

**Fecha:** 26/08/2015

**Autor:** Diego Oscar Ortiz(1)

**Título:** LA DOCTRINA DE LOS VASOS COMUNICANTES EN EL PROCEDIMIENTO DE DENUNCIA DE VIOLENCIA FAMILIAR

I. Introducción

El procedimiento de denuncia de violencia familiar es especial al igual que sus leyes de protección. Cuyo contenido se encuentra conformado por disposiciones sustanciales y procesales.

El esquema procesal de este procedimiento, no sigue el esquema clásico civil conformado por: “la presentación de parte y resolución judicial”, sino que en este caso el juez interviene activamente en el procedimiento(2) , puesto que es uno de los garantes de la preservación de la integridad de las víctimas y puede decidir de oficio, es decir sin necesidad de presentación de la parte(3) .

Unos de los pilares de este procedimiento que requiere decisiones rápidas y eficaces, son las medidas cautelares. Las mismas tienen una interpretación particular y diferente a la diligencias cautelares clásicas. Podemos nombrar algunos de los requisitos de las medidas en este contexto. La flexibilidad, la provisoriedad, la oficiosidad y la posibilidad de prórroga.

La idea de este artículo es explicar la doctrina de los vasos comunicantes en el procedimiento de denuncia de violencia familiar, específicamente en la adopción de medidas cautelares.

II. Las medidas cautelares en situaciones de violencia familiar

Una de las maneras de poner freno legal a las situaciones de violencia familiar es mediante la existencia de mecanismos específicos, eficaces y expeditivos que resguarden los derechos personalísimos de las personas en situación de violencia. Uno de esos mecanismos legales son las medidas cautelares. Estas son aquellas herramientas procesales, que tienden a proteger la integridad psicofísica de la persona, por medio de una resolución judicial que prohíbe el acercamiento, el contacto, excluye del hogar, ordena el reintegro, pide el cese de los actos perturbatorios, etc.

Si bien en otro plano y hablando de medida innovativa, Peyrano sostiene que cuando prospera una medida innovativa con corazón de anticipo del juicio de mérito, se genera una tutela coincidente en el sentido de que la prestación otorgada concuerda (en todo o en parte) con lo que se reclama que forme parte de la futura sentencia de mérito favorable (4). En el procedimiento de violencia familiar no existe el dictado de una sentencia firme.

Parafraseando lo dicho por Peyrano, la coincidencia se da en el sentido de que la petición procesal de la medida coincide con la medida resuelta, haciendo innecesario iniciar una acción de fondo.

Si bien está en discusión desde el punto de vista doctrinario, si las medidas en situaciones de violencia familiar son o no autosatisfactivas. Varios autores -como Dutto, Kemelmajer y Peyrano- se enrolaron por sostener que las medidas tienen dicha naturaleza. De hecho, la ley santafesina 11.529 de violencia familiar, menciona expresamente en el art. 5 a estas

medidas como autosatisfactivas. Sin embargo, esta mención no está plasmada en las leyes especiales de C.A.B.A y de Pcia. de Buenos Aires.

### III. Los presupuestos de admisibilidad

Cuando hablamos de medidas cautelares, se nos viene a la mente los presupuestos de admisibilidad; es decir, cuáles son los requisitos que se tienen en cuenta para tener por admitidas las medidas. Se habla de tres presupuestos: la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la prestación de una caución o contracautela, es decir, una garantía o aval para el denunciado.

Sosa adjudica a cada presupuesto una distinta naturaleza. La verosimilitud en el derecho –requisito de fundabilidad-, peligro en la demora –requisito de admisibilidad intrínseco- y contracautela –requisito de ejecutoriedad-(5) .

La pretensión cautelar, será fundada cuando se hayan reunido elementos de convicción que permitan sostener que el derecho que se pretende asegurar es “verosímil”. El “peligro en –o de- la demora” alimenta el interés procesal específico que debe concurrir en materia cautelar, de manera que, para la teoría, constituye un requisito de admisibilidad intrínseco de la pretensión cautelar(6) .

En la temática (como en el derecho de familia en general), podemos encontrar que no se requieren todos los presupuestos de admisibilidad como en otras medidas cautelares, sino que uno se dispensa y los otros dos se aplican con una interpretación individual y en conjunto diferente.

Con respecto a la no aplicación de todos los presupuestos, ya del derecho de familia heredamos que la caución se dispensa; es decir que no se pide garantía para acceder a tal derecho(7) . Uno de los fundamentos es la protección de intereses extrapatrimoniales que hace innecesario pedir una garantía al reclamante. Pensemos por ejemplo, una cuestión atinente al régimen de comunicación, cuidado personal, alimentos, un procedimiento de denuncia de violencia familiar o respecto a un desacuerdo parental.

Los otros dos presupuestos como la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora tienen que tener en cuenta ciertas cuestiones como: el tipo de proceso en el que se peticona la medida (urgente), el proceso en el que se las solicita (un proceso de familia como el procedimiento de denuncia de violencia familiar), los bienes jurídicos de la denunciante a proteger (libertad, integridad, honor, vida), la plataforma fáctica presentada con todas sus combinaciones posibles, lo informado por los profesionales intervinientes, la orfandad probatoria, el relevamiento de cualquier error cuando antes está en juego la seguridad de las víctimas, etcétera.

### IV. La aplicación de la doctrina de los vasos comunicantes

#### a) Concepto de la doctrina

La doctrina de los vasos comunicantes es una manera didáctica y sencilla de explicar la forma de aplicación de los presupuestos de admisibilidad de ciertas medidas cautelares. Como por ejemplo las que se dictan en situaciones de violencia familiar.

Peyrano habla de un nuevo canon cautelar conforme al cual los recaudos de viabilidad de las cautelares se encuentran íntimamente relacionados de modo tal que una fuerte dosis de uno (la “urgencia” en la especie, por lo grave del estado de salud de la víctima que no admitía dilaciones porque se producirían daños irreparables) determina una cierta

flexibilidad o “aflojamiento” en el análisis de los restantes(8) .

En la actualidad con respecto a la interpretación en conjunto de los presupuestos de admisibilidad y previo al despacho de estas medidas, se abre paso, cada día con más vigor y con un sentido gráfico, la doctrina pretoriana de los vasos comunicantes entre los presupuestos, como líquidos que van pasando por recipientes de un tubo a otro, de un presupuesto a otro, lo que entraña que cuando asciende el contenido de uno desciende en otros y viceversa(9) . No deben concebirse a los susodichos recaudos como compartimentos estancos, sino íntimamente conectados(10) .

El análisis de los presupuestos no se puede realizar de manera separada, sino como formando parte de un todo. Los recaudos cautelares clásicos se encuentran interrelacionados por lo que, cuando es intensa la presencia de uno de ellos, puede eclipsarse y hasta desaparecer la exigencia de otros (es el ejemplo de la caución).

Sosa plantea que esos tres diversos requisitos se hallan íntimamente vinculados entre sí, a través de un sistema de vasos comunicantes. Que la demostración y medida de cualquiera de esos requisitos debe apreciarse teniendo a la vista la patencia y la magnitud de los restantes; así, si fuera muy importante la patencia y la magnitud de uno de ellos, podría bajarse el nivel de exigencia en cuanto a los otros dos(11).

#### b) La doctrina en situaciones de violencia familiar

En situaciones de violencia familiar, el líquido que va a pasar por los vasos comunicados, es la plataforma fáctica presentada, balanceando la decisión judicial de una manera u otra. Si el vaso del peligro en la demora está desbordado, se debería flexibilizar el vaso de la verosimilitud en el derecho, porque la espera en decidir, puede perjudicar seriamente a las víctimas. El peligro en la demora es una nota caracterizante en este tipo de situaciones y también uno de los justificativos por el que se dispensa la caución.

Peyrano plantea que si el periculum in mora del caso marca un daño inminente y muy grave, los tribunales pueden conformarse con un cumplimiento lábil del recaudo fumus boni iuris(12) . Obviamente, no se agotan las combinaciones posibles con las enumeradas(13) . Para juzgar sobre la existencia de violencia a fin de disponer medidas tuitivas urgentes, el juzgado no necesita tener certeza, sino, incluso, mucho menos, si se considera que, según la teoría de los vasos comunicantes o del clearing de presupuestos, cuando se vislumbra como grande el peligro de daño en la demora se puede con eso de alguna manera “compensar” la aparente falta de una gran verosimilitud del derecho.

