

Ac. 99204
"O., N. N.
s/ Protección contra la
violencia familiar"

Suprema Corte de Justicia:

El Tribunal de Familia N° 2 de La Plata, rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la Sra Asesora de Menores e Incapaces contra el resolutorio del Sr Juez de Trámite que a fs. 13, había denegado la medida cautelar de exclusión del hogar peticionada por su Ministerio en función de "no encontrarse la menor facultada para requerirla" y por no acreditarse "prima facie extremos que ameriten disponer las cautelares impetradas".

El Organo Colegiado destacó que no había sido cuestionada la legitimación de la actora, sino que las medidas debieron ser rechazas por las razones ya explicitadas y porque de adoptarse, afectarían a todo el grupo familiar que no había sido oído -v. fs. 22/22vta-.

Contra dicho resolutorio se alza la representante de la rama pupilar, a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que luce a fs. 31/42 vuelta.

Se agravia principalmente, porque entiende que los Sres Jueces de Familia han violentado el acceso a la justicia de sus representadas -art. 15 de la Constitución de la Provincia y 18 de la Constitución de la Nación-; e inaplicado las disposiciones de la ley 12.569 de "Protección contra la violencia familiar".

Denuncia la violación del art. 12 apartado 2º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”.

Considero que el recurso debe prosperar.

Intentaré liminarmente efectuar una breve reseña de los hechos que motivaron la petición originaria de la Sra Asesora, pues son por sí solos demostrativos de la procedencia del reclamo, desde que reflejan la situación de desprotección del grupo social más vulnerable: niños y jóvenes víctimas de la violencia física y psicológica de sus padres.

Espontáneamente se presenta la adolescente N. L. en sede de la Asesoría de Menores a exponer el cuadro de violencia en el que se desenvolvía, desde hacía tiempo, su grupo familiar, integrado por su madre, sus hermanos Y. de veinticinco años, A. de dieciocho, M. de trece y B. O. de siete años.

Relata que a raíz de la conducta violenta de su padre para con una de sus hermanas intentó interceder, debiendo como consecuencia de ello buscar refugio en casa de sus abuelos, ya que fue expulsada mediante amenazas. Efectuó la correspondiente denuncia penal, de la que da cuenta la documental que acompaña.

Solicita al Tribunal de Familia se tomen las medidas pertinentes con el propósito de resguardar al grupo familiar, petición canalizada por la Sra Asesora de Menores, en función de lo normado por el artículo 59 del Código Civil, 23 de la ley 12.061 y 5 de la ley 12.569 -v. fs. 1/6vta-.

El primer despacho del Dr Haroldo Gavernet como Juez de Trámite dispone : "Sin perjuicio de la competencia de este Tribunal (Art. 827 del CPC y C) y las particulares circunstancias invocadas, dispónese la intervención del Cuerpo Técnico Auxiliar del Tribunal a los fines que se realicen amplios informes ambientales en el domicilio de las partes y se fije entrevista con el grupo familiar, con carácter de urgente".

Los informes sociales no demoraron en ser agregados al proceso. En ellos la Perito Asistente Social corrobora los relatos de N.. Dan cuenta del profundo temor en el que se encuentran inmersos los menores, quienes desde temprana edad, avisan un desenlace violento en su hogar . Relatan los castigos físicos y psíquicos a los que su padre los tiene acostumbrados, y dicen sentirse sus "esclavos" -v. informe fs. 8/8vta-.

Los adultos responsables son citados a instancias de la Perito Psiquiatra del Tribunal, pero no concurren -v. fs. 10/11-.

La Asesora reitera la petición de adopción de la medida cautelar de impedimento de acercamiento del presunto agresor -v. fs 12-

Dicho pedimento provoca el decisorio del Dr Gavernet al que ya he hecho referencia y en el que no sólo se detiene en el estadio procesal de la cautelar, sino que se ocupa de destacar la falta de legitimación de la "menor representada", indicándole que "deberá ocurrir eventualmente por ante el fuero pertinente". -v. fs. 13-.

