000455/2017

Comodoro Rivadavia, de septiembre de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados "**S., O. M. c/ M., C. s/ Violencia Familiar**", Expte. N° 455/2017, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 2 (585/17), en virtud del recurso de apelación interpuesto por C. M. a fs. 22, concedido a fs. 23, fundado a fs. 26/28 y contestado a fs. 32/35.

I.- En la resolución en crisis, la a quo, a fs. 12 dispuso "en forma provisoria la prohibición de acercamiento del Sr. C. M., hacia la joven C. S. R.… respecto a su persona, al establecimiento donde cursa sus estudios secundarios… y a los lugares que ésta frecuente, inclusive en vía pública por el plazo de dos meses. La Magistrada de la instancia precedente, para resolver del modo en que lo hizo, entendió que se debían dictar medidas urgentes de amparo a las víctimas de violencia familiar, en donde basta la mera sospecha de maltrato".

Frente al temperamento antes indicado, se alza el denunciado, a tenor del memorial de fs. 26/28.

En la presentación indicada, el apelante dice que la medida adoptada en la instancia anterior constituye un "exceso… carente de sustento legal que respalde la decisión tomada".

El recurrente organiza sus cuestionamientos en torno a dos agravios.

En el primer de ellos, se agravia al entender que “no cabría la posibilidad de aplicar una norma jurídica específica para el ámbito de familia”.

Agrega que “aquí no se cuestiona si es el juez correcto para determinar la medida cautelar, sino la aplicación errónea de una norma”. Señala que “una denuncia de violencia de género se transforme en una denuncia de violencia familiar” le causa un perjuicio irreparable.

Dice el apelante que “de existir abuso sexual simple como se denuncia, deben seguirse los canales previstos por la ley en el fuero penal. Otorgándose al denunciado su descargo correspondiente, en virtud de art. 18 de la Constitución Nacional, principio de inocencia”.

En el segundo agravio, cuestiona el recurrente que se le haya prohibido el acceso al lugar en donde trabaja.

Entiende que la medida cautelar dispuesta “provoca un perjuicio irreparable en cuanto de manera indirecta prohíbe al Sr. C. M. ejercer libremente su profesión”.

Alega el presentante que “solo pueden disponer de estas medidas de suspensión de ingreso al lugar de trabajo, el Ministerio de Educación, previo sumario…”.

Concluye el interesado que “no existe sumario administrativo en curso que le prohíba la entrada a la escuela, sino una providencia simple con aplicación de una ley desacertada”.

Sustanciada que fue la presentación del denunciado, la replica la parte actora a fs. 32/35.

En respuesta al primer agravio, se indica que la a quo "ha aplicado la normativa citada por esta parte en el objeto de demanda, es decir, Ley N° 26.485, Ley 26.601 y Ley III N° 21, haciendo adoptar las medidas ante la mera sospecha de maltrato, privilegiando el acceso a la justicia de la víctima; y la tutela judicial efectiva".

Agrega que "el denunciado no ha negado ninguno de los hechos que se le atribuyen, ni ofrecido prueba tendiente a ello, y sólo se ha limitado a apelar la resolución en basamentos de opinión sobre tal o cual legislación se debía aplicar…".

Añade la parte apelada respecto a la carátula "en nada perjudica o lesiona los derechos del denunciado, pues se ha tratado de un error material subsanable".

Analiza la plataforma fáctica del caso y puntualiza que "la joven C. S. sufre de violencia, que lesiona los derechos protegidos por las normas mencionadas, dentro de la institución educativa a la que concurre, por parte de un profesor del establecimiento, de lo cual deriva, entonces, no sólo la competencia del Juzgado de Familia para entender en la cuestión, sino además la obligatoriedad del Estado de brindarle protección urgente y preventiva, es decir una tutela judicial efectiva, no requiriendo en la situación, más que la presentación de una denuncia".

Puntualiza, en lo que al trámite de estos obrados refiere, no se encuentran avasallados los derechos consagrados en el artículo 18 de la Constitución Nacional, por cuanto, "en sede civil, se implementan medidas provisorias de protección de la persona afectada".

