000632/2016

Comodoro Rivadavia, de marzo de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"R., S. c/P., V. S. s/VIOLENCIA FAMILIAR", Expte. N° 632/2015,** venidos del Juzgado de Familia N° 2 (Expte. Nro. 641/2016).

A fs. 35 la demandada y a fs. 36 el actor interpusieron recursos de apelación contra la resolución de fs. 31 que decidió que no era necesario el dictado de las medidas cautelares solicitadas e impuso las costas del proceso por su orden.

I.- A fs. 38/39 la denunciada expresa los agravios que le causa la imposición de costas. Entiende contradictorio lo resuelto y la imposición de costas porque si no es necesario el dictado de medidas cautelares no corresponde que las costas sean soportadas por cada parte sino por el actor quien inició un proceso sin derecho. Indica que la juez no tuvo en consideración que su parte no brindo motivos que justificaran la promoción de los presentes actuados.

A fs. 40/46 expresa agravios el actor denunciante. Solicita que se revoque la decisión y se dispongan las medidas de protección requeridas.

Señala que el hecho existió y se encuentra validado por ambas partes. El hecho impactó muy negativamente sobre todo en los hijos de las partes que se vieron sacudidos por la escena violenta protagonizada por la madre. Destaca que no puede evitar pensar que existe un prejuicio en el caso por tratarse el denunciante de una persona de sexo masculino

vulnerando la garantía de igualdad y el principio de no discriminación por sexo o condición sexual. Lesiona también los derechos humanos de L. y L. Refiere que aun cuando el ETI hable de una situación de violencia familiar de tipo emocional, entiende que también existió violencia física respecto de los niños, porque la modalidad del traslado fue forzado e intempestivo que también implicó una violación a la propiedad, a la intimidad y a la vida familiar del actor. Acusa en tal sentido, una subestimación de la entidad y efectos de la violencia emocional padecida por el actor y sus hijos.

Alude al principio de urgencia y accesibilidad para aquellas personas en condición de vulnerabilidad por razón de su edad, genero, estado físico o mental u otras circunstancias. Invoca disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y las obligaciones asumidas por los Estados Partes a fin de garantizar el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los niños y de crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Cita la prohibición de malos tratos y cualquier otro hecho que lesione física o psíquicamente a los niños o adolescentes (art. 647 CCyC).

Enfatiza que en el caso, el ETI cotejó que el hecho ocurrió y aún cuando lo califica como aislado, ello no invisibiliza el hecho ni pulveriza la posibilidad que se reitere, máxime si la conducta de la denunciada no merece reproche alguno. Refiere a los arts. 2 y 3 de la ley XV-12 DJPCH en cuanto no exigen un número determinado de hecho violentos ni la sumatoria

de episodios, ni que sean los mismos de determinada entidad.

Le causa agravios la ausencia de medidas de protección y del reproche de la conducta violenta pues aumenta la posición desventajosa de la víctima y la posibilidad de que se produzcan futuras vulneraciones de los derechos del denunciante, la convalidación de la conducta violenta y la justificación de la misma y por último la imposición de costas en el orden causado.

A fs. 48/51 y 53/54 obran las contestaciones de agravios y a fs.58/60 contestó vista la Sra. Asesora Civil de Familia.

II.- De las constancias de la causa surge que el actor denunció a la madre de sus dos hijos –L. y L.- por haber ejercido violencia física, emocional y psicológica contra él y sus hijos. El hecho puntual que desencadenó la denuncia fue que el día 31 de agosto de 2016 a las 22 hs. irrumpió en su casa a los gritos, ingresó en los cuartos y se llevó a la niña que estaba dormida y en pijama y al niño que también estaba en pijama y con un amiguito a quien había invitado a dormir.

Relató que están divorciados desde hace un año, aunque hace dos que están separados. Que tienen acordado que el cuidado personal de sus hijos es ejercido en forma compartida con residencia principal en el domicilio materno y un régimen de comunicación amplio además de otras pautas entre las cuales se incluyó que los días lunes y miércoles hasta las 22 hs. permanecen en su domicilio.

Refirió que ese día, miércoles, a la salida de la escuela se les informó de la suspensión de clases para el día siguiente. Ello motivó que los niños

quisieran quedarse a dormir en su casa y que L. invitara a un amiguito, también a dormir.

Todo ello fue puesto en conocimiento de la madre a la tarde de ese día, invocando el deseo de los niños, la excepción de la situación y el régimen amplio de comunicación. Pese a ello, la denunciada se negó y a las 22hs. irrumpió en su casa y se llevó a los niños de la manera señalada.

