decisión tempestiva ante la urgencia en pos de otorgar protección, es en definitiva el cabal cumplimiento del acceso a la justicia en términos de real tutela efectiva. Solicitar o requerir -como lo hace el Tribunal a quo- que se realice la previa indagación sumaria del art. 197 del rito civil, comporta la evidencia palmaria de no haber internalizado la índole de las cuestiones que en el fuero específico tramitan. Sostengo ello con la autoridad que me otorga el haber experimentado funcionalmente, en los inicios de vigencia de la Ley 3040, situaciones que ameritaran la urgencia de las medidas de protección, toda vez que la denunciante al salir de los estrados, sin las salvaguardas de la jurisdicción, no tenía lugar de cobijo ni protección de ninguna naturaleza y ante esa coyuntura, esa realidad, ante el riesgo cierto o potencial, la jurisdicción debía otrora y debe ahora asumir la responsabilidad de estar en favor del más débil, ante la mera sospecha y sin mayores indagaciones. Esto -ciertamente- no significa la toma automática de determinaciones, sin que importe si la protección que se ofrece es errónea o excesiva; en ello coincido con el Dr. Barotto toda vez que la aspiración de justicia para el caso demanda un concienzudo ejercicio de razonabilidad.

Estas medidas se enmarcan en un ámbito donde los afectos y los vínculos priman, donde los Jueces deben actuar con extremo cuidado porque sin duda se trata de situaciones que exceden el ámbito jurídico y que, si bien se relacionan entre sí cuando la intervención judicial es requerida, cierto es que necesitan de extrema prudencia en las resoluciones que se adopten, instrucciones precisas para hacerlas efectivas y especial ponderación de las sanciones que de su incumplimiento deriven.

En claro debe quedar que no se aspira a hacerle decir a la ley lo que la ley no ha dicho; sino -tal como la Constitución manda y el Código Civil y Comercial recepta y reafirma en sus arts. 1, 2 y 3- interpretarla teniendo en cuenta sus palabras pero también sus finalidades, las leyes análogas y las disposiciones que surgen de los Tratados de Derechos Humanos. El Juez debe entonces resolver todo asunto que se le someta mediante una resolución razonablemente fundada. Derecho fondal que no puede ser soslayado por el Tribunal a quo; como tampoco deberá dejar de cumplirse la manda de nuestra Constitución Provincial que prescribe, con claridad la obligación de resolver las causas con fundamentación razonada y legal.

Es por las razones expuestas, que en los conflictos de familia que poseen características propias y distintivas, las medidas protectivas tienen a mi entender, carácter de autosatisfactivas. Esto es, no son instrumentales sino autónomas y resultan definitivas. Su ejecutabilidad es inmediata derivada de la urgencia con la que deben adoptarse y ello no significa que deben dictarse siempre inaudita parte pero, indudablemente, ello dependerá de la particularidad que la situación plantee y el

consecuente análisis de cuales son los riesgos que pueden asumirse frente a las distintas modalidades en que este flagelo social se presenta.

En cuanto a su procedencia tienen también identidad propia ya que de emparentarlas con las precautorias o cautelares, cabe señalar que la verosimilitud del derecho -el *fumus bonis iuris*- se sustituye por una fuerte probabilidad o sospecha de la existencia de un interés tutelable que resulta manifiesto; el peligro en la demora -*periculum in mora*- debe analizarse bajo la necesidad o no de una tutela inmediata imprescindible, no ya para asegurar que la sentencia no se torne ilusoria, sino para otorgar tutela inmediata y, si bien no puede olvidarse que el derecho que se protege se encuentra en pugna con el de otro u otros -que también deben ser oportunamente escuchados y considerados- nada puede impedir responder a una necesidad que aparece primaria e inalienable: vivir sin violencia. Este derecho humano debe ser satisfecho, sin que ello dependa de actividades posteriores.

La conceptualización y la definición de la naturaleza de las medidas protectivas con carácter de autosatisfactivas, no vienen de la mano del pretor. Sino del verdadero alcance de las leyes interpretadas y aplicadas tal como lo explicitara supra. Y si de construcción pretoriana se necesitara, no encuentro razones para rehuir de tal tarea, aunque -repito- no resulta en el caso necesaria.

Establecida mi postura respecto del punto y teniendo en cuenta que estas medidas autosatisfactivas procuran -en el ámbito intrafamiliar- satisfacer el interés de la persona que las solicita y no están sometidas a la evolución de un proceso de fondo, debiendo -como ya dije- ser adoptadas con premura y también con prudencia; deben ser impuestas estableciendo su período de vigencia, ya que tratándose de una medida adoptada en un proceso provisorio tendiente a solucionar una situación concreta, la disposición no puede eternizarse ni establecerse “*sine die*”. Ello es así tanto para el ámbito de violencia doméstica como de violencia contra la Mujer. Adviértase que la Ley 26.485 también impone al Juez la obligación de establecer la duración de las mismas (art. 27).

En marras bien puede colegirse que al disponerse las medidas y ordenar efectuar un abordaje familiar con evaluación del riesgo durante seis meses, sería ese inicialmente el lapso de duración. También surge de autos que de modo inmediato el afectado por el dispositivo jurisdiccional apeló y se generó esta incidencia conforme art. 250 del CPCyC, la que luego trocó en la vía extraordinaria en tratamiento. De modo que -a la fecha- este Tribunal ignora, porque la incidencia no lo transmite, si persiste la situación fáctica, tal como se presentó en el origen, habiendo transcurrido dos años y cuatro meses desde la presentación de la víctima; si las medidas han cesado, si la situación se agravó y persiste; pues todo ello ha tramitado en el principal.

De modo que atendiendo al ajuste del “*thema decidendum*”, solo corresponderá dictar sentencia en la medida del agravio y deberá tenerse en cuenta que quien se agravia es la víctima, de modo que no compartiré el temperamento de revocar la decisión de la Jueza de grado, pues en ello avisorio que se incurriría en *reformatio in peius*, lo cual nos está vedado.

Al respecto apunto que la prohibición *reformatio in peius* es una especie dentro del género del principio de congruencia. Lo que equivale a decir que siempre que estemos frente a una violación de la prohibición de *reformatio in peius* estaremos, indefectiblemente, violando el principio de congruencia, mientras que no toda violación al principio de congruencia es una violación a la prohibición de *reformatio in peius*. En consecuencia, la violación a dicha prohibición solo se puede fundamentar si acudimos al ya criticado instituto de la flexibilización de la congruencia. La prohibición de la *reformatio in peius* es un límite al accionar del Tribunal de Alzada que actúa en grado de revisión, en la medida que su competencia revisora se encuentra restringida a los aspectos de la resolución impugnada que han resultado desfavorables a la parte recurrente -y han sido expuestos en los agravios- de allí que el Tribunal Superior no podrá empeorar o agravar la situación del único recurrente.

Pasando al tratamiento del segundo agravio, estimo que tal como se define el temperamento a adoptar en relación al primer agravio, podría quedar eximida de efectuar su ponderación. No obstante, considero oportuno señalar también que el derecho a ser oído de todo niño, niña o adolescente, en asuntos que involucren o afecten sus derechos, es justamente eso: el ejercicio del

derecho a comparecer ante la jurisdicción para que se lo oiga y, si es procedente para el caso, se tenga en cuenta su opinión. Pero en modo alguno está habilitado el juzgador a colocar sus dichos u opiniones como modo probatorio dirimente; que es lo que en definitiva efectuó la Cámara. Diferente es ponderar el deseo del joven de estar con su padre a expresar que sus dichos permitieron desvirtuar varias de las circunstancias denunciadas. Otra defección del razonamiento que importa la descalificación del fallo como acto jurisdiccional válido.

Como corolario de lo expuesto, propicio acompañar el temperamento ya dado por los votos que me preceden, revocando la resolución traída a recurso dictada por la Cámara Civil y Comercial de la IIIa. Circunscripción Judicial, por mis propios fundamentos. MI VOTO por la AFIRMATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Ricardo A. Aparian dijo:

Atento a la coincidencia de los votos de los doctores Zaratiegui, Mansilla y Piccinini, ME ABSTENGO de emitir opinión.

A la segunda cuestión la señora Jueza doctora Adriana Cecilia Zaratiegui dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 63/74 y vta. II) Revocar la Sentencia Interlocutoria N° 511/16 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería a fs. 54/56. III) Imponer las costas al incidentado perdidoso (art. 68, segundo párrafo del CPCyC). IV) Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, al Defensor General doctor Facundo BARRIO MARTIN en el 30% y al doctor Joaquín RODRIGO en el 25%; todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente se les regulen a cada representación por su actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A.). ES MI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

ADHIERO en un todo a la solución propuesta en el voto precedente.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 63/74 y vta. y en consecuencia, revocar la Sentencia Interlocutoria N° 511/16 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial obrante a fs. 54/56. II) Revocar parcialmente la Resolución N° 184/15 de la Sra. Juez de Familia actuante, disponiéndose que, llegados los autos del rubro a su Despacho, deberá establecer un plazo cierto de vigencia de las medidas cautelares que se reconducen a partir del presente pronunciamiento. III) Imponer las costas en todas las instancias por su orden (artículo 68 segunda parte del Código Procesal Civil y Comercial) dado que ambas partes del expediente tenían razones plausibles para litigar, debido a los disímiles criterios jurisprudenciales existentes sobre las materias objeto de decisión jurisdiccional. MI VOTO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Liliana Laura Piccinini dijo:

ADHIERO en un todo a la solución propuesta en el voto de la doctora Zaratiegui.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Ricardo A. Aparian dijo:

ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

**RESUELVE:
(POR MAYORIA)**

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 63/74 y vta. de las presentes actuaciones.

Segundo: Revocar la Sentencia Interlocutoria N° 511/16 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería a fs. 54/56 de autos.

Tercero: Imponer las costas al incidentado perdidoso (art. 68, segundo párrafo del CPCyC).

Cuarto: Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, al Defensor General doctor Facundo BARRIO MARTIN en el 30% y al doctor Joaquín RODRIGO en el 25%; todos a calcular sobre los emolumentos que oportunamente se les regulen a cada representación por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 15 L.A.).

Quinto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. FDO. ADRIANA CECILIA

FIRMADO:

**ZARATIEGUI JUEZA - MANSILLA JUEZ - BAROTTO JUEZ - EN DISIDENCIA -
PICCININI JUEZA - APCARIAN JUEZ - EN ABSTENCION (ART. 38 L.O.) - JUEZA –**

CALVETTI - SECRETARIA - STJ