

**ACOTACIONES PRÁCTICAS PROCESALES
SOBRE LA VIGENCIA Y APLICACIÓN
DE LA LEY DE PROTECCIÓN
DE LA MUJER Y LA FAMILIA.
(EN COLABORACIÓN CON
MARIOLGA QUINTERO TIRADO
Y NILYAN SANTANA LONGA).***

PROF. ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

* Gaceta Oficial 36531 del 3/9/1998, en lo sucesivo identificada como la LVMF.

DEL EVENTO

A raíz de una denuncia que conforme a la nueva Ley sobre la Violencia contra la mujer y la familia,¹ que a juicio de los suscritos comentaristas resultaba a todas luces inmotivada, basada en hostigamiento psicológico y como sustento de la cual únicamente se invocó el “dicho” de la denunciante de haberse producido ese evento con ocasión de una discusión suscitada entre ella y su cónyuge, el día 20 de diciembre de 1999, un Tribunal de Primera Instancia de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el mismo día de propuesta la solicitud, decretó, basado en el artículo 39 de la LVMF, la siguiente medida:

Vista la denuncia formulada por la ciudadana (...), en atención a lo establecido en los artículos 32 y 34 de la Ley sobre Violencia contra la Mujer y la Familia, admítase cuanto ha lugar en derecho, désele el curso de Ley, en tal sentido, se acuerda comisionar amplia y suficientemente al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, comisaría de la Parroquia Baruta, para que practique la notificación del ciudadano (...), a fin de comparezca por ante este tribunal a objeto de llevarse a efecto un acto conciliatorio entre las partes, conforme a lo establecido en el artículo 34 de la citada Ley, en horas de despacho al tercer (3er) día de despacho siguiente al de hoy. *Asimismo se ordena la salida inmediata de la parte agresora de la residencia común y se le prohíbe el acercamiento a la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 numerales primera (1er) y cuarta (4to) ejusdem.* Asimismo se ordena oficiar al Centro de Orientación y Docencia las Palmas, a los fines de que se

¹ Gaceta Oficial 36531 del 3/9/1998, en lo sucesivo identificada como la LVMF.

realicen evaluaciones psiquiátricas y psicológicas a los ciudadanos (...), respectivamente y a la menor (...). Líbrese oficio y boleta.

Solicitada nuestra asistencia técnica, en consideración del malestar e interés del perjudicado por dejar sin efecto tan drástica como deshonorosa medida, el día de nuestra primera comparecencia acordamos con la Juzgadora levantar un acta, en la que el sujeto pasivo de la misma, se comprometía a una convivencia pacífica con la denunciante, teniendo por único objeto la suspensión inmediata de las cautelas, y sin alegar vicio alguno, procurando sólo enervar la medida otorgada, aún ante lo infundado que pudiere resultar tanto aquella como sus fundamentos, y a posteriori, ocasión de la realización del acto conciliatorio que la misma Ley prevé, invocar esos vicios y defectos así como cualquier otra defensa.

Con miras a preparar la estrategia de defensa, desarrollamos algunas reflexiones sobre el tema, decidiendo su incorporación al expediente en el supuesto de que se insistiese en proseguir tal procedimiento en la inadecuada forma en que se lo venía haciendo, esto es en forma ajena a las pautas de un proceso justo (debido proceso).

A continuación, transcribimos algunas de dichas reflexiones con el ánimo de exponer los criterios que a nuestro juicio, en casos como el comentado, debe seguir todo juez prudente, más cuando la Ley lo ha dotado de amplios poderes, tomando en cuenta, sin lugar a dudas, la capacidad, seriedad y ponderación del titular del órgano judicial.

1. DE LA NECESIDAD DE DISTRIBUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA SOLICITUD

Consideramos que uno de los primeros aspectos que debe examinarse, es el carácter o naturaleza de ese nuevo tipo de procedimiento a que da lugar la aplicación de la LVMF en los supuestos que contempla para aplicar las cautelas especiales en ella consagradas.

A nuestro parecer, tales procedimientos, a pesar de la simplicidad que implica el término “denuncias” bajo el cual se los denomina, los mismos son evidentemente contenciosos, y por tanto, desde el punto de vista formal de trámite, la petición o solicitud, necesariamente debe ser objeto de “Distribución”.

En el caso bajo estudio, dicho trámite no fue cumplido, para lo cual se alegaba en el Tribunal que conocía de dicho asunto: “que dicho trámite no tenía porque acometerse, ya que “la ley” no lo exigía.

La banal argumentación expuesta nos llamó por igual la atención, ya que tal requisito deviene de una resolución vigente de un órgano competente en la esfera Judicial (Consejo de la Judicatura), cuya aplicación no distingue supuestos para el cumplimiento de esa distribución.

Precisa destacar que en el caso de autos, y debido a las razones por las cuales fue menester intervenir a priori, (con el solo pretexto de buscar suspender o enervar los efectos de la “cautela decretada”), insistimos en que si bien para el momento en que era formulada la denuncia, se trataba de nuestra segunda comparecencia en autos, la noción de orden público permite que en caso de revestir la omisión procesal en la que haya incurrido el Tribunal, esa naturaleza, la censura ante su inadvertencia por el Juzgador puede ser hecha en cualquier estado y grado del proceso y más aún decretada inclusive de oficio por el juez (Artículo 212 del Código de Procedimiento Civil).

Siendo así, la crítica a la resolución judicial de fecha 22 de diciembre de 1999, debía fundarse en una solicitud de nulidad y subsidiariamente como motivación fáctica para la revocatoria de la medida, destacar las violaciones a garantías jurisdiccionales de fuente constitucional.

Inicialmente como se indica en el subtítulo, nos referimos a la inadvertencia de la disposición de trámite, esto es, a la necesidad imperativa de someter el conocimiento de dicho asunto a la vía de Distribución Previa y no a que el Juez ante quien se la presentare, asumiere directamente, sin más trámites el conocimiento de dicho asunto.

El desarrollo de los argumentos que pueden o deben invocarse ante tal situación, estimamos deben ser del tenor siguiente:

En estos casos estamos ante una solicitud de naturaleza evidentemente contenciosa, y no como si se *tratase de una petición en sede de jurisdicción voluntaria, única que a todas luces puede estar exenta* de distribución. Si como en el caso de autos, dicho asunto se lo tramitó, siendo recibido directamente por el Tribunal que luego lo sustancia, sin que mediara justificación alguna para tal pretermisión, pues no constaba tal circunstancia en ninguna de las actas agregadas al expediente y menos aún, que, en su oportunidad haya sido presentado por ante

el Juzgado (...) de Primera Instancia de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, distribuidor en esta competencia material y funcional para el día 22 de Diciembre de 1999, alguna evidencia o prueba inclusive circunstancial que diere motivo a la excepción.

Es claro, y así debe entenderse, que cuando medie “urgencia cierta o amparada cuando menos por “presunciones graves”, sobre la posibilidad de prevenir con este procedimiento la violencia o amenaza, puede y tiene que admitirse que la víctima, presente directamente su denuncia por ante los órganos jurisdiccionales indicados en el Artículo 32 de la LVMF y en tales supuestos, el órgano directamente requerido, uno cualquiera de ellos, omitiendo la aludida distribución, ante la inminencia de prevenir daños mayores y ante la imposibilidad de fundamentarse en pruebas ciertas, o mas precisas y contundentes, acordará directamente las medidas del caso, sin que pueda sostenerse está violentado las normas de trámite antes comentadas.

En tales supuestos regulados por la Ley, como de inminencia cierta de violencia, debe pues concluirse en que resultará inobjetable que se introduzca la demanda por ante cualquier Tribunal de los referidos por la disposición (Artículo 32 LVMF) sin cumplirse los trámites obligatorios ante los Juzgados encargados de la distribución de causas, mas, cuando no se procede bajo tales supuestos, sin que haya *SIDO APOR-TADA* por la denunciante, probanza en cuanto a su condición de víctima de amenaza (Art. 16 ejusdem), violencia física (Art. 17 ejusdem), acceso carnal violento (Art. 18 ejusdem), acoso sexual (Art.19 ejusdem), o de violencia psicológica (Artic. 20 ejusdem), no puede eximirse del cumplimiento de los trámites de DISTRIBUCION.

En consecuencia, de no existir tales supuestos, como había ocurrido en el caso bajo examen, y sin fundamento alguno proceder el Juzgado ante quien se hace la denuncia, pretermitiendo lo dispuesto en la Resolución N° 1.088 del Consejo de la Judicatura de fecha 19 de Septiembre de 1991, a la admisión de aquella y al decreto de las medidas peticionadas por la denunciante en la misma fecha de recepción en clara evidencia de celeridad procesal ajena a las circunstancias planteadas, es obvio que procede solicitar, como en efecto debe hacérselo, lo siguiente:

1° La nulidad de la admisión del acto inicial de dicho procedimiento y consecuentemente, de todos los actos siguientes al mismo, en base a lo establecido en el Artículo 212 del Código de Procedimiento Civil, en razón de ser, nulo por la violación de normas de orden público en materia de distribución, el auto de admisión señalado.

2° La reposición de la causa al momento en que la ciudadana denunciante presente su escrito inicial ante el Juzgado Distribuidor de Causas de Primera Instancia en materia de Familia en la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas.

2. DE LA OPOSICIÓN A LA MEDIDA CAUTELAR

En esos mismos supuestos, y sin renunciar al alegato precedentemente formulado, subsidiariamente caben invocar entre otros, los siguientes argumentos para sustentar oposición a la medida decretada:

2-1. Nuevamente procede el alegato de la naturaleza “CONTENCIOSA” del procedimiento

Es indudable que la naturaleza que reviste el procedimiento a que viene haciéndose referencia, no puede calificarse de jurisdicción voluntaria, ya que están presentes todos los elementos que lo trajean de contencioso, al extremo de que se dictan medidas contra quien se propone la denuncia.

Por ende, sin ser retóricos dentro de ese horizonte, antes de tomar medida alguna conforme a la ley o al arbitrio dejado al magistrado procedía y procede escuchar la defensa de la otra parte o cuando menos imponerla de cuanto se le imputa.

2-2. Del mecanismo para contradecir la providencia judicial sobre la pretensión cautelar

Tratamiento particular debe darse a este aspecto de la eventual oposición o impugnación, a falta de previsión expresa sobre dicha materia en la regulación de que es objeto este especialísimo procedimiento. En efecto la normativa, no establece una oportunidad para plantear la oposición a la medida cautelar.

Del texto normativo de la LVMF, no se desprende la existencia de un trámite para manifestar la contradicción a la medida cautelar dictada al amparo de esa norma, pero obviamente no podría ser asumido en sana interpretación jurídica y en apropiada aplicación del Derecho, una consideración que descarte esa oportunidad para el denunciado que resulta afectado por una medida cautelar.

De allí que a nuestro juicio, el denunciado, al incorporarse al proceso, le está permitido ejercer en esa fase del procedimiento la oposición a la medida cautelar dictada por el Tribunal, aún cuando por razones de extrema urgencia, como la que en el caso de autos, se impuso una conducta diferente, dado que en ese supuesto, la residencia constituía sitio de trabajo del denunciado, y puesto que la medida solicitada, a falta de los indicios probatorios referidos, solo debió dictarse una vez cumplido el acto conciliatorio prevenido en la Ley.

Esta actuación, sin consagración expresa en la referida Ley, encuentra regulación y adecuación en la realización de garantías jurisdiccionales de consagración constitucional, y en la opinión reiterada de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, expuesta en sentencias de fechas 31 de Julio de 1997 y 23 de abril de 1998 (consultadas en original), que sientan la siguiente interpretación:

El corolario indefectible de todo el razonamiento hasta aquí formulado es evidente: desde el punto de vista del Derecho Constitucional Procesal –integrado por las denominadas garantías constitucionales del proceso de las cuales el técnicamente denominado principio del contradictorio ex único aparte del artículo 68 de la Constitución Venezolana (Artículo 49 numeral 1 de la nueva Constitución) es la principal todo proceso civil y sus asimilados– (incluido naturalmente el proceso cautelar), si bien no exige para su validez constitucional un trámite de segundo grado de jurisdicción vgr. procedimiento de invalidación si requiere impermitiblemente al menos un trámite legal de primer grado de jurisdicción concebido de manera tal que le asegure a los justiciables todos los medios legales adecuados para el efectivo ejercicio del derecho constitucional a la defensa.

Con vista a tales señalamientos, somos de opinión que debe prosperar la oposición ejercida contra la medida cautelar acordada por el

Juzgado de la causa, en la cual se impone al denunciado la salida inmediata de la residencia común y se le prohíbe el acercamiento a la misma.

2-3. De la naturaleza de las medidas contempladas en la nueva Ley

Precisa llamar la atención que a nuestro criterio en casos como el examinado a la luz de la LVMF, la tutela que pretende obtenerse en fase de cognición sumaria, no reviste la naturaleza de cautelar, porque no persigue garantizar la efectividad de una sentencia, sino que la misma anticipa “el bien pretendido”, para evitar la consumación de un daño irreparable².

En este sentido, poco importa la denominación asumida por la ley sobre la materia, ya que lo consagrado en ella es una técnica de sumarización.

Por ende, se requiere para que proceda tal género de medidas y con esos particulares efectos, el cumplimiento de requisitos en cierto sentido fundamentales, que difieren de los contemplados en la previsión del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

En primer término, no se trata de que el denunciante demuestre la verosimilitud de su derecho, sino que muestre probanza que lleve al juzgador la convicción suficiente acerca del derecho que se alega. De otra parte, debe comprobarse el temor fundado que de no tomarse la medida el daño sería irreparable para el peticionante. Y por último, que la medida no comporte efectos gravosos para el demandado que no serían susceptibles de enmienda.

Adicionalmente, siendo en este caso una situación, de especial atención por tratarse de hechos tipificados como delitos, la medida que en protección del denunciante sea decretada, en correspondencia con la argumentación desarrollada en esta oportunidad, requiere de la condi-

² Para profundizar sobre este tipo de cautelas, véanse entre otros los siguientes trabajos: Tutela anticipada y definitiva, Roberto Berizzone; Indicaciones sobre fundamento de la anticipación procesal, Adolfo Gelsi Bitlart; La medida autosatisfactiva: Uno de los principales ejes de la reforma Procesal Civil, Jorge W. Peyrano, todos en Derecho Procesal en vísperas del Siglo XXI, Temas actuales en memoria de los Profesores Isidoro Eisner y Joaquín A. Salgado, Editorial Ediar, Argentina, 1997 y Medida Autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales), Mabel de los Sanios, en Revista 53, Universidad Católica Andrés Bello, 1999, p. 273-

ción de flagrancia en la comisión del delito, resolviendo así la exigencia que como extremo de probanza precisa la procedencia de la anticipación protectora, en estrecha vinculación afirmamos, con la presunción de inocencia consagrada a texto expreso de la normativa constitucional.

2-4. De los fundamentos de la oposición dentro del marco de esos presupuestos

En estos casos, consideramos que cabe igualmente la oposición a la medida, por razón atinente a la especial naturaleza de las medidas que contempla la Ley, en tanto ellas revisten la especial condición de una presunta tutela anticipatoria (por no denominarla autosatisfactiva) que coloca en jaque ciertos principios y garantías constitucionales que son la base misma del sistema jurisdiccional.

Es cierto, que toda la doctrina contemporánea sustenta que frente a una fuerte probabilidad de violencia se exigen respuestas jurisdiccionales urgentes, por la inminencia de un peligro grave en que se encuentre el o la denunciante con respecto a las conductas del denunciado. Ello explicaría el régimen *inaudita pars* con el cual suele ampararse la ejecución de estas medidas.

Sin embargo, no parece ajustado a la disciplina procesal que ante una simple denuncia inmotivada, y sin siquiera pruebas presuntivas, de las cuales resulte el supuesto acosamiento, se gesten y autoricen una red de medidas que precisamente al carecer de fundamentos ciertos, acometan contra la paternidad, dignidad, intimidad, trabajo y propiedad del imputado, sin tener además en cuenta que ello puede dar a quicio con el núcleo familiar lo que incluye a los hijos de los justiciables –que en este y similares casos, resultaría ser el centro de protección de todo juzgador– esto es, que debe proteger todo jurisdicente avocado a sendas procesales en ese orden del derecho.

A este efecto, es obvio que la tutela discrecional y genérica, prevista en el artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia debe ser utilizada con la mayor prudencia y ponderación, en conocimiento que los individuos viven en un mundo humano y que de esa forma deben ser reconocidos en sus actitudes y como tales igualmente enjuiciados.

En casos como el que resulta ser objeto de estos comentarios, no podría sostenerse sensatamente que existía esa convicción suficiente que habría permitido a la juzgadora, ante un verdadero recelo de daño, ordenar la extromisión del denunciado, no sólo de su hogar, sino también de su lugar de desempeño laboral.

Por ello, si se actuó en franco desconocimiento de tales principios fundamentales, puede concluirse que el magistrado puede haber incurrido en abuso del ejercicio de su función judicial y de los poderes especialísimos que para ciertos casos se le conceden, porque la discrecionalidad que consagra la Ley, es para ser ejercida de modo ponderado y con buen sentido, esto es, razonablemente y con un objetivo finalista y sin causar daños irreparables a quienes resulten ser sujetos pasivos de dicha potestad.

Acoger sin más las peticiones de la denunciante, como en el caso objeto de examen, por el solo alegato formulado, debe llevar a considerar que las potestades judiciales han sido ejercidas en abuso de la potestad conferida, pues el único fundamento posible es la apreciación subjetiva que del caso se hace, más cuando se lo realiza sin indicar las razones que sustentan la providencia anticipatoria.

3. DE LAS GARANTÍAS PROCESALES CONSTITUCIONALES VULNERADAS

3-1. Del derecho a la defensa

De tres formas conculcan estos tipos de decisiones anticipatorias, carentes de fundamento y sin elementos de prueba que las sustenten, el principio del contradictorio, consagrado en el Artículo 49 numeral 1 de la nueva Constitución.

Primero, porque se privilegia la alegación petitoria de los denunciantes no edificada en armazón fáctica y probática alguna, sin darle audiencia al sujeto denunciado con lo cual se invade de manera insostenida su esfera privada.

Con tal proceder se hace caso omiso al derecho a contradecir las conductas inadecuadas que se imputan, todo lo cual atenta contra la garantía de contradecir y defenderse que constituye una garantía no sólo enraizada en la ley fundamental, sino en los tratados internacionales.

Segundo, porque se encorseta al denunciado en unas medidas sin apoyar su juzgamiento en un solo medio de persuasión y sin un ápice de razonamiento.

Tercero, porque se le niega al imputado la oportunidad de comparecer no sólo para hacer sus alegatos, como ya se indicó, sino para producir pruebas.

No puede la Juzgadora sostener plausiblemente que la audiencia conciliatoria es el carril para equilibrar la defensa negada, y que se ha limitado a seguir las pautas de la ley, porque ésta ni quien imparte jurisdicción pueden eliminarle al justiciable los tramos pautados o previsibles para lograr el debido proceso, y pare ello se le proporciona al Poder Judicial un modelo de control de constitucionalidad.

3-2. De la presunción de inocencia

Una de las claras omisiones detectadas en el procedimiento concreto objeto de análisis, lo es, la ausencia de toda consideración respecto a la presunción de inocencia que asiste de principio a todo justiciable, pero que al parecer en un caso como el de autos la misma resultó totalmente desatendida privándose de ella al ciudadano denunciado, con la simple enunciación que a los autos trajo la parte solicitante, en sólo seis (6) líneas, así:

... se ha dado a la tarea de hostigarme psicológicamente para que abandone nuestro domicilio conyugal, llegando al extremo de amenazarme con sacarme violentamente del hogar, si el 24 de diciembre de este año, continuo ocupándolo, peligrando mi integridad física y la de nuestra menor hija.

Dar el valor que se atribuyó a dichos alegatos, constituye una situación de inexplicable acaecimiento, más cuando llanamente definida la presunción de inocencia nos informa sobre el derecho de cada individuo, cuya conducta sea establecida por la ley como quebrantamiento del ordenamiento jurídico, a ser considerado inocente, vale decir como no autor o no participe del hecho ilícito de que se trate mientras no sea probado lo contrario, y apuntamos al orden jurídico en general, pues este derecho supera cualquier pretensión de ajustar la presunción de inocencia, por el solo hecho de estar consagrada ella para el ámbito del proceso penal.

La presentación de estas consideraciones, plantea junto a la imperatividad del derecho a la presunción de inocencia, el tratamiento de los medios de prueba para desvirtuarla; los cuales por estar referidos al marco de las garantías constitucionales del proceso, se resumen en el despliegue de una actividad probatoria, en sede jurisdiccional, con plena observancia de los principios que informan al debido proceso y la tutela judicial efectiva, ambos de rango constitucional, tales como el contradictorio, publicidad, igualdad e inmediación.

A mayor abundamiento la doctrina y jurisprudencia internacional, han fijado el siguiente contenido para esa presunción

el derecho a la presunción de inocencia significa, como es sabido, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas. Significa además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas³.

Huelga pues cualquier otra consideración para fundamentar, en casos como el de autos el inmediato levantamiento de la medida cautelar acordada.

CONSIDERACIONES FINALES

Se ha incorporado al sistema legislativo una importante regulación para las conductas atípicas que atenten contra la mujer y la familia, y en las que obviamente se enfoca la necesidad de esa protección, en la indisputable conveniencia del amparo al núcleo y epicentro de la institución familiar, de los hijos y de los seres más débiles que la integran.

Obviamente, que todo ello, en adición, debe ser para el logro y triunfo de la verdad y de la justicia, pues el procedimiento para lograr esa protección, no puede escapar de las nociones del juicio justo, del derecho a la defensa y la presunción de inocencia como pilares de la actividad de realizar justicia.

En adición, tomando en cuenta los drásticos y expeditos mecanismos que otorga la Ley al Juez para conceder una efectiva protección,

³ Picó i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 155. José María Bosch Editor. Barcelona, 1997.

es evidente que el ejercicio de la potestad para imponerlos, exige en extremo la prudencia judicial y el buen criterio que como jurista debe manifestar el juzgador a fin de que la protección que se confiera se encuentre claramente enmarcada dentro de los parámetros de adecuación y legalidad.