Describió la situación vivida como horrible, que los niños se fueron mal y tristes. A la denunciada como desquiciada, desorbitada y fuera de si frente a todos, incluso el amiguito invitado, a cuyos padres, el denunciante debió explicar la situación.

Solicitó como medidas de protección, la prohibición de acceso y acercamiento y advertencia que inste a la denunciada a cesar en el accionar violento y agresivo que despliega en su contra y respecto de bienes materiales de su propiedad. Asimismo que provisoriamente se disponga que los niños pernocten en su hogar los días miércoles, toda vez que es quien los lleva a la escuela los días jueves y en reiteradas oportunidades, especialmente L. quiere quedarse a dormir en su casa. Persigue con ello nuevos conflictos o enfrentamientos.

A fs. 28/29 obra el informe técnico elaborado luego de mantener entrevistas con ambas partes. Da cuenta que la ruptura vincular fue planteada por la Sra. P. y que los primeros acuerdos fueron logrados por ambos progenitores procurando el menor impacto en la nueva configuración familiar y en la cotidianeidad de los hijos. Afirma la profesional, que la modalidad en común de ambas partes es una figura parental proactiva y empáticas con sus hijos. Los

acuerdos logrados, comenzaron a tener contexto legal aun con un encuadre flexible a las motivaciones de los hijos y necesidades de ambos o a cualquier imprevisto. Señaló la ocurrencia del episodio y que el mismo impactó como sorpresivo para el Sr. R. y calificó a la reacción de la señora P. como desmedida aun dentro de un contexto en que ella entiende que venia tolerando decisiones unilaterales del padre de sus hijos como el aviso que los niños se quedarían a dormir los días miércoles luego que habría organizados las cuestiones domésticas como la cena y la niñera para el otro día. Concluyó en que la dinámica vincular no es asimétrica ni una interacción que podría encuadrarse dentro de la violencia familiar como situación recurrente sino como un episodio de un comportamiento de violencia emocional aislado.

La juez de la instancia de grado, teniendo en cuenta esa conclusión, no consideró que la seguridad e integridad física y psíquica del denunciante se vea amenazada al punto de ser necesario el dictado de las medidas cautelares que solicitara e impuso las costas en el orden causado.

Tal es la decisión contra la que se alzan las partes en los términos señalados.

III.- Adentrándonos al tratamiento de sendos recursos, debemos decir que la violencia familiar ha sido definida como cualquier acción u omisión cometido en el seno de la familia por uno de sus miembros y que menoscaba la vida, la integridad física o psicológica o incluso la libertad de otro de los miembros de una familia o que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad (Cfr. Recomendación R

85-A del Comité de Ministros del Consejo de Europa 26/3/85).

La ley provincial XV N° 12 en su art. 4 conceptualiza los distintos tipos de violencia (física, psicológica o emocional, económica y sexual) y establece que son sujetos pasivos tanto la mujer como niñas, niños y adolescentes.

La aplicación de ésta normativa debe ser engarzada con la doctrina internacional de Derechos Humanos como lo prevé la Constitución y el Código Civil y Comercial (art. 2) y se ha reafirmado en reciente pronunciamiento el Superior Tribunal de Justicia que debe armonizarse la interpretación de la situación de violencia planteada desde la óptica de las normas constitucionales y convencionales. Y que no se trata de una opción, es una obligación de los actores judiciales que compromete la responsabilidad que el Estado Argentino asumió al suscribir los instrumentos internacionales. (Sentencia 88/SRE/2016 del 21/10/2016).

En el caso, del relato efectuado por el actor, el contenido del informe de la psicóloga y los términos de los agravios, surge con evidencia que los damnificados por el hecho ocurrido y que determinó la denuncia, han sido los niños, hijos de las partes en el presente.

En tal sentido, cabe destacar los arts. 3 y 19 de la Convención de los Derechos del Niño según el cual los Estados partes se obligaron a adoptar "todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental,

descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual.

Por ello cabe referir que las normas contenidas en las leyes nacionales y provinciales tienen sustento y responden a aquella manda Constitucional.

Es en consonancia con ello, que los arts. 22 y 23 de la ley III-21 de la provincia y el art. 9 de la ley 26.061 disponen que "las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias… o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral. La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley."

Las normas específicas previstas para la protección de las víctimas, en nuestra provincia, se hallan contenidas en la ley XV N° 5, que dispone la facultad del juez –ante la simple denuncia- de ordenar como medida cautelar de oficio o a pedido del damnificado la exclusión de la vivienda del denunciado/a, decretar la tenencia, alimentos y régimen de comunicación, entre otras estableciendo la duración de dichas medidas, que podrán ser modificadas en caso

de corresponder o cuando cambien las circunstancias que motivaron su dictado.