Sosa cita el ejemplo específico en violencia familiar que si el peligro en la demora fuera muy grande podría ser menos exigente el requerimiento en cuanto a la verosimilitud del derecho(14) .

Para dar un ejemplo, en el supuesto de una mujer extranjera, sin recursos ni redes familiares o sociales, el peligro en la demora en decidir es patente e inminente y se podría ser más laxo con el análisis del presupuesto de la verosimilitud del derecho.

#### V. Consecuencias de la doctrina

Esta doctrina intenta explicar que no se pueden analizar los presupuestos de las medidas de la misma manera en todos los casos. Lleva naturalmente a sostener que el criterio en materia cautelar debe ser amplio, pues, en el peor de los escenarios, si la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora no fueran en sí mismos suficientemente consistentes, el “hueco” que dejaren podría ser llenado por la contracautela.

Toda vez que concurran los tres requisitos de que se trata –y, desde luego, los restantes de

admisibilidad allende el peligro en la demora-, corresponderá ordenar y trabar una medida cautelar, cualquiera sea(15).

## VI. El rol de los operadores en la doctrina

### a) El rol del abogado en la aplicación de la doctrina

Los abogados tenemos la función principal de escuchar al consultante, futuro cliente o no. De los hechos que escuchamos, debemos elegir los más relevantes desde el punto de vista jurídico y traducirlo al lenguaje del derecho, a lo que se agrega el factor tiempo con el que contamos para pedir al juez que haga algo o lo impida(16) .

El abogado que interviene en este procedimiento, debe saber de antemano que es especial y que los requisitos para que se conceda una medida cautelar tienen una interpretación particular por la temática misma. Una temática conformada por el aporte de profesionales de varias disciplinas que trabajan en conjunto en cada una de las instancias del procedimiento. Esta especialidad mencionada, debe repercutir en la realización de presentaciones en el expediente, la elaboración de fundamento/s para que se conceda la/las medida/s, la prórroga, modificación o ampliación de las mismas, etc.

### b) El rol del juez en la aplicación de la doctrina

El perfil de todo juez va a presentar ciertas notas distintivas cuando se trate de un juez de familia, pues la materia en la que se asienta su función y, sobre todo, los intereses que allí se encuentran en juego tornan sumamente necesaria la elaboración de pautas y criterios particulares y especializados, que se adecuen a los requerimientos que los justiciables y la sociedad en su conjunto le demandan y a los derechos y garantías establecidos en nuestra Constitución y los instrumentos de derechos humanos incorporados a ella(17) .

El juez de familia, es el operador del derecho encargado de aplicar esta doctrina al momento de recibir en su despacho la solicitud de medidas. En él está la decisión de concederlas (nombrándola, fijando el plazo y las diligencias para efectivizarla) como de rechazarlas. Para concederlas, debe evaluar la procedencia de los presupuestos de admisibilidad. Si no realiza esta evaluación, existe el riesgo de tomar una decisión adherida a rigorismos procesales formales que distan de la realidad presentada y del riesgo al que se expondría la/las víctima/as al no dictarse la/las medida/s. Podríamos pensar de un caso en el que el peligro en la demora es inminente. Esto debe ser ponderado a la hora de evaluar la certidumbre de la verosimilitud en el derecho.

Con respecto a la verosimilitud del derecho, se sostiene que el despacho de la medida requiere fuerte probabilidad de que el derecho material alegado asista al postulante. El magistrado debería además de analizar la fuerte probabilidad de la atendibilidad del derecho invocado, formular alguna suerte de análisis del perjuicio irreparable a su beneficiario. El grado de convicción que debe alcanzar el magistrado debe fundarse en dos cuestiones: a) La fuerte probabilidad de que asista razón al recurrente y b) la urgencia en que sea atendido su pedido so riesgo de sufrir un daño inminente e irreparable.

Sosa sostiene que la resolución judicial que constituye respuesta a una pretensión cautelar debe ser fundada: a- si es estimatoria, o sea, si ordena la medida cautelar, porque el órgano jurisdiccional debe explicar en qué se basa para darle curso favorable, cómo es que considera que se hallan reunidos los recaudos necesarios para su otorgamiento; b- si es desestimatoria (vale decir, si no ordena la medida cautelar), porque el órgano jurisdiccional debe explicar en qué se basa para no darle curso favorable, cómo es que considera que no se hallan reunidos los recaudos necesarios para su otorgamiento. Mal podría tanto darse

cabida como rechazarse una pretensión cautelar a través de una, hasta diríamos “irresponsable”, providencia simple: una resolución judicial estimatoria o desestimatoria de una pretensión cautelar con el formato de una providencia simple sería nula, ya que impediría o dificultaría en grado sumo tanto su crítica por las partes interesadas en su impugnación, como su adecuada revisión por el órgano judicial superior competente(18).

## VI. Conclusión

En conclusión, la materia prima del juez, es decir lo que va usar el juez como líquido, para hacer pasar por los tubos (presupuestos), va ser el relato del o de la denunciante. Si de ese relato surge la mera sospecha de maltrato o de una situación de riesgo ante la evidencia psíquica o física, bastará para que el juez se encuentre legitimado para el dictado de las medidas.

## NOTAS

(1) Abogado (UBA), Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas (UBA), Especialista en Violencia Familiar (UMSA), Director de la Revista de Actualidad en Derecho de Familia de Ediciones Jurídicas, autor de libros y artículos de su especialidad.

(2) El art 34 de la ley 26.485 coloca en manos del juez el seguimiento de la causa.

(3) El art 26 de la ley 26.485 en el inc. a) plantea que durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres.

(4) PEYRANO, Jorge W., “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en “Medida Innovativa”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2003, p. 31.

(5) SOSA, Toribio E, “La teoría de los vasos comunicantes y los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión cautelar”, en Jurisprudencia Argentina, número especial sobre medidas cautelares, 2014-IV, 17/12/2014.

(6) SOSA, Toribio E, “La teoría de los vasos comunicantes y los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión cautelar”, en Jurisprudencia Argentina, número especial sobre medidas cautelares, 2014-IV, 17/12/2014.

(7) ORTIZ, Diego O, “La especialidad de las medidas cautelares en violencia familiar”, Portada Santa Fe, 26/05/15 cita: MJ-DOC-7230-AR MJD7230

(8) PEYRANO, Jorge W, Una confirmación de que la jurisdicción anticipada está entre nosotros.

<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/unacconfirmaciondequelajurisdiccionanticipadaestaentrenosotros.pdf>, fecha de consulta 17/08/15

(9) PEYRANO, Jorge W, Un válido supuesto de medida autosatisfactiva sustanciada, postulada en el seno de una instancia superior originaria, ED Administrativo, t. 2003, p. 245. Las medidas cautelares diferentes,

[http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/las\\_medidas\\_cautelares\\_diferentes.pdf](http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/las_medidas_cautelares_diferentes.pdf), fecha de consulta 17/07/15

(10) PEYRANO, Jorge W, Una confirmación de que la jurisdicción anticipada está entre nosotros.

<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/unacconfirmaciondequelajurisdiccionanticipadaestaentrenosotros.pdf>, fecha de consulta 17/08/15

(11) SOSA, Toribio E, “La teoría de los vasos comunicantes y los requisitos de

admisibilidad y fundabilidad de la pretensión cautelar”, en Jurisprudencia Argentina, número especial sobre medidas cautelares, 2014-IV, 17/12/2014.

(12) PEYRANO, Jorge W, “Una confirmación de que la jurisdicción anticipada está entre nosotros”, art citado.

(13) PEYRANO, Jorge W., “Tendencias pretorianas en materia cautelar”, en “Problemas y Soluciones Procesales”, Ed. Juris, Rosario, 2008, p. 201 y ss.

(14) SOSA, Toribio E. "Medidas pre o subcautelares en materia de violencia familiar", en La Ley del 25-4-2005

(15) SOSA, art citado

(16) ORTIZ, Diego O, Medidas cautelares en violencia familiar, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2015, p. 139

(17) GUAHNON, Silvia V, El juez de familia, su perfil actual y los límites de su actuación, 12/07/11, MJ-DOC-5426-AR MJD 5426

(18) SOSA, Toribio E, “La teoría de los vasos comunicantes y los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión cautelar”, en Jurisprudencia Argentina, número especial sobre medidas cautelares, 2014-IV, 17/12/2014.

Descargado de Editorial Juris

*Editorial Juris Todos los derechos reservados*