En lo que al segundo agravio se refiere, dice que "aquí no se debe privilegiar el derecho al trabajo del señor M.… sino que debe primar el de la niña a ser educada".

Concluye la apelada que "hay que aclarar que la medida dictada no resulta desproporcionada ni injustificada si se tiene en cuenta el bien jurídico tutelado, que se relaciona con la libertad, la igualdad y la dignidad humana".

II.- Delimitada la cuestión de este modo, corresponde ingresar en el análisis de las dos planteos traídos, por el apelante, a conocimiento del Tribunal.

Respecto del primer agravio, cabe señalar que, si bien es cierto que el expediente se encuentra incorrectamente caratulado, que la ley XV N° 12 no prevé el presupuesto de hecho alegado por la denunciante y que esta fue la única norma citada por la a quo a fs. 12 para fundar su decisión; no menos cierto es que dichos defectos en modo alguno pueden constituir elemento que habilite a dejar sin protección a un sujeto de preferente tutela constitucional.

Veamos.

El artículo 28 de la Constitución Nacional consagra el llamado principio

de razonabilidad, el cual indica que todo acto de autoridad pública debe ser la consecuencia de nexo lógico entre los medios empleados y el fin pretendido.

La jusrisprudencia ha dicho que son razonables las decisiones que son "idóneas para la finalidad; que la medida resulte necesaria porque no existe otra para lograr la misma finalidad; que su implantación no implique el sacrificio de principios o valores más importantes que aquellos que se pretende proteger (balance de costos y beneficios), pero además que no se afecte el contenido esencial del derecho afectado a la regulación (Cianciardo Juan, "Los fundamentos de la exigencia de **razon**abilidad", en "La interpretación en la era del neoconstitucionalismo" Universidad Austral y Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, pág. 21 y sig.)". (Juz. 1° Inst. Civil y Comercial de 8° Nominación de Santa Fe, "Pilo, Mario Alfredo c/ Provincia de Santa
Fe y Otros s/ Amparo", AR/JUR/61663/2016)

En este orden de ideas, la pretensión del recurrente, en cuanto busca que se revoque una medida tutelar por una errónea caratulación del expediente y un mal encuadre normativo (de la parte y de la a quo); a pesar que el fin perseguido se ajusta las políticas públicas que el Estado ha emprendido como consecuencia de la suscripción de la Convención de Belén do Pará, de la de Derechos del Niño, Ley Nacional 26.485, Ley Nacional 26.061 y Ley III N° 21, constituye un excesivo rigorismo formal.

Nótese que lo relevante aquí es la tutela de la víctima y no, como se busca, la transformación de cuestiones formales e instrumentales en fines en sí mismos; que, en última instancia, resulten ser más importantes que aquello tenido en cuenta por el legislador al sancionar las normas protectorias.

Por todo lo expuesto, el primer agravio no puede prosperar y debe ser desestimado con costas.

A mayor abundamiento, corresponde señalar que la esfera de actuación de Justicia Penal, en modo alguno se encuentra superpuesta con la de la Civil.

Al comentar el decreto reglamentario de la ley 26.061 la doctrina tiene dicho que "… la denuncia… debe ser hecha aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito… si los hechos de violencia son delito, quienes se desempeñen en servicios asistenciales, sociales y de salud deben denunciar penalmente al juez competente…" (Medina, Graciela "Violencia de Género y Violencia Doméstica Responsabilidad por Daños", páginas 212/213, Ed. Rubinzal Culzoni)

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil lo ha dicho en estos términos: "… en tanto existan elementos que lleven a concluir que la denuncia es prima facie fundada y que no se invoca la solución legal en contra de la finalidad que el legislador tuvo en miras al establecerla, debe acordarse la inmediata y debida protección a quien esgrime su condición de víctima,

a efectos de evitar la continuación o el agravamiento de los perjuicios concretos derivados del maltrato (CNCiv., Sala A, R. 187.649, del 21-5-96).

En el expediente que nos ocupa, no resulta relevante la existencia de delito en los términos del Código Penal o su eventual punibilidad; lo importante aquí, es –lisa y llanamente- la protección de la víctima; máxime cuando consta a fs. 9 que el Ministerio Público Fiscal se encuentra anoticiado del hecho que motiva estas actuaciones.

En definitiva, el juez civil –en un caso como el que nos ocupa- protege a la víctima y adopta medidas que permiten superar situaciones de conflicto; sin imponer sanciones. Mediante el segundo agravio, el apelante pretende que se revoque la resolución recurrida por el conflicto de de derechos que advierte.

Veamos los antecedentes del expediente.

A fs. 1/2 obra la denuncia que da lugar a estos obrados.

Allí, la madre de la joven relata que "su profesor de taller… en varias oportunidades le ha dado chirlos (golpes a mano abierta) en la cola una vez cuando ella estaba sin guardapolvo… que una de esas él se secó las manos (en ese momento las tenia mojada) con los pantalones (por encima) a la altura de las piernas de C.… este profesor cada vez que la veía en el colegio le decía "… que haces pesadilla y la abrasaba fuertemente que llega

el punto a que mi hija esas actitudes le molestó…mi hija tiene mucha vergüenza por lo sucedido y no quiere ver a esta persona ya que le genera miedo cruzárselo".

A fs. 7 se deja constancia que la comunicación de los hechos que motivan la denuncia ocurrió como consecuencia de la presión que los compañeros de la joven involucrada ejercieron. Asimismo, se señala que la joven manifestó su deseo de no "seguir electromecánica para no cruzárselo" (al denunciado). Dicho todo esto, ante los derechos laborales alegados por el apelante, se advierte que C. R., resulta ser un sujeto de preferente tutela constitucional dado su doble carácter de adolescente y mujer.

Veamos.

La Convención sobre Derechos del Niños (aprobada por Ley 23.849) establece, en su artículo 19, que los Estados parte deben adoptar medidas para "proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos"; las cuales "deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".

Por otro lado, el artículo 24 consagra el derecho el niño a la salud, el 27 el derecho al desarrollo "físico, mental, espiritual, moral y social".

Los derechos consignados en los dos párrafos anteriores, deben ser valorados a la luz del llamado "interés suprior del niño" (art. 3 de la Convención).

El principio antes aludido, fue especialmente receptado por el legislador al sancionar el Código Civil y Comercial de la Nación, como informador de todo proceso de familia; en el cual se encuentre involucrado un niño.

A su respecto, la doctrina tiene dicho que "el interés superior del niño rara vez viene determinado por un factor primordial y único. La principal consideración para decidir es establecer cuál de las opciones disponibles asegura mejor la realización de los derechos del niño y conviene, por tanto, a su interés superior… De ello se desprende que cuando se toma una decisión relativa a las medidas de cuidado temporal, u otras necesidades inmediatas de protección, debe tomar en cuenta las posibilidades a largo plazo para una solución duradera que se pretende alcanzar… El principio general contenido en la Convención de Derechos del Niño también establece que el interés superior del niño constituye la consideración primordial en relación a los intereses de adultos en colisión. Es decir que en caso de múltiples intereses contrapuestos en juego, el juez debe resolver priorizando el interés del niño, niña o

adolescente, por sobre los de los demás integrantes mayores y capaces".

Paralelamente, también el legislador nacional ha dispuesto, mediante la ley 26.061 que la protección integral de los niños, niñas y adolescentes constituye una política pública del Estado.

Dentro de los derechos especialmente enumerados por el legislador, en la norma antes aludida, es incluye el de la dignidad e integridad personal; el cual se encuentra constituido por la ausencia de "trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio".

En lo que al carácter de mujer de la denunciante, se encuentra amparada por la ley 23.179 que aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por la Convención de Belén do Pará y por la ley 26.485.

Al respecto, en el primero de los acuerdos, se advierte en el artículo 5 la obligación de los Estados partes de "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

El segundo de los instrumentos, define como violencia contra la mujer "cualquier acción o conducta basada en su género, que cause… daño

o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una mujer, tanto en el ámbito público como en el privado… así como en instituciones educativas".

Asimismo consagra el derecho de la mujer a una vida libre de violencia y al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos.

A su turno, el legislador provincial, mediante la Ley XV N° 12 también elevó, a la prevención de la violencia familiar, a la categoría de política pública.