A tal fin el art. 9 indica en múltiples incisos, una serie de medidas que los jueces pueden adoptar y específicamente en el inc. k) faculta a los jueces a adoptar "Toda otra medida sobre las personas o sobre los bienes que se considerara necesario según el caso" otorgándole amplias facultades para disponer las medidas que estime convenientes con el fin de proteger a la víctima, y asimismo fijar a su arbitrio conforme reglas de la sana crítica el tiempo de la duración de las medidas dispuestas de acuerdo con los antecedentes de la causa.

Es que huelga decir a esta altura que el objetivo primordial de la ley, es impedir el agravamiento de la situación de quien sufre este tipo de violencia.

Y aun cuando la ley provincial califica de "cautelares" a las medidas que el juez puede adoptar al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia, se coincide que técnicamente ese tipo de medidas para prevenir o hacer cesar la violencia familiar son autosatisfactivas (Kemelmajer de Carlucci, Aida, "La medida autosatisfactiva, un instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar en JA 1998-III-963; Galli Fiant, Maria Magdalena, "Medidas cautelares en procesos de familia" en Peyrano, Jorge "Tratado de las medida cautelares" Juridica Panamericana Santa Fe, T 5 p. gado de Familia para , cit por Dutto, Ricardo J. en "Medidas autosatisfactivas en el Derecho de Familia" en Peyrano, W. Jorge "Medidas

Autosatisfactivas” 2da. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014 T.II p. 41/93).

En tal sentido, también se expidió el Máximo Tribunal de nuestra provincia: frente a la solicitud de medidas de protección por las víctimas de violencia familiar o de género, los operadores judiciales deben actuar de conformidad a los principios de protección de la víctima y de la familia, de urgencia, de integridad y de accesibilidad para no demorar o frustrar la protección debida a las víctimas y evitar eventuales peligros.

Es que se trata de intervenir preventivamente con el objeto de evitar los abusos y maltratos del tipo que fueran estos. Estas medidas de protección de la víctima pueden ser dictadas inaudita parte por el juez a fin de garantizar la seguridad e integridad física o psicológica de la misma (Dutto, Ricardo op cit.).

En el caso, el hecho narrado de haber irrumpido a las 22 h en la casa del denunciante y haber llevado a los niños en pijama, estando ya L. durmiendo en su cuarto, gritando que se los llevaba frente a todos, incluso del amiguito invitado, efectivamente ocurrió. Y ello, a juicio de la profesional interviniente fue un comportamiento de violencia emocional. Y la ley impone a los jueces el deber de adoptar cualquier medida que estime convenientes con el fin de proteger a la víctima, no parece razonable decir que sea innecesario el dictado de alguna medida.

En el marco de esta relación parental y el hecho puntual descripto, la prohibición de acceso y acercamiento solicitadas resultan excesiva y

contraproducente a los fines de poner “paños fríos”, pues sin duda, contribuiría a la exacerbación del conflicto. Pero ello no autoriza a desechar las claras conclusiones del ETI.

Es que, como dijimos, no se trata de una opción, sino de una obligación de los actores judiciales.

Existió un acto violento del que fueron principalmente victimas los hijos (niños de 10 y 6 años y un amiguito de esa edad).

Es cierto que se trató de un acto aislado, pero también que fue una reacción desmedida, sorpresiva, inesperada en el marco de una relación “flexible a las motivaciones de sus hijos, pero también a las necesidades y cualquier imprevisto”.

Dijo el informe técnico que existen además, puntos sin resolver en el marco de la división de bienes que podrían estar interfiriendo en el equilibrio de la sociedad parental.

Nadie puede dudar que ello ha sido violento para los niños, para su amigo y para los demás integrantes del hogar –pareja del denunciante y sus hijas-. Y que si la mera sospecha de maltrato autoriza al magistrado a ordenar medidas cautelares, cuanto mas autoriza, en el caso, la adopción de “cualquier otra medida que estime conveniente para proteger a la víctima (último parraf. art. 9 ley XV-12).

Además si pudo haber una reacción desmedida “disruptiva de un aparente equilibrio” que debió ser trabajada por lo inoportuna, violenta y excesiva y existen puntos sin resolver en la pareja, se impone la adopción de alguna medida tendiente a

resguardar a los niños de posibles nuevas reacciones desmedidas o lo que es más, prevenir que las mismas puedan reiterarse o empeorar.

Solo así se hace operativo el principio de accesibilidad para no demorar o frustrar la protección debida a las víctimas y evitar eventuales peligros (art. 1 Ley XV-12 y Ac. Plenario 4426/2016 STJCH).