Recurso de reposición y de reconsideración en subsidio mediante, se expide el Pleno del Tribunal de Familia a fs. 22 rechazándolo .

Al argumento de la Sra Asesora de Menores de haber inaplicado la normativa pertinente, cercenando en consecuencia el acceso a la justicia de las jóvenes, responden negativamente. Sostienen los integrantes del órgano colegiado que no se ha cuestionado la legitimación de las accionantes. Agregan que el grupo familiar fue convocado desde el Tribunal.

Advierto sin embargo que asiste razón a la quejosa, pues durante más de un mes y a pesar de las constancias de autos, el Sr Juez de Trámite en un comienzo y las demás integrantes a posteriori, se mantuvieron distantes, limitándose a señalar anomalías de índole formal que, como intentaré demostrar a V.E. resultaban inexistentes, máxime frente a la envergadura de la cuestión por la que habían sido llamados a intervenir.

La denuncia de violencia familiar estaba ya radicada ante el Fuero Especializado de Familia por iniciativa del Ministerio Público Pupilar, instado nada menos que por la presentación espontánea de una de las propias víctimas menor de edad -arts. 4º y 5º de la ley 12.569-

Puntuales medidas en resguardo del grupo familiar fueron requeridas por la representante del Ministerio Público, tales, las previstas en los incisos a) y b) del art. 7º de la norma antes citada.

Se suma al relato de la joven víctima, el informe de la Perito Asistente Social del Tribunal, a través del cual se hacen oír sus hermanos también menores de edad. Otro dato de interés, resulta ser la incomparecencia del presunto agresor y su esposa al ser citados por el Tribunal.

Ese era el cuadro de situación que se le presentaba al Sr Magistrado de la causa, y frente al cual el artículo 7° imponía la obligación de "ordenar con el fin de evitar la repetición de los actos de violencia...", alguna de las medidas conexas al hecho denunciado que enumera.

Huelga recordar que, desde el conocimiento del hecho hasta la adopción de éstas, la legislación destaca que no podrá exceder el término de 48 hs -art. cit.- .

Asimismo, que luego de la reglamentación de la norma por el dec. reg. 2875/06, el diagnóstico familiar requerido en el artículo 8 no puede constituirse en condición sine qua non para que el juez o el tribunal interviniente puedan ordenar las medidas previstas en el artículo 7 de la ley - art. 8° dec. reg. cit.-.

Sin embargo la legitimación de la joven víctima fue puesta en tela de juicio en el auto de fs. 13, luego confirmado por el Tribunal en Pleno. También se ocupó en él el Sr Magistrado de hacerle saber que debía ocurrir eventualmente por el fuero pertinente.

Me pregunto al igual que la Sra Asesora de Menores, ¿no es claro el texto de los artículos 4° y 5° de la ley 12.569?

La respuesta no puede ser otra que la afirmativa; ante presuntas víctimas menores de edad, la Asesora de Menores no sólo puede requerir la adopción de las medidas que enumera el artículo 7° a su respecto, sino que debe solicitarlas -art. 23 ley 12.061-.

Y para que el Magistrado actuante las ordene, basta con la sospecha de maltrato y la verosimilitud de derecho, pues en esencia, son

medidas cautelares impregnadas de los principios propios del derecho de familia, de urgente amparo a las víctimas y cuyo primer objetivo lo constituye el hacer cesar la violencia instalada en el grupo familiar y el adoptar los recaudos para evitar su repetición.

De allí que sólo un Juez con el imperio que invisten sus decisiones, esté en condiciones de satisfacer el interés de las víctimas en este primer estadio. Afirma en este sentido Cárdenas, que la gran ventaja que tiene moverse dentro del sistema judicial es que se esté frente a un sistema en donde el que todavía no se siente suficientemente implicado en un problema, va a ser implicado por la fuerza. La gran virtud que tiene el Poder Judicial, señala el autor, diferente a la de cualquier otro recurso de la comunidad, es que implica obligatoriamente en el problema a la gente que no quiere estar implicada (Autor citado en "El proceso de familia en la provincia", pág. 931).

Más aún, en las denuncias de violencia familiar, teniendo en cuenta la especial naturaleza de los derechos en juego, como así también la situación de riesgo que puede involucrar el caso, deben arbitrarse los recaudos necesarios para que el dictado de las medidas no se vea frustrado por la orfandad probatoria del escrito presentado por el denunciante. En este tipo de proceso, impregnado por principios y normas de orden público, el juez no puede actuar como mero espectador, sino que -por el contrario- debe adoptar una postura activa, ordenando las medidas de impulso y prueba necesarias a los fines de comprobar si se encuentra ante un caso concreto de violencia familiar.

Debemos despojarnos de aquellos principios que gobiernan el proceso dispositivo, en el que sólo la parte se encuentra legitimada para darle inicio; pues como señala Kielmanovich con cita de Cappelletti, en tanto la demanda pueda ser interpuesta por una parte pública, en lugar de la privada que resulta titular del derecho discutido y se refiera a una relación del derecho privado, la disponibilidad del derecho material se verá sustancial y críticamente alterada hasta el extremo de que el mismo, en tal contexto, se habría convertido en público y el proceso, por ende, en inquisitivo. Es lo que ocurre por ejemplo, con la publicización de los procesos cautelares de familia. (En “El proceso de familia”, pág. 15).

Todos sabemos que indefensión y niñez son nociones teóricas casi inescindibles, inclusive al referirnos a la propia adolescencia. Se trata de una realidad tan incontestable, que despierta al decir de la más destacada doctrina, conductas protectoras desde los adultos prácticamente instintivas o naturales, pero que muchas veces resultan polémicas o contraproducentes según las líneas de pensamiento con las que se las observe (Carlos Coggy, Intervención legal en violencia familiar y maltrato infantil, en “Violencia familiar y abuso sexual”, Ed. Universidad).

Es llamativo entonces, que quienes son convocados al examen de este problema en función de su conocimiento especializado opten por abstenerse de echar mano a las múltiples herramientas que el ordenamiento específico pone a su alcance, manteniendo una distancia casi empática.

El Poder Judicial en procura de protección a elementales derechos de raigambre constitucional -a la vida, a la salud, a la libertad, etc-,

debe adoptar las medidas que el ordenamiento específico le brinda de manera urgente, o la que considere adecuada para satisfacer la pretensión de la parte denunciante, por los carriles procesales adecuados. Y ello, como ya señalé, sin tener que aguardar la petición del titular del derecho afectado.

En cuanto a la protección específica de los niños y jóvenes, la Convención sobre los Derechos del Niño (art.75 inc. 22 Constitución Nacional) establece en su artículo 3.1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Cuando la Convención expresa “todas las medidas” no deja lugar a dudas en cuanto a que no existen disposiciones ni resoluciones de un órgano o dependencia del Estado que queden excluidas de la obligación de perseguir como objetivo primario el principio rector de “interés superior del niño”. Cada vez que en el ámbito judicial se dispone alguna medida respecto de las víctimas infantiles que las haga sufrir o que pueda dificultar su rehabilitación, sostiene Rozanski, se viola el aludido principio rector (aut. cit. en “Abuso sexual infantil ¿Denunciar o silenciar?”).

Argentina ha dictado leyes como la de Protección contra la violencia familiar que rige en el ámbito provincia y a la que los integrantes del Tribunal de Familia N° 2 de La Plata han dado la espalda, tendientes a dar efectividad a la citada Convención, y a la también adoptada por Ley 23.338 -Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer-.

Pero ello por sí no basta. Una vez más es prudente señalar que una intervención desarticulada como la que se observa en autos, además de dañar a los niños y jóvenes afectados, conspira contra el debido esclarecimiento de los hechos –arts. 19, 24.1 y 39 de la CIDN-.

Así como en esta instancia extraordinaria no podemos soslayar la existencia de las infracciones constitucionales como las denunciadas por la Sra Asesora, en particular aquéllas que hacen al debido proceso proteccional de familia, tampoco, entiendo, podemos desentendernos de las circunstancias del caso que han llegado a conocimiento, de las que resulta también patente que se encuentra en riesgo la salud psicofísica de dos menores y dos adolescentes a quienes debe brindárseles urgente atención mediante las “medidas peticionadas” por su representante promiscua y que fueron por una censurable conducta del órgano jurisdiccional postergadas sine die.

Como cabeza del Ministerio Público de la Provincia no puedo avalar que en el patíbulo del formalismo procesal sucumba la urgente cautelar protección que reclama la joven peticionante para sí y para sus hermanos..

Recordaré aquí las oportunas y equitativas palabras de V.E.;

“Es que los límites propios de la instancia extraordinaria que corresponden a esta Corte, que dejan en principio embretada su competencia, pueden y deben ser sobrepasados cuando en forma patente resulta imperioso transitar la senda que nos propone el fin dikelógico, con el cual se ha enriquecido el instituto de la casación originariamente circunscripto al control

nomofilático y a la faena uniformadora de la jurisprudencia....El Derecho procesal, el proceso en sí mismo, las formas y modos rituales en que él se vertebra, no tienen otro fin que actuar como instrumentos para el debate y el reconocimiento de los derechos sustanciales y el resguardo de las garantías constitucionales. Poco y nada se necesita para prontamente advertir que esta función del proceso se agudiza, hasta alcanzar su máximo de instrumentalidad, cuando el mismo es puesto al servicio del interés superior del niño, cuya consideración primordial se impone a toda institución o autoridad, incluida entre ellas las judiciales (art. 3º, "Convención de los Derechos del Niño). Y es obvio que la debida atención y satisfacción de ese supremo interés no pueden frustrarse como ocurriría, en el caso de autos, si esta Corte no procurara dar una solución legal a lo que aparece como evidente, al disponerse de oficio la nulidad del decisorio que viene recurrido. Es que la pretensión tanto la principal como la cautelar que se constituye como objeto de este proceso se encuentran teñidas por el interés social y el orden público, en cuyas tierras calan profundo los derechos y el interés del niño. sí entonces, en la necesidad de satisfacer aquel interés, pero también buceando en el plexo normativo, para encontrar en él un adecuado fundamento legal (art. 171, Constitución local), encuentro en los arts. 196 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial, los dispositivos en los cuales, este Tribunal, asumiendo positivamente la satisfacción de la tutela requerida, puede disponer las “medidas” solicitadas por los progenitores de E., las que, obviamente, son cautelares, provisionales y accesorias de la pretensión principal (arts. 31, 75 inc. 22 y cc. de la Constitución nacional; 23 y 24 de la

Convención sobre los Derechos del Niño) “ (Ac.90868, sent. del 15-12-2004).

Sin desconocer que la función atribuida a la Suprema Corte a través del recurso de inaplicabilidad de ley es la de ejercer un control de legalidad, ésto es, verificar la recta aplicación del derecho a los hechos definitivamente establecidos en la instancia ordinaria, al igual que en el antecedente de mención, entiendo pertinente que V.E. asuma positivamente la tutela requerida y provea las medidas peticionadas por la Sra Asesora de Menores en resguardo de sus representados, las que omitidas por el Tribunal de origen, acarrear la violación de la ley 12.569, por inaplicabilidad , pues como es sabido, una norma jurídica puede ser infringida de diversos modos; ya sea aplicándola a casos que no están subsumidos en ella, sea dejándola de aplicar a los supuestos que la misma abarca, o estableciendo erróneamente los elementos fácticos (Conf. Hitters, Juan Carlos, “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, pág.266).

Por las razones expuestas aconsejo a V.E.;

- 1- Haga lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la Sra Asesora de Menores e Incapaces,.
- 2- Asuma positivamente la tutela requerida, ordenando las medidas de protección peticionadas por su Ministerio.
- 3- Ordene la formación de actuaciones administrativas en ejercicio de las atribuciones de superintendencia de las que se encuentra investido, toda vez que la omisión de actuar los deberes que imponía a los Sres Jueces de Familia la ley 12.569 “De

Protección contra la Violencia Familiar”, aparece “prima facie”
incompatible con el adecuado el servicio de justicia.

Tal es mi dictamen.

La Plata,

de 2006.-