En ese marco, se estableció en el artículo 9 que el juez "de oficio o a pedido del damnificado, podrá adoptar inaudita parte, al tomar conocimiento de los hechos, las siguientes medidas cautelares, las cuales siempre serán de carácter provisional: … prohibir el acceso y acercamiento del denunciado al domicilio del damnificado…".

El criterio del legislador local se enmarca dentro de las llamadas medidas de acción positivas que deben adoptarse para la realización de los derechos reconocidos y su pleno goce.

En la "Guía Práctica para la aplicación del sistema de indicadores de progreso para la medición de la implementación de la Convención de Belén do Pará" se consigna que "la "plena realización de un derecho humano" requiere de la existencia de medios efectivos (legales, administrativos, judiciales o cuasi-judiciales) para que las personas puedan exigir el respeto, protección y efectividad de sus derechos, sean civiles, políticos o económicos y sociales tal como

señalan los artículos 4 y 5 de la Convención de Belém do Pará. Esta plena realización se logra solamente cuando se respetan en su conjunto las llamadas “categorías” de derechos y se garantiza la satisfacción de todos ellos”.

Queda en evidencia de este modo que el Estado Argentino se obligó ante la comunidad internacional a garantizar la existencia de medios legales eficaces, mediante los cuales, proteger a los niños de toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos; y a las mujeres de cualquier acción o conducta basada en su género, que cause… daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico.

Frente a todo ello, el apelante opone su derecho al trabajo, reconocido por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Se advierte que el agravio no puede prosperar.

En primer lugar, el criterio de anteponer el interés superior del niño a los de los restantes sujetos, determina que no sea viable reducir o limitar la tutelada dada a C. R.; en aras de garantizar un derecho que el denunciado bien puede hacer valer en otra institución educativa. Es decir, la correcta solución del caso se encuentra en la tutela de la adolescente y la preservación de su centro de vida, y no, en el menoscabo de su tranquilidad para mantener la comodidad del apelante.

En segundo lugar, pretender que la adolescente involucrada en estos hechos deba concurrir, al mismo establecimiento con el docente que ha denunciado, importa –a todas luces- un

desconocimiento de los principios de integralidad y accesibilidad de la ley XV N° 12.

Adviértase que, por un lado se revictimizaría a la adolescente, se afectaría su derecho de pleno acceso a la educación; y por otro, se enviaría un mensaje contradictorio a una sociedad que reclama a las autoridades públicas luchar en contra del flagelo de la violencia, en general, y de género y contra los niños, en particular.

En consecuencia, la medida tuitiva dispuesta por la a quo, se ajusta correctamente a la plataforma fáctica denunciada y preserva a la adolescente y evita que esta entre en contacto con el denunciado, por un plazo prudencial.

Por todo ello, el recurso será rechazo y la resolución apelada confirmada en todo cuanto fuera materia de agravio.

A mayor abundamiento corresponde señalar que el apelante podrá –si así lo estima pertinente- tramitar ante el Ministerio de Educación un traslado, a otra institución educativa, para continuar cumpliendo su tarea, sin menoscabo de su remuneración.

Por último, una vez firme la presente y a los efectos que este estime corresponder, líbrese oficio por secretaría al Ministerio de Educación de la Provincia con copia certificada de fs. 1/2, 6/12 vta. y de esta resolución.

En la pieza a librar se dejará constancia que se testaron los datos de la adolescente para preservar su identidad.

Las costas se impondrán al apelante vencido, en atención al principio objetivo de la derrota.

Se regularán los honorarios de los letrados actuantes teniendo en cuenta la labor desarrollada, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5 a 7, 11, 13, 39 y ss Ley XIII N°4 y Ley XIII N° 15)

Por ello, la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 22 por C. M..

2) Imponer las costas de esta instancia al apelante vencido.

3) Regular los honorarios de la Dra. J. D. A. en el equivalente a 8 Jus, más IVA en caso de corresponder.

4) Librar oficio al Ministerio de Educación de la Provincia, con copia certificada de fs. 1/2, 6/12 vta. y de esta resolución, a los fines que este estime corresponder.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.