En este marco, cabe también analizar la conducta del denunciante, padre de los niños, quien unilateralmente y sorpresivamente alteró el acuerdo previo existente respecto de la comunicación, generando también en los niños inseguridad, quebrando la estabilidad y armonía que se había pactado entre los progenitores.

Es que el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos (art. 7 Ley 26.061). Alterar su bienestar, las reglas de conductas impuestas, la previsibilidad de lo que va a suceder también es atentatorio contra el cumplimiento de aquellas responsabilidades y deberes. Inculcar el respeto y cumplimiento de acuerdos preestablecidos también contribuye a su educación y desarrollo integral.

Entonces, hubo inconducta de ambos.

El padre, por alterar los acuerdos previos, y de esa manera desestabilizar la armonía del régimen de comunicación vigente, que aun en su amplitud estableció que los niños se quedarían en su domicilio hasta las 22 hs. los días lunes y miércoles. Deberá

entonces respetar los términos del mismo hasta tanto sea modificado por la vía pertinente.

La inconducta de la madre se evidencia en su actitud violenta, excesiva, desmedida sometida a conocimiento judicial. Deberá cesar en tal conducta, ajustando la misma a los parámetros de reflexión y moderación que le señalara el ETI, aceptando sugerencias que se le propusieron y evitando en lo sucesivo su reiteración.

Asimismo, consideramos pertinente instar a ambas partes a respetar los términos del acuerdo logrado por ambos en el marco del proceso de divorcio hasta que el mismo sea modificado. Lamentablemente, el hecho ocurrido demuestra que la "flexibilidad" del acuerdo no puede lograrse en los hechos, o por lo menos por el momento habida cuenta de la presencia de puntos sin resolver en el marco de la división de bienes que estaría interfiriendo en el equilibrio de la sociedad parental.

Ello implica que ambos deberán reformular el acuerdo vigente, con reglas claras y precisas al que puedan acogerse sin dificultad, toda vez que el interés superior de los niños así lo está reclamando.

En consecuencia, parcialmente se hace lugar al recurso del actor y se revocará la resolución recurrida en cuanto desestimó la adopción de las medidas solicitadas y no dispuso ninguna otra sin consideración a lo dispuesto por la normativa vigente y reseñada a lo largo de este considerando.

IV.- La resolución a la que se arriba

torna innecesario el tratamiento del recurso de la demandada, que se alza contra la imposición de costas por su orden.

Es que por imperio del art. 282 del CPr., modificada la resolución recurrida deben readecuarse costas y honorarios.

Por ello y en atención al informe del ETI y lo dicho, ambas partes han contribuido para desencadenar el hecho que dio origen al presente y que se dispongan las medidas señaladas.

Por tales razones las costas de ambas instancias se impondrán por su orden

Al faltar una norma específica respecto a la imposición de costas en esta materia, corresponde aplicar las disposiciones establecidas en el Código Procesal, siguiendo el principio objetivo de la derrota (art. 72).

En relación a los honorarios se ha de señalar que tratándose de una cuestión no susceptible de apreciación pecuniaria, se impone resolver de acuerdo al espíritu que domina la ley de aranceles y los fines que la inspiran debiendo protegerse el trabajo profesional, las condiciones dignas, el éxito obtenido, extensión de la labor y la trascendencia que para el mismo reviste la cuestión debatida de acuerdo con los mínimos establecidos en ley de aranceles XIII N° 4 y ameritando la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **R E S U E L V E**:

1) Receptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs.36 y revocar el punto 1 de la resolución de fs. 31

2) Ordenar al actor el respeto del régimen de comunicación vigente hasta tanto sea modificado conforme el considerando respectivo.

3) Ordenar a la denunciada que cese en el comportamiento de violencia que vulnera la integridad física, psicológica y espiritual de sus hijos.

4) Instar a ambos progenitores a reformular el acuerdo vigente, con reglas claras y precisas al que puedan acogerse sin dificultad conforme el considerando respectivo.

5) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a las Dras. A. C. R. y L. D. J. M. conjuntamente en la suma de pesos equivalente a diez (10) jus y los de las Dras. A. A. T. y M. F. V. conjuntamente en la suma de pesos equivalente a ocho (8) jus. Por las actuaciones en la Alzada, se regulan honorarios a las Dras. A. C. R. y L. D. J. M. conjuntamente en el treinta por ciento (30%) y a las

Dras. A. A. T. y M. F. V. conjuntamente en el veinticinco (25%) por ciento, en ambos casos a calcular sobre los que les fueron regulados para la primera instancia.

7).-Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Graciela Mercedes GARCIA BLANCO **Ricardo Rubén Enrique HAYES**

JUEZ DE CAMARA **PRESIDENTE**

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2